

العنوان

التكامل بين الأبحاث الفقهية والتشريعات القانونية الجزائرية
- المجال الأسري أنموذجا - .

Title

**Integration between jurisprudential research and
Algerian legal legislation
- The family field as a model -**

نص المداخلة الموجهة للملتقى الوطني حول : تطوير المنهج التكاملي في البحث الفقهي
المعاصر - العلوم القانونية والاقتصادية -، والمنظم من قبل مخبر الدراسات الشرعية، وكلية
الشرعة والاقتصاد بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية. المنعقد يوم 26 ربيع الأول
1434 هـ الموافق 05 ديسمبر 2018 م

محور المداخلة : تندرج المداخلة ضمن المحور الأول :الخاص بالبحث الفقهي ومسوغات
التكامل مع العلوم القانونية والاقتصادية .

الأستاذ الدكتور: نصر سلمان مدير

مخبر الدراسات القرآنية والسنة النبوية بجامعة الأمير

عبد القادر للعلوم الإسلامية ،قسنطينة . الجزائر .

الملخص

إن المتأمل لهذه الأبحاث الفقهية ،المتعلقة بقضايا الأسرة ،يلحظ أنها ليست بمعزل عن
التشريعات القانونية ،بل يجدهما يسيران في فلك واحد يكمل كل منهما الآخر ، لا سيما في
مجال فقه الأسرة ،وما يحوطه من تقنيات في منظومة التشريع الجزائري ،التي اتكأت في إصدار

قانون الأسرة على أحكام الشريعة الإسلامية، هذا التكامل بين البحث الفقهي، والتشريع القانوني، والذي أردنا في بحثنا هذا محاولة تجلية معامله، وذلك انطلاقاً من التركيز على بعض النماذج المختارة في المجال الأسري، والتي نبرز من خلال عرضها للحملة الوثيقة بين هذه المسائل الفقهية، وما يناظرها من مواد قانونية، وصولاً إلى التكامل المنشود بينه .

Abstract:

The observer of these jurisprudential researches related to family issues, notices that they are not isolated from legal legislation, but rather finds them moving in one orbit, each complementing the other, especially in the field of family jurisprudence, and the codifications surrounding it in the Algerian legislative system, which relied in issuing the Family Law on the provisions of Islamic law, this integration between jurisprudential research and legal legislation, which we wanted in this research to try to clarify its features, starting from focusing on some selected models in the family field, through which we highlight the close connection between these jurisprudential issues and their corresponding legal materials, reaching the desired .integration between them

الكلمات المفتاحية : التكامل، الأبحاث الفقهية، التشريعات القانونية الجزائرية، مجال الأسري

Keywords

Integration, jurisprudential research, Algerian legal legislation, in the field of family

نص المداخلة

سوف نحاول تجلية هذا التكامل من خلال المسائل المختارة الآتية :

المسألة الأولى : الزواج بين مختلفي الدين

ورد في المادة 30 ، من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 : " يحرم من النساء مؤقتا - : كما يحرم مؤقتا : زواج المسلمة من غير المسلم. " .

لقد تكلمت هذه المادة عن عدم جواز نكاح المسلمة من الكافر ، غير أنها أغفلت جانب الرجل : وهنا يأتي دور الشريعة الإسلامية لتكمل هذا الفراغ الذي أهملته هذه المادة ، لا سيما وأن المادة : 222 من قانون الأسرة تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم ينص عليه فيه . فجاءت أحكام الشريعة لتضيف الآتي :

1 - لا يجوز للمسلم الزواج بالمشركة استنادا لقوله ﷺ : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَنَّ ﴾ ولقوله أيضا : ﴿ وَلَا تُنْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾ المتحنة : 10.

2 - يجوز للمسلم الزواج بالكتابية بقيود تتمثل فيما يأتي (1) :

أ. أن يكون لها دين وكتاب سماوي تؤمن به حقيقة.

ب. أن لا تؤمن بعقيدة التثليث ، وهذا الرأي قال به عبد الله بن عمر . رضي الله عنهما ، إذ ذهب إلى أنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج بكتابية استنادا إلى قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا

¹ - الحلال والحرام في الإسلام 153 . 154 .

المُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ ﴿ البقرة : 221، وقال : " لا أعلم شركا أعظم من أن تقول إن ربها عيسى بن مريم" (2).

ج - أن تكون محصنة أي حرة عفيفة. لقوله ﷺ : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ ﴾ المائدة : 5.

د - أن لا تكون من قوم يكونون العداوة للإسلام والمسلمين ، وإليه ذهب ابن عباس . رضي الله عنهما ، حيث قال بأنه يجوز للمسلم الزواج بالكتابية الذمية ، دون الحرية ، لقوله تعالى : ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ التوبة : 29.

5. أن لا يخشى خطرهما على عقيدة الأبناء خاصة إذا كان المتزوج بالكتابية يعيش في بيتها ومجتمعها.

6. أن لا يكون عدد المسلمين قليلا كما هو الحال بالنسبة للأقليات الإسلامية فالراجح حرمة الزواج بالكتابية وذلك لأن زواج المسلم بغير المسلمة مع حرمة زواج المسلمات بالكفار يؤدي إلى بوار المسلمات ولا شك أن في هذا ضررا محققا على المجتمع المسلم.

وهنا يمكننا القول بأن الشريعة الإسلامية قد جاءت أحكامها مكاملة لما لم ينص عليه في القانون ، الذي أمر هو ذاته بالرجوع لأحكام الشريعة فيما لم ينص عليه فيه .

المسألة الثانية : التكامل في أحكام التنزيل

أولا - تعريف التنزيل :

1- لغة : قال الرازي في مختار الصحاح : (النزول هو الحلول، تقول : نزل ينزل نزولا ومنزلا، وأنزله غيره واستنزله بمعنى ونزله تنزيلا والتنزيل أيضا الترتيب) (3).

² - ابن كثير : تفسير القرآن العظيم ، 3/2، والخصاص : أحكام القرآن 324/2، وابن تيمية : فتاوى النكاح فتوى رقم 14/93/91، والشوكاني : فتح القدير 19.18/2.

وقد سمي التنزيل بذلك لحلول الفرع مكان أصله المتوفى واحتلاله لمرتبه في أحكام الميراث شريطة عدم زيادة نصيبه على ثلث التركة .

2 - اصطلاحا : هو حلول الفرع غير الوارث مكان الأصل الوارث المباشر الذي مات قبل أبيه المتمثل في الجد (4).

- التكامل بين الفقه والقانون في تشريع التنزيل : إن التنزيل لم يكن معمولا به في القوانين الجزائرية قبل سنة 1984 ، ولم يكن مطبقا في المجتمع الجزائري، وقد أثرت مقولة في ذلك يرددها الجزائريون : (من مات أبوه قبل جده خرج بقده)، أي بطوله لا يأخذ شيئا؛ أما في الفقه الإسلامي فإن الوصية الواجبة كان معمولا بها أول الأمر ثم نسخ حكم الوجوب بعد نزول آيات الموارث، مع بقاء حكم الاستحباب في حق غير الوارثين من الوالدين والأقربين ، وبه قال جمهور الفقهاء محتجين في ذلك بما يأتي :

1- قوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ (5). ووجه الدلالة منه أنه منسوخ بآيات الموارث .

2- حديث عائشة رضي الله عنها أنها أنكرت أن يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم أوصى، وقالت : (مات بين سحري ونحري) (6)

3 - قال مالك - يعني ابن مغول - أخبرني طلحة قال : " قلت لعبد الله بن أبي أوفى أوصى رسول الله صلى الله عليه و سلم ؟ قال : لا ، قلت : فكيف أمر المؤمنين بالوصية و لم يوص ؟! قال : أوصى بكتاب الله عز و جل " . (7)

³ - مختار الصحاح، مادة : نزل ، ص : 537 .

⁴ - نصر سلمان وسعاد سطحي : أحكام الموارث في الفقه الإسلامي ، ص : 322 - 325 .

(5) . البقرة : 180 .

(6) . البخاري : الجامع الصحيح، كتاب : الجنائز، باب: ما جاء في قبر النبي وأبي بكر وعمر فأقبره 468/1، وابن حبان: الصحيح، كتاب: التاريخ ، باب: وفاته صلى الله عليه وسلم 583/14.

ووجه الدلالة منهما أن الوصية لو كانت واجبة لأوصى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولما لم يوص ذلك على عدم وجوبها .

ولكن قوانين الأسرة العربية كالقانون المصري رقم 71 الصادر في سنة 1946 وغيره من القوانين العربية التي تطلق عليه الوصية الواجبة, خلافا لقانون الأسرة الجزائري الصادر في 9 جوان 1984 الذي سماه التنزيل موردا تفاصيله في مواده من 169 إلى 172 أقر التنزيل وأوجبه للأحفاد ولذلك نجد كثيرا من الكتاب المعاصرين يطلقون عليه وصية القانون أو الوصية الواجبة .

- شروط التنزيل: تنص المادة 169: من قانون الأسرة على أن : " من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشروط التالية".
1- أن تكون حصة الأحفاد بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا .

2- ألا يتجاوز مقدار التنزيل ثلث التركة فإن كان نصيب أبيهم يتجاوز الثلث رد إليه , إذ التنزيل يقدر بالأقل من القدرين الميراث الذي كان يستحقه الفرع الذي توفي في حياة أصله أو الثلث فإن كان الميراث هو الأقل قدرت به وإن كان الثلث هو الأقل قدرت به.

وهو الذي نصت عليه المادة 170: والتي جاء فيها : " أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة. "

3- ألا يكون الأحفاد وارثين لجدهم أو جدتهم كأن يموت جد تاركا وراءه وارثا وحيدا يتمثل في ابن ابنه أو أبناء وبنات ابنه فهنا يكون الأحفاد وارثين و عليه فلا داعي للتنزيل.

4- ألا يكون الجد قد أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية أو كان قد أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة , وإذا أعطى بعض المستحقين دون البعض الآخر وجب لمن لم يعطه وصية بقدر نصيبه.

(7) . أحمد : المسند 472/5 .

وهو الوارد في المادة 171: والتي جاء فيها : " لا يستحق هؤلاء الأحماد التنزِيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزِيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة. وإن أوصى لهم بأكثر من الثلث نُفِذ الثلث وكان الزائد عن الثلث وصية اختيارية موقوفة على إجازة الورثة" .

5 - ألا يكون الأحماد قد ورثوا من أبيهم، أو أمهم ما لا يقل عن نصيب مورثهم من أبيه أو أمه، وهو الوارد في المادة 172: ونصه : " أن لا يكون الأحماد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه. ويكون هذا التنزِيل للذكر مثل حظ الأنثيين " .

مع ملاحظة أن الوصية الواجبة إذا استغرقت الثلث كله سقطت كل الوصايا الاختيارية.

والخلاصة : أن القانون لما نظر في واقع الأسر الجزائرية، دعاه ذلك إلى القول بوجوب التنزِيل ونعم ما صنع، ومن دواعي ذلك :

1 - كون الأسرة غالبا ما تقوم على الوعاء المالي الموحد، إذ قد يكون هذا الميت هو أصل أموال هذه الأسرة، أو له إسهام كبير فيها، فلا يكون من المعقول حرمان أبنائه لمجرد أن المنية عاجلته و أن مجموع الأموال تحت يد الجد

2- إن العطف و الرحمة بأبناء الفروع تقتضي إعطاءهم نصيبا من التركة وصية واجبة إنقاذاً لهم من التشرد و الضياع والفقر المدقع الذي قد يلحقهم بسبب فقدان والدهم.

3 - إن قوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾⁽⁸⁾، وإن ذهب جماهير الفقهاء إلى نسخ الوصية، الواردة فيه بآيات الموارث إلا أن بعضا من التابعين ارتأوا أن المنسوخ من أحكام هذه الآية هو وجوب الوصية للأقربين الوارثين أما غير الوارثين فتجب لهم الوصية قاصرين هؤلاء الأقارب غير

(8) . البقرة : 180 .

الوارثين على الأحفاد دون غيرهم , لا سيما و أن الفعل " كتب " يأتي بمعنى فرض الدالة على الوجوب.

4- ما رواه قتادة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : قال : "انظر إلى قرابتك الذين يحتاجون ولا يرثون فأوص لهم من مالك بالمعروف " .⁽⁹⁾

مما سبق نقول : إن ما ورد في القانون يكمل ما ورد في فروع أحكام الشريعة ، لا سيما وأن التنزيل قد دعت للقول به مبررات دينية ، وأخلاقية ، وأدبية .
وصدق من قال ⁽¹⁰⁾:

وفي مسائل تنزيل لوارثنا هذا الذي قال فيه الناس بهتانا⁽¹¹⁾

فبعضهم قال بالتنزيل متبعا رأيا يورث أعماما وحفدانا

وبعضهم قال لا تورث يلحقهم وأشبع الولد تجويعا وحرمانا

فقال أمثلهم يا جدنا مهلا ألت والدنا الأعلى وآبانا

ألت تلمنا إنفاق معدمة وفي نواب الدهر نلقاك وتلقانا

الغنم بالغرم هذا في شريعتنا ويبدل المرء قبل الموت إحسانا

فقال جدُّهم انضموا إلى كنفني خذوا قسطكم مني من الآن

ولا تزيدوا على أثلاث تركتنا فحصة الإرث جزء من وصايانا

⁽⁹⁾ . عبد الرزاق : المصنف , كتاب: الوصايا, باب: كم يوصي الرجل من ماله ؟ 67/9 .

¹⁰ - هذه الأبيات للأستاذ الدكتور : نصر سلمان ، وهي قطعة من قصيدته : فقيد العروبة والإسلام في رثاء المرحوم بإذن الله أستاذ الجيل : الأستاذ الدكتور : محمد محده - رحمه الله تعالى - .

¹¹ - إن مسائل التنزيل من المسائل المشككة في الفقه الإسلامي ، التي وقع فيها خلاف فقهي كبير ، وقد بت فيها قانون الأسرة الجزائري وذلك بإعطائه للأحفاد نصيب والدهم من تركة جدتهم شريطة ألا يتجاوز الثلث ، لأنها تعد من الوصايا ومعلوم أن الوصية لا تكون بأكثر من الثلث بينما كانوا قبل صدور قانون الأسرة يطبقون عليهم قاعدة : " من مات أبوه قبل جده خرج بقده. " أي لا يرث نصيب أبيه من جده.

المسألة الثالثة : المدة التي تنتظرها زوجة المفقود

و سنتناولها من خلال النقاط الآتية :

أولا . تعريف المفقود : أ . لغة : تقول فقد الشيء يفقده فقدا , أي ضاع , و فقدان الزوج هنا ضياعه وعدم معرفة حاله⁽¹²⁾ .

ب - اصطلاحا : " و هو الذي يغيب فينقطع أثره و لا يعلم خبره " ⁽¹³⁾.

ثانيا . صفته : و هو الذي يغيب عن امرأته فيعمى خبره , و ينقطع أثره , و لا يعلم موضعه و لا تدرى حياته من موته⁽¹⁴⁾ .

ثالثا . المدة الواجب انتظارها حتى تتمكن زوجة المفقود من حل عرى الزوجية : لا يجوز التفريق إلا إذا بلغ التسعين من عمره , أو مات أقرانه وبه قال الحنفية⁽¹⁵⁾ , وذهب المالكية (رحمهم الله) إلى أن من فقد بسبب الأسر : لا يفرق بينه و بين زوجته , لأن حياته معلومة و عذره في نفي قصد المضارة ظاهر⁽¹⁶⁾ , فلا يفرق بينه و بين زوجته إلى أن ينكشف أمره , و ذلك بمرور و مضي سن التعمير , و قد اختلف قول مالك , و أصحابه في سن التعمير , فقول : سبعون وقيل ثمانون , و تسعون , و مائة⁽¹⁷⁾ .

و اختار القاضي عبد الوهاب سبعين سنة حيث قال : " و الصحيح سبعون سنة لقوله ﷺ : " أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين , فأقلهم من يجوز ذلك "⁽¹⁸⁾ و هذا إخبار عما يتعلق به الحكم من الأعمار , و ما زاد على ذلك فليس فيه دليل يتحرر لكل قول , و إنما هو على حسب ما يتغلب في الظن من طول المدة و قصرها⁽¹⁹⁾ .

12 - ابن منظور : لسان العرب مادة فقد 3321/5 ، والفيروزآبادي : القاموس المحيط 323/1 .

13 - ابن جزوي : القوانين الفقهية 211 .

14 - القاضي عبد الوهاب : المعونة 820/2 ، و التلقين 311/1 .

15 - الكاساني : بدائع الصنائع 196/6 ، والسرخسي : المبسوط 35/11 .

16 - القاضي عبد الوهاب : المعونة 824/2 ، والتلقين 312/1 وابن عبد البر : الكافي 281/2 .

17 - القاضي عبد الوهاب : التلقين 312/1 ، المعونة 823/2 ، الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 482/2 .

18 - البيهقي السنن الكبرى عن أبي هريرة كتاب : الجنائز باب : " من بلغ ستين سنة فقد أعذر الله إليه في العمر " 370/3 .

19 - القاضي عبد الوهاب : المعونة 824/2 .

، وذهب الشافعية إلى عدم جواز التفريق لفقدان الزوج حتى يثبت موته أو طلاقه⁽²⁰⁾ ، أو تمضي المدة التي يغلب على الظن وفاته فيها كالسبعين والثمانين و التسعين ، ولم يكتفوا بذلك بل اشترطوا للتفريق بعد انقضاء المدة اجتهاد القاضي و الحكم بموته⁽²¹⁾ ، بينما ذهب الحنابلة إلى أن من فقد وليس الغالب هلاكه كالمسافر لتجارة أو طلب علم أو سياحة و نحو ذلك و لم يعلم خبره فإن امرأته لا تتزوج حتى يتيقن موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها و ذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم ، وقيل : يُنتظر به تمام تسعين سنة مع سنه يوم فقد⁽²²⁾ ، وذهب الحسن بن زياد إلى عدم التفريق بين الزوج و زوجته إذا فقد ، و إنما تنتظر مائة و عشرين سنة تمر من يوم ولادته ، فلو فقد و عمره ستون سنة ، فإنها تنتظر ستين سنة أخرى⁽²³⁾ .

و دليلهم في ذلك :

أ - قوله ﷺ : " امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان " ، أو " حتى يأتيها الخبر " ⁽²⁴⁾ .

ب - قول الإمام علي عليه السلام في امرأة المفقود : " هي امرأة ابتليت ، فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق " ⁽²⁵⁾ .

ج - أنّ النكاح ثابت بيقين ، فلا يزال إلا بيقين إذ لو حكم بنكاحها قبل ثبوته لنقض الحكم و ذلك لمخالفته القياس الجلي ، إذ لا يجوز أن يكون حيا في ماله ، و ميتا في حق زوجته ⁽²⁶⁾ .

أحكام المفقود في قانون الأسرة الجزائري : تطرق قانون الأسرة الجزائري إلى أحكام المفقود في عدة مواد نوردتها على النحو الآتي

20 - الأنصاري :منهج الطلاب 107/2 ، و فتح الوهاب 107/2 .

21 - الشريبي : مغني المحتاج 26/3 - 27 .

22 - ابن قدامة : المغني 205/7 - 207 .

23 - المصدر نفسه .

24 - الدار قطني ، السنن ، كتاب النكاح ، باب : امرأة المفقود 421/2 .

25 - المصدر نفسه 422/2 .

26 - الأنصاري : فتح الوهاب 107/2 .

المادة 109 : " المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه , و لا حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم " .

نصت هذه المادة على مفهوم المفقود و صفته و هذا نفسه هو الذي ورد في الشريعة الإسلامية

المادة 112 : " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون " .

أحالت هذه المادة في جواز طلب زوجة المفقود للطلاق على الفقرة الخامسة من المادة 53 و التي نصها :

" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية : ...

5 - الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة " .

الملاحظ أن القانون تكلم عن المفقود بصورة مجملة

وورد في المادة 110 إذ نصت على أن " الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من

الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه , أو بواسطة مدة سنة , و تسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود " .

المادة 113 : " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب , و الحالات الاستثنائية

بمضي أربع سنوات بعد التحري . و في الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات " .

و الحق أن ما نص عليه القانون هو عين الصواب , و ذلك لاختلاف الحالات بين

مفقود و آخر إذ هناك من يرجى كشف حاله و معرفة مكانه , و آخر ميؤوس منه إذ لا

قرينة و لا أمل في العثور عليه هذا من جهة , و حتى يترك الأمر لاجتهاد القاضي يحكم

فيه بما يحقق المصلحة و مقاصد الشريعة الإسلامية من جهة أخرى , و بهذا يكون القانون

قد تحاشى ما ذهب إليه كثير من فقهاء الإسلام من أن زوجته تنتظر إلى أن يموت أقرانه ,

أو تنتظر سبعين أو تسعين أو مائة و عشرين عاما من يوم ولادته وهذا بلا شك لا

يتماشى مع روح الشريعة الإسلامية الغراء , فتحرم المرأة من بناء أسرة جديدة , منتظرة في

ذلك سرابا بقيعة يحسبه الظمان ماء ،وهنا يأتي دور التكامل بين الحكامين ،فنغلب الجانب الذي أخذ به القانون ،المتمثل في إصدار الحكم بفقدانه وموته بعد أربع سنوات بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة ، أو النيابة العامة ، كما نصت على ذلك المادة 114 من قانون الأسرة ، والتي بينت بأنه لا يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود ، إلا إذا وقعت المطالبة بذلك من أحد الورثة كأب أو ابن و نحوهما ، أو ممن له مصلحة في ذلك كالزوجة التي قد تتضرر بطول غيابه كأن تتقدم سنها فتصل إلى سن لا يمكنها معه الإنجاب مثلا ، أو من النيابة العامة و ذلك كأن يكون لهذا المفقود ورثة قُصّر أو فاقدوا الأهلية أو لا وراث له أصلا فتقوم النيابة العامة مقام هؤلاء القُصّر في المطالبة بالحكم بفقدته أو تقوم مقام بيت المال الذي ستؤول إليه جميع أمواله و ممتلكاته في حالة عدم وجود من يرث هذا المفقود .

والخلاصة : أنه لا شك أن مدة أربع سنوات تعد فترة زمنية معقولة للحكم بموت المفقود ،وتسريح زوجته لتعتد ،وتستأنف حياة زوجية جديدة ،وهنا يكون التكامل بتطبيق القانون ،وعدم الحكم بما ورد في تلك الآراء الفقهية التي تجعلها تنتظر موت أقرانه ،وذلك لبعدها ما ورد فيها عن روح الشريعة السمحة ،ومقاصدها الغراء .

لا سيما وأن ما أخذ به القانون تدعمه آثار السلف الصالح ،والتي منها :
أ - أنه فقد رجل في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له فقال : " انطلقني فتربصي أربع سنين " ، ففعلت ، ثم أتته ، فقال : " انطلقني فاعتدي أربعة أشهر و عشرا " ففعلت ، ثم أتته ، فقال : " أين ولي هذا الرجل ؟ " فقال : " طلقها " ، ففعل فقال عمر : " انطلقني ، فترجعي من شئت " (27).
ب - عن سعيد بن المسيب أنّ عمر و عثمان قالا : " امرأة المفقود تربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر و عشرا ثم تنكح " (28).

27 - الدار قطني السنن ، كتاب النكاح باب : " امرأة المفقود " 421/2 ، ومالك : الموطأ كتاب الطلاق : باب " عدة التي تفقد زوجها 393 ، و عبد الرزاق : المنصف : كتاب الطلاق ، باب : " التي لا تعلم مهلك زوجها " 85/7 .

28 - البيهقي : السنن الكبرى ، كتاب العدد ، باب : " من قال تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر و عشرا ثم تحل " 445/7

ج - قوله ﷺ : " لا ضرر ولا ضرار " (29).
وجه الاستدلال : إنّ دفع الضرر مشروع في جميع الأحوال , و أي ضرر أكبر من تركها معلقة , لا هي ذات زوج , و لا هي مطلقة(30) .

المسألة الرابعة : الزمن المعتبر في أقصى مدة الحمل

قال الإمام مالك بن أنس : "قد يكون الحمل ثلاث سنين ، وقد حمل ببعض الناس ثلاث سنين ، يعني نفسه "(31).

بينما ورد في المادة : 42 من قانون الأسرة أن : " أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر " .

وفي المادة : 43 : ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة . " وهنا يحدث التكامل بين ما يراه بعض الفقهاء من أن مدة الحمل قد تستمر لثلاث سنين ، وبين ما ذهب إليه القانون الذي حدد أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر ، وهي المدة نفسها التي يثبت بها النسب بعد وفاة الزوج ، وذلك لأن القانون بنى مواده على :

1 - رأي الطب الذي ذهب إلى أن أقصى مدة الحمل طبيًا هي 41 أسبوعًا مضروب 7 وقد تتأخر المرأة 5 أيام . أي أقصاها : 292 يومًا . وهي حوالي عشرة أشهر قمرية .

2 - أن القول باستمرار مدة الحمل لثلاث سنوات ، لا سيما بعد وفاة الزوج فيه مفسد عظيم ، إذ قد تأتي أرملة شخص ما وتزني وتمارس الرذيلة ، ثم تأتي مدعية نسبه لزوجها الذي أرمته عظامه في قبره ، وقد لاكتفي بذلك ، فتطالب بنصيبه في الميراث ، فيحجب بعض الورثة ، أو ينقص من نصيبهم ، ومراعاة لهذه المفسد كلها ، حدد القانون مدة عشرة أشهر كأقصى مدة للحمل .

29 - ابن ماجه : السنن ، كتاب الأحكام باب : " من بنى في حقه ما يضر بجاره " 784/2 .

30 - القاضي عبد الوهاب : المعونة 821/2 .

31 - أبو زهرة : مالك ص : 25 .

3 - أن القانون اعتذر للقائلين بإمكانية استمرار الحمل لمدة طويلة ، بأن الطب سمي ما ذهبوا إليه بالحمل الكاذب ، ومفاده أن المرأة تنتفخ بطنها بسبب رياح فيه ، حيث تتحرك هذه الرياح فتظن أن جنبنا يتحرك بأحشائها ، فتعتقد أنها حامل ، لا سيما وأن الطب قد أثبت بأن الجنين إذا تجاوز مدة عشرة أشهر يموت ويبدأ في الحلل ، مما يستدعي مرض المرأة ، وتتطلب عمل جراحي لاستخراجه ،

والخلاصة : أن التكامل يكمن هنا بالأخذ في ذلك برأي القانون ، لأنه هو الذي تسنده مقاصد الشريعة ، ويدعمه الطهر الأسري ، ويعززه الجانب القانوني .

المسألة الخامسة : الفحص الطبي

إن مسألة إجراء الفحص الطبي للرجل والمرأة المقبلين على الزواج قبل إجراء العقد مما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 7 مكرر: من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 ، والذي ورد فيه : يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية ، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج . يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية ، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ، ويؤثر بذلك في عقد الزواج . تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم .

نقول : إن تطبيق ضرورة إجراء الفحص الطبي بين المقبلين على الزواج قبل العقد هو عين الصواب ، بل هو من حسنات القانون ، مما يجعلنا نقول إن أحكام الشريعة الإسلامية وإن لم تنص على هذا الفحص الذي اقتضته متطلبات التطور العلمي ، والمخبري ، فإنه يجب العمل به لأنه يتكامل مع روحها ومقاصدها ، التي من أهمها الحفاظ على النفس البشرية التي قد يكون هذا الزواج سببا في إتلافها إذا كان أحد المقبلين على الزواج يحمل أمراضا خطيرة وفتاكة ، وعليه نقول : نعم ما صنع القانون ، وهذا هو عين التكامل بين الباحثين الفقهي والقانوني .

المسألة السادسة : عقد الزواج وإثباته

لقد كان الإشهاد غالبا في عقود الزواج في حقب سابقة لا يوثق، وإنما يكتفى فيه بالإشهاد الشفوي، حينما يقام عقد الزواج بالمسجد، أو البيت، وهو الزواج الذي درج عليه الكثير من أجدادنا وآبائنا، غير أن تغير الزمن، ووجدد الحقوق، وإنكار النسب المتولد عن هذا الزواج، أو إنكار الزواج بالكلية، جعل القانون يدق ناقوس الخطر، فراح يقنن لهذا العقد، حماية له من أن يتلاعب بعض أطرافه به، فجاءت المادة 18: من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 لتضبط ذلك، والتي ورد فيها: " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا " .

نقول: إن التكامل بين ما ورد في التشريع الإسلامي، والذي كان مطبقا في الواقع من أن عقود الزواج ليست كعقود البيع والشراء التي تبنى على المشاحة، والتي تتطلب توثيقا خوفا من جحدها، وذلك لأن عقود الزواج تبنى على المكارمة التي لا تحتاج إلى توثيق، واحتياط، غير أنه لما فسد الزمان وتغيرت النفوس، وتبلدت الطباع، وضعف الوازع الديني، تطلب الأمر القول بضرورة التوثيق لهذه العقود، وهو ما ألح عليه القانون، حفاظا على الحقوق، ودرءا للشقاق والخصام بين الزوجين .

. قال ابن عاشور: «والقصد من الأمر بالكتابة التوثيق للحقوق، وقطع أسباب الخصومات، وتنظيم معاملات الأمة، وإمكان الاطلاع على العقود الفاسدة»(32).

. وقال أيضا: «والمقصد لتوثيق الحقوق المشهود بها ضبطها، وأداؤها عند الاحتياج إليه، وذلك يقتضي كتابة ما يشهد به الشهود، إذا كان الحق من شأنه أن يدوم تداوله مدة بييد في مثلها الشهود؛ فلذلك تعيّن مشروعية كتابة التوثقات»(33).

(32) - ابن عاشور: التحرير والتنوير ، 100/3 .

(33) - ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية ، 204 .

المسألة السابعة: مدة محاولات الصلح السابق للطلاق

مظهر للتكامل بين الفقه والقانون

إذا تلفظ الزوج بلفظ الطلاق الصريح لزمه الطلاق فوراً مثل استعماله الألفاظ المشتقة من الطلاق كطالق ومطلقة وطلقتك، ولو ادعى بأنه لا يقصد ذلك⁽³⁴⁾، وذلك لأن اللفظ الصريح ظاهر المراد، فهو لا يستعمل إلا في الطلاق فلا يحتاج إلى نية⁽³⁵⁾، كما يقع الطلاق الكناهي فوراً إذا اقترن بنية⁽³⁶⁾، لحديث: " لا قيلولة في الطلاق، ولا قيلولة في الطلاق"⁽³⁷⁾، فهذا يدل على أن من تلفظ بالطلاق يلزمه، ولقول الإمام علي عليه السلام: " كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه "⁽³⁸⁾.
بينما نجد قانون الأسرة الجزائري في مادته: 49: من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ذهب إلى أن الطلاق لا يقع فوراً حين إحداثه، وإنما لا يثبت إلا بحكم وبعد محاولات صلح، تكون خلال مدة لا تتجاوز 3 أشهر، وهو الذي ورد منصوصاً عنه في المادة سالفه الذكر، والتي تنص على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.
يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة."

³⁴ - الكاساني: بدائع الصنائع 211/4، والمرغيناني: الهداية 252/1، والقاضي عبد الوهاب: التلقين 323/1، والإشراف 743/2، وابن رشد الحفيد: بداية المجتهد 86/2، وابن المواق: التاج والإكليل لمختصر خليل 53/4-54، والشافعي: الأم 259/5، والشيرازي: التنبيه 174، وابن قدامة: المغني 263/8، ومحمد الدين بن تيمية: المحرر، 53/2.

³⁵ - الكاساني: بدائع الصنائع 211/4، والمرغيناني: الهداية 252/1.

³⁶ - الكاساني: بدائع الصنائع 248/4، وابن قدامة: المغني 284/8.

³⁷ - سعيد بن منصور: السنن، كتاب الطلاق، باب: ما جاء في طلاق المكره، حديث رقم: 1086.

³⁸ - البخاري، كتاب الطلاق، باب: الطلاق في الإغلاق والكراهة 388/9، والبيهقي كتاب الخلع والطلاق باب: لا يجوز طلاق الصبي حتى يبلغ ولا طلاق المعتوه حتى يفارق 359/7، وابن أبي شيبة: المصنف باب: ما قالوا في طلاق المعتوه 31/5، وعبد الرزاق: المصنف 409/6،

نقول : إن ما ذهب إليه القانون هو عين الصواب ، بل روحه وذروة سنامه ، وذلك لكونه يعطي 3 أشهر فرصة للزوجين لمراجعة نفسيهما ، وهي مدة كافية للتروي ، والتفكير ، ثم الوصول إلى رأي حازم بإمضاء الطلاق ، أو الرجوع إلى عش الزوجية الحاني ، ونغتنم الفرصة هنا لمناشدة المفتين ألا يتسرعوا في الحكم بإيقاع الطلاق ، وأن التكامل بين ما ورد في الشريعة ، وما ورد في قانون الأسرة ، يقتضي دائما ترجيح الأصلح والأسلم للمّ شتات الأسر ، والابتعاد عما يقوض بنائها ، ويهدم أركانها ، لا سيما وأن قانون الأسرة هو الآخر مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها ، خاصة وأنه قد روعيت في مواده روح التشريع ، ويسر الآراء ، ومراعاة المصالح .

وفي الختام : هذا جهد المقلّ ، أبرزنا من خلاله بعض النماذج التي يستشف منها التكامل بين ما ورد في فروع وأحكام الشريعة الغراء ، وبين ما جاء في مواد قانون الأسرة الجزائري ، نرجو أن نكون قد وفقنا في عرضها ، وبيان وجه التكامل بينها ، سائلين الله لملتقاكم النجاح والسداد ، وللقائمين عليه التوفيق والرشاد ، آمين ، آمين ، إذ به الاستعانة ، وعليه التكلان ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .