

وأخيرا في ظل القانون الحالي 84-11 الصادر في 9 يونيو 1984، فتنص المادة 8 منه على أن :

" تكتمل أهلية الرجل في الزواج تمام (21) سنة و المرأة بتمام (18) سنة ، و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة"
و الملاحظات السابقة تصدق على هذه المادة ، لا جدوى في العودة لتكرارها.

المراجع

- 1- قانون الأسرة الجزائري الصادر في 84.07.9.
- 2- الأمام محمد أبو زهرة-الولاية على النفس دار الراشد العربي بيروت 1980.
- 3- د/محمود علي السرطاوي-شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني القسم II وIII طبعة 1995.
- 4- بدران أبو العينين بدران. الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء I ، دار النهضة العربية-بيروت 1984.
- 5- د/العربي بلحاج-قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا-ديوان المطبوعات الجامعية 1994.
- 6- عبدالرحمان الجزيري كتاب الفقه على المذاهب الأربعة-دار إحياء التراث العربي بيروت 1986.
- 7- د/وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته-الجزء 7 الطبعة II دار الفكر-سوريا-دمشق 1984.

المجلات

- 1- المجلة القضائية-العدد I سنة 1997.
- 2- المجلة القضائية-العدد 4 سنة 1989.
- 3- مجلة القضاة-العدد 4 سنة 1990.
- 4- المجلة القضائية-العدد 3 سنة 1991.
- 5- المجلة القضائية-العدد I سنة 1990.
- 6- نشرة القضاة-العدد II سنة 1981.

واقع الأسرة الجزائرية بين إلزامية القانون وحتمية الاجتهاد

بقلم د/ صالح بوبشيش

فإنه لا شك أن قانون الأسرة الجزائري الصادر في التاسع من شهر جوان سنة 1984 يعد مكسبا للمجتمع الجزائري رغم ما يشوبه من نقص وفراغ في بعض الجوانب الهامة التي تمس بمصلحة الأسرة بصورة مباشرة؛ إلا أن كثيرا من نصوصه تضمنت أحكاما شرعية مستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية، والآراء المختلفة لمذاهب الفقهاء.

فاعتبار الشريعة مصدرا أساسيا لهذا القانون فيما ورد النص عليه، وفيما لم يرد نصه كما تؤكد المادة 222⁽¹⁾ دليل قاطع على أن الأسرة الجزائرية محكومة في تنظيمها بمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية في الماضي والحاضر، وفي المستقبل إن شاء الله وفق ما يحقق المصلحة المشروعة ويضمن الحصانة المتينة لاستقرار الأسرة النواة الأولى للمجتمع.

فهذا التشريع كما ذكرت رغم أهميته في كونه يرجع في مصدره إلى الشريعة الإسلامية؛ إلا أن واضعيه اجتهدوا في صياغة مواد ونصوصه، وهم مأجورون على ذلك؛ إلا أننا نلمس في بعض منها شيئا من عدم المراعاة للواقع الذي تعيشه الأسرة الجزائرية، وعدم الالتفات إلى العرف الذي يحكمها، وهو

ما ينعكس سلبا على مصلحة الأسرة زوجا وزوجة وأولادا، لكونهم محكومين بالقواعد الملزمة لهذا القانون؛ الأمر الذي يحتم علينا الدعوة إلى وجوب مراجعة هذا القانون فيما يظن أنه مجال للمراجعة، وتسمح به قواعد الشريعة الإسلامية، وأعني بذلك ما يجوز فيه الاجتهاد ويكون محلا له.

أولا: واقع الأسرة الجزائرية والزامية القانون

إن ما تقضي به البديهيات في حركة التقنين، هو ضرورة أن تتماشى القواعد والنصوص القانونية التي يتم الاتفاق عليها كتشريع منظم وملزم للواقع المعاش في كل عصر وفي كل بيئة بما يحقق المصلحة ويجلب النفع لأصحابه ممن يحتكمون إليه ما لم يتعارض ذلك مع الضوابط والمبادئ التي تقضي بها المصادر العامة للتشريع. لا أن يرجع عليهم بما يؤثر على مصالحهم أو أن يكون في إلزامه تفويت لما يجب مراعاته من مصالح ومقاصد، فإن كان كذلك صار قانونا، أو صارت بالأحرى نصوصه التي يتحقق فيها ذلك غير مناسبة، وتفقد بذلك وصف التشريع الذي يكون في خدمة من وضع لأجلهم.

وهذا الحكم عام في كل القوانين والتشريعات، ويسري على جميعها، من ذلك قانون الأسرة الجزائري، فإن جل نصوصه هي عبارة عن قواعد أمرة ملزمة لا يجوز تركها أو الاتفاق على مخالفتها، ولذلك فإن لها دورا كبيرا في تنظيم الأسرة والعلاقة بين أفرادها، ونظرة تأملية في بعض نصوص هذا القانون تجعلنا نحزم بوجوب مراجعته، وذلك إما لبعدها عن التصور الحقيقي لواقع الأسرة الجزائرية والعادات التي تمثل البيئة الطبيعية التي لا يجوز إهمالها أو تجاهلها أثناء سن أية مادة أو نص قانوني، وإما للتضارب الحاصل بين جملة من

نصوص هذا القانون في بعض القضايا الهامة التي يتطلب الأمر فيها دقة العبارة ووضوح المعنى.

ولا يسعنا المقام لعرض مختلف المواد التي اعترافاها النقص من هذين الجانبين، ولكن سنعمد إلى الإشارة إلى بعض منها بما يجلي لنا فكرة ضرورة مراجعة هذا القانون، من ذلك:

1 - عدم تفريق المشرع بين الخطبة والفااتحة:

وهو ما تضمنته المادة السادسة في الفقرة الثانية حيث تنص على أنه: "تخضع الخطبة والفااتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه".
والمادة الخامسة تقضي بامتلاك كل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عن الخطبة، كما أوضحت أثر العدول فيما يتعلق بالهدايا والأشياء التي تقدم أثناء الخطبة.

أقول إن المشرع أهمل كلية العرف الجاري فيما يحكم مقدمات الزواج، حيث نجد أن للفااتحة أهمية كبرى في ربط وثاق الزواج، فهي تمثل عند الكثيرين العقد الشرعي للزواج، ففيها يتم الاتفاق الشرعي بين الطرفين الزوج أو وليه وولي الزوجة على عقد الزواج في حضور الإمام وجماعة من الشهود، وفيها يسلم المهر كاملا، وتصير بعدها العلاقة بين الزوجين في نظر الناس علاقة شرعية تكتمل بحفل الزفاف والدخول.

والفااتحة بهذا المعنى تختلف كلية عن الخطبة التي لا تعني سوى الوعد بالزواج، فالتسوية بينهما أمر لا يستقيم بحال لا سيما فيما يخص أثر العدول عنهما، فما يقدم في الخطبة يختلف عما يقدم عادة في الفاتحة، فالصداق مثلا لا

يدفع في الغالب إلا عند قراءة الفاتحة وإجراء حكم الهدايا — التي تقدم في الخطبة — عليه يفضي إلى مشاكل كبيرة في حال العدول.

هذا، وقراءة في المادة الخامسة تورث خللا في الفصل في مسألة العدول عن الخطبة؛ حيث أن المشرع حكم بوجوب أن يسترد الخاطب كل ما لم يستهلك في حال ما إذا كان العدول من المخطوبة، وإذا كان العدول منه سقط حقه في ذلك، وهو ما يتوافق مع ما نص عليه المذهب المالكي⁽²⁾؛ غير أن هذا لا يكفي؛ لأن هناك من الأولياء من يتخذ بعض الشروط بعد إجراء الخطبة، ويطلب به لاستكمال إجراءات الزواج بقصد تنفير الخاطب وفسخ الخطبة من جهته للاستحواذ على ما تقدم به من هدايا ومجوهرات خاصة إذا كانت ذات قيمة كبيرة، أو أن تعتمد المخطوبة إلى استفزاز خطيبها بسلوكات وتصرفات لا يقبلها بغرض تحقيق نفس الهدف، فكان على المشرع بدل أن ينص على جهة العدول أن يراعي في ذلك الطرف الذي كان سببا في العدول سواء كان العدول من جهته أو من الطرف الآخر؛ فإذا كان سبب العدول مثلا من المخطوبة، وأفضى ذلك إلى أن يبادر الخاطب بفسخ الخطبة، اعتبر العدول من المخطوبة وكان عليها رد كل ما تسلمته من الخاطب، والعكس صحيح.

2 — الغموض الذي اكتنف موضوع تعدد الزوجات⁽³⁾:

رغم ما يتميز به قانون الأسرة الجزائري في هذا الموضوع من الإبقاء على نظام تعدد الزوجات، ومن خلال ذلك المحافظة على أصل مشروعيته كما دلت عليه نصوص القرآن والسنة النبوية وإجماع الأمة، ورغم حمايته لهذا

الموضوع من التعسف في استعماله من قبل بعض من لا خلاق لهم، وذلك بوضعه لشروط ثلاثة، وهي: أن يكون هناك مبرر شرعي، وأن يبادر الزوج إلى إخبار الزوجة السابقة واللاحقة، وأن تتوافر نية العدل؛ إلا أنه يؤخذ على المشرع الجزائري في هذا الموضوع أنه عمد إلى أسلوب الإجمال والضيغة غير الدقيقة في معالجته، وكأني به جمع بين إباحة التعدد كأصل لثبوت قطعيته، وأراد الحد منه بما وضعه من شروط دون أن يبين ماهيتها وتفصيلها، فما هو المبرر الذي يسمح بتعدد الزوجات⁽⁴⁾؟ وكيف يتسنى التحقق من وجود نية العدل؟ فهل يسمح بالزواج ثم ننظر في مدى تحقق هذا الشرط؟ أم نطلب من الزوج أن يثبت حسن نية عدله في غياب المحل؟

وقد أرشد إلى ما يمكن القيام به عند مخالفة هذه الشروط؛ حيث أعطى لكل من الزوجتين — باعتبارها ضحية التعدد — الحق في رفع دعوى إلى القضاء لطلب الطلاق، إلا أنه لم يرتب أي جزاء على ذلك.

ثم إن المشرع لم يعتبر بهذه الشروط في نفاذ العقد كأن تكون شروط صحة مثلاً حتى تكون لها القيمة الشرعية والقانونية في توقف وجود العقد ونفاذه عليها.

أقول إن موضوع التعدد أضحى في وقتنا هذا أمراً يستهين به كثير من الأزواج، وقد أدى التسبب والإهمال في ضبطه بنصوص قاطعة وملزمة وما يتبع ذلك من إجراءات خاصة تحفظ حسن سير أعمالها وتطبيقها، إلى تدمير كثير من الأسر، إما بانتهاء العلاقة الزوجية وتشريد الأطفال وما ينجر عن ذلك من أزمات نفسية وتربوية بسبب الواقع الجديد المفتوح على كل الهزات

والمشاكل الأسرية والاجتماعية، وإما بإهمال لبيت الزوجية وما يترتب عليه من متاعب ومشاق تعترض سبيل الزوجة والأولاد في حياتهم اليومية. ولذلك نجد الكثير ممن يدعو إلى رفض فكرة التعدد وإلغاء هذه المادة من قانون الأسرة ينطلق من هذا الواقع المرير الذي صار عبئا ثقيلا على المجتمع الجزائري لا يمكن تحمله.

أقول إن الخلل في مسألة تعدد الزوجات واضح، وقد أفضى إلى وجود هذا الواقع سوء معالجة هذا الموضوع قانونا مما أورث فهما خاطئا لحكم التعدد، فبعد أن كان — كما أكدته الشريعة الإسلامية — استثناء في حالات وظروف خاصة، أصبح في وسط المجتمع الجزائري أصلا لا فرق بينه وبين التفرد، ولا شك أن حل هذه المشكلة يكمن في ضرورة مراجعة هذه المادة وتفصيل الموضوع بما يرفع عنه كل لبس وغموض والنص عليه وفق ما أكدته الشريعة الإسلامية، وما يناسب واقع الأسرة الجزائرية.

3 — التناقض الصريح في موضوع الاشتراط في عقد الزواج:

لقد أعطى المشرع الجزائري الحرية الكاملة للزوجين في أن يشترطا في عقد الزواج من الشروط التي يريانها مناسبة لحياتهم الزوجية ما لم تتناف مع نصوص القانون، وذلك حسب ما تقضي به المادة 19، والتي تنص على أن: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون"، وهو ما يعد ترجيحاً في نظر المشرع لقول من يرى أن الأصل في الشروط الجعلية الإباحة كما هو عليه الحال عند الحنابلة⁽⁵⁾.

غير أنه حين أراد أن يبين حكم العقد الذي اقترن بشرط يتنافى ومقتضى العقد وقع في تناقض صريح كما تبينه المادتان 32، و35. فالمادة 32 تنص على ما يلي: "يفسخ النكاح إذا اجتمع أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج". وتنص المادة 35 على أنه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلاً والعقد صحيحاً".

فمقابلة بسيطة بين المادتين نجد أن المشرع حكم في الأولى على عقد الزواج بالفسخ في حالات منها اقترانه بشرط يتنافى ومقتضياته ثم سرعان ما تراجع عن ذلك في المادة الثانية ونص على صحة الزواج في حال ما إذا اقترن العقد بشرط ينافيه.

ولا يقال إن المراد بالفسخ في نظر المشرع هو الفساد وهو غير البطلان، فيكون معنى الفسخ الوارد في شأن عقد الزواج المقترن بالشرط هو احتمال الحكم بصحته بعد القطع ببطلان الشرط وهو ما أكدته المشرع بعد ذلك في نص المادة 35.

أقول يمكن أن يكون هذا التأويل محملاً يصرف عن طريقه تناقض المشرع في هذا الموضوع، ولكن ما نجده في قانون الأسرة يسقط هذا التأويل؛ ذلك أنه لا فرق في نظر المشرع بين الفسخ والبطلان، فهو يعبر عن البطلان بالفسخ في أكثر من موضع من ذلك ما تنص عليه المادة 34: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب

ووجوب الاستبراء"، فلو كان الفسخ يعني معنى آخر غير ما يعنيه البطلان في نظر المشرع لما ساغ له أن يحكم على زواج المحارم بغير البطلان. وبهذا يتأكد لدينا جليا مكان التعارض في هذا الموضوع، وقانون الأسرة ينبغي أن يتزهر عنه لما فيه من المساس بمكانته ومصداقيته.

4 — عدم وضوح طبيعة الولاية في الزواج:

لقد تناول قانون الأسرة موضع الولاية في الزواج — على خطورته — في المواد: 9، 11، 12، و13.

فنص في المادة 9 على اعتبار الولاية ركنا من أركان الزواج، وعبارته: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصدّق". وهو ما يتوافق ابتداء مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء خلافا للحنفية. ونص في المادة 11 على ترتيب الأولياء فقال: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"، وهو ما يعد تأكيداً لركنية الولاية.

غير أن المشرع لم يلتزم بهذا الرأي، وأراد أن يجمع بينه وبين موقف الحنفية القاضي بعدم الاعتبار بتوقف عقد الزواج على موافقة الولي. فنص في المادة 12 على أنه: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع ذلك فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون".

وجاء في الفقرة الثانية من نفس المادة: "غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت".

وما يفهم من المادة 12 أن المشرع فرق في ثبوت الولاية بين الثيب والبكر، فأثبتها ولاية إجبار⁽⁶⁾ في الثانية، وولاية اختيار⁽⁷⁾ في الأولى. وموقف المشرع هذا يتماشى تماماً مع رأي جمهور الفقهاء خلافاً للحنفية⁽⁸⁾.

لكن في المادة 13 تراجع عن ذلك أخذاً بمذهب الحنفية، ونفى ولاية الإيجابار بقوله: "لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

وما يؤكد ذلك هو تعمد المشرع تفسير المراد بالولي الذي لا يجوز له أن يجبر من في ولايته بقوله: "أباً كان أو غيره"، فلو أطلق الولاية دون تفصيل لأمكن صرف النص إلى غير الأب في سقوط ولاية الإيجابار كما نص عليه المالكية وغيرهم، وهذا جمعاً بين نص المادة 13 وما قبلها، فتكون ولاية الإيجابار ثابتة للأب دون غيره؛ لكن ما عمد إليه المشرع يدل على أنه قاصد لإسقاط ولاية الإيجابار مهما كانت صفة الولي في المادة 13، وهو ما يتعارض مع ما أثبتته من أحكام الولاية في المواد 9، و11، وخاصة المادة 12.

وقد كان على المشرع أن لا يلجأ إلى مثل هذا الأسلوب في الجمع بين مختلف المذاهب والتلفيق بين آراء أصحابها أمراً مطلوباً، فهو مشروط بأن لا يؤدي إلى التضارب، فإن أفضى إلى ذلك أضحى أمراً غير مقبول.

ثم إنه لا يلزم عند التشريع لأية قضية أو مسألة وجوب الجمع بين جميع المذاهب الفقهية، بل يكفي في ذلك أن يراعى من الآراء — حتى وإن كانت خارج إطار ما نص عليه الفقهاء — ما قوي دليله وسطع برهانه وفق ما

يناسب الواقع ويحقق المصلحة، لا سيما إذا كانت المسألة محل الاجتهاد والبحث جديدة لم تكن على عهد السابقين ولا يوجد لهم فيها رأي. وقانون الأسرة الجزائرية الذي هو بين أيدينا وضعت نصوصه قبل سنة 1984، ولا شك أنه قد روعي قي سن مواده فضلا عن مذاهب الفقهاء جانبا من البيئة والعرف الذي يحكم الأسرة الجزائرية، خاصة ما يتعلق بعنصر الولاية، ولا شك أن العرف الذي كان سائدا في الماضي قد تغير في بعض جوانبه تبعا للتطور الذي شهدته الأسرة الجزائرية خلال عشرينيتين كاملتين، الأمر الذي يحتم علينا عدم تجاهل الواقع الجديد في أي عمل لمراجعة نصوص هذا القانون.

5 - الطلاق وأسلوب توقيعه:

يعتبر الطلاق في عرف الشريعة الإسلامية حلا للمشكلات التي تعترض طريق استمرار وديمومة العلاقة الزوجية، فعند تعذر بقاء هذه العلاقة يأتي الطلاق كحل يصبح بمقتضاه كل من الزوجين - خاصة الزوجة - في حرية من أمره في اختيار الطريق الأنسب والأسلوب الأفضل له في الحياة. لكن واقع اليوم خاصة في المجتمع الجزائري ينذر بخطر كبير؛ بدل أن يتخذ الطلاق مكانته الأصلية في العلاقات الزوجية كحل للعقبات التي تعترضها، صار في حد ذاته المشكلة التي تهدد الحياة الزوجية بسبب الاستخفاف به من قبل كثير من الأزواج، ومرد ذلك إلى عدم انضباط النصوص والأحكام التي تنظمه في قانون الأسرة، من ذلك؛ أسلوب توقيع الطلاق، فهو موكول إلى الزوج يوقعه متى شاء وأين شاء وأنى شاء، والزوجة

المسكينة خاضعة لسلطان إرادته في كل وقت وفي كل حين، وقد يفعل ذلك ثم ينكره لسبب أو لآخر.

ولذلك فإني أرى أن الأفضل التعامل مع هذا الموضوع الحساس والخطير وفق إجراءات تحفظ للأسرة مكانتها وللعلاقة الزوجية قداستها، منها على سبيل المثال اشتراط الإشهاد عند توقيع الطلاق؛ أي وجوب إحضار شاهدي عدل عند إرادة توقيع الطلاق حتى تدفع بذلك كل الاحتمالات المفترضة لتفسير ما يصدر عن الزوج من طلاق لزوجته بانفرادهما، بل وإبطال كل إنكار قد يعتمد إليه الزوج بعد توجيه لفظ الطلاق لزوجته، وما يترتب على ذلك من مشاكل ومتاعب.

6 — التطليق وموجباته:

يعد التطليق أو ما يعرف بالطلاق الذي يوقعه القاضي جبرا عن إرادة الزوج، المكبح الذي يحد من تعسف الزوج وتعنته في ممارسة حقه في فك الرابطة الزوجية قصد الإضرار بزوجته، قال تعالى: ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا.

وقد وضع الفقهاء أسبابا بموجبها يحكم القاضي بالطلاق بناء على طلب الزوجة، وقد عددها المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة. وما يثير الجدل منها هو:

— اعتبار عدم الإنفاق من موجبات التطليق شرط عدم العلم بإعسار الزوج وقت الزواج:

والنص في ذلك قول المشرع: "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78، و79، و80 من هذا القانون".

يعد موقف المشرع في تقييد طلب الفرقة لعدم الإنفاق بشرط عدم العلم بحالة الإعسار وقت الزواج — كما ذهب إليه فقهاء المالكية⁽⁹⁾ — إجحافا بحق الزوجة، وحرمانها من إنهاء العلاقة الزوجية التي أصبحت مستحيلة بسبب عدم قدرة الزوج على القيام بالواجبات التي تتطلبها أبسط المستلزمات الأسرية.

ولا يأتي أبدا علم الزوجة بإعسار زوجها أثناء الزواج كسبب مباشر لحرمانها من حقها في طلب الفرقة؛ لأنها وإن قبلت به زوجها في ذلك الوقت فهو على أمل أن تنفرج كربته ويزول فقره في المستقبل، فإن لم يتحقق ذلك وتضررت بالبقاء معه ولا يوجد بين يديها ما تنصرف فيه، فإنه لا شك أنها تملك أمر نفسها بطلب الفرقة بعد أن أصبحت مصلحة العصمة مفسدة، ثم ما ذنب هذه الزوجة المسكينة التي تجبر على البقاء على عصمة زوج لا يمكنه توفير أدنى حاجاتها — ومن واجبه الإنفاق عليها — مما يلحق بها من الضرر ما يتعاضد كلما طالت مدة الإعسار.

وهذه الحال لا تختلف في ذلك على حال من تزوجته موسرا ثم أعسر بعد ذلك؛ لأن إعساره أمر محتمل كما يحتمل دوام يساره، فالتفريق بينهما تحكم لا دليل عليه⁽¹⁰⁾.

— اعتبار الحبس بجملة من القيود سببا موجبا للتطبيق:

وعبارة النص في ذلك هي: "الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية".

في الواقع لم يتحدث الفقهاء عما يدل على جواز التطليق للحبس إلا ما يمكن الإفادة منه من خلال القياس على الغيبة، حيث يتحقق مناط الحكم، وهو التضرر من بقاء الزوجة وحيدة بعيدة عن زوجها، وتقييد المشرع الجزائي لعقوبة الحبس بالأوصاف المذكورة لا معنى له؛ إذ كان عليه أن يقتصر على ذكر سبب الحبس لأزيد من سنة حتى يجوز للمرأة أن تطلب الطلاق إذا كان في بقاء الزوجية ضرر واضح يلحق بها.

— اعتبار الغيبة سببا موجبا لطلب التطليق شرط عدم قيام العذر وعدم الإنفاق:

إن ما عمد إليه المشرع الجزائري من جعل الغيبة كسبب موجب للتطليق بشرط أن تكون مقيدة بعدم وجود العذر وبدون نفقة يعد أمرا مبالغا فيه، ومجانبا لما يقضي به العرف وما تستوجبه طبيعة العلاقة الزوجية من البقاء والاستمرار الحقيقي دون انقطاع طويل قد يؤثر على ديمومتها ويمس بالحقوق المشروعة للزوجة لكون الغيبة هنا تحصل من الزوج.

فإذا كان عدم الإنفاق يقوم لوحده سببا معقولا ومشروعا لطلب الفرق، فإنه لا مكان لغيبة الزوج ضمن موجبات التطليق وفق ما ذهب إليه المشرع؛ لأن أساس ذلك مستمد من عدم الإنفاق، فكان عليه أن يفرد الغيبة

دون شرط الإنفاق أو عدمه باعتباره سببا قائما بذاته كما عليه الحال عند جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة.

وتكون عندئذ الحكمة من طلب الفرقة للغيبة ظاهرة في أن مقام الزوجة بعيدة عن زوجها زمنا طويلا مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية في الأعم الأغلب وإن ترك لها الزوج مالا تستطيع الأنفاق منه على نفسها.

ثانيا: واقع الأسرة الجزائرية وحتمية الاجتهاد

إن مبدأ الاجتهاد في حياة المسلمين أمر لا بد منه؛ إذ به تصير الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، وبابه مفتوح منذ عهده عليه الصلاة والسلام إلى يوم الناس هذا، ويستمر إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها؛ إلا أن دخول بابه مشروط بتوافر ضوابط أهلية الاجتهاد التي نص عليها العلماء⁽¹¹⁾.

فالشريعة الإسلامية لا تضيق بحوادث الناس ونوازلهم، وما يناسب أعراف حياتهم وتقاليد بيئتهم عن أن يكون فيها ما يبين لهم حكمها ومشروعيتها؛ إلا إذا ضاقت عقول الناظرين في أصولها ومبادئها.

ولذلك ينبغي دعم وتوفير جميع الوسائل التي تيسر بلوغ هذا المقصد لئلا يعيش الناس في فراغ شرعي لكل ما يجد من قضايا ويتزل من حوادث.

والأسرة في المجتمع الجزائري باعتبارها أسرة مسلمة تعيش في وسط تحكمه بعض العادات والأعراف التي تميزها عن غيرها من الأسر في المجتمعات الأخرى؛ فإنه حري بمنظريها ومن يقومون بمهمة التشريع لها أن يراعوا هذا الجانب في ما يضعونه من قواعد وأحكام، وإذا كان قانون الأسرة كما تبين

لنا اعتراه بعض النقص والفراغ فيما حواه من مواد، فإن الاجتهاد لجبر ذلك يصير أمرا حتميا ولازما.

وأقصد بالاجتهاد هنا نوعين؛ أحدهما الاجتهاد القضائي، وهو يمثل الرقابة القضائية التي تمارسها الجهة العليا في القضاء لضمان حسن تطبيق القانون وسلامة إجراءات التقاضي، وثانيهما الاجتهاد الفقهي، وهو الإطار الأساسي الذي ينبغي أن تعالج فيه القواعد القانونية التي تنظم الأسرة والعلاقة بين أفرادها، وذلك استجابة للدعوة بضرورة مراجعة قانون الأسرة.

1 - الاجتهاد القضائي:

يعد الاجتهاد القضائي، أو ما يعرف بالرقابة القضائية الصمام الذي ينظم ويحرص على التطبيق الأفضل والأمثل للقانون، وعلى حسن سير العمل به في مختلف درجات التقاضي، كما يعتبر الوسيلة الناجعة من أجل الوصول إلى توحيد الأحكام القضائية.

وهو ما تقوم به المحكمة العليا⁽¹²⁾ باعتبارها المؤسسة القضائية العليا التي يجوز لها قانونا النظر في كل ما يظن أن فيه خرقا للقانون أو مساسا بالإجراءات الواجب اتباعها في سير الدعوى القضائية، وتعتبر جميع قراراتها ملزمة للقاضي.

ولضمان حسن بلوغ هذا المقصد ينبغي ترشيد هذه الهيئة ودعمها بما ييسر لها أداء مهامها في أحسن الظروف والأحوال، خاصة فيما يتعلق بإسناد مسؤولية هذا العمل إلى أهل الاختصاص من رجال القانون والفقهاء ممن لهم باع في مجال الأحوال الشخصية.

2 - الاجتهاد الفقهي:

أ - حقيقة الاجتهاد الفقهي والحاجة إليه:

— حقيقة الاجتهاد الفقهي: يراد بالاجتهاد الفقهي في اصطلاح العلماء معان كثيرة جلها تدور حول مفهوم واحد، وهو أن الاجتهاد عبارة عن استفراغ الجهد وبذل الطاقة من الفقيه في درك الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد عليه⁽¹³⁾.

— الحاجة إلى الاجتهاد الفقهي: تبرز الحاجة إلى الاجتهاد اليوم بشكل ضروري وأكيد؛ لأنه من المبالغة وتجاهل الواقع القول بأن كتب المتقدمين فيها الجواب الكافي عن كل ما يثور من تساؤلات في زماننا هذا.

ذلك أن لكل عصر مشكلاته وواقعه وحاجاته المتجددة، ومع هذا التجدد والحركة الدائمة تتمخض أرحام الليالي عن أحداث ووقائع جديدة لم يعرفها السابقون، وربما لم تخطر ببالهم، بل ربما لو ذكرت لهم لعدوها من المستحيلات، فكيف نتصور حكمهم عليها، وهي لم تدر بخلداهم لحظة من الزمان؟⁽¹⁴⁾

واعتباراً بذلك اتفق العلماء على وجوب تقرير مبدأ تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان والأشخاص، فما يكون ممنوعاً في بلد لا يلزم أن يكون كذلك في غيره، وما يكون مباحاً في زمن لا يجب أن يستمر كذلك في جميع الأزمان، وما يثبت من حكم في حق شخص ليس بالضروري أن يكون حاكماً على الجميع، ومرد ذلك هو اختلاف عادات الناس وأعرافهم وأحوالهم.

وإذا كان السابقون قد قرروا مبدأ تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان رغم رتابة الحياة وسكونها إلى حد كبير في العصور الماضية، حتى قيل في بعض الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه: هذا اختلاف عصر وزمان، وليس اختلاف حجة وبرهان، فكيف باختلاف عصرنا عن عصور أئمة الاجتهاد وبعد الزمان بينهما. (15)

وبناء على ذلك فإن الاجتهاد هو الطود الذي يحفظ صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، قال تعالى: ﴿إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون﴾ (16)، ولذلك فإن الأمة اليوم في أمس الحاجة إلى النهوض بالاجتهاد لحل كثير من القضايا والمسائل التي يكاد يجهل حكمها الشرعي الذي يبين للناس أمر دينهم فيها.

ب - أنواع الاجتهاد الفقهي:

يتنوع الاجتهاد الفقهي إلى نوعين؛ فردي وجماعي.

1 - الاجتهاد الفردي: وهو كل ما صدر عن المجتهد من رأي في المسألة محل الاجتهاد، ولم يحصل الاتفاق عليه بين سائر المجتهدين.

وهذا النوع من الاجتهاد هو الأساس الذي يقوم عليه الاجتهاد الجماعي، وقد دلت عليه نصوص كثيرة، منها:

إقرار النبي صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين قال: "أجتهد رأيي ولا آلو".
وقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه عنه عمرو بن العاص: (إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر واحد) (17).

وما أثير عن عمر بن الخطاب في الرسالة التي بعث بها إلى أبي موسى الأشعري، ومما جاء فيها: "الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة، اعرف الأشباه والأمثال وقس الأمور عند ذلك". ومثل هذا كثير مما أورده علماء الأصول في كتبهم.

كما أن العقل يقضي بضرورة الاجتهاد كوسيلة تحفظ صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان؛ لأن النصوص المتناهية في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة لا يمكنها أن تفي بالحوادث والنوازل اللامتناهية، ولا سبيل إلى ذلك إلا سبيل الاجتهاد في ضوء المبادئ والقواعد التي رسمتها الشريعة الإسلامية والمقاصد التي دلت النصوص على وجوب مراعاتها.

2 — الاجتهاد الجماعي: وهو كل ما صدر عن جماعة المجتهدين من رأي متفق عليه اتفاقاً أغلبياً أو كلياً في المسألة محل الاجتهاد، وقد دلت عليه دلائل كثيرة من القرآن والسنة وآثار الصحابة.

فمن القرآن قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ (18)

ومن السنة ما روى سعيد بن المسيب عن علي كرم الله وجهه أنه قال: قلت يا رسول الله الأمر يتزل بنا لم يتزل فيه قرآن ولم تمض فيه سنة، قال: إجمعوا له العالمين أو قال: العابدين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا

تقضوا فيه برأي واحد⁽¹⁹⁾، فهذا الحديث وإن تكلم فيه بأن في سنده من لا يحتج به؛ إلا أن دلالة على معناه مؤكدة بالنصوص الكثيرة التي تدعو إلى وجوب الشورى وجمع الرأي في القضايا الهامة.⁽²⁰⁾

ومن آثار الصحابة قول عبيدة السلماني لعلي كرم الله وجهه في قضية بيع أمهات الأولاد: "رأيك مع الجماعة أحب إلينا من رأيك وحدك"⁽²¹⁾.

ونحن اليوم بحاجة إلى كلا النوعين، ولكن على أساس المفاضلة بينهما باعتبار نوعية وطبيعة المسائل محل الاجتهاد، فإذا كانت من القضايا المصيرية الهامة والتي تتعلق بمصلحة عامة المسلمين فإن الاجتهاد الفردي بعد أن كان ضرورة في الماضي يصير اليوم ضررا كبيرا على الأمة لما يفضي إليه من خلاف وشقاق يشتت وحدتها ويهدم صفها، ولدرء كل هذه المفاصد والمخاطر لا سبيل إلا إلى الاجتهاد الجماعي⁽²²⁾.

ب — مجال الاجتهاد الفقهي في قانون الأسرة:

إن مجال الاجتهاد في قانون الأسرة تحكمه القاعدة المعروفة التي تقضي بأنه لا اجتهاد في مورد النص، والمراد بالنص هنا ما يكون قطعي الدلالة قطعي الثبوت، أما ما كان ظني أحدهما، فإنه يكون محلا للاجتهاد، وعليه فإن ما يعد من الأحكام الشرعية الثابتة عن طريق القطع واليقين فإن الاجتهاد لا يطرقه أبدا، وأي تغيير فيها يعتبر خروجا عن حكم الشريعة الإسلامية، وهو قليل بالنظر فيما تضمنه القانون من آراء اجتهادية من مختلف المذاهب الفقهية المشهورة، فإن هذه الأخيرة تكون محلا للاجتهاد، كما يدخل في مجال

الاجتهاد ما سكت عنه المشرع الجزائري وأحال أمر البت فيه إلى الشريعة الإسلامية حسب ما نصت عليه المادة 222.

ج — الوسائل الكفيلة لتحقيق الاجتهاد الفقهي:

يبدو لي أن الاجتهاد في القضايا التي لها علاقة مباشرة بمراجعة نصوص قانون الأسرة الجزائري خاصة وعموم المسائل المرتبطة بمصلحة الأسرة مما ينبغي مراعاته في عملية التقنين لكل ماله صلة بذلك، يمكن تحقيقه عن طريق توفير وسائل ثلاث:

الأولى: وجوب توافر شروط الاجتهاد

ولا أعني بذلك الشروط التي نص عليها علماء الأصول لبلوغ درجة المجتهد المطلق أو المجتهد المستقل؛ لأن ذلك كما قال السيوطي وغيره قد انقرض منذ عصر المجتهدين أمثال مالك والشافعي وأبي حنيفة وأحمد... وإنما المراد بشروط الاجتهاد هو تحصيل الأدوات التي تسمح بالاجتهاد في موضوع معين، انطلاقاً من سلامة القول بتجزؤ الاجتهاد؛ الأمر الذي يناسب ظروف وأحوال عصرنا الحاضر، ومن هذه الشروط: العلم بجميع الدلائل المختلفة من القرآن والسنة وآثار الصحابة وسائر الأدلة النقلية والعقلية التي تحكم قضايا الأحوال الشخصية، والمعرفة العميقة لعلم أصول الفقه لكونه المنهج الذي يرسم للمجتهد طريق الاستنباط واستخراج الأحكام من مصادرهما، وكذا المعرفة بقواعد اللغة العربية بما يسمح من فهم النصوص والاستدلال بها.

ولا خلاف في أن تحصيل كل ذلك اليوم أمر ممكن جداً؛ إذ أن الاستحالة في الماضي القريب كانت مفروضة بظروف صعبة، وقد زالت اليوم مع التطور الحاصل في توفير مختلف المدونات والمصادر سواء في شكل كتب مطبوعة طبعات حديثة ومفهرسة كان الأقدمون يقضون في معرفتها السنين الطوال، أو في شكل أقراص مضغوطة تسمح بالبحث عن أي موضوع أو مسألة في زمن يسير جداً.

الثانية: الأخذ بعين الاعتبار واقع الأسرة الجزائرية

إن اعتبار أهل العلم العرف مصدراً من مصادر التشريع له أكثر من دلالة؛ ذلك أن الناس محكومون بما يفرضه واقعهم وبما يقضي به العرف السائد بينهم وبما جرت على وفقه عاداتهم شرط أن لا تتعارض مع المبادئ والقواعد الشرعية، وفي هذا يقول الإمام القرافي في الفرق الثامن والعشرين بين قاعدة العرف القولي وقاعد العرف الفعلي: "فمهما تجدد من العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمره، بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك، لا تجبره على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده وأجره عليه وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين". (23)

ولذلك فإن أية مراجعة لقانون الأسرة أو أية حركة لتقنين بعض ما يخص الأسرة ينبغي أن يراعى فيها الواقع الذي تعيشه هذه الأسرة والعرف

الذي يحكمها حتى تكون في مستوى القواعد والنصوص الكفيلة بضمان الحماية للأسرة من أية مخاطر أو مزالق تهدد استقرارها.

الثالثة: تأسيس مجمع فقهي جزائري

وتكون من ضمن مهامه الإشراف على عملية مراجعة قانون الأسرة، وذلك بالتعاون مع أهل الاختصاص من رجال القانون، كما يرجع إلى هذا المجمع في كل ما يجد ويحدث من نوازل في هذا المجال، أو في كل ما يستشكل فهمه من نصوص القانون ويحتاج إلى تفسير وتوضيح، وذلك بالتنسيق مع الهيئة العليا في القضاء، وبهذا تكون الأسرة الجزائرية في حماية قانونية عن طريق الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة العليا، وفي حماية شرعية عن طريق ما يصدر عن المجمع الفقهي من قرارات وأحكام في كل ما يستدعي الحال إعادة النظر فيه من قضايا ومسائل الأسرة.

ولا تقتصر مهمة المجمع عند هذا الحد فقط بل تتعداه إلى البث في كل النوازل والحوادث الجديدة في مختلف مجالات الحياة، سواء عن طريق الاجتهاد على المدى الضيق في ما يظن أنه من خصوصيات المجتمع الجزائري، أو عن طريق الاجتهاد على المدى الواسع في ما يظن أنه عام في حق جميع المسلمين في شتى أنحاء العالم، وذلك بالتنسيق مع المؤسسات الفقهية المختلفة تحت لواء المجمع الفقهي العالمي المنشود، وهي الدعوة التي يوجهها كثير من الباحثين اليوم إلى ضرورة تكوين مجمع فقهي عالمي يهتم بقضايا المسلمين المصيرية.

خاتمة:

مما سبق يثبت لدينا يقينا أن قانون الأسرة الجزائري رغم رجوع المشرع

في وضع نصوصه إلى الشريعة الإسلامية واعتبارها المصدر الرئيسي لكل أحكامه ومواده، فإنه تضمن نقائص يلزم جبرها وفراغات يستوجب سدها، مما انعكس سلبا على مصلحة الأسرة، وسبيل ذلك هو مراجعة نصوص هذا القانون في ضوء الاجتهاد الذي صار أمرا حتميا لا مفر منه، مع وجوب الأخذ بعين الاعتبار واقع الأسرة الجزائرية اليوم.

ثبت بالمصادر والمراجع:

- الفروق للقرافي المالكي، طبعة عالم الكتب، بيروت.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، ط: 1، 1408، 1988، دار القلم بيروت.
- شريعة الإسلام صالحة لكل زمان ومكان للقرضاوي. ط: 5، 1417، 1997، مكتبة وهبة، القاهرة.
- بدائع الصنائع للكاساني، دار القلم، بيروت
- المغني لابن قدامة، ط: 1403، 1983، دار الكتاب العربي، بيروت
- الإحكام للآمدي، تحقيق السيد الجميلي، ط: 2، 1406، 1986، دار الكتاب العربي، بيروت
- الموافقات للشاطبي، دار الكتاب العربي، بيروت
- نهاية السؤل للأسنوي، تحقيق شعبان إسماعيل، ط: 1، 1420، 1999، دار ابن حزم، بيروت.
- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري لعبد العزيز سعد، ط: 2، 1989، دار البعث، الجزائر
- أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي لبلحاج العربي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري لبلحاج العربي، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1999.
- الشرح الكبير للدردير، دار الفكر، بيروت
- حاشية الدسوقي على شرح الدردير، دار الفكر بيروت
- الخطبة والزواج لمحمد محدة، ط: 2، 1994، مطبعة الشهاب، الجزائر
- الاجتهاد الجماعي لزكي الدين شعبان، ط: 1، 1418، 1998، دار البشائر الإسلامية، بيروت
- الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط للقرضاوي، ط: 1994، دار النشر الإسلامية، القاهرة

- مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا للبلحاج العربي، ديوان المطبوعات الجزائرية
- الاجتهاد القضائي، نشر وزارة العدل الجزائرية، ديوان المطبوعات الجزائرية
- الحيل الفقهيّة ضوابطها وتطبيقاتها على الأحوال الشخصية، نشر مركز المنشورات الجامعية لجامعة باتنة سنة 1999.
- نفقة الزوجة والأولاد في حال الإعسار والامتناع لصالح بوشيش، مجلة الإحياء العدد الخامس سنة 2002، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية جامعة باتنة.
- التقرير والتحير لابن الهمام، دار القلم، بيروت
- أحكام الأسرة في الإسلام لمحمد مصطفى شليبي، دار النهضة العربية، بيروت
- محاضرات ملتقى الفكر الإسلامي السابع عشر سنة 1983 تحت موضوع الاجتهاد، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، الجزائر
- صفوة التفاسير لمحمد علي الصابوني، ط: 5، 1406، 1986، دار القلم، بيروت.

الهوامش

- 1- ونص المادة 222 هو: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".
- 2- أنظر: الشرح الكبير للدردير: 223/2
- 3- نظم المشرع الجزائري هذا الموضوع في المادة الثامنة ونصها: "يسمح الزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة، ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا".
- 4- صدر منشور وزاري بتاريخ 84/11/23 تحت رقم 84/102 كتفسير للمادة 8 جاء فيه: على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من وجود المبرر الشرعي ولا يكتفي فيه بالمشاهدة أو الإقرار بل لا بد من طبيب اختصاصي يثبت ذلك فإن لم يثبت هذا رفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية إبرام هذا العقد.

ثم صدر منشور آخر بتاريخ 85/08/22 يبين شروط التعدد وحالاته، وأضاف حالة ثانية وهي حال الرضا والعلم من الزوجين لكن دائما تحت سلطان القاضي وصلاحياته. أنظر: الخطبة والزواج لمحمد محدة: 393

5- لقد أحسن المشرع الجزائري في اختيار هذا الرأي بغض النظر عما وقع فيه من تضارب في صياغة أحكامه في القانون، لأن إطلاق الحرية في الاشتراط هو في صالح الأسرة لو أحسنت فهمه وتطبيقه في الواقع؛ حيث يمكن للزوجة أن تشتترط من الشروط المباحة ما يضمن حسن استقرار الحياة الزوجية. أنظر نماذج من هذه الشروط في كتابنا الحيل الفقهية ضوابطها وتطبيقاتها على الأحوال الشخصية: 170 وما بعدها

6- هي سلطة تجعل لمن ثبتت له القدرة على مباشرة تزويج موليته، وهي من قبيل الولاية المتعدية، وتثبت للأب وحده بالإجماع، واقتصر المالكية على إثباتها للأب فلا يكون لغيره من الأولياء سلطة الإيجاب، وجريان هذا النوع من الولاية في حق المرأة بكرا كانت أو ثيبا محل خلاف بين العلماء، فذهب الجمهور خلافا للحنفية إلى أنها تثبت في حق المرأة البكر وإن كانت كبيرة، وذهب الأحناف إلى أنها تثبت في حق الصغيرة سواء كانت بكرا أو ثيبا، وأساس الخلاف في ذلك هو علة الإيجاب، فالحنفية يرون أن العلة هي الصغر في حين يقول الجمهور أن العلة هي البكارة. أنظر تفصيل هذا الموضوع في: أحكام الأسرة في الإسلام لمحمد مصطفى شلبي: 278 وما بعدها.

7- هي سلطة تخول للولي تزويج موليته بناء على رغبته واختيارها، وتسمى ولاية ندب واستحباب، وهي تثبت لكل الأولياء عموما لا فرق بين ولي وولي، يمارسونها في حق من لم تحب عليها ولاية الإيجاب.

8- أنظر: الشرح الكبير للدردير: 223/2، المغني لابن قدامة: 476/6، البدائع للكاساني: 247/2، بداية المجتهد لابن رشد: 12/2

9- وفي هذا يقول الدسوقي في حاشيته: "وحاصل فقه المسألة أنها إذا علمت عند العقد فقره فليس لها الفسخ": 518/2

10- أنظر مزيدا من التفصيل في هذا الموضوع في مقالنا الموسوم بنفقة الزوجة والأولاد في حال الإعسار والامتناع المنشور بمجلة التي تصدرها كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية بجامعة العقيد الحاج لخضر بباتنة، العدد الخامس سنة 1423، 2002

- 11- أجمل بعض العلماء عديد الشروط التي فصل فيها كثير من أهل الأصول، فحصرها الإمام الشاطبي في قوله: " لا تحصل درجة الاجتهاد إلا لمن اتصف بوصفين: أحدهما فهم مقاصد الشريعة على كمالها، والثاني التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها" الموافقات: 105/4
- 12- أنظر نماذج من الاجتهادات القضائية فيما يتعلق بقانون الأسرة في كتاب مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا لبلحاج العربي وكتاب الاجتهاد القضائي الذي أشرفت وزارة العدل على نشره ص: 205 وما بعدها مما يدخل في مهام غرفة الأحوال الشخصية.
- 13- أنظر: الآمدي، الإحكام: 180/4، الأسنوي، نهاية السؤل: 1035/2، ابن الهمام، التقرير والتحجير: 291/3
- 14- أنظر: القرضاوي، الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط: 6.
- 15- أنظر المرجع السابق: 7
- 16- سورة الحجر، الآية: 9
- 17- الحديث متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب الاعتصام، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، ومسلم في كتاب الأفضية، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ.
- 18- سورة النساء، الآية: 59
- 19- الحديث أخرجه الطبراني، أنظر مجمع الزوائد: 178/1
- 20- أنظر تفاصيل في مشروعية الاجتهاد الجماعي ونماذج عن تطوره منذ زمن النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليوم في: الاجتهاد الجماعي لزكي الدين شعبان: 83 وما بعدها
- 21- أخرجه البيهقي في كتاب عتق أمهات الأولاد، باب الخلاف في أمهات الأولاد: 348/10
- 22- أنظر: الاجتهاد ودور الفقه في حل المشكلات للدكتور مصطفى أحمد الزرقا، بحث ألقى بمناسبة أشغال الملتقى السابع عشر للفكر الإسلامي سنة 1983: 148/3
- 23- الفروق للقراقي: 176/1، 177

المركز القانوني للمكفول في التشريع الجزائري

بقلم د/ معوان مصطفى

مقدمة:

إن الظروف التي تعيشها بلادنا منذ أكثر من عشر سنوات نتيجة لظهور ظاهرة الإرهاب وأبعادها الاجتماعية والأخلاقية وما ترتب عنها من بقاء أطفال أبرياء يتامى أو مجهولي النسب نتيجة اغتصاب أمر يجعل التكفل هؤلاء أمر ضروري وحتمي، وهذا يقتضي تحديد النظام القانوني للمكفول والتزامات الكفيل تحديدا دقيقا في التشريع الجزائري من أجل تحقيق الحماية القانونية للمكفول من الناحية النفسية والاجتماعية.

كما أن طبيعة المجتمع الجزائري المسلم يفرض الإعتناء بالطفل عموما، وبصفة أخص باللقطاء ومجهولي النسب قصد دمجهم في المجتمع بطريقة فعالة وذلك بالتوفير لهم طفولة سعيدة، عادية تمكنهم من القيام بدورهم في المجتمع. ولا شك أن هذه الاعتبارات المختلفة لا تتعارض مع مبادئ الشريعة السمحاء، فمن الضروري تقبل التطور الإيجابي إذا كان هدفه حماية الطفل وكان غير متعارض مع روح الشريعة الإسلامية.