مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

ضوابط المواءمَة بيْن الشَّريعة الإسْلاميَّة والقانُون وعوائقها، مع نماذج تطبيقية من قانون الأسرة الجزائري

Criteria for harmonizing Sharia and law and their obstacles with applied models in the Algerian family law

صالح بن بشير بوشلاغم

كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، سلطنة عمان bsaleh@squ.edu.om

تاريخ ارسال المقال: 2021/06/06	تاريخ القبول: 2021/07/08	تاريخ النشر: 2021/09/01

*المؤلف المرسل.

الملخص

يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على مواءمة القوانين مع الشريعة الإسلامية، وذلك برسم الإطار الضابط والنظر في العوائق التي تحول دون تحققها. وقد انتهج فيه الباحث المنهج التحليلي النقدي، وخلص إلى أن ضوابط المواءمة يمكن النظر إليها باعتبار انقسام الأحكام الشرعية إلى قطعية وظنية اجتهادية، وأن العوائق منها الموضوعي وهو الخلاف الفقهي وتعدد نسيج المجتمعات المسلمة، ومنها السياسي وأهمه عدم وجود الإرداة السياسية وبقاء تبعية بعض البلدان للمستعمر، وبين الباحث ضمن ثلاثة نماذج تطبيقية أن نص القانون الجزائري في الولي في عقد الزواج بحاجة إلى تعديل ليتواءم مع الشريعة، وأنه بحاجة إلى نصوص في المنع من الزواج والخطبة لاختلاف الدين لسد الثغرات التشريعية.

Abstract

This research aims to clarify the harmonization of law with Islamic law, by defining the controlling framework and analyzing the most important obstacles that prevent the achievement of harmonization. The researcher used the critical analytical method, and concluded that the harmonization criteria can be viewed considering the division of legal opinions into definitive and interpretative, and that the obstacles, including what is objective, which is the doctrinal dispute in addition to the plurality of Muslim societies, the second aspect is the political obstacles, and the most important one is the luck of political will, The researcher showed, among three applied models, that the text of the Algerian law regarding the guardian in the marriage contract, and the prohibition of marriage and engagement in religion differs cases need to be amended or add new texts to be harmonized with Islamic Sharia.

مقدمة

لمَّا كانت الدول قائمة على مبدأ القانون في تسيير شؤونها ويحتكم الناس إلى نصوصه؛ فيفصل في منازعاتهم، وينظم حياتهم، ويرعى حقوقهم، حتى صار احترام القانون شعار الدولة المعاصرة ومبدأها، ولَمَّا كانت الشريعة الإسلامية حاكمةً لمعتقدات المسلمين وأعمالهم، عن رضى منهم واختيار، كان المفترض أن تنشأ القاعدة القانونية في المجتمعات المسلمة جامعة بين جوهر الشريعة الإسلامية والأعراف والمصالح العامة التي تحقق الرفاه والازدهار والحياة الكريمة للإنسان على اختلاف المجتمعات شرقا وغربا. غير أن ابتناء القانون في المجتمعات المسلمة على منظومات تشريعية غربية كالقانون الفرنسي والبريطاني وغيرهما... في كثير من الأحيان؛ ولد فجوة بين الشريعة الإسلامية والقانون في أرض الواقع، يدل لذلك مثلا تشريعات في مجال الأسرة تتعارض مع نظام المواريث الإسلامي، وتشريع الربا واعتماده نظاما اقتصاديا، وتشريع الزنا وشرب الخمور والمتاجرة بها في بعض القوانين التي تحكم مجتمعات مسلمة، لا يصرفنا ذلك عن الإقرار أنه في المقابل وُجدت نصوص تشريعية قانونية كثيرة جلبت

مصالح للمجتمعات المسلمة خاصة في المجالات الإدراية والدستورية استنساخا عن مثيلاتها من المجتمعات الغربية الحديثة، وفي جوهرها تجسيد للأطر الإسلامية، مما يوجب الاستفادة منها إذ لا يتعارض ذلك مع منهج الإسلام في التأثير والتأثر الحضاري مع الأمم.

تولد عما سبق بيانه الحاجة إلى توجيه النظر إلى الأطر الناظمة للمواءمة بين الشريعة الإسلامية والقانون؛ من أجل الوصول بالقوانين والتشريعات في المجتمعات المسلمة إلى هوية تشريعية تتسق وخصائص هويتها الدينية والاجتماعية، وفي الوقت نفسه لا تقف أمام الوافد الغربي موقف الرافض لكل جديد، كما لا تتبنى موقف المولع بتقفي خطواته واتباع سننه حتى فيما أخفقت فيه وجلبت على نفسها الضرر.

فمشكلة هذا البحث قائمة على النظر في الأطر الناظمة للمواءمة بين الشريعة الإسلامية والقانون، والمراد به القانون عامة وبصورة أخص ما اعتمدته الدول الإسلامية، وكذا النظر في العوائق التي تحول دون ذلك؛ وتم اختيار بعض النماذج للتمثيل والتطبيق من قانون الأسرة باعتباره القانون الأقرب للشريعة الإسلامية؛ مما يفترض أن تكون نقاط الخلاف بينه والشريعة الإسلامية –إن وجدت– محصورة ومعدودة.

والهدف من البحث مد المشرع القانوني وذوي الصلة بالقانون من باحثين وغيرهم بإطار من النظر واضح المعالم ييسر التعامل مع أي منظومة تشريعة أخرى بما يجلب مصالحها ويكف المساوئ ويتجنبها، ومن جهة أخرى الدفع بالفقيه ليقترح على المشرع ما يتواءم مع الشريعة الإسلامية ويحقق المصالح العامة للمجتمع.

وقد تم تقسيم البحث إلى مقدمة وخاتمة وأربعة محاور:

أولا– المواءمة بين الشَّريعة الإسلاميَّة والقانُون: الإمكان والممكن.

ثانيا– ضوابط المواءمة بين الشريعة الإسلامية والقانون

ثالثا– عوائق المواءمة بين الشريعة الإسلامية والقانون

رابعا– نماذج للمواءمة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

أولا– المواءمة بين الشَّريعة الإسلاميَّة والقانُون: المفهوم والإمكان.

إن الحديث عن المواءمة بين الشريعة الإسلامية والقانون يجعل عمل فقهاء الشريعة المعاصرين على المحك؛ إذ يَختبر مدى قدرتهم على التوافق مع المشرّع وتوجيه وظيفته التشريعية، بعد أن استوردت الدول قوانين في تسيير شؤونها المدنية والعسكرية[1]، ورعاية مصالحها ومصالح مواطنيها، "انهارت المراكز الرئيسية للسلطة الإسلامية في الإمبراطورية العثمانية وإيران والهند، واضطرت اضطرارًا إلى قبول النماذج الأوربية للدولة القومية والنظام الدولي... وأصبحت الأنظمة القانونية الأوربية هي المعيار في تطبيق القانون القومي وفي مجالات العلاقات الدولية، ولم يُترك للشريعة غير مجال الأحوال الشخصية للمسلمين وأحكام المواريث"[2]، وبالنظر إلى المرحلة التي سبقت هذا التغير السياسي، إذ أغْلق كثيرٌ من فقهاء المذاهب باب الاجتهاد، فتقاصرت الهمم وانحسرت عن درك التطور الحضاري

للبشرية، حتى صدرت فتاوى تحرم أمورا لا يمكن الاستغناء عنها في واقع الناس اليوم من الكهرباء ووسائل الاتصال وغيرها.

أمام هذا الواقع الذي يفرض على المسلمين السرعة في مواكبته وتطويعه لهويتهم وخصوصيات مجتمعاتهم، والتحديث الآني للأحكام العملية لبيان الجائز من المستجِدات والتصرفات وغير الجائز منها؛ لم يكن من ريب في ضرورة مراجعة القوانين وتعديلها وإصدار ما يسد الثغرات التشريعية بما يحقق المصالح العامة، ويتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية حتى تكون بقوة القانون ملزمة التطبيق، وتتخلص من اعتبارها مجرد عرف أو اتجاه غير ملزم قانونا ضمن عادات المجتمع وتقاليده.

ومع مفردات هذا الواقع كلِّها ما فتئت بعض الأصوات من الفقهاء تنكر إمكان تقنين الشريعة الإسلامية بل لا تجيزه شرعا[3]، غير آبهة بما وصلت إليه أحوال المسلمين من بُعد عن أحكام الدين، وما انجر عن عدم تقنين أحكام الشريعة الإسلامية من مفاسد، فالمقارنة بين ترك القاضي للراجح من اجتهاده –وهذا أبرز مستند لمانعي التقنين– وترك الشريعة الإسلامية كلية تقضي حتما بوجوب[4] إجراء المواءمة بين الشريعة والقانون، وتقنين أحكام الفقه الإسلامي من أجل الحفاظ على التطبيق العملي للشريعة الإسلامية.

ويبدو للباحث أن الواقع الإسلامي قد تجاوز هذا النقاش –جواز التقنين وعدمه– إثر دخول الفقهاء في مشاريع تقنين القوانين ومواءمتها مع الشريعة الإسلامية، وأما ما يُتذرع به للمنع من تقنين الشريعة الإسلامية من الجمود على آراء فقهية قد وضح عدم رجحانه بمرور الزمن، وهو مردود بأن تلك القوانين خاضعة للتعديل والتنقيح كلما كانت لذلك حاجة.

وإذا كانت المواءمة بين الشريعة الإسلامية والقانون واجبةً شرعا من حيث المبدأ؛ فإن انفلاتها عن الضَّوابط الشرعيَّة التي تحفظها عن تبديل الشرع قد تجعل تلك المواءمة تغييرا للحكم الشرعي ورغبة عن الفقه الإسلامي، لذا وجبت إحاطة هذه العملية بسياج من الضوابط التي تمكنها من أداء دورها.

ثانيا– ضوابط المواءمة بين الشريعة الإسلامية والقانون

ليست المواءمة بين الشريعة الإسلامية والقانون إلا صورة من صور إنزال الشريعة الإسلامية إلى واقع الناس، وهو –إنزال الشريعة– وثيق الصلة بتحقيق مناط الأحكام في علم أصول الفقه[5]، واجتهادات الفقهاء في الشريعة الإسلامية تشكِّل مخزونا نظريا يستفيد منه المسلمون للتوفيق بين واقعهم وإخضاعه لأحكام الشريعة الإسلامية، وأحكام الشريعة الإسلامية ليست كلها في مرتبة واحدة، فمنها الظني والقطعي، ومنها النص والرأي، ولابد عند المواءمة بين الشريعة الإسلامية والقانون من مراعاة هذه المراتب، فلكل منها أحكامه وخصائصه، وسنقصر كلامنا عن الضوابط في هذه النقطة المهمة.

أ– ضوابط المواءمة في الأحكام القطعية.

لا يملك المسلم إزاء الحكم اليقيني المنصوص عليه في القرآن الكريم أو المنقول تواترا من تشريع الرسول ﷺ إلا أن يخضع له، وإلا كان ذلك منه عصيانا إذا تعلق الأمر بالواجب والمحرم، والنصوص القرآنية واضحة فاصلة في هذا الأمر، فالمولى سبحانه وتعالى يقول: ﴿**وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ**

مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا﴾[6] ويقول سبحانه: **﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾**[7]. فعندما يستيقن المسلم ثبوتا ودلالة من أمر ملزم في نص شرعيٍّ من كتاب أو سنة لا يملك إلا أن ينقاد له ويستجيب لأمره، وأي محاولة للتخلي عنه ليست إلا صورة من صور التخيُّر والعصيان.

كما أن النص الظني الثبوت إذا أقر المكلف بصحة ثبوته واستقر لديه رجحان صدوره عن مبلغ الوحي ﷺ لم يكن له أن يترك العمل به دون وجه اجتهاد صحيح في فهم المراد منه، فدائرة النص لا يمكن التنصل منها أو تجاهلها استجابة لمتطلبات اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية أو غيرها، متى كان الوحي الإلهي نصا في المراد مقرًّا به لدى المكلَّف[8]، وهو المعنى الذي تختصره القاعدة الشهيرة "لا اجتهاد مع النص" والتي تجعل كلا من الاجتهاد والانقياد في محله الصحيح[9]. والنصوص القطعية لا تنتج إلا أحكاما قطعية توجب الإذعان والطاعة في أوامرها ونواهيها الجازمة، ولا علاقة لها بالاجتهاد إلا في تحقيق مناط النص ومطابقة الواقع به. فالمواءمة بين الشريعة الإسلامية والقانون في هذا النوع من الأحكام يستلزم مطلق الخضوع والانقياد، ولا اجتهاد فيها إلا في تطبيقها وتنزيلها للواقع متى تحقق مناطها فيما يسمى بالاجتهاد التنزيلي[10].

ب- ضوابط المواءمة في الأحكام الظنية.

أما النصوص الظنية في ورودها أو دلالتها فإنها دوما محل الاجتهاد والنظر في ثبوتها، وفهم المراد من دلالتها على الأحكام، وهنا تختلف الأفهام وتتباين العقول في الفهم والتصحيح والتضعيف، وقد أرشد القرآن الكريم إلى آلية التعامل مع هذه النصوص إذ قال سبحانه: **﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾**[11]، فالعلماء المستنبطون هم المؤهلون لاستخراج الأحكام الشرعية من النصوص، ومخولون للاجتهاد عند عدم النص، وعلاقة الشريعة بالقانون في هذه النقطة تعود إلى معطيات الواقع التي يجب أن يطلع عليها أهل الاجتهاد ليطابقوا بين مقتضياتها وقواعد الشريعة ونصوصها ومقاصدها، فلا يشذ حكم عن تلك الكليات التي تحفظ الشريعة الإسلامية من التناقض والتعارض، ويستفيد العلماء المجتهدون من كل النتاج البشري المعرفي في العلوم الإنسانية وغيرها أثناء تلك المطابقة، من أجل مقاربة الصواب في تحقيق المصالح ودرء المفاسد، مراعاةً لقواعد الشريعة ومقاصدها التي ما جاء الشرع الحنيف إلا لتحقيقها.

فالمواءمة هنا تعني استفادة الفقهاء من القانون واستفادة القانون من الشريعة، وتضافر الاجتهادات حسب الأمكنة والأحوال، من أجل تحقيق مصلحة الأفراد والمجتمعات، وضبط الواقع ليكون متوافقا مع هوية المسلم ومتطلبات عبادته وحياته.

ثالثا- عوائق المواءمة بين الشريعة الإسلامية والقانون

أ- العائق الموضوعي

إن أكبر عقبة تواجه المواءمة بين الشريعة الإسلامية والقانون تكاثر الاجتهادات الفقهية، واختلافات المذاهب والعلماء في أحكام المكلفين. ولئن كان ذلك ثراء للفقه الإسلامي دون شك؛ فإنه شكَّل عائقا أمام

الإلزام القانوني بشيء من تلك الأقوال، ثم إن اختلافات الفقهاء قد تدفع بالحاكم إلى ترك الحكم الشرعي رأسا في تلك المسألة.

لذا فالواجب أن يتصدى لعملية المواءمة بين الشريعة الإسلامية والقانون من له دراية بالأحكام الفقهية والأقوال والاجتهادات ومستنداتها، ملما بالواقع الذي يوضع القانون له، حتى يتمكن من انتقاء القول الفقهي المناسب وفقا لمعايير الاجتهاد والترجيح، لا بناء على انتماء، أو تعصب لفقه مذهبي، فإذا كان الخلاف الفقهي ضرورة تستدعيها طبيعة النصوص واختلاف المدارك البشرية؛ فإن توحيد الحكم القضائي أصبح ضرورة عصرية حفاظا على تطبيق الشريعة الإسلامية[12].

وقد أسس الفقهاء والأصوليون لذلك حينما نصوا على قاعدة: حكم الحاكم يرفع الخلاف[13]، وهذه القاعدة تجعل القول الذي يعتمده الحاكم من أقوال الفقهاء ملزما في العمل على الجميع بمن فيهم الفقيه الذي يخالف في تلك المسألة وله فيها رأي مخالف، فليس له شرعا أن يخالف ما اعتمده الحاكم ما دام قولا فقهيا معتبرا وإن كان في نظره مرجوحا، وللحاكم أن يتخذ من الإجراءات الردعية ما يناسب ضد كل من يتخذ من الخلاف الفقهي أساسا لترك العمل بقانون مبني على قول من أقوال المسلمين المعتبرة.

ب- العائق السياسي

كما تعوق المواءمة بين الشريعة الإسلامية والقانون عقبةٌ سياسيةٌ كأداء، وهي من مخلفات المستعمر في البلدان الإسلامية، إذ كثير من المسؤولين غربيو الفكر يمارسون سلطاتهم من أجل الحد من انتشار أحكام الشريعة الإسلامية. ومبادرة المسؤولين غداة استقلال البلدان الإسلامية إلى سن قوانين المستعمر نظرا للتبعية الاقتصادية والسياسية حال في كثير من الأحيان دون تطلعات الشعوب الإسلامية في أن تحكمهم شرائع الدين الإسلامي وتنظم حياتهم.

غير أن الواقع السياسي حاليا في كثير من الدول الإسلامية قد خفُت فيه صوت معارضة الشريعة الإسلامية، وأصبحت السلطات تراعي الشريعة الإسلامية بنسب متفاوتة في تشريعاتها. ولو توفرت الإرادة السياسية للمواءمة بين الشريعة الإسلامية والقانون لوجدت الشريعة سبيلها إلى واقع الناس بنسب أكبر ومدى زمني أقصر، ولكان ذلك في خدمة الأنظمة الحاكمة نفسها بما يحقق ذلك من رخاء اقتصادي وأمن اجتماعي؛ غير أن الضغوطات الخارجية المنادية بحقوق المرأة وحقوق الإنسان وحركات النسوية... جعلت كثيرا من السلطات تستجيب لها، وتتغافل عن مطالب الشعب[14].

رابعا- نماذج للمواءمة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

تتعلق بالمواءمة بين الشريعة والقانون قضايا كثيرة جدا في الأسرة والاقتصاد والسياسة والمجتمع وغيرها، وبغية عرض نماذج تطبيقية نقف فيها على موضع الموءمة المشكل سواء من حيث ضرورة تعديل النص القانوني الموجود ليتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، أو اقتراح نصوص جديدة لسد ثغرات يشكل وجودها تعارضا مع أحكام الشريعة، وسنعرض في هذا البحث لثلاثة نماذج في قانون الأسرة الجزائري، وقبل الدخول في تفصيلاتها نستعرض نبذة موجزة عن تاريخ التشريع الجزائري المتعلق بالأسرة.

مدخل: نبذة تاريخية عن قانون الأسرة الجزائري.

بعد نيل الجزائر استقلالها سنة 1962م بادرت السلطات العمومية إلى صياغة مراسيم وقوانين لتنظيم الأسرة الجزائرية، وضبط قانون الأحوال الشخصية، فصدر في 24 جوان 1963 أول نص قانوني ينظم العلاقة الزوجية ويحدد سن الزواج وطريقة توثيق عقود الزواج، المرقم بـ: 63-224. ثم الأمر رقم: 66-195 المؤرخ في 04 ربيع الأول 1386هـ/ 23 جوان 1966[15]، المتعلق بتمديد فترة تسجيل عقود الزواج السابقة الصدور عن الأمر المرقم 63-224. ثم تلا ذلك الأمر رقم 69-72 الصادر في 05 رجب 1389هـ/ 16 سبتمبر 1969[16]، الذي يحدد بعض الاستثناءات للمادة 5 من القانون المرقم بـ:63-224 في تسجيل عقود الزواج. ثم جاء الأمر رقم 71-65 في 02 شعبان 1391هـ/ 22 سبتمبر 1971[17]، المتعلق أيضا بتسجيل عقود الزواج في سجلات الأحوال المدنية، للزيجات التي نتج عنها أولاد ولم يتم تسجيلها.

وكان تاريخ 25 جمادى الثانية 1395هـ/05 جويلية 1975م -الذكرى الحادية عشر لاستقلال الجزائر- هو اليوم الذي حدده القانون المدني لسراية أحكامه، وفق المادة 1003 منه، والذي صدر لاحقا في الجريدة الرسمية بتاريخ: 20 رمضان 1395هـ/26 سبتمبر 1975م. وأهم ما يتعلق بالأسرة في هذا القانون المادة الأولى منه إذ تنص على أن الشريعة الإسلامية مصدر الحكم في كل ما لم يرد فيه نص في القانون المدني، كما أن المواد: 11-17، 31-35، 44 ... وغيرها تعرضت لبعض الأمور المتعلقة بالأسرة.

وفي 09 رمضان 1404هـ/ 09 جويلية 1984م صدر أول قانون للأسرة الجزائرية، صدر برقم: 84-11[18]، ضم 224 مادة، مقسمة على أربعة كتب؛ الأول: الزواج وانحلاله، والثاني: النيابة الشرعية، والثالث: الميراث، والرابع: التبرعات. وصدر بتاريخ 18 محرم 1426هـ/ 27 فيفري 2005 أمر رئاسي برقم 05-02 متمم ومعدل لمواد من قانون الأسرة، ليتم إقراره في القانون رقم 05-09 المؤرخ بـ: 25 ربيع الأول 1426هـ/ 04 ماي 2005م[19] بعد عرضه على البرلمان، وكانت التعديلات في معظمها موجهة لحماية المرأة من بعض التجاوزات التي أفرزتها الحياة المعاصرة، وتضر بحقوقها قبل الزواج وأثناءه وبعده. هذه هي المحطات التي مر عليها قانون الأسرة الجزائري حتى يتجسد في شكله الحالي، وفيما يأتي سنتحدث عن ثلاثة نماذج تطبيقية للمواءمة بين الشريعة والقانون من قانون الأسرة الجزائري.

أ- الولي في عقد النكاح

جاءت نصوص الشريعة واضحة جلية في اشتراط إذن الولي في عقد النكاح بما لا يلغي رضا المرأة، في أحاديث عديدة منها قوله ﷺ: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل، فإن تشاجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له"[20]، وقد اختلف الفقهاء في ركنية إذن الولي أو شرطيته، ولم يقل أحد من الفقهاء بإلغاء اشتراط إذن الولي كلية، وما ينسب إلى الحنفية من عدم اشتراطهم الولي بإطلاق غير دقيق؛ ذلك أن الحنفية لم يجعلوا إذن الولي ركنا في عقد النكاح لكنهم أعطوا للولي صلاحية الاعتراض على العقد إن زوجت المرأة نفسها من غير الكفء، كما أنهم حصروا ذلك في البالغة العاقلة، قال الكاساني: "النكاح الذي الكفاءة فيه شرط لزومه هو إنكاح المرأة نفسها من غير رضا الأولياء لا يلزم حتى لو زوجت نفسها من غير كفء من غير رضا

الأولياء لا يلزم. وللأولياء حق الاعتراض؛ لأن في الكفاءة حقا للأولياء؛ لأنهم ينتفعون بذلك ألا ترى أنهم يتفاخرون بعلو نسب الختن، ويتعيرون بدناءة نسبه، فيتضررون بذلك، فكان لهم أن يدفعوا الضرر عن أنفسهم بالاعتراض"[21]. أي أن الكفاءة شرط لزوم فإن لم تحصل فإن عقد الزواج لا يكون لازما.

ما سبق بيانه هو رأي الفقهاء إجمالا وخلاصته أن الولي ضروري لعقد النكاح عند الجمهور، وعند الحنفية فإنه شرط لزوم فإن زوجت نفسها من غير الكفء فإن للولي حق الاعتراض ولا يتم الزواج، لكن المشرع الجزائري جاء برأي في الولي لا أساس له في الشريعة الإسلامية لدى أي مذهب من المذاهب، فقد نصت المادة 11 من قانون الأسرة على: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص شخص آخر تختاره" ثم يقول المشرع في المادة نفسها: "يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

من الواضح أن المشرع اتجه إلى الأخذ برأي الحنفية؛ إذ لم ينص على تولي عقد الزواج أو الإذن به للمرأة البالغة من طرف الولي، بل اكتفى بالإلزام بالحضور، وإن كان الحضور يعد قرينة على الموافقة والإذن؛ فإن جعل هذا الحق لأي أحد من الأقارب بل وأي رجل تختاره يفرغ الولي في العقد من أي دور يصب في مصلحة المرأة، ويتأكد ذلك بالمقارنة مع الشطر المتعلق بتزويج القصر إذ استخدم المشرع لفظ "يتولى"، فالمشرع لم يأخذ بقول الجمهور باشتراط الولي وركنيته، كما أنه لم يأخذ بقول الحنفية إذ جعل الولاية مفتوحة لأي رجل تختاره المرأة فأفرغ شرط الكفاءة من مضمونه، فالولي لم يشرع إلا لحماية مصلحة المرأة ووقايتها من خداع الأشرار واحتيالهم؛ إذ الولي أخبر بمعادن الرجال وأقدر على تمييز العدل الحسن السيرة من الردئ الدنيء المخادع، وماذا عسى أن يكون الرجل الذي تختاره المرأة إلا موافقا لها.

يشار أيضا أن المشرع لم يحفظ للأب مرتبته في الولاية على عقد النكاح، إذ لم يرتب بين الأولياء؛ بل عطف بينهم بـ "أو" وهذا يقتضي التخيير دون أي ترتيب، وهذا لا يتواءم مع أي مذهب من المذاهب الإسلامية.

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري في المواد المتعلقة بالولي في عقد النكاح لم يكن توجهه متوائما مع الشريعة الإسلامية بكل مذاهبها، لذا فإن الواقع الاجتماعي اعترض على هذا التشريع ولم يعمل به، وما تزال العائلات تشترط الولي في عقد النكاح وعرف المجتمع يرفض كل ما يخرج عن أحكام الشريعة، لذا فالمقترح تعديل هذه المادة وإعادة النص الأصلي في القانون 84/11 المؤرخ في 9 يونيو 1984م، وهو: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"، فهذا النص موائم لرأي الجمهور في اشتراط الولي ويتفق مع الحنفية في ترتيب الأولياء أيضا.

ب- المنع من الخطبة لاختلاف الدين.

في المادتين 5 و 6 من قانون الأسرة الجزائري نص على الخطبة قبل الزواج، غير أنهما لم تتعرضا لأثر اختلاف الدين في الخطبة قبل الزواج، مما يفتح المجال لأول خطوة في الزواج الذي قد يكون ممنوعا حسب المادة 30، وعدم التعرض لموانع الخطبة عموما، والمنع لاختلاف الدين يعد ثغرة يجب سدها بمادة توضحها، وحسب المادة 222 فإن كل ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة فإنه يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ولم تحتط الشريعة الإسلامية لعقد من العقود احتياطها لعقد الزواج، فجعلت له فرصة قبل العقد لإعادة النظر قبل القرار النهائي بتنفيذ العقد وربط المصيرين، فيقول الشيخ أبو زهرة عن الشريعة الإسلامية: "لم تنظم مقدمات العقود بأحكام خاصة بها، إلا عقد الزواج فإنه جعلت لمقدمته أحكاما خاصة به، وذلك لعظم منزلة هذا العقد فهو أخطر العقود وأعظمها، إذ هو عقد الإنسانية، وبه تأخذ الأسرة صفتها الشرعية، ولا يعقد لمدة محدودة مؤقتة؛ بل هو عقد يعقده المتعاقدان وهما يقصدان منه دوامه وبقاءه، ما بقي كل من الزوجين على قيد الحياة، ومقدمة هذا العقد هو ما تعرف –في شريعة الإسلام، وفي لغة العرب– بالخطبة"[22].

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز خطبة الكافرة على أمل إسلامها والزواج منها، وفي جواز تخطيب الكافر على أمل إسلامه وإتمام الزواج بالمخطوبة المسلمة؛ واستند المجيزون إلى أن الخطبة وعد بالزواج وليست عقدا له، وسبب التحريم مؤقت قد يزول في أي لحظة، كما أن فيها حملا على الإسلام ودعوة إليه وهو أمر مطلوب[23].

بينما رأى الجمهور عدم جواز ذلك، بالنظر إلى المآل الذي قد تفضي إليه هذه الخطبة، فقد يرتد خاطب الكافرة عن دينه إذا كان ضعيف الإيمان لأجل الزواج، وقد يتعلق بها قلبه فيتزوجها على كفرها، كما قد ترتد المخطوبة المسلمة لأجل الاقتران بكافر، كما أن للوسائل حكم المقاصد وما دام المقصد محرما فإن الوسيلة محرمة أيضا[24].

والأظهر في الترجيح –والمسألة لا نص فيها– رأيُ المانعين، لما فيه من سد لباب الفساد، خصوصا في واقعنا الذي كثر فيه الفساد الاجتماعي، وما دام المآل ممنوعا فإن الوسيلة غير مشروعة، ولا يقين لنا بإسلام الطرف الآخر فالأصل استصحاب حاله أوان الخطبة، وإن كان مقصود الخاطب الدعوة إلى الدين فليجتهد في إسلام الطرف الآخر ثم بعد ذلك يتم الخطبة.

وثمرة اعتبار اختلاف الدين في مشروعية الخطبة ما ينتج من أثر في تفاصيل المادة 5 من القانون؛ إذ إن أصل الخطبة إن كان غير قانوني فإن الخاطب والمخطوبة يستردان الهدايا من بعضهما لأن الخطبة باطلة أصلا، ومتعارضة مع موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 23، 24، 25، 26، 27، 28، 29، 30.

وعدم سد هذه الثغرة القانونية تجعل الفصل في المنازعات الناشئة عن الخطبة بين ممنوعي الزواج بنص المادة 30 أمرا مشكلا، كما أن هذا الفراغ القانوني يفتح الباب لمخالفة المادة 30 في نصها المتعلق بمنع زواج المسلمة بغير مسلم. وكان المفترض من المشرع الجزائري أن يلتفت إلى بدايات إجراءات الزواج فيمنع الخطبة في كل ما يؤول إلى زواج ممنوع قانونا، من خطبة المحرمات من النساء، وخطبة المحصنات، وخطبة المعتدة، وخطبة المطلقة ثلاثا، وخطبة أخت الزوجة وعمتها وخالتها، وكل هذا يعتبر فراغا قانونيا ينشئ خللا في تطبيق المادة 30 من القانون[25]. كما أن الخطبة على خطبة الأخ لا تجوز شرعا ولم يلتفت المشرع الجزائري لها، لذا أقترح إعادة صياغة المادة 5 من القانون على الوجه الآتي: الخطبة وعد بالزواج تتم بين رجل وامرأة غير مخطوبة عند انتفاء موانع الزواج الشرعية المؤبدة والمؤقتة المنصوص عليها في المواد من 23 إلى 30.

ب- المنع من الزواج لاختلاف الدين

نصَّ المشرع الجزائري في المادة 30 من قانون الأسرة على منع زواج المسلمة من غير المسلم، وحصر تزوج المسلمة إلا بمسلم، فلا يجوز قانونا زواج المسلمة من المشرك ومن الكتابي على السواء، وإذا كان في المنع من الزواج بالكتابي مصلحة راجحة في هذا العصر، فإن المنع من الزواج بالمشرك تطبيقٌ للنصِّ القرآني: ﴿**وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا**﴾[26] فهو مطابق لتعاليم الشريعة الإسلامية مطابقة تامة.

غير أن سكوت المشرع الجزائري عن زواج المسلم بغير المسلمة يجعله مخلا بالشطر الأول من الآية القرآنية: ﴿**وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ**﴾[27]، كما أن الإبقاء على المشركة بعد العقد عليها محرم بنص قوله تعالى: ﴿**وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ**﴾[28]، وإذا كان ذلك غير جائز شرعا فإن إنشاء عقد زواج بكافرة يكون ممنوعا من باب الأولى.

ويشكِّل إغفال القانون الجزائري لهذه المادة فراغا قانونيا يتسبب في عدم تحقيق أهداف الزواج المنصوص عليها في المادة 4 من قانون الأسرة والتي نصها: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، ومخالف لنص المادة 36 التي تنص أن من أهداف الزواج: "المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة".

فمودة المشرك والكافر محرَّمة في الشريعة الإسلامية ولو في العلاقات الاجتماعية بنص صريح: ﴿**لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ أَوْ إِخْوَانَهُمْ أَوْ عَشِيرَتَهُمْ**﴾[29]، وصلة القرابة بين الأب والابن أقوى من نسب المصاهرة بين الزوج والزوجة، ومع ذلك فإن الشرع الإسلامي حرم المودة بينهم، فكيف إذن يكون المنع والحال أن من أهداف الزواج المودة؟!

والنص القرآني الذي استند إليه الحكم في منع زواج المسلمة من غير المسلم جاء في نهايته: ﴿**أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ**﴾[30]، ففلسفة حياة المسلم وحياة المشرك مختلفتان تماما؛ المسلم يدعو إلى الجنة ويهدف إلى تربية أولاده على تعاليم الإسلام، وتنعكس أحكام الإسلام على حياته، والمشرك يدعو إلى النار ويهدف إلى تربية أولاده على تعاليم الشرك، وهذا من شأنه أن ينشيء تباينا شديدا في النظر إلى الحياة بين الرجل والمرأة مما يكون عائقا أمام السكن والمودة التي يهدف الزواج إليها، فعلَّة المنع من زواج المسلمة من غير المسلم متحققة في زواج المسلم من غير المسلمة.

ويمكن أن يتسبب هذا الفراغ القانوني بالتعارض مع القيد المنصوص عليه في صفة عقد الزواج، وهو قيد "الوجه الشرعي"، ولا يوجد للزواج بالمشركة أي وجه شرعي بنص القرآن الكريم.

وهذا الفراغ القانوني يفتح الباب للإخلال أيضا بالقانون الخاص بممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين الصادر بالأمر رقم: 06-03 خاصة المادة 11 منه التي تقضي بالغرامة والسجن على كل من يقوم بإغراء مسلم بتغيير دينه[31]، فزواج المسلم بالكافرة قد يكون فيه إغراء على تغيير الدين، وإن لم يكن الزوج هو الضحية؛ فإن

الأبناء عادة ما يكونون تبعا لأمهم في الدين، خاصة في هذا العصر الذي تعاني أوساط إسلامية كثيرة على غرار الجزائر من تدني الوعي الديني مما يسهم في الرِّدة عن الدين.

فالمقترح تعديل المادة 30 في البند السادس منها والذي منع زواج المسلمة من غير المسلم. ليكون نصه: زواج المسلم والمسلمة من غير المسلمين.

خاتمةٌ.

في ختام هذا البحث نخلص إلى نتائج وتوصيات أهمها:

1- المواءمة بين الشريعة الإسلامية والقانون ضرورة عصرية ومطلب إيماني يتعين على المسلمين القيام به في كافة الدول كلما سنحت فرصة لذلك.

2- المواءمة بين الشريعة الإسلامية والقانون في كل من دائرة النص ومجال الاجتهاد تختص بأحكام معينة، كما أن النص القطعي الورود والدلالة غير خاضع للاجتهاد إلا في تنزيله.

3- يتعين على الفقهاء في هذا العصر تطوير آليات فقهية تضبط الخلاف عند تقديم مقترحات للتوفيق بين الشريعة الإسلامية والقانون.

4- اعتبرت الشريعة الإسلامية اختلاف الدين في الأحوال الشخصية لما له من آثار في تحقيق السكن والمودة واستقرار الأسرة وحفظ دينها.

5- أجرى المشرع الجزائري تعديلا على ركن الولي في عقد النكاح أدى لمخالفة الموجود في المذاهب الإسلامية قاطبة، مما جعل النص لا يتواءم مع الفقه الإسلامي، والمقترح إرجاع النص السابق أو تعديل النص الحالي بما يتفق مع قول جمهور الفقهاء فهو الأوفق بالمجتمع الجزائري.

6- لم يعتبر قانون الأسرة الجزائري موانع الزواج عند إجراء الخطبة مما يوجب تعديل المادة 5 من القانون ليكون نصها: الخطبة وعد بالزواج تتم بين رجل وامرأة غير مخطوبة عند انتفاء موانع الزواج الشرعية المؤبدة والمؤقتة المنصوص عليها في المواد من 23 إلى 30.

7- لم ينص قانون الأسرة الجزائري على منع المسلم من الزواج بالكافرة، لذا فالمقترح تعديل البند 6 من المادة 30 ليكون نصه: زواج المسلم والمسلمة من غير المسلمين.

8- يوصي البحث المشرع الجزائري بإعادة النظر في قانون الأسرة من أجل سد الثغرات الموجودة فيه، والتي تسمح بالإخلال بمواده أو تفتح أبوابا للفساد تناقض مقاصده التي نص عليها.

المصادر والمراجع

1. ابن حبان، أبو حاتم البستي (ت543هـ)، **الصحيح**، تحقيق، شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت ، 1993.
2. ابن مفتاح، أبو الحسن عبد الله. **المنتزع المختار من الغيث المدرار، المعروف بشرح الأزهار**. ط1، مكتبة التراث الإسلامي، اليمن، 2003.
3. أبو زهرة، محمد. **محاضرات في عقد الزواج وآثاره**. دط، دار الفكر العربي، مصر، 1971م.
4. الأشقر، عمر سليمان. **تاريخ الفقه الإسلامي**. ط1، مكتبة الفلاح، الكويت، 1402هـ-1982م.
5. الآمدي، أبو الحسن علي بن محمد، (ت631هـ). **الإحكام في أصول الأحكام**. ط1، 4م، (تحقيق: سيد الجميلي)، دار الكتاب العربي، بيروت، 1404هـ.
6. الأمر رقم 66-195، المؤرخ في 23 جوان 1966،.
7. الأمر رقم 69-72، المؤرخ في 16 سبتمبر 1969
8. الأمر رقم 71-65 المؤرخ في 22 سبتمبر 1971م.
9. بوشلاغم، **صلة قواعد الفقه السياسي بالمصالح الشرعية**. رسالة ماجستير، أجيزت في الجامعة الأردنية سنة 2007.
10. جحيش، بشير بن مولود. **في الاجتهاد التنزيلي**. ط1،كتاب الأمة، الكويت، 1424هـ-2003م.
11. الجرعي، عبد الرحمن. **تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين**. بحث منشور بشبكة: إسلام أونلاين بتاريخ: 2005/08/29م.
12. الحلي، حسن بن يوسف، (ت:726هـ). **تذكرة الفقهاء**. مكتبة الرضوية لإحياء الآثار الجعفرية، إيران، دت.
13. الحموي، أحمد بن محمد مكي (1098هـ)، **غمز عيون البصائر**، ط1، دار الكتب العلمية، 1405هـ - 1985م.
14. الرملي، محمد بن أحمد، (ت1002هـ). **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**. دط، دار الفكر، بيروت، 1984م.
15. الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي، (ت790هـ). **الاعتصام**. نسخة الشاملة.
16. الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، (ت 204هـ). **الأم**. ط2، دار الفكر، بيروت، دت.
17. عبد البر، محمد زكي. **تقنين الفقه الإسلامي**. ط2، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1986م.
18. عتر، عبد الرحمن. **خطبة النكاح**. ط1، مكتبة المنار، الأردن، 1985م.
19. قانون الأسرة الجزائري 84-11، المؤرخ في 09 جويلية 1984م
20. قانون الأسرة الجزائري رقم 05-09، المؤرخ 04 ماي 2005م
21. القانون رقم 63-224، المؤرخ 24 جوان 1963.
22. القرافي، أحمد بن إدريس، (ت684هـ). **أنوار البروق في أنواع الفروق**. دط، عالم الكتب، بيروت، دت.
23. الكاساني، أبو بكر مسعود بن أحمد، (ت587هـ). **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**. دط، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، 1984م.
24. مصطفى الزرقا، **جواب عن توحيد الفقه الإسلامي**. موقع أهل الحديث، بتاريخ: 2009/11/05م.
25. الندوي، أبو الحسن علي بن الحسن. **الصراع الفكري بين الفكرة الإسلامية والفكرة الغربية في الأقطار الإسلامية**. ط4، دار القلم، الكويت، 1403هـ/1983م.
26. النعيم، عبد الله. **نحو تطوير التشريع الإسلامي**. ط2، ترجمة: حسين أمين، مركز القاهرة لحقوق الإنسان، القاهرة، 2006م.
27. النووي، أبو زكريا يحي بن شرف، (ت676هـ). **روضة الطالبين، وعمدة المفتين**. دط، المكتب الإسلامي، دمشق، 1985م.
28. الهيتمي، أحمد بن محمد بن حجر، (ت974هـ). **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**. دار إحياء التراث العربي، بيروت.
29. ياسين، عبد الجواد. **السلطة في الإسلام العقل الفقهي السلفي بين النص والتاريخ**. ط2، المركز الثقافي العربي، بيروت، 2000م.

---

(1) الأشقر، **تاريخ الفقه الإسلامي**، 188.

(2) النعيم، **نحو تطوير التشريع**، 61.

(3) من المعاصرين المانعين لتقنين الشريعة الإسلامية: محمد الأمين الشنقيطي، محمد بكر أبو زيد، وهو الرأي الذي تبنته هيئة كبار العلماء السعودية بالأغلبية، ومستندهم في هذا الرأي عدم جواز إلزام القاضي بغير الراجح عنده. الجرعي، **تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين**، بحث منشور بشبكة: إسلام أونلاين بتاريخ: 2005/08/29م.

(4) ينظر: الشاوي، **الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي**، 109/1-111. عبد البر، **تقنين الفقه الإسلامي**، ص58.

(5) الآمدي، **الإحكام**، 302/3. الشاطبي، **الاعتصام**، 668/2.

(6) سورة الأحزاب: 36.

(7) سورة النساء: 65.

(8) ينظر في مفهوم الإلزام: ياسين، **السلطة في الإسلام**، 16.

(9) لمزيد بيان وتوضيح في هذه القاعدة الأساس في الشريعة الإسلامية ينظر: بوشلاغم، **صلة قواعد الفقه السياسي بالمصالح الشرعية** (رسالة جامعية غير منشورة)، 132.

(10) القرافي، **أنوار البروق في أنواع الفروق**، 385/3. بشير جحيش، **في الاجتهاد التنزيلي**، 19-20.

(11) سورة النساء: 83.

(12) ينظر: مصطفى الزرقا، جواب عن توحيد الفقه الإسلامي. في http://www.ahlalhdeeth.com/vb/showthread.php?t=127115 بتاريخ: 2009/11/05م.

13 الحموي، غمز عيون البصائر، 113/3.

(14) من ذلك قول بورقيبة رئيس تونس في مؤتمر المدرسين والمربين بمناسبة الملتقى الدولي حول الثقافة عام 1974: إن في القرآن تناقضا في بعض نصوصه، وادعى بأن محمد ﷺ رجل بسيط كان يسافر كثيرا في الصحراء فيستمع إلى الخرافات السائدة في ذلك الوقت ونقلها إلى القرآن مثل قصة عصا موسى وأصحاب الكهف. انظر: الندوي، الصراع الفكري بين الفكرة الإسلامية والفكرة الغربية في الأقطار الإسلامية، ص150.

(15) المنشور في العدد 56. بتاريخ: 12 ربيع الأول 1386هـ/01 جويلية 1966م.

(16) المنشور في العدد 80. بتاريخ: 08 رجب 1389هـ/19 سبتمبر 1969م.

(17) المنشور في العدد 79. بتاريخ: 08 شعبان 1389هـ/28 سبتمبر 1969م

(18) نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ: 12 رمضان 1404هـ/12 جوان 1984م.

(19) نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ: 15 جمادى الأولى 1426هـ/ 22 جوان 2005م.

20 ابن حبان، باب الولي، رقم: 4075، 386/9.

21 الكاساني، بدائع الصنائع، 317/2.

(22) أبو زهرة، **عقد الزواج وآثاره**، 54.

(23) ابن حجر، **تحفة المحتاج**، 211/7. الرملي، **نهاية المحتاج**، 202/6.

(24) الشافعي، **الأم**، 160/5. النووي، **روضة الطالبين**، 425/4. الحلي، **تذكرة الفقهاء**، 570/2. ابن مفتاح، **شرح الأزهار**، 200/2. عبد الرحمن عتر، **خطبة النكاح**، 56.

(25) وهذه المادة محل اقتراح للتعديل سيأتي لاحقا.

(26) سورة البقرة: 221.

(27) سورة البقرة: 221.

(28) سورة الممتحنة: 10.

(29) سورة المجادلة: 22.

(30) سورة البقرة: 221.

(31) الصادر بالجريدة الرسمية في أول صفر 1427هـ- 01 مارس 2006م.