منهج المشرع الجزائري في سن قانون الأسرة وأثره في تحديد معالم النظام العام فيه

La démarche du législateur algérien dans la promulgation du droit de la famille et son impact sur la définition les limites de son ordre général

تاريخ إرسال المقال : 2017/11/19 تاريخ قبول المقال للنشر: 2017/12/24

ط.د. مسيخ محمد لمين / جامعة الحاج لخضر- باتنة

ملخص :

يمثل هذا المقال همزة وصل بين الباحثين وبين قانون الأسرة و نظامه العام؛ لما يتميز به هذا الأخير من خصوصيات يجدر بأي باحث معرفتها؛ حتى لا يقع في أخطاء علمية أثناء البحث في مسائل شؤون الأسرة؛لأن الواقع أوجد عدة أخطاء سببها اللبس الواقع بين مسائل في قانون الأسرة؛ وبين مسائل مشابهة لها في القانون المدني مثل: الخطبة باعتبارها وعد بالزواج و في قانون الأسرة؛ و الوعد بالتعاقد في القانون المدني .

الكلمات المفتاحية : منهج المشرع ، قانون الأسرة ، النظام العام .

Résumé :

Cet article représente un trait d'union entre les chercheurs et le droit de la famille et son ordre public, puisqu'il se distingue de certaines caractéristiques que chaque chercheur doit les connaitre, afin d'éviter de tomber dans des erreurs scientifiques en faisant la recherche dans le domaine des affaires de la famille, puisque en réalité on trouve plusieurs erreurs à cause de l'ambigüité entre la réalité et le droit de la famille et d'autres sujets similaires dans le droit civil, tel que : les fiançailles comme une promesse de mariage dans le droit de la famille et la promesse de conclure un acte dans le droit civil.

Mots-clés : La démarche du législateur, le droit de la famille, l'ordre public.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة :

يحتاج المتعاملون في مجال القانون إلى فهم نصوص القوانين؛ قصد تطبيقها تطبيقا سليما؛ الأمر الذي يفرض التوسع إلى فهم فلسفة المشرع في سنه لأحكام القوانين؛ وهذا يفيد كثيرا في الوصول إلى مقصده وبالتالي إنزال النصوص منزلتها الملائمة في الواقع.

ثم إنّ فهم هذه الفلسفة تتعدى أهميته إلى المساعدة في تفسير القانون؛ لذلك كانت المذكرة الإيضاحية على قدر كبير من الأهمية في هذا المجال؛ فتشمل فلسفة كل قانون والأهداف والمقاصد والآليات؛ التي توخاها المشرع أثناء سنه لأحكام أي قانون؛ والتي تشكل ما يعرف بمنهج المشرع في عملية التشريع الخاصة بكل قانون. هذا المنهج الذي يتغير تبعا للمصالح أو الإشكالات التي يتناولها التشريع.

إن قانون الأسرة من بين القوانين المهمة التي يجب معرفة منهج المشرع في سن أحكامه وهذا للأسباب الآتية:

- يحوي التقنين المدني 1003 مادة ، بينما يحوي قانون الأسرة 224 مادة فقط؛ فهل يعني هذا أن مواد قانون الأسرة بالنظر إلى عددها تكفي لتنظيم الأسرة؛ وهل يعني أن المعاملات المالية أكبر قيمة من شؤون الأسرة التي تمثل الخلية الأساسية لتكوين المجتمع الذي يمثل ركنا من أركان الدولة.

- تعرض المشرع قبل إصدار قانون الأسرة سنة 1984 ثم قبل إصدار التعديل سنة 2005 إلى ضغط سياسي وإعلامي وجمعوي كبير؛ انعكس في صياغة بعض المواد بطريقة معينة تفرض عليك البحث عن مقصده الحقيقي.

- إن انضمام الجزائر إلى معاهدات دولية؛ جعلها تراجع قوانينها الداخلية؛ حتى تتفق مع القوانين الدولية وفق مبدأ سمو القانون الدولي على القانون الداخلي.

- إلغاء النص على بعض المواد في التعديل أدى إلى طرح إشكالات عملية بشأنها؛ وكيفية التعامل بشأن مضمونها والمسائل التي تنظمها.

انطلاقا مما سبق سأعمل - من خلال ما سيأتي - على استقراء منهج المشرع الجزائري في سن قانون الأسرة؛ وبيان ملامح هذا المنهج؛ قصد المساعدة على فهم جيد لأحكام الأسرة في القانون الجزائري؛ وبيان معالم النظام العام فيه؛ نظرا لما لقانون الأسرة من أهمية بالنسبة للمجتمع والدولة ويتضح هذا في النقاط الآتية:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا : الشريعة الإسلامية مصدر مادي ورسمي أصلي وتفسيري لقانون الأسرة الجزائري

ورد في الجريدة الرسمية للمداولات أنه: « وأكد المشرع الجزائري أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر القانون واعتبرها مصدرا أصليا لمسائل الأحوال الشخصية ومصدرا احتياطيا في المسائل غير المتعلقة بالأحوال الشخصية كالمعاملات المدنية والمالية »[1،2].

عمد المشرع الجزائري إلى اعتماد الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا لقانون الأسرة؛ فاستقى منه أحكام الأسرة وقننها؛ وهذا راجع لأسباب تاريخية واجتماعية تتمثل في تمسك المجتمع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية في أحواله الشخصية؛ إذ لم يستطع الاستعمار الفرنسي على مدار 132 سنة تغيير هذا الأمر؛ بالرغم من كل المحاولات[3]؛ وهذا ما تجسد أيضا في المادة الثانية من الدستور الجزائري التي تنص على أن الإسلام دين الدولة[4]، وفي المادة الأولى من القانون المدني؛[5] التي اعتبرت الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا أول بعد التشريع؛ وهذا ما تم التأكيد عليه في مداولات المجلس الشعبي الوطني لمشروع تعديل قانون الأسرة الذي جاء فيها على لسان وزير العدل: «... لمراجعة قانون الأسرة وفق مبادئ العدل والمساواة والحرية في ديننا الحنيف، والمبادئ الأساسية في دستور البلاد...»[6]وعليه نجد المشرع الجزائري كان ولا زال متمسكا بمبادئ الشريعة الإسلامية التي هي أحد محددات الشخصية الوطنية في سنه لأحكام قانون الأسرة.

إن الشريعة الإسلامية من خلال المادة: 222 من قانون الأسرة الجزائري هي مصدر رسمي أصلي لأن هذه المادة تنص على أنه: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»[7]؛ فأحكام الشريعة الإسلامية إذن يرجع إليها القاضي مباشرة في حال عدم وجود نص في مسألة ما؛ وهذا ما أُكّد في مداولات المجلس الشعبي الوطني التي جاء فيها: « وأكد المشرع الجزائري أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر القانون واعتبرها مصدرا أصليا لمشاكل الأحوال الشخصية، ومصدرا احتياطيا في المسائل غير المتعلقة بالأحوال الشخصية كالمعاملات المدنية والمالية»[8]. فهي بذلك تكمل مباشرة الأحكام والمواد التي نص عليها؛ فهي بذلك تفتح للقاضي بابا واسعا لمصدر كبير من الأحكام؛ فالقاضي هنا يأخذ طابع المشرع عند استعماله المادة: 222 من قانون الأسرة الجزائري ؛ وهذا هو الجواب على السؤال الذي طرح سابقا والمتعلق بمدى كفاية 224 مادة لتنظيم شؤون الأسرة.

وبذلك يكون من البديهي أن تكون مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها مصدرا تفسيريا لقانون الأسرة؛ لأنه لا يمكن رفع لبس عن مادة مصدرها الشريعة إلا من الشريعة؛ ولا يمكن إتمام نقص في مادة أو تصحيح خطأ في مادة مصدرها الشريعة الإسلامية إلا منها.

و انطلاقا مما سبق فإن تشكل النظام العام للأسرة الجزائرية مصدره الشريعة الإسلامية؛ فالمشرع قد تبنى مقاصد الشريعة المتوخاة من فقه الأسرة والأحكام التي تتجلى فيها

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذه المقاصد؛ ولعل المادة: 02 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه :« تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل و حسن المعاشرة و التربية الحسنة و حسن الخلق و نبذ الآفات الاجتماعية »؛ والمادة: 04 التي تنص على أن:« الزواج هو عقد رضائي بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين و لمحافظة على الأنساب»؛ هما خلاصة المعاني التي نجدها في النصوص الشرعية التي بدورها تتحدث عن مقاصد التشريع الأسري؛ ومن أمثلة تلك النصوص الشرعية نجد:

قوله تعالى : {يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ}[9] .

قوله تعالى : { وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ }[10].

قوله تعالى : { وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ }[11].

ثانيا :عدم انتهاجه المذهبية في تعامله مع الشريعة الإسلامية

لم يعتمد المشرع الجزائري مذهبا معينا في سنه لقواعد قانون الأسرة الجزائري؛ وهذا ما ورد في الجريدة الرسمية للمداولات؛ حيث جاء فيها - بعد نصها على أن الشريعة الإسلامية مصدر أصلي- : « ... وهذا ما برز في قانون الأسرة الصادر في 9 يونيو 1984 الذي استمد أحكامه من فقه الإمام مالك، كما استمد بعض أحكامه من المذاهب الإسلامية الأخرى، وبعض الآراء الاجتهادية... »[12] كما إنه لم يلزم القاضي الاعتماد على مذهب معين عند إعماله المادة: 222 من قانون الأسرة الجزائري ؛ حيث نصت هذه المادة على ضرورة العودة فيما لا نص فيه في قانون الأسرة الجزائري إلى أحكام الشريعة الإسلامية؛ فكلمة الشريعة الإسلامية تعني النصوص وما انبنى عليها من اجتهاد العلماء في تفسيرها أو في استنباط الأحكام منها[13].

والسبب في عدم اعتماد المشرع الجزائري مذهبا معينا ؛ هو مراعاة المصلحة قدر الإمكان عند تشريعه ابتداء لـ: قانون الأسرة الجزائري ؛ و لإعطاء مجال واسع للقاضي يبحث من خلاله في الفقه الإسلامي عما يناسب مصلحة الأسرة من أحكام[14]. و في الآتي من الأمثلة على عدم اعتماد المشرع على مذهب واحد :

1. نص المشرع في المادة: 05 من قانون الأسرة الجزائري على عدم رد ما استهلك من الهدايا؛ وهو مذهب الحنفية[15]؛ أما الحنابلة مثلا: فيقولون برد الهدايا مطلقا القائم منها أو الهالك بغض النظر عن العادل[16].

2. اعتمد المشرع في تكييفه للأركان والشروط على المذهب الحنفي الذي يجعل من الصيغة ركنا وحيدا؛ وباقي الأركان عند الجمهور تكيف على أنها شروط[17]؛ حيث نص المشرع في

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المادة: 09 من قانون الأسرة الجزائري على أنه :« ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين »، وهذا بعدما كما يأخذ برأي الجمهور حيث كانت تنص المادة : 09 قبل التعديل على أنه: «يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق».

3. في التحريم بالرضاع نص المشرع في المادة: 29 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: «لا يحرم من الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا»؛ لقد حوت هذه المادة حكمين:

أ: هو مدة الرضاع وهي حسب المشرع حولين تماما؛ وهذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة[18]؛ بينما ذهب المالكية مثلا إلى أن الزيادة القليلة بعد العامين لا تحرم؛ لأن الطفل لا ينفطم بصفة مباشرة فقد يتأخر شهرا أو شهرين؛ وهي مدة تدخل في حكم الحولين حسبهم[19].

ب: وهو أن المشرع لم يحدد مقدارا لكمية الحليب المحرم؛ فحسبه أي كمية يتناولها الرضيع في الحولين تكون محرمة؛ وهذا ما ذهب إليه المالكية ورواية عن الإمام أحمد[20]. بينما هناك آراء أخرى تقول بأن خمس رضعات هي الحدّ الأدنى للتحريم؛ مثلما ذهب إليه الشافعية[21].

إنّ الملاحظ في هذه الأمثلة هو أن المشرع الجزائري عند عدم اعتماده مذهبا معينا؛ عمد إلى تضييق دائرة النزاع والتأويل؛ فنجده أخذ بالآراء الحاسمة التي تشكل معيارا صارما لا يدع مجالا للتجاذب؛ ففي المثال الأول عند نصه على عدم رد ما استهلك من الهدايا فهو يضع حدا للنزاعات التي يمكن أن تنشأ بسبب أطعمة (حلويات- فواكه)؛ أو أمور أخرى مثل: العطور ووحدات الهاتف النقال التي تتعب القضاء بالرغم من تفاهتها.

لقد اختار المشرع الجزائري من خلال عدم تقيده بمذهب معين؛ ومن خلال عدم تقييده القاضي بمذهب معين هو الآخر؛ أن يكون الفقه الإسلامي – نصوص الشريعة ومعها الأحكام المبنية على الاجتهاد – المصدر الواسع لتشكل النظام العام و تجليه في مواد قانون الأسرة كل هذا مراعاة لمصلحة الأسرة كما سبق ذكره.

ثالثا : التأكيد على أن مواد شؤون الأسرة من النظام العام

هذا عنصر جوهري في منهج المشرع الجزائري في بيان تشكل وتجلي النظام العام في قانون الأسرة الجزائري. يتضح هذا العنصر في المادة: 03 مكرر[22] من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها : « تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون»؛ حيث جاء في الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني بخصوص التصويت على مشروع تعديل قانون الأسرة في معرض بيان وزير العدل للتعديلات الواردة في قانون الأسرة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وما تعلق منها بإدراج المادة: 03 مكرر الآتي: «... اعتبارا أن جميع القضايا التي تمس الأسرة هي من النظام العام الموكول للنيابة العامة الحفاظ عليه ، فلقد نص الأمر على أن تكون النيابة العامة طرفا أصليا في جميع الدعاوي الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة، حماية للأسرة من التفكك والسهر على ضمان استقرارها »[23]؛ وما هذا إلا تأكيد للمبدأ الدستوري الوارد في المادة: 58 من الدستور الجزائري التي تنص على أنه: « تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع »[24].

رابعا : إعطاء دور كبير للقاضي في الكشف عن الأحكام

من بين التساؤلات التي ذكرت في عرض الإشكالية هو: «هل تكفي 224 مادة لتنظيم الأسرة»؛ في هذا الجزء يتم الجواب على هذا التساؤل؛ وذلك أن 224 مادة كعدد لا تكفي؛ لكن بالنظر إلى المضمون تجدها تكفي؛ وذلك لأن المشرع من خلال المادة: 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»؛ قد أوجد مصدرا كبيرا للأحكام؛ وهنا يأتي دور القاضي في البحث عن هذه الأحكام وتحديد المناسب منها قصد إسقاطه على القضايا المعروضة أمامه.

ودور القاضي في هذا الصنف من القضايا دور كبير وخطير؛ لأنه وفقا للمادة: 222 سيخوض في مصدر كبير اسمه الفقه الإسلامي؛ الذي يشكل بزخمه وخلافاته وتأصيلاته تحديا كبيرا؛ يبحث من خلاله القاضي عن الأصلح لما يعرض عليه من قضايا؛ خصوصا إذا أخذنا بعين الاعتبار التكوين الشرعي للقاضي.[25]

فالقاضي وفقا للمادة: 222 من قانون الأسرة الجزائري يقوم بدور المشرع في الكشف عن الأحكام المناسبة التي يختارها للقضايا المعروضة أمامه؛ والتي يجب أن يراعي فيها أن تكون مناسبة ومحققة للمصلحة. ويبرز دور القاضي أيضا من خلال المادة: 222 في تطبيق العرف؛ لأن كثيرا من القضايا التي تتعلق بشؤون الأسرة يكون مردها إلى العرف مثل: ما يقدمه الزوج للزوجة أو الخاطب للمخطوبة من هدايا في مناسبات معينة، زيارة الزوجة أهلها، و مشتملات النفقة غير المذكورة في المادة: 77 من قانون الأسرة الجزائري ؛ فهنا يتوجب على القاضي البحث عن العرف السائد في تلك المنطقة وتحديده ثم تطبيقه.

و من الأمثلة على المسائل التي لم يرد فيها نص نجد:

- لم يفصل المشرع في الطرق المشروعة لنفي النسب؛ وهي اللعان وكيفيته؛ ولم ينص على حق الزوج في تأديب زوجته كآلية من آليات تفعيل دور القوامة التي تضمن حسن سير مؤسسة الأسرة.
- لم يفصل المشرع في شروط الشهود ولا شروط الولي في الزواج.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- لم ينص المشرع على حق المرأة المطلقة في المتعة؛ التي تختلف عن التعويض في الطلاق التعسفي؛ لأن الطلاق إذا لم يكن تعسفيا فللمرأة كما أقرت الشريعة حقا ماليا اسمه المتعة في قوله تعالى: « وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ »[26] وفي قوله تعالى: « فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلا »[27].

انطلاقا من التبريرات السابق ذكرها؛ التي لأجلها أعطى المشرع للقاضي دورا كبيرا في الكشف عن أحكام المسائل التي لم ينص على حكمها في مواد قانون الأسرة؛ يكون للقاضي الدور الكبير في تحديد الأحكام التي يتجلى فيها النظام العام للأسرة في قانون الأسرة؛ خصوصا إذا كانت هذه المسائل من المسائل الخلافية بين المذاهب أو في المذهب الواحد.

خامسا : وضع المعالم الكبرى لقانون الأسرة وأسس هذا الأخير وترك الباقي للقضاء

انطلاقا من دور القضاء الذي تم تفصيله في النقطة السابقة وللأسباب المذكورة آنفا؛ يفهم أن المشرع من خلال المواد الواردة في قانون الأسرة الجزائري قد وضع المعالم الكبرى للقانون والأسس التي تحكم الأسرة؛ و بالتالي تكون تلك الأسس و المعالم هي نفسها الأسس والمعالم التي تشكل النظام العام للأسرة الجزائرية وتحدده؛ فجاءت فصول القانون كخطوط عريضة تعمل على ضبط الإطار العام للنظام القانوني لقضايا شؤون الأسرة؛ مع فتح المجال للقضاء للتفصيل؛ ما عدا بعض الأمور المهمة التي تدخل فيما فصلت فيه الشريعة مثل: المحرمات والميراث.

ويتجلى مقتضى هذه الخصيصة في الأمثلة الآتية:

- تناول المشرع ركن الزواج الذي هو الصيغة في مادتين هما المادة: 09 والمادة: 10 من قانون الأسرة؛ بينما نجد هذا الركن قد فصله المشرع في القانون المدني لما تحدث عن الصيغة في العقد؛ في اثني عشرة مادة من المادة: 59 إلى المادة: 70.

- فيما يتعلق ببطلان العقد نجد المشرع قد تناول الموضوع من خلال أربعة مواد من المادة: 32 إلى المادة: 35 من قانون الأسرة الجزائري؛ بينما تجد المشرع في القانون المدني يفصل موضوع البطلان في العقد في ثمان مواد من المادة: 97 إلى المادة: 105 من القانون المدني الجزائري.

- تكلم المشرع الجزائري عن بعض آثار الزواج في ست عشرة مادة ؛ من المادة: 36 إلى المادة: 45 ومن المادة: 74إلى المادة: 80؛ بينما تجده ينص على آثار الالتزام في اثنين و أربعين مادة من المادة: 160 إلى المادة: 202؛ دون أن ننسى أنه تكلم عن آثار العقد خصوصا في ثلاثة عشر مادة؛ من المادة: 106 إلى المادة: 118[28].

لقد قصرت بيان هذه الجزئية من خلال إيراد مقارنة بعض المسائل في قانون الأسرة بما

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يماثلها في القانون المدني؛ ولم أتوسع إلى الفقه الإسلامي حتى لا يطول المقام.

سادسا : مراعاة المعاهدات الدولية

جاء في الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني المتعلقة بالتصويت على تعديل قانون الأسرة الآتي: « ... لذا جاء هذا الأمر موضوع مشروع القانون المتضمن الموافقة عليه ببعض الحلول الاستعجالية الرامية إلى إحداث تعديلات على قانون الأسرة بهدف ملاءمة بعض أحكامه مع المبادئ الأساسية في الدستور والمواثيق والعهود والاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الإنسان، ورفع التحفظات على بعض البنود والاتفاقيات الدولية لاسيما المتعلقة منها بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وبحقوق الطفل...»[29]. من خلال هذا النص يتضح أن للمعاهدات عموما ولاتفاقية القضاء على جميع الأشكال ضد المرأة خصوصا أثر كبير في تعديل قانون الأسرة ويتجلى هذا في النقاط الآتية:

- توحيد سن الزواج بين الرجل والمرأة حيث حددته المادة: 07 المعدلة بتمام تسعة عشرة سنة (19سنة) ؛ بعدما كان 18 سنة بالنسبة للمرأة و21 سنة بالنسبة للرجل؛ وهذا ما ورد في المادة: 07 قبل التعديل.

- نسب فعل إبرام عقد الزواج إلى المرأة بحضور وليها مثلما هو بالنسبة للزوج الذي يبرم عقده بنفسه وهذا في المادة: 11 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة؛ والتي كانت تنص قبل التعديل على أنه: «يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها...»، وهذا بنسبة فعل إبرام عقد زواج المرأة إلى وليها.

- في الحقوق الزوجية نص قانون الأسرة المعدل في المادة: 36 منه على حقوق مشتركة بين الزوجين؛ وهذا بعدما كان ينص قبل التعديل على الحقوق المشتركة (المادة: 36) وعلى الحقوق الخاصة بالزوجة (المادة: 37 قبل التعديل والمادة: 38 الملغاة)، وعلى الحقوق الخاصة بالزوج (المادة: 39 الملغاة).

سابعا : مصير المواد الملغاة في التعديل

تثير المواد الملغاة تساؤلات عن حكمها بعد إلغائها؛ وقبل التفصيل في ذلك يجب التدقيق في مسألة وهي أن المشرع عندما ألغى موادا؛ إنما ألغى **النص** على مضمونها ولا يعني إلغاؤها منع ما كانت تنص عليه ؛ بدليل عدم إيراد ما يخالف مقتضاها؛ وهذا يعني أنها أصبحت في حكم غير المنصوص عليه الذي يندرج في مقتضى المادة: 222؛ التي ترجع غير المنصوص عليه إلى الشريعة الإسلامية. فمثلا تجد المشرع ألغى النص على حق الطاعة؛ فهل هذا معناه أن المرأة لا تطيع الزوج باعتباره رئيسا للأسرة - حتى وإن اعتبر أن الأسرة انتقلت من نظام رئاسة الزوج إلى الإدارة المشتركة[30]؛ إلا أن هذا لا يؤيده مقتضى المادة: 222؛ ومن جهة أخرى لا يمكن أن تبقى أي

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مؤسسة دون رأس حتى في ظل الإدارة المشتركة؛ لأنه على الأقل يجب أن يكون هناك رأي مرجح؛ ولأن النفقة مقابل الطاعة (علاقة الإنفاق بالإشراف)[31].

وبالرغم من التبرير المعلن للمشرع الذي لم يجسده بالنص صراحة؛ وإنما اكتفى بإلغاء النص على المحتوى ليعيدنا إلى الشريعة الإسلامية؛ فإنه يمكن القول بأن المشرع عمد إلى هذه الطريقة حتى يرفع عنه الحرج في مواجهة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من جهة[32]؛ ومن جهة أخرى حتى يحافظ على استفاء الأحكام غير المنصوص عليها من الشريعة الإسلامية؛ لأنه لو كان نص على الإلغاء بمعنى المنع؛ لواجه ردة فعل عنيفة من طرف المجتمع؛ ولكان بذلك التعديل أجوفا خال من البعد الاجتماعي للقاعدة القانونية.

أما بخصوص الوكالة في الزواج فإنه ما دام المشرع لم ينص صراحة على منع الزواج بالوكالة؛ وإنما اكتفى بإلغاء النص عليها؛ فإنه حتى وإن كان يقصد منعها مثلما ذهب إليه بعض الشراح منهم الأستاذ بلحاج العربي [33]؛ فإن منطوق المادة: 222 من قانون الأسرة الجزائري لا يسعف ذلك الرأي؛ وعليه فإن الوكالة في الزواج أصبحت في حكم غير المنصوص عليه؛ الأمر الذي يعني تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة: 222 من قانون الأسرة الجزائري ؛ ومعلوم أن الشريعة الإسلامية تجيز الوكالة في كل العقود وتمنح لها ضمانا مضبوطا؛ وتبقى بذلك الوكالة في الزواج قائمة إلى حين النص صراحة على منعها. وهنا ينبغي أن نشير إلى أن الأستاذ بلحاج العربي لم يتعامل مع المواد الملغاة بمنهج واحد حيث اعتبر إلغاء المادة 20 حكم جديد ينسخ الحكم القديم - وهذا كلام لا يستقيم لأن المادة لم يعد لها وجود فكيف ينسخ حكم ما كانت تنص عليه - [34]؛ في حين تجده في معرض حديثه عن الطاعة كحق للزوج على زوجته الذي كانت تنص علية المادة: 39 الملغاة يقول : « إن قانون الأسرة الجديد بإلغائه لحق طاعة الزوجة لزوجها بالمعروف، أوجد فراغا قانونيا كبيرا ، مما يحتم الرجوع إلى أحكام المادة 222من ق.أ... » وساق مبررات ذلك. فكيف يصح أن يلجأ إلى أحكام المادة 222 فيما تعلق بمقتض المادة:39 الملغاة ولا يكون ذلك بالنسبة للمادة : 20 الملغاة بدورها[35].

أما بالنسبة للمادة: 12 الملغاة و التي كانت تنص على منع عضل الأولياء مولياتهن من الزواج؛ فإنه في ظل تعديل مركز الولي في قانون الأسرة في المادة: 11؛ وقبل ذلك التأكيد على رضائية عقد الزواج في المادة: 04 من قانون الأسرة الجزائري ؛ الأمر الذي لم يبق للولي من عمل سوى مجرد الحضور؛ حتى الأب لم يعد الولي الأول - الذي أعطيت له صلاحيات في المادة: 12 الملغاة؛ يتصرف من خلالها لمصلحة ابنته -؛ فإنه لم يبق لها داع لأنها كانت تضبط عمل الولي وتمنعه من التعسف في ولايته. والدليل على ذلك أيضا أن المشرع منع الولي من إجبار من في ولايته من القصر سواء أكان هذا الولي أبا أم غيره؛ لأن الولي في زواج القصر هو من يبرم العقد كما نصت عليه الفقرة: 02 من المادة: 11؛ فعدل المشرع بذلك المادة: 13 وخصها بالقصر بعد أن كانت تشمل القصر والراشدات؛ لأن الولي في زواج الراشدة لا سلطة وصلاحية له عليها

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حسب قانون الأسرة المعدل.

في الأخير يجدر بنا تسجيل الملحوظات الآتية:

- إن المشرع وتحت وطأة الضغط السياسي و الجمعوي والالتزامات الدولية التي تفرضها الاتفاقيات التي انضمت الجزائر إليها؛ وقع في التسرع في الصياغة بالرغم من المدة التي شهدها النقاش الاجتماعي للمشروع والأفكار التي تناولها كانت لابأس بها؛ فكان من المفروض أن تكون الصياغة أكثر جودة وضبطا. ومن أمثلة التسرع:

أ - صياغة المشرع للمادة: 09 بعد التعديل الذي أراد من خلاله المشرع أن يتلافى الانتقاد الذي وجه له بسبب صياغة المادة: 09 قبل التعديل والمتعلق بقوله « يتم الزواج برضا الزوجين »؛ فكان أن عدله بنصه :« ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين »؛ فحدث أن عدل العبارة بإضافة كلمة تبادل؛ لكن السؤال الذي يبقى مطروحا هو: كيف يتبادل الزوجان الرضا؛ والصواب أن يقول: ينعقد الزواج بتبادل التعبير عن إرادة الزوجين»؛ والعجيب أن صياغة المادة المشابهة لها في القانون المدني كانت مضبوطة وصحيحة وهذا ما ورد في المادة: 59 من القانون المدني؛ التي تنص على أنه : «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية».

ب - حدث إشكال في المادة: 08 من قانون الأسرة الجزائري بعد تعديلها حيث اشترط المشرع في الفقرة الثانية **إخبار** الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها؛ ثم يأتي في الفقرة الثالثة لينص على أنه بعد تأكد القاضي من **موافقتهما**؛ فهنا يطرح السؤال ما هو الشرط هل: هو **الإعلام** أم **الموافقة**؛ وهذا ما يفتح بابا للتأويل[36]؛ لأن المشرع قبل التعديل لم تكن صياغته لهذا الشرط في المادة: 08 مشكلة. يمكن تأويل ذلك بأن المشرع كان يقصد الإعلام والموافقة معا كشرط للتعدد؛ لكنه لم يحسن صياغة المادة. أم إنه تعمّد ذلك حتى يتلافى الضغوطات السياسية تاركا أمر التفسير الخاص بهذا الإشكال للقضاء.

وقع المشرع في سهو عندما لم يلغ وصف التعسف عن خلاف الرجل بالإرادة المنفردة حتى دون تبرير؛ في مقابل حق الخلع للمرأة دون تبرير؛ وهذا مراعاة لفلسفة التعديل التي تبناها؛ والتي من أهدافها ما جاء في مداولات المجلس الشعبي الوطني الخاصة بالتصويت على الأمر المتضمن تعديل قانون الأسرة حيث ورد الآتي: « تحقيقا للتوازن بين الزوجين في دعوى الطلاق وآثارها، عدل الأمر الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، على النحو الآتي: ...بيان وتوضيح أحكام الخلع، استنادا إلى الاجتهاد المتواتر والمقتدر عليه من المحكمة العليا منذ سنة 1997، وتأكيد حق الزوجة في الخلع دون اشتراط قبول الزوج»[37]؛

فالمشرع وازن بين حقي الزوجين في فك الرابطة على أساس إرادتهما المنفردة؛ وتبعا لذلك كان لزاما على المشرع أن يوازن في الأوصاف الملتصقة بأفعالهما في هذه المسألة؛ الأمر

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الذي يتوجب عليه رفع صفة التعسف عن طلاق الرجل بالإرادة المنفردة.

قد يقول القائل : إن المرأة عندما تخالع تدفع بدل الخلع وهو أمر لا يسهّل عملية الخلع؛ والجواب أن الرجل في غياب وصف التعسف الذي يوجب التعويض – حسب نظرية التعسف في استعمال الحق-؛ يدفع المتعة التي هي حق أعطته الشريعة الإسلامية للمرأة عند طلاقها جبرا لخاطرها.

ثم إن التريث في الطلاق أمر يغلب في الرجال بعكس النساء؛ وهو السبب الذي لأجله جُعِل الرجل يطلق بإرادته المنفردة؛ بعكس المرأة التي لا يقع خلعها بإرادتها المنفردة فقط؛ إذ يجب أن يكون عن طريق القضاء.

في الأخير يجدر التأكيد على أهمية مثل هذه الدراسات التي تساعد الباحثين في القانون على فهمه؛ و التدقيق في مسائله بالإضافة إلى نقطة غاية في الأهمية وهي عدم الخلط بين أحكام القانون محل الدراسة و أحكام قوانين أخرى يظهر للباحث أنها متشابهة.

الهوامش:

1 المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمداولات ، السنة: 03، 2005، رقم: 146، ص:11.

2 المصدر نفسه، ص: 10.

3 المصدر نفسه، ص: 10.

4 المادة: 02، دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،الجريدة الرسمية رقم: 76 المؤرخة في 08 ديسمبر 1996 (المعدل).

5 المادة:01، القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

6 المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمداولات ، السنة: 03، 2005، رقم: 146، ص: 10.

7 المادة: 222، قانون الأسرة الجزائري، قانون رقم : 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المعدل و المتمم بالقانون رقم : 05-09، المؤرخ في 04 يونيو 2005، المتضمن قانون الأسرة.

8 المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمداولات ، مرجع سابق، ص: 11.

9 الحجرات: 13.

10 النحل: 72.

11 النساء: 19.

12 المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمداولات ، مرجع سابق، ص: 11.

13 بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، ط:1، 2008، ص: 10.

14 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 04، 2010، ج1، ص:31.

15 ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت،ط: 1992،ج: 6، ص: 725 .

16 ابن قدامى ، المغني، تحقيق:عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو،دار عالم الكتب، الرياض، االمملكة السعودية، ج:8، ص:277.

17 عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم،مؤسسة الرالة بيروت ، ط: 1، 1993، ج:6، ص: 80 .

18 ابن قدامى ، المغني،مصدر سابق، ج: 11، ص: 310. البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد، (د،ب،ن)، (د،ط)،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(د،ت)، ص: 614،615.

19 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت ، لبنان، ط:6، 1982، ج:2، ص: 37.

20 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصدر سابق، ج:2، ص:35. ابن قدامى ، المغني، مصدر سابق، ج: 11، ص: 310.

21 البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، مصدر سابق، ص:614.

22 المادة:03 مكرر، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق. وقع من الناحية العملية إشكال كبير في تطبيقه بسبب صعوبة ممارسة النيابة العامة لوظيفة الطرف الأصلي في كل قضايا شؤون الأسرة الأمر إلى أدى وقوع خلاف فقهي بين شراح قانون؛ حيث انتهى هذا بحلول شكلية على مستوى المحاكم حتى لا يقع القضاء في حرج عدم تطبيق القانون . عبد العزيز سعد أبحاث تحليليه في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومة، الجزائر، (د.ط)، 2011 ص: 172-176. عمر زودة، (طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من ق. الأسرة- الأمر 05-02) مجلة المحكمة العليا، العدد:02،ص:33 – 45 .

23 المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمداولات ، مرجع سابق، ص: 08.

24 دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية رقم: 76 المؤرخة في 08 ديسمبر 1996 (المعدل).

25 هذه الفكرة تناولها الأستاذ عبد العزيز سعد في شرحه لقانون الأسرة الجزائري في عدة محطات أبرزها التي يتكلم فيها عن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ولمن يريد التوسع المرجع هو: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، ط:1، 1986.

26 البقرة:236.

27 الأحزاب: 49.

28 هذه الفكرة تناولها الأستاذ عبد العزيز سعد في شرحه لقانون الأسرة الجزائري في عدة محطات أبرزها التي يتكلم فيها عن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ولمن يريد التوسع المرجع هو: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

29 المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمداولات ، مرجع سابق، ص : 6 ، 11، 13.

30 المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمداولات ، مرجع سابق، ص : 6.

31 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص: 316.

32 المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمداولات ، مرجع سابق، ص: 61.

33 قال بلحاج العربي الذي – بعد أن تكلم عن موضوع الوكالة في الزواج الفقه الإسلامي، ثم في قانون الأسرة بعد التعديد، وبعد أن ساق مبررات إلغاء الوكالة في الزواج وعدم اعتبارها، وسرد بعض الآراء التي تقول بأن فحوى المادة : « وعلى هذا الأساس فإن قانون الأسرة الجديد يمنع التوكيل في الزواج نهائي ، وهو ما يستفاد من إلغاء المادة 20 من ق.أ لما يتصف به عقد الزواج من خطورة و مسؤولية جسيمة... ».بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص: 167، 168.

34 المرجع نفسه، ص: 168 .

35 المرجع نفسه، ص: 316.

36 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، (ط:3)، 2011 ، ص:88-90.

37 المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمداولات، مرجع سابق، ص:7،8.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com