مقاربات فقهية وقانونية لبعض نصوص قانون الأسرة الجزائري

د/ علي جداي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة باتنة1

ملخص:

هذه دراسة فقهية قانونية حول بعض المواد من قانون الاسرة الجزائري المعدل الصادر بتاريخ فبراير 2005 أبين من خلال هذه الدراسة مدى التزام المشرع الجزائري بالمذهب المالكي في تعديلاته، وكذلك مدى توفيقه في تحقيق المقاصد التي ابتغاها من هذا التعديل، مقارانا ذلك ببعض التشريعات العربية، مبديا بعض الاقتراحات التي تساهم في اخراج قانون الاسرة في صورة جيدة وسليمة.

Résumé:

Ceci est une étude doctrinale juridique sur certains des articles du Code algérien de la famille, tel que modifié, en date du Février de 2005.

Expliqué à travers cette étude sur l'engagement du législateur algérien à la doctrine d'al-Maliki dans les modifications apportées par.

Ainsi que l'étendue de la blessure et de concilier le législateur algérien à la réalisation des fins auxquelles les inspirations de cet amendement.Cette étude et de comparer certaines des législations arabes .Certaines suggestions ont été faites, qui contribuent à faire ressortir le bien en droit de la famille et l'image sonore

مقدمة

إن نظام الأسرة يعد الركيزة الأساسية في بناء النظام الاجتماعي العام للدولة، ويعبر عن هذه المنظومة ويسيرها قانون الأسرة المستمد من أحكام الشريعة الاسلامية من منابع المذهب المالكي السائد بالمغرب العربي[1]، وقد ارتأى المشرع الجزائري إدخال تعديلات على هذا القانون[2] بما يتماشى والتطورات الواقعة في المجتمع، فتم إلغاء مواد وإضافة أخرى، فأحببت في هذه الدراسة الفقهية القانونية أن أبين مدى التزام المشرع الجزائري بالمذهب المالكي في تعديلاته، وكذلك مدى توفيقه في تحقيق

المقاصد التي ابتغاها من هذا التعديل، وللإجابة عن هذين السؤالين قسمت البحث إلى خمسة مطالب وهي:

المطلب الأول: مسوغات اعتبار المذهب المالكي في الجزائر.

المطلب الثاني: مدى التزام المشرع بالمذهب المالكي في قانون الأسرة.

المطلب الثالث: اعتماد المشرع المذاهب الفقهية في قانون الأسرة المعدل.

المطلب الرابع: مدى ملائمة التعديلات لأحكام الشريعة والواقع.

المطلب الخامس: نصوص متممة مقترحة لقانون الأسرة الجزائري.

خاتمة: واحتوت على استنتاجات واقتراحات.

المطلب الأول: مسوغات اعتبار المذهب المالكي في الجزائر.

لقد عرف المغرب العربي في تاريخه الطويل منذ الفتح الإسلامي مذاهب عدة ولعل أهمها المالكي والظاهري والحنفي والشيعي والرافضي، غير أن الغلبة كانت في الأخير للمذهب المالكي تقريبا مع بداية القرن الخامس الهجري، خصوصا لما توطدت صلة المذهب بالحكم والقضاء حيث كان يشترط في حكم المرابطين أن يكون المرشح للقب أمير المؤمنين أن يكون على مذهب الإمام مالك، وكذلك بالنسبة لتولي منصب القضاء[3].

واستمر الوضع على ذلك مع وجود محاولات عديدة للتراجع عن المذهب من قبل بعض الأمراء غير أن احتضان المغرب العربي عموما والجزائر خصوصا للمذهب المالكي كان عميقا، وذلك لمكانة صاحب المذهب الدينية والعلمية في نفوسهم وكونه إمام دار الهجرة ودار الحديث والسنة وآثار الصحابة، ولملاءمته لحاجياتهم ونفوسهم لكون أصول المذهب المالكي مراعية للمصالح والمقاصد واعتبار الأعراف الصحيحة، كل ذلك ساهم في انتشار المذهب وغلبته على باقي المذاهب الأخرى[4].

وعند بزوغ فجر الاستقلال ظل المشرع الجزائري معتمدا في تشريعه لقانون الأسرة على المذهب المالكي وارتبطت مواده بالفروع الفقهية ارتباطا يكاد يكون كليا.

فسعت الجزائر بعد استقلالها إلى تنظيم مجال قانون الأحوال الشخصيّة، فأُبقي في البداية القضاء المتعّلق بالأسرة وفق النّظام في المرحلة الاستعماريّة سدّا للفراغ التّشريعيّ وذلك في الأمر الصّادر في: 1961/12/31.

ونصّ على ضرورة استمرارية العمل بالقانون الفرنسيّ فيما عدا موادّه الاستعماريّة العنصريّة أو المخالفة للحقوق والحريّات العامّة، وصدر في 29 جوان 1963 القانون المتعّلق بتنظيم سنّ الزّواج وإثبات العلاقة الزوجيّة، كما صدرت بعد ذلك أوامر خاصّة بكيفية إثبات الزواج، ثم ألغى المشرّع الجزائريّ بمقتضى الأمر الصّادر في 05 جويلية 1973 العمل بالقوانين الفرنسيّة الداخليّة[5].

وفي 09 جوان 1984 صدر القانون رقم 48 -11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري وتم العمل به لسنوات طوال إلى غاية التعديل بالأمر 05 -02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

المطلب الثاني: مدى التزام المشرع بالمذهب المالكي في قانون الأسرة المعدل.

إن الدارس لنصوص قانون الأسرة الجزائري المعدل يلاحظ أن المشرع اعتمد في جل الأحكام على الفقه المالكي بما هو مشهور من المذهب أو بما جرى العمل به، يتجلى ذلك بوضوح في غالب المواد.

ففي آثار العدول عن الخطبة المتعلقة بالهدايا نظر المشرع إلى الجهة العادلة ورتب الأمر على ذلك، فان كان العدول منه فلا يسترد شيئا، وان كان العدول منها فيسترد ما أهدى لها مما لم يستهلك وهو مذهب المالكية[6]، وهو قول وسط، وفيه مراعاة للجهة التي تسببت في عدم إتمام الخطبة، وذهب الشافعية إلى وجوب رد الهدايا مطلقا استهلكت أم لم تستهلك، وذهب الحنفية إلى القول بالرد ما لم تتغير أو تستهلك .انظر المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري المعدل. التي تنص على ما يلي:

«الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة، إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وان كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته.

وذهب المشرع الجزائري في حالة التنازع حول الصداق بين الزوجين إلى الفصل في المسألة بناء على العرف، فقبل الدخول والبناء يقبل قول المرأة وتصدق فيما تدعيه مع اليمين، وبعد الدخول يصدق الزوج مع يمينه، وهو قول المالكية[7].والعرف الصحيح مصدر في الشرع والقانون معتبر تبنى عليه الأحكام عند عدم وجود النص، انظر المادة 17 من قانون الأسرة.ج.

كما أن المشرع الجزائري اعتبر أن مطلق الرضاع يثبت الحرمة قليلا كان أو كثيرا، وان لا رضاع بعد الفطام أو بتمام الحولين وهو مذهب المالكية[8]، انظر المادة 29 من قانون الأسرة الجزائري حيث تنص "لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا". بينما ذهب الشافعية إلى أن حرمة الرضاع تثبت بخمس رضعات مشبعات[9]. وكان على المشرع في هذا الحكم أن يأخذ برأي غير المالكية لما فيه من تأكيد وثبوت لعملية الرضاعة وهو الأمر المفتى بها واقعيا من خلال لجان الفتوى التابعة للشؤون الدينية، حيث يفرقون في المسألة بين الدخول وعدم الدخول.

وأجاز المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق بسبب عدم الإنفاق عليها بشروط وهو مقتضى رأي جمهور الفقهاء منهم المالكية[10]، فنصت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد: 78 و79 و80 من هذا القانون.

المطلب الثالث: اعتماد المشرع المذاهب الفقهية المشهورة في قانون الأسرة المعدل.

إن الملاحظ على قانون الأسرة المعدل المرونة وسعة النظر ومحاولة تحقيق المقاصد، لذا لم يتقيد بالمذهب المالكي في جميع المواد بل أخذ ببعض الأحكام الفقهية المنسوبة إلى المذاهب الفقهية المشهورة، وعلى سبيل المثال لا الحصر أذكر جملة من المواد

القانونية التي أخذ فيه المشرع ببعض المذاهب الفقهية المشهورة على رأسها المذهب الحنفي على النحو التالي:

أولا: اعتبار الولاية في عقد الزواج شرطا.

في المادة التاسعة مكرر من القانون المعدل اعتبر المشرع الجزائري الرضا هو الركن الوحيد للزواج، وأن الولي شرطا من شروطه، وهو بذلك نحى منحى الحنفية[11] حيث يرون أن للزواج ركنا واحدا وهو الرضا، فجاء نص المادة التاسعة 09 ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين. وجاء نص المادة التاسعة 09 مكرر: يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج.

والمتفق عليه عند جمهور الفقهاء أن الولي ركنا من أركان الزواج، عند المالكية والشافعية والحنابلة[12].

والحقيقة يمكن لنا القول أن المشرع لم يوفق في هذا الاختيار، فهناك أمورا توارثها الناس أجيالا باعتبارها دينا وحكما شرعيا، ولا يزال الأمر معمولا بها واقعا، فكان الأولى بالمشرع ما دام الحكم شرعيا وقوي باعتباره هو رأي جمهور العلماء وجرى العرف به أن يبقيه، وان ينظر في صيغ أخرى مغبرة عن رضا الزوجة، وكذا معبرة عن رضا الولي معا، دون أن يستقل احدهما بإبرام عقد الزواج.

ثانيا: إلغاء ولاية الإجبار مطلقا.

ألغى المشرع الجزائري ولاية الإجبار مطلقا على الصغيرة والقاصرة، جاء في المادة 13: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها". وهو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة وبعض العلماء[13]، بخلاف ما عليه المالكية من إثبات ولاية الإجبار على الصغير والقاصر[14].

ثالثا: تقسيم الصداق إلى معجل ومؤجل.

المشهور من المذهب المالكي والمتعارف عليه أن الصداق كله معجل يدفع عند العقد أو قبله بمدة قصيرة معلومة ويكره تأجيله[15]، واشتهر تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل

عند المذهب الشافعي والحنفي[16]، واعتبر المذهب الظاهري تأجيل المهر أو بعضه شرط باطل[17].

وكان الأولى بالمشرع أن يأخذ بالعرف الذي سار عندنا، فلم يعرف المجتمع الجزائري بل المغاربي تقسيم المهر إلى قسمين مؤجل ومعجل، فلا حاجة لمثل هذا الحكم مادمنا في غنى عنه واقعيا، والأصل ان يساير القانون حركية المجتمع ويكون لصيقا بالواقع. جاء في قانون الأسرة الجزائري المادة 15: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل".

رابعا: بطلان الشروط المنافية للعقد مع بقاء العقد صحيحا.

ذهب المشرع الجزائري إلى بطلان الشروط الجعلية المقترنة بالعقد المنافية له، مع بقاء العقد صحيحا وذلك في المادة: 35 حيث جاء نصها كالأتي: إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا. وهو بذلك قد أخذ بمذهب الإمام أبي حنيفة[18] وخالف المذهب المالكي الذي يرى أن الشروط الجعلية المقترنة بالعقد والمنافية لمقتضاه ومقصوده تبطل ويبطل الزواج قبل الدخول، ويصح بعده بمهر المثل على المشهور[19].

والمشرع في أخذه برأي الحنفية قد وفق إلى ابعد الحدود، حيث أن العقود تدخل تحت باب الرضائية، والأصل فيها أنها شريعة المتعاقدين ما لم يكن هناك ضرر أو ظلم لطرف ما، ففي تصحيح العقد وإبطال الشروط المنافية له تيسير وأخذا بالأصل وهو الحلية والإباحة حتى يأتي المنع.

خامسا: الشروط التي ليست من مقتضيات العقد ولا تنافيه يجب الوفاء بها.

لقد اعتبر المشرع الجزائري في المادة: 19 من قانون الأسرة أن الشروط التي يشترطها الزوجان أثناء إبرام العقد مما لا يتنافى ومقتضيات مقصود الزواج يجب الوفاء بها، كأن تشترط عليه عدم التعدد، أو الاستمرار في عملها.

وهذا مقتضى مذهب الحنابلة والشافعية[20]، وهو بخلاف ما عليه المذهب المالكي من أن الشرط إذا لم يكن مما يقتضيه العقد ولا ينافيه، فالشرط مكروه ولا يلزم، ويبقى الوفاء به في دائرة الاستحباب فقط[21].

وقد وفق المشرع في هذا الاختيار حيث أن الأصل في العقود وجوب الوفاء بها لورود النصوص الشرعية الصحيحة الثابتة في ذلك. ومن أجل استقامة المعاملات بين أفراد المجتمع والبعد عن التلاعب، والتغرير بالناس في باب الأعراض.

جاء في القانون المادة 19: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

المطلب الرابع: مدى ملائمة التعديلات لأحكام الشريعة والواقع.

قانون الأسرة هو ثمرة اجتهاد لسنوات عدة من قبل فقهاء الجزائر، وهو مأخوذ من الشريعة الاسلامية، وغالب مواده مستندة للمذهب المالكي، ومن مميزاته الأخذ بما توصل إليه العلم الحديث فيما يتعلق بإثبات النسب[22]، وبأقصى مدة الحمل[23].

وقد اجتهد المشرع في تعديله الأخير سنة 2005 أن يخرج مواد هذا القانون بشكل يحقق الحفاظ على الأسرة ويحميها، فحاول أن يوفق بين مطالب فريقين متعاكسي الاتجاه أحدهما يطالب بتثبيته وإبقائه والطرف الأخر يطالب بإلغاء الكثير من مواده، لذا يلاحظ الباحث وجود بعض الاختلال والنقص في نصوص بعض المواد، أستعرض بعضها حسب ما يقتضيه المقال:

أولا: دائرة الولاية بين الشريعة والقانون.

أعطى المشرع الجزائري للمرأة الراشدة حق تزويج نفسها، وهو بذلك خالف رأي جمهور الفقهاء الذين يرون أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها، فلا بد لها من ولي يتولى أمر زواجها ولا فرق في هذا بين كونها بكرا أو ثيبا، صغيرة أو كبيرة، راشدة أم غير راشدة[24].

فالمشرع نحى منحى المذهب الحنفي غير أنه لم يوفق في الالتزام بما سار عليها الأحناف من شروط لجواز تزويج الراشدة نفسها[25]، فالحنفية اشترطوا لصحة ذلك أن يكون الزوج كفئا، وأن يكون مهرها لا يقل عن مهر مثيلاتها، وأعطوا بذلك للولي حق الاعتراض أمام القضاء على إبرام العقد أن لم تتوفر هذه الشروط، واستحبوا لها أن يتولى الولي عقد زواجها حياء وصونا لها من التبذل.

ومما يلاحظ على المشرع الجزائري في مسألة الولاية في الزواج أنه خالف ما هو متفق عليها بين الفقهاء جميعا، حيث أجاز للمرأة الراشدة أن تعقد زواجها بحضور أي شخص تختاره وكان الأولى به أن يجعل القاضي ولي من لا ولي لها، بدلا من توسيع الدائرة والخروج على أحكام الشرع في هذه الجزئية، واليكم نص المادة رقم: 11 حيث تنص على ما يلي: تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو احد أقاربها أو أي شخص أخر تختاره.

فنص المادة لم يعط للولي صراحة أي دور أو سلطة في المنع، بل يفهم من صيغة النص أنه يمكن إهماله والالتجاء إلى الأقارب، بل وحتى للأشخاص من غير ذوي القرابة ممن ترتضيهم المرأة كالجيران أو زملاء العمل..الخ. ولاشك أن هؤلاء الأشخاص لا تعنيهم مصلحة تلك المرأة بمثل نفس الدرجة التي هي ملقاة على كاهل الأولياء كالأب والجد والأخ والابن.

وهذا يعرض مؤسسة الأسرة إلى الاختلال نتيجة استبعاد دور الولي فيها والذي هو سند حماية للمحافظة على استمرارية هذه الخلية الأولى وبعدها عن الانحلال والانفصام.

ثانيا: اشتراط المبرر الشرعي في تعدد الزوجات[26].

نص المشرع الجزائري في المادة 08 على وجوب تقديم المبرر الشرعي وإثباته أمام القضاء من قبل الرجل إذا أراد أن يعدد، لقد جاءت المادة الثامنة تنص على أنه: يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الاسلامية، متى وجد المبرر الشرعي، وتوفرت شروط، ونية العدل. وجاء تأكيد ذلك بنص الفقرة الثالثة: يمكن لرئيس

المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي، وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

وبالعودة إلى مبررات التعدد عند الفقهاء نجد أن هناك صنفان من المبررات: مبررات مادية يمكن إثباتها كعقم الزوجة الأولى ومرضها، ومبررات معنوية لا يمكن إثباتها كالرغبة الجنسية الجامحة عند بعض الرجال بحيث لا يكتفي بامرأة واحدة[27]، أو بغضه وكرهه للزوجة الأولى مع عدم رغبته في طلاقها لمصلحة الأولاد أو للقرابة وطول العشرة مثلا. فكيف يمكن للزوج إثبات هذه المبررات المعنوية أمام القضاء ؟؟

بالعودة إلى اجتهاد الفقهاء في التراث الإسلامي لا تجد أثرا لهذا الاشتراط أو طلبا لمبرر بغية التعدد، إنما اكتفوا بقدرة الرجل ورغبته، ومدى تحمله للمسؤولية وتحقيق العدل.

وعليه فطلب المبرر الشرعي للتعدد يعد غير وجيه ولا مسوغ له من الناحية القانونية، فيمكن للزوج أن يتعلل بتلك المبررات المعنوية وليس أمام القضاء من وسيلة للتأكد من صدق ادعائه، أما إذا اقتصر المشرع على اعتبار بعض المبررات كالعقم والمرض وترك المبررات المعنوية الأخرى فلا شك أن هذا يعد نوعا من المخالفة لحكمة التعدد الشرعي، وإخلالا يؤاخذ به المشرع.

ولم تبعد كثيرا التشريعات العربية عما أخذ به المشرع الجزائري، فالمشرع السوري في المادة 17 من قانون الأحوال الشخصية ينص على ما يلي: للقاضي أن لا يأذن للمتزوج بان يتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي وكان الزوج قادرا على نفقتهما[28]. وجاء في مدونة الأسرة المغربي المادة 41: لا تأذن المحكمة بالتعدد إذا لم يثبت لها المبرر الشرعي الموضوعي الاستثنائي[29].

وتجدر الإشارة إلى أن طلب المشرع من القاضي التأكد من نية العدل يبدو طلبا غير مستطاع لكون الأمر معلق على ما يقع في المستقبل، والنية محلها القلب، فكان الأولى بالمشرع أن يتخذ إجراءات واضحة كطلب سيرة الشخص المتعلقة بالأسرة الأولى مثلا.

ثالثا: اقتران الفاتحة بالخطبة[30].

لقد اعتبر المشرع الجزائري في المادة: 06 من ق.س. أن اقتران الفاتحة[31] بالخطبة لا يعد زواجا، وقد تأثر في ذلك ببعض التشريعات العربية[32]، ولم يحكم العرف المعمول به في الجزائر، ونص المادة: إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا. غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا، وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون.

وانه لا يخفى على الخبير الملاحظ لأحوال المجتمع وأعرافهم أن قول الشخص قمت بالفاتحة أو قرأت الفاتحة على فلانة يقصد به إبرام العقد الشرعي هكذا جرى العرف[33] وسار الناس عليه، فقراءة الفاتحة عادة يسبقها الإيجاب والقبول وبقية شروط العقد، لذا تعد عقدا شرعيا صحيحا حتى يثبت العكس، فكان الأولى بالمشرع أن يعتبر العرف ويعتبر إجراء الفاتحة عقدا، فمن المعروف أن الثابت بالعرف كالثابت بالنص[34]، ويمكن صياغة نص المادة فتكون على الشكل الآتي:

إن اقتران الفاتحة بالخطبة يعد عقد زواج متى توافر ركن الرضا، وشروط الزواج المنصوص عليها قانونا.

رابعا: ترتيب مستحقي الحضانة.

لقد رتب المشرع الجزائري في تعديل قانون الأسرة مستحقي الحضانة ترتيبا لم يوافق فيه أي مذهب من المذاهب المشهورة، حيث أسند الحضانة بعد الأم مباشرة للأب، مع أن مرتبته تأتي متأخرة بعد الجدتين، والخالة، والعمة، وقد أجمعت المذاهب الفقهية على تقديم النساء في الحضانة على الرجال[35]، نظرا لما جبلت عليه المرأة من عطف وحنان وصبر على تربية الصغير، يقول ابن عاصم:

وصرفها إلى النساء أليق لأنهن في الأمور أشفق.
وكونهن من ذوات الرحم شرط لهن وذوات محرم[36].

لقد نصت المادة: 64 من ق.س.ج على ما يلي: الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لام ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

لذا كان على المشرع لزوما أن يأخذ بما اتفق عليها الفقهاء، وله أن يستثني فيعطي للأب حق الحضانة إن رأى أن مستحقيها لا يحققون مصلحة المحضون ولا يقومون بها على الوجه الأتم.

المطلب الخامس: نصوص متممة مقترحة لقانون الأسرة الجزائري.

لا يخلو أي جهد بشري من النقص، وبالنقد البناء والنقاش الجاد العلمي ترتقي أنظمة الأمم وقوانينها، وبالبحث والمقارنة يمكن الاستفادة من تجارب الآخرين، واعني بذلك قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية، فالباحث في قانون الأسرة الجزائري يلاحظ نقصا في بعض المجالات التي تحتاج إلى نصوص تضبطها، وهذا المطلب المتمثل في اقتراح جملة من المواد القانونية هو لبنة في هذا المسلك حتى ما إذا تمت مناقشة قانون الأسرة وتعديله يوما ما أن يؤخذ ببعضها، وأني استعرض ذلك على النحو الأتي[37]:

لم يذكر المشرع الجزائري أقل قيمة للصداق[38]، فكان عليه أن ينص على أن اقله ربع دينار ذهبي إتباعا للمذهب المالكي، وقد ذهب الحنفية إلى أن اقله عشرة دراهم فضية، وذهب الشافعية إلى انه يجوز بقليل المال ولو درهما واحدا، وبكل منهما أخذت بعض التشريعات العربية. كما لم ينص المشرع صراحة على زواج المجنون والمعتوه، وقد نص المشرع السوري على ذلك في المادة 15 فقال: يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ، للقاضي الإذن بزواج المجنون أو المعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في شفائه[39].

وجاء في القانون الأردني: المادة: 08 للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته إذا ثبت بتقرير طبي أن في زواجه مصلحة له[40].

وكان على المشرع الجزائري أن ينص على اشتراط الكفاءة في الزواج[41] ويبين مفهومها، خصوصا وقد حاول الأخذ بمذهب الحنفية في مسألة الولاية في الزواج وتزويج الراشدة نفسها، فالحنفية اشترطوا لصحة تزويج نفسها أن يكون الزوج كفئا وأن يكون صداقها قدر مثيلاتها، وقد نص المشرع السوري على الكفاءة:

في المادة 26 على أنه: يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا للمرأة.

ونص القانون الأردني المأخوذ من المذهب الحنفي[42] في المادة: 20 على شرط الكفاءة: يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا للمرأة في المال، وهي أن يكون الزوج قادرا على المهر المعجل ونفقة الزوجة وتراعى الكفاءة عند العقد فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج[43].

وفي باب الطلاق لم ينص المشرع الجزائري على طلاق المكره، والمذهب المالكي يرى إن طلاقه لا يقع لكن بشروط وهو رأي جماهير الفقهاء، وذهب الحنفية إلى وقوعه، فكان لازما على المشرع أن يحسم الأمر ويعين الحكم بالنص عليه، وقد اختلفت التشريعات العربية في هذه المسالة بين القائل بوقوع طلاق المكره والنافي له.

ففي المدونة المغربية: المادة 90 جاء: لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران الطافح، والمكره، وكذا الغضبان إذا كان مطبقا[44].

وفي القانون القطري[45] المادة 115: جاء:

-يشترط في المطلق العقل والبلوغ والاختيار.

-لا يقع طلاق المجنون والمعتوه والمكره، ومن كان فاقد التمييز بسكر أو بغضب أو غيره.

وفي القانون الأردني نصت المادة 88 على ما يلي: لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره ولا المعتوه ولا المغمى عليه ولا النائم.

ومن الأحكام الشرعية المشتهرة في باب الأحوال الشخصية الظهار، وقد خلا قانون الأسرة الجزائري من أي إشارة لهذا المسألة، بينما تناولته جل التشريعات العربية، في

عدة مواد، ففي قانون الأحوال الشخصية القطري نص عليه في المادة 162 و163 و164 و165فنصت المادة 162 على ما يلي[46]:

الظهار هو تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه تحريما مؤبدا أو بعضو منها.

ونصت المادة 164 في فقرتها الأولى: للزوجة طلب التفريق للظهار إذا امتنع الزوج عن التكفير. ونصت المادة 165 على انه: يعتبر التفريق للظهار طلاقا بائنا.

خاتمة:

هذه جملة من المقاربات التي حاولت من خلالها مناقشة بعض مواد قانون الأسرة الجزائري المعدل، رغبة في أن يكون على الصورة المثلى ليحقق مقاصد الشرع في حفظ الأسرة، وأن لا يخرج عن دائرة المذاهب الفقهية ولو في ابسط الجزئيات، لذا أضع بين يدي القارئ جملة من الاستنتاجات المتوصل إليها من خلال هذا البحث:

أولا: المشرع الجزائري اعتمد في سنه لقانون الأسرة في الغالب على المذهب المالكي وذلك مراعاة للعرف السائد في بلدنا، ولما سار عليه علماء هذا البلد تاريخيا.

ثانيا: في بعض الجزئيات أخذ المشرع الجزائري بما رآه مناسبا من فقه المذاهب الفقهية السنية الأخرى خصوصا المذهب الحنفي، وذلك مراعاة لتغير الظروف وللمصلحة ولتحقيق المقاصد الشرع.

ثالثا: في جزئيات نادرة من قانون الأسرة لم يوفق المشرع في إصابة الهدف المنشود، في حماية العرض والأسرة من أسباب التفكك، كما هو واضح في مسألة تزويج الراشدة نفسها بحضور أي شخص تختاره.

رابعا: اعتماد المشرع على العلوم الحديثة في سن بعض مواد القانون، كأقصى مدة الحمل، واثبات النسب، وإلزام الأطراف بتقديم وثيقة طبية حماية للأسرة الناشئة والمجتمع، وهذه خطوات يشكر عليه المشرع، لما تحققه من غايات وأهداف نبيلة لحماية الأسرة.

خامسا: بالمقارنة مع تشريعات بعض الدول العربية المتعلقة بقانون الأسرة، يلاحظ الباحث وجود فراغات، فيحتاج المشرع الجزائري إلى سن بعض النصوص لتشمل جميع

أبـواب الأسـرة، كموضـوع الظهـار والإيـلاء، وتعـديل بعـض الجزئيـات لتوافـق مـا عليـه جماهير العلماء.

الفهرس:

(1)- تم التعديل في: 27 فبراير سنة 2005.

(2)- المادة الأولى من قانون الأسرة الجزائري تنص على أن: الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة.

(3)- محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي للدكتور عمر الجيدي: ص25 -29.

(4)-مالك حياته وعصره، آراؤه وفقهه للشيخ أبو زهرة: ص112.

(5)-انظر: الوجيز في قانون الأسرة الجزائري للدكتور كاملي مراد: ص04.

(6)-فقه السنة لسيد سابق: ص510 -511.

(7)-انظر: المنتقى للباجي: 319/3، بداية المجتهد لابن رشد: 35/2.

(8)-تفسير القرطبي: 110/5، الأحكام لابن العربي: 374/1، المنتقى للباجي: 152/4.

(9)-الأم للشافعي: 27/5، مختصر المزني: 226/1 -227.

(10)-الشرح الكبير للدردير: 518/2 -519.

(11)-الهداية للمرغيناني: 356/3.

(12)-شرح مختصر خليل للخرشي: 172/3، المغني لابن قدامة: 337/7، زاد المحتاج: 186/3.

(13)-الحاوي الكبير للماوردي: 53/9، مجموع الفتاوى لابن تيمية: 57/32.

(14)-أحكام القران لابن العربي: 1477/3، البيان والتحصيل لابن رشد: 262/4.

(15)- شرح ميارة الفاسي: 255/1، البيان والتحصيل لابن رشد: 29/5.

(16)- الحاوي الكبير للماوردي: 464/9، أحكام القرآن للجصاص: 86/3.

(17)- المحلى لابن حزم: 491/9.

(18)-شرح مشكل الآثار للطحاوي: 325/12 -327.

(19)-الاستذكار لابن عبد البر: 443/5، أحكام القرآن لابن العربي: 511/3.

(20)-الأم للشافعي: 74/5، اختلاف العلماء: 177/1. الحاوي الكبير للماوردي: 505/9 -506.

(21)-المنتقى للباجي: 296/3، البيان والتحصيل لابن رشد: 478/4.

(22)-انظر المادة 40 من قانون الأسرة المعدل: يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

(23)-انظر المادة 42 من ق.س.ج: اقل مدة الحمل ستة06 أشهر، وأقصاها عشرة10 أشهر.

(24)-انظر: المقدمات لابن رشد: 427/1، الخرشي شرح مختصر خليل: 172/3، بداية المجتهد لابن رشد: 16/2، المغني لابن قدامة: 337/7.

(25)-انظر: بدائع الصنائع للكاساني: 247/2، فتح القدير لابن الهمام: 255/3.

(26)-انظر في مشروعية التعدد: الأم للشافعي: 49/5، تفسير الطبري: 233/4 -235، أحكام القرآن للجصاص: 341/2 -342، الحاوي الكبير للماوردي: 166/9.

(27)-فقه السنة لسيد سابق: ص559.

(28)-الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا: 1789/4.

(29)- شرح مدونة الأسرة لمحمد الأزهر: ص 177.

(30)-الخطبة هي وعد وليست عقد شرعا وقانونا، جاء في قانون الأسرة الجزائري المادة 05: الخطبة وعد بالزواج.

(31)-الفاتحة: حقيقتها سورة من القرآن، لكن جرى في العرف أن قراءتها في سياق الاجتماع حول الزواج تكون عادة بعد إبرام العقد تبركا بها.

(32)-جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري: المادة02: الخطبة وعد بالزواج، وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا. انظر: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا: 1787/4.

(33)-العرف الصحيح مصدر تشريعي في القانون والشريعة، قال الفقهاء: المعروف عرفا كالمشروط شرطا.انظر: شرح القواعد الفقهية لمحمد الزرقا: 72/1.

(34)-درر الحكام شرح مجلة الحكام لعلي حيدر: 46/1.

(35)-انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد: 565/1، والمنتقى للباجي: 187/6، تفسير القرطبي: 165/3، الشرح الكبير للدردير: 527/2 -528.

(36)-انظر: شرح ميارة للفاسي: 435/1.

(37)-المشرع الجزائري نص في المادة: 222 على أن كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية. غير أن هذا يفتح باب الاجتهاد للقضاة وبالتالي الاختلاف حيث دائرة الشرع واسعة واختلاف الفقهاء في الأحكام أي في الفروع الفقهية غالب، فكان الأولى محاولة سد الخلل والنقص بمواد قانونية حاسمة للخلاف.

(38)-مختصر اختلاف العلماء: 252/2، أحكام القرآن للجصاص: 86/3. ونص المشرع السوري على أنه: لا حد لأقل المهر ولا لأكثره.

(39)-الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا: 1789/4.وجاء في مدونة الأسرة المغربية المادة 23 : يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أم أنثى بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر. شرح مدونة الأسرة لمحمد الأزهر: ص118.

(40)-الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا: 1849/4.

(41)-قال ابن العربي المالكي: قد بينا في مسائل الفقه أن الكفاءة معتبرة في النكاح واختلف علماؤنا فيها هل هي في الدين والمال والحسب أو في بعضها. انظر أحكام القرآن لابن العربي: ج3/ص507.

(42)-تنص المادة 183 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يلي: ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة.

(43)-الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا: 4/1851.

(44)-شرح مدونة الأسرة لمحمد الأزهر: ص259.

(45)-المرجع السابق لمحمد قدري باشا: 4/1914.

(46)-المرجع نفسه: 4/1922 -1923.