

## الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11

### ( تشريع الأسرة الجزائري )

#### بقلم الأستاذ عبد الفتاح تقيّة

لقد أضحى من المعلوم بالدين أن الشريعة الإسلامية الغراء حققت الكثير في حقوق الإنسان الأساسية ، ومنها الإنسان في الحرية والمساواة أمام القانون وحق المرأة في أهليتها ودمتها المستقلتين، وفي ممارسة حقوق واسعة في حدود الأسرة والمجتمع ، فقد أغتت الشريعة الإسلامية الغراء المستقبح من عادات الجاهلية، فحرم عضل النساء واعتبارهن أموالا تورث والزواج بطريق البيع وزواج الشغار وغيره من أنواع النكاح الجاهلي المنافي للأخلاق وحرمان الإناث من الميراث وقد حمى الأسرة فحرم وأد الأولاد إلى غير ذلك من الإصلاحات الاجتماعية الخطيرة.

ولكن تلك الإصلاحات التي أقرتها أحكام الشريعة الغراء لم تلبث تحت واقع المجتمعات الإسلامية ، وما اعترى هذه المجتمعات من ركود عميق وتقهقر وفساد إن فقدت جدتها وعلاها الصداً وبعدت شقة الخلف بينها وبين الحقيقة الواقعية حتى سرت رجفة الانبعاث في العالم الإسلامي والعربي فطفقت حقوق الأسرة والمرأة تحتل ميدانا فسحا للإصلاح وتعالّت أصوات المصلحين حتى تكلفت تلك الجهود والدعوات بتحقيق كثير من الإصلاحات ولا جرم في هذا الصدد ذكر لمحاسن التي حققها ميدان الإصلاح التشريعي في ظل قوانين الأحوال الشخصية الحديثة في بعض البلاد العربية ومنها الجزائر في مجال تشريع الأسرة ( قانون رقم 84-11 ).

فقد خطت الجزائر وتونس والمغرب و سوريا والعراق في هذا المضمار خطوات تقديمية على تفاوتها في السعة والسادات ، علما بأن هذه الخطوات ليست بعيدة عن روح الشرع الإسلامي وتقاليدنا الحقيقية ، كما يجب أن يزاح عنها ستار الماضي الصفيق ، والجهل الداكن العميق ، ولكنها شديدة الصلة بهذا الشرع النير.

ولعل أعظم إصلاح تشريعي يحققه المجتمع إصلاح لا يقطع الصلة بالماضي، ولا يستورد تشريعا لم ينبت في تربة البلاد ولم يتنفس عبير نشأته الأولى في بيئتها ولم يترعع في ظل ماضيها وهذا ما حققته قوانين الشخصية في البلاد العربية وعلى وجه الخصوص تشريع الأسرة الجزائري.

إنه لما كان للمرأة المكانة العظمى في هذا التشريع المستقاة من الشريعة الإسلامية الغراء، فهي بلا منازع لها المكانة والمركز المرموق، فالنساء شقائق الرجال منهن وبهما يستمر هذا العالم في العمران فالمرأة إذن نصف المجتمع وركنه الأساسي وأنه لا ينكر هذه الحقيقة الأزلية إلا من أعمت الجهالة أبصارهم وبصائرهم.

والسؤال الذي يقتضي طرحه في سياق هذا الموضوع، ما هي الإشكالات القانونية في تشريع الأسرة؟.

إن صدور قانون الأسرة الجزائري الحامل رقم 84-11 في صورته الحالية نابع من أحكام الشريعة الإسلامية التي تعبر عن أصالة ووجدان الشعب الجزائري إذ نعتبر هذا انتصارا على المتشككين في أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تصلح أن تكون قانونا يمكن تطبيقه في الواقع العملي، ذلك أن القانون المذكور أعلاه أصبح محل جدال فقهي حاد حيث ذهب البعض إلى اعتبار قانون الأسرة الحالي قانون جائر يقوم على مبدأ عدم المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق، وأنه أنصف الرجل على حساب المرأة، ولم يكتف أنصار هذا الاتجاه بتوجيه الانتقادات داخل الوطن، بل تعالت أصواتهم حتى في الملتقيات والمؤتمرات الدولية كما حدث في المؤتمر الدولي للسكان المنعقد بمصر سنة 1994 والمؤتمر الدولي الخاص بالمرأة المنعقد في بيكين سنة 1996 حيث طالبوا ومازالوا يطالبون السلطات المختصة بالتدخل لإلغاء هذا القانون لأنه في نظرهم رجح بالأسرة الجزائرية إلى القرون الوسطى، وإصدار قانون جديد يساوي بين الرجل والمرأة في الحقوق والحريات ولكن الإشكالية التي يجب أن تطرح في هذا السياق هل قانون الأسرة تكمن نقائصه أو سلبياته في أسسه ومبادئه؟ إن الجواب على هذه الإشكالية يقتضي منا معرفة مصدرية هذا التشريع حتى يتسنى لنا معرفة مدى أسسه ومبادئه وأحكامه وما تجدرله الإشارة في هذا المجال أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأصل في هذا القانون، أما من حيث مجالات نقائصه وسلبياته لا يمكن إدراكها إلا في المجال

العملي التطبيقي وعلى وجه التحديد القضائي. وهذا ما يطلق عليه عند رجالات القانون بالإشكالات القانونية إذ أن هذه الإشكالات القانونية منها ما يقتصر على ما هو شكلي و ما يتعلق بالإجراءات ومنها ما هو موضوعي يتعلق بمنازعات الأسرة.

والحق الحق أن قانون الأسرة في صورته الحالية ساهم في تشريعه رجال منهم من انقضى نحبه ومنهم من ينتظر حيث اتخذوا من أحكام الشريعة الإسلامية منبعاً له لأنهم كانوا يعتقدون اعتقاداً جائزاً أن الشريعة الإسلامية تعبر عن وجدان الشعب الجزائري وعن أصالته وهويته، ذلك أن المشرع الجزائري بقي مدة 22 سنة دون مجلة للأحوال الشخصية إذ كان يدرك تمام الإدراك أن صراعاً خفياً يتواجد في مجتمعه، والذي يكمن في تواجده تيارين متعاكسين لهما نفس القوة الاجتماعية تقريبا ونفس التحمس للمبادئ التي يؤمن بها مناصروا كل من التيارين.

فالتيار الأول ينادي بضرورة احترام المبادئ التي جاء بها الفقه الإسلامي دون أي تغيير جذري، خاصة إذ كان النص القرآني واضحاً كما هو الشأن بالنسبة لإباحة تعدد الزوجات وإمكانية التزوج بالمطلقة ثلاثاً بعد أن تتزوج بغير مفارقها، أو وضع الطلاق بيد الزوج بينما لا يمكن للزوجة إلا أن تطالب به فيستجيب القاضي لطلبها في صورة استثنائية، وعدم المساواة بين الذكر والأنثى في الميراث.

وهذا التيار الاجتماعي متكون بطبيعة الأمر من الذين تغلغلت فيهم العقيدة الإسلامية وأصبحوا يؤمنون بأن المجتمع لا يمكن أن يستقيم إلا إذا أنبتت أسسه على قواعد الشريعة الإسلامية خاصة في مجال الأسرة الذي يعتبر ميداناً حساساً بالنسبة لمقومات الأصالة والهوية

أما التيار الثاني فهو متركب من المجددين سواء كانوا متشبعين بأفكار سارية أو مؤمنين بضرورة إدخال تنقيحات على الفقه الإسلامي فيما يتماشى ومتطلبات العصر، ويبدو أن المشرع الجزائري بعد أن عدد لوائح لقانون الأسرة ما كانت لترضي لا شق المحافظين ولا شق المجددين فاهتدى في خاتمة المطاف إلى قانون تغلب عليه في ظاهره صبغة المحافظة على مبادئ الشريعة الإسلامية، مع إرضاء من حين لآخر للكثلة التي تنادي بالتجديد، وعلى كل فإنه مهما كان من أمر فإن سن قانون الأسرة الجزائري

يقطع النظر عما قد يثيره من ردود فعل لدى كل قارئ حسب تكوينه وميوله ونظراته إلى كيفية تسيير المجتمع فإن له ناحية إجابية تتمثل في وجوده. إذ أن مجرد ذلك الوجود من شأنه أن يضع حدا لفراغ مؤسف و لذبذبة محرجة ذلك لأن المحاكم الجزائرية بقيت تحكم دون نبراس ثابت ولا نور هاد معتمد على محض اجتهادها.

فلقد بدا لنا مفيدا أم نعلق على بعض أحكام هذا التشريع بصورة سريعة ووجيزة وبشيء من المقارنة القليلة البسيطة والمحدودة ومن حيث التقسيم والمشتملات فقط. لقد جاء قانون الأسرة الجزائري مشتملا على 224 فصلا ومقسما إلى أربعة كتب، يهتم لكتاب الأول بالزواج وانحلاله، والكتاب الثاني بالنيابة الشرعية والثالث بالميراث والرابع بالتبرعات، بينما من حيث المقارنة من جهة التقسيم يلاحظ أن تشريعات الأحوال الشخصية في بعض البلاد العربية الأخرى مثل :

(1) تشريع الأحوال الشخصية التونسية والصادرة بأمر مؤرخ في 13 أوت 1956 إذ تشمل هذه الأخيرة على عدد من الفصول مماثل تقريبا ( 213 ) مع تقسيمها إلى أحد عشر كتابا لكن هذا التقسيم من حيث صوريته لا أهمية له إذ أن القانونيين ( التونسي والجزائري ) اهتما بنفس المواضيع تقريبا، مما يفقد الفارق في التقسيم

(2) تشريع الأحوال الشخصية العراقي المعدل والمتمم والمرقم 188 من سنة 1959 حيث يلاحظ فيه من حيث التقسيم أنه مقسم إلى 09 أبواب ويشتمل هذا الأخير على عدد ضخم من الفصول، تناول فيها كل المواضيع التي تناولها المشرع الجزائري ولكن ما يضيف عليه طابع التفصيل الفقهي للمواضيع بما فيه الأسباب الموجبة للقانون أعلاه.

(3) تشريع مدونة الأحوال الشخصية المغربي الصادرة بتاريخ 19 أوت 1957 وتشتمل مدونة الأحوال في المغرب على عدد من الفصول، و297 مادة حيث صدرت خمس ظهائر، ( كما يطلق عليه في تشريع المغرب ) بتطبيق أبوابه أولها مؤرخ في 22 نوفمبر 1957 وآخرها في 03 أبريل 1958 وما يلحظ في ديباجة تقنين المدونة الاهتمام الأكبر بجمع أحكام الفقه الإسلامي إذ جاء في ديباجة الظهيرة ما يلي :

” وحيث أن مادة الفقه الإسلامي بغزارتها ودقتها وتشعبها يمكن أن يؤدي النظر فيها إلى تأويلات عديدة، وحيث أنه أصبح من الضروري التأكيد جمع أحكام الفقه الإسلامي في مدونة تيسر وتساهل إجراء العمل به وتطبيق مقتضياته، ووعيا لما في ذلك من الفائدة للمتحاكمين والنتيجة الحسنة لضمان سير القضاء “

كما يلاحظ أيضا الاهتمام الأكبر من المشرع المغربي في مدونته بالمذهب المالكي في الباب السابع في الفصل 82 من المدونة حيث تنص المدونة : ” كل ما لم يشمل هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من المذهب المالكي “.

وتجدر الإشارة في هذا الصدر أنه إذ كان جمع أحكام الأحوال الشخصية من الشرع المغربي تحت اسم مدونة الأحوال مستقاة من الكتب الفقهية في نص تشريعي يعد عملا إصلاحيا هاما، إلا أنه لا تخلو الأعمال من النقص ومع ذلك ينبغي أن نلاحظ عليه بشيء من الإيجاز لأن المقام لا يتسع لذلك، والملاحظات تكمن في الآتي :

- عدم الدقة والتحري في صياغة بعض نصوص التي أقيمت فيه دون أن تكون منسجمة مع باقي النصوص مثل النص المتعلق بموافقة الولي على زواج القاصر الذي لم يتم الواحدة والعشرين كما ورد في الشروط الشكلية لعقد الزواج فهو بالتحديد في الفصل التاسع من المدونة : ” الزواج دون سن الرشد القانوني متوقف على موافقة الولي فإن امتنع من الموافقة وتمسك كل برغبته رفع الأمر إلى القاضي “

- إطلاق مصطلحات مشتركة في اللفظ ومختلفة في المعاني دون أي بيان لهذا الاختلاف مثل لفظ الولاية التي تختلف دلالاته في باب الزواج عنه في باب النيابة الشرعية “.

- التقييد بمذهب مالك مع أنه كان ينبغي التفتح على مختلف المذاهب الفقهية والأخذ بما يبدو تفسيراً سليماً لنصوص الشريعة ومحققاً للغايات الأسمى من مبادئ الدين الحنيف.

4) قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكرته الإيضاحية والمعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975 وأسبابه الموجبة والذي يشمل من حيث التقسيم على 6 كتب وعدد من الأبواب والفصول ، تناول فيه الأحكام

الفقهية ابتداءً من قيام الزواج إلى آثاره وما يلاحظ في هذا التقنين انفراد المشرع العربي السوري بفصل أطلق عليه معاملات الزواج الإدارية أي من حيث المعاملات التي تسبق العقد، ( معاملات العقد )

كما دقق في بعض المسائل الفقهية ما تعلق بانحلال الزواج كالتفريق للعلل للغيبة خص فصلاً في التقنين بالطلاق التعسفي، وما يلاحظ أيضاً في تشريعه التمييز في: **أولاً: النسب:** من حيث النسب في الزواج الصحيح (أي في نسب المولود حال قيام الزوجية).

**ثانياً:** نسب المولود بعد الفرقة أو وفات الزوج.

**ثالثاً:** النسب في الزواج الفاسد والدخول بشبهه

كما نجد في الشريعة توضيحاً في الأهلية والنيابة الشرعية من حيث الأحكام الموضوعية، قواعدها العامة صلاحيات الأوصياء، وتخصيص فصلين في هذا السياق، فصل بالقوامة وفصل بالوكالة القضائية.

## **التعليق الجزئي على فحوى التشريع من حيث الأحكام الختامية في الفصل الرابع من قانون رقم 84-11**

لقد ارتأيت أن أعلق على الأحكام الختامية لما فيها من عموم .

**المادة 221 :** حيث نص في المادة 221 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي:

” يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني .”

إنّ ما نلاحظه في نص المادة المذكورة أعلاه بالنسبة لفرعها الأول المتعلق بانطباق القانون على كل المواطنين الجزائريين هو مدى نيّة ورغبة المشرع الجزائري في وضع حل من حيث تأكيد سيادته على كل المواطنين الجزائريين سواء أكان أولئك المواطنين مقيمين بأرض الوطن أو خارجه وهو في نفس الوقت يثبت مدى حرصه على إخضاع كل المواطنين إلى قانون واحد، مستمد من الشريعة الإسلامية الغراء ولو كان بعض أولئك المواطنين لا يتدين بالدين الإسلامي سواء كان يهودياً أو مسيحياً أو غير متدين

بأي دين؛ وذلك إلا إيمان من المشرع الجزائري بأن الأغلبية العظمى للمواطنين ينتمون إلى الشريعة الإسلامية مما يبرز إخضاعهم كلهم إلى قانون أسرة مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء باعتبارها المصدر الأصل لمجال تنظيم الأسرة، والتغيير الأوحد لوجدان و أصالة الشعب الجزائري.

وما يدعو إلى الاستغراب مبدئيا في فحوى النص المذكور أعلاه في فرعها الثاني على ذلك القانون ينطبق حتى على غير المواطنين الجزائريين، إذ أن الأجانب يخضعون عادة إلى قانونهم الوطني.

وما تجدر الإشارة له في هذا السياق أن هذا الفرع من المادة امتداد واضح للسيادة الجزائرية حتى بالنسبة للأجانب، وقد يؤدي هذا الحكم إلى بعض المشاكل في التطبيق خاصة بالنسبة لقضايا بطلان الزواج، والطلاق، والنسب إذا ما عالجتها المحاكم بتطبيقها لأحكام القانون الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية على متقاضين أجانب لا يتدينون بالدين الإسلامي. بيد أن المشرع الجزائري قد تفتن إلى مثل هذا الشكل فنص في صلب أحكام المادة 221 على أنه يجب احترام الأحكام الواردة في القانون المدني مما قد يدعو إلى الاعتقاد بأن ذلك القانون ينص على حلول خاصة بالنسبة للأجانب ما تعلق بحالتهم الشخصية.

**المادة 222 :** نصت المادة 222 من القانون رقم 84-11 على مايلي :

”كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية“.

وما نلاحظه في استنطاقنا للمادة المذكورة أعلاه أن المشرع الجزائري وضع حلا لمشكلين يتمثل أولهما في معرفة مصدر قانون الأسرة، والثاني في معرفة ما هو الحل في صورة وجود نقص أو إشكال في هذا القانون.

أما بالنسبة للمصدرية المستمدة منها القانون رغم تأكيد المشرع في العديد من المواطن على أن تشريع الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية الغراء فإنه أكد صلب المادة 221 على أن المصدر الأساسي الوحيد لذلك القانون هو أحكام الشريعة الإسلامية وهو ما فعله غيره من المشرعين في البلاد العربية، كالمشرع المغربي على سبيل المثال في مدونة

الأحوال الشخصية لكن مع وجود فارق بين التشريعين ذلك أن المشرع المغربي جعل مرجعيته في الإحالة في صورة وجود نقص بالمدونة الشائع من المذهب الإمام مالك، بينما اقتصر مشرعنا الجزائري على الإشارة إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون زيادة ضبط ولا تحديد، مما يترك المجال للاجتهاد القضائي الجزائري للإشارة إلى أي مذهب من المذاهب الإسلامية، رغما عن أن المذهب الشائع في الجزائر هو كذلك المذهب المالكي.

والملاحظة الثانية المتعلقة بالمادة 222 تتمثل في الإشارة إلى وجود نص صريح من شأنه أن يعين رجل القانون على فهم قانون الأسرة الجزائري ومدى تطبيقه في صورة وجود نقص أو إشكال، وبهذا فالقاضي لن يترك إذن دون نبراس يسير على هدية لكن هذا الحال ولئن كان واضحا في ظاهره إلا أنه قد يؤدي إلى إشكال في المجال التطبيقي، ذلك لأن عبارة أحكام تشريعية الإسلامية الواردة في النص قد تبدو غامضة يؤولها كل قاض حسب فهمه وحسب تأثيره بمذهب دون آخر، وأراء الفقهاء في هذا النطاق كثيرا ما تكون متباينة من مذهب إلى آخر وحتى صلب المذهب الواحد.

ولذا فإن ما قد يبدو إيجابيا في ظاهره، قد يؤدي في خاتمة المطاف إلى تشتيت في التأويل وتباين في التطبيق، لكن التباين معلوم بالضرورة ولو كان النص مكتوبا وواحدا إذ أنه من الطبيعي أن القضاة يختلفون في فهم النص الواحد وتأويله وهو ما دعا بالمشروع الجزائري إلى وضع هيكل قضائي في أعلى قمته " المحكمة العليا " هذه الأخيرة التي تسهر على توحيد تأويل القانون.

**المادة 223:** ورد في نص المادة ما يلي :

" تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون "

إنه من الواضح أن الأحكام التي تشير إليها المادة المذكورة أعلاه هي أحكام مكتوبة وسابقة وهي ما يقصد بها الأوامر التي سنت في الجزائر إبان فترة الاستعمار الفرنسي من سنة 1959 في فترة تعتبر انتقالية عندما شهر نظام الحماية الفرنسية بضرورة سن تشريع في مادة الأحوال الشخصية، وأصبح الجزائريون مخيرين في الانضواء تحت لواء تلك الأوامر، وكانت الأوامر المعروفة والسارية أنداك هي " أوامر سيدكارا - s:d cara "



ومهما كان من أمر فإن المشرع الجزائري قد ألغى كل ما سبق من أوامر وأحكام تشريعية في مادة الأحوال الشخصية وأصبح القانون المطبق هو قانون الأسرة الحامل لرقم 84-11 الصادر بتاريخ 1984/06/09.

وعلى ضوء هذه الأحكام العامة ارتأينا أن نعلق على بعض من الأحكام الخاصة بالمواد التي تعاطى المشرع الجزائري تقنينها صلب قانون الأسرة.

### **أولاً: المواد (1-2-3) من قانون 11/84**

لقد افتتح المشرع الجزائري قانون الأسرة بثلاثة مواد وصفها بأنها أحكام عامة

**المادة الأولى :** فهي تنص على أن جميع العلاقات بين أفراد الأسرة تخضع لأحكام

هذا القانون.

إنّ النص المذكور في المادة أعلاه (1) كان من الممكن على المشرع الاستغناء عنه لأن ما ورد فيه هو بديهي، ولذا فإنه ما كان من الضروري الإشارة وفي نفس الوقت أن ما ورد فيه غير صحيح إذ من الممكن أن تكون العلاقات بين أفراد الأسرة هي علاقات معاملات مدنية كالبيع، والكراء، أو تجارية كالشركات، أو جنائية كالسرقات، والاختلاسات، والاتصالات الجنسية غير المشروعة. ومن الواضح أن كل تلك العلاقات لا ينظمها قانون الأسرة.

ولذا فإنه كان من المتجه الاستغناء عن هذه المادة خصوصاً وأن مثل هذه المادة لا توجد في مجال الأحوال الشخصية، وإن سبق للمشرع في البلاد العربية أن سنّها قننها في هذا النطاق.

### **المادة الثانية :**

حيث جاء في نص المادة تعريفاً للأسرة بقولها: " الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة ".

إنّ ما نلاحظه في تعريف الأسرة في فحوى النص أن المشرع الجزائري اختار تعريفاً وسطاً إذ أنه من الممكن تعريفها بأنها مجموعة الأشخاص الذين ينزلون من أصل واحد فتصبح الأسرة في هذا التعريف قبيلة كما كان يطلق عليها قديماً.

ولكن المشرع اختار الحل الوسط أحيانا بعين الاعتبار ما وصل إليه المجتمع الجزائري من تطور، إذ تجاوز مرحلة القبيلة، فتشمل الأسرة حسب هذا التعريف الأصول وإن علوا والفروع وإن سفلوا كما تشمل الأعمام والأخوال وفروعهم وكذلك الزوجين وأقارب الزوجين.

والمشرع أراد من ذلك أن يؤكد على ما يوليه للأسرة من عناية واهتمام فردد عبارة أصبحت تقليدية ومتداولة، وهي أن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، فيصبح إذن الفرع الأول من المادة الثانية غير ضروري.

إن السؤال المطروح في هذا السياق: هل الفرع الثاني من المادة ضروري؟

إن تعريف الأسرة لا تنجر عنه نتيجة إلا إذا كانت الأسرة معتبرة كائنا مستقلا يتمتع بحقوق أو يتحمل الواجبات- أي إذا كانت كائنا معنويا- لكن المشرع لم يسدل عليها تلك الصفة متبعا في ذلك غيره من المشرعين في البلاد الإسلامية، كالمشرع التونسي والمشرع المغربي، مما يجعلها خارجة عن الميدان القانوني كهيكل متمتع بكيان مستقل، لكن ربما استهدف المشرع الجزائري إلى انتقاد لو لم يعرف الأسرة إطلاقا، إذ من الممكن أن يقال كيف يمكن سن قانون الأسرة دون تعريف لتلك الأسرة؟ وكان من الممكن الخروج من هذا المأزق بسن قانون أو مدونة مثل ما فعل ذلك المشرع السوري، العراقي، التونسي، المغربي....

إذ أن عبارة قانون الأسرة فيها تجديد لكنه تجديد على محمل الظاهر لأن المشرع الجزائري لم يضع أحكاما خاصة بالأسرة بل وضع أحكاما خاصة بالأفراد الذين تتركب منهم الأسرة وهو ما فعله من سبقوه من المشرعين في البلدان الإسلامية.

### المادة الثالثة :

حيث ورد في نص المادة ما يلي: تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية.

إنه من الواضح من خلال استقراءنا لهذه المادة هي لأمنية كان يتمناها المشرع الجزائري للأسرة أكثر من أن تكون نصوصا قانونيا يصلح كأساس لأحكام تصرح بها

الجهة القضائية ، ولربما كان ذلك النص ينسجم أكثر مع فحوى لائحة سياسية .  
بمناسبة مؤتمر لحزب سياسي أو ميثاق وطني يسجل مطامح الأمة وتصورها لمختلف  
الهياكل التي تتكون منها ومن بينها الأسرة .

### المادة : تعدد الزوجات

ورد في نص المادة أعلاه مايلي :

“ يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر  
الشرعي وتوفر شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة  
ولكل واحد الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطبيق في  
حالة عدم الرضا .

إنه من خلال استقراءنا لفحوى نص المادة أعلاه فإنه من الواضح أن المشرع  
الجزائري وضع حلا متباينا في ظاهره تبيانا مطلقا .

حيث أن تحجير تعدد الزوجات أو إباحته أصبح معيارا من المعايير التي تسمح  
بالقول بان المشرع أتبع الشريعة الإسلامية في مسألة التعدد، إذ أن المولى عز وجل أباح  
تعدد الزوجات بشرط العدل والحد من جهة أخرى، إنَّ العدل غير ممكن ولو حرص  
الإنسان على ذلك .

والمشرع الجزائري في قضية الحال خير أن يساير الشريعة الغراء في إباحتها الظاهرة  
لتعدد الزوجات فنص على أن التعدد ممكن في حدود الشريعة أخذا بقاعدة أصول  
الفقه: “الأصل في الأشياء الإباحية”، إلا أنه ربما أفادت هذه العبارة فقط أن عدد  
الزوجات يمكن يصل إلى أربعة، واستعمل المشرع عبارة (يسمح في صدارة النص) وهي  
عبارة نرى أنها غامضة إذ أن السماح من الممكن أن يصدر عن مبرم لديه عقد الزواج،  
وهو الموظف المؤهل قانونا: أما الموثق، أو ضابط الحالة المدنية، عملا بأحكام المادة 18  
من قانون 84-11. وقد يكون السماح المشار إليه في المادة 08 سماحا قضائيا وفي هذا  
الحل بطبيعة الأمر ثقيل على كاهل الرجل المترشح لغرض الزواج مرة أخرى حال أنه  
تزوج سابقا إذ يضطر إلى رفع الأمر إلى القاضي واستصدار إذن يخول له إبرام عقد  
الزواج الجديد، لكن الحل الثاني هو الكفيل وحده لضمان حقوق كل من الزوجة

السابقة والزوجة اللاحقة التي اشترط المشرع الجزائري بالنسبة لكل منهما أن تكون على علمها بوجود الزواج السابق بالنسبة للثانية وبمشرع الزواج اللاحق بالنسبة للأولى.

كما تجدر الإشارة له في هذا السياق أن المشرع الجزائري قيد التزوج بأكثر من واحدة بعدة شروط وهي: زيادة على علم كل من الزوجة السابقة وللأولاد.

1- المبرر الشرعي.

2- شروط العدل.

3- نية العدل.

والمشرع الجزائري في هذا الصدد لم يوضح ما هو المبرر الشرعي مما يجعل الأمر موكولا إلى الاجتهاد القضائي لتعريف هذه العبارة، وقد تكون المبررات الشرعية (كمراض الزوجة الأولى أو عقمها، أو وجود الزوج لمدة طويلة خارج القطر، وعدم استطاعته على جلب زوجته الأولى وأبنائه منها إلى المكان الذي يوجد فيه).

أما بالنسبة لشروط العدل فهي كذلك عبارة قد استعملها المشرع دون زيادة بسط أو شرح ولعلها تفيده في مرحلة أولى شروط العدل المادي أي كل زوجة تتمتع ماديا بما تتمتع به الأخرى من مستوى في السكن، والإنفاق، والموافق، وأما نية العدل فهي بطبيعة الأمر موكولة إلى ضمير المترشح لإبرام عقد الزواج اللاحق وهو أمر مستبعد مبدئيا إذ أن الزوجة الثانية تحظى عادة بمعاملة أحسن من الزوجة الأولى، ومن الممكن أن تصبح هذه المادة 08 وسيلة غير مباشرة لتحجير تعدد الزوجات إذا ما ضيق فقه القضاء في تطبيقها.

والمشرع في كل الأحوال مكن كلا من الزوجة السابقة والزوجة اللاحقة من رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطويق في حالة عدم الرضا. أما بالنسبة لهذه الدعوى الأخيرة فهي واضحة فإذا كانت الزوجة السابقة غير موافقة على إبرام الزواج اللاحق فإنه يمكنها أن تطلب من القاضي تطويقها وفي ذلك ضمان لكرامتها وحفاظا على مشاعرها، إذا كانت غير راغبة في اقتسام زوجها مع ضرة سلطت عليها

دون موافقتها، وأما بالنسبة للدعوى الأولى فهي تتحدث عن حالة الغش ولربما كانت هذه الحالة خاصة بالزوجة الثانية إذا أوهمها الزوج أنه غير متزوج بغيرها، أو أنه مطلق حال أن الزواج السابق لازال قائم الذات.

### النكاح الفاسد والباطل :

يشتمل الفصل الثالث من قانون الأسرة على أربع مواد فقط، وهو في حد ذاته عدد كان من الممكن أن يكون كافيا لو كان تحريم تلك المواد محكا، لكن ذلك التحريم جاء بصورة غريبة غير مرضي من حيث التخطيط في عرض المسائل وغير مرضي بالنسبة للمحتوى.

ولعل أول ملحوظة يتجه التتقدم بها بالنسبة للفصل الثالث تتعلق بعنوان الفصل الثالث وهو النكاح الفاسد والباطل، فلا يدري القارئ إن كانت هاتان العبارتان متوافقتين أو متباينتين، خاصة وأن المشرع الجزائري لم يعط لأي واحدة منهما تعريفا صلب المواد التي وضعها تحت العنوان المذكور أعلاه، وكان من المتجه منطقا التعرض في مرحلة أولى إلى صورة البطلان أو الفساد، ثم التعرض في مرحلة ثانية إلى آثاره وهو ما حاول المشرع الجزائري أن يفعله لكن دون جمع الآثار في مادة واحدة.

وفي هذا الصدد ما نلاحظه أن المشرع الجزائري لا يأخذ مبدئيا بنظرية البطلان المطلق، والبطلان النسبي في مادة الزواج كما أنه كذلك لم يتعرض إلى صورة البطلان الناتجة عن الغلط في الشخص أو الإكراه، وعلى ضوء هذه الملاحظات العامة من الممكن أن نتعاطى بالتحليل المواد المتعلقة بالزواج الباطل.

لقد نصت المادة 32 على ما يلي : ( يفسخ النكاح إذا أختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو تثبت ردة الزواج ).

إنه من الواضح أن هذه المادة على اقتضاها تشتمل على كل صور بطلان الزواج في القانون الجزائري، ويجب إذن أن نفسر على ضوء المواد السابقة لها، فأركان الزواج المتحدث عنها صلب المادة 32 هي التي نصت عليها المادة 09 وهي :

رضا الزوجين، ولي الزوجة، شاهدان، صداق.

أما المانع فهو الذي نص عليه المشرع صلب المواد 23 وما بعدها- وأما الشرط فهو الذي أشارت إليه المادة 19- وعلينا هنا أن نلاحظ أن المشرع الجزائري يستعمل عبارتين: قد تبدوان متباينتين، إذ ينص بالمادة 19 على أن الشرط التي يمكن للزوجين اقتحامها يجب أن لا تكون متنافية مع قانون الأسرة، بينما تنص المادة 32 على أن الشرط يجب أن لا يكون متنافي مع مقتضيات العقد، فالشرط الذي يحجره المشرع الجزائري هنا هو الشرط المتنافي مع الأحكام الواردة صلب قانون الأسرة، والمتنافي خاصة مع حقوق الزوجين وواجبا تهم كيفما بينتها المواد 36 وما بعدها

ولكن ما يلاحظ أيضا أن تضاربا قد تسرب بين أحكام المادة 32 ، وأحكام المادة 35 ، فالأولى تنص على أن النكاح يفسخ إذا اختل أحد أركانه... ) ، إذا اشتمل على شرط يتنافي ومقتضيات العقد. مما يبعث على الاعتقاد بأن تضارب الشرط مع مقتضيات العقد هو سبب من أسباب بطلان الزواج، لكن المادة 35 تنص على أنه إذا اقترن عقد الزواج بشرط كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا.

وعلى فرض أن مشكل التوفيق بين المادة 32، والمادة 35 ينبثق من منطق التغليب إذ يفرض تغليب المادة 35 حيث أنها مادة مستقلة وضعها المشرع لغرض معين، ولذا فإنه لا يمكن اعتبارها غير موجودة في التشريع، خاصة وأنها مادة لاحقة للمادة 32 ، مما يبعث على الاعتقاد بأن رأي المشرع في الموضوع هو ما أصر عنه في آخر مرحلة ( أي صلب المادة 35 ) .

وللانتهاى من المادة 32 علينا أن نلاحظ من بين أسباب بطلان الزواج ثوب ردة الزوج، وفقد يقول قائل لماذا ردة الزوج فقط - ، ولماذا لا تكون ردة الزوجة كذلك سببا من أسباب بطلان الزواج، حال أن الزوج في الفقه الإسلامي لا يمكنه أن يتزوج إلا كتابية.

وأما المادة 33 فهي تنص على ما يلي: " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد "

إن ما نلاحظه في استنتاجنا للمادة أعلاه، أن تدخل زبذبة على النظرية العامة، التي تقول بأن بطلان الزواج في الفقه الإسلامي هو بطلان مطلق، غير قابل لأي استثناء، إذ تنص المادة 33 على أنه من الممكن للزواج أن يثبت، رغما عن اختلال ركن من أركانه مناقضة في ذلك أحكام المادة 32 القائلة: " يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه ". وكان على المشرع الجزائري أن يتحرى في التحرير خاصة وأنه أعطى نفسه مدة للتأمل والتفكير والنقاش والتحرير لا تقل عن 22 سنة.

لكن زيادة على ذلك فإنه لا مناص من الإشارة إلى ما في نص المادة 33 غرابة، فحسب تلك المادة يثبت الزواج بعد الدخول ولو أبرم بدون ولي، وفي هذا تناقض مع أحكام المادة 11 وأحكام الفقرة الثانية من المادة 12

لكن هذا تناقض غير خطير من الناحية المنطقية، إذ من الممكن التوفيق بين أحكام كل المواد المتحدثة عن الولي بالقول بأن زواج المرأة يبرمه مبدئيا وليها، وإذا أبرم دون ولي ولم يتم الدخول فإنه يفسخ، وإذا تم الدخول وكان الركن الوحيد المختل هو الولي، فإن الزواج يثبت، لكن إذا كان الركن المختل غير متعلق بالصداق فلماذا يثبت الزواج بصداق المثل؟.

فالصورة التطبيقية هي الآتية : زواج أبرم مع تسمية صديق للمرأة لكن دون شاهدين أو دون ولي، كل من هاتين صورتين يثبت الزواج بصداق المثل حسب أحكام المادة 33 وهذا غير منطقي ما دام الصديق قد سمي ولعل نية المشرع الجزائري تتمثل في أنه في صورة عدم تسمية صديق للزوجة فإن الزواج يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل، وإذا كان الأمر كذلك فإن الحل يكون متماشيا مع المنطق.

والحل الذي تبناه المشرع الجزائري في هذا الشأن حيث أنه يعتبر أن الزواج يثبت بعد الدخول إذا أختل ركن واحد، ويبطل إذا أختل أكثر من ركن واحد فيصبح البطلان إذن رهين عدد من الأركان المختلفة، وهو ما لا يقبله المنطق مبدئيا، كما أن المشرع الجزائري لم يتخذ خطة منطقية في معالجة مشكل بطلان الزواج، وعلينا أن نلاحظ أن الآثار التي تعرض إليها المشرع هي أثار فقط.

ومن جهة أخرى كذلك لم يتعرض بالمرّة إلى بطلان الزواج لإبرامه بصوّه غير قانونية، وعدم تعرض المشرع إلى هذا النوع من الزواج الباطل من شأنه أن يجعل الزواج المبرم بصور رسمية زواجا صحيحا.

ولسنا ندري في هذا الصدد إن كان فقه القضاء الجزائري سينسج على منوال فقه القضاء المغربي، أو تونسي، أو البلاد العربية الأخرى التي توسعت في مفهوم الزواج المبرم بصورة غير رسمية، كي يتمكن خاصة مع الوصول إلى إثبات النسب الذي يعتبر من الحالات والإشكالات المطروحة في المجال القضائي على مجه الخصوص.

### **الإشكالات القانونية بنوعيتها (الشكلي، والموضوعي في بعض نصوص قانون الأسرة):**

لقد سبقت الإشارة في مقدمة هذه الدراسة أن قانون الأسرة يحمل ضمن نصوصه بعض النقائص، والتي تعد في نظر القانون إشكالات قانونية منها ما هو شكلي، يتعلق بالإجراءات ومنها ما هو موضوعي يتعلق بمنازعات الأسرة، ولنا في هذا الصدد وقفات من حيث هذه الإشكالات.

### **أولا : من حيث الإشكالات الإجرائية الجوهرية :**

إن صدور قانون الأسرة ( 84-11 ) الحالي وما يحتويه من نصوص فإنه يتضمن النصوص الموضوعية دون أن يتضمن النصوص الإجرائية التي تقتضيه من حيث الشكل، إذ أن قانون الأسرة باعتباره قانونا خاصا كان لازما أن يتضمن قانون إجرائي خاص به، وهذا تسهيلا للقاضي والمتقاضي ومدى كيفية التقاضي التي يجب مراعاتها، و المتضمنة للأطراف المتخاصمة لغرض حماية مصالحهم القانونية، وأنه في غياب قانون إجرائي خاص بالأسرة اضطر المتخاصمين اللجوء إلى قانون الإجراءات المدنية المنظم لبعض من الإجراءات الخاصة بمنازعات الأسرة، وتصدر الإشارة في هذا الصدد أن صدور قانون الأسرة كان عام 1984 بينما قانون الإجراءات المدنية كان عام 1966، إذ يعتبر من حيث الزمن سابق عن تشريع الأسرة وهذا ما رتب تواجد بعض النقائص في الإجراءات سنذكرها على سبيل المثال والحصص.



## أولا : الإشكال الأول ما تعلق بالاختصاص المحلي

حيث تنص المادة 08 الفقرة 04 من قانون الإجراءات المدنية ما يلي :

” يكون الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه بالنسبة للدعوى الخاصة بالأموال المنقولة..... “.

وتنص المادة 57 من قانون الأسرة على ما يلي :

( الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المدنية )

” إن ما نلاحظ من خلال استقراءنا للمادتين المختلفتين أعلاه هو ما مدى الإشكال الذي تطرحهما، والذي يتمثل في حالة رفض محكمة الدرجة الأولى لطلب الطلاق المقدم من الزوج، وهنا يستأنف هذا الحكم أمام المجلس القضائي، ويؤول الاختصاص لهذا المجلس كجهة استثنائية ويفصل المجلس في الدعوى بقبولها، وهنا يجب عليه أيضا أن يفصل في آثار الطلاق، وما تعلق منها بالتعويضات، والحضانة، والسكن، والنفقة، وأثاث البيت.

وبهذا الفصل يكون قد حرم الطرف الثاني المدعى عليه من درجة من درجات التقاضي.

وما نلاحظه في هذا الشأن أن فيه إجحاف للطرف المتضرر، وعليه وجب على المشرع تدارك هذا القصور التشريعي، وفي نفس هذا السياق نجد أن المشرع الجزائري حدد الاختصاص المحلي ( المكاني ) بمقر مسكن الزوجية بمقتضى المادة 08 الفقرة 04 وتواجد الاختصاص بوضعه الحالي، هو إجحاف لحق الزوجة خاصة إذا كانت تقيم خارج الولاية التي بها مسكن الزوجية، أما إذا كان مسكن الزوجية بوسط البلاد والزوجة من شرق البلاد، أو العكس فهذه من الأمور التي تجعل الكثير من الزوجات تتنازل عن حقوقهن خوفا من مشقة وإرهاق السفر، أضف إلى ذلك المصاريف الباهضة التي يتطلبها التقاضي وهذا مما يتطلب بالضرورة تدخل المشرع أيضا لتدارك هذا التصور.

## ثانيا : منازعات الخطبة باعتبارها إجراء سابق للزواج

حيث تنص المادة 08 الفقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية على أنه: " في دعاوي الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية " .

ومما يتضح لنا من خلال الفقرة المذكورة أعلاه أنها نصت على دعاوي الطلاق، ودعاوي الرجوع إلى بيت الزوجية، وحددت الاختصاص بشأنها لمحكمة ( مقر الزوجية ) لكن ما تجدر الإشارة في هذا الوضوح أن النص أغفل ذكر الآتي : "على المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة بالخطبة " حيث أن السؤال المطروح في هذا السياق لماذا ذكر الخطبة ؟.

لقد ذكرت الخطبة في هذا الصدد باعتبارها إجراء سابق للزواج وفيه يكون الطرفين الخاطب والمخطوبة لازال بمسكنهما، ومسكن الزوجة في هذه الحالة لم ينشأ ولم يتكون بعد، وعليه وجب على المشرع تدارك هذا القصور التشريعي.

## ثالثا : ما تعلق بالأحكام الغيابية

حيث يتضح لنا من خلال قراءتنا لنص المادة 57 أن الأحكام التي تصدرها محاكم قسم الأحوال الشخصية تصدر بصورة ابتدائية ونهائية، أي لا تقبل الاستئناف أمام المجالس القضائية كدرجة ثانية إلا في الجوانب المادية، وإن كانت تقبل الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

وما نلحظه هنا أن المادة المذكورة أعلاه بوضعها الحالي تطرح إشكالا قانونيا للأحكام التي تصدرها محاكم الدرجة الأولى بصورة غيابية إذ السؤال المطروح في هذا الشأن هل هذه الأحكام تصدر بصورة ابتدائية أم أنها تصدر بصورة نهائية ؟.

فإذا سلمنا أنها تصدر بصورة ابتدائية فإنها تتناقض مع المادة 98 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على الآتي :

" يجوز الطعن في الأحكام الغيابية بطريق المعارضة ضمن مهلة 10 أيام من تاريخ التبليغ الحاصل وفقا للمواد 22-23-24-26.... " .

وهنا وجب على المشرع تدارك القصور التشريعي.

ومن الإشكالات الموضوعية التي تطرحها نصوص قانون الأسرة فإنها كثيرة وفضلنا سرد بعض منها.

## 1- الإشكال الأول : ما تعلق بالحضانة

خصص المشرع الجزائري في تشريع الأسرة فصلا خاصا بالحضانة وتتضمن 11 مادة ابتداءً من المادة 62 إلى 72

أما ما تعلق بالمادة 62 حيث عرفها بما يلي :

“ الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين ابيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك ”

ومن خلال محترزات تعريف المادة أعلاه يتضح لنا أنها حددت واجبات الحاضن اتجاه المحضون وهذه الواجبات تتمثل في رعاية الولد وتعليمه والقيام بمتطلبات تربيته وحفظ صحته وخلقه، لذلك يجب على من تستند له الحضانة أن يعلم بهذه الواجبات، وأن يقوم بها كاملة غير منقوصة لأن الإخلال بهذه الواجبات أو بأحدها يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنه، وذلك تطبيقا لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة التي بموجبها تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 أعلاه.

كما نلاحظ أيضا نص المادة 64 تشريع الأسرة ما يلي :

“ الأم أولى لحضانة ولدها، ثم أمها ثم الخالة، ثم الأب، أم الأب ثم الأقربون مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ”.

ومن خلال محترزات تعريف المادة أعلاه نلاحظ أنها حددت أصحاب الحضانة على محمل الحصر لا المثال، وهذا يعني أن الأم هي أولى بالحضانة في حالة تعدد الطلبات، تليها أمها، ثم أختها، (الخالة) ثم الأب هذا ويقابل حق الحضانة حق الزيارة.

إن القضاء في هذه الحالة مقيد في منح الحضانة بحسب ما يقتضيه النص، ولا يجوز له أن يقدم أحد أو يؤخر آخر إلا إذا توفر لديه ما يطلبه نص آخر، وإلا يكون قد حكم بما لم يطلب منه، أو يكون قد تجاوز في حكمه نص القانون.

إنه من خلال قراءتنا للنصوص المتعلقة بالحضانة تبدا لنا سهولة التطبيق غير أن الواقع العملي أثبت العكس، ذلك أن الحضانة من الآثار الخطيرة للطلاق.

إذ أن إشكالات الحضانة التي تعيق التطبيق ما يلي :

1- في حالة عدم طلب الحضانة من كلا الطرفين الأب والأم. فكيف تسند الحضانة في هذه الحالة ؟.

إن القضاء في هذه الحالة لا يجوز له أن يحكم بما لم يطلب منه وما نلاحظه إذن تواجد فراغ قانوني يجب على المشرع تداركه على الفور حتى لا يكون متسببا في ضياع حق قصر، وهم في حاجة ماسة للرعاية والحنان.

2- في عسر الزوج في حالة عدم قدرته على دفع نفقة الأولاد خاصة إذا كان بطالا، فهنا إذا أسندت الحضانة للأم كيف يدفع مقابل الحضانة، والمتمثل في الإنفاق على الأولاد ؟ فهذا إذن فراغ قانوني يجب تداركه.

3- اجتهاد المحكمة العليا في عدم تجزأ الحضانة أي بمعنى أن حضانة كل الأولاد تمنح لطالبيها (شخص واحد) حيث أن الواقع العملي أثبت العكس، فقد يوجد أطفال صغار وأطفال رضع، فالأطفال الرضع هم بحاجة ماسة للأم قبل الأب، لكون الأم مسقط الحنان وبوتقة عاطفة فإذا افترضنا أن الأب هو الذي طلب الحضانة واستجابت له المحكمة فالسؤال الذي يطرح هنا ما مصير الطفل الرضيع في حالة عدم تجزئة الحضانة ؟ ومنحه للأم مع العلم أنه في حالة الأطفال الرضع دائما الأم تطلب الاحتفاظ بالرضع، غير أن ما نلاحظه في هذا الشأن أن اجتهاد المحكمة العليا يمنع ذلك ؟.

وفي نظرنا أن هذا إشكال على درجة كبيرة من الخطورة، فلا بد من تدارك هذا القصور.

4 - ما تعلق بمسكن الزوجية وممارسة الحضانة.

حيث نصت المادة 52 من قانون الأسرة على ما يلي :

“ إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواؤها. يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج .”

- يستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا.

- تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو يثبت انحرافها.

- فما يتضح من فقرات هذه المادة أن الحاضنة ( أي الأم الحاضنة لأولادها ) لها الحق في السكن مع محضونها، ويقع الإلتزام بإيجاد مسكن للحاضنة على عاتق الزوج حسب وسعه بشرط ألا يكون لها أهل يقبلون إيوائها ومحضونها فإذا كان لها أهل يقبلون إيواؤها فلا حق لها في السكن .

كما نلاحظ أيضا أن الحاضنة تستطيع الاستفادة من مسكن الزوجية، إذا كان للزوج أكثر من مسكن.

إن ما تجدر الإشارة له في هذا السياق أن المادة 467 من القانون المدني نصت على أنه: “ ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر، وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة .”

ومن خلال قراءتنا لهذه المادة فإننا نلاحظ أنها أعطت الحق للقضاء أن يعين من يستفيد من مسكن الزوجية في حالة الطلاق بين الطرفين، وما يلفت له الانتباه أن هاتين المادتين بوضعهما الحالي سهلتا التطبيق لوضوحهما، غير أن المجال العملي أثبت العكس حيث نلاحظ أن المادة 467 من القانون المدني عند صدور قانون الأسرة عام 1984 كان القضاء يمنح المسكن للزوجة باعتبارها حاضنة حيث لوحظ أن هذه الأخيرة تقوم بمساعي لدى إدارة ديوان ترقية السكن العائلي، فتغير عقد الإيجار باسمها، باعتبارها شاغلة للسكن وبهذه الطريقة والأسلوب ضاعت الكثير من المساكن من أصحابها هذا الأمر الذي أدى إلى تراجع القضاء عن منح المسكن الزوجي للحاضنة

أما المادة 52 من قانون الأسرة فقد طرحت هذه الأخيرة عدة إشكالات ومنها:  
1- من حيث كون الحاضنة:

من هي الحاضنة التي لها حق الاستفادة من مسكن الزوجية ؟  
كم يجب أن يكون لها من الأولاد حتى تستفيد من المسكن لممارسة الحضانة،  
فالحاضنة التي لها خمسة أولاد ليست كالحاضنة التي لها ولد واحد... ؟  
2- من حيث كون مسكن الزوجية:

إن مسكن الزوجية له عدة صور منها مسكن الزوجية الذي يملكه الزوج ملكية تامة  
وهذا النوع من المساكن لا يجوز لأي كان أن يتصرف فيه لأنه ملكية لصاحبه، ومن ثم  
تخرج عما هو منصوص عليه بالمادة 467 من القانون المدني، ومسكن الزوجية الذي  
يملكه الزوج عن طريق الإيجار والذي تقصده المادة 467 من القانون المدني والذي  
استثنته المادة 52 من قانون الأسرة إذا كان وحيدا، لا يمنح للزوجة.

إن المسكن الذي يعود لأهل الزوج أب الزوج أو أمه أو أخيه فهذا النوع من السكن  
أمر التصرف فيه لممارسة الحضانة لا ينسجم لا مع نصوص قانون الأسرة، ولا مع  
نصوص القانون المدني، ولا مع الأخلاق، والعادات والتقاليد، بحيث لا يعقل أن تطلق  
إمرأة من رجل وتبقى تمارس حضانة أولادها عند أهلها، ونفس الحال ينطبق على  
مسكن الزوجية إذا كان مملوكا لأهل الزوجة.

وفرضية أخرى في هذا السياق وهي في حالة عدم وجود مسكن زوجي أصلا للزوج  
فكيف السبيل إلى ممارسة الحضانة ؟ وهنا وجب على المشرع التدخل لتواجد هذا  
القصور الخطير في إعادة النظر في المادة ونقترح بأن ينص على بدل الإيجار حتى لا  
يتهرب الزوج من الالتزامات، وبدل الإيجار يمنحه القضاء مباشرة مع منح الحضانة  
للحاضنة في حالة تجاوز عدد الأولاد أكثر من اثنين وهذا في نظرنا تجعل من نصوص  
قانون الأسرة المتعلقة بالمسكن لممارسة الحضانة أكثر مرونة، وانسجاما مع الواقع  
العملي.

## الحوصلة العامة :

إن هذه الدراسة المتواضعة المعنونة بالإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في نصوص قانون الأسرة ( 84-11 ).

تبرز لنا مدى خصائص هذا التشريع من حيث موضوعا ته التي تضمنتها نصوصه فلفل أهم ما يتسم به هو أنه مستمد من أحكام وقواعد الفقه الإسلامي، من حيث الوجوه التالية :

### أولا: من حيث هو قانون مستمد من الفقه الإسلامي

إنه ما من شك أن قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية الغراء ولم يحد عن التشريع الإسلامي بصورة عامة وعن مذهب الإمام مالك بصورة خاصة، إلا في بعض المواطن القليلة، ونلاحظ ذلك سواء من صريح العبارات التي استعملها المشرع في فصول متعددة عندما أشار إلى الفقه الإسلامي بوصفه المرجع الذي يتجه الرجوع إليه بالنسبة لما يرد في قانون الأسرة المادة 222 وعندما أشار إلى الشريعة الإسلامية صلب المادة 08 ، أو عندما استعمل عبارة " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة المدة 14 "، أو عندما نص أن زواج المسلمة بغير المسلم لا يجوز المادة 31 ، أو عندما قرر صلب المادة 46 بمنع التبني شرعا وقانونا، أو عندما تحدث عن نشوز أحد الزوجين صلب المادة 55 وهي عبارة من نص القرآن الكريم، لكن بقطع النظر عن الإشارة بصورة صريحة إلى الشريعة الإسلامية، واستعمال العبارات القرآنية، فإن كل مواد قانون الأسرة الجزائري واحدة بواحدة لا يوجد فيها ما يتعارض لا من بعيد ولا من قريب مع الشريعة الإسلامية، باعتبارها المرجعية الأصل والأساس الذي انبنى عليه هذا التشريع بصورته العامة. ولا مع النصوص القرآنية بصورة خاصة.

فيبقى التعديل المنوط به في نصوص هذا التشريع لا يمس بالأصل والأساس ولكن كما ذكرناه في هذه الدراسة من حيث جوانب الإشكالات القانونية ما تعلق منها بمنازعات الأسرة سواء كانت إجرائية شكلية، أو موضوعية، ورغم ماله من إيجابيات من حيث بنيته الأساسية، إلا أنه تواجد فيه نقائص وقصور ينبغي تداركها لغرض

التعديل في أموره الهامة من إعادة النظر، في الطلاق، الحضانة، مسكن الزوجية، الخلع، الخطبة... إلخ.

### ثانياً: من حيث هو قانون فيه عدة ثغرات

لقد أهمل التشريع الجزائري للأسرة الناحية الإجرائية التي تكاد منعدمة فراح يعتمد على قانون الإجراءات المدنية هذا الأخير الذي أصبح مثقلاً بقوانين عديدة ( المدني، التجاري، الأحوال الشخصية ... ) ألا من الأفضل إنشاء قانون إجرائي خاص به قصد رسم للمتقاضي على اختلاف قضاياها الطريق الواجب الإتيان والمحكمة المختصة للنظر في دقة الدعوى والفصل فيها.

كما نلاحظ من بين الثغرات أنه لا يوجد في قانون الأسرة أي تنظيم لدعوى البطلان بصورة عامة، لا بالنسبة لمن يمكنه القيام بالدعوى ولا بالنسبة للمحكمة المختصة ولا بالنسبة لانقراض الدعوى بمرور الزمن، وكذلك الشأن بالنسبة لدعوى الطلاق، فلم يهتم المشرع الجزائري بتنظيم الجلسة الصلحية من الناحية الإجرائية ولم يتعرض إلى الوسائل الوقتية التي يمكن لقضاء الصلح أن يتخذها ولو من تلقاء نفسه كما أنه لم يبين كيفية القرار الصلحي المتعلق بتلك الوسائل، كما أن المشرع لم ينظم دعوى النسب سواء إثباتاً أو نفيًا فلم يبين لنا ما هي المحاكم المختصة، ومن أهم أطراف الدعوى ولا مدة انقراض الدعوى بمرور الزمن.

أنه من الواضح أن مثل هذه الثغرات الإجرائية ستثير صعوبات في التطبيق، وسببى المتقاضون يتخبطون في وجود الحلول الملائمة حال أنه كان من الممكن للمشرع الجزائري إما على ضوء ما سبق وضعه في الجزائر نفسها من تشريع لقانون الأسرة أو على ضوء تجارب البلدان الأخرى من الناحية التشريعية، أو على صعيد فقه القضاء، ولا نحال الاعتبار بما يوجد من تشريع أخرى الأحسن تطبيق لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: « الحكمة ضالة المؤمن أتى وجدها التقطها». فكانت الحكمة بالنسبة للمشرع الجزائري في أن لا يقتصر على وضع قانون يكتفي الفقه الإسلامي بل كان عليه زيادة على ذلك وعلى الأقل من الناحية التقنية الفنية والإجرائية البحتة أن يستلهم حلولاً من قوانين أخرى سواء كانت عربية أو أجنبية.



أما وقد استلزم وضع قانون الأسرة الجزائري 22 سنة فإنه كان على الأقل من الممكن بقطع النظر عن الجوهر، صقل الشكل وتلافي وجود أي ثغرة سواء بالنسبة للجوهر أو بالنسبة للإجراءات.

## قائمة ثبت المراجع

- 1- مرشد قانون الأسرة
- منشورات الديوان الوطني للأشغال التربوية طبعة 1990.
- 2- مرشد الإجراءات المدنية
- ديوان الأشغال التربوية طبعة 2002
- أ . د الغوثي بم ملحمة 4.1993 o.p Le Droit Algerien de la famille
- أ . د علي سليمان
- نظرات قانونية مختلفة
- ديوان المطبوعات الجامعية دون سنة الطبع
- أ . د بلحاج العربي
- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج 1 ( الزواج والطلاق )
- دار النشر - ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 1994
- قانون الأسرة " مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا- الناشر. د.م.ج.ط
- 1994
- أ . عبد العزيز سعد
- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. طبعة الثانية 1989
- أ د محمد محدة
- الخطبة والزواج - الناشر شهاب 2000 طبعة الثانية 1994
- أ . د أحمد الخميشي
- التعليق على قانون الأحوال الشخصية المغربي الجزء الأول . الزواج والطلاق
- مكتبة المعارف . للنشر والتوزيع طبعة 1987

أ . د ممدوح عطري

- قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل بقانون رقم 34 لعام 1975

طبعة 1997 . مؤسسة النوري . دمشق

أ . د دلانده يوسف

- قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية

والمواريث ، دار هوما طبعة 2003

مجلة الأحوال الشخصية التونسية

- مطبعة دار إسهامات في أدبيات المؤسسة سنة 2000

وزارة العدل العراقية

قانون الأحوال الشخصية العراقي وتعديلاته رقم 188 من سنة 1959

الدكتور صالح الدين الناهي

- الأسرة والمرأة

- مطبعة النشر والأهلية من سنة 1958 بغداد

أ . د محمد يوسف موسى

- أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي

- مطبعة الخالجي القاهرة من سنة 1958

أ فضيل سعد

- شرح قانون الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق) ج1 . المؤسسة الوطنية للكتاب 1985

## مقال بعنوان :

أ . د عبد الكريم الطنجاوي المشكوري

الأسرة والمجتمع في المغرب العربي

مجلة الحق الصادرة من جمعية الحقوقيين من سنة 1985 دولة الإمارات العربية المتحدة العدد

. 05