أحكام الحماية الأسرية في الفقه الإسلامي والقانون
Family protection provisions in Islamic jurisprudence and law

بوقرة رانية[1]*، أ.د. إلغات ربيحة[2]

[1]جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، كلية العلوم الإسلامية –خروبة، الجزائر،

R.bouguerra@univ-alger.dz

[2] جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، كلية العلوم الإسلامية –خروبة، الجزائر،

ilrebiha2019@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/05/11 تاريخ القبول: 2021/07/12 تاريخ النشر: 2022/06/14

الملخص:

لقد اهتم الإسلام بشؤون الأسرة، وقرر لها نظاما خاصا بها، وكذا قانون الأسرة الجزائري الذي استمدت أحكامه من الشريعة الإسلامية السمحة، كما قد اهتمت المواثيق الدولية بشؤون الأسرة وقررت موادا وأحكاما تؤكد ضرورة رعايتها، باعتبار الأسرة الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة.

لهذا سعت كل القوانين الوضعية والشرائع السماوية إلى العمل على الحفاظ على هذا الإرث الإنساني العظيم.

وقد عرض القرآن الكريم صورا متنوعة للعلاقات الأسرية، فبعضها يشكل نموذجا يقتدى به، وبعضها فيه تنبيه لسلبيات متناقضة مع النموذج قُدمت لنتجنبها ونتعامل معها بواقعية.

ومنه ارتأينا أن نتناول في هذا البحث موضوع أحكام الحماية الأسرية، والهدف منه هو إلقاء الضوء على موضوع التعديلات التي طرأت على قانون الأسرة رقم 84-11 من الناحية الشرعية والقانونية.

وأهم النتائج المستخلصة من هذا البحث أن: المشرع رغم إقراره من جهة نظام تسجيل الزواج، إلا أنه قد اعترف من جهة أخرى بالزواج المنعقد عرفي، مما يفتح مجالا لعدة تجاوزات قد تنعكس سلبا على مصلحة الأسرة.

الكلمات المفتاحية: الحماية؛ الأسرة؛ المواثيق؛ اتفاقية سيداو؛ قانون الأسرة.

---

* المؤلف المرسل

Abstract:

Islam has taken an interest in family affairs and has decided a special system for it, as well as the Algerian family law, whose provisions are derived from the tolerant Islamic Sharia, and international conventions have taken care of family affairs and decided on articles and provisions that affirm the need to take care of it, considering the family as the natural and basic unit of society and has the right to enjoy the protection of society and the state.

That is why all man-made laws and divine laws sought to work to preserve this great human legacy.

The Holy Quran has presented a variety of pictures of family relations, some of which constitute a model to be emulated, and some of them alert negatives that contradict the model presented in order to avoid them and deal with them realistically.

From this, we decided to address in this research the issue of family care problems, and the aim of it is to shed light on the subject of amendments to Family Law No. 84-11 from the Sharia and legal point of view.

The most important results drawn from this research is that: The legislator, despite its approval on the one hand of the marriage registration system, has recognized on the other hand a common-law marriage, which opens the way for several transgressions that may negatively affect the interest of the family.

Keywords: Protection; Family; Charters; CEDAW; Family law.

1.مقدمة:

للأسرة دور كبير، بل هو الدور الرئيس في تربية النشء، والحفاظ على هوية المجتمع وتماسكه، فالأسرة هي الركن الأساس في بناء المجتمع وهي اللبنة الأولى، في ظلالها ينشأ الأفراد وتتكون شخصيتهم.

ففي الشريعة الإسلامية نجد كل المقومات الأساسية التي تهتم بالجانب الروحي والعقلي والوجداني والأخلاقي والاجتماعي، التي من شأنها تحقق توازن الأسرة وتماسك بنيانها. وقد اهتم القرآن الكريم بالنظام الأسري منذ بداية الخليقة الأولى، فأولى أسرة بشرية على وجه الأرض هي أسرة آدم وحواء التي هي أساس البشرية.

وسيبقى ذلك الاهتمام على مر الأزمان؛ لأن الخطاب الإلهي خطاب عالمي ليس مقصورا على أي زمان أو مكان.

ومنه فإن الإشكالية التي تطرح نفسها تتمثل في: ما مدى رعاية الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون؟ وما هي الإجراءات التي قررتها المواثيق الدولية لذلك؟

يبتغي البحث استهداف مجموعة من النقاط، تتمثل في الآتي:

أ.إلقاء الضوء على موضوع التعديلات التي طرأت على قانون الأسرة رقم 84-11 من الناحية الشرعية والقانونية.

ب.بيان مرونة الشريعة الإسلامية في تقبل كل واقعة جديدة من أجل بيان حكمها خاصة في زمان فسدت فيه الذمم، وتجرأ الناس على الدين.

وأهم الدراسات ذات الأصالة السابقة في الموضوع: علي بن عوالي، ضمانات حماية الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة–، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران1، أحمد بن بلة، 2017، 2018م.

اقتضت طبيعة البحث تقسيمه إلى مقدمة وعنوانين وخاتمة.

- المقدمة: تناولنا فيها عنوان الموضوع، أهدافه، الإشكالية المطروحة والمنهجية المتبعة.
- حماية الأسرة ومفهومها.
- حماية الأسرة في المواثيق الدولية والدساتير الجزائرية وكذا الفقه الإسلامي.

وأنهينا هذا البحث بخاتمة عرضنا فيها أهم النتائج والاقتراحات التي توصلنا إليها.

2.مفهوم حماية الأسرة:

تعتبر الأسرة الركيزة الأولى التي يقوم عليها المجتمع لكونه أولى أشكال العلاقات الأسرية، وهي تتكون من مجموعة أفراد تربطهم علاقات اجتماعية مختلفة.

1.2 تعريف الحماية:

إن العلاقات الأسرية تُعتبر نظاما اجتماعيا فريدا من نوعه يضمن ديمومة البشرية، لذا جل القوانين الوضعية تسعى لحمايتها.

لغة: الحماية مصدر الفعل حَمَى يحمي حماية، يُقال حمى الشيءَ حماية، ومعناه منعه من الناس، أو دفع عنهم وحمى المريضَ مما يضره، ودافع عن أهله مما يضرهم[1].

وتأتي الحماية بمعنى النصرة. يقال: حميتُ القوم أو الأسرة نصرتهم، أو نصرتها[2]، وهذا شيء حِمى على وزن فِعَلَ؛ أي محظور لا يُقرب[3]، وحميته حماية: إذا دفعت عنه، ومنعت من يقربه، والحميم: القريب المشفق وسمي بذلك؛ لأنه يحتد حماية لذويه فهو يدافع عنهم[4].

اصطلاحا: من خلال البحث لم يتبين فرق بين معنى الحماية لغة واصطلاحا، فالمعنى اللغوي هو نفسه المعنى الاصطلاحي، وأصل معنى الحماية لا يختلف في نفسه، وإنما يختلف في نوع الحماية بحسب ما يضاف إليه، فمعنى حماية المريض على سبيل المثال: المنع مما يضره من طعام أو شراب أو غيره، ومعنى حماية المدني مثلا: المنع مما يضره من طعام أو شراب أو غيره.

وهذا المعنى مستعمل في الفقه الإسلامي، وفي القانون الدولي على حد سواء. مثال ذلك في الفقه الإسلامي: قولهم: "إذا عقد الهدنة فعليه حمايتهم من المسلمين وأهل الذمة"[5].

قانونا: لقد اختلفت التعريفات المتعلقة بمفهوم الحماية، تبعا لاختلاف الجوانب التي ناقشتها، من حماية وقائية، وقانونية، وجنائية، لكن المقتصد الذي يجمع هذه الجوانب كلها هو حماية الأسرة.

ويمكن ذكر هذه التعريفات وبيان الجوانب التي تهدف إلى حمايتها.

الحماية الوقائية للأسرة: ويقصد بها تلك الرعاية المسْبَقة التي وضعها الشرع والمشرع حفاظا على العلاقات الأسرية حالا ومآلا، حيث لها جملة من الأخلاق والآداب والأحكام والتوجيهات التي تُعضِّدُ وتحفظ وتُقَوِّي الرابطة الأسرية[6].

الحماية القانونية للأسرة: هي مجموعة الأحكام والقواعد القانونية التي تحفظ العلاقة الأسرية وتحميها مما قد يهددها من أخطار.

الحماية الجنائية للأسرة: هي إضفاء الحماية التشريعية للمصالح التي يتوخاها الشارع، ويعبَّر عن ذلك بالجزاء الجنائي أو العقوبة[7]، أو هي مجموعة من الأحكام الشرعية والقواعد القانونية المبينة للجزاء أو

العقوبة التي تُسلَّط على من أخلَّ بواجبه نحو أسرته، إذ تطبيقها يساهم في الحفاظ على استقرار الأسرة، وحمايتها من أي خطر يداهمها، سواء كان هذا الخطر ماديا أو معنويا.

ومن خلال هذه التعريفات يتبين أن اختلاف معنى الحماية تبعا لاختلاف الحقوق والجوانب المحمية، فقد تكون الحماية متعلقة بالجانب الوقائي، أو بالجانب القانوني الذي يهتم ببيان الحقوق والواجبات وكيفية احترامها، أو بالجانب الجزائي الذي يُلزم المعني بالقيام بواجبه ولو بإيقاع وتسليط العقوبة عليه إذا اقتضى الأمر ذلك.

2.2 حماية الأسرة على الصعيد الدولي:

لقد اهتمت المواثيق الدولية بشؤون الأسرة، وقررت من الأحكام ما يكفل حمايتها، كما أكدت ضرورة العناية والمحافظة بها من طرف الدول.

2-2-1حماية الأسرة في النصوص الدولية ذات الطابع العالمي:

2-2-1-1 في الاتفاقيات الدولية:

- **العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية:**

تتميز هذه الحقوق الواردة في الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية بأنها حقوق واجبة التطبيق الفوري، وليس التدريجي، ويجب تحقيقها للجميع بغض النظر عن مستوى تقدم الدولة الاقتصادي والاجتماعي أو تخلفها، حيث تنص المادة الثانية من الاتفاقية على "تعهد كل دولة طرف في الاتفاقية بكفالة الحقوق الواردة في هذه الاتفاقية وتأمينها لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والخاضعين لولايتها دون تمييز من أي نوع بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الديانة أو الرأي السياسي أو غيره أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الملكية أو صفة الولادة أو غيرها[8].

وقررت المادة 23 أن "العائلة هي الوحدة الاجتماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع ولها الحق في التمتع بحماية المجتمع والدولة، كما تعترف بحق كل فرد بلغ سن الزواج في الزواج وتكوين أسرة، كما تقرر مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات أثناء الزواج وعند انحلاله".

أي أن هذه المادة تعترف بدور العائلة وتبرز أهميتها وضرورة حماية من طرف الدولة والمجتمع على حد سواء.

وتنص المادة 24 بأن: "كل طفل بدون تمييز في إجراءات الحماية التي يستوجبها مركزه كقاصر، وذلك تجاه أسرته وتجاه كل من المجتمع والدولة، وله الحق في أن يسجل فور ولادته وأن يكون له اسم وجنسية"[9].

يتضح من نص هذه المادة أنه من بات الضروري تسجيل الطفل فور ولادته ومنحه الجنسية لأن ذلك يعتبر حقا من حقوقه.

- **العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية:**

يعتبر هذا العهد أو الاتفاقية مكملا للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكذا الإعلان السابق له، إلا أنه قُرر فصلهما لاختلاف الأحكام والحقوق الواردة بكل عهد، رغم أن الرأي السائد أخذ بدمجهما.

فهذه الحقوق تحتاج عادة إلى خطط اقتصادية واعتمادات مالية لذا لم يفرض على الدول تحقيقها فوريا بل اكتفى بالتحقيق التدريجي.

وقد أوجبت المادة 10 "على الدول منح الأسرة أكبر قدر من الحماية والمساعدة منذ بداية ممارسة الحق في الزواج، وتوفير حماية خاصة للأمهات خلال فترة معقولة قبل وضع الطفل وبعده، واتخاذ تدابير خاصة لمساعدة جميع الأطفال والمراهقين دون أي تمييز"[10].

وعليه فإنه يتعين على الدول رعاية الأمهات سواء قبل أو بعد وضع الطفل، وأن تسهر على مساعدة المراهقين دون تمييز.

كما تقر المادة 11 إقرار الدول الأطراف في الاتفاقية حق كل فرد في مستوى معيشي مناسب له ولعائلته من حيث الغذاء والملبس والمسكن المناسب، وحقه في تحسين أحواله المعيشية بصفة مستمرة، وتعمل الدول في سبيل ذلك على تحسين طرق إنتاج وحفظ وتوزيع المواد الغذائية بهدف توفير الحماية للطفل وعائلته.

- **اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو" 1979م:**

في 2003/03/06م بلغ عدد الدول المصادقة على هذه الاتفاقية 173 دولة بما فيها الجزائر.

فهذه الاتفاقية من أهم الاتفاقيات الدولية التي من شأنها تبين حقوق المرأة وتعد أساس الاتفاقيات الدولية الأخرى، وتلغي أشكال التمييز ضد المرأة.

ويتمثل هدفها الرئيسي في تجسيد المساواة بين الجنسين في كافة الحقوق.

- **اتفاقية حقوق الطفل:**

صدرت هذه الاتفاقية الخاصة بحقوق الطفل بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدورة 44 في 20-25 نوفمبر 1989م.

حيث نصت في ديباجتها ما يلي: "واقتناعا منها بأن الأسرة، باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع والبيئة الطبيعية لنمو ورفاهية جميع أفرادها خاصة الأطفال، ينبغي بأن تولى الحماية والمساعدة اللازمتين لتتمكن من الاضطلاع الكامل بمسؤولياتها داخل المجتمع، وإذ تقر بأن الطفل، كي تترعرع شخصيته ترعرعا كاملا ومتناسقا، ينبغي أن ينشأ في بيئة عائلية في جو من السعادة والمحبة والتفاهم"[11].

ومن خلال استقراء نص المادة فإن اهتمام هذه الاتفاقية بالطفل واضح وكذا حماية الأسرة باعتبارها نواة المجتمع.

وقد أشارت المادة 1/16 إلى عدم جواز إجراء أي تعرض تعسفي أو غير قانوني للطفل في حياته الخاصة أو أسرته أو منزله، أو مراسلاته، ولا لأي مساس غير قانوني بشرفه أو سمعته.

وأقرت الفقرة الثانية من نفس المادة الحق في حماية القانون للطفل من مثل ذلك التعرض أو المساس. وفي مجال الحماية الصحية أقرت المادة 2/24 منها البند "ه": "للطفل وللوالدين خاصة وجميع قطاعات المجتمع، المعلومات الصحية الأساسية والتغذية، ومزايا الرضاعة الطبيعية، ومبادئ حفظ الصحة والإصحاح البيئي، والوقاية من الحوادث، وحصول هذه القطاعات على التعليم في هذه المجالات ومساعدتها في الاستفادة من هذه المعلومات".

والحقيقة أن الجهود الدولية لم تقف عند هذا الحد؛ بل كانت هناك محاولات ظهرت مبكرا لحماية الأسرة، بحيث في ظل عهد عصبة الأمم المتحدة أصدر معهد القانون الدولي في 28 أوت 1928 قرارا في اجتماع ستوكهولم خاص بتحديد أثر الزواج المختلط على جنسية الزوجة وجنسية أولادها، وكان الهدف المحافظة على وحدة الجنسية في نطاق الأسرة مع الأخذ في الاعتبار في ذات الوقت تفادي بقاء الزوجة عديمة الجنسية، وذلك بدعوته إلى إبقاء الجنسية الأصلية للزوجة في حالة عدم اكتسابها لجنسية دولة الزوج[12].

وقد صدرت الاتفاقية رقم 103 لسنة 1952م المتعلقة بحماية الأمومة التي جاء في بنودها أنه: "في حالة الرضاعة للمرأة الحق في الانقطاع عن عملها لهذا الغرض الوقت أو الأوقات التي يحددها التشريع الوطني. وتحتسب فترات الاقتطاع عن العمل للإرضاع كساعات عمل وتدفع عنها الأجور.

أي أن هذه الاتفاقية منحت للأم المرضعة العاملة ساعات للرضاعة أثناء الدوام مدفوعة الأجر.

2-2 حماية الأسرة في المواثيق الدولية والإعلانات والاتفاقيات الدولية ذات الطابع الإقليمي: 2-2-1 الوثائق والاتفاقيات ذات الطابع الإقليمي:

- **الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية:**

دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في 3 سبتمبر 1953م. وقد التزمت الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بضمان الحقوق والحريات لكافة الأشخاص الخاضعين لاختصاصها سواء كانوا من مواطنيها أو من مواطني الدول الأخرى الأعضاء أو غير الأعضاء، ويتضمن القسم الأول من بين ما يتضمنه الحق في حماية الحياة الخاصة والعائلية والحق في الزواج وتكوين أسرة.

وقد أضاف البروتوكول الأول الملحق بالاتفاقية إلى هذه الحقوق، ثلاثة حقوق أخرى، منها حق الوالدين في تأمين تعليم أولادهم طبقا لدينهم ومعتقداتهم الفلسفية[13].

- **الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان سان خوزي كوستاريكا 3 نوفمبر 1969م:**

دخلت حيز التنفيذ في 18 جويلية 1978م، وتضمنت هي الأخرى عدة أحكام لحماية الأسرة تؤكد ما سبق الإشارة إليه.

2-2-2 في المواثيق والإعلانات:

- **الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب نيروبي جوان 1981م:**

بدأ سريانه في 1986/10/21م، وتضمنت المادة 1/18 أن: "الأسرة هي الوحدة الطبيعية وأساس المجتمع، وعلى الدولة حمايتها والسهر على صحتها وسلامة أخلاقياتها".

أما الفقرة 2 نصت على مايلي: "الدولة ملزمة بمساعدة الأسرة في أداء رسالتها كحامية للأخلاقيات والقيم التقليدية التي يعترف بها المجتمع".

والفقرة 3: "يتعين على الدولة القضاء على كل تمييز ضد المرأة وكفالة حقوقها وحقوق الطفل على غرار ما هو منصوص عليه في الإعلانات والاتفاقيات الدولية".

وأما الفقرة 4 فأقرت: "للمسنين والمعوقين الحق أيضا في حماية خاصة تلائم حالتهم البدنية والمعنوية".

ونصت المادة 29 علاوة على ذلك فإن على الفرد الواجبات الآتية:

"المحافظة على انسجام تطور الأسرة والعمل من أجل تماسكها واحترامها كما أن عليه احترام والديه في كل وقت وإطعامهما ومساعدتهما عند الحاجة"[14].

والظاهر مما سبق ذكره أن هذا الميثاق من بين أهم المواثيق الإفريقية التي اهتمت بالمرأة والطفل وضمنت حقوقهما وسهرت على انسجام الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية في المجتمع، كما أقرت حقوقا للمسنين والمعوقين وعملت على حمايتهم حماية خاصة.

3.حماية الأسرة في المواثيق والدساتير الجزائرية:

لقد حظيت الأسرة بمكانة رفيعة في المواثيق الوطنية والدساتير الجزائرية، وهذا الأمر جلي في نصوصها القانونية.

1.3 حماية الأسرة في المواثيق الوطنية:

- **الميثاق الوطني لسنة 1976م:**

إن التكافل المباشر من قبل الدولة بكل ما يتعلق بالتعليم، الذي هو حق مكتسب للجميع وعلى جميع المستويات ومجانية العلاج والكتب المدرسية، وكذلك العون المقدم في مجال الطعام واللباس للعديد من الأطفال قد تمكن من تخفيف العبء الذي كان ملقى على الأسر.

ومثل هذا التكافل لا يمكن أن ينال من وحدة الأسرة التي تبقى الخلية الحية للمجتمع الوطني، فلا يعني فصل الأطفال عن ذويهم وحرمانهم من الحنان والعطف العائلي، بل هدفه التخفيف من أعباء الوالدين ومنح الأطفال كل ما من شأنه أن يكمل العناية الأسرية[15].

- **الميثاق الوطني لسنة 1986م:**

جاء في البند الخامس من الفصل الرابع، تحت عنوان "سياسة الأسرة والنمو الديمغرافي": "تمثل الأسرة بالنسبة للأطفال المدرسة الأولى، التي تقدمهم للاندماج في المجتمع، ولهذا ينبغي أن تكون حماية الأم والطفل مضمونة في إطار السياسة الصحية الشاملة للوصول بالأسرة إلى توازن يتماشى والنمو الديمغرافي في الكفيل بالتحسين المنتظم لمستوى المعيشة".

لقد أشار هذا الميثاق إلى دور الأسرة وأهميتها في تقدم المجتمع حيث اعتبرها المدرسة الأولى للطفل، ذلك لما لها من تأثير على توازن أفراد الأسرة خاصة وأفراد المجتمع عامة.

2.3 حماية الأسرة في الدساتير الجزائرية:

تحفل الدساتير الجزائرية عدة أحكام لحماية الأسرة في مختلف المجالات، حيث اعترفت بأن الأسرة خلية أساسية للمجتمع، وأقرت ضرورة حمايتها من طرف الدولة والمجتمع.

لقد أولى دستور الجمهورية الجزائرية الصادر عام 1963م عناية كبيرة للأسرة حيث قضى في المادة 11 منه بأن: "تمنح الجمهورية موافقتها للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، كما تمنح اقتناعا منها بضرورة التعاون الدولي موافقتها لكل منظمة دولية تلبي مطامح الشعب الجزائري"، وهذا النص يعد فريدا من نوعه لأن الدساتير الملاحقة أغفلته، إضافة إلى أن المادة 17 من الدستور تنص صراحة على وضع الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع تحت حماية الدولة[16].

فجاء هذا الدستور بعد عام واحد من الاستقلال ليواكب تطورات تلك الفترة، لذا تم الحرص على أن يخدم هذا الدستور الاتجاه الاشتراكي الذي تبناه نظام الحزب الواحد.

ولم يكتب لهذا الدستور الاستمرار طويلا، فجاء بعده دستور 1976م الذي كرس مبادئ حماية الأسرة. حيث نصت المادة 65 منه على أن: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وتحظى بعناية الدولة والمجتمع، تحمي الدولة الأمومة والطفولة والشبيبة والشيخوخة بواسطة سياسة ومؤسسات ملائمة".

والملاحظ من خلال هذه المادة أن الدساتير الجزائرية ليست أقل حرصا في حماية الأسرة والأمومة والطفولة من النصوص الدولية.

إلا أن بعد التخلي عن النظام الاشتراكي واستبداله بالنظام الرأسمالي عرفت الجزائر عدة تغييرات أبرزها تعديل الدستور سنة 1989م الذي توسعت بعض مواده في حماية الأسرة وذلك من خلال مجازاة القانون للآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم، وكذا الأبناء على القيام بواجب الإحسان إلى آبائهم ومساعدتهم.

وبعد هذا الدستور قد حظيت الأسرة بحماية عظيمة في ظل دستور 1996م الذي عرف تعديلات 2008 و2016.

إلا أن المشرع حافظ على المبادئ الواردة في دستور 1963 و1976م في مجال حماية الأسرة، وفقا لما نصت عليه المادة 65 السابقة الذكر في قولها: "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع".

كما تجدر الإشارة إلى أن دستور 1996 لم يأتِ بجديد في خصوص حماية الأسرة إلا أن الفصل الرابع منه تحت عنوان: "الحقوق والحريات" لاسيما المادة 58 منه نصت على أنه تحظى الأسرة برعاية الدولة والمجتمع.

والجدير بالذكر أن الأسرة حظيت بحماية متعددة الجوانب، وعلى مختلف المستويات، فعلى المستوى الدولي بُذلت جهود حثيثة في هذا الشأن.

- **حماية الأسرة في الفقه الإسلامي:**

لقد جاءت وصايا الإسلام للزوجين أن يقوم كل منهما بحق الآخر ويتحمل مسؤوليته تجاه الطرف الثاني، ليواجها ما تعتري الحياة الأسرية من متاعب.

- **حماية الأسرة قبل الشقاق[17]:**

على الأسرة حماية نفسها قبل وقوع الشقاق، وعلى الزوجين معاملة بعضهما البعض معاملة حسنة ليسود مناخ الأسرة روح التسامح والصبر وتتحلى بمكارم الأخلاق وتنعم بجو من المودة والرحمة.

فعلى الزوج أداء التزاماته المادية تجاه أسرته ومن حق الزوج على زوجته أن تطيعه وترعاه وتقوم بدورها في تدبير شؤون البيت وتؤدي حق الأبناء.

وعليه فإن مسؤولية الأسرة مسؤولية مشتركة وهذا لما له من أثر جلي في حماية الأسرة من التعرض لرياح الفتنة أو أسباب الشقاق.

وفي حالة ما إذا وقع الشقاق تعين لذلك علاج يدعو إلى وسيلة إصلاح يتدارك بها بناء الأسرة حتى لا تنهار، وهذا من خلال اختيار كل من الزوجين لحكم من أهله يرتضيه وأن يكون رجلا أمينا راغبا في الخير والإصلاح. وفي هذا الصدد قال الله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾ ﴾ (النساء: 35).

■الولاية والحضانة[18]:

دائما ما يكون الطفل ضحية في حالة انفصال والديه لأنه في أمس الحاجة إلى رعاية الأبوين معا؛ فلا غنى له عن حنان الأم ولا عن إنفاق الأب وإشرافه وتربيته له.

كما يحتاج إلى الرضاع من أمه فهي أكثر صبرا وحنانا، وواضح أن تقديم الأم في الحضانة الأنسب والأكثر ملازمة لطفلها لكون احتواء عواطفها للرحمة والحنان.

وعليه إذا انفصل الزوجان وكان لهما ولد فإن الأم هي التي تكون أحق به ما لم يكن هناك مانع وما لم تتزوج.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه هناك بعض الآراء تفيد أن الأم لا يسقط حقها حتى وإن تزوجت ويظل طفلها عندها حتى يبلغ من السابعة أو حتى يميز.

إلا أنه يشترط في الحاضن الإسلام والعقل والبلوغ والقدرة على التربية والأمانة والخلق والحرية، وهذا قبل التمييز أما بعده فإنه يخير بين أبويه[19].

■حماية الأسرة في ظل قانون الأسرة الجزائري:

لقد شكل قانون الأسرة الجزائري عام 1984م أهمية بالغة بصفته الإطار القانوني الوحيد الذي يحكم العلاقات الأسرية، وبعد مرور فترة من الزمن من صدوره وتطبيقه ظهرت بعض سلبياته على العلاقات الأسرية، والتي أفرزها التطبيق الفعلي له على أرض الواقع، والتي ظهرت في سوء الصياغة القانونية وعدم تماشيها مع التغيرات الاجتماعية للأسرة الجزائرية ومتطلباتها، من هنا ظهرت الحاجة للمطالبة بتعديل هذا القانون بما يتماشى والمسائل المستجدة في المجتمع مع الأخذ في الحسبان التطورات الحاصلة في المجتمع الجزائري والتي تؤثر بشكل مباشر على الأسرة، وقد استجاب المشرع الجزائري لهذه المطالب وقام بتعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005م.

وتتمحور حماية الأسرة في قانون الأسرة حول نقاط وهي:

- **حماية الأسرة من خلال إدراج مبدأ المساواة في الزواج:**

رغبة في حماية الأسرة وتكريس المساواة النوعية بين الجنسين، قام المشرع الجزائري في تعديل بعض شروط عقد الزواج، مثل المساواة في سن الزواج بين الرجل والمرأة من جهة، والمساواة في الولاية من جهة أخرى، حيث أسقط المشرع ركن الولي في زواج المرأة الراشدة فأصبحت ولايتها في الزواج قاصرة لا متعدية.

- **المساواة بين الزوجين من خلال تحديد سن الزواج:**

إن تحديد سن معين للزواج لم يكن معروفا لدى الفقهاء المسلمين، وذلك لعدم ورود نص شرعي من القرآن والسنة يحدد سنا معينا لزواج الرجل والمرأة بصفة دقيقة، غير أنهم اشترطوا في الزواج البلوغ واجتهدوا في وضع علامات ومعايير كثيرة لإمكانية تحديد سن البلوغ الذي تتم به أهلية كل من الفتى والفتاة، ومن هذه العلامات الاحتلام بالنسبة للرجل والحيض بالنسبة للمرأة. فهذه العلامات وإن دلت على البلوغ فإنها تدل أيضا على النضج العقلي وتؤهل صاحبه لتحمل المسؤولية والتكاليف الشرعية، وقد صحح أغلب الفقه زواج الصغير خاصة في أحوال معينة وقيّد بعضهم بشروط.

أما المشرع فترجع نيته إلى اعتبارات منها أنه تكريس لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة والتي تدعو إليه المنظمات النسائية هذا من جهة، وحتى لا يكثر سنون الأهلية، فالأهلية الجزائية 18 والأهلية المدنية 19 سنة.

وإذا كان المشرع الجزائري قد حدد سن الزواج ب19 سنة كاملا، إلا أنه لم يعامل كل الأشخاص بنفس المعاملة حيث أنه خول القاضي سلطة الإعفاء من السن المحددة للزواج إذا تبين له أن الزواج الذي يراد إبرامه فيه مصلحة لأحد الزوجين أو كلاهما، أو أن هناك ضرورة تتطلب النزول عن سن الزواج.

فالملاحظ أن المشرع الجزائري عندما سمح بالنزول دون سن الزواج هو أنه جعل سلطة القاضي مطلقة وغير مقيدة بسن معينة، وكان من المستحسن أن يحدد المشرع هذا السن ب17 سنة للفتى والفتاة والتي بموجبها للقاضي أن يصدر إذن بالزواج، وهذا الاستثناء أدرجه المشرع في المادة 2/7 من قانون الأسرة الجزائري.

- **المساواة بين الزوجين من خلال إسقاط ركن الولي:**

تعتبر الولاية من المواضيع التي كانت محلا لجدل كبير على مستوى الفقه الإسلامي، وعرفت وبضغط من الجمعيات النسائية بالخصوص تعديلا جذريا في إطار التغير الذي عرفه قانون الأسرة الجزائري، حيث أنه تحول من ركن إلى شرط صحة في الزواج.

- **مركز الولي في مباشرة زواج المرأة في قانون الأسرة**
- **مركز الولي في مباشرة زواج المرأة في قانون الأسرة قبل التعديل**

إن الحديث عن مركز الولي في تزويج المرأة في ظل قانون الأسرة القديم يقتضي التطرق لموقف الفقه الإسلامي من المسألة.

وقد انقسم الفقه بشأنها إلى فريقين، حيث ذهب الأئمة الثلاث مالك والشافعي وابن حنبل في المشهور عنه، وفي رواية أبي يوسف إلى أنه لا يجوز للمرأة أن تباشر عقد الزواج لا لنفسها ولا لغيرها، وإذا وكلت رجلا غير وليها لتزويجها كان هذا التوكيل باطلا والزواج المبني عليه فاسدا، لأن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى غيره حقا لا يملكه[20].

وعلى عكس الرأي السابق يرى الإمام أبو حنيفة أن المرأة العاقلة البالغة لها الحق وحدها في مباشرة عقد الزواج بنفسها، بكرا كانت أم ثيبا، وإن كان يستحب لها أن تستأذن وليها، ويبقى للولي فقط حق الاعتراض على الزواج متى كان الزوج غير كفء، أو متى قدم لها أقل من مهر المثل ما دام أن الكفاءة حق يتقاسمه كل من المرأة والولي.

- **حماية الأسرة من خلال توسيع مجال التعبير عن إرادة الزوجين:**

جاء في التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري توسيع مجال إرادة الزوجين عن طريق السماح لهما، بوضع ما يريانه مناسب من شروط ضرورية لضمان حقوقهما

- **توسيع إرادة الزوجين بوضع الشروط المقترنة بعقد الزواج:**

يعد الاشتراط من ضروريات استقرار الحياة الزوجية وهو السبيل الوحيد أمام الزوجين لتحقيق منافع ومصالح ضرورية لا يمكن تحقيقها بمجرد إبرام عقد الزواج، بل لابد من اشتراطها مسبقا والنص عليها في العقد.

فالمشرع الجزائري في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري فتح أمام الزوجين بابا واسعا للاشتراط بما يحقق مصالحهما إن لم يكن في ذلك ضرب لأحكام القانون أو مقتضيات عقد النكاح ومقاصده العظمى، وعلى ذلك فليس ما يمنع من اقتران عقد الزواج بالشروط المقيدة له.

فالمشرع الجزائري تناول في المادة المعدلة 19 من ق.أ.ج، وهي المادة الوحيدة بهذا الشأن، ومضمونها: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافَ هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

وقد كان المشرع الجزائري قد أجاز حرية الاشتراط للزوجين في عقد الزواج من خلال نص المادة 19 القديمة بقوله: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتنافَ مع هذا القانون".

فهذه المادة تتضمن أحكاما عامة وغير محددة، ذلك أن الجزء الأول منها ورد في صيغة تحمل قاعدة عامة تبيح للزوجين أن يفرقا بالعقد شروط فيها مصلحة لأحدهما. أما الصيغة الثانية فقد جاءت في شكل استثناء يفيد العموم السابق، وبالتالي يسمح لكل من الزوجين أن يشترطا ما يريانه من الشروط التي تكون فيها مصلحة لأحدهما دون أن تخالف أو يتعارض مع هذا القانون.

والظاهر أن النص لم يحدد أي نوع من الشروط التي يمكن أن يشترطها الزوج، وإنما اكتفى بذكر ضابط واحد لهذه الشروط وهو عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون.

غير أن القانون الجديد أضاف بعض الضوابط والمعايير التي لم ترد في ظل القانون القديم.

فللزوجين أن يضمنا عقدهما بجملة من الشروط بما يحقق مصلحة أحدهما أو كلاهما، ولابد أن تكون شروط معترف بها شرعا ولا تناقض طبيعة عقد الزواج، سواء في عقد الزواج أو في عقد لاحق أي بعد الدخول بالزوجة[21].

تحليل النتائج:

– بعد أن كرس المشرع الجزائري مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجة في المادة 37 ق.أ.ج المعدلة أعطى حرية أكثر للزوجين لتنظيم شؤونهما المالية، حيث نص على إمكانية اتفاقهما بعقد الزواج أو بعقد رسمي لاحق حول مصير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية وتحديد النسبة التي تؤول إلى واحد منهما.

– المشرع رغم إقراره من جهة نظام تسجيل الزواج، إلا أنه قد اعترف من جهة أخرى بالزواج المنعقد عرفي، مما يفتح مجالا لعدة تجاوزات قد تنعكس سلبا على مصلحة الأسرة.

خاتمة:

ومجمل القول هو أنه بات من الضروري إعادة النظر في المادة 11 من قانون الأسرة، فيما يخص الولي من خلال عبارة: "...أو أي شخص تختاره"، فهي تفتح المجال لأشخاص غرباء يحتلوا مركز الولي في عقد الزواج، وهذا ما ينافي مصلحة الأسرة ومصلحة المرأة على حد سواء، باعتبار المرأة معروفة بعاطفتها وشرط الولي وُضع للحفاظ على مصلحتها ورعاية شؤونها.

أهم التوصيات والاقتراحات التي يمكن تقديمها فهي كالآتي:

– لا بد من تكوين الموثقين في مجال الفقه الإسلامي واطلاعهم على أحكام الشريعة الإسلامية خاصة ما يتعلق بأحكام الأسرة.

– المشرع الجزائري لم يحدد المركز القانوني للزوج في حالة إخلال الزوجة بالشروط المصاحبة للعقد، فهل يكون طلبه للطلاق؟

الهوامش:

[1] **ابن منظور**، جمال الدين محمد بن مكرم، **لسان العرب المحيط**، دار الجيل، بيروت، 1988م، باب: الحاء، ج12، ص1014.

[2] **الفيومي**، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، **المصباح المنير**، ط1، مكتبة لبنان، 1987م، لبنان، كتاب: الحاء، ص59.

[3] **علي الخفيف**، **الضمان في الفقه الإسلامي**، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000م، ص40- 44.

[4] **ابن منظور**، المرجع نفسه، مادة: حما، ج14، ص198.

[5] **ابن قدامة**، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، **المغني**، **تحقيق**: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفلاح محمد الحلو، ط3، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1417هـ- 1997م، ج13، ص159.

[6] **بلخير سديد**، **الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري –دراسة مقارنة–**، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 1430هـ-2000م، ص33.

[7] **طالب أسامة بن عمر**، **الحماية الجنائية لسر المهنة في الشريعة الإسلامية**، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1424هـ- 2004م، ص36.

[8] **رجب عبد الحميد**، **حقوق الإنسان والبيئة والسكان**، د.د.ن، القاهرة، 2008م-2009م، ص10.

[9] انظر: نص المادة 24 من الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية.

[10] **منتصر سعيد حمودة**، **الحماية الدولية للمرأة**، **–دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية–**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص160.

[11] انظر: ديباجة الاتفاقية.

[12] **منتصر سعيد حمودة**، **الحماية الدولية للمرأة**، المرجع نفسه، ص100.

[13] انظر: البروتوكول الأول الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

[14] انظر: المادة 29 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب.

[15] انظر: الباب السابع.

[16] انظر: المادتين 11 و17 من الدستور الجزائري لسنة 1963م.

[17] **أحمد عمر هاشم**، **الأسرة في الإسلام**، د.ط، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1998م، ص111، 115.

[18] **أحمد عمر هاشم**، **الأسرة في الإسلام**، المرجع نفسه، ص118.

[19] **أحمد عمر هاشم**، **الأسرة في الإسلام**، المرجع نفسه، ص119.

[20] **شهاب الدين الرملي**، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ط.أخيرة، دار الفكر، بيروت، 1984م، ج6، ص224.

[21] **شامي أحمد**، **قانون الأسرة الجزائري**، طبقا لأحدث التعديلات، –دراسة فقهية مقارنة–، د.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص130.

قائمة المراجع:

قائمة المصادر:

القرآن الكريم

النصوص القانونية:

- أمر رقم 84- 11 المؤرخ في 9 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة.

قائمة المراجع:

أ-الكتب:

1. ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط3، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1417هـ، 1997م، ج13.

2. ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب المحيط، دار الجيل، بيروت، 1988م، باب: الحاء، ج12.

3. أحمد عمر هاشم، الأسرة في الإسلام، د.ط، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1998م.

4. بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، -دراسة مقارنة-، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 1430هـ- 2000م.

5. رجب عبد الحميد، حقوق الإنسان والبيئة والسكان، د.د.ن، القاهرة، 2008م-2009م.

6. شهاب الدين الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط. أخيرة، دار الفكر، بيروت، 1984م، ج6.

7. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000م.

8. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير، ط1، مكتبة لبنان، 1987م، لبنان، كتاب: الحاء.

9. منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية للمرأة، -دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م.

ب-الرسائل الجامعية:

1- طالب أسامة بن عمر، الحماية الجنائية لسر المهنة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1424هـ- 2004م.