سلبيات وإيجابيات قانون الأسرة الجزائري ودور قضاء الأحوال الشخصية في القضاء على تلك السلبيات وتأكيد تلك الايجابيات

بقلم الأستاذة ليلى جمعي

مقـــدمة:

تعتبر المجتمعات البشرية من أعقد المجتمعات وأكثرها تنوعا بسبب تنوع العلاقـــات بـــين البشـــر و تعقدها ،الأمر الذي تطلب ضرورة تنظيم تلك العلاقات بشتى الانواع من القواعد مثل قواعد الدين وقواعد الاخلاق وقواعد القـــانون ، وذلك قصد أن نضمن لاي مجتمع او جماعة الحد الكافي من شروط التلاؤم والتفاهم والاستقرار.

والاســـرة كأي جماعة بشرية تحتاج الى مجموعة من القواعد تنظم حياة أعضـــائها وعلاقاتهم مع بعضهم البعض ،وتعتبر القواعد القانونية من بين اهم تـــلك القواعـــد ، بحيث يطلق على القواعد القانونية التي تنظم وجود الاسرة وعلاقـــات أعضـــائها فـــيما بينهم ،عبارة قانون الأسرة ، ونظرا لاهمية تنظيم الاســـرة في حياة أي مجتمع نجد كل الدول المعاصرة لها قوانين وظيفتها تنظيم وضـــبط الحيـــاة الاســـرية الامر الذي سعى اليه المشرع الجزائري من خلال اصداره لقانون الاسرة تحت رقم 84-11وبتاريخ 9 رمضان 1404 الموافق لـــ

9 جـــوان 1984 .ولكـــن هذا القانون ومنذ صدوره اثار الكثير من الجدل والـــنقاش بين مدافع عنه ورافض له الامر الذي يدفعنا الى التساؤل عن مدى اهميـــته بالنســـبة للاسرة الجزائرية وهل هو في صالحها ام العكس هو ضدها ؟ وهـــل هـــذا القانون به ايجابيات ام انه ليس الاّ مجموعة من السلبات ؟ وماهو الـــدو ر الذي لعبه قضاء الاحوال الشخصية في ابراز تلك الإيجابيات و القضاء عـــلى تلك السلبيات ؟ وحتى تتم الاجابة عن هذه الاسئلة سوف يتم تقسيم هذا البحث الى فرعين نتعرض في الاول الى اجابيات قانون الاسرة ودور قضاء الاحوال الشخصية في تاكيد تلك الإيجابيات . اما في الفرع الثاني فسوف يتم الـــتعرض لسلبيات قانون الاسرة وموقف قضاء الاحوال الشخصية منها وقبل ذلك سوف نتعرف على بعض مصطلحات البحث .

تحديد معاني مصطلحات البحث

بمـــا أن موضـــوعنا يتمحور حول قانون الاسرة وكيفية تطبيق قضاء الاحوال الشخصية له، فلابد من تحديد المقصود بمصطلح أسرة وكذا مصطلح قانون بالاضافة الى مصطلح قضاء الاحوال الشخصية .

أ- تحديد المقصود بمصطلح أسرة :

لقـــد عـــرف المشرع الجزائري مصطلح الاسرة في **المادة 2 من ق أ ج** كمـــا يلي:''الاسرة هي الخلية الاساسية للمجتمع وتتكون من اشخاص تجمع بيـــنهم صـــلة الزوجية وصلة القرابة . '' اذ يفهم من هذا التعريف ان اساس الاسرة هو القرابة والزوجية وهذا يعني ان الاسرة هي مجموعة من الاشخاص

يجمـــع بينهم اصل واحد، وهذا ما يعرف بالاسرة الممتدة ،كما يقصد بالاسرة الـــزوجين واطفالهمـــا وهـــذا مايعرف بالاسرة النووية[1] فالملاحظ على هذا التعريف انه اعتمد على عنصر القرابة والزوجية في تعريف الاسرة الا ان هناك مـــن يـــرى ان تعـــريف الاسرة يجب ان يستند الى التبادل العلائقي وليس الى اساس الزوجية والقرابة وبالتالي فاسرة الشخص هي من تتولى رعايته وليس مـــن انجبـــته و لم تقم بواجبها اتجاهه وهذا لان هذا الجانب من الفقه يرى ان وظيفة الاسرة لاتقف عند انجاب الاطفال بل تشمل ايضا وظيفة رعايتهم .[2] ولكن لايمكن ان تعتبر رعايتهم أساسا لقيام الأسرة وذلك لان الاسرة جماعة تستند في نشأتها الى الزوجية والقرابة وليست الرعاية الا وظيفة من وظائفها .

ب– تحديد المقصود بمصطلح قانون :

يقصد بلفظ قانون من الناحية اللغوية، ومصدرها قنّ ،معنى نظم اما من الـــناحية الاصطلاحية فيقصد به " مجموعة القواعد التي تضبط السلوك وتنظم العلاقـــات بـــين الاشخاص داخل المجتمع على وجه الالزام بحيث يترتب على مخالفـــتها جزاء توقعه السلطة العمومية ."[3] وهذا يعني ان قواعد القانون وان كـــانت تشـــترك مع غيرها من القواعد الأخرى ،مثل قواعد الدين و قواعد الاخلاق وقواعد المجاملات،في ضبط السلوك البشري داخل جماعة معينة ، الاّ انهـــا تختلف عنها في كون ان الجزاء القانوني انما توقعه السلطة العمومية، كما انـــه يمكّـــن للاشخاص المتنازعين من تحريك الجهاز القضائي عن طريق رفع الدعوى القضائية .مما يعطي للقواعد القانونية فاعلية اكثر في حماية الاشخاص والجماعـــات مقارنـــة بغيرها من القواعد المذكورة أعلاه ،الأمر الذي يعطي

لقانون الاسرة دورا هاما في تنظيم الاسرة وحماية أعضائها من بعضهم البعض خاصـــة بعد ما أصبح جليا انه في ترك الاسرة تحت رحمة احد اعضائها ، او في اهمـــال احد الابوين او كلاهما لواجباتهما بحيث يوكلان طفلهما الى نفسه خطـــر عـــلى سلوك اعضاء تلك الاسرة خاصة الاطفال.[4] الامر الذي جعل التشـــريعات الحديـــثة تجيز تدخل المشرع في حياة الاسرة حماية لاعضائها من بعضهم البعض .

ج- تحديد المقصود بمصطلح قضاء الاحوال الشخصية

يقصـــد بمصـــطلح قاضـــي الاحوال الشخصية هو القاضي الذي يتولى الفصل في المنازعات التي تقوم بين أعضاء الأسرة الواحدة .[5]

إذا كان قانون الاسرة هو الذي يتولى تنظيم شؤون الاسرة فقاضي الاحوال الشخصية هوالذي يتولى تطبيق هذا القانون .بمناسبة نظره وفصله في المنازعات الـــتي تنشـــأ بين أعضاء الأسرة ، وهذا يعني ان القاضي لا ينشئ قانون وإنما يطـــبقه فقط .الا ان القاضي قد يتولى انشاء القانون بطريقة غير مباشرة وذلك مـــن خـــلال تفسيره للقانون بمناسبة تطبيقه له بحيث يعتبر هذا التفسير وكأنه خلق لمفهوم القانون ، بالاضافة الى إحالة المشرع للقاضي في حالة عدم وجود نص قانوني على مبادئ القانون مما يعطي للقاضي فرصة في المساهمة في صناعة القـــانون بطـــريقة غير مباشرة مما يعطي للقضاء دورا في تطوير القانون .فهل لعـــب قاضي الاحوال الشخصية في الجزائر هذا الدور؟ خاصة وان الكثير من الـــناس يصـــفون هذا القانون بانه سلبي الامر الذي يدفعنا الى محاولة التعرف عـــلى إيجابيـــات وسلبيات هذا القانون وموقف القاضي الجزائري من ذلك ،

بحيث سوف نبدأ في الفرع الاول من هذا البحث بالتعرف على إيجابيات(ق أ ج) والدور الذي لعبه(ق أ ش) في تأكيد تلك الإيجابيات .

الفرع الأول: إيجابيات ق أ ج ودور ق أ ش في تأكيد تلك الإيجابيات

لقـــد حوى ق أ ج كأي عمل إنساني على مجموعة من السلبيات الاّ ان هـــذا لايعني ابدا انه جاء خاليا من الايجابيات ،بل لقد احتوى على العديدة منها مما جعلت منه قانونا متميزا وتتمثل هذه الإيجابيات في مايلي :

أولا :تنظيمه لكثير من الامور المتعلقة بالاسرة .

ثانيا :اعتباره لمصلحة الاسرة كأساس في تنظيم شؤونها.

ثالثا :حمايته لأعضاء الأسرة من التعسف في التعامل مع بعضهم البعض .

أولا:تنظيمه لكثير من الامور المتعلقة بالأسرة

رغـــم ان نصوصـــه توصف بانها جاءت عامة و لم تفصل في الكثير من الامـــور[6]، الاّ ان هذا لايمنع من ان ق أ ج قد تولى تنظيم الكثير من شؤون الأســـرة وان سكت عن اخرى[7] بحيث لم يقف عند تنظيم الزواج والطلاق ومايـــترتب عـــليهما من اثر مثل النسب والنفقة والعدة وغيرها ، مثلما فعل المشـــرع المصـــري ،بل تولى الى جانب ذلك تنظيمه للامور المتعلقة بفاقدي وناقصـــي الاهلية من ولاية ووصاية وتقدم وذلك في **المواد (من81 ــ100)** بالاضـــافة الى تنظيمه لكيفية الحجر على الشخص الذي بلغ سن الرشد وثبت انـــه مجـــنون او معتوه اوسفيه اوذا غفلة وذلك في **المواد** من**(101 الى108)**

وكـــذا تنظيمه لشؤون المفقود والغائب وذلك في **المواد** (**109** الى **115**) كما نظم مركز الطفل المكفول داخل الاسرة الكافلة في المواد من (**116** الى **125**) والى جانب ذلك تولى تنظيم الميراث والوصية والهبة بالاضافة الى الوقف وذلك في المواد من (**126** الى**220**) .اذ من كل هذا يبدوا جليا أن المشرع الجزائري حـــاول من خلال نصوص قانون الاسرة ان يتولى تنظيم كل مايتعلق بالاسرة بالاضافة الى ذلك نجد ان ق أ ج جعل من مصلحة الاسرة الأساس في تنظيم شؤونها وهذا ماسوف يتم التعرض اليه في النقطة الموالية من هذا الفرع .

ثانيا:اعتباره لمصلحة الأسرة كأساس في تنظيم شؤونها

تعتـــبر مصـــلحة الاسرة الأساس الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري في تنظـــيمه لشـــؤونها ،بحيث يظهر ذلك جليا من خلال اعتماده على الشريعة الاســـلامية كمصدر اصلي في تنظيم شؤون الأسرة ،بالإضافة الى سعيه لوقاية هذه الاخيرة من التفكك كل ما كان ذلك ممكنا،وهذا ماسوف يتم توضيحه في مايلي :

أ–اعتماد المشرع على الشريعة في تنظيم الأسرة أساسه مرعاة مصلحتها

لقـــد اعـــتمد المشـــرع الجزائري ،في ق أ ج ، على الشريعة الاسلامية باعتـــبارها المصـــدر المادي الذي صيغ منه ق أ ج بالاضافة لإعتبارها المصدر الاحتياطي الوحيد لهذا الاخير حسب ما جاء النص عليه في **المادة 222** من ق أ ج فماهو الدور الذي يلعبه هذا الامر في تحقيق مصلحة الاسرة ؟ وما موقف ق أ ش من ذلك؟

1 – اعتماد ق أ ج على الشريعة الاسلامية ودوره في حماية مصلحة الأسرة.

لقد اخضع المشرع الجزائري مسائل الأسرة للشريعة الاسلامية حتى قبل صدور ق أ ج الجديد ومنذ صدور القانون المدني في1975 وذلك عند ما نص في **المادة 2/1** على مايلي " واذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية..." إذ من خلال هذا النص وبما انه لم يكن هناك نص تشريعي يحكم العلاقات الأسرية فهذا يعني أن هذه الاخيرة تخضع لحكم الشريعة الاسلامية،ولقد تأكد اتجاه المشرع الى اخضاع أمور الأسرة لأحكام الشريعة الاسلامية بعد صدور ق أ ج سنة 1984 بحيث جاء في مقدمة المشروع التمهيدي لق أ ج الاشارة الى انه قد اعتمد في اعداد هذا القانون على كل المذاهب الاسلامية سواء تعلق الامر بالمذاهب الاربعة أوغيرها من المذاهب الإسلامية الأخرى .وما يلاحظه المتصفح لهذا القانون يجد أن المشرع الجزائري ينهى عن التبني بحكم قطعي لايقبل التأويل بحيث نص في **المادة 46** منه " يمنع التبني شرعا وقانونا." كما انه اخذ بالتطليق لضرر مثل مايذهب اليه المذهب المالكي وأجاز ولاية الام على أولادها مثلما تجيزه بعض المذاهب الاسلامية كماانه اعتبر الطلاق الثلاث الذي يقع في مجلس واحد وبعبارة واحدة طلقة واحدة مثلما ذهب اليه الامام احمد وغيرها من الامثلة التي لايمكن سردها جميعا هنا. المهم من كل هذا هو التاكيد على ان المشرع إنما اعتمد في صياغته لق أ ج على الشريعة الاسلامية و لم يكتف بجعلها المصدر المادي له – أي لق أ – بل أضاف على ذلك أن جعل منها المصدر الإحتياطي الوحيد لأمور الأسرة وهذا ماأكدت عليه **المادة 222** منه والتي جاء فيها "

كـــل مـــا لم يـــرد الـــنص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الاســـلامية " ولكن يتساءل البعض ماعلاقة كل ذلك بمصلحة الاسرة خاصة وأن هناك من يعتبر هذا القانون وكأنه مخالف لتلك المصلحة ؟

إن هذه العلاقة إنما تتجلى في امرين :

*يتمثل الأمر الأول في أن قيمة أي قانون إنما تتعلق بمدى تعبيره عن قيم المجتمع الـــذي صـــدر لأجل تولي تنظيم شؤونه وبما أن المشرع عندنا إنما اعتمد على الشـــريعة الاســـلامية في تنظـــيم الأسرة الجزائرية والتي يعتبر الإسلام من أهم مقوماتهـــا الـــثقافية الأمر الذي يجعل من هذا القانون تعبيرا عن الهوية الجزائرية وبالتالي صالح لتنظيم كل مايتعلق بالاسرة الجزائرية وذلك لانه نابع من عمق هويتها الثقافية .

*أمـــا الامر الثاني فيتجلى في اعتماد المشرع عندنا على الشريعة بكل مذاهبها مـــثل ما سبقت الاشارة اليه اعلاه ،وهذا يعني ان غرض المشرع من ذلك هو فـــتح الباب لانتقاء الاحكام الشرعية وفق مايتماشى ومصلحة الاسرة الجزائرية في ظـــروفها الراهنة ووفق متطلبات العصر الحالي وبتالي فاعتماد المشرع على الشـــريعة بكـــل مذاهبها واحالته للقاضي على ذلك في حالة عدم وجود نص تشـــريعي يعتبر أمرا إيجابي للأسرة وكل عضو من اعضائها خاصة اذاعلمنا ان الاســـاس الـــذي تقوم عليه الشريعة هوالمصلحة بمعناها الشامل أي سواء تعلق الامـــر بالمصلحة الخاصة او العامة ولاتهدر مصلحة في الشريعة الاسلامية الا اذا ترتب على مراعاتها إهدار لمصلحة أخرى اكبر منها في هذه الحالة تتم التضحية بالمصـــلحة الاقـــل من اجل المصلحة الاقوى وكل هذا ضمانة لمصالح الاسرة

وكـــل عضو من اعضائها ولكن رعاية هذه المصالح ليس منوطا بالمشرع وحده بـــل القاضـــي له دور مهم يلعبه من خلال حسن تطبيقه للقانون الامر الذي يدفعنا الى التساؤل عن الدور الذي لعبه الق أ ش في تاكيد ايجابية الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري في ق أ ؟

2-موقف ق أ ش من الاتجاه المشرع في ق أ :

ان الـــرجوع الى القـــرارات المحكمة العليا يجعلنا نقر ان موقف القضاء الجزائري لايختلف عن موقف المشرع من اعتبار الشريعة مصدرا لتنظيم الاسرة عـــندنا بحيث اقرت المحكمة العليا بهذه الحقيقة في عدة قرارات صدرت عنها ورغـــم اختلاف تاريخ صدورها[8] الاان جميعها اقرت بحقيقة واحدة وهي ان الشـــريعة هـــي المختصة بمسائل الاسرة في الجزائر.وهكذا نلاحظ ان القضاء الجزائـــري اكـــد موقـــف المشرع في اعتبار ان الشريعة هي مصدر احكام الاســـرة في الجزائـــر وذلك بمناسبة فصله في المنازعات التي تعرض عليه لان القضـــاء في نظامـــنا القانوني لايعتبر مصدرا للقانون بل وظيفتة تطبيق القانون عـــلى ما يعرض عليه من منازعات فهل احسن القاضي الجزائري تطبيق ق أ بما في ذلك احكام الشريعة التي أحالت المشرع عليها في حالة عدم وجود نص تشـــريعي كمـــا اشارت اليه **المادة 222** السابقة الذكر؟ ان الاجابة عن هذا التســـاؤل تتطـــلب الإشارة الى ان تكوين القاضي الجزائري لا يؤهله لتطبيق الشـــريعة الاســـلامية ولا ق أ وذلـــك لان روحه هي الشريعة الاسلامية مما يتطـــلب ان يكون للقاضي تكوين مزدوج أي ان يكون له تكوين في الشريعة الى جـــانب تكويـــنه القانوني وهذا حتى يتمكن القاضي من حسن تطبيق ق أ

عن طريق معرفته بالغايات التي من اجلها شرّع ذلك الحكم في الشريعة والذي تبـــناه المشـــرع في ق أ والحالات التي يمكن لذلك الحكم ان يتغير فيها بسبب تغير الظروف والاوضاع وحتى يحسن الرجوع الى الشريعة في ماليس فيه نص تشـــريعي ويستنبط من الاحكام مايحقق مصلحة الاسرة الجزائرية وكل عضو مـــن اعضـــائها.ومن هنا اذا رجعنا الى البعض قرارات غ أ ش بالمحكمة العليا ســـوف نجدها تسند الكثير من قرارتها الى الشريعة الاسلامية[9] دون ان تحدد المذهـــب الـــذي يتبنى ذلك الحكم ولماذا اخذت به وليس بغيره من المذاهب فمـــثلا فلقد جاء في احد قراراتها "تمنح الشريعة الاسلامية لجهة الام الاولوية في حق الحضانة "[10] رغم ان هناك اختلافا بين الفقه الاسلامي في هذا الشأن الا انهـــم يتفقون ان الغاية من الحضانة هي مصلحة المحضون .كما انها ذهبت في قرار اخر الى ان الاقرار في الشريعة الاسلامية لايصلح لاثبات نسب الطفل من ابيه الا اذا اثبت وجود زواج سابق[11] رغم ان الغالبية من الفقه الاسلامي تجيـــز اثبات النسب بالدعوى المجردة وحتى الامام مالك الذي يشدد في ذلك اســـتنادا الى مـــبدأ ســـد الذرائع لم يشترط اثبات الزواج بل كل ما اشترطه ضـــرورة إقامة المقر للبينة على صحة اقراره وذلك منعا للتحايل على احكام الشريعة في حين ان القضاء الجزائري ضيق من سعة الشريعة ومن الفسحة التي فـــتحها المشرع الجزائري بانفتاحه على الشريعة بكل مذاهبها بما يسمح بتبني الاحكـــام التي تساهم في حل مشاكل الأسرة الجزائرية وحمايتها من التفكك خاصة و ان هذا يعتبر من الغايات التي يسعى اليها المشرع في ق أ .

ب- سعي المشرع لحماية الاسرة من التفكك

مـــن الغايات التي سعى اليها المشرع في ق أ حمايته للاسرة من الانحلال والـــتفكك والســـعي لذلك كل ما كان الامر ممكنا ولكن تحقيق هذه الغاية يتطلب حسن تطبيق القضاء لنص القانون وروحه هذا ماسوف يتم التعرض له من خلال هذه الجزئية .

1-النصوص التي تحمي الأسرة من التفكك في ق أ ج :

لقـــد عرفت الاسرة الجزائرية عدة تغيرات وذلك بسبب التحولات التي طـــرأت عـــلى الفرد الجزائري بسبب التعليم ، بالاضافة الى التغير الذي عرفه المجـــتمع الجزائري من جراء تحوله من مجتمع فلاحي الى مجتمع صناعي .بحيث رافقت هذه التحولات ظهور عدة مشاكل سواء على المستوى الاجتماعي او الاســـري وبما ان الذي يهمنا هنا هو الاسرة بحيث نلاحظ ان الهدف من هذه الاخـــيرة لم يعد الانجاب فقط ، بل اصبح كل من الرجل والمرأة و للاسباب الـــتي ذكـــرناها آنفا ينظر للأسرة على انها المساحة التي تمكنه من تحقيق ذاته والشـــعور بكينونته واستقلاله بحيث اذا لم يستطيعا تحقيق طموحاتهما تحولت حياتهمـــا الى جحـــيم قد تكون نهايته حل الاسرة عن طريق الطلاق اوالخلع والتطـــليق[12].وبمـــاان الاسرة هي اساس المجتمع فهذا يعني ان بناء اسرة يعتبر مكسبا اجتماعيا لابد من حمايته ووقايته من التفكك والانحلال وهذا ماسعى اليـــه المشـــرع مـــن خلال ق أ ج بحيث استعمل مجموعة من الوسائل لحماية الاسرة من التفكك والانحلال تتمثل هذه الوسائل في مايلي :

*الـــنص على ضرورة المصالحة بين الزوجين : من اهم ايجابيات ق أ ج نصه عـــلى ضرورة السعي للمصالحة بين الزوجين والحيلولة دون الوصول الى حل

الاسرة بحيث تمر عملية الصلح بمرحلتين ، المرحلة الاولى عندما يدب الخلاف بين الزوجين ويتهم كل واحد منهما الاخر بالتقصير في اداء واجباته الزوجية دون ان يظهر الضرر الذي يدعيه كل واحد منهما الامر الذي يتطلب التدخل لاصلاح ذات البين وفي هذا الصدد اوجب المشرع في ق أ تعين حكمين وظيفتهما التوفيق بين الزوجين وذلك على حسب ماجاء النص عليه في **المادة 56** " اذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما "

ولكن الخلاف بين الزوجين قد يصل الى حد السعي للطلاق وهنا تاتي المرحلة الثانية للمصالحة والتي تكون غايتها هي اقناع الزوجين بضرورة الاقلاع عن فكرة الطلاق ومحاولة السعي لحل مشاكلهما والذي يقوم بهذا الدور حسب ماجاء النص عليه في **المادة 49** من ق أ هو القاضي بحيث جاء النص فيها على مايلي "لايثبت الطلاق الابحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون ان تتجاوز هذه المدة ثلاثة اشهر " اذا من خلال ماسبق ذكره نلاحظ ان المشرع الجزائري حاول قدر المستطاع ان يحمي الاسرة من الشقاق والتفكك والانحلال الاانه رغم ذلك قد يصر الزوجان على الطلاق لعدم رغبتهما في الاستمرار في العيش معا هذه الرغبة التي قد تدفع بالزوجة الى الخلع وبالزوج الى الطلاق الثلاث وان كان حل الزواج بالخلع منوط باتفاق الزوجين فالطلاق منوط بارادة الزوج الامرالذي تطلب تدخل المشرع لتقيد هذا الامر وهذا ماسوف يتم التطرق اليه في النقطة الموالية

*اعتـــبار المشرع الطلاق الثلاث الذي يقع بلفظ واحد وفي مجلس واحد طلقة واحدة : من المعروف ان الطلاق الثلاث يؤدي الى انهاء الرابطة الزوجية بحيث لايمكـــن ارجاع هذه الرابطة الا اذا تزوجت المرأة برجل اخر ثم طلقها بعدها يمكـــن لمطلقها الاول ان يطلبها للزواج اذا رضيت به ،ونظرا لكل هذه الاثار الخطـــيرة للطلاق الثلاث على الاسرة اعتبر المشرع الطلاق الثلاث الذي يقع بـــلفظ واحد وفي مجلس واحد طلقة واحدة وذلك حماية للاسرة وفتح الباب لجمـــع شملها وهذا ماجاءت الاشارة اليه في **المادة 51** من ق أ والتي جاء فيها مايـــلي :" لايمكن ان يراجع الرجل من طلقها **ثلاث مرات متتالية** الا بعد ان تتزوج غيره وتطلق منه او يموت عنها بعد بناء ."

اذا مـــن كل ما سبق قوله نلاحظ ان المشرع الجزائري حاول ان يحمي الأســـرة من التفكك ولكن الذي يفعل هذه الحماية هو القاضي فماهو الدور الذي لعبه القاضي في هذا المجال .

2- الدور الذي لعبه ق أ ش في حماية الاسرة من التفكك

حـــتى نستطيع تقييم دور ق أ ش في حماية الاسرة من التفكك لابد من الـــرجوع إلى الاحكام القضائية وسوف نقف عند بعض قرارات المحكمة العليا باعتـــبارها تمـــثل الاجـــتهاد القضـــائي الموحد فمثلا في مجال تعيين الحكمين فالملاحظ ان القضاء الجزائري لم يأخذ بهذه الوسيلة رغم نص المشرع عليها.[13] اما فيمايخص قيام القاضي بعقد جلسة صلح بين الزوجين لمحاولة اقناعهما بـــالعدول عـــن فكـــرة الطلاق فهو مايأخذ به القضاء كما اشارت اليه عدة

قـــرارات لـــلمحكمة العـــليا جـــاء فيها " من المقرر قانونا ان محاولة الصلح المنصـــوص عليها في **المادة 49** هي اجراء جوهري في صالح الزوجين .... " [14] ولكـــن رغم قيام القاضي بهذا الاجراء الان الصلح لايتحقق عادة وذلك بسبب كثرة قضايا الطلاق المطروحة مما يترتب عليه ضيق وقت القاضي بسبب انشغاله في دراسة القضايا والبحث لها عن حلول قانونية فهل يمكنه الى جانب ذلـــك التفكير في الحلول النفسية والاجتماعية والاقتصادية للاسرة مع العلم ان تكويـــنه لايمكـــنه مـــن ذلك الامر الذي يتطلب اعطاء تكوين خاص لقضاة الاحوال الشخصية شبيه بتكوين قضاة الاحداث بالاضافة الى ضرورة تدعيم ق أ ش بمختصـــين في مجـــال مشـــاكل الاسرة حتى يساعدوه على فهم هذه المشاكل وحلها .

مـــن كل ماسبق ذكره نلاحظ ان ق أ ش لم يلعب الدور المنوط به في مجـــال حماية الاسرة من التفكك وذلك لعدم اخذه باجراء الحكمين وتعويض هـــذا الاجراء باجراء اخر هو عقد جلسة مصالحة من طرف القاضي رغم ان هذا الاجراء لايحقق المطلوب منه للاسباب التي ذكرناها سابقا اذا كل مايقوم به القاضي في مجال حماية الاسرة من التفكك هو تطبيق المادة المتعلقة بالطلاق الـــثلاث وهـــذا لايكفي لتحقيق الحماية التي ارادها المشرع للاسرة مما يتطلب تدخل المشرع حتى تصبح النصوص اكثر وضوحا بالاضافة الى اعطاء ق أ ش الـــتكوين الذي يوهله لفهم مشاكل الاسرة الجزائرية حتى يحسن التعامل معها بما يمكنه من توفير الحماية لها ولكل عضو من اعضائها .

ثالثا :حماية المشرع لأعضاء الأسرة من التعسف في التعامل مع بعضهم البعض

تعتـــبر الاســـرة وسطا شبه منغلق بحيث يصعب التعرف على مايجري بداخلـــه مـــن انتهاكات للحقوق او التعسف في استعمالها . الامر الذي دفع بالمشرع الى التدخل في شؤون الاسرة ، في الانظمة القانونية الحديثة ، لتمكين كل صاحب حق من الحصول على ماله من حقوق ولكن في نفس الوقت قيده بضـــرورة استعمال تلك الحقوق لتحقيق الغاية التي منحت له من اجلها وليس للاضـــرار بـــالغير و هذا ماذهب اليه المشرع الجزائري في ق أ بحيث اعترف لـــلزوج بسلطة فك الرابطة الزوجية كما اعترف للزوجة بحق النفقة وامكانية المطالـــبة بهـــذا الحق امام القضاء ،كما اعترف لكل من الابوين بحق استمرار الـــروابط و الاتصـــال باطفالهمـــا بعد الطلاق ولكن نظرا لكون ان كل هذه الحقـــوق والســـلطات قد تستعمل استعمالا تعسفيا ، كأن تستعمل لغرض الاضـــرار بالزوج الاخر الامر الذي دفع بالمشرع الى التدخل لمنع هذا النوع من الاستعمال فهل استطاع المشرع ان يقضي على مثل هذا التعسف ؟ و هل كـــان القضاء موفقا في تطبيق هذه النصوص وبالتالي حماية اعضاء الاسرة من التعسف في التعامل مع بعضهم البعض ؟

أ- النصوص التي منعت التعسف في ق أ

لم ينص المشرع الجزائري على قاعدة عامة تمنع اعضاء الاسرة الواحدة مـــن اســـتعمال الحقـــوق والسلطات الممنوحة لكل واحد منهم في مواجهة الاخـــرين استعمالا تعسفيا. مثلما فعل في القانون المدني في **المادة 41** منه الا ان هـــذا لايمـــنع من انه نهى عن التعسف في استعمال بعض الحقوق الاسرية

وذلـــك ســـواء في علاقة الزوجين ببعضهما او في علاقة الابوين باولادهما او الاولياء بمن هم تحت ولايتهم .

1-منع الأزواج من التعسف في التعامل مع بعضهم البعض : مثل ماجاء النص عـــليه في **المادة 52** من ق أ التي جاءت تعترف للزوجة بحق التعويض في حالة طـــلاق زوجهـــا لها طلاقا تعسفيا .بالإضافة الى نص **المادة 80** والذي جاء للحيـــلولة دون تعســـف الزوجة في استعمال حقها في المطالبة بالنفقة ، بحيث عادة ماكانت الزوجة المتنازعة مع زوجها تسكت عن المطالبة بحقها في النفقة حتى تتراكم الديون على زوجها ثم بعد ذلك ترفع دعوى تطالب فيها بالديون المستحقة فيؤدي الامر الى الحجز على أموال زوجها مما قد يترتب عليه اعسار الـــزوج وعادة هذا ماكانت تقصده مثل تلك الزوجات بحيث تستعمل حقها في المطالبة بالنفقة بغرض الإضرار بزوجها ولهذا نص المشرع في **المادة 80** من ق أ عـــلى " تســـتحق الـــنفقة مـــن تاريخ رفع الدعوى وللقاضي ان يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لاتتجاوزسنة قبل رفع الدعوى ."

بالاضافة الى اعترافه للزوجة بحق التطليق للضرر اذا كان زوجها يتسبب لهـــا في الضرر وذلك عن طريق امتناعه عن الإنفاق أو لعجزه الجنسي أو بأن يســـيء معاملـــتها مثلما جاء النص عليه في **المادة 53** من ق أ ، بالاضافة الى اعترافه للزوجة بحق مخالعة زوجها اذا كرهت العيش معه و لم يرد تطليقها كما جـــاء الـــنص عليه في **المادة 54** من نفس القانون.والملاحظ ان غرض المشرع في كـــل هذه الحالات هو منع الزوج من التعسف في الابقاء على حياة زوجية

تضـــر بزوجـــته وكذا منع الزوجة من التعسف في التعامل مع زوجها مستغلة تمسكه بها وعدم قدرته على التخلي عنها واشترط على الزوجة اثبات تضررها مـــن العيش مع زوجها في حالة التطليق للضرر والإتفاق مع زوجها في حالة الخلع .

إلا ان الوقـــوف عـــند هذا الحد من المنع غير كاف ،خاصة وأن الزوج عادة مايتعسف في استعمال الحقوق والسلطات الممنوحة إليه مثل حق الطاعة وحـــق التعدد الأمر الذي يجب معه على المشرع ان يتدخل بنص عام يمنع فيه التعسف في استعمال كل الحقوق الأسرية .

2- منع الوالدين والاولياء من التعسف في التعامل مع من هم تحت سلطاتهم رغـــم أن السلطات التي اعترف بها المشرع للوالدين على أطفالهما أو للأولياء عـــلى مـــن هم تحت ولايتهم الغرض منها هو تحقيق مصلحة الاطفال والمولى عـــنهم إلاّ أنه عادة ماتستعمل لتحقيق مآرب من يملكون تلك السلطات فمثلا الغـــرض مـــن الحضانة هوتمكين الطفل من الرعاية المثلى التي تمكنه من النمو بحيـــث يحـــبذ أن يـــتولى أبواه رعايته معا فإذا انفصلا فمن الأحسن أن يتولى رعايـــته أحـــد أبويـــه أو أحـــد أقربائه الذي يوفرله الافضل الاان هولاء قد يستعملون الطفل كورقة للضغط وابتزاز بعضهم البعض ولهذا نجد ان المشرع الجزائري رغم انه حاول ترتيب مستحقي الحضانة الاانه لم يجعل ذلك الترتيب ملزما بل جعل المعيار في اختيار الحاضنة اوالحاضن مصلحة الطفل بحيث نص في **المـــادة 64** من ق أ على " الام اولى بحضانة ولدها ثم امها ثم الخالة ثم الاب ثم الاقـــربون درجـــة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ... " وحتى

لايضـــار أي من الوالدين يحكم للوالد الذي لم يحصل على حضانة الطفل بحق الـــزيارة و هذا ما جاء النص عليه في نهاية **المادة 64** السابقة الذكر .كما نهي الـــولي في الـــزواج من ان يعضل من هي في ولايته عن الزواج اذا كان اصلح لهاولا ان يجبرها على زواج لاتريده وهذا ما جاءت الاشارة اليه في **المواد 12 و13** مـــن ق أ . اذ من خلال كل هذه النصوص نلاحظ ان المشرع حاول ان يحـــول دون تعسف اعضاء الاسرة الواحدة في التعامل مع بعضهم البعض. الا ان هـــذه النصوص على عدم كفايتها في تحقيق الحماية الافضل لكل اعضاء الاســـرة في مواجهة بعضهم البعض[15] فاكيد ان حسن تطبيق القضاء لها هو الـــذي يـــزيد في اهميتها وقيمتها او العكس وهذا ماسوف يتم التعرض له في الجزئية الموالية.

ب- الـــدور الـــذي لعبه القضاء في منع اعضاء الاسرة من التعسف مع بعضهم الـــبعض : اذا مثلما سبقت الاشارة اليه فالملاحظ ان المشرع الجزائري في ق أ وان لم ينص على قاعدة عامة تمنع التعسف في العلاقات الاسرية الاّ انه حاول ان يمـــنع بعـــض صور التعسف ،ولكن السؤال الذي يتبادر الى الذهن هو ما الـــدور الذي لعبه القضاء الجزائري في تفعيل هذه الحماية ؟ في الحقيقة عندما نعـــود الى بعـــض قـــرارات المحكمة العليا في مجال الاحوال الشخصية نجد ان القضـــاء قـــد وفـــق في تطبيق النصوص المتعلقة بالطلاق التعسفي لانه عادة مايحكم للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا بالتعويض وهذا ماجاءت الاشارة اليه في العديـــد مـــن قرارات المحكمة العليا ،[16] كما انه سعى لمنع المطالبة التعسفية للـــنفقة من طرف الزوجة كما تشير اليه بعض قرارات هذه المحكمة [17] .الاّ

انـــه لم يوفر الحماية الكافية للزوجة التي يمسك بها زوجها قاصدا الإضرار بها وذلك بسبب تشدده في اثبات الضرر بحيث أن القاضي عادة لايطمئن لشهادة الشـــهود ، في نفس الوقت نجد أن المحكمة العليا لاتضفي على الشهادة الطبية أي قيمة اثباتية[18]، بالاضافة إلى أن القضاء لايعمل بنظام الحكمين رغم ماقد يقومـــان به لاثبات الضرر الأمر الذي يعرض الزوجة خاصة لكثير من المعاناة ،بالإضـــافة إلى تشدده في الحكم بالخلع الذي قد يكون الملاذ الوحيد لزوجة معذبـــة بحيث يشترط قبول الزوج لطلاق زوجته مقابل ارجاعها لما قدمه لها مـــن مهر بحيث إذا لم يقبل لا يقع الخلع [19] و بقيت الحياة الزوجية قائمة مع إمكانيـــة تصـــور كيف تصبح هذه الحياة مع كل هذا المد والجزر بين زوجين وصـــلت حياتهما الزوجية الى هذا الحد من التأزم دون ان يكون القضاء قادرا عـــلى وضع حد لهذا الظلم بحجة احترام إرادة الزوج مرة أوحجة عدم ثبوت الضـــرر مرة اخرى . أما في ما يخص حماية الطفل من أن يتعسف والداه في أمـــره بعـــد الطلاق فعادة مانجد ان المحكمة العليا تقرر أن الأساس المعتمد في تقريـــر حضـــانة الطفـــل هي مصلحته[20]، الا أنها غير دقيقة في تقدير هذه المصلحة إذ عادة مايحكم للأم بالحضانة بحجة أن الام اصلح لطفلها إذا لم تكن مـــنحرفة أخلاقيـــا ولكن في الحقيقة أن عدم الإنحراف الأخلاقي للأم لايكفي لتقرير أنها أصلح لحضانة طفلها خاصة في الظروف الصعبة التي يعيشها بسبب تفكـــك الأســـرة الأمر الذي يتطلب من القاضي مراجعة الخبراء والمختصين النفسانين والتربوين لحسن تقرير ماهو أصلح للطفل ، هل في أن يكون مع امه

أوأبيـــه أوعند شخص اخر يحبه الطفل ويثق فيه بحيث يمكنه أن يساعد الطفل على تجاوز أزمة طلاق والديه .

ومن كل ماسبق ذكره عن ايجابيات ق أ ج يمكن القول أن هذا القانون يحوي على كثير من الايجابيات إلا أن القضاء الجزائري لم يحسن استثمار هذه الايجابيـــات في حمايـــة الأسرة وكل فرد من أفرادها خاصة الأطراف الضعيفة فيهـــا مثل الطفل وذلك بسبب التكوين غير الكافي لقضاة الاحوال الشخصية فـــليس لهـــم أي تكوين حول طبيعة مشاكل الأسرة وكيفية نشوئها كماأنه لايوجـــد أي جهاز مختص في هذا الشأن يمكنه أن يساعد القاضي على تفهم مشـــاكل الأســـرة مما يساعده على حسن تطبيق القانون بما يحقق خير الأسرة الجزائـــرية والإنســـان الجزائري بالإضافة إلى الإطلاع الضعيف للقاضي على الشـــريعة الاســـلامية مع العلم أنها هي المصدر المادي لق أ بالإضافة الى كونها المصـــدر الإحـــتياطي الوحيـــد لهذا الأخير ،الأمر الذي جعل هذه الايجابيات لاتظهـــر بحيـــث إذا اضيفت لها السلبيات التي حواها هذا القانون يبدو وكأنه وبالا على الأسرة والأطراف الضعيفة فيها .

الفرع الثاني : سلبيات ق ا و موقف ق ا ش منها

لقد احتوى ق أ على مجموعة من السلبيات يمكن حصرها في :

أولا : تميز أحكامه بالعمومية

ثانيا : انعدام التجانس بين بعض احكامه

ثالثا : خلطه بين بعض الامور

أولا :تميـــز احكامـــه بالعموميـــة . أن مايمكن ملاحظته على ق أ ج هوبجيء نصوصـــه عامـــة ، إذ هي أقرب الى رؤوس أقلام منها إلى نصوص واضحة فمـــثلا لم يـــنظم حقوق وواجبات أعضاء الأسرة بطريقة واضحة إذ اكتفى بتنظـــيم حقوق الزوجين وواجباهما بالاضافة الى تنظيمه لبعض حقوق الطفل في مواجهـــة أبويه لكن دون أن ينص على تنظيم حقوق القرابة بصفة عامة مـــاعدا بعض الإشارات بمناسبة كلامه عن الحضانة أو عن نفقة الفروع على الاصـــول والعكـــس .وحتى بالنسبة لتنظيمه لحقوق واوجبات الزوجين كان مقتضـــبا بحيـــث لم يوضـــح هذه الحقوق وضمانات الحصول عليها أوحدود ممارســـتها فمـــثلا من بين الحقوق التي نص عليها حق النفقة للزوجة والفروع والأصـــول ولكنه لم ينص على الضمانات التي تسمح لصاحب هذا الحق بأن يحصـــل عـــلى حقه (**المواد من74 الى 80 من ق أ**) . كما نص على حق الزوج في الطاعة ولكن دون أن يحدد حدود هذه الطاعة (**المادة 39 من ق أ**) . بالإضافة الى اعترافه بالسلطة الأبوية على الطفل دون أن يحدد حدود هذه السلطة باستثناء بعض الاشارات إلى سلطات الولي الشرعي على اموال الطفل (**المواد من 81 الى 91 من ق أ**). الأمر الذي جعل هذا القانون وكأنه ينظم بعـــض الحقوق بطريقة تجعل تلك الحقوق وكأن أصحابها لايملكون أي ضمانة للحصـــول على حقوقهم في حين ينظم حقوق أخرى وكأنها حقوق لاحدود لهـــا مما يجعل أصحابها يتسلطون في ممارستها وكل هذه العيوب إنما سببها هو اقتضـــاب المشـــرع في تنظيمه لمراكز الأشخاص داخل الأسرة وما قد يترتب لكـــل واحـــد مـــنهم من حقوق وواجبات انطلاقا من المركز الذي يحتله مع

الـــتأكيد عـــلى أن الغرض من ذلك هو تحقيق مصلحة الأسرة وكل فرد من أفـــرادها و ليـــس الإضرار بأي منهم. وكل ماذكرناها ليس الا أمثلة يوجد غيرها في ق أ ج

وأمـــام هـــذا الاقتضاب عادة مايضطر القاضي إلى البحث عن الحلول للمـــنازعات التي تعرض عليه عن طريق الرجوع ألى أحكام الشريعة الاسلامية ولكـــن لماكان تكوينه لا يؤهله لمثل هذا الرجوع الامر الذي أدى إلى ظهور أحكام القضاء وكأنها ليس لها اتجاه محدد أو غاية تسعى اليها كحماية الأسرة أو حماية حقوق الأشخاص أو غيره و التبرير الوحيد الذي يعتمد عليه القضاء لإخـــتياره لحلول معينة فيما ليس فيه نص هو ان هذا ما ذهبت اليه الشريعة الاســـلامية والمقصـــود بذلك أحد المذاهب الفقهية في حين لايعطي أي تبرير لإخـــتياره لذلك المذهب وليس لغيره مثلا لكونه أجدى لمصلحة الاسرة أولأنه أقـــرب إلى العدالة أو غيره من المبررات التي يمكن للقاضي أن يعتمد عليها في تبرير حكمه استنادا الى غايات الشريعة وغايات المشرع الجزائري في ق أ ومن امثـــلة النصـــوص التي جاءت تتصف بالعمومية و التي وضعت القضاء وكذا الأسرة في ورطة ، النص الذي جاء منظما للخلع بحيث لم يحدد مايصلح بدلا للخلع كما انه لم ينص على ماإذا كان بامكان القاضي أن يلزم الزوج بقبول المبـــلغ الـــذي تعرضه عليه زوجته وأن يطلقها بحيث إذا رفض ذلك طلقها القاضـــي رغمـــا عـــنه حـــدا لتعســـفه في الإمساك بزوجة لاتريد العيش معـــه.فســـكوت المشرع عن اظهار سلطات القاضي في هذا الموضوع جعل المحكمـــة العـــليا تتجه إلى أن الأصل في إنهاء الرابطة الزوجية هو ارادة الزوج

بحيـــث إذا رفض ذلك لايمكن إلزامه حتى ولوتعلق الأمر بالخلع [21]مهما كان الضـــرر الذي قد يلحق الاسرة وكل فرد من افرادها من جراء ذلك الاحترام غـــير المـــبرر لإرادة زوج أناني يفضل اشباع رغبته في الانتصار على زوجته وابقائهـــا تحت رحمته ولو ادى ذلك الى تحطيم حياته وحياتها وحياة أطفالهما فهل يمكن لشريعة من مبادئها الضرر يزال شرعا أن تقبل التضحية بكل هؤلاء الاشخاص فقط احتراما لرغبة شخص غير ناضج لايفرق بين الرغبة والإرادة.

ثانيـــا : انعدام التجانس بين بعض احكامه . من سلبيات ق أ ج انعدام التجانس بين بعض نصوصه مثل تردد المشرع حول مايعتبر ركن في عقد الزواج بحيث يفهـــم مـــن **المادة 9** من ق أ على أن أركان عقد الزواج هي رضا الزوجين والـــولي والشـــاهدين وكذا الصداق بحيث يرتب على اختلال أي ركن فسخ العقـــد **المـــادة 32** في حـــين إذا كان الركن الذي اختل هوالولي أو الصداق اوالشـــاهدين وحصل الدخول يثبت بصداق المثل **المادة 33** من نفس القانون وهـــذا يعني أن مايعتبر ركنا في عقد الزواج هورضا الزوجين فقط . ونفس الـــتردد وعدم الانسجام يظهر في تنظيم المشرع لسلطات الولي في تزويج من هـــي تحت ولايته اذ في حين لم يسمح للولي ولو كان أبا أن يجبر من هي تحت ولايته على الزواج ولو كان أصلح لها ، سمح للأب ان يمنع ابنته من الزواج إذا كـــان في ذلـــك مصلحة لها فلماذا أهمل هذه المصلحة في الحالة الاولى ولماذا رعاهـــا في المـــنع وماذا نعني بالمصلحة أصلا وهل هذا يعني أن تقدير الأب لمصـــلحة ابنـــته في هذه الحالة لا يخضع لرقابة القاضي في حين أن المنع الذي

يصـــدر عن الولي الذي ليس أبا يخضع لهذه الرقابة ، مع العلم أن ليس كل أب يحسن تقدير مصلحة ابنته بل هناك من الأباء من لايحسنون ذلك.

بالاضـــافة إلى ماســـبق ذكره من الامثلة عن حالات عدم التجانس بين النصوص هناك حالة **المادة 40 والمادة 41** من ق أ إذ في حين نصت الأولى على " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة وبنكاح الشبهة و بكل نكاح تم فســـخه بعد الدخول طبقا **للمواد 32 و33 و34** من هذا القانون " إذ يفهم مـــن هـــذه المادة أن النسب يثبت بالزواج الصحيح وبالزواج الفاسد الذي تم فســـخه بعـــد الدخول وبنكاح الشبهة و بالدعوى القضائية ، الأمر الذي يجعل هذه المادة تسمح بإلحاق كثير من الاطفال بأبائهم حماية لهم من التشرد والضياع بشـــرط أن لايذكر هؤلاء الأباء أن أطفالهم قد ولدوا من الزنا حماية لهم وللنظام العـــام مثـــلما يذهب اليه جانب من فقه الاسلامي على رأسهم الإمام أحمد ، ولكن المشرع بعد ما أورد هذا النص الذي يفتح باب الحماية لكثير من الاطفال تـــراجع عن ذلك في نص **المادة 41** من ق أ والتي جاء فيها مايلي " ينسب الولد إلى أبيـــه مـــتى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة " بحيـــث نلاحظ أن هذا النص جاء لاغيا لماجاء به نص **المادة 40** إذ بعد ماأجاز المشـــرع في هـــذه المادة السابقة إثبات نسب الطفل الى إبيه في الحلات التالية : الـــزواج الصـــحيح ، الـــزواج الذي تم فسخه بعد الدخول ،النكاح بشبهة و الدعـــوى القضـــائية ، نجد أن **المادة 41 من ق أ** لم تجز الحاق الولد بأبيه إلاّ إذا كـــان الـــزواج شرعيا في حين أن الغرض من هذه المادة ليس تقيد ماجاءت به

المـــادة التي سبقتها بل اظهار الشروط التي تجعل النسب يلحق الزوج مشيرة إلى أن النسب لا يلحق الزوج إلاّ اذا كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال و لم ينفه بالطـــرق الشرعية ومعنى هذا أن استعمال لفظ أبيه بدل لفظ الزوج هو الذي جعـــل القضـــاة يفهمون من النصين أن دعوى النسب لا تقبل إلا إذا تم اثبات وجـــود عقـــد زواج سابق بين ابوي الطفل أمكن الاتصال بينهما وأن لاينفيه بالطـــرق المشـــروعة وأن يولد الطفل بعد المدة القانونية[22]، فكيف نأتي بهذا العقد في مثل الحالة التي يوردها الفقه الاسلامي في مجال اثبات النسب في النكاح بشـــبهة ، حماية لحق الطفل في النسب ، والمتمثلة في الخطأ في الممارسة الجنسية بـــين رجـــل وامـــرأة يظن كل واحد منهما أن الاخر زوجه والسبب في هذا الارتباك هو صياغة ق أ ج دون الرجوع الى المختصين في الشريعة ومازاد الطين بـــلة هو تطبيق القانون من طرف قضاة لايملكون التكوين الذي يؤهلهم لحسن تطبيق هذا القانون ومحاولة إزالة مايوجد من عدم انسجام بين احكامه .

ثالثا :خلطه بين بعض الامور.

مـــن السلبيات التي حواها ق أ ج خلطه بين بعض الامور مثل مافعل في نص **المادة 6 /2** والتي جاء فيها " تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الاحكام المبينة في **المادة 5** اعلاه ." بحيث اذا رجعنا إلى **المادة 5** والتي أحالتنا عليها **المادة 6** من ق أ ج نجدهـــا تنص على مايلي " الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها

- اذا تـــرتب عن العدول ضرر مادي او معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض.

- لايسترد الخاطب شيئا مما اهداه ان كان العدول منه
- وإن كان العدول من المخطوبة ، فعليها ر د ما لم يستهلك ."

إذا مـــن خـــلال هذا النص ونص **المادة 6** نلاحظ ان المشرع يخلط بين الخطـــبة والتي هي وعد بالزواج والفاتحة التي هي عقد زواج عرفي حيث رتب عـــلى هـــذا الاخـــير نفس الاثارالتي رتبها على الخطبة رغم اختلاف الطبيعة القانونيـــة لكل واحد منهما وبالتالي اختلاف الاثارالتي تترتب على كل واحد مـــنهما وكذا الاثار التي تترتب عن العدول على كل واحد منهما إذ في حين تعتـــبر الخطبة مجرد وعد بالزواج و بالتالي يعتبر العدول عنها ليس إلا تراجع عن ذلك الوعد الذي لا يترتب عليه الاّ رد الهديا اذا كان العدول من الخاطبة والمطالبة بالتعويض للطرف المتضرر منهما في حين اذا تعلق الأمر بالفاتحة فهي ليســـت خطبة بل عقد زواج عرفي يترتب عليه كل حقوق الزوجية ومن بينها ثبوت النسب كما أن الرغبة في انهاء هذه العلاقة لاتتم بمجرد العدول بل لابد من الطلاق ،التطليق أو الخلع .

المـــثال الثاني على الخلط الذي وقع فيه المشرع في ق أ ج هو نصه على واجـــبات أخلاقية وكأنها إلتزامات قانونية وكمثال على ذلك ماجاء النص عليه في **المادة 39 /3** من ق أ والتي جاء فيها مايلي "يجب على الزوجة

3 – احترام والدي الزوج واقاربه "

اذ يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع إعتبر ضرورة احترام الزوجة لوالـــدي زوجها وكذا اقاربه و كأنه إلتزام قانوني مع العلم أنه ليس كذلك بل هو إلتزام أخلاقي لايمكن للمشرع و للقضاء أن يتدخل لكي يلزم شخصا على

احـــترام اخر حتى ولوكان ذلك الاخر والدي الزوج أو أقاربه ، من هنا يمكن القـــول انه حيث لايمكن للقضاء أن يتدخل لكي يلزم الأطراف بأداء ماعليها مـــن إلتزامات أو الإمتناع عن ما يجب الإمتناع عن اتيانه ، فالمجال لايتعلق بما يحكمـــه القانون وإنما بما تحكمه القواعد الاجتماعية الاخرى مثل قواعد الدين أو قواعـــد الاخـــلاق أو حتى قواعد المجاملات والخلط بين هذه القواعد و ما يـــترتب عـــلى مخالفتها من جزاء يعني الرجوع الى العصور القديمة جدا حيث كـــان هناك خلط بين مختلف تلك القواعد وهذا عهد ولى منذ أن فرق الفقه الاسلامي بين ماهو داخل في دائرة الدين والاخلاق وبين ماهو داخل في دائرة مـــايمكن المطالبة به قضاءا .ومن هنا على المشرع ان يقلع عن هذا الخلط الذي قـــد يؤكـــد مايذهب اليه البعض من ان الشريعة الاسلامية تعتبر من الانظمة القانونيـــة القديمـــة والتي لا تتميز فيها الاحكام القانونية عن الاحكام الدينية والاخلاقية[23]، وهذا غير صحيح مثلما سبقت الاشارة اليه.

هـــذه نماذج من سلبيات التي حوها ق أ ج والتي زادت من الصعوبات التي يجدها القاضي في تطبيق هذا القانون للاسباب التي ذكرناها في الصفحات الســـابقة مـــن هذه المداخلة الامر الذي لابد من استدراكه عن طريق حسن صياغة القانون وتحسين تكوين القضاة خاصة في مجال شؤون الأسرة والأحوال الشخصية.

الخـــاتمة:

اذا مـــن كـــل ماسبق ذكره يمكن القول ان ق أ ج كاي عمل انساني احتوى عـــلى مجموعـــة من الايجابيات مثل اهتمامه بمصلحة الاسرة الجزائرية وكذا حمايته لاعضـــاء الاسرة من بعضهم البعض . الاان هذا لايمنع من انه احتوى على مجموعة مـــن السلبيات مثل اتسام احكامه بالعمومية وكذا عدم انسجام بعض احكامه مع بعضـــها البعض ، الاان الذي زاد من ظهوره وكأنه ليس الاّ مجموعة من السلبيات ، عـــدم قدرة القضاة على حماية الأسرة والأطراف الضعيفة فيها بحجة احترام الشريعة الاســـلامية وذلك بسبب عدم حصولهم على تكوين يؤهلهم لحسن تطبيق القانون والشـــريعة على أسرة من المفروض أنهم يعرفون خصائصها ومشاكلها وطموحاتها وكـــذا طموحـــات كل عضو من أعضائها في عصر أصبح فيه تحقيق الانسان لذاته لايقـــل أهميـــة عن ضرورة مساهمة الشخص في تحقيق أهداف مجتمعه الأمر الذي يتطـــلب العـــناية بالأسرة باعتبارها الجماعة الأولية التي تلعب دور فعال في انجاب وتكويـــن الاشخاص الإيجابيين الذين يمكنهم تحقيق ذواتهم والمساهمة بطريقة ايجابية في تحقيـــق طموحـــات أوطانهم ومجتمعاتهم ، ومن هنا كانت العناية بقانون الأسرة وكذا القضاء المختص بشؤونها ليس الاهتماما بالانسان وكذا المجتمع وعليه نقترح مايلي :

1 –تعديـــل ماجاء من سلبيات في ق أ ج عن طريق اشراك المتخصصين في شؤون الأســـرة من المختصين النفسانيين والتربويين وكذا علماء الإجتماع المهتمين بشؤون الأســـرة بالاضافة الى المختصين في الشريعة وكذا أهل القانون من الفقهاء والقضاة والمحامين

2-لابد من إعادة النظر في طريقة تكوين ق أ ش وذلك عن طريق مايلي :

أ-اعطاء اهمية اكبر لدراسة الشريعة للطلبة القضاة

ب- اعطـــاء تكوين خاص لقضاة الأحوال الشخصية في مجال شؤون الأسرة شبيه بتكوين قضاة الاحداث .

ملاحظة :تحديد معاني بعض الرموز التي جاءت في البحث

ق أ ج :قانون الاسرة الجزائري

ق أ ش : قاضي الاحوال الشخصية

م ع : المحكمة العليا

غ أ ش : غرفة الاحوال الشخصية

غ ق خ : غرفة القانون الخاص

م ق : المجلة القضائية

ن ق : نشرة القضاة

م ج : المجلة الجزائرية

الهوامش

[1]- M.fontaine et autre dictionnaire de droit foucher france 178

2-:mirelle delmas marty ledroit de la famille p.u .de france 1972 p5-10

[3]- Jean louis bergel theorie generale de droit , dalloz , Paris ,France 1988 p 6 et s .

[4]- Laurence gavarini et Francoise ptitot la fabrique de l enfant maltraite eres Paris France 1998 p 55 et s

[5]- M Fontaine et d autre op cit p224

[6]- ليـــلى جمعـــي :التطليق للضرر في ق ا ج رسالة ماجيستير مقدمة بكلية الحقوق جامعة وهران تحت اشراف ا/د دنوني هجيرة،1994،ص6 وما بعدها.

7- و التي سوف يتم الاشارة اليها لاحقا

8- م ع غ ق خ 1968/6/21 م ج 1968 ج 4 ص 1133

م ع غ ق خ 1968/5/12 م ج 1969 ج 2 ص545 م ع غ أ ش 30 /12 /1985 مـــلف رقم 39277

9- هذا ماتشير اليه في اغلب قرارتها يمكن الرجوع في ذلك الى المجلة القضائية الصادرة عن وزارة العدل .

10- م ع غ ق خ 1968/9/27 ن ق 1969 ص240

11- م ع غ ا ش 24 /2 /1986 ملف رقم 39362 ذكره ا/د بلحاج العربي في قانون الاسرة مبادىء الاجتهاد القضائي ... د م ج الجزائر 1994

12- لمزيد من المعلومات حول هذه الفكرة يمكن الرجوع الى مايلي :مصطفى بو تفنوشت العائلة الجزائرية التطور والخصائص الحديثة عربه دمري احمد د م ج 1984

محمـــد الســـويدي دراسة المجتمع الجزائري تحليل سوسيولوجي لاهم مظاهر التغير في المجتمع الجزائري المعاصر د م ج 1990 .

13- بحيث عادة مايعوض هذا الاجراء – أي تعين الحكمين – بعقد القاضي لجلسة صلح بين الزوجين.

14- م ع غ ق خ 21/ 10 /1970 ن ق 1972 عدد 1 ص 65 وفي قرار اخر ل م ع غ أ ش 25 / 12 / 1989 ملف رقم57812. م ق 1991 عدد3 ص71.

15-نحن لانروج للصراع الاسري ولكن موضوع الدراسة قانوني ومجال القانون هو تحديد الحقوق والواجبات وكذا اليات الحماية التي تمكن صاحب الحق من الحصول على حقه وتلزم الملتزم باداء واجباته اما الكلام عن التسامح والايثار علىالنفس فاطارها الاخلاق وليس القانون بحيث قد نعض احد الزوجين بمسامحة زوجه ولاكن لايمكننا ان نلزمه في حين يمكننا الزامه على اداء واجباته

16- م ع غ أ ش 12 / 11 /1982 ملف رقم 28784 ن ق 1986 عدد 2 ص 32 وم ع غ أ ش 7 /4 /1986 ملف رقم 41560 م ق 1989 عدد2 ص 69 و م ع غ أ ش 27 /3 / 1989 ملف رقم 53017 م ق 1991 عدد 1 ص 56

17- م ع غ أ ش 25 / 12 / 1989 ملف رقم 57506 م ق 1991 عدد 3 ص 65 .

18- م ع غ أ ش 2 / 1 / 1989 ملف رقم 52278 م ق 1991 عدد 4 ص 95

19- م ع غ أ ش 12 /11 /1988 ملف رقم 51728 م ق عدد 3 ص 72

20- م ع غ أ ش 18 /6 1991 ملف رقم 75171 ذكره ا/د بلحاج العربي المرجع السابق ص 121

[21] - م ع غ أ ش 21 /11 / 1988 ملف رقم 51728 م ق 1990 عدد 3 ص 72

[22] - م ع غ أ ش 8 / 10 / 1984 ملف رقم 34137 م ق 1989 عدد 4 ص 79

(23) M ichel Fromont , les grands systemes de droit contemporains,Dalloz ,France , Paris 1987

الكفاءة في الزواج
مشروعيتها وآراء الفقهاء في اشتراطها

بقلم أ/ سليماني عبدالقادر

أولا : معنى الكفاءة ، وآراء الفقهاء في اشتراطها .

1-تعريف الكفاءة :

لغـــة :هـــي المماثلة و المساواة ، يقال فلان كفء لفلان أي مساو له ؛ و منه قوله ﷺ: " المسلمون تتكافأ دماؤهم "[1] ، أي تتساوى .

اصـــطلاحا : المماثـــلة بـــين الزوجين دفعا للعار في أمور مخصوصة ، هي عند المالكيـــة الدين والحال، أي السلامة من العيوب التي توجب لها الخيار ، وعند الجمهـــور الدين والنسب والحرية والحرفة أو الصناعة ، وزاد الحنفية والحنابلة اليسار أو المال[2] .

ويـــراد مـــنها تحقيق المساواة في أمور اجتماعية من أجل توفير استقرار الحياة الزوجية، وتحقيق السعادة بين الزوجن ، بحيث لا تعير المرأة أو أولياؤها بالزوج بحسب العرف .

2-و أما آراء الفقهاء في اشتراط الكفاءة ، فلهم مذهبان[3]:

المذهب الأول : و هو أن الكفاءة ليست شرطا أصلا ، و هو مذهب سفيان