المَوَادُ المُلْغَاةُ مِنْ قَانُونِ الأُسْرَةِ الجَزَائِرِيّ بِمُوجَبِ الأَمْرِ 05-02، وَإِيجَابِيَّةُ تَفْعِيلِهَا – دِرَاسَةٌ مُقَارَنَةٌ مَعَ الفِقْهِ الإِسْلَامِيّ –

Articles Canceled of the Algerian Family Code according to Order 05-02, and Positive of its Activation Comparative Study with Islamic Jurisprudence

أ. خالد ضو. جامعة الجزائر -1- بن يوسف بن خدة - الجزائر

الملخص:

يتضمّنُ هذا البحثُ دراسةً تحليلية للمواد الملغاة من قانون الأسرة الجزائري، ويهدفُ إلى بيان أهمية مضامين هذه المواد، وإيجابية تفعيلها وفق ما تدعو إليه الضرورة، كما يهدفُ إلى تحديد أسباب إلغاء هذه المواد ومواضع إعادة دمجها في القانون، وقُسمَت الدراسة إلى خمسة أجزاء، تضمّن كل جزء تحليل مادة، ومن أهم النتائج التي توصل إليها البحث أن إلغاء المشرّع لبعض المواد في قانون الأسرة أو غيره لا يعني رفضه لما جاء في مضمونها، فيُمكن أنّه أدرجها في مادة أخرى بعد التعديل؛ وألغاها تجنبا للتكرار، كما أنّ في تفعيلها إيجابيات كثيرة، ويُمكن التعديل عند تفعيلها مراعاةً لما تمّ دمجه في المواد الأخرى.

الكلمات المفتاحية: قانون الأسرة؛ الأمر 05- 02؛ المواد الملغاة؛ تفعيل.

Abstract:

This research includes an analytical study of the canceled articles of the Algerian Family Law, and it aims to show the importance of the contents of these articles and the positive effect of their activation according to what is necessary. It also aims to determine the reasons for the abolition of these articles and the positions for their reintegration into the law. And the study was divided into five parts, and each part included an analysis of an article. and one of the most important findings of the research is that the legislator's abolition of some articles

in the family law or others does not mean his rejection of what is stated in its content, so it is possible that he included them in another article after the amending. And he canceled it in order to avoid repetition. And it has many advantages in activating it, and it can be amending when activated, taking into account what has been incorporated into the other articles.

Keywords: Family law; order 05-02; cancelled articles; activation.

المقدمة:

الحمد لله ربّ العالمين، حتى يبلغَ الحمد منتهاه، والصّلاة والسّلام على النبيّ الأمين، محمّدٍ بن عبد الله، عليه أفضل الصّلاة وأزكى التّسليم، وبعد: فإنّ القوانين الوضعيّة تختلف مصادرها باختلاف موضوعها، كما أنّها عُرضة للتعديل دائما، وذلك لتغير السلطة التي تشرّع الأحكام، واختلاف مآربهم وأفكارهم، وكذلك لتغيّر الأعراف والعادات والمطالب، وأحكام قانون الأسرة الجزائري كما هو معروف؛ هي أقرب أحكام القانون الوضعي للشريعة الإسلامية، لذلك لاقت قبولا كبيرا لدى المجتمع، وفي الوقت نفسه يلاقي استنكارا لما كان فيه مخالفا للشرع والعرف، مثل بقية فروع القانون الأخرى.

قانون الأسرة الجزائري على الرغم من كونه مُتأتٍ من الفقه الإسلامي بنسبة كبيرة؛ لكنه لا يخلو من بعض الأحكام الوضعية، إذ فيه بعض الجزئيات التي تخالف الآراء الفقهية، أو على الأقل تخالف الراجح منها، كما أنّه يتوالى على السلطة التشريعية فئات مختلفة مما يجعل القانون عرضة للتغيير والتعديل بين الفينة والأخرى، ولو كان شرعيا مطلقا لما احتيجَ إلى تعديله ولا لإلغاء بعض النصوص منه إلا نادرا أو في حالات خاصة، كما أنّ هذا التعديل أو الإلغاء لبعض النصوص يكون اجتهاديا وفق ما يتطور عليه المجتمع وتتبلور فيه الأعراف، وخاصة في العقدين الأخيرين؛ إذ تغيرت أعراف المجتمعات المسلمة كثيرا بسبب الاحتكاك بالثقافات الأخرى، وكثرت التعديلات في القوانين.

ألغى المشرعُ الجزائريّ خمسة مواد من قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتعلق بقانون الأسرة، وهذه المواد هي (12)، (20)، (38)، (39)، (63)، وجاء هذا البحث ليدرس هذه المواد دراسة تحليلية، وذلك ببيان مضمونها وتحليل محتواها للوصول إلى الحكم عليها من حيث موافقتها لأحكام الفقه وقبولها من العرف، وستُدرَس كل مادة على حدة، بحيث يأتي شرح لمحتواها ويليه الآراء الفقهية في تلك المسألة وبيان مدى موافقة النص الملغى للفقه، ويأتي عقب ذلك نتيجة

التحليل، وبيان موضع دمجها إن كان المشرع قد أفرغ مضمونها في مادة أخرى، وبيان أهمية تفعيل تلك المادة؛ إما على إطلاقها أو بتعديلٍ يجعلُها مناسبة للعادات والأعراف، ومن باب أولى موافقة للأحكام والمبادئ الشرعية.

أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية هذا الموضوع في عدة نقاط؛ يُذكَرُ منها:

- كونه مقارنا بين أحكام القانون والفقه الإسلامي ممّا يدعم الدراسات القانونية ويسعى لشرعيّتها.
- تعلقه بأحكام الأسرة وهي من أهم القوانين والأحكام لكثرة الحاجة إليها.
- حاجة الناس الملحّة لمثل هاته الدراسات، لكثرة تداولها والسؤال عنها.
- تحليله للمواد الملغاة سعيا لتفعيلها وإعادة ضبطها وفق ما يوافق الشرع والعرف.

إشكالية البحث:

ينطلقُ هذا البحث من الإشكال الآتي:

- ما مدى إيجابية وأهمية إعادة تفعيل المواد الملغاة من قانون الأسرة الجزائري؟

ويندرج تحت هذا الإشكال السؤالان الفرعيّان الآتيان:

- ما المواد الملغاة من قانون الأسرة الجزائري؟
- كيف يمكن إعادة تفعيل هذه المواد؟

أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى الآتي:

- بيان المواد الملغاة من قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05- 02.
- تحليل هذه المواد الملغاة وفق ضوابط الفقه وقواعد العرف.
- بيان أهمية مضامين هذه المواد، وإيجابية تفعيلها وفق ما تدعو إليه الضوابط الشرعية.
- تحديد أسباب إلغاء هذه المواد ومواضع إعادة دمجها في القانون.

خطة البحث:

للإجابة على الإشكالية والتساؤلات المطروحة، ولتحقيق أهداف البحث؛ جاءت هذه الدّراسة في خمسة مباحث؛ مبحث لكل مادة، تتقدمُها مُقدّمةٌ، وتليها خاتمة، وتفصيل ذلك كالآتي:

مقدمة: وفيها أهمية الموضوع، وإشكاليته، وأهدافه، وخطة تقسيمه، ومنهج دراسته.

المبحث الأول: تحليل المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: تحليل المادة 20 من قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثالث: تحليل المادة 38 من قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: تحليل المادة 39 من قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثالث: تحليل المادة 63 من قانون الأسرة الجزائري.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج التي توصّلتْ إليها الدّراسةُ، مع ذكر بعض التوصيات.

منهج الدّراسة:

أُنتُهِجَ في هذا البحث عدة مناهج؛ وذلك كالآتي:

- المنهج الوصفي: حيث تم التعريف بالمواد الملغاة ووصف ما جاء فيها.
- المنهج التحليلي: حيث تمّ تحليل هذه المواد بُغية الوصول إلى بيان أهمية تفعيلها.
- المنهج المقارن: حيث تمّت المقارنة بين أحكام هذه المواد مع أحكام مضمونها في الفقه الإسلامي.
- المنهج الاستقرائي: حيث تمّ الانتقال من جزئيات العناصر إلى إطلاق الأحكام واستنتاجها.

المبحث الأول: تحليل المادة (12) من قانون الأسرة الجزائري

هذه المادة ملغاة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م؛ ونصُّها كالآتي:

> لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة (9)[1] من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت.

تتعلق هذه المادة بالولاية في الزواج، وقد كانت تنص على حق الفتاة في الزواج بمن ترغب ولا يحق للولي منعها، وإن منعها يحق للقاضي أن يأذن لها، ولو رجعنا لأحكام الفقه الإسلاميّ لوجدنا بعض الأقوال الفقهية في هذه المسألة، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى حق المرأة في الاختيار؛ وإن كان هذا الحق مقيدا بقيود سيأتي ذكرها.

وجاء في تفسير قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [البقرة:232]؛ أن الولي لا يمنع المطلقة من الرجوع إلى زوجها إذا رضيت، وفي هذه الآية دليل أن الولي إذا منع المرأة عن النكاح، كان للحاكم أن يزوجها.[2]

وتجدرُ الإشارة إلى أنّ إلغاء المشرّع لهذه المادّة لا يعني رفضه لما جاء فيها، لأنّ شطرها الأول يندرجُ ضمنيا في المادة التي تليها[3]، ولو نظرنا لهذا الإلغاء من جانب إيجابي لرأينا فيه سعيًا للحفاظ على مكانة الولاية ومعناها، لأن هذا النصّ قد يُشكل حافزا عند البعض للتمرد على الوليّ والتقليل من شأن الولاية التي هي في مصلحة المرأة، لكن بالنظر إلى الشطر الأخير منها وهو: "غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت" نجده موافقًا تماما للرأي الراجح في الفقه الإسلامي،

1. المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري؛ نصها كالآتي: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"
2. أبو الليث السمرقندي، بحر العلوم، ج1، ص152- 153.
3. المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري؛ نصها كالآتي: "لا يجوز للولي؛ أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"

حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى حق الأب في جبر ابنته البكر الصغيرة إن كان في الجبر مصلحتها[1]، أما البكر الكبيرة فقد اختلفوا فيها؛ حيث قال المالكية والشافعية يحق للأب جبرها[2]، وقال الحنفية لا تُجبر.[3]

وبناءً على تحليل المادة في العناصر السابقة نجدُ أنّ في تفعيلها أهمية كبيرة في الحفاظ على حق الأب في جبر البكر على الزواج وهذا ما نصّ عليه جمهور الفقهاء، كما يُمكن تعديلها بما يضمن عدم التكرار والتداخل بينها وبين المادة التي تليها، ويكون فيها تفصيل أكثر لمسألة الولاية لأهميتها.

المبحث الثاني: تحليل المادة (20) من قانون الأسرة الجزائري

هذه المادة أيضا ملغاة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م؛ ونصُّها كالآتي:

يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة.

وموضوع هذه المادة هو الوكالة عن الزوج في إبرام العقد، ولفظ الزوج في اللغة يُطلق على الزوجيين كليهما؛ فإطلاقه على الرجل ظاهر لتذكيره، وأما إطلاقه على المرأة فمنه قوله تعالى: ﴿وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ﴾ [البقرة:35]، وقوله أيضا: ﴿وَأَصْلَحْنَا لَهُ زَوْجَهُ﴾ [الأنبياء:90]

اختلفت أقوال الفقهاء في هذه المسالة؛ أمّا المرأة فلا يُمكنها أن توكل من يُزوجها عند الجمهور؛ لأنها لا تملك إبرام العقد بنفسها، فلا تملك توكيل غيرها فيه[4]، إلا الحنفية قالوا بجواز توكيل المرأة لمن يزوجها،[5] إذا كانت كاملة الأهلية أي بالغة عاقلة حرة؛ لأن للمرأة عندهم أن تزوج نفسها فلها أن توكل غيرها في العقد؛ عملاً بالقاعدة الفقهية القائلة: كل ما جاز للإنسان أن يباشره من التصرفات بنفسه، جاز له أن يوكل غيره فيه، إذا كان التصرف يقبل النيابة.[6]

---

1. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ص 241.
ويُنظر أيضا: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، ص 42.
ويُنظرُ أيضا: أبو اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، ص 429.
2. الحطاب الرُّعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج3، ص 427.
ويُنظر أيضا: أبو اسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج2، ص 430.
3. علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص241.
4. وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ، ج9، ص 6726.
5. ابن الهمام، فتح القدير، ج3، ص 306.
ويُنظر أيضا: فخر الدين الزيلعي الحنفي، (مع حاشية: شهاب الدين الشِّلْبِيُّ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، ج2، ص134.
6. وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، المرجع السابق، ج9، ص 6726.

أما توكيل الرجل لمن يعقد له نكاحه فجائز عند الجمهور[1]، لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم وكّل عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة رضي الله عنهما.[2]

وبناءً على التحليل المذكور في العناصر السابقة فإنّ تفعيل هذه المادة فيه من الأهمية والإيجابية ما يجعله مطلبا مهما، وإذا كان إلغاؤها خشية استغلالها في التلاعب بالنساء، فإنه قد يكون هناك من لا يمكنه عقد نكاحه بنفسه لأي سبب، والأهم من هذا كله أنّ هذا الأمر لا يخالف الشرع ولا العقل، ويُمكن مع تفعيلها تعديلُها وضبطها بشروط تضيق استعمالها لكن لا تمنعه.

المبحث الثالث: تحليل المادة (38) من قانون الأسرة الجزائري

هذه المادة أيضا ملغاة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م؛ ونصُّها كالآتي:

للزوجة الحق في:
– زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف؛
– حرية التصرف في مالها.

هذه المادة ذكرت حقّان من حقوق المرأة؛ وهما:

أولا– زيارة أهلها واستضافتهم بالمعروف:

إنّ أحكام الشريعة الإسلامية تدعو وبشدة إلى ربط أواصر الأسرة والمجتمع، وتُشجع على الصلة، عَنْ عَائِشَةَ رضي الله عنها، قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الرَّحِمُ مُعَلَّقَةٌ بِالْعَرْشِ تَقُولُ مَنْ وَصَلَنِي وَصَلَهُ اللهُ، وَمَنْ قَطَعَنِي قَطَعَهُ اللهُ»[3]، كما أنّ المرأة من حقها زيارة أهلها.[4]

كما أن الفقهاء قالوا بعدم حق الزوج في منع زوجته عن محارمها، بل قال مالك لها أن تعود أخاها أو أختها ولو بغير إذن زوجها[5]، وقال الحنفية أيضا لها زيارة أهلها بغير إذنه.[6]

1. يُنظر: الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير)، ج2، ص372.
وينظر أيضا: أبو اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، ص162.
ويُنظر أيضا: الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، ص263.
2. أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، باب الوكالة في النكاح، الحديث رقم: 13796، ج7، ص225.
3. أخرجه مسلم، بَابُ صِلَةِ الرَّحِمِ وَتَحْرِيمِ قَطِيعَتِهَا، الحديث رقم: 2555، ج 4، ص 1981.
4. عبد العظيم بن بدوي، الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز، ص 303.
5. محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج 4، ص 395.
6. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3 ، ص 145.

وبناءً على أقوال الفقهاء المذكورة فإن صلة الرحم مطلب شرعي، وللمرأة الحق في زيارة أهلها واستضافتهم ومنعها من ذلك هو سبيل من سبل قطع الرحم.

ثانيا- حرية التصرف في مالها:

للمرأة حرية التصرف في مالها، وهذا لا يخالف الشرع ولا العرف، ومما يؤكد ذلك ما ذهب إليه الفقهاء أنّ الزوج إذا سرق من مال زوجته الذي هو في حرز يُقطع[1]، وهذا دليل على أنّه لا حقّ له في التصرف في مالها دون إذنها.

من خلال تحليل المادة يبدو أنها موافقة تماما لأحكام الفقه، بل هي من مساعي الشريعة الإسلامية، كما أنها لا تنافي الأعراف، وعليه فتفعيلها أمر مهم جدا ويحفظ الكثير من الحقوق ويدفع الكثير من الانتهاكات، والمشرع الجزائري لم يُلغِ هذه المادة إنما دمجها في المادتين (36) و(37) بعد تعديلهما بموجب الأمر 05- 02 نفسه، وكان بالإمكان الإبقاء عليها مع تعديلها وفق ما يزيل التكرار ويحقق زيادة البيان.

المبحث الرابع: تحليل المادة (39) من قانون الأسرة الجزائري

هذه المادة أيضا ملغاة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م؛ ونصُّها كالآتي:

> يجب على الزوجة:
> 1- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة؛
> 2- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيته؛
> 3- احترام والدي الزوج وأقاربه.

وهذه المادة كان فيها ثلاثة واجبات من واجبات الزوجة وهي كالآتي:

أولا- واجبها نحو زوجها:

اشترطت هذه المادة على الزوجة طاعة زوجها، وهذا ما جاءت به الشريعة الإسلامية، وهناك العديد من النصوص الدالة على ذلك؛ منها:

1. ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات، ج 3، ص 212.
ويُنظر أيضا: محمد الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل للخرشي، ج 8، ص 98.
ويُنظر أيضا: الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير)، ج 4، ص 481.

1- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «... فَإِنِّي لَوْ كُنْتُ آمِرًا أَحَدًا أَنْ يَسْجُدَ لِغَيْرِ اللَّهِ، لَأَمَرْتُ الْمَرْأَةَ أَنْ تَسْجُدَ لِزَوْجِهَا، وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ، لَا تُؤَدِّي الْمَرْأَةُ حَقَّ رَبِّهَا حَتَّى تُؤَدِّيَ حَقَّ زَوْجِهَا ...».[1]

2- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا صَلَّتِ الْمَرْأَةُ خُمُسَهَا، وَصَامَتْ شَهْرَهَا، وَحَصَّنَتْ فَرْجَهَا، وَأَطَاعَتْ بَعْلَهَا دَخَلَتْ مِنْ أَيِّ أَبْوَابِ الْجَنَّةِ شَاءَتْ».[2]

3- عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: سَأَلْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَيُّ النَّاسِ أَعْظَمُ حَقًّا عَلَى الْمَرْأَةِ؟ قَالَ: «زَوْجُهَا» قُلْتُ: فَأَيُّ النَّاسِ أَعْظَمُ حَقًّا عَلَى الرَّجُلِ؟ قَالَ: «أُمُّهُ».[3]

هذه الأحاديث تدل على وجوب طاعة الزوج وتقديم طاعته على طاعة الوالدين، وهذا ينبئُ عن عظيم هذا الأمر، كما أنّ حقّ الطاعة منبثقٌ من قِوامة الزوج على الزوجة؛ فالقِوامة تشمل الأمر والرّعاية وإسداء النّصح، وعلى الزوجة أن تمتثل له في أمره، إلّا ما كان في معصية الله تعالى.

ثانيا- واجبها نحو أولادها:

أوجبت هذه المادة على المرأة إرضاع أولادها عند الاستطاعة، وهذا موافق لأحكام الفقه الإسلامي حيث قال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة:233]؛ وقال جماعة من المفسرين: أن لفظها لفظ الخبر، ومعناها الإلزام والأمر.[4]

كما قال تعالى: ﴿لاَ تُضَار وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة:233] أي لا تمتنع الأم من إرضاعه إضراراً بالأب، وهو قول جمهور المفسرين[5]، فلا تترك رضاع ولدها وأخذ الأجرة، والصبي لا يقبل غيرها فتضر بالأب والصبي، قال تعالى: ﴿وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ﴾ [البقرة:233] معناه: لا يضر الوالد فيلقى إليه الطفل

1. أخرجه ابن ماجة باب حق الزوج على المرأة، الحديث رقم: 1853، ج 3، ص 59.
2. أخرجه ابن حبان، باب ذكر إيجاب الجنة للمرأة إذا أطاعت زوجها مع إقامة الفرائض، الحديث: 4163، ج 9، ص 471.
3. أخرجه النسائي باب حق الرجل على المرأة، الحديث رقم: 9103، ج8، ص 254.
4. ينظر: مكي بن أبي طالب القيسي، الهداية إلى بلوغ النهاية في علم معاني القرآن وتفسيره وأحكامه، ج1، ص 781.
ويُنظر أيضا: عبد الكريم بن هوازن القشيري، لطائف الإشارات (تفسير القشيري)، ج1، ص 183.
وينظر أيضا: أبو المظفر منصور المروزي، تفسير القرآن، ج1، ص 236.
وينظر أيضا: الراغب الأصفهاني، تفسير الراغب الأصفهاني (جزء المقدمة وتفسير الفاتحة والبقرة)، ص480.
5. أبو الحسن الماوردي، تفسير الماوردي (النكت والعيون)، ج1، ص 299.

بعد ما عرف أمه وَأَلِفَها؛ وتفعل ذلك لتقرب عدتها فتتزوج، لأنها إذا كانت ترضع، أبطأ عندها المحيض فتلقي الصبي، وهو لا يقبل غيرها فتضر بالوالد والولد في ذلك، فنهى الله النساء عن ذلك.[1]

وذهب مجموعة من الفقهاء والمفسرين إلى أن الأمر هنا هو أمر استحباب لا أمر إيجاب؛ يريد: إنهنَّ أحقُّ بالإرضاع من غيرهنَّ إذا أردن ذلك.[2]

كما أوجبت هذه المادة أيضا على المرأة تربية أولادها، وهذا لا خلاف أنه من مطالب الفقه الإسلاميّ.

ثالثا- واجبها نحو أهل زوجها:

أوجبت هذه المادة على الزوجة أن تحترم والديْ زوجها وأقاربَه، والاحترام لا شكّ من أهم مطالب الشريعة، إذ بالاحترام تتحقق صلة الرحم، وبذهابه تتمزق أواصر الأسرة وتكثر الخلافات والقطيعة، وقد رُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «مَنْ سَرَّهُ أَنْ يُبْسَطَ لَهُ فِي رِزْقِهِ، وَأَنْ يُنْسَأَ لَهُ فِي أَثَرِهِ، فَلْيَصِلْ رَحِمَهُ».[3]

وعليه وبناء على تحليل المادة في العناصر السابقة، فإنّ في تفعيل نص المادة إيجابية كبيرة، وذلك حتى لا يتّخذها بعض النساء مطيّة في ترك واجباتهن، وتتجلّى أهمية تفعيلها فيما يأتي:

1- أهميّة طاعة الزوج في دوام استقرار الأسرة، وما سبب بعض الانفلات الموجود اليوم إلا من إهمال الزوج لدوره في القوامة، وإهمال المرأة لواجبها في طاعته وحقه في ذلك.

2- أهميّة رضاعة الولد من أمه، لما يحتويه لبنها من غذاء كامل له، ولما تحققه الرضاعة من زيادة إلف ومودة، وكذلك أهمية العناية بالأولاد وتربيتهم تربية صالحة لينفعوا أسرتهم أولا والمجتمع ثانيا.

3- أهمية صلة الرحم في المجتمع، بل وجوبها شرعًا، وهي تتناسبُ طردا مع الاحترام؛ فكلما زاد زادت.

والمشرع الجزائري لم يُلغِ هذه المادة تماما بل دمجَ الفقرتين الأخيرتين منها في المادة (36)، لكن الفقرة الأولى منها وهي: "يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة" اختفت تماما بعد

1. ينظر: مكي بن أبي طالب القيسي، الهداية إلى بلوغ النهاية في علم معاني القرآن وتفسيره وأحكامه، ج1، ص781.
2. أبو الحسن الواحدي، الوسيط في تفسير القرآن المجيد، ج1، ص340.
وينظر أيضا: الراغب الأصفهاني، تفسير الراغب الأصفهاني (جزء المقدمة وتفسير الفاتحة والبقرة)، ص480.
ويُنظر أيضا: أبو إسحاق الثعلبي، الكشف والبيان عن تفسير القرآن، ج2، ص180.
3. أخرجه البخاري، باب من بسط له في الرزق بصلة الرحم، الحديث رقم: 5985، ج8، ص5.

التعديل، وفي المادة (36) إشارات لها بغير هذا اللفظ، وبالنظر في أحكام الفقه والعرف نجد أنّ في تفعيل هذه الفقرة خير كثير ونفع عظيم للأسرة والمجتمع.

المبحث الخامس: تحليل المادة (63) من قانون الأسرة الجزائري

هذه المادة أيضا ملغاة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م؛ ونصُّها كالآتي:

> في حالة إهمال العائلة من طرف الأب أو فقدانه يجوز للقاضي قبل أن يصدر حكمه أن يسمح للأم بناء على طلبها بتوقيع كل شهادة إدارية ذات طابع مدرسي أو اجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب الوطني.

تتعلق هذه المادة بسماح القاضي للأم بالنيابة عن الأب في توقيع الأوراق المتعلقة بحالة الطفل في المدرسة والمجتمع إذا طلبت ذلك، وكان الأب مقصرا أو غائبا.

بالنظر في مضمون هذه المادة نجد أنها لا تخالف الشرع ولا العرف، فالشرع يعتبر الأم والأب كليهما وليّ للولد في المعاملات، إلا ما اشترط له الذكورة في الولاية كالتزويج مثلا؛ فلا تُزوج المرأة ولدها ولا ابنتها أي لا تعقد لهما العقد[1]، ما عدا أبي حنيفة قال عند عدم العصبات يجوز لغيرهم من الأقارب التزويج ولو كانوا إناثا.[2]

ممّا لا شك فيه في كافة الأعراف أنّ الولد تابع لأبيه لا لأمه في الوثائق والشهادات، ولكن هذا لا يعني أنّ الأم لا تريد مصلحة ولدها، والغالب بين الناس أنّ الأمّ أكثر حرصا وخوفا على ولدها من الأب، لذلك نرى كثيرا أبا مهملا، وينذُر أن نرى أُمّا مهملة لصغارها.

وممّا يدلّ على حقّ الأمّ في الولاية هو ما أولاه الشرع لها من حقّ في الصّحبة والبرّ؛ فعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه، أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَيُّ النَّاسِ أَحَقُّ مِنِّي بِحُسْنِ الصُّحْبَةِ؟ قَالَ: «أُمُّكَ» قَالَ: ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ: «أُمُّكَ» قَالَ: ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ: «ثُمَّ أُمُّكَ» قَالَ: ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ: «ثُمَّ أَبُوكَ»[3]، وبما أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قدمها وأكّد عليها فهذا يُنبئُ عن دورها وتعبها في تربية أولادها.

1. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، ص39.
ويُنظر أيضا: شمس الدين الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج2، ص408- 409.
2. أبو بكر الزَّبِيدِيّ اليمني، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى، 1322هـ، ج2، ص 10.
3. أخرجه البخاري، باب من حديث محمد بن طلحة بن مصرف، الحديث رقم: 2712، ج1، ص 397.
وأخرجه مسلم، باب بر الوالدين وأنهما أحق به، الحديث رقم: 2548، ج4، ص 1974.

وبناءً على تحليل المادة في العناصر المذكورة أعلاه يُمكن القول بأن هذه المادة تحتاج تفعيلا، وإن كانت فيها مخالفات لبعض أحكام القانون المدني في استصدار الشهادات يُمكن تدارك ذلك بالتعديل المناسب، وذلك لأنّ في تفعيلها تيسير للناس، ومن زاوية أخرى لا تكون حجة لبعض الآباء المهملين؛ بحيث يقصرون ويحرمون أبناءهم ولا يسمحون لأمهاتهم بتولي أمورهم.

الخاتمة

بفضل الله وفتحه وتوفيقه تمّ هذا البحث، وفي ختامه يُمكن عرض جملة من النتائج، كما يمكن سرد بعض التوصيات؛ وذلك كالآتي:

أولا- النتائج:

1. القوانين الوضعيّة تختلف مصادرها باختلاف موضوعها، كما أنّها عُرضة للتعديل دائما، وذلك لتغير السلطة التي تشرّع الأحكام، واختلاف مآربهم وأفكارهم، وكذلك لتغيّر الأعراف والعادات والمطالب.
2. ألغى المشرعُ الجزائريّ خمسة مواد من قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتعلق بقانون الأسرة، والمواد الملغاة هي (12)، (20)، (38)، (39)، (63).
3. إلغاء المشرّع الجزائري لبعض المواد في قانون الأسرة أو غيره لا يعني رفضه لما جاء في مضمونها، بل يُمكن أنّه أدرجها في مادة أخرى بعد التعديل؛ وألغاها تجنبا للتكرار، أو وقوع سوء الفهم عند استخدام القاضي لسلطته التقديرية في بعض الأحكام.
4. المواد التي أدرَجَ المشرعُ مضمونَها في مواد أخرى بعد التعديل وألغاها؛ هي الشطر الأول من المادة (12)، والمادة (38)، والفقرتان الأخيرتان من المادة (39)، أمّا التي ألغاها ولم يأتِ ذكرها في التعديل هي الشطر الثاني من المادة (12)، والمادة (20)، والفقرة الأولى من المادة (39)، والمادة (63).
5. المواد التي تمّ إلغاؤُها بموجب الأمر 05- 02 في تفعيلها إيجابيات كثيرة، ذلك أنها لا تخالف أحكام الفقه الإسلامي، ولا الأعراف السائدة في المجتمعات الجزائرية، ويُمكن الموازنة في تفعيلها بتعديل ما ينافي الشرع أو القانون أو العرف، مع مراعاة ما تمّ دمجه في المواد الأخرى.

6. المواد الخمس الملغاة بعد تحليلها تبيّن أنّ أغلب فقراتها ضرورة ملحّة حسب ما يبدو في المجتمع، كما يُمكنُ للمشرع الجزائري في مشاريع التعديل اللاحقة أن يستدركها ولو بتعديل يحقق ايجابياتها ولو كان قد دمجها في مواد أخرى، حيث ستكون زيادة في التفصيل والبيان والتبيان.
7. المواد التي تمّ إلغاؤها لا تُعدّ نقصا في القانون، لأن القاضي إذا لم يجد حكما في المسألة فإنه يرجع لأحكام الفقه الإسلامي حسب ما نصت عليه المادة (222) من قانون الأسرة وبالتالي فتفعيلها ضمنيّ، لكن النصّ عليها وتفعيلها أفضل لتجنب اختلاف القضاء في وجهات النظر.

ثانيا- التوصيات:

1. ضرورة تفعيل المواد الملغاة من قانون الأسرة الجزائري وفق أحكام الفقه والقانون والعرف؛ كما جاء في البحث، وذلك لتفصيل أكثر في بعض المسائل التي تحتاج بيانا.
2. بيان سبب الإلغاء في المواد الملغاة أو الإشارة إليه، وذلك لتسهيل الأمر على الباحثين والمشتغلين بالقانون، وأيضا لسهولة الاستدراك في النوازل والضرورات.
3. اهتمام الباحثين بمثل هذه المسائل التي تظهر في غالب الأحيان أنها زوايا ميتة في البحث العلمي، لكنها تحوي بين طياتها عناوين الحياة والانطلاق نحو الأفضل.

قائمة المصادر والمراجع:

1. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ) رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1412هـ/ 1992م.
2. ابن ماجة – وماجة اسم أبيه يزيد – أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: 273هـ)، سنن ابن ماجة، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، عادل مرشد، محمَّد كامل قره بللي، عَبد اللّطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، 1430هـ/ 2009م.
3. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ) المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية.
4. أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، النيسابوري، الشافعي (المتوفى: 468هـ)، الوسيط في تفسير القرآن المجيد، تحقيق وتعليق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد

معوض، الدكتور أحمد محمد صيرة، الدكتور أحمد عبد الغني الجمل، الدكتور عبد الرحمن عويس، قدمه وقرظه: عبد الحي الفرماوي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ/ 1994م.

5. أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ)، تفسير الماوردي (النكت والعيون)، تحقيق: السيد ابن عبد المقصود بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية، بيروت.
6. أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: 1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)، دار المعارف.
7. أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (المتوفى: 502هـ)، تفسير الراغب الأصفهاني (جزء المقدمة وتفسير الفاتحة والبقرة)، تحقيق: محمد عبد العزيز بسيوني، كلية الآداب، جامعة طنطا، الطبعة الأولى: 1420هـ/ 1999م.
8. أبو الليث نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السمرقندي (المتوفى: 373هـ)، بحر العلوم.
9. أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (المتوفى: 489هـ)، تفسير القرآن، تحقيق: ياسر بن إبراهيم وغنيم بن عباس بن غنيم، دار الوطن، الرياض، الطبعة الأولى، 1418هـ/ 1997م.
10. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1408هـ/ 1988م.
11. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ/ 2004م.
12. أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزَّبِيدِيّ اليمني الحنفي (المتوفى: 800هـ)، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى، 1322هـ.
13. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ)، السنن الكبرى، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ/ 2001م.

14. أبو محمد مكي بن أبي طالب حَمّوش بن محمد بن مختار القيسي القيرواني ثم الأندلسي القرطبي المالكي (المتوفى: 437هـ)، الهداية إلى بلوغ النهاية في علم معاني القرآن وتفسيره، وأحكامه، وجمل من فنون علومه، تحقيق: مجموعة رسائل جامعية بكلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الشارقة، بإشراف: الشاهد البوشيخي، مجموعة بحوث الكتاب والسنة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الطبعة الأولى، 1429هـ/ 2008م.
15. أحمد بن الحسين بن علي الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، 1424هـ/ 2003م.
16. أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي، أبو إسحاق (المتوفى: 427هـ)، الكشف والبيان عن تفسير القرآن، تحقيق: أبي محمد بن عاشور، مراجعة وتدقيق: نظير الساعدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى 1422هـ/ 2002م.
17. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: 954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1412هـ/ 1992م.
18. شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ/ 1994م.
19. عبد العظيم بن بدوي بن محمد، الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز، قدم له: محمد صفوت نور الدين ومحمد صفوت الشوادفي ومحمد إبراهيم شقرة، دار ابن رجب، مصر، الطبعة الثالثة، 1421هـ.
20. عبد الكريم بن هوازن بن عبد الملك القشيري (المتوفى: 465هـ)، لطائف الإشارات (تفسير القشيري)، تحقيق: إبراهيم البسيوني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، الطبعة الثالثة.
21. عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743هـ)، مع حاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل الشِّلْبِيُّ (المتوفى: 1021هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، المطبعة الكبرى الأميرية بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، 1313هـ.

22. علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1406هـ/ 1986م.
23. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ)، فتح القدير، دار الفكر.
24. محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: 1299هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1409هـ/1989م.
25. محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة الأولى، 1422هـ.
26. محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبدَ، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (المتوفى: 354هـ)، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، 1414هـ/ 1993م.
27. محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: 1101هـ) شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت.
28. مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
29. وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْليّ، الفقه الإسلامي وأدلته (الشَّامل للأدلّة الشَّرعيَّة والآراء المذهبيَّة وأهمّ النَّظريَّات الفقهيَّة وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخريجها)، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرَّابعة.