مجلة النوازل الفقهية والقانونية ـــــــــــــــــــــــــــــــــــــــ رقم : ISSN 2602 – 7100
المجلد 6 ـ العدد 2 ـ السنة 2022 ص 193 - 207

دور الاجتهاد القضائي في دفع تعارض بعض نصوص قانون الأسرة الجزائري

The Role of Jurisprudence in Advancing the Incompatibility of Some Provisions of the Algerian Family Code

وليد ضيف[1]*، سليمة براهمي[2]

[1]جامعة محمد خيضر بسكرة (الجزائر)، oualid.dif@univ-biskra.dz

[2]جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة (الجزائر)، saliadnane66@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2022 /09/14 تاريخ القبول: 2022/09/26 تاريخ النشر:2022/10/15

الملخص:

من عيوب الصياغة القانونية عيب التعارض بين النصوص القانونية، فعلى كل من تركل له مهمة صياغة نص قانوني مراعاة اتفاقه وانسجامه مع غيره من النصوص القانونية الأخرى ما أمكنه ذلك، ومهمى بلغت فطنة الصانع وحنكته يبقى أمرا مستحيلا وجود ترسانة قانونية قواعدها لا تناقض بين نصوصها وأحكامها، الأمر الذي يلقي على عاتق الاجتهاد القضائي مواجهة التعارض بين النصوص القانونية عن طريق دفعه مستعملا في ذلك جميع الطرق المنطقية والعلمية.

لم تسلم نصوص قانون الأسرة من تعارض بعض أحكامها، سواء في نظام الزواج أو في نظام النيابة الشرعية، ففي نظام الزواج تم تسجيل تعارض كل من نص المادة 04 مع المادة 09 مكرر، وكذا تعارض نص المادة 32 مع المادة 35، أما في نظام النيابة الشرعية تم تسجيل تعارض كل من نص المادة 85 مع المادة 107، وكذا تعارض نص المادة 59 مع نص المادة 112.، لتحاول هذه الورقة البحثية إيجاد حلول لدفع هذه الحالات من التعارض.

الكلمات المفتاحية: اجتهاد قضائي، تعارض، زواج، نيابة شرعية.

* المؤلف المرسل

Abstract:

One of the disadvantages of legal drafting is the defect of the conflict between legal texts, as everyone entrusted with the task of drafting a legal text must take into account his agreement and harmony with other legal texts as much as possible, and the task of reaching the acumen and skill of the manufacturer remains impossible to have a legal arsenal whose rules are harmonious and not contradictory between its texts and provisions, which places it on the shoulders of jurisprudence to face the conflict between legal texts by paying it using all logical and scientific methods.

The provisions of the Family Code have not been spared the incompatibility of some of its provisions, whether in the marriage system or in the system of the Sharia prosecution, in the marriage system, the contradiction of both the text of article 04 and article 09 bis, as well as the contradiction of the text of article 32 with article 35, while in the system of the Sharia prosecution the contradiction of both the text of article 85 with article 107, as well as the conflict of the text of article 59 with the text of article 112., This research paper tries to find solutions to push this Cases of conflict.

Keyword: Jurisprudence, conflict, marriage, legal prosecution.

مقدمة:

منذ دخول الإسلام إلى أرض الجزائر قبل قرون، تمسك أهلها بتطبيق أحكامه في جميع مجالات حياتهم الدنية والدنيوية، فلقد كانت السلطة القضائية مشكلة من قضاة فقهاء مجتهدين يفصلون بين الناس في نزعاتهم طبقا لأحكام الفقه الإسلامي، مستندين في أحكامهم على الكتب الفقهية المشهورة خاصة المالكية منها، وظل الحال هكذا إلى أن تمكنت فرنسا من احتلال الجزائر فحاولت تقنين مسائل الأسرة الخاصة بالجزائريين وغيرهم من المتواجدين على إقليمها، إلا أن محاولتها بائت بفشل ذريع في هذا المجال، إلى أن تنال الجزائراستقلالها، لتبقى مسائل الأسرة خاضعة للاجتهاد القضائي يفصل فيها طبقا لأحكام الفقه الإسلامي، إلى غاية سنة 1984 حيث تم إصدار القانون 11-84 المتضمن قانون الأسرة[1]، الذي يعد مكسب وإثراء للمنظومة القانونية الجزائرية،

لكونه مستمد من أحكام الفقه الإسلامي وتقنين لها، يتفق ومرجعية وأصالة الشعب الجزائري. ولقد قام المشرع بتعديل قانون الأسرة سنة 2005 استجابة منه لتغيرات عرفها المجتمع الجزائري وتلبية لالتزامات دولية فرضتها المصادقة على معاهدات واتفاقيات دولية في مجال الأسرة.

إن كان قانون الأسرة الجزائري مستوحى من الفقه الإسلامي ومختلف عادات وتقاليد الشعب الجزائري يبقى في الأخير صناعة بشرية عملت على تهذيبه وإخراجه في شكل قواعد مختصرة كل واحدة منه تضم مجموعة من الفروع، فبهذا لا يمكن إنكار فرض صدوره متضمن عيوب سواء من الناحية الشكلية أو من الناحية الموضوعية، هذه العيوب التي تفرض تضاعف عمل الاجتهاد القضائي في سبيل الحد من الآثار السلبية لهذه العيوب المتعددة والمختلفة من بينها وأخطرها عيب تعارض النصوص القانونية، فنصوص قانون الأسرة الجزائري قد تكون متعارضة مع غيرها من نصوص في قوانين أخرى، وقد تكون متعارضة فيما بينها، وهذه المداخلة بدورها تقتصر على دور الاجتهاد القضائي في مواجهة تعارض بعض أحكام قانون الأسرة فيما بينها، حيث تطرح الإشكالية التالية:

فيما يتمثل دور الاجتهاد القضائي أمام تناقض بعض أحكام قانون الأسرة الجزائري؟

للإجابة على هذه الإشكالية تم الاعتماد على كل من المنهج التحليلي والوصفي والاستقرائي، حيث تم تبني الخطة التالية:

1.دور الاجتهاد القضائي في دفع تعارض بعض أحكام قانون الأسرة في نظام الزواج.

1.1.تعارض نص المادة 04 مع المواد 09 مكرر والمادة 22 من قانون الأسرة.

2.1. تعارض نص المادة 32 والماجة 35 من قانون الأسرة الجزائري.

2. دور الاجتهاد القضائي في دفع تعارض بعض أحكام قانون الأسرة في نظام النيابة الشرعية.

1.2. تعارض نص المادة 85 مع المادة 107 من قانون الأسرة.

2.2. تعارض نص المادة 59 مع نص المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري.

1.دور الاجتهاد القضائي في دفع تعارض بعض أحكام قانون الأسرة في نظام الزواج.

يحتل نظام الزواج في قانون الأسرة الجزائري نصيب الأسد من مجمل مواده، فالزواج هو عمدة أحكام الأسرة ومنطلقها الرئيسي الذي تنطلق منه لتصل لجميع أحكامها، ولقد جاء القانون 11-84 منظما للزواج مستوحيا أحكامه مما هو مستقر عليه فقها، وبعد مرور 22 عام من العمل بقانون الأسرة تم تعديله بموجب الأمر 02-05، في إطار الحركة الإصلاحية التي عرفتها المنظومة القانونية الجزائرية آن ذاك، حيث مس هذا التعديل أغلب المواد المنظمة للزواج ، ورغم اهتمام المشرع الجزائري بمسألة الزواج إلا أن أحكامه لم تسلم من بعض التناقضات المسجلة بين مواد قانون الأسرة في هذا الشأن، وتتمثل على الخصوص في تعارض كل من نص المادة 04 مع المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، وكذا تعارض نص المادة 32 مع المادة 35 من ذات القانون.

1.1.تعارض نص المادة 04 مع المواد 09 مكرر والمادة 22 من قانون الأسرة.

تنص المادة 4 على ما يلي:

(الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب).

فمن خلال صريح هذه المادة التي اعتبرت الزواج عقدا رضائيا في قانون الأسرة، والعقد الرضائي عند فقهاء القانون هو أحد أنواع العقود إلى جانب العقد الشكلي إذا ما تم تقسيم العقود من حيث تكوينها، فالعقد الرضائي أو الرضائية في العقد تعني ببساطة أن الرضا لوحده كاف لإنشاء العقد وهي القاعدة في القوانين المدنية الحديثة[2]، أما العقد الشكلي أو الشكلية في العقود، فيفرق فيها بين معنيين، معنى واسع وأخر ضيق، حيث يقصد بالأولكل إجراء يرفق بإرادة المتعاقدين من اجل انعقاد العقد، كالتسليم، الكتابة، شهر التصرف، الحصول على رخصة، وحضور شهود... أما الثاني فيقصد به إجراء الكتابة التي يجب أن يفرغ فيها العقد[3]، ولا يخرج العقد من نطاق الرضائية إذا ما تطلب القانون شكلا خاصا لإثباته[4]. فحسب هذه المادة يعد

الزواج عقدا رضائيا يكفي توافق الإرادتين لكي ينعقد عقدا صحيحا منتج لجميع أثاره، وهذا الحكم يتعارض مع نص المادة 09 مكرر التي تنص على ما يلي:

(يجب أن تتوافر في عقد الزواج ما يلي:

-أهلية الزواج،

-الصداق،

-الولي،

-شاهدين،

-انعدام الموانع الشرعية للزواج)، تعارضا صريحا التي جاءت على ذكر شروط الزواج من بينها الولاية، الصداق والشهود التي تعد شكلية بامتياز، من شأنها إخراج عقد الزواج من الرضائية إلى الشكلية، والأكثر من هذا تعارض نص المادة 04 مع كل من نص المادة 07 مكرر[5] التي اشترطت الحصول على شهادة طبية، والمادة 08[6] التي اشترطت رخصة قضائية قبلية للتعدد، فكل هذه مقومات التي يقتضيها عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري مقومات شكلية من وجهة النظر القانونية، فأمام هذا التعارض هل يعتد بنص المادة 04 وينظر إلى عقد الزواج على أنه عقد رضائي يكفي تراض الرجل والمرأة ليتم عقدا صحيحا، أم تعد لاغيه مسألة أن الزواج عقد رضائي ويتم إعمال نص المادة 09 مكرر بما تحمله من طقوس شكلية تخرج الزواج من الرضائية إلى رحاب الشكلية.

بالرجوع إلى عقد الزواج في الفقه الإسلامي يلاحظ إجماع الأمة الإسلامية من زمن الصحابة إلى يومنا هذا على أن عقد الزواج عقد شكلي، لا يكفي التراضي ليعرف به الشارع، إنما يجب احترام أركان وشروط صحة شكلية[7]، فهنا يجب على القاضي التعامل مع عقد الزواج أنه عقد شكلي لا رضائي وفي المقابل يبرر موقف المشرع بشأن استعماله مصطلح "رضائية" على حرصه الشديد على الحماية القانونية لركن التراضي في الزواج في قانون الأسرة الجزائري، وما يدلل القول

الأخير توجه المشرع بعد تعديل قانون الأسرة في اعتبار الرضا هو الركن الوحيد للزواج في التشريع الجزائري.

2.1. تعارض نص المادة 32 والمادة 35 من قانون الأسرة الجزائري.

تنص المادة 32 من قانون الأسرة على ما يلي:

(يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.)،

كما تنص المادة 35 من ذات القانون على ما يلي:

(إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه، كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا.)

تتفق المادة 32 مع المادة 35 في مصير الشرط المناف لعقد الزواج المقترن به، الذي هو البطلان، مختلفتان في وصف ذات الزواج، فالمادة 32 تقضي ببطلانه بينما المادة 35 تقضي ببقائه صحيح، في مثل هذه الحالة هل يتم إعمال نص المادة 32 ويتم الحكم ببطلان الزواج، أم يتم إعمال نص المادة 35 ليقتصر البطلان على الشرط المناف للزواج ولا يمتد ليمس عقد الزواج، قبل الإجابة على هذا السؤال لا بد من التعريج على مسألة الاشتراط في عقد الزواج التي عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية.

من المسائل التي تناولها فقهاء الشريعة الإسلامية مسألة الاشتراط في العقود بصفة عامة ومسألة الاشتراط في عقد الزواج بصفة خاصة، حيث تعدد في ذلك الآراء الفقهية، ويعد المذهب الحنبلي أكثر المذاهب توسعا في فكرة الاشتراط إباحة وإجازة، وعلى كل تنقسم الشروط التي يمكن أن تكون محلا للاتفاق بين الزوجين إلى ثلاثة أقسام رئيسية، قسم تبطل فيه الشروط وتؤثر على صحة العقد فتبطله وتفسده وكمثال عليها الزواج بشرط التأقيت أو بشرط التحليل، قسم تلغى فيه الشروط ولا يؤثر بطلانها على صحة العقد، ومثاله شرط الزوجة طلاق ضرتها، وقسم ثالث تصح فيه الشروط ويصح معها العقد، ومثالها شرط الزوجة أن ينفق عليها[8].

عند التمعن في أحكام الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي يلاحظ أن الشروط الباطلة تنقسم إلى قسمين، قسم باطل وبطلانه يقتضي فساد عقد الزواج، وشروط باطلة بطلانها لا يقتضي فساد عقد الزواج[9]، ترتيبا لهذا لا يوجد ما يمنع القاضي من إعمال كل من نص المادة 32 و 35 كل في حدود، فيتم إعمال نص المادة 32 إذا ما تعلق الأمر بصنف الشروط التي تبطل الزواج، ويعمل المادة الثاني إذا تعلق الأمر بصنف الشروط التي لا تبطل الزواج.

2.دور الاجتهاد القضائي في دفع تعارض بعض أحكام قانون الأسرة في نظام النيابة الشرعية.

جاء الكتاب الثاني من قانون الأسرة في المواد من 81 إلى المادة 125 تحت عنوان النيابة الشرعية، حيث تضمن هذا الكتاب أحكاما عامة وعالج الولاية، الوصاية، التقديم، الحجر، الغائب والمفقود، الكفالة، فنظام النيابة الشرعية جاء لحماية فئة من المجتمع لا تستقيم بأمور نفسها، وبدرجة الأولى هم القصر والأطفال، ومن في حكمهم ممن بهم عارض من عوارض الأهلية أو غيرها من الأسباب التي تستدعي ندب نائب شرعي، ومهمة النائب الشرعي في قانون الأسرة بالدرجة الأولى هي الحفاظ على أموال من هم تحت النيابة في إطار ما يعرف بالولاية على المال التسمية المستعملة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، وجدير بالذكر أن مواد النيابة الشرعية لم يمسها تعديل سنة 2005، الذي غفل عن تدارك مسائل في غاية من الأهمية تتمثل في تعارض بعض نصوصه مع غيره من القوانين، وكذا تعارض بعض مواده مع بعضها، وهنا يكتفى بالبحث عن تعارض نصوص النيابة الشريعة مع غيرها من نصوص قانون الأسرة. وتتمثل أساسا في تعارض نص المادة 85 مع نص المادة 107، وكذا تعارض نص المادة 112 مع نص المادة 59.

1.2. تعارض نص المادة 85 مع المادة 107 من قانون الأسرة.

تنص المادة 85 على ما يلي:

(تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته، أو السفه.)،

كما تنص المادة 107 من قانون الأسرة على ما يلي:

(تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها).

عند استقراء المادة 85 من قانون الأسرة يلاحظ أنها بينت حكم تصرفات ثلاثة طوائف من الناس، وهو المجنون[10]، المعتوه[11]، والسفيه[12]، وأخضعتها لحكم واحد وهو عدم النفاذ، وحقيقة أن التصرف غير النافذ لا مقابل له في القانون المدني الجزائري، إنما هو فكرة عرفت لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، الذين يقسمون شروط العقد إلى ثلاثة أقسام، شروط صحة التي إذا تخلفت بطل العقد، شروط لزوم التي إذا تخلفت أعطى الشرع لأحد العاقدين حق فسخ العقد، شروط نفاذ التي إن تخلفت، وقف نفاذ العقد لغاية إجازة من له الحق في الإجازة أو إبطاله[13]فالمشرع جعل من التصرف الذي يبرمه المجنون أو المعتوه أو السفيه في حالة الجنون أو العته أو السفه، وما يعاب عليه أنه لم يبن من لديه الحق في إجازة أو إبطال هذا التصرف.

كما بينت المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري هي الأخرى بينت حكم تصرفات المحجور عليهم، ويستحق الحجر في قانون الأسرة الجزائري، كل من بلغ سن الرشد مجنونا أو معتوها أو سفيها أو طرأت عليه إحدى هذه الحالات بعد بلوغه[14]، والحجر لا يكون إلا بحكم قضائي طبقا للمادة 103[15] من قانون الأسرة، حيث فرقت المادة 107 بين فرضين، الأول بعد صدور الحكم أو كانت حالة الجنون أو العته أو السفه ظاهرة وفاشية وقت صدور التصرف، وتكون فيه تصرفاتهم باطلة، ويوجد للعقد الباطل في القانون المدني الجزائري مقابل، ذلك أن البطلان هو الجزاء المترتب على عدم استجماع العقد جميع أركانه المتمثلة في التراضي، المحل، السبب، والشكل في العقود الشكلية[16]، وواضح أن علة بطلان تصرفاته المحجور عليهم هو عدم صلاحية الاعتداد برضائهم، بينما الفرض الثاني يستفاد عن طريق المخالفة، وهو صحة تصرفات المجنون أو المعتوه أو السفيه إذا كان الجنون أو العته أو السفه خفي غير ظاهر.

فبهذا يكون المشرع قد وقع مرة أخرى في تناقض بشأن تصرفات المجنون أو المعتوه أو السفيه قبل صدور الحكم بالحجر متى كانت صادرة عنهم في الحالات التي تستدعي الحجر، فالمادة 85

جعلت منها تصرفا غير نافذ بمعنى أنه تصرفا موقوفا، متأثرا في ذلك بالفقه الإسلامي، بينما المادة 107 جعلت منه تصرفا باطلا متأثرة في ذلك بتقاليد القانون المدني الجزائري، الذي يعامل المجنون والمعتوه معاملة الصبي غير المميز طبقا للمادة 42 من القانون المدني[17]. وما يميز هذا التعارض أنه لا يمكن معه الجمع بين المتعارضين ذلك أن العقد الموقوف كما سبق يمكن إجازته، هذا على عكس العقد الباطل الذي من خصائصه عدم قابلية للإجازة[18]. في هذه الحالة يجب على القاضي الاعتداء إلى مختلف طرق التفسير المتعارف عليها بين فقهاء القانون لدفع هذا التناقض، ومن بين طرق التفسير الرجوع إلى النص الأجنبي، وعند الرجوع إلى المادة 83 في نصها الفرنسي يلاحظ أنها استعملت عبارة باطلة "nul" بدل "غير نافذة"، حيث تنص بالفرنسية على ما يلي:

(Les actes d'une personne atteinte de démence, d'imbécilité de prodigalité, accomplis sous l'empire de l'un de ces états sont nuls).

فبهذا تكون تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه قبل صدور الحكم بالحجر ومتى كانت حالة الجنون أو العته أو السفه ظاهر فاشية معلومة لدى أطراف التصرف باطلة وليست موقفة على إجازة النائب الشرعي في التشريع الجزائري[19].

2.2. تعارض نص المادة 59 مع نص المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري.

تنص المادة 59 على ما يلي:

(تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده).

العدة هي أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية، ويقصد بها في الاصطلاح تلك الأجل المضروب لانقضاء ما بقي من آثار الزواج، فإذا حصلت الفرقة بين الرجل والمرأة لا تنحل الرابطة الزوجية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة، بل تنتظر المرأة ولا تتزوج غيره حتى تنتهي تلك المدة المقدرة شرعا وقانونا[20]، فسبب العدة واضح وهو انحلال الرابطة الزوجية، وتنحل الرابطة الزوجية

حسب المادة 47 من قانون الأسرة بالطلاق أو الوفاة. هذه الأخيرة قد تكون حقيقية كما قد تكون حكمية، والثانية تتأكد بالموت الطبيعي، بينما الثانية تتأكد بحكم قضائي يقضي بموت المفقود طبقا للمادة 114 من قانون الأسرة التي تنص على أنه (يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات)، ولا يكفي صدور حكم بالفقد لتتأكد حالة وفاة المفقود ودليل هذا نص المادة 111 التي أعطت للمفقود حق استلامه ما يستحقه من ميراث وما تلاقه من هبات وعطايا، وكذا نص المادة 115 التي تمنع من تقسيم أموال المفقود على الورثة، لأنه لا تقسيم لتركة إلا بعد التحقق من موت صاحبها.

من خلال نص المادة 59 السابقة يلاحظ أن المشرع عامل من صدر في حقه حكم بالفقد معاملة الميت، من خلال إلزام زوجة المفقود بالعدة لمدة أربعة أشهر وعشرة أيام بمجرد صدور الحكم بالفقد، هذا ما لا ينسجم مع نص المادة 114 وكذا نص المادة 112[21]التي أعطت لزوجة المفقود حق طلب الطلاق تطبيقا للفقرة الخامسة من المادة 53، حيث نصت المادة 53 على عدة أسباب تخول للزوجة حق طلب التطليق نتيجة الضرر الواقع عليها من زوجها إعمالا للقاعدة الفقهية لا ضرر ولا ضرار، فبهذا يلاحظ أن المشرع وقع في خلط بشأن مركز زوجة المفقود بعد صدور الحكم بفقد، فتارة يعتبره ميتا يلزم زوجة بالعدة، وتارة يعتبره حيا ويعتبر الزوجية قائمة بينه وبين زوجته، في هذه الحالة لا يجب الأخذ بحكم المادة 59 من قانون الأسرة ويتم التعامل مع المفقود بان له شخصية قانونية كاملة، فلا يعقل اعتداد المفقود زوجها بمجر فقده، إنما عدتها تحتسب من يوم صدور الحكم المفقود، هذا لكي يتحقق توافق وانسجام بين نصوص قانون الأسرة، هذا ما لم تطلب زوجة المفقود التطليق ففي هذه الحالة تعتد بعدة المطلقة المقدرة بثلاثة قروء تحتسب من يوم صدور الحكم بتطليقها.

الخاتمة:

أهم النتائج المتوصل إليها:

- يعد قانون الأسرةا لجزائري إضافة تشريعية للترسانة القانونية الجزائري، ورغم اعتناء السلطات العليا في البلاد به إلا أنه بقي معيبا ببعض العيوب التي يجب على الاجتهاد القضائي تلافيها من بينها عيب تناقض بعض نصوصه.

- تبقى عملية التقنين عملية بشرية الأمر الذي يقضي التسليم بتناقض بعض نصوصه.

- عرف قانون الأسرة تعارضا بشأن طبيعة عقد الزواج بين الشكلية والرضائية، فالمادة 04 ترى منه عقد رضائي بينما باقي المواد الأخرى في قانون الأسرة ترى منه عقد شكلي.

- كما عرف أيضا قانون الأسرة الجزائري تعارضا بشأن وصف عقد الزواج المشترط فيه من طرف احد الزوجين شروط تتناف ومقتضيات عقد الزواج، فالمادة 32 ترى منه زواج باطل، في حين أن المادة 35 ترى منه زواج باطلا.

- لم يتوقف تعارض نصوص قانون الأسرة على نظام الزواج إنما تعاده ليشمل نظام النيابة الشرعية، فيمكن تسجيل تعارض بخصوص وصف تصرفات كل من المجنون والمعتوه والسفيه إذا صدرت قبل صدور حكم الحجر وكان أسباب الحجر ظاهرة، فالمادة 53 ترى فيها تصرفات موقوفة، في حين أن المادة 107 ترى فيها تصرفات باطلة بطلانا مطلقا.

- يخلق مركز المفقود زوجها تذبذبا حسب نصوص قانون الأسرة فالمادة 58 من قانون الأسرة تعامله معاملة من فقد شخصيته القانونية، في حين أن باق مواد قانون الأسرة تعامله على أنه كامل الشخصية القانونية، غاية ما في الأمر لا يمكن له إدارة شؤون نفسه فيحتاج إلى نائب شرعي ينوب عنه في هذه المهمة.

أهم التوصيات:

يجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في مختلف نصوص قانون الأسرة تعديلا أو حذفا أو إضافة لتسهل عملية تطبيقها وتنفيذها على أرض الواقع. وتبقى عملية إعداد قانون نموذجي لا يمكن تصور تعارض أحكامه أو نقائه من العيوب التي يمكن أن تحيط بالنصوص القانونية، غاية بعيدة المنى، فما يجب إلا تكوين قضاة في مجال الأسرة قادرين على فهم النصوص وتفسيرها بمختلف طرق التفسير المعروفة استهداءا بمختلف مصادر قانون الأسرة المادية، الأمر الذي يمكن تحققه على أرض الواقع.

إذا كانت نهاية كل بحث ما هي إلا بداية نقطة بحث جديدة فإن هذا البحث يفتح المجال لطرق دفع التعارض بين نصوص قانون الأسرة وغيرها من النصوص الأخرى في مختلف القوانين وفي طليعتها القانون المدني.

المراجع:

أولا: النصوص القانونية.

1/ الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني.

2/ القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، جريدة رسمية عدد 24، المؤرخة في 12 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005، الموافق عليه بموجب القانون 05-09، المؤرخ في 04 مايو 2005، جريدة رسمية عدد 43، المؤرخة في 22 يونيو 2005.

ثانيا: الكتب.

3/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام –التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ج 04، ط 02، دار الهدى، عين مليلة، 2004.

4/ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 03، دار الفكر العربي، د م د ن، 1957.

ثالثا: أطروحات الدكتوراه.

5/ بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص : فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2009/2008.

6/ أسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، التخصص القانون، جامعة ميلود معمري – تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية.

رابعا: المطبوعات.

7/ محمد حميداني، مطبوعة في مصادر الالتزام نظرية العقد (تكوين العقد)، لطلبة السنة الثانية ليسانس جذع مشترك، جامعة 8 ماي 1945، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2019-2020.

الهوامش:

[1]- القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، جريدة رسمية عدد 24، المؤرخة في 12 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005، الموافق عليه بموجب القانون 05-09، المؤرخ في 04 مايو 2005، جريدة رسمية عدد 43، المؤرخة في 22 يونيو 2005.

[2]- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام –التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ج 04، ط 02، دار الهدى، عين مليلة، 2004، ص 58.

[3]- محمد حميداني، مطبوعة في مصادر الالتزام نظرية العقد (تكوين العقد)، لطلبة السنة الثانية ليسانس جذع مشترك، جامعة 8 ماي 1945، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2019-2020، ص 93.

[4]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 59.

[5]- تنص المادة 07 مكرر من قانون الأسرة على ما يلي: (يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخا عن (3) ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكسف عنه من أمراض أو عوامل قد تشل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.)

[6]- تنص المادة 08 من قانون الأسرة على ما يلي: (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

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

[7]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 03، دار الفكر العربي، د م د ن، 1957، ص 58.

[8]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 158.

[9]- بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص : فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2009/2008، ص 457.

[10]- المجنون وهو من به عارض الجنون حيث يقصد به اضطراب يلحق العقل فيعدم صاحبه الإدراك والتمييز، محمد صبري السعدي المرجع السابق، ص 162.

[11]- المعتوه وهو من به عارض العته، حيث يقصد به نوع من الجنون يتميز صاحبه بعدم لجوئه إلى العنف، محمد صبري السعدي المرجع السابق، ص 162.

[12]- السفيه وهو من به عارض السفه، حيث يقصد به تبذير المال على غير مقتضى العقل والشرع، سواء كان ذلك في وجوه الخير أو الشرمحمد صبري السعدي المرجع السابق، ص 162.

[13]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 51.

[14]- نص المادة 101 من قانون الأسرة الجزائري.

[15]- تنص المادة 103 من قانون الأسرة على ما يلي: (يجب أن يكون الحجر بحكم قضائي وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر)

[16]- محمد حميداني، المرجع السابق، .128

[17]- تنص المادة 42 من القانون المدني على ما يلي:

(لاي كون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.

يعتر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة)

[18]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 259.

[19]- أسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، التخصص القانون، جامعة ميلود معمري –تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية،ص312.

[20]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 372.

[21]- تنص المادة 112 من قانون الأسرة على ما يلي: لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون).