

ثنائية الأصالة والحدثة في قانون الأسرة الجزائري: دراسة حول التعديلات التي تضمنها

الأمر 02-05



الأستاذ / مصطفى منصريّة

جامعة محمد الشريف مساعديّة سوق أهراس، الجزائر



ملخص:

حاولت من خلال هذا البحث تسليط الضوء على الظروف المحيطة والعوامل المؤثرة، التي عمل في ظلها المشرع الجزائري عند تعديل قانون الأسرة وفق الأمر رقم: 02 / 05 المؤرخ في 27/02/2005 حيث عمل تحت ضغط صادر من تيارين متعارضين، هما تيار الحدثة الذي يسعى لتجاوز القيود وعدم الاعتراف بالمقدسات وتيار الأصالة الذي يتخذ من الفقه الاسلامي مرجعية له. لذلك تعرضت في المبحث الأول إلى دراسة هذه العوامل، من خلال تقديم وجهة نظر كل تيار حول المتغيرات التي طرأت على المجتمع والحلول التي يراها جديرة بمواكبة هذه المرحلة. أما المبحث الثاني فقد بينت فيه خطة الشرع الجزائري في التوفيق بين التيارين مع الاستشهاد بأمثلة من التعديل الذي تم اعتماده، وهي حلول وإن كانت تحول الاستجابة لمطالب التيار الحداثي، فإنها تعكس مرونة الفقه الإسلامي وقدرته على الاستجابة للمستجدات. الكلمات المفتاحية: الأصالة، الحدثة، تعديل قانون الأسرة، المساواة بين الزوجين، الشراكة بين الزوجين.

Abstract:

In this presentation I tried to highlight the circumstances and the influential factors that the Algerian legislator was working on during the revision of the family code in accordance with the order: 05/02 dated 27/02/2005, Under the pressure of two opposing currents that are: the current of modernity that tries to break taboos and not to recognize sacred things, and the current of originality based on the Islamic Fiqh.

For this reason I have mentioned in the first chapter the study of these circumstances, giving the opinion of each of these two currents, concerning the changes which took place in society and the appropriate solutions at that time.

In the second chapter I tried to lay out the plan adopted by the legislator to cumulate between the two currents, while relying on examples taken from this new code of the family. Although these solutions try to satisfy the current of modernity, they reflect the flexibility of Islamic fiqh and its ability to adapt to changes that are imposed.

Keywords: authenticity, modernity, amending family law, equality between spouses, partnership between spouses.

مقدمة:

من البديهيات المقررة، أن الأسرة هي دعامة المجتمع، واللبنة الأولى في تكوينه، فهي أداة تكوين الفرد الذي يقوم عليه المجتمع، فإن صلحت صلح المجتمع كله، وإن فسدت فسد المجتمع كله، لذلك كانت محل اهتمام كبير من قبل علماء الدين والاجتماع والقانون، لما لأحكامها من تأثير على الأجيال. وأمام هذا الدور الهام والحاسم الذي تلعبه الأسرة، حظيت في المدة الأخيرة باهتمام بالغ نظرا للمتغيرات التي يشهدها العالم، وانحصر الاهتمام بها في الوطن العربي عموما، والجزائر خاصة، بين تيارين:

تيار ليبرالي حدّثي تقوم نزعتة الفكرية على ضرورة تجاوز الحواجز والقيود الاجتماعية، من أجل التقدم، وتيار محافظ يشدد على أصالة الموروث كونه مرجع حكمة واتزان، وخزان للتجارب، وتجاوزه يؤدي للميوعة والانحلال.

وكان هذا التنازع بين التيارين سبباً مباشراً، أفضى إلى إعادة النظر في التشريعات التي تحكم الأسرة، فكانت محل تعديل ونظر في الآونة الأخيرة، شملت معظم القوانين العربية، ومن بينها الجزائر، وهو ما تجسد بمقتضى الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل لقانون الأسرة. وندرس في هذا البحث فحوى ما يدعو إليه كل تيار باعتباره عاملا من العوامل التي أدت إلى التعديل، كما ندرس خطة المشرع في التوفيق بين هذين التيارين، لذلك قسمت هذا البحث إلى مبحثين، تناولت في الأول، العوامل المؤثرة في تعديل قانون الأسرة وفي الثاني اختيارات المشرع الجزائري وفق هذا التعديل.

المبحث الأول

العوامل المؤثرة في تعديل قانون الأسرة

وهي إما عوامل تطرح آراء وأفكاراً جديدة حديثة وغريبة بالنسبة للمجتمع، كونها تعبر عن أفكار مستوردة، يمكن أن نطلق عليها مصطلح الحدثة، وإما عوامل لها أصول وجذور مرتبطة بهوية وانتماء هذا المجتمع، وبالتالي فهي تدعو للأصالة.

المطلب الأول: العوامل التي تتبنى الحدثة

ويمكن تقسيمها بدورها إلى عوامل خارجية تتمثل في المواثيق والمؤتمرات الدولية، وعوامل داخلية يمكن أن نطلق عليها اسم التيارات الفكرية.

أولاً- المواثيق والمؤتمرات الدولية:

لم يعد موضوع الأسرة، وما يثيره من اهتمام شأنا داخليا، بل أصبح محل اهتمام كبير دولياً، فأصبح عنوانا للمواثيق والمؤتمرات الدولية، خاصة تلك التي تكون تحت رعاية الأمم المتحدة، والتي تدفع إلى عوامة الأحكام المتعلقة بالأسرة وجعلها على نسق واحد، وتخضع لرؤية واحدة، وفي هذا الشأن أبرمت العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948م، واتفاقية الرضا

بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل العقود، التي عرضتها الجمعية العامة للأمم المتحدة للتوقيع والتصديق، بمقتضى قرارها رقم 1763 المؤرخ في: 07 نوفمبر 1962م، وبدأ نفاذها في ديسمبر 1964م، وتوصية بشأن الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل العقود، بمقتضى القرار رقم 2018 د20 المؤرخ في نوفمبر 1965م، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المنعقدة سنة 1979م، واتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989م.

وقد عملت الدول الغربية على فرض ما جاء في هذه الاتفاقيات بالتسلسل تارة عن طريق المؤسسات والمشاريع غير الحكومية، وبالقوة السياسية تارة أخرى عندما لا ينفع التوغل الاجتماعي في تحقيق الأهداف التغييرية في المجتمع، ويظهر في صفة الإلزام القانوني من قبل قوانين المجتمع الدولي.

وقد تأثرت الهيئات الدولية بداية من نهاية ثمانينات القرن الماضي، وبداية التسعينات بمطالب الجمعيات النسائية في الدول الغربية بعد أن سيطرت عليها حركات موعلة في التطرف وصل بها الأمر أن ألقت باللوم على البنية البيولوجية للمرأة، ودعت إلى نزع القداسة عن الأسرة، وتحرير المرأة من منظومة القهر والأمومة والعفة البالية (على حد تعبيرها)، بالإضافة إلى إفرازات العولمة التي تقودها أمريكا، والتي استخدمت المؤتمرات الدولية لتمرير رسائلها الهدامة، ومحاولة فرضها على المجتمع الدولي⁽¹⁾.

لذلك فإن المؤتمرات الدولية التي نظمت في أعقاب هذه التغيرات جاءت متأثرة بهذه الأفكار، وأعلنت عن ميلاد مرحلة جديدة يمكن تسميتها مرحلة ما بعد الحدثة، وأهم هذه المؤتمرات: مؤتمر القاهرة للسكان سنة 1994م، ومؤتمر بكين سنة 1995م، ومن أمثلة التأثير استعمال مصطلح "الجنדר" الذي يعبر عن النوع بدلا من الذكورة والأنوثة التي تعبر عن الجنس⁽²⁾، في محاولة لإلغاء التمييز بين الجنسين، لذلك فإن هذه المؤتمرات حادت عن الأسرة بمفهومها الطبيعي الفطري، وأصبحت عنوانا للإباحية والشذوذ الجنسي، تحت شعار الحرية والمساواة بين الجنسين.

وأهم ما تدعو إليه هذه المؤتمرات⁽³⁾:

1- إقرار أشكال جديدة للأسرة:

ويكون ذلك بالاعتراف بالأسرة اللانمطية إلى جانب الأسرة النمطية، كما أصبح تقسيم الجنسين إلى ذكور وإناث تقسيما تجاوزه الزمن، ولا يحقق المساواة، يجب أن يحل محله ما يعرف "بالجندر"، والذي يعني النوع الاجتماعي، بالإضافة إلى الاعتراف بالأطفال المولودين خارج العلاقة الشرعية، وإكسابهم نفس الحقوق التي يتمتع بها الأطفال الشرعيون، ودعا إلى محاربة العفة وإباحة الإجهاض، وإشاعة المثلية في العلاقات الجنسية، وما شابه ذلك من أنواع الشذوذ⁽⁴⁾.

2- المساواة عن طريق إلغاء القوامة واستبدالها بالشراكة:

ففي التقرير الأممي الصادر سنة 1985م بمناسبة تقييم منجزات الأمم المتحدة للمرأة، اعتبر أن الحائل والعقبة الكؤود التي تقف في طريق تمكين المرأة، هي جعل الرجل مسؤولا عن الأسرة، ويندرج في ذلك الرجل كونه زوجا وكونه ذا سلطة أبوية، لذلك ينبغي القيام بعمل متضافر يستهدف إنشاء نظام للمشاركة في المسؤولية الأبوية، من جانب المرأة والرجل، وينبغي تنقيح القوانين لا سيما المتعلقة بالأسرة من أجل القضاء على الممارسات التمييزية حيثما وجدت، واعتبار فكرة القوامة عنفا ضد المرأة.

ثانيا- تأثير التيارات الفكرية:

إن تلاقي الحضارات وتعارف الشعوب ببعضها البعض، وما نتج عنه من تقليد المغلوب للغالب، ساهم في ظهور نماذج لأفكار وأطروحات جديدة، ومن ذلك:

1- ظهور طبقة من الناس مولعين بتقليد الغرب، ويؤمنون بكل ما تنتجه الحضارة الغربية من أفكار وبرامج بما في ذلك القوانين والتنظيمات التي تحكم الأسرة الغربية، وهذا راجع إلى عدة عوامل منها ما هو تاريخي، مرتبط بما تعرضت له البلاد الإسلامية من استعمار في العقود السابقة، ومنها ما تعلق بتكوينهم وبعدهم عن الدين، فكونوا طبقة يتزعمهم مفكروهم، ويطلقون على أنفسهم الحداثيين، منهم من ينشط في إطار منظمات وأحزاب تبني هذه الأطروحات.

2- حركات تحرير المرأة والمنظمات النسائية، وظهرت خلال القرن العشرين وهي حركات تقوم بالأساس بالدفاع عن المرأة وحماية حقوقها ورفع الظلم والحيث عنها، إلا أن الملاحظ هو أن معظم هذه الحركات في الوطن العربي عموما والجزائر خصوصا، تتكون في الغالب من نساء بعيدات عن الدين ومتأثرات بالحضارة الغربية، فكانت دعواتهن ما هي إلا دعوة إلى تقليد الغرب ومضاهاتهم في قوانينهم، خاصة تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية، والسير على طريق الحداثة.

لذلك فأن هؤلاء نادوا بتعديل قانون الأسرة، تلبية لمفاهيم غير إسلامية، ودعواتهم كانت استجابة لميولهم إلى تقليد الأمم الغربية في هذا الاتجاه، وهم يعتقدون أن التحديث تقنيات وأفكار تستورد، لا إنسان حروطن مستقل، واعتماد شعبي على الذات، وحفاظ على الخصوصية، لذلك هناك من يعتبرهم نماذج لتشويه الشخصية وتكريس التبعية⁽⁵⁾، وتركز الدعوة إلى التحديث على الأبعاد الآتية⁽⁶⁾:

أ- البعد العقدي فلا مطمع في ثواب أخروي، والذي يمر عبر عزل الدين عن الدولة والمجتمع، وبقائه حبيسا في ضمير الفرد لا يتجاوز علاقته بربه فقط، وفي ذلك يقول محمد أركون: "ينبغي إعادة تفحص كل من مكانة العامل الديني والتقديسي والوحي، ودراستها على ضوء النظرية الحديثة للمعرفة"⁽⁷⁾، بل هناك من يرى أن الاعتماد على المرجعية الإسلامية في حل المشكلات قد يعقد الواقع⁽⁸⁾.

ب- تكريس دنيوية الحقوق من خلال استبعاد البعد الأخروي وتكريس الواقع المعيش.

ج- خلق صراع بين أفراد الأسرة من خلال مناصرة المرأة والدعوة إلى تجريد الرجل من سلطانه داخل الأسرة.

د- البعد الأخلاقي، حيث أعلنت الحداثة انفصالها عن الدين والأخلاق وتبنت مبادئ العقل والواقع.

وجوهر التحديث الذي يدعون إليه يتمثل في⁽⁹⁾:

أ- تحرير المرأة.

ب- التخلص من سيطرة المؤسسة العائلية (السلطة الأبوية).

ج- التخلص من سيطرة المؤسسات الدينية.

د- إيجاد مجتمع مدني بديل عن الولاءات التقليدية.

وأهم المطالب التي تبناها هذا التيار هي:

أ- تحقيق المساواة بين الزوجين.

ب- منع تعدد الزوجات.

ج- وقاية المرأة من الظلم الذي يقع عليها من الطلاق.

د- رفع سن الزواج.

هـ- تعديل أحكام الميراث.

المطلب الثاني: العوامل التي تتبنى الأصالة

تنطلق من هوية المجتمع وانتمائه فهي تبحث عن حلول لمستجدات العصر انطلاقاً مما يزخر به الفقه الإسلامي، وما يتميز به من خلال ما يحتويه من أصول صحيحة ومتينة، جعلته صالحاً في كل زمان ومكان، قابلاً للتطور، مما مكنه من القدرة على مواكبة المستجدات، التي تطرأ على المجتمع، بما يتمتع به من مرونة للاستجابة لمتطلبات العصر، ففي مجال الأسرة نجد أن علماء الشريعة ومفكرها حرصوا على إبراز هذه المرونة وهذا التطور، وقد اعتمدت التشريعات الأسرية على هذه الخصائص عند وضعها لهذه التقنيات، ويظهر ذلك خاصة في:

1- التخيير بين المذاهب:

إن قانون الأحوال الشخصية من أكثر القوانين حاجة للحذر، لأنها متعلقة بالأشخاص والأسر والعلاقات التي تربط بينهم، وللفقهاء في كل مسألة منها أقوال يغلب فيها الخلاف على الاتفاق، والتمسك بمذهب معين في جميع الأحوال أمر عسير، وتضييق، سواء للعامي المقلد لمذهب من المذاهب، أو للعالم القادر على النظر في الدليل⁽¹⁰⁾.

وينبغي تغيير المذاهب أو الأحكام بالاعتماد على أقوى دليل، كما يبنى على المصالح المعتبرة في هذا العصر، فما صلح للعصور السابقة، قد لا يكون صالحاً لعصرنا الحالي، كما أن ظهور بعض النوازل يجعل هذه الأحكام الموجودة في المذاهب قاصرة ولا تتماشى مع روح العصر، لتغير الظروف والأوضاع الاجتماعية، مما يجعل الجمود على مذهب واحد أمر عسير وتضييق، يلزم الانتقال عن ذلك الحكم إلى حكم أيسر⁽¹¹⁾، وأكثر مراعاة للظروف والأوضاع الجديدة، ووجه الدلالة عن ذلك قوله تعالى ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾⁽¹²⁾، وقوله صلى الله عليه وسلم "إن الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا، وأبشروا، واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدلجة"⁽¹³⁾.

وعليه فإن السمة الغالبة في تشريعات الأسرة بالنسبة للدول العربية، هي عدم الالتزام المذهبي، وفي هذا الإطار، نجد أن المشرع الجزائري لم يكتف بالاعتماد على المذهب المالكي عند وضعه لقانون الأسرة

سنة 1984م، بل تخيير بين المذاهب ما يراه أصح وأكثر ملاءمة وتعدى الأمر إلى الاعتماد على غير المذاهب الأربعة، فعلى سبيل المثال نجد أنه:

3- استفاد من المذاهب الفقهية الثلاثة، ومثال ذلك اعتبار الصداق ملكا للزوجة تنصرف فيه كما تشاء، على خلاف مذهب المالكية فهم يرون أن الزوجة ملزمة بالتصرف في الصداق بمقتضى العرف.

4- امكانية الاعتماد على المذاهب الفقهية التي لا اتباع لها خلافا للمذهب السائد، وهو ما تعلق بعدم جواز تزويج الصغار، وهو مذهب ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصم، وفي هذا الاتجاه عمد المشرع الجزائري إلى تقييد تزويج الصغار إلا بناء على إذن قضائي، بعد التأكد من أن هناك مصلحة أو ضرورة تقتضي ذلك، مع قدرة الطرفين على الزواج⁽¹⁴⁾.

5- إلزام الزوج بنفقة التطبيب والعلاج، بناء على ما جاء به المذهب الزيدي خلافاً، للمذاهب الأربعة الذين لا يرون ذلك، وهو ما يتوافق مع متطلبات العصر، وما سار عليه العرف عندنا، زيادة على أن نفقات العلاج فيه زيادة تمتين الروابط، واستراحة النفوس وطمأنينة القلوب وصفائها⁽¹⁵⁾.

2- التلفيق بين المذاهب:

لا نجد له تعريفاً عند متقدمي الأصوليين والفقهائ لأنّه حدث متأخروهناك من عرفه بأنه: "التقليد المركب من مذهبين فأكثر في عبادة أو معاملة واحدة، بمعنى أن يختلف المجتهدون في عبادة أو معاملة لها أركان أو شروط على قولين فأكثر، فيأتي شخص فيقلد بعضهم في حكم من أحكامها وبعضهم في حكم آخر، ويتولد من هذا التقليد صورة جديدة مركبة لم يقل بها أحد من المجتهدين"⁽¹⁶⁾، وهو أيضاً: "تتبع الرخص في مسألة واحدة، من أكثر من مذهب واحد"⁽¹⁷⁾.

ويكون التلفيق جائزاً، إذا تقيّد بضوابط هي⁽¹⁸⁾:

— أن لا يكون تتبع الرخص لمجرد الهوى والتشهي.

— أن تدعو الحاجة والمصلحة العامة للأخذ بالرخص رفعا للحرَج أو المشقة.

— ألا يكون القول المختار مستندا إلى دليل أو قول شاذ.

والمثال البارز في التلفيق بين المذاهب في قانون الأسرة الجزائري، ما تعلق بحكم الهدايا عند العدول عن الخطبة، حيث ذهب الحنفية إلى أن الهدايا حكمها حكم الهبة، فيرد منها ما كان قائماً لم يستهلك، دون النظر إلى المتسبب في العدول عن الخطبة، وذهب المالكية إلى أنه إذا كان العدول عن الخطبة من الخاطب، فلا يسترد شيئاً من الهدايا سواء كانت قائمة أو مستهلكة، أما إذا كان العدول من جانب المخطوبة فللخاطب أن يسترد جميع ما قدمه من هدايا، استهلك استرد قيمتها، فذهب المشرع الجزائري⁽¹⁹⁾ إلى أنه لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداه إذا كان العدول منه، بناء على ما ذهب إليه المالكية، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهداه أو قيمته إذا كان العدول منها، بما يتفق مع المذهب الحنفي، ونفس الحكم يطبق على المخطوبة.

المبحث الثاني

اختيارات المشرّع الجزائري وفق تعديل 02/05

حاول المشرّع الجزائري من خلال التعديلات التي أدخلها على قانون الأسرة وفق الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005 التوفيق بين ما يعرضه الفقه الإسلامي من حلول وفق التخيير بين المذاهب والأحكام بما يتناسب مع متطلبات العصر من جهة، وتحقيق مطالب التيار الحدّاثي من جهة ثانية كلما كانت مطالبهم تجد لها تخريجا في الفقه الإسلامي، أخذا بعين الاعتبار الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي صادقت عليها الجزائر ويظهر ذلك مما يلي:

المطلب الأول: تحقيق المساواة بين الزوجين في ما تعلق بأحكام الزواج

واعتمد في ذلك على أقرب المذاهب التي تعطي للمرأة أكثر حرية ومساواة مع الرجل وهو المذهب الحنفي على خلاف المذهب المالكي الذي كان سائدا قبل التعديل، ومن ذلك:

1- إلغاء ولاية الإيجاب:

وهو ما نقف عليه من خلال المادة 13 المعدلة بقولها "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه دون موافقتها" بمعنى أن المشرع منع ولاية الإيجاب على الراشدة والقاصر على حد سواء.

يمثل هذا الموقف من المشرع الجزائري استجابة لأحد المطالب التي ناضلت من أجله الجمعيات النسائية، وأقرته المواثيق الولية حيث جاء في المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في الفقرتين الأولى والثانية: "للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج تأسيس أسرة دون قيد بسبب الجنس أو الدين ولهما حقوق متساوية عند الزواج وأثناء قيامه وعند انحلاله

لا يبرم عقد الزواج إلا برضا الطرفين الراغبين في الزواج رضا كاملا لا إكراه فيه".

أما اتفاقية الرضا في عقد الزواج وتحديد الحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل الزيجات، التي عرضتها الجمعية العامة للتوقيع في 07 نوفمبر 1962 فجاء في مادتها الأولى: "لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين رضا كاملا لا إكراه فيه وبإعراجهما عنه شخصا بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور الشهود وفق أحكام القانون".

ومثل هذا الاتجاه يتفق إلى حد بعيد مع مذهب الإمام أبي حنيفة إذا تعلق الأمر بالمرأة البالغة الراشدة، أما القاصر فيجوز إجبارها من طرف الولي، أما الإمام مالك فإنه يعطي الحق للأب أو وصيه دون غيرهما بأن يجبر من كانت في ولايته على الزواج سواء كانت صغيرة أو كبيرة، في حين قصرها الإمام الشافعي على الأب والجد، وسبب ذلك هو ما للأب من كمال الشفقة والحرص على مصلحة ابنته⁽²⁰⁾.

2- العقد تبرمه المرأة الراشدة بنفسها:

وهو أيضا مطلب ناضلت من أجله الجمعيات النسائية طويلا، واستهدفته اتفاقية الرضا عند الزواج وتحديد السن الأدنى وتسجيله، "والتي نصت على أن الزواج لا يسري إلا إذا وافق عليه الزوجان بشرط أن تكون الموافقة من قبل الزوجين شخصا، بعد إعلان ذلك أمام السلطة المختصة بذلك وقبل

التعديل كان نص المادة 12 يشترط أن يتولى زواج المرأة وليها، ولا يسمح لها أن تتولى العقد بنفسها، فألغيت هذه المادة وحل محلها المادة 11 "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي ولي تختاره".

والحقيقة أن ميلاد هذا النص، جاء بعد سجال كبير بين تيار الحداثيين الذين يصرون على إلغاء شرط الولي وتيار الإسلاميين الذين يصرون على إبقائه، فاختار المشرع أن يجمع بين المتناقضين، فخرج بحكم لا يمكن تخريجه على مذهب من المذاهب الفقهية، ويتبين ذلك من الأوجه التالية:

- أنه ابتدع فكرة الولاية الاختيارية، فولي المرأة الراشدة هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، على خلاف المذاهب الفقهية التي تحصره في العصابات على ترتيب معين، بما يفتح مجال التأويل والتحايل على شرط الولي، فأخرجه من معناه ومغزاه، فالمرأة في هذه الحالة ستختار ما يوافق موقفها من الزواج، سواء كان من أقاربها أو من العامة، فقد يكون جارها أو زميلها في العمل وربما صديق عشيقها، وفي ذلك تمبيع لفكرة الولي التي تعني النصير الذي ينصر للمرأة بأن يساعد في الاختيار وينصرها بعد الزواج إذا ظلمها زوجها⁽²¹⁾، بينما الولي وفق هذا النص هو مجرد شاهد أو ضيف شرف يحضر العقد ثم ينصرف إلى حال سبيله.

- أن اشتراط الفقهاء للولي في العقد، لأن مصلحة الزواج ليست مقصورة على المرأة وحدها فالأولياء يلحقهم العار كما يلحقهم الفخار من زواج ابنتهم كما لو كان الزوج خسيسا أو شريفا⁽²²⁾، لذلك أجاز الحنفية - وهم أكثر المتساهلين في شرط الولي - انعقاد العقد بلفظ المرأة، على أن يكون للولي طلب فسخه إذا كان الزوج غير كفء أو كان الزواج بأقل من مهر المثل، وهو ما لم يظهر في هذا التعديل.

- المشرع من خلال هذا النص لم يبق على شرط الولي كما لم يلغه، كما أنه فتح باباً لتمرّد الفتاة على أهلها والصدام معهم، مما قد يؤدي لبروز ظاهرة الزواج دون علم الأهل، وقد طالعنا الصحف مؤخرا بوقوع مثل هذه الحوادث.

- إلغاء الوكالة في الزواج: القاعدة العامة في الوكالة في الزواج في الفقه الإسلامي والقانون هي الجواز، بل إن الواقع المعتاد في عقود الزواج عندنا أن لا يباشر الرجل والمرأة العقد بنفسهما لغلبة الحياء عليهما في مثل هذه الأمور، وعلى هذا سار قانون الأسرة القديم إذ نص في مادته 20 على أنه: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام الزواج في وكالة خاصة" إلا أنه عدل عن هذا الموقف في تعديله الأخير، فربما تأثر بما جاء في توصية الجمعية العامة للأمم المتحدة الخاصة بالرضا عند الزواج وتحديد الحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل الزيجات في سنة 1965 والتي جاء في فقرته الثانية من المبدأ الأول "لا يجوز الزواج بالوكالة إلا إذا اقتنعت السلطة المختصة بأن كل طرف قد أعرب عن رضاه الكامل الذي لا إكراه فيه أمام سلطة مختصة بعقد الزواج وبحضور الشهود وفقا لأحكام القانون".

ومن الشراح من رحب بهذا التعديل، مبرراً ذلك بأهمية عقد الزواج، كونه من العقود الشكلية الخطيرة ذات الاعتبار الشخصي، مع اتصافه بصفة الأبدية⁽²³⁾.

إلا أن هذا الإلغاء طرح إشكالاً لدى الشراح، فمنهم من رأى أن إلغاء هذه المادة يعني إلغاء التوكيل في الزواج⁽²⁴⁾، ورأى البعض أن المشرع بإلغائه نص المادة 20 أوجد فراغاً قانونياً، وهو ما يحتم الرجوع إلى أحكام المادة 222 التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بما يعني العودة مجدداً إلى أحكام الوكالة⁽²⁵⁾، لذلك كان ينبغي على المشرع أن يحدد موقفه بصراحة بالنص على عدم جواز الوكالة إن كان يريد ذلك من هذا التعديل.

- التضييق على تعدد الزوجات: وهي المسألة التي عرفت تجاذبات حادة ومد وجزر بين المطالبين بإلغاء تعدد الزوجات بصفة نهائية، كونه يعبر عن امتحان للمرأة واحتقار لها، وهو يمثل بحق عنواناً للتمييز بين الرجل والمرأة فلا يستقيم الحال إلا بإلغائه، ويضاف إلى ذلك الهجمة الشرسة التي يقودها الفكر الغربي على الإسلام انطلاقاً من هذه النقطة، فالتعدد عندهم جريمة اجتماعية⁽²⁶⁾.

بينما انقسم دعاة التعدد إلى قسمين، فمنهم من يرى أن الأصل في التعدد هو الحظر، ولا يباح إلا بتوفر المبرر الشرعي، ومنهم من يرى أن الأصل فيه الإباحة وأن لا يحظر إلا إذا خيف أن يغلب فيه الشر على الخير⁽²⁷⁾.

وبين هذا وذاك حاول المشرع الجزائري أن يأخذ موقفاً وسطاً بين الطرفين، فأباح التعدد إلا أنه أثقله بشروط تكاد تكون تعجيزية، فحاول بذلك إرضاء فريق دعاة الإلغاء، وإرضاء فريق دعاة الإبقاء⁽²⁸⁾. فجاء نص المادة 08 من التعديل كالاتي: "يسمح بالزواج لأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

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

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما واثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

وعلى الرغم من ذلك فقد كان هذا الموقف من المشرع الجزائري عنواناً لانتقاد لاذع، من قبل لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة سنة 2007م، حيث انتقدت وضعيتها حقوق المرأة في الجزائر لا سيما مسألة تعدد الزوجات، مما أثار حفيظة التيارات الإسلامية.

المطلب الثاني: الانتقال من فكرة القوامة إلى مبدأ الشراكة بين الزوجين

وقد استهدفه تعديل قانون الأسرة من خلال:

أولاً- إعادة النظر في الأحكام المتعلقة بالحقوق والواجبات بين الزوجين

تقوم الحياة الزوجية في الإسلام على حقوق وواجبات بين الطرفين تهدف إلى حسن المعاشرة وتنمية الروابط، والوصول إلى الحياة الزوجية السعيدة، ومن بين هذه الحقوق والواجبات بين الزوجين، قوامة

الزوج على زوجته بناء على قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁽²⁹⁾، وقوامة الرجل على المرأة ليست درجة رئاسية، بل هي مسؤولية وسلطة ينبغي أن تعطى لأحدهما، فكان الرجل أحق بها، فكان المسؤول عن حماية الأسرة وتحمل تبعاتها المالية⁽³⁰⁾، بالإضافة إلى بعض الحقوق والواجبات المشتركة التي تعزز دعائم الحياة الزوجية.

والملاحظ أن المشرع الجزائري أعاد النظر في مسألة حقوق وواجبات الزوجين بعد أن كان قسمها في القانون القديم إلى: حقوق وواجبات مشتركة بين الزوجين تضمنتها المادة 36، وواجبات الزوج نحو زوجته الواردة في المادة 37، ثم حقوق الزوجة التي نصت عليها المادة 38، أما المادة 39 فقد تضمنت واجبات الزوجة نحو زوجها باعتباره رئيس العائلة، أما التعديل الجديد فقد حصر هذه الحقوق والواجبات في مادة واحدة تحت عنوان الحقوق والواجبات المشتركة⁽³¹⁾.

وعليه فإن الملاحظ من هذا التعديل، أن المشرع أراد تطبيق فكرة المساواة في الحقوق والواجبات، وتحقيق مبدأ الشراكة التي يؤمن بها تيار الحدثة، من خلال التركيز على الحقوق والواجبات المشتركة فقط، وإلغاء نص المادة التي تحدثت عن القوامة ورئاسة العائلة، والتي هي من أهم مرتكزات النظام الإسلامي، مما أوجد فراغاً قانونياً كبيراً يجعلنا نتساءل هل أن الإلغاء يعني التخلي عن فكرة القوامة نهائياً، أم أننا أصبحنا أمام فراغ قانوني يتحتم إتمامه بالرجوع إلى أحكام المادة 222 منه التي تحيلنا بدورها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ثم أيهما يكون رئيساً للعائلة يا ترى هل هو الزوج أم الزوجة، فقديمًا قيل السفينة التي يقودها ربانان تغرق.

ثانياً- تعزيز الشراكة بين الزوجين بالشراكة المالية:

النظام المالي للزوجين هو مجموعة الأحكام والقواعد، التي تنظم العلاقات المالية بين الزوجين، خلال مدة الزواج، وهي أحكام تحدد كيفية تحمل الأعباء المالية للأسرة، وتوزيع الثروة المكتسبة بين الزوجين، ونصيب كل واحد منهما⁽³²⁾.

ويقوم النظام المالي للزوجين في التشريع الإسلامي على مبدأ استقلال الذمة المالية لكلا الزوجين وهو ما يعرف بنظام فصل الأموال والذي يقوم على أسس ودعائم أهمها:

- استقلال كل من الزوجين بأمواله.

- أن تصرفات الزوجين فيما بينهما تحكمها القواعد العامة.

- مسؤولية كل من الزوجين عن الديون المترتبة تجاه الغير مسؤولية شخصية.

أما في النظم الغربية فهناك عدة أنظمة للأموال بين الزوجين، وهي تقوم على حرية الاتفاقات المالية بين الزوجين، وأساسها الشراكة، وأهم هذه الأنظمة نظام الاشتراك المالي، نظام الدوطة أو البائنة، نظام انفصال الأموال، نظام المشاركة في الأموال.

وفي إطار نظام الأموال بين الزوجين، استحدث المشرع الجزائري أحكاماً جديدة نصت عليها المادة 37 بمقتضى تعديل 02/05 والتي نصت على: " لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر.

غير أنه يجوز أن يتفقا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

وعليه فإن النظام المالي للزوجين المتبع هو مبدأ الاستقلال المالي للزوجين وفق ما يقتضيه الفقه الإسلامي، غير أنه أجاز للزوجين الاتفاق على خلاف ذلك، من خلال الاتفاق على تسيير أموالهما المكتسبة خلال حياتهما الزوجية، وهو ما يعد نقلة نوعية في اتجاه اعتماد نظام مالي وفق ما هو سائد في الدول الغربية، وهو موقف يعزز فكرة الشراكة بين الزوجين الذي ينادي به تيار الحدثة.

ومثل هذا الاتجاه يمكن تخريجه على المذهب الحنبلي الذي يجيز لكلا الزوجين أن يشترطا على بعضهما شروط مشروعة، أو ما يعرف بالشروط الاتفاقية في العقد، عملاً بمبدأ سلطان الإرادة الذي يقره هذا المذهب، والذي تبناه المشرع الجزائري حسب المادة 19 من قانون الأسرة.

ثالثاً- المساواة في إنهاء الرابطة الزوجية:

يتم إنهاء الرابطة الزوجية وفق أحكام الشريعة الإسلامية بالطلاق الذي يوقعه الزوج، ويقع ذلك بمجرد التلفظ به، ودون حاجة للجوء إلى القضاء، أما الزوجة فلا تملك هذا الحق، وإذا أرادت إنهاء الرابطة الزوجية، فعليها اللجوء إلى القضاء، وإثبات حالة من حالات الضرر الذي لحقها ليحكم لها القاضي بالتطليق، والتي اختلف الفقهاء بشأنها، حيث نجد أن هناك من توسع في إقرار هذه الحالات وهو مذهب المالكية، ومن ضيق فيها كمذهب الإمام أبي حنيفة، وتتجه التشريعات العربية بما فيها قانون الأسرة الجزائري، إلى إحداث نوع من التوازن في ممارسة الطلاق من خلال:

1- تقييد سلطة الرجل عند في إيقاعه للطلاق: ذلك أن الطلاق في الفقه الإسلامي يقع بمجرد التلفظ به، وبما أن من الفقهاء من اشترط الإشهاد عند إيقاعه وخاصة علماء الشيعة وهو مذهب تبناه الفقهاء المحدثين، وذكروا أنه يتلاءم مع حكمة تشريع الطلاق في الإسلام⁽³³⁾، وانطلاقاً من ذلك أصبح الطلاق لا يثبت إلا بحكم كنوع من الإشهاد بعد محاولة صلح يجريها القاضي، وهي إجراءات تعد بمثابة عقبات الهدف منها الحد من استعمال الزوج للطلاق.

2- التوسع في الحالات التي تتمكن من خلالها الزوجة من الحصول على التطليق، وهو توجه أقرب إلى المذهب المالكي والتي أوردها المشرع في المادة 53 ورفع عددها إلى عشر حالات بعد أن كانت سبعة⁽³⁴⁾.

3- إقرار الخلع دون موافقة الزوج: شرع الخلع لأن فيه مخرجاً للمرأة في حالة كرهها البقاء مع زوجها سواء تعلق الأمر بخلقه أو خلقته أو خشيتها من تقصيرها في حقوقه، فيكون الخلع مخرجاً للزوجة، إلا أن الخلع عند الفقهاء من العقود الرضائية التي لا تتم إلا بموافقة الطرفين، وهو الرأي الغالب، أما إيقاع الخلع دون موافقة الزوج فهو رأي ضعيف قال به بعض الفقهاء المعاصرين وقيل أنه ما ذهب إليه ابن رشد.

وقد تبني المشرع الجزائري هذا الرأي من خلال التعديل الذي أدخله بمقتضى الأمر 02/05 فجاء في المادة 54 منه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

وبهذا الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري، يمكن القول أنه أصبح هناك نوع من المساواة في إيقاع الطلاق، فكما أن الزوج يطلق، فالمرأة أيضا تطلق من خلال حقها في الخلع بالإضافة للحالات المتعددة لطلب التطلق، ونتج عن ذلك كثرة حالات الخلع في المجتمع في السنوات الأخيرة، وبشكل غير مسبوق.

خاتمة:

ما لاحظته من خلال هذا البحث، أن المشرع الجزائري في تعديله الأخير عمل تحت ضغط كبير، من قبل التيارين، فحاول جاهداً التوفيق بينهما، وهو ما انجر عليه ضعف الصياغة التي أفضت إلى كثرة التأويلات، والأحكام غير المنسجمة، التي طبعت هذا التعديل فوجدناه استعان بالتخيير بين المذاهب والتلفيق لتحقيق ذلك ووصل الأمر إلى الاعتماد على الآراء والمذاهب التي لا تقوم على أدلة قوية، وتتبع الرخص التي أجازها بعض العلماء.

وهو من جهة أخرى يعكس قدرة التشريع الإسلامي على الاستجابة لمتطلبات العصر بتعدد مذاهبه وآرائه في المسألة الواحدة.

الهوامش:

- (1) د. أسعد السحمراني، الأسرة والتحديات الفكرية، الأسرة العربية في وجه التحديات والمتغيرات المعاصرة، مؤتمر الأسرة الأول، بيروت، 5-6 أيار 2002، دار ابن حزم، ط 2003، ص 38.
- (2) د. محمد هيثم الخياط، المرأة المسلمة وقضايا العصر، دار الفكر، دمشق، 2008، ص 55.
- (3) راجع مفهوم الأسرة في الوثائق الدولية، موقع اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، <http://www.iicwc.org>، أطلع عليه في 04/05/2015/.
- (4) د. أسعد السحمراني، المرجع السابق، ص 36.
- (5) د. سعد الدين العثماني، التحديات الاجتماعية بين التدبير والتأزيم، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة أي جديد، أشغال اليوم الدراسي الذي نظمته الجمعية الوطنية الحضر، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2005، ص 43.
- (6) للاطلاع أكثر راجع: حميد مسرار، حقوق الأسرة بين أصالة الفقه ودعوات التجديد- نفقة الزوجة العاملة نموذجا، مطبعة REBAT NET MAROC، 2012، ص 39 وما بعدها.
- (7) محمد أركون، الفكر الإسلامي - قراءة علمية-، ترجمة هاشم صالح، مركز الانماء القومي، بيروت، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ط 2، 1996، ص 183.
- (8) نصر حامد أبو زيد، الإسلام السلطة الحقيقة، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ط 1، 1995، ص 143.
- (9) د. طلال العترسي، الأسرة العربية والتحديات الفكرية، الأسرة العربية في وجه التحديات والمتغيرات المعاصرة، مؤتمر الأسرة الأول، بيروت، 5-6 أيار 2002، دار ابن حزم، ط 2003، ص 48.
- (10) د. عجيل جاسم، التخير على مذاهب في الفقه الإسلامي المختلفة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد خاص بأبحاث ندوة حقوق الأسرة في ضوء المعطيات المعاصرة، 27-28 ديسمبر 1994، ص 37.
- (11) د. عجيل جاسم، المرجع السابق، ص 42.
- (12) سورة الحج، الآية 78.
- (13) البخاري، صحيح البخاري، باب الدين يسر، تح: محمد زهير بن ناصر الناصر، رقم 39، دار طوق النجاة، ط 1، 1422 هـ.
- (14) د. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- أحكام الزواج- ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 6، 2010، ص 116.
- (15) د. محمد محده، سلسلة فقه الأسرة - الخطبة والزواج -، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، ط 2، 1994، ص 384.

- (16) غازي بن مرشد بن خلف العتي، التلفيق بين المذاهب وعلاقته بتيسير الفتوى، ص10، www.minchaoui.com، الاطلاع في 2015/04/01.
- (17) د. عجيل جاسم، المرجع السابق، ص41.
- (18) المرجع نفسه، ص42.
- (19) المادة 05 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05.
- (20) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص244.
- (21) د. نصر سلمان، سعد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للنشر، عين مليلة، الجزائر، 2002، ص95.
- (22) محمد محده، المرجع السابق، ص195.
- (23) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص166.
- (24) المرجع نفسه، ص166.
- (25) د. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص72.
- (26) د. سعد صالح، الأسرة بين النصوص والواقع، الأسرة العربية في وجه التحديات والمتغيرات المعاصرة، مؤتمر الأسرة الأول، بيروت، 5-16 أيار 2002، دار ابن حزم، ط1، 2003، ص80.
- (27) المرجع نفسه، ص80.
- (28) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، ط4، 2010، ص90.
- (29) سورة النساء الآية 34.
- (30) سعد صالح، المرجع السابق، ص71.
- (31) حددت المادة 36 الحقوق والواجبات المشتركة التي ينبغي مراعاته وتمثلت في:
- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
 - المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.
 - التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.
 - التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.
 - حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.
 - المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين بالحسن والمعروف.
 - زيارة كل منهما لأبويه واستضافتهم بالمعروف.
- (32) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص318.
- (33) أمال رواق، الإشهاد في إثبات الزواج وانحلاله، مذكرة ماجستير، غير منشورة، جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة، الجزائر، 2006-2007، ص198.
- (34) الحالات العشرة للتطبيق التي ذكرتها المادة 53 هي:
- عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78، 79، 80 من هذا القانون.
 - العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
 - الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
 - الحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
 - الغيبة بعد مرور سنة بدون عذروا نفقة.
 - مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه.
 - ارتكاب فاحشة مبينة.
 - الشقاق المستمر بين الزوجين.
 - مخالفة الشروط المتفق عليها في الزواج.
 - لكل ضرر معتبر شرعا.

