

أثر المرجعية الدولية في تعديل قانون الأسرة وتداعياتها على الاستقرار الأسري

The impact of the international reference in amending the family law and its repercussions on family stability

هشام ذبيح

المركز الجامعي سي الحواس بركة، hicham.debih@cu-barika.dz
تاريخ الاستلام: 2023/02/18 تاريخ القبول: 2023/06/18 تاريخ النشر: 2023/12/28

ملخص:

يعالج المقال موضوع من مواضيع العلاقة الأسرية والذي يدرس في أساسه أحكام الزواج في قانون الأسرة وذلك بالبحث عن المرجعية الدولية من خلال الاتفاقيات والمعاهدات التي صادقت عليها الجزائر وكيف أثرت على تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 من جهة، وأثر هذا التعديل على المجتمع الجزائري من جهة أخرى، هل حقق التعديل الاستقرار الأسري أم زاد من التفكك الأسري الذي لوحظ في المحاكم اليوم، وما هي الحلول المطروحة لحل ما يتعلق بالإشكالات التي تثيرها المرجعية الدولية.

كلمات مفتاحية: الاتفاقيات الدولية؛ قانون الأسرة؛ الاستقرار الأسري؛ أحكام الزواج.

Abstract:

The article deals with one of the issues of the family relationship, on the basis of which the provisions of marriage are studied in the family law, by searching for the international reference through the conventions and treaties ratified by Algeria and how it affected the amendment of the family law according to Order 05/02 of February 27, 2005 on the one hand, and the impact of this Amendment to Algerian society On the other hand, did the amendment achieve family stability or increase the family disintegration that is observed in the courts today, and what solutions are proposed to solve the problems raised by the international reference.

Keywords: international agreements; family law; family stability; provisions of marriage.

المؤلف المرسل: هشام ذبيح، الإيميل: hicham.debih@cu-barika.dz
مقدمة:

تعد الأسرة أساس بناء المجتمع، الأسرة الجزائرية اليوم تتعايش مع مجموعة من التحديات التي تواجه الرغبة في تشيئها بالموروث الديني والعقائدي والثقافي، خصوصا مع انضمام الجزائر للعديد من المنظمات الحقوقية و الاتفاقيات والمعاهدات

الدولية، إلا أن هذه النظم الغربية تسعى إلى التغيير في وظائف الأسرة ومسؤولياتها وأشكالها، في ظل ما شهدته المجتمعات الليبرالية، ليلقي بضلاله على مجتمعاتنا العربية والإسلامية، مما دفع بالضغط على الدول المنظمة إلى تطبيق بنود الاتفاقيات على تشريعاتها الوطنية مما أدى إلى تعديل قوانين الأحوال الشخصية بما يتماشى مع هذه الاتفاقيات والمعاهدات، فأدى إلى ظهور الكثير من الإشكالات في المجتمع.

لذا فإن إشكالية الدراسة هي: ما أثر الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في تعديل

قانون الأسرة في قضايا الزواج على الاستقرار الأسري؟

وللإجابة على الإشكالية سنتبع المنهج الوصفي والتحليلي للوصول إلى حل الإشكال، وذلك وفق المحاور التالي:

المطلب الأول: المرجعية الفقهية لمسألة الولاية في الزواج وأثر الاتفاقيات الدولية عليها.

المطلب الثاني: المرجعية الفقهية لمسألة الطاعة الزوجية وإرضاع الولد وأثر الاتفاقيات الدولية عليها.

1. المطلب الأول: المرجعية الفقهية لمسألة الولاية في الزواج وأثر الاتفاقيات الدولية عليها؛

عالج قانون الأسرة موضوع الولاية في الكتاب الأول: (الزواج وانحلاله) في القسم الثاني: (في الزواج)، في المادة 9 مكرر - 11 - 13، فنحاول أن نبين المرجعية الفقهية التي اعتمد عليها المشرع الجزائري في مسألة الولاية في الزواج قبل التعديل وبعد التعديل، باعتبارها أساس تشريع قانون الأسرة وكذا البحث عن الدافع الذي جعل المشرع الجزائري يقوم بالتعديل من خلال توضيح أثر الاتفاقيات الدولية في ذلك؛

1.2. الفرع الأول: تعريف المرجعية الفقهية والدولية

بما أن قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 مرجعية التشريع فيه الأساسية هو الشريعة الإسلامية، والملاحظ أن المشرع الجزائري في ضبط أحكام قانون الأسرة لم يحدد مذهب فقها واحداً إنما اعتمد على أكثر من مذهب، مما يتضح أن المرجعية الفقهية في التشريع متعددة، فلا بد من معرفة المقصود بالمرجعية الفقهية أولاً باعتبارها أساس التشريع وفق المادة 222 من قانون الأسرة، ثم الانتقال لمعرفة المرجعية الدولية التي هي دخيلة في تشريع قانون الأسرة الجزائري من خلال الاتفاقيات والمعاهدات التي صادقت عليها الجزائر.

قبل البدء في موضوع الولاية لابد من ضبط بعض المصطلحات المتعلقة بالدراسة:

المرجعية لغة: مصدر صناعي صيغ من المصدر الميمي: مرجع، للفعل رجع، يرجع، ومادة رجع تدل على الرد والتكرار (فارس، 1979، صفحة 124).

اصطلاحاً: المرجعية في ميدان العلوم والمعارف هي ما يمكن تعريفه بأنه: الجهة العلمية الموثوقة التي يرد إليها أمر إبداء الرأي في القضية المطلوبة.

-المقصود بالفقهية: الفقه هو: معرفة الأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية (شليبي، د.ت، صفحة 32).

-تعريف المركب الوصفي للمرجعية الفقهية: هي الجهة العلمية الموثوقة التي يرجع إليها الناس في معرفة الأحكام الشرعية العملية خصوصاً، وتعاليم الدين عموماً.

-شرح التعريف الاصطلاحي للمرجعية الفقهية (هندو، 2018، صفحة 36):
أولاً: المقصود بالجهة العلمية أمران:

-المنهج العلمي والمتبع في الاجتهاد الفقهي والفتوى:

أي مصادر الاستدلال وأصول الاستنباط، وقواعده النقلية والعقلية، وهذا يشترط الإقرار بمصدرية الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وما يتبعها من مصادر وأدلة وخطط تشريعية ومدار اجتهادية معتبرة وفق منهج أهل السنة والجماعة.

-الأشخاص والهيئات المضطلة بالاجتهاد والفتوى وفق ذلك المنهج:

أي من حيث الديانة والأمانة والأهلية العلمية، فتنين أن المرجعية مركبة من أمرين: المنهج السليم، والجهة المفتية.

ثانياً: المقصود بالموثوقية:

اطمئنان المستفتين إلى جهة إفتائهم، ومنهجها إلى القدر الذي تبرأ به ذمتهم شرعاً، وضابط من يطمأن له: شهادة الهيئات العلمية المعتبرة، أو علماء البلد المعترين والأهلية لهذا المنصب.

-بعض المصطلحات ذات الصلة بالمرجعية:

أولاً: المذهبية: يقصد بها: التزام المستفتي مذهباً فقهياً من المذاهب المعتمدة الأربعة، بحيث لا يخرج عنها بتاتاً إلا للضرورة، والمرجعية أعم والمذهبية أخص (هندو، 2018، صفحة 38).

ثانياً: الاجتهاد والتقليد

-الاجتهاد الفقهي: استفراغ المتأهل جهده النظري في استنباط حكم شرعي عملي من دليله التفصيلي (الدهلوي، د.ت، صفحة 3).

-التقليد الفقهي: معرفة الحكم الشرعي العملي بالخبر المتلقى عن المفتي المجتهد أو العالم الناقل (الفتوح، د.ت، صفحة 529).

-تعريف المرجعية الدولية: وهي الاتفاقيات والمعاهدات التي صادقت عليها الجزائر وكانت سبباً في تعديل بعض القوانين التشريعية الجزائرية.

1.2. الفرع الثاني: تعريف الولاية لغة و شرعا

أ-الولاية لغة:

الولاية بفتح الواو و كسررها مصدر فيقال ولي عليه ولاية إذا أمكن أمره و قام به و من معاني الولي أيضا النصير (حداد، 2006، صفحة 206)،

ب- الولاية شرعا: سلطة شريعة أو حق شرعي تخول لصاحبها إنشاء العقود و التصرفات و جعلها نافذة سواء كان موضوع التصرف هو أو يخص من في ولايته ممن عليه سلطة مستمدة من الشارع أو مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة.

-الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

يتضح منهج قانون الأسرة في التعامل مع عنصر الولي كما يلي:

-الطبيعة القانونية للولاية في الزواج: نميز بين حالتين:

أ-قبل التعديل: في القانون رقم 11/84 جعل المشرع الجزائري الولاية ركن في عقد الزواج من خلال م 9 ق أ.

ب-بعد التعديل: نجد أن المشرع الجزائري قد قلل من أهمية الولي فنزل به من الركن إلى الشرط وجعل الولي شرط من شروط عقد الزواج في م 9 مكرر.

-المرجعية الفقهية: فتكون المرجعية الفقهية في جعل الولي شرط إلى مذهب الإمام مالك في رواية أشهب عنه إلى أن الولي في النكاح شرط صحة (الحفيد، د.ت، صفحة 6)، وبه قال الشافعي (الشافعي، د.ت، صفحة 13) وأحمد (المقدسي، 1348هـ، صفحة 337)، وخالفهم الحنفية إلى أن الولاية ليست شرطاً لصحة النكاح (العيني، 1980، صفحة 110).

كما أن قبل التعديل نصت المادة 9 (يتولى زواج المرأة وليها) أي دور الولي قبل التعديل كان إيجابياً، أما بعد التعديل هو شكلي.

2- من حيث مباشرة العقد: ميز قانون الأسرة الجزائري بين المرأة الراشدة والقاصرة، حيث قصر دور الولي على حضور مجلس العقد، بينما تباشر هي العقد بنفسها وبذلك نجد أن المشرع الجزائري قد قلل من المقصد الشرعي الذي وضع من أجله الولي وهو اختيار الرجل الصالح لمولاته، وهو ما نصت عليه م1/11 "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها ..)، أما بالنسبة للقاصر فإن الولي هو الذي يباشر العقد وهو ما نصت عليه م2/11 (...يتولى زواج القاصر أولياؤهم).

-المرجعية الفقهية:

3-من حيث تحديد الأولياء وترتيبهم: يميز قانون الأسرة بين المرأة الراشدة والقاصرة فبالنسبة للراشدة ليس هناك ترتيب للأولياء وهو ما ورد في م1/11 "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره" ومن ثمة فلها أن تختار من تشاء أن يكون ولياً، وهو ما يعاب على المشرع الجزائري بعد التعديل فكيف يعقل أن تتخلى المرأة عن أقاربها وتأتي برجل من الشارع فيتولى زواجها .

المرجعية الفقهية:

-فقهاء المالكية قد فرقوا بين المرأة الشريفة فلا بد لها من ولي، أما المرأة غير ذلك فجاز لها أن تستخلف من تشاء من النساء (الخرشي، د.ت، الصفحات 182-183).

كما أن المشرع كان قبل التعديل أفضل بكثير حيث قصر الولاية على الأب أو أحد الأقارب فإن لم يوجد فالقاضي ولي من لا ولي له، كما استعمل

المشرع في م 11 قبل تعديلها حرف الفاء الذي يفيد الترتيب، أما بعد التعديل استعمل حرف العطف "أو" التي تفيد التخيير لا الترتيب، وبذلك نجد أن المشرع الجزائري استغنى عن الترتيب الذي جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية. أما القاصرة فقد حدد القانون الأولياء في م 2/11 بنصها "...يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

-أسباب تعديل مواد الولي في الزواج:

- 1- من أهم أسباب تعديل قانون الأسرة ككل هو ما صدر عن الدولة الجزائرية (- تقرير، 11 كانون الثاني/يناير 2005) عن اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في دورتها 32 أيام 10-28 كانون الثاني/يناير 2005، في حدود 49 تعليمة تصب كلها على تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ويعد موضوع الولي من أهم مواضيع التعديل التي ركز عليها التشريع حيث جاء في البند 7 من تقرير اللجنة حيث جاء فيه عن الممثل لها (الفقرة 7-). وأضاف أنه أصبح من الضروري إدخال تعديلات على قانون الأسرة نظراً للتحويلات التي طرأت في المجتمع وللتصديق على اتفاقيات دولية منها وخاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وفي 8 آذار/ مارس 2004، طلب رئيس الجمهورية من الحكومة اتخاذ إجراءات لموائمة التشريعات الوطنية مع تطور القانون الدولي، وإعادة النظر في وجهة التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق على الاتفاقية)، مما يتضح أن الجزائر قد تراجعت عن بعض التحفظات التي أبدتها في بادئ الأمر حول الاتفاقية مما أدى بصفة مباشرة بتعديل مسائل كثيرة.
- 2-مطالبة الجمعيات النسوية المناهضة لأحكام قانون الأسرة والداعمة لرفع التحفظ الوارد على أحكام المادة 16 من اتفاقية سيداو، مسألة إلغاء الولي والمطالبة بالمساواة مع الرجل في إبرام عقد الزواج، وقد تحقق هذا المطلب الذي غير دور المرأة في عقد الزواج استناداً للمادة 11 ق.أ وأصبح تتولى المرأة الراشدة أمر زواجها بنفسها، وأصبح حضور الولي فقط على كونه شرطاً، كما غير من مفهوم الولي فلم يعد يقتصر على الأب فقط بل يتعدى إلى أي شخص آخر (عفيف، 2022، صفحة 290).

-دور الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية في تغيير مفهوم ودور الأسرة (القاطرجي، 27-29 نوفمبر 2011، الصفحات 4-5):

1- لقد كان من نتائج تدخل الأمم المتحدة في قضايا الأسرة أن فرض على الدول المنتسبة إليها، والموقعة على موائيقها واتفاقياتها الدولية، رؤية جديدة للأسرة تتنافى مع الرؤية الدينية والأخلاقية التي كانت سائدة في السابق، والقائمة على اعتبار الأسرة جهاز اجتماعي مسؤول عن إنجاب وتربية الأطفال، فالأسرة في موائيق الأمم المتحدة لم تعد تلك التي تتكون نتيجة زواج شرعي بين ذكر وأنثى، بل يمكن أن تنشأ بين رجلين أو امرأتين أو بين امرأة وطفل، وهذا يظهر في الكثير من الموائيق الدولية كوثيقة عمل مؤتمر القاهرة للسكان عام 1994، ووثيقة مؤتمر اسطنبول للمستوطنات البشرية سنة 1996، على تكريس مفهوم الأسرة وأنماطها البشرية المتعددة غير مبالية بالاعتراضات الدولية على هذا التكريس.

2- قد اتخذت منظمة الأمم المتحدة وسائل عملية لحماية أنماط الأسرة التي أقرتها، فضمنت موائيقها الدولية كثير من المواد التي تقلل من فرص قيام الأسرة التقليدية، مثل رفض الزواج المبكر، وحماية حقوق الأم العزباء والوالد الواحد، وحقوق الطفل الذي يولد خارج إطار الزواج، فاستبدلت مثل مصطلح الطفل غير الشرعي IL Legal child بطفل الحب والجنس Love Baby، وفي الوقت نفسه عملت على شرعت وحماية العلاقات الجنسية التي تقوم خارج إطار الزواج، وفرضت على الدول التي وقعت على اتفاقياتها العمل من أجل تشريع وتقنين أنواع جديدة من الزواج، مثل الزواج المثلي الذي أقرته كثير من دول العالم.

3- إن نظرة الأمم المتحدة للأسرة التقليدية، والقائمة على عدم الاعتراف بها كوحدة أساسية ووحيدة للمجتمع، وعدم الاعتراف بمفهوم الأسرة بالمعنى الذي يقره الدين، وكذا عدم الاعتراف بأدوار خاصة بالأبوة والأمومة والزوجية، معتبرة أنها مجرد أدوار اعتادها الناس فيما درجوا عليه، وقد سار واضعي هذا البرنامج في غيهم إلى أبعد من ذلك فطالبوا بالتغيير الجذري في العلاقة بين الرجل والمرأة، وتقسيم الوظائف بينهما بالسوية، بما في ذلك حق الرجل في إجازة "وضع" كالنساء، والمساواة بينهما في الإرث مع تغيير القانون الذي يقف دون ذلك مهما كان مصدره" (الأزهر، دت، صفحة 22).

-أسرة الأم العزباء: مصطلح مركب من كلمتين متضادتين دلاليًا، فالأمومة مرتبطة بالولادة التي لها قدسيته داخل الأسرة، والعزوبة تدل على ترك الزواج، والعازب هو من لا زوج له، فالأم العازبة هي المرأة التي ابتعدت عن الأسس الشرعية للحصول على الأمومة، فلا يصح وصف الأم بالعازبة، وهذا الوصف لا نجده إلا عند مريم العذراء عليها السلام، فهذا المصطلح ليس له جذور لغوية ولا سند شرعي واجتماعي،

لكن اشاعة توظيفه أتاح تغيير مفهوم الأمومة ومفهوم العزوبة ليصبح متداولاً ومستأنساً (نزار، 2012، الصفحات 47-49).

وتشجع الأمم المتحدة ممارسة العلاقة الجنسية خارج إطاره الشرعي، بل استنكرت اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، اعتبار الزنا علاقة جنسية خارج إطار الزواج، وتجريمه من طرف الأنظمة وأكد فريق العمل في تقرير مفصل يوضح فيه "أن تجريم العلاقة الجنسية بين البالغين بالتراضي هو انتهاك لحقهم في الحياة الخاصة وللمادة 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية".

-أسرة الجنس الواحد: (زواج المثليين)

أخذ العالم يستأنس بمصطلح زواج المثليين مع نهاية الثمانينات من القرن الماضي، مع بدء النقاش حول عقد المعاشرة القانونية وما يترتب على الاعتراف بزواج المثليين من اعتراف بحقوق الإرث وما يترتب عليه من تدابير حماية كذلك التي يحظى بها الأزواج من الجنسين، وقد تم اعتماد القانون المتضمن المعاشرة القانونية في 1998/11/23 في بلجيكا واستتبعت عام 2003، بكفالة الحقوق المتعلقة بإجراءات الطلاق، والتصريح المشترك بالضريبة، والميراث... وقد تم منذ عام 2006 الاعتراف بحق التبني للأزواج من المثليين، في تشريعات عديد الدول الأوروبية، والرهان المطروح في سياق الحق في التبني يتمثل في الاعتراف بالواقع الذي تفرزه حالات فردية، كالإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي أو التبني من جانب والد واحد.

ولقد عبر الفريق العامل والمعني بمسألة التمييز ضد المرأة، في تقريره الفقرة 21 عن قلقه إزاء القوانين والسياسات العامة التي تحمي الثقافة والدين والتي تهدد المعايير الدولية لحقوق المرأة حيث تتعرض النساء العازبات والأرامل والنساء المعيلات والمثليات ومزدوجات الميل الجنسي ومغايرات الهوية الجنسانية والعاملات في مجال الجنس للتمييز والعنف والإزدراء داخل مجتمعاتهم.

وتعد المنظمة العالمية (هيومان رايتس ووتش)، أكبر داعم لحقوق الشواذ بوضعها لمسودة بيان يطالب بضمان كافة الحقوق على المستوى الدولي القانوني والتشريعي، لإبراز التنوع داخل هذه الفئة نفسها.

وبذلك فإن المجتمع الدولي تجاوز المطالبة بحقوق الأسرة إلى الدفاع عن أشكال جديدة تتعارض في مفهومها مع وجود الأسرة في حد ذاته، وهو مؤشر على سيورة الجنس البشري نحو الاندثار، حيث صرح رئيس الوزراء لوكسمبورغ السابق (غاستون تورن) "بأن أوروبا تقترب انحاراً جماعياً"، وذلك بسبب عزوف النساء عن الإنجاب ووصول أوروبا إلى نسبة تقل عن ثلثي ما تحتاجه من السكان.

2. المطلب الثاني: المرجعية الفقهية لمسألة الطاعة الزوجية وإرضاع الولد وأثر الاتفاقيات الدولية عليها؛

بالرجوع لطيات مواد قانون الأسرة قبل التعديل لوجدنا موضوع الطاعة الزوجية منصوص عليه بموجب الفقرة الأولى للمادة 39 وإرضاع الولد منصوص عليه بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة لكن بعد التعديل ألغاه المشرع مطلقاً، فما هي الأسباب والتداعيات التي دفعت بالمشرع الجزائري يلغى مواداً قانونية تحقق الاستقرار الأسري، وتتماشى مع عاداتنا وموروثنا الثقافي والذي كان عليه بالأولى أن يحرص على تطبيقها وليس إلغائها، وسنوضح هذا أدناه؛

3.1. الفرع الأول: حق القوامة والطاعة الزوجية؛

أ- المقصود بالطاعة الزوجية: يقصد بحق الطاعة أي طاعة الزوجة زوجها فيما أمر على أن تكون في حدود ما شرع الله، وليست الطاعة العمياء، " فالطاعة هو التزام على الزوجة بالانقياد للزوج في الحقوق المترتبة له على عقد الزواج، فتتقيد بملازمة وعدم الخروج منه إلا بإذن زوجها، وتبادر إلى فراشه إذا طلبها إن لم تكن ذات عذر شرعي وأن تصون نفسها من كل ما يشينها ويلحق ضرراً بالزوج، سواء أكان في نسبه أم في شرفه وأن تحافظ على أمواله" (التواب، 1984، صفحة 680).

ب- أدلة مشروعية الطاعة:

أولاً: من القرآن الكريم.

قال الله تعالى: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ...) [سورة النساء: 34]. وجه الدلالة: والمقصود بالقائنات هن النساء المطيعات (القيام على وجه الطاعة) (الأصفهاني، 1999، صفحة 1221). قال الله تعالى: ﴿... وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾

[البقرة 228]. ووجه الدلالة: أن الدرجة المذكورة تعني: رفعة ورياسة، وزيادة حق عليها (السعدي، 2000، صفحة 101)، وهي درجة القوامة وجعلت طاعة الزوجة لزوجها علامة من علامات صلاحها.

ثانياً: من السنة النبوية.

لقد ورد في السنة الأحاديث الكثيرة التي تحت على طاعة الزوجة زوجها منها:

1- حديث أبي هريرة، قال: قيل لرسول الله: أي النساء خير؟ قال: "الَّتِي تَسْرُهُ إِذَا نَظَرَ، وَتُطِيعُهُ إِذَا أَمَرَ، وَلَا تُخَالِفُهُ فِي نَفْسِهَا وَمَالِهَا بِمَا يَكْرَهُ" (النسائي، 1986، صفحة 68).

3- حديث معاذ بن جبل: أنه لما رجع من اليمن، قال: يا رسول الله، رأيت رجالاً باليمن

يسجد بعضهم لبعض، أفلا نسجد لك؟ قال: "لَوْ كُنْتُ أَمْرًا بَشَرًا يَسْجُدُ لِبَشَرٍ، لَأَمَرْتُ الْمَرْأَةَ أَنْ تَسْجُدَ لِرَوْجِهَا" (حنبل، 2001، صفحة 312).

4- قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " إِذَا صَلَّتِ الْمَرْأَةُ خَمْسَهَا، وَصَامَتْ شَهْرَهَا، وَحَفِظَتْ فَرْجَهَا، وَأَطَاعَتْ زَوْجَهَا قِيلَ لَهَا: ادْخُلِي الْجَنَّةَ مِنْ أَيِّ أَبْوَابِ الْجَنَّةِ شِئْتَ" (حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، 2001، صفحة 199)

ج - نطاق الطاعة:

إن طاعة الزوجة لزوجها، وإن كان حقاً له إلا أنه ليس حقاً مطلقاً، بل هو نسبي ومقيد بحدود، فانطلاقاً من القاعدة الشرعية "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق" يجب على الزوجة أن تطيع الزوج فيما هو مشروع، أي في غير ما نهى الله عنه، بمعنى أنه إذا أمرها بمعصية فلا تطيعه كأن يأمرها بترك الصلاة أو بفعل المحرمات...، أما إذا امتنعت الزوجة عن طاعة زوجها فيما هو مشروع، فإنها تعتبر ناشزاً لإخلالها بواجب طاعة زوجها دون حق وهو الأثر المترتب عن إخلال الزوجة بهذا الالتزام.

د- الطاعة قانوناً: ألغى قانون الأسرة المادة 39 التي تنص على الطاعة والتي جاء فيها: " يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة" وحاول استبدالها بالمادة 36 ووضع عبارات "المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والتشاور..."، وكأنه بهذا يستحي من عبارة " الطاعة " المنصوص شرعاً في نصوص كثيرة من الكتاب والسنة أو يحملها على غير محلها، ويرى فيها انتقاصاً من قيمة المرأة وحريتها وما ينبغي أن تكون عليه من مساواة أمام زوجها، تحت ضغط وتأثير موجات كثيرة عالمية ومحلية تنحى منحى التحرر الكامل داخل الأسرة، والمساواة المطلقة بين الطرفين في الحقوق والواجبات، وإساءة فهم معنى الطاعة والقوامة المطلوبة شرعاً، والتي تنظر إلى الأسرة إلى أنها مؤسسة من مؤسسات المجتمع وخلية أساسية فيه لا بد فيها من رئاسة تدير أموراً يقوم بها الطرف الذي يمثل دور الحماية والرعاية والذود دون الإخلال بعنصر الاحترام والتشاور وتبادل الرأي مع الطرف الآخر.

ولا تعني هذه الطاعة أبداً الاستبداد بالرأي أو أن تذوب شخصية الزوجة في شخصية زوجها كما تحاول بعض التيارات تغليط الناس بالشائعات المغلوطة، وإنما انطلاقاً من القاعدة الشرعية "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"، يجب على الزوجة أن تطيع الزوج فيما هو مشروع أي في غير ما نهى الله عنه، بمعنى أنه إذا أمرها بمعصية فلا تطيعه كأن يأمرها بترك الصلاة أو بفعل المحرمات.

أما إذا امتنعت الزوجة عن طاعة زوجها فيما هو مشروع، فإنها تعتبر ناشزا لإخلالها بواجب طاعة زوجها دون حق وهو الأثر المترتب عن إخلال الزوجة بهذا الالتزام. (هشام، 2015/2014، صفحة 138).

والنشوز قد يكون من الزوجة وقد يكون من الزوج وقد يكون منهما معا فيصير شقاقا، أما نشوز الزوجة فهو عصيانها للزوج وعدم طاعتها له وامتناعها عن فراشه أو خروجها من بيته بغير إذنه.

أما نشوز الزوج فهو تخليه عن الحقوق الواجبة عليه تجاه زوجته من حسن معاشرة وإنفاق وعدل وغير ذلك.

أما النشوز في قانون الأسرة فقد نص عليه المشرع في المادة 55 بقولها: "عند نشوز أحد الزوجين بحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

هذا ويختلف النشوز من الناحية القانونية عن الناحية الفقهية كما أشرنا آنفا، أما من الناحية القانونية فهو عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك، مثل عدم التحاق الزوجة ببيت الزوجية أو مغادرته دون سبب مشروع وكذا مغادرة الزوج لبيت الزوجية أو عدم توفيره للسكن الشرعي أو التماطل في إرجاع زوجته بعد الحكم عليه بذلك فهنا لأي من الزوجين أن يطلب الطلاق مع التعويض عن الضرر اللاحق به. (ملويا، 2015، صفحة 183).

وعلى المستوى التطبيقي فإن المحاكم عادة لا يعتبر الزوج أو الزوجة في حالة نشوز إلا إذا كان أحد الزوجين خارج البيت ويطلب منها أو منه الرجوع إلى بيت الزوجية والقيام بواجباته المنوطة به.

فإذا امتنع الزوج أو الزوجة عن الرجوع يحكم القاضي بالنشوز، وانطلاق من هذا التاريخ يثبت النشوز حقيقة ويقضي القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر والسبب الذي جعل القانون لا يعتبر النشوز خصوصا إذا كان من الزوجة إلا ما كان خارج البيت هو مقتضيات الإثبات، فعندما يطلب القاضي من الزوج أو الزوجة العودة إلى البيت والقيام بالواجبات الشرعية ويمتنع عن ذلك يأخذ القاضي هذا الامتناع ضده ويحكم عليه بالنشوز ويحمله المسؤولية. (غرابي، 2016، الصفحات 8-9).

وفي قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1994/02/16 جاء فيه أن الطاعة الواجبة على الزوجة لزوجها لا تتنافى مع حقها في السكن المستقل. (2001، صفحة 228)

وفي قرار آخر بتاريخ 15 أكتوبر 2008 قضى بأن نشوز الزوجة يقتضي امتناعها عن الرجوع إلى البيت الزوجي الموفر لها مسبقا من طرف الزوج والمحكوم إليها بالرجوع إليه. (2009، صفحة 263)

3.2. الفرع الثاني: حق إرضاع الأولاد؛

نميز في حق إرضاع الأولاد بين الموقف الفقهي والموقف القانوني وفق مايلي:

1- موقف الفقه من مسألة حق الرضاعة؛

موقف الحنفية: قالوا بأن حق الرضاع مطالب به ديانة لا قضاء، أي أنها تأثم فيما بينها وبين الله إذا تركت إرضاع ولدها من غير عذر ومسوغ لذلك، ولا يجبرها القاضي على الإرضاع، لأن نظر القضاء يتجه إلى وجوب النفقة أو عدم وجوبها، والنفقة بالإتفاق على الأب والإرضاع منها، ولا تجبر الأم على إرضاع ولدها قضاء إلا في حالة الضرورة، بأن كان الولد لا يلقم إلا ثديها، أو لم توجد مرضع سواها، أو كان الأب والولد في عسرة لا يستطيعان دفع أجره لظئر ترضعه، ففي هذه الأحوال تجبر الأم قضاء عند الحنفية على الإرضاع، لأنها إن لم تجبر تعرض الولد للهلاك (زهرة، 1958، صفحة 402) (زهرة، الأحوال الشخصية، 1958، صفحة 402)

موقف المالكية: وقال مالك إن الأم تجبر على إرضاع ولدها، إلا إذا كان من طبقة نساؤها لا يرضعن أولادهن بأنفسهن، وبذلك يتلاقى الوجوب الديني مع الوجوب القضائي في الجملة عند الإمام مالك، ولا يتلاقيان في الجملة عند أبي حنيفة (زهرة، الأحوال الشخصية، 1958، صفحة 403).

وإذا أرضعت الأم ولدها ليس لها أجره على ذلك، وإذا كانت الزوجية قائمة بينها وبين أبيه، أو كانت معتدة من طلاق رجعي من الأب وتجب لها قطعاً إذا كانت أجنبية الأب، بأن لا تكون هناك ولا عدة ففي هذه الحال تجب الأجرة.

موقف الشافعية: قالوا أن الإرضاع لا يحتم على الأم لقوله تعالى (... وإن كن أولات حملن فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف...) (الطلاق 6)، أي أن الأم ليست ملزمة بإرضاع الولد (العسقلاني، 2005، صفحة 260).

موقف الحنابلة: رضاع الولد على الأب وجده، وليس له اجبار أمه على رضاعه دنيئة كانت أو شريفة، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة (قدامه، 1997، صفحة 430).

2- حق إرضاع الولد قانوناً:

أما فيما يتعلق بإرضاع الأولاد فإن نفس المادة 39 الملغاة ذكر فيها إرضاع الأولاد عند الاستطاعة بعد أن كان مكرساً في قانون 84-11 حيث جاء في الفقرة الثانية منها (...إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم...) والذي أكدت عليه نصوص كثيرة في الشريعة الإسلامية وعلى رأسها قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾. (البقرة، آية 233)

وبهذا ألغى المشرع واجب الرضاعة عندما ألغى نص المادة 39 من القانون رقم 84-11 وهذا بالرغم من حملات التوعوي التي قامت بها الدولة الجزائرية عن طريق وزارة الصحة إظهار وإبراز فوائد حليب الأم الكثيرة. (خسال، 2010، صفحة 192) والمرأة حال الرضاع والولادة إما تكون حال زوجية قائمة وإما تكون مطلقة فإن كانت حال زوجية فإن العرف والقانون يلزمها بإرضاع طفلها دون أجر وهذا سواء كانت زوجيتها قائمة أو كانت في عدتها من طلاق رجعي (غرابي، 2016، صفحة 14).

ولا يوجد تفسير لهذا الإلغاء في اعتقادي بترجيح مصلحة الأم عن مصلحة الطفل رغم كون المشرع في مواد الحضانة إن لم نقل كلها على وجوب مراعاة مصلحة المحضون، ومصلحة المحضون من إلغاء المادة 39 لم يعد موجوداً على اعتبار أن الإرضاع من أولى مصالح المحضون التي يحتاج إليها في بداية نشأته. وبالنظر للمرجعية الفقهية لحق الرضاعة سابقة الذكر لوجدنا أن المشرع في قانون 84/11 قبل التعديل أخذ برأي المالكي الذي قال بلزوم الرضاعة، إذا أن المشرع جعل من واجبات الزوجة تجاه زوجها إرضاع أولاده بدون أجر يذكر، لكن بعد التعديل قد ألغى هذا الحق مطلقاً، مما تبين أنه إنتقل من المذهب المالكي في رأيه إلى المذهب الحنفي.

لكن ما هي الأسباب والتداعيات التي جعلت بالمشرع يلغى هذا الحق مع أنه أقره الشرع وأخذ به مذهب فقهي يُعمل به في الجزائر كمذهب أول وتأخذ به الإدارة الوصية المتمثلة في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف؟ ولماذا المشرع الجزائري يلغى حكماً يحصل به الاستقرار الأسري ولا يشكل أي خطر بوجوده في الأسرة الجزائرية بل ويتوافق مع عادات وتقاليد والموروث الثقافي للأسرة الجزائرية منذ القديم؟.

لعل الإجابة نجدها بالبحث في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، والتي تنادي بحرية المرأة المطلقة والتي أصبحت تشكل خطراً على الأسرة الجزائرية وعلى الهوية الوطنية والموروث الثقافي، فهذه الاتفاقيات تم وضعها من طرف دول لا تمت للإسلام بصلة بمعنى وضعت خارج النطاق الديني واحترام المرجعية الدينية للدول، بل المناداة بالمساواة المطلقة مهما كان الثمن.

الخاتمة:

من خلال ما سبق نخلص أن قانون الأسرة الجزائري في أساسه شرع على المرجعية الفقهية المستمدة من الشريعة الإسلامية، دون الاختصار على مذهب واحد بل أعتمد على أكثر من مذهب، وهو ما أكدته المادة 222، وفي بعض المواد استعمل التالفيق في التشريع من خلال الاستناد على مذهبين في مادة واحدة كما هو منصوص عليه في المادة 5 التي نتكلم عن موضوع مصير الهدايا في فترة الخطبة، إلا أنه بعد تحليل المقال والبحث في طيات الإشكالية المعروضة تبين أن قانون الأسرة اعتمد على

مرجعية ثانية في تشريعه أدت إلى تعديل قانون الأسرة سنة 2005 لعدة أسباب وتداعيات، وبعد هذه التجربة التي خاضها المشرع لمدة ثمانية عشرة سنة تمخّدت عنه الكثير من الإشكالات العملية والانعكاسات السلبية نتيجة تعديل وإلغاء بعض المواد ومنه نخلص للنتائج التالية:

أولاً: النتائج

- 1- تأثر المشرع الجزائري كثيراً بالاتفاقيات والمعاهدات التي صادقت عليها الجزائر مما أدى إلى تعديل مواد قانون الأسرة.
- 2- المرجعية الدولية دفعت بالمشرع الجزائري بأن يلغي مواد قانونية كان من باب أولى أن يبقوها كموضوع الطاعة الزوجية وإرضاع الولد فهي تحقق الاستقرار الأسري.
- 3- المرجعية الدولية أدت إلى تعديل بعض المواد القانونية إلا أنه ملاحظ أن التعديل انتقل من الأحسن إلى الأقل استقراراً في الأسرة كموضوع الولي، الذي كان لو دور في التزويج إلا أنه بعد التعديل أهمل المقصد الشرعي من تشريعه، أدى هذا إلى زيادة حالات التفكك بسبب تغييب دور الولي أدى إلى سوء الاختيار.
- 4- المرجعية الدولية ألغت موضوع الرضاع مع أنها مسألة فقهية فيها خلاف، إلا أن المشرع رآه قبل التعديل كان أصوب كون أن واجب الرضاع على الزوجة هو الذي يحقق الاستقرار الأسري ويتوافق مع عادات وتقاليد المجتمع الجزائري، وهو يخدم مصلحة المحضون وحفظه في صحته.

ثانياً: التوصيات

- 5- الذي نوصي به أن على المشرع إعادة النظر في المرجعية الدولية ووضع كل تحفظ يمس بالأسرة واستقرارها، فإن اقتضى الأمر عدم الانتماء إلى مثل هكذا اتفاقيات التي لا تراعي المرجعية الإسلامية للدول.
- 6- ضرورة متابعة عمل اللجان الأممية التابعة للهيئات الدولية الموجودة في الجزائر، والتي تسعى للضغط بالطرق المشروعة وغير مشروعة لرفع التحفظات التي ما وضعتها الدولة إلا حماية لأمنها وموروثها الثقافي والإسلامي، ووضع حد للتحركات المشبوهة لهذه اللجان ونواياها.
- 7- إعادة النظر في مواد الولي بتعديلها بإرجاع دور الولي وتفعيل المقصد الشرعي من تشريعه.

8- إعادة النظر في المواد الملغاة والحرص على بإبقائها كموضوع الطاعة الزوجية لما له دور في تحقيق المودة والرحمة الواردة في القرآن الكريم والمنصوص عنها في المادة 4 من قانون الأسرة، وكذا مواد الحق في الرضاع كون أن هذا الحق يتوافق بعادات وتقاليد المجتمع الجزائري.

9- على المشرع نبذ كل ما يمس باستقرار الأسرة والدعوة إلى الحرية والخروج من القيود الزوجية، وكذا رفض ما يسمى بالأسرة اللانمطية التي تعتبر عاراً على المجتمع الدولي الذي يدعو إليها كالمثلية أو ما يسمى بالجنس الواحد والأنماط الأخرى كالأم العزباء والأب الوحيد، والتشجيع على العلاقة الجنسية خارج إطارها الشرعي ورفض كل من يدعو أو يأيد مثل هكذا أفعال مخلة بالنظام العام والآداب العامة ويخالف الفطرة الإنسانية.

قائمة المراجع:

• المؤلفات:

- حسين بن شيخ اث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، (د.م: دار هومة، ط2، 2015)؛
- أبو البقاء محمد بن أحمد الفتوح، شرح الكوكب المنير، (د.م: مكتبة العبيكان، ط: 2، د.ت)؛
- أبو الحسين أحمد بن زكرياء ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، (د.م: دار الفكر، ج2، 1979)؛
- أبو القاسم الحسين الأصفهاني، تفسير الراغب الأصفهاني، تحقيق: محمد عبد العزيز بسيوني، (مصر: جامعة طنطا، ج3، ط: 1؛ 1999)؛
- أبو محمد بن قدامه، المغني، (السعودية: دار عالم الكتب، ط: 1؛ 1997)؛
- أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، (الرياض: دار طيبة، ج12، ط: 1؛ 2005)؛
- أحمد بن شعيب بن علي النسائي ت 303هـ، المجتبى من السنن، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، (حلب سوريا: مكتبة المطبوعات الإسلامية، ج6، ط: 2، 1986) ؛
- أحمد بن عبد الرحيم الدهلوي، عقد الجيد في أحكام الإجتهد والتقليد، (القاهرة: المطبعة السلفية، د.ت).
- أحمد بن محمد بن حنبل ت 241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، (بيروت: مؤسسة الرسالة ج32، ط: 1، 2001)؛

- أحمد بن محمد بن حنبل ت241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، (بيروت: مؤسسة الرسالة ج3 ط: 1، 2001)؛
- تقرير اللجنة الدوري الثاني للجزائر(667، CEDAZ/C/DZA/2 و668)، في جلستها 667 و668 المعقودتين في 11 كانون الثاني/يناير 2005؛
- عبد الرحمن السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، (بيروت: ج1، ط: 1؛ مؤسسة الرسالة، 2000)؛
- عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني، (القاهرة: دار المنار، ج7، 1348هـ)؛
- عيسى حداد، عقد الزواج، (جامعة برج باجي مختار عناية: منشورات جامعية، 2006)؛
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، (د.م: دار الفكر العربي، ط: 3، 1958)؛
- محمد بن ادريس الشافعي، الأم، رواية: الربيع بن سلمان الميرادي، (د.م: دن، ج5، د.ت)؛
- محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد. (بيروت: دار المعرفة ج2، ط: 3، د.ت)؛
- محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل. (بيروت: دار الفكر، ج3، د.ت)؛
- محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي. (بيروت: دار النهضة العربية، د.ت)؛
- محمود بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، تصحيح: المولوي محمد عمر الرامفاوي. (بيروت: دار الفكر، ج4، ط: 1، 1980)؛
- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية. (مصر: لا. ن، ج1 ط: 4، 1984)؛

• المذكرات:

- ذبيح هشام، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة حمة لخضر، الوادي، 2014/2015؛
- شهرة نزار، الوضعية الاجتماعية للأمهات العازبات في المجتمع الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص علم الاجتماع العائلي، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012؛

• المقالات:

- محمد هندو، المرجعية الفقهية: مفهومها وأهميتها، ونماذج من معالمها، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد: 01، قسنطينة، 2018؛

-اسمهان عفيف، المركز القانوني للمرأة داخل المؤسسة الأسرية "قراءة في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05، المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، المجلد 05، العدد 03، جويلية 2022؛
-الأزهر الشريف يطالب بمواجهة البرنامج الإباحي لمؤتمر بكين، مجلة المجتمع الكويتية، العدد: 1164، د.ت، الكويت؛

• المدخلات:

-نهى القاطرجي، قوانين الأسرة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، المؤتمر الإسلامي الرابع للشريعة والقانون، التحديات العلمانية في مجال تشريعات الأحوال الشخصية، 27-29 نوفمبر 2011، جامعة طرابلس، ليبيا؛

• المجلات القضائية:

-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ 16/02/1999، ملف رقم 218754 والاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ 15 أكتوبر 2009، ملف رقم 476387، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2009.