مدخل إلى قانون الأسرة:

أولا: مفهوم قانون الأسرة" الاحوال الشخصية": يقصد بمصطلح الأحوال الشخصية الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته وما يترتب عليها من آثار قانونية، وهذه التسمية لم تعرف في الفقه الإسلامي الاّ حديثا، حيث ان هذا المصطلح استعمل في أواخر القرن 19 وأول من استعمله هو الفقيه المصري محمد قدري باشا الذي وضع مجموعة فقهية سميت ب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية.

أما المشرع الجزائري فقد استعمل مصطلح قانون الأسرة بدل استعماله مصطلح الأحوال الشخصية وقد اوجد تقنينا خاصا بذلك صدر بموجب الأمر 11/84الصادر في 9 جوان 1984 وقد تم تعديله مرة واحدة بموجب الأمر 05/ 02 الصادر في 27 فيفري 2005 المتضمن قانون الأسرة والذي يتضمن أحكاما شخصية وأحكام مالية مرتبطة بالأسرة ويتعلق الأمر بالزواج والطلاق والنيابة الشرعية والمواريث وكذا عقود التبرعات.

أولا: التطور التاريخي لقانون الأسرة:

1- العهد الاستعماري: قبل أن تستولي فرنسا على زمام الأمور (الحكم) في الجزائر كانت مادة الأحوال الشخصية تخضع لأحكام القرآن الكريم والسنة النبوية، فكان القاضي آنذاك يستنبط الأحكام الخاصة بهذه المادة من هذين المصدرين وإذا لم يجد اجتهد رأيه وكانت له الحرية في الاختيار من آراء و فتاوى الصحابة الأقرب للقرآن الكريم والسنة النبوية وبالإمكان يأخذ برأيه معتمدا على تفسيره الخاص، ولكن تغير الوضع لما تولى أبو يوسف القضاء في بغداد أيام هارون الرشيد وكان أهم ما يميز هذه النقطة التاريخية هو انه كان يتعين على القاضي ان يستنبط الأحكام من المذهب الحنفي وهو مذهب الدولة العباسية، وكذلك الشأن بالنسبة للدولة العثمانية فيما عدا ما كان عليه القضاء في الأندلس فكان على مذهب الإمام مالك ، وستمر الأمر على هذه الحالة إلى غاية أن استولت فرنسا على الحكم في الجزائر، ولكن ما ينبغي الإشارة إليه هو أن المستعمر الفرنسي صعب عليه الأمر أن يقوم بتوحيد النصوص المنظمة لمادة الأحوال الشخصية وذلك راجعا إلى أنه كانت الطائفة التركية خاصة في الجزائر العاصمة

على مذهب الإمام أبو حنيفة وإلى جانبها كانت أغلبية الأشخاص يخضع للمذهب المالكي، بالإضافة إلى الأعراف القبائلية التي كانت تطبق في منطقة القبائل، وكذلك مذهب الإباضي في الميزاب ، وإلى جانب هذا نص المستعمر على إخضاع المستوطنين الفرنسيين وغيرهم من حاملي الجنسية الفرنسية بمقتضى مرسوم GREMIEUSE في سنة 1870 وكذلك الجزائريين اليهود وبعض الجزائريين المكتسبين للوطنية للقانون الفرنسي المواد القانونية فيما يتعلق بالمسائل الجزائية والتجارية والإدارية والإجرائية إلا فيما عدا مادة الأحوال الشخصية فتركت فرنسا الجزائريين يخضعون لأحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك فيما يتعلق بمعاملتهم المدنية الخاصة به وخضعت لذلك محاكم شرعية.

تستأنس هذه الأخيرة لأحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالزواج، الطلاق، الميراث، العصبة والوقف.

حاولت فرنسا أن تقوم بتوحيد قانون الأسرة في بداية القرن 20 وذلك عن طريق مشروع العميد مارسيل مورد، وقد تناول هذا المشروع جميع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية حيث كان يحتوي على 263 مادة متعلقة بالزواج والطلاق وآثارهما المتعلقة، و226 مادة متعلقة بالهبة والحبوس والميراث والوصايا، و79 مادة متعلقة بالإثبات، وبالرغم من أن هذا المشروع لم يصبح قانونا كان بعض الفقهاء يستنبطون أحكامهم منه، ويستمر الوضع على هذه الحالة إلى أن قامت فرنسا بوضع أول قانون مكتوب بشكل منظم يهتم بالأحوال الشخصية وهو رقم 778/57 الصادر في 1957/07/11 والذي نظم الأحكام المتعلقة بالولاية والحجر والغياب والفقدان، ثم تم صدور الأمر رقم 274/59 الصادر في 1959/02/04 الذي نظمت بمقتضاه الإدارة الفرنسية الزواج والطلاق وأهم ما يلاحظ على الأمر الأخير ما يلي:

-يبطل عقد الزواج إذا لم ينعقد من قبل الزوجين وعلينا بحضور الشاهدين أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي.

-الزواج ينحل فيما عدا الوفاة إلا بحكم قاضي وبطلب من أحد الزوجين وهنا يميز المشرع ما بين نوعين من الأسباب، فهنالك أسباب حاسمة (زنا الزوج، الحكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية) وأسباب غير

حاسمة (سوء معاملة الزوجة...)

-لا يعترف بزواج الصغار فقد حددت سن الزواج ب 18 سنة للفتى و 15 سنة للفتاة.

2- المشرع الجزائري وقانون الأسرة:

بعد ما نالت الجزائر استقلالها استقضى الأمر على المشرع أن يقوم بجميع القوانين من أجل تنظيم الأمور الاجتماعية والاقتصادية...، بل اكتفى بصدور في 1962/12/31 قانون يعني سريان القوانين الموروثة عن المستعمر الفرنسي فيما عدا التي تمس السيادة الوطنية أو لها جانب عنصري أو الماسة بالحريات الديمقراطية ومن هنا نستخلص أنه قد بقي العمل للقانون الصادر في 1957/07/11 وكذلك الأمر الصادر في 1959/02/04 بشأن الولاية على الأسرة والحجر والغياب والفقدان والزواج والطلاق وآثارهما وقد حاول المشرع تقنين الأسرة منذ 1963 وخير دليل على ذلك بدأ أولا بتحديد سن الزواج غير أنه قامت آنذاك أراء متضاربة بعضها البعض داخل الجمعية الوطنية التأسيسية بين أنصار التحديث و الرافضين له، ورغم ذلك حددت سن 16 سنة للفتاة و 18 سنة للفتى بمقتضى قانون 1963/06/29 ، وبعد ذلك قام المشرع بوضع قانون التنظيم القضائي، و قانون الإجراءات المدنية ، وقانون الإجراءات الجزائية، وقانون العقوبات، وقانون الجنسية، وقانون الحالة المدنية، واستمر الوضع إلى أن قام المشرع بوضع القانون المدني بمقتضى الأمر الصادر في 1975/09/26 ونص في مادته الأولى على أن القاضي يستنبط الأحكام من التشريع وإن لم يجد فمن مبادئ الشريعة الإسلامية ثم العرف ثم قانون الطبيعة وقواعد العدالة، فأصبح على القاضي أن يستأنس بالتشريع وإلا فمبادئ الشريعة الإسلامية بشأن الأحوال الشخصية ، والمشرع ذاته قد نص بمقتضى الأمر الصادر في 1975/07/05 على إلغاء جميع القوانين الموروثة من المستعمر الفرنسي ابتداء من 1975/07/01 وأصبح ساري المفعول طبقا للمادة 1003من القانون المدني ابتداء من 1975/07/05.

لكن بالرغم من وجود هذا القانون المدني إلا أنه لا يمكن تغطية كل المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

بالأحكام التي جاء بها وكذلك الأمر بالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية لأن هذه الأخيرة تقوم على عدة أراء، تارة مختلفة من مذهب لآخر وتارة متضاربة في المذهب ذاته مما دفع بالمشرع محاولة تقنين قانون الأسرة حيث وضعت بشأنه عدة مشاريع منها مشروع 1963 ثم 1966 ثم 1973 ثم 1980 ثم 1982 إلى غاية إصدار المشرع قانون الأسرة في 1984/06/09 ، غير أن الذي أدى لتأخير صدور قانون الأسرة مقارنة مع القواعد الأخرى هو التضارب القائم بين أنصار استنباط أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية وأنصار تغريب قانون الأسرة واستنباط أحكامه من القوانين الغربية.

-**الطلاق:** العصمة بيد الرجل وهو الذي يطلق وقد سمح له الفقه الإسلامي بأن يطلق زوجته حتى ولو لم يكن له سبب، أي أن الطلاق في هذه الحالة يقع ولكنه آثم وعقوبته أخروية، فالمرأة لا يمكن لها طلب التطليق إلا إذا كان لها سبب وأن مصدر حق الزوج في الطلاق قوله تعالى:« يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن» وهناك عدة آيات أخرى تبين أن الخطاب موجه للرجل لا للمرأة.

ملاحظات حول قانون الأسرة والتعديلات المدخلة عليه:

المشرع قد جاء بقانون الأسرة في 1984/06/09 وورد فيه أحكام الزواج والطلاق وآثارهما من المادة 4 إلى المادة 80، والنيابة الشرعية من المادة 81 إلى المادة 125، والميراث من المادة 126 إلى المادة 183، وأخيرا التبرعات من المادة 184 إلى المادة 220.
ومما يلاحظ على هذا القانون أنه جعل من أحكام الزواج والطلاق وأحكامهما ⅓ النصوص الواردة في هذا القانون، ولكن قبل اللجوء إلى تفسير أحكامه ينبغي تبيان مصادره وينبغي طرح السؤال التالي: هل أن المشرع قد فتح باب الاجتهاد سامحا بذلك للقاضي أن يجتهد رأيه؟أم أنه قد غلق ذلك الباب وما على القاضي إلا أن يطبق ما ورد في هذا القانون؟
للإجابة عليه تنص المادة 222 قا.أ على أنه:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".
وتماشيا مع هذا النص فإن المشرع الجزائري عند طرح القضية عليه أن يبحث عن الحكم في النصوص

الواردة في قانون الأسرة وفي حالة إذا لم يجد يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والملفت للانتباه هو أمن المشرع الجزائري قد فتح باب الاجتهاد عند انتفاء النص التشريعي على مصراعيه بحيث لم يقيد القاضي بمذهب معين بل للقاضي الجزائري أن يبحث عن الحل الأنجح في أي مذهب من المذاهب السنية بل حتى في المذهب الظاهري كما أخذ به المشرع بشأن التنزيل م 169 قا.أ، وذلك على خلاف المشرع الموريتاني م311 قا.الأحوال الشخصية، والمشرع المغربي م 400 من مدونة الأسرة بحيث جعل من المذهب المالكي المصدر الأساسي الذي ينبغي على القاضي أن يرجع إليه في حالة انتفاء النص التشريعي، ويشترط في القاضي الجزائري أن يكون متخصص في قا.أ.

ثانيا: لمحة عامة عن التطور التاريخي للتنظيم القضائي في الجزائر

لقد تأثر الهيكل التنظيمي للقضاء في الجزائر بالفترات التاريخية التي مرت بها البلاد، حيث كان التنظيم القضائي قبل احتلال بلادنا من طرف الاستعمار الفرنسي سنة 1830 يخضع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كسائر البلدان الإسلامية، غير أنه وبمجيء الاحتلال حاول هذا الأخير طمس معالم الهوية الوطنية في مختلف المجالات من ذلك القضاء، حيث ونتيجة توافد عدد من المعمرين الغربيين الحاملين لجنسيات مختلفة إضافة إلى المواطنين الأصليين للجزائر وجدت صراعات عرقية ودينية وثقافية نتيجة تنافر أشخاصها مما أدى بالمحتل آنذاك إلى محاولة وضع ترسانته القانونية التي شملت حتى مجال التنظيم القضائي حيث حاول تطبيقه حتى على مسائلهم الشخصية.

إن مواجهة الجزائريين لذلك أفشل المحتل الذي ترك لهم المجال لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، إضافة إلى جملة الأعراف والتقاليد المتوارثة.

غير أن هذا التسليم من قبل المحتل لم يكن مطلقا إذ كان يتم تحت رقابة قضاء المحتل الفرنسي حيث أن حل المنازعات الأسرية يتم من قبل قضاة جزائريين مسلمين لهم" شهادات متواضعة" في الفقه الإسلامي، إضافة إلى إتقانهم اللغة الفرنسية، حيث يتم الفصل بموجب أحكام قابلة للطعن بالاستئناف أمام غرفة قضائية موجودة " بجهة القضاء الفرنسي تسمى غرفة الطعون الإسلامية ".

ويجدر التذكير أنه في غياب نصوص قانونية مكتوبة يرجع إليها القضاة آنذاك، فإن الحكم كان يستند لأحكام شرعية خاصة المذهب المالكي وفق شرح مختصر الخليل، كما عمل على وضع نصوص قانونية تنظم بعض الجوانب الأسرية وهذا لبسط الرقابة على هذا الجانب حيث عمل على إصدار الأمر رقم (274-59) الصادر بتاريخ 4-2-1959 المتعلق بالزواج والطلاق من خلال بيانه لأركان وشروط

الزواج وإجراءات تسجيله وكذا تحديده لسن الأهلية وبيانه طرق انحلال الرابطة الزوجية، ثم تلاه القانون رقم (778-57) الصادر بتاريخ 11-7-1957 المتضمن القواعد الخاصة بالوصاية والولاية والحجر والفقدان والغياب والذي بقي العمل به إلى ما بعد الاستقلال.

أما على مستوى إجراءات التقاضي فقد تم إصدار أول مرسوم ينظم إجراءات التقاضي ويحدد الأحكام واجبة التطبيق حسب المذهب الإباضي وهذا بتاريخ 29-12-1890 وكذا المرسوم الصادر بتاريخ 8-12—1922 المتعلق بالنظام القضائي القبائلي، أما فيما يتعلق بقواعد الإجرائية المطبقة أمام المحاكم الشرعية فقد تضمنها الأمر الصادر بتاريخ 23-11-1944 المتعلق بالنظام القضائي الإسلامي الذي حدد قواعد الاختصاص وبين إجراءات التقاضي في ما يتعلق بالحجر وتصفية التركات وكذا كيفية تقديم الطعن بالنقض كما تضمنت أحكامه إلغاء المرسومين أعلاه.

وبعد الاستقلال واسترجاع السيادة الوطنية عملت الدولة الجزائرية على إعادة بناء ما تم هدمه من طرف المحتل الفرنسي من ذلك إعادة هيكلة التنظيم القضائي، حيث تم إصدار جملة من النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم المؤسسة القضائية في جانبها البشري من خلال توظيف القضاة، وكذا المادي حيث ونتيجة مغادرة القضاة الفرنسيين للجزائر في سنة 1962 حتم على الحكومة المؤقتة آنذاك إصدار أمر رقم (62 - 42) المتضمن تولية المحاكم المختصة في الخصومات الواقعة في دائرة اختصاص محاكم الاستئناف بموجب أحكام غير قابلة للاستئناف، كما تم إلغاء المحاكم المدنية الاستثنائية، وكذا إلغاء وظيفة القاضي الشرعي وإلغاء المحكمة الشرعية، وبالتالي توحيد النظر في المسائل المدنية من قبل جهة واحدة عكس ما كان معمول به غداة الاحتلال.

وفي خضم التعديلات التي مست المؤسسة القضائية عمد المشرع من جانب آخر إلى إصدار جملة من النصوص القانونية تباعا في مختلف فروع القانون وذلك من خلال إصداره بداية الأمر رقم (66 - 155) المتضمن قانون الإجراءات المدنية ،وصولا إلى إصدار قانون رقم (84- 11) المتضمن قانون الأسرة والذي تم تعديله مرة واحدة بموجب الأمر رقم (05- 02) الذي تضمنت نصوصه التنظيم الموضوعي للمسائل الأسرية دون بيانه للقواعد الإجرائية الخاصة به؛ مما استدعى اللجوء إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية الذي لم يتضمن هو الآخر أي قواعد إجرائية خاصة تتعلق بالمسائل الأسرية وبقي الأمر على ما عليه إلى غاية إصدار المشرع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الذي على خلاف سابقه أفرد لشؤون الأسرة قواعد خاصة تتعلق بها وهذا ضمن الكتاب الثاني منه المعنون بـ: " في الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية "، حيث نص في الباب الأول منه على: " الإجراءات الخاصة بالمحكمة وفي الإجراءات الخاصة ببعض الأقسام " وتناول مباشرة في الفصل الأول منه الإجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة حيث حدد في القسم الأول منه صلاحيات قسم شؤون الأسرة .

*** تطبيق قانون الأسرة من حيث الأشخاص:**

هل أخذ المشرع الجزائري بنظام الطوائف؟ ويعني هذا النظام هو أنه عندما تطرح القضية على المحكمة ينبغي على القاضي أن يسأل المتقاضي عن الديانة التي ينتمي إليها حتى يحدد القانون الواجب التطبيق، فإذا كان الشخص ينتمي إلى الديانة المسيحية يطبق عليه الأحكام الواردة في هذه الديانة وهو نظام معمول به في دول الشرق الأوسط كلبنان وكذلك في المغرب بالنسبة للطائفة اليهودية، أما المشرع الجزائري لم يأخذ بنظام الطوائف بحيث قد نص في م 221 قا.أ على أنه:" **يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني**"، وبتحليل هذا النص نستشف ما يلي:

1-النزاع إذا كان أحد أطرافه يحمل الجنسية الجزائرية وهو متمسك بالدين الإسلامي أم لا فأحكام قا.أ هي التي يخضع لها. المشرع أخذ بضابط الجنسية وليس ضابط الديانة أو الإقليم.

2-أما الاستثناءات الواردة في م 221 قا.أ تتعلق فقط بأحكام القانون المدني الخاصة بمواد القانون الدولي الخاص (م9 إلى م 24 قا.م).

الملاحظة الأخيرة حول قانون الأسرة هو أن المشرع قد جاء بنصوص تارة هي غامضة وتارة أخرى هي ناقصة وتارة أخرى هي متضاربة بعضها البعض، ومما يجعل على القاضي الصعوبة في إيجاد النص الواجب التطبيق .

أما بشأن التعديلات التي أدخلها المشرع على قانون الأسرة فهي مست فقط بعض أحكام الزواج والطلاق وآثارهما والنيابة الشرعية في جانب معين، وأن أهم الملاحظ على هذه التعديلات وذلك بصفة عامة كأن الطرف الوحيد في العلاقات الزوجية هي المرأة دون باقي الأطراف وخير دليل على ذلك النصوص التالية:

1-م 8 قا.أ وما يليها المتعلقة بتعدد الزوجات حيث أن المشرع قد أدخل في هذه المادة شرط الحصول على الإذن القضائي، كما أكد في م 8 مكرر قا.أ على حق الزوجة في رفع دعوى قضائية ضد الزوج من

أجل طلب التطليق في حالة التدليس.

2-م 11 قا.أ التي أصبحت تنص على أنه:" **تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره...**".

3-م 36 قا.أ وما يليها، واجبات وحقوق الزوجين، في هذه المواد نص المشرع بطريقة عشوائية على حقوق الزوجين وواجباتهما ولم يفرق ما هو واجب بالنسبة للزوجة وكذلك الأمر بالنسبة للزوج بل نص على الواجبات والحقوق المشتركة للزوجين في هذه المادة.

4-كما أن المشرع قد ألغى م 20 قا.أ المتعلقة بالزواج عن طريق الوكالة ومن ثم قد أصبح يشترط حضور الزوج يوم إبرام العقد.

5-كذلك ألغى المشرع م 38 و م 39 قا.أ، الأولى كانت تبين لنا حق الزوجة في زيارة أهلها والتصرف في مالها، والثانية حددت واجبات الزوجة في طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس الأسرة وكذلك إرضاع الأولاد واحترام والدي الزوج.

6-نص المشرع في م 53 قا.أ على حق الزوجة في التطليق بحيث فتح باب التطليق على مصراعيه فبعدما كان ينص على 7 أسباب في المادة المعدلة أصبح ينص على 10 أسباب.

7-م 87 قا.أ التي منحت حق الولاية للحاضن سواء كان ذكر أو أنثى على أولاده المحضونين وهنا خروج فاضح عن أحكام الشريعة الإسلامية لأن الحضانة شيء والولاية شيء آخر.