

المقاربة التوفيقية لآزدواجية المرجعية في إنشاء وإنهاء الرابطة الزوجية

د. صارة بن شويخ

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة البليدة 2

الملخص:

تعيش الأسرة الجزائرية المسلمة اليوم مجموعة من التحديات التي تواجه الرغبة في تشبثها بموروثها الديني والثقافي والعقائدي، إذ باتت المفاهيم التي استحدثتها العولمة تشكل واقعا لا حياد عنه، خصوصا مع انخراط الدولة الجزائرية في المنظومة الدولية من خلال انضمامها إلى عدة اتفاقيات تهتم بالشأن الأسري، وهو ما قادها إلى إدخال ما تم الاتفاق عليه دوليا في قانونها الأسري ذو المرجعية الإسلامية بامتياز. الأمر الذي رفع معه المشرع الجزائري التحدي بالبحث عن نقاط تقارب بين الأحكام الشرعية والمبادئ الأممية المتحكم في شؤون الأسرة.

Abstract :

The Muslim Algerian Family is today experiencing a series of challenges facing the desire for its commitment to its religious heritage, as the cultural and ideological concepts introduced by globalization are a reality not the neutrality of it, in particular with the participation of The Algerian State in the international system through its accession to a number of agreements concerned with family affairs, which led to the introduction of what has been agreed at international level in family law Par excellence of Islamic reference. This will increase the Algerian legislator's challenge to seek convergence between the legal provisions and the principles of the United Nations in the control of family matters.

مقدمة:

إن أهم ما يميز النظام القانوني الجزائري عامة، والنظام الأسري على وجه الخصوص، طغيان المرجعية الدينية المتمثلة في الشريعة الإسلامية من جهة، والاتجاه نحو المرجعية الأُمّية من جهة أخرى.

فباعتبار الدولة الجزائرية دولة إسلامية من خلال دستورها (1)، فإن الديانة الإسلامية تأخذ حصة الأسد في تنظيم أحكام الأسرة الجزائرية، بل أن المشرع جعل منها المجال الخصب لأحكام قانون الأسرة (2)، وهو أمر طبيعي إذ أن محاور قانون الأسرة و مواضعه، ذات صلة بمعاملات الناس الشخصية التي تجد أساسا لها في تعاليم شريعتنا السمحاء.

بالمقابل من ذلك، و بما أن الدولة الجزائرية في غير معزل عن العالم، فإن انضمامها للمنظومة الدولية استدعى ضرورة ملاءمة قانونها الأسري مع المبادئ الدولية العالمية الأُمّية الراسخة في مختلف المعاهدات و الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر.

إن مصادقة الجزائر على هذه الاتفاقيات يعني بالضرورة تدخل المشرع الجزائري لإعادة تنظيم نصوص قانون الأسرة، رغبة منه في إبراز إرادته بالالتزام بتجسيد ما اتفق عليه عالميا في المسائل المتعلقة بتنظيم الأسرة من ذلك وضعية الزوجين، على أن لا يخالف في ذلك الثوابت الشرعية غير القابلة للتغيير، محاولا إحداث مقارنة توفيقية بين المرجعيتين المتوافقتين أحيانا و المتعارضتين أحيانا أخرى.

من هذه المقاربة يمكن طرح الإشكال التالي: هل استطاع المشرع الجزائري تجسيد المقاربة التوفيقية لازدواجية المرجعية المتحكمة في تنظيم الزواج و الطلاق دون أن يخل بالثوابت الشرعية و لا التزاماته الدولية؟

للإجابة على الإشكال قسمت الموضوع على النحو الآتي:

المبحث الأول: ازدواجية المرجعية للنظام القانوني الأسري

المبحث الثاني: مواطن المقاربة التوفيقية لازدواجية المرجعية في مواد الزواج و الطلاق

من قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: ازدواجية المرجعية للنظام القانوني الأسري

أول ما يتبادر إلى الذهن حين الحديث عن قانون الأسرة الجزائري، الشريعة الإسلامية التي تعتبر المرجع الأساسي لأحكامه في مختلف المواضيع التي ينظمها ومنها الزواج ذو الصبغة الشرعية بامتياز.

إلى جانب الشريعة الإسلامية تؤدي المرجعية الدولية دورا فعالا في تنظيم أحكام قانون الأسرة، وهو ما يظهر جليا من خلال التعديلات التي تبناها المشرع الجزائري بإعادة صياغة مجموعة من النصوص المنظمة لأحكام الزواج والطلاق وغيرها من مواضيع قانون الأسرة. خاصة وأن هذا الأخير ملزم بملاءمة قانونه الأسري مع مختلف القوانين الأجنبية، حماية للجلالية الجزائرية المقيمة بالخارج لتعزيز تطبيق القانون الجزائري أمام القاضي الأجنبي، كونه يحقق حماية فعالة لأطراف العلاقة الأسرية.

منه سنتطرق في المطلب الأول للمرجعية الإسلامية المتحركة في نصوص قانون الأسرة الجزائري، ونخصص المطلب الثاني للتعرف على مرجعيته الدولية.

المطلب الأول: المرجعية الإسلامية لقانون الأسرة الجزائري

منذ دخول الإسلام إلى أرض الجزائر، اعتنقه الجزائريون ديننا ومعاملة، ويظهر هذا الاعتناق من خلال تنظيم شؤون الأسرة للمجتمع الجزائري حتى قبل صدور قانون الأسرة. وبصدور قانون الأسرة ظهر تأثير المشرع بتعاليم الشريعة الإسلامية، من خلال صياغة نصوص قانونية شبيهة بالأحكام الشرعية الصادرة في مختلف مواضيع الأسرة، بما فيها الأحكام المتعلقة بالزواج والطلاق.

ومنه لا بد من التعرف على هذه المرجعية التي تكتسي صفة القدسية في التنظيم الأسري الجزائري، و ذلك بتحديد المقصود من الشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، مع تخصيص البحث في إمكانية عصنة الفقه الإسلامي، بصفته المجال الخصب الذي يمكن المشرع من إحداث المقاربة التوفيقية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود من الشريعة الإسلامية

الشريعة مأخوذة من الشرع، والشرع في اللغة (3): مصدر شرع بالتخفيف، والتشريع مصدر شرع بالتشديد، والشريعة في الاستعمال اللغوي: مورد الماء الذي يقصد للشرب، باعتبار مورد الماء سبيل الحياة والسلامة.

أما اصطلاحاً فهي: ما شرعه الله لعباده من العقائد والعبادات والأخلاق والمعاملات، ونظم الحياة في شعبها المختلفة، لتحقيق سعادتهم في الدنيا والآخرة. والشريعة عند الأصوليين ترجع إلى حفظ مصالح العباد من الضروريات وحاجيات وتحسينيات ودرئ المفسد عنهم، وهي بذلك ما سنه الله تعالى من الدين (4).

والتشريع بهذا المعنى يكون في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم، إما عن طريق الوحي الإلهي بالمعنى واللفظ، وهو القرآن الكريم الذي أنزله الله سبحانه وتعالى على رسوله الكريم، لقوله تعالى: "إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى" (5) أو يكون إلهياً بالمعنى دون اللفظ متمثلاً في السنة النبوية الشريفة.

هكذا فإن الشريعة الإسلامية هي ما صدر من الله تعالى، وبلغه رسوله لعباده، فالله سبحانه هو الشارع الأول وأحكامه هي التي تسمى شرعاً.

ومن المواد التي تظهر مدى تطابقها مع ما شرعه الله سبحانه وتعالى، أحكام الزواج والطلاق، الحقوق الزوجية، الوصية، الميراث وغيرها من مسائل الأحوال الشخصية.

إن للشريعة الإسلامية مصادر أصلية تتمثل في القرآن والسنة والإجماع، وأخرى تبعية تنصرف إلى المصالح المرسلة، والاستصحاب، والعرف، والاجتهاد الفقهي الذي يؤدي دوراً فعالاً في تشريع المواد القانونية للأسرة، إلى جانب الأحكام القطعية الدالة المستقاة مباشرة من المصادر الأصلية للشريعة.

فالفقه فيعني: "العلم بالشيء والفهم له والفتنة وغلب على علم الدين لشرفه" ويدل كذلك على إدراك الشيء والعلم به.

أما في الاصطلاح فيقصد من الفقه: " العلم بالأحكام الشرعية الاستدلالية"، و انطلاقا من هذا التعريف تقتصر كلمة "فقه" في الاصطلاح الشرعي على العلم بطائفة من الأحكام المكتسب من أدلتها التفصيلية(6).

بعد هذا التحديد لمفهومى الشريعة والفقه تتبادر إلى الذهن العلاقة بينهما، هل هي علاقة تداخل، فيكون الفقه عنصرا في الشريعة الإسلامية؟، أم علاقة تكامل، يكون فيها الفقه مكملا للشريعة؟

إن الإجابة على هذا السؤال يختلف باختلاف الاتجاهات التي ينظر من خلالها، فهناك من يرى أن الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي وجهان لحقيقة واحدة، فلا فرق بينهما، وقد زاد أصحاب هذا الرأي بأن أقوال المجتهدين عن الشريعة لا تخرج عنها بشيء، لأن أقوالهم جاءت عن معرفة بالكتاب والسنة وأقوال الصحابة مع اجتماع روح أحدهم بروح رسول الله صلى الله عليه و سلم، وسؤاله عن كل شيء توقفوا فيه من الأدلة(9).

إن التسليم بالمساواة بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، هي التي دفعت إلى الادعاء بجمود الشريعة الإسلامية، واعتبار الآراء الفقهية ملزمة ومقدسة مثلها مثل الشرع.

من هنا بنا أصحاب الرأي الآخر توجههم بالقول باللامساواة بين الشريعة و الفقه الإسلامي، و الحكم بأنه ليس جزء منها، وذلك لسببين(10):

الأول: أن أصحاب رأي التداخل بين الفقه والشريعة بنو رأيهم على الخلط بين الشريعة و الدين الإسلامي، حيث يجعلونهما متساويان، فتشمل الشريعة وفق هذا التصور الأحكام الاعتقادية و الأخلاقية و العملية. و الحال أن الفقه لا يتناول إلا الأحكام العملية، فيكون بذلك جزء منه.

و الثاني: أنه إذا افترضنا جدلا أن الفقه يتحد مع الشريعة في مجال الأحكام العملية، فكيف يكون حكم استنبطه العقل البشري جزء من أحكام تنزلت عن طريق الوحي؟

منه نستنتج أن الشريعة تختلف عن الفقه لأنها وحي من عند الله تعالى صالحة لكل زمان و مكان، بينما الفقه نتاج بشري قابل للتغيير والتعديل حسب الظروف و حاجات الإنسان. و ما دامت هذه الحاجات قابلة للتغيير و التطوير، فإن الفقه بدوره يتسم بهذه الصفة. زيادة على ذلك، فإن ما يتوصل إليه الفقيه من رأي لا يرق إلى درجة الحكم الشرعي المأخوذة مباشرة من الكتاب و السنة، بل هو مجرد محاولة للتوصل إلى العلم بالحكم الشرعي، ذلك أن النتيجة العملية لاجتهاد المجتهد هو التوصل إلى الضن بالحكم الشرعي، لأن التوصل إلى العلم بالحكم حقيقة نادرا ما يتحقق.

الفرع الثاني: ضرورة إعادة قراءة الفقه الإسلامي

إذا كان فقهاء الشريعة في عصرهم قد اعتمدوا في تفسيرهم لأحكام القرآن و السنة النبوية على واقع معين، فإن هذا الواقع قد تطور في مختلف مجالات الحياة، الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية و الثقافية، بالدرجة الأولى ما يتعلق بوضعية المرأة في الواقع المعاش، خصوصا و أن المنهج الإسلامي يسعف في إعادة قراءة الفقه بأعين الواقع، و لا يمنع من إعادة النظر في مثل هذه الأحكام.

إن المتأمل في النظام الأسري يجد أن هذا النظام و إن كان ثابتا في العقيدة و المقاصد الشرعية و القيم الأخلاقية، فهو غير كذلك في مجال الركائز و الأحكام التشريعية التي تفضي إلى تحقيق هذه المقاصد، نظرا للتحويلات التي تطرأ عليها.

وبالتالي كان لابد من رفع القدسية على أحكام قانون الأسرة، باعتبارها اجتهادات بشرية إنسانية من وحي الفقه الإسلامي، تنظم العلاقات بين أفراد المجتمع، و ليست أحكاما تعبدية تربط الفرد بخالفه(11).

وهو ما يلخص التعديلات التي تبناها المشرع الجزائري بموجب الأمر 05-02، الذي مس من خلاله مجموعة من الأحكام التي نص عليها قانون الأسرة منذ أول صدور له و في مقدمتها إحداث تغيير في المركز القانوني للزوجين عند إنشاء العلاقة الزوجية أو إنهائها. الأمر الذي يؤكد بأن إعادة قراءة الفقه الإسلامي أضحت نتيجة حتمية للتطورات الحاصلة في

المجتمع الجزائري بجميع فئاته، خاصة و أن مجال تطبيق هذا القانون لم يعد يقتصر على حدود الجمهورية الجزائرية، و إنما يتعداها في التطبيق إلى مختلف دول العالم التي يحل بها الجزائري (و نخص بالذكر الدول غير الإسلامية، على اعتبار أن لا مشكلة تطرح بالنسبة للدول الإسلامية)، حتى يعزز من حظوظ التطبيق على زواج وطلاق الجزائريين بالمهجر، سواء فيما بين الجزائريين أو بينهم و بين الأجانب.

هذه المعادلة دفعت مختلف الدول العربية الإسلامية و في مقدمتها الجزائر نحو البحث عن نقاط التقارب بين أحكام المرجعية الإسلامية و المرجعية الأُمّية في مجموعة من الأحكام التي من شأنها أن تزيل الهوة بين المنهجين، مع الاحتفاظ طبعاً بالخصوصية الدينية، و هو ما انتهجته الدولة الجزائرية من خلال التحفظ على بعض المبادئ التي أقرتها المعاهدات الدولية التي صادقت عليها و التزمت بتطبيقها.

المطلب الثاني: المرجعية الدولية لقانون الأسرة الجزائري

أمام انخراط الدولة الجزائرية في المجتمع الدولي، و التزامها باحترام حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دولياً، أصبح لزاماً على المشرع إعادة صياغة تراثه القانونية بما يتلاءم مع المبادئ العالمية التي كرستها الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تشكل المرجعية الدولية، فما المقصود من المرجعية الدولية؟ (الفرع الأول)، و ما هي الاتفاقيات التي تعنى بالأسرة؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود من المرجعية الدولية في قانون الأسرة الجزائري

إن الاتفاقية أو المعاهدة كما يقال، هي وليدة اتفاق عدة دول تصدر عن عدة سيادات، فضلاً عن كونها تفرض على الدول الأعضاء القابلة بها التزاماً يقضي باحترام الأحكام الصادرة فيها و تطبيقها على المستوى الوطني.

وفق هذا المعنى لا يحق لإحدى الدول الأعضاء مخالفة بنود الاتفاقية في تشريعاتها الداخلية، لأن قواعد الاتفاقيات الدولية و القواعد القانونية الداخلية، تصبح في الوقت ذاته تشكل مجموعة من القواعد القانونية. إلا أن الاتفاقيات تحتل مرتبة أعلى من القواعد القانونية

الداخلية، و هو ما أكدت عليه اتفاقية فينا لسنة 1969، و جسده المشرع الجزائري في المادة 132 من دستور 1996(12).

هذا السمو الذي تتميز به الاتفاقيات الدولية على القانون الداخلي، يجد تبريرات عدة منها: بما أن الدولة التزمت بالمعاهدة أو الاتفاقية الدولية و هي غير مكرهة، فإن موافقتها هذه تفسر بأنها قد اتجهت طواعية للالتزام بتفضيل الإرادة الدولية على إرادتها الأحادية المتمثلة في تشريعها الداخلي.

إن العقد أو الميثاق يقتضي الأخذ و العطاء، و هو يستتبع المعاملة بالمثل، بمعنى أنه كلما وفّت الدولة بالتزاماتها التي تعهدت بها إلا و لقيت وفاء مماثلا. كما أن احترام الدولة للالتزامات الدولية سيمنحها مصداقية على الصعيد الدولي، وستكون دولة قوية لها دور فعال في الأوساط و المنتديات الدولية و في كل المنظمات والهيئات التي تكون عضوا فيها. و افتراض العكس سيفقد الدولة مصداقيتها دوليا، و تحضم بذلك حقها في التعاقد مع مختلف الدول التي ستأبى التعامل معها في مجال التعاقد، الأمر الذي ينعكس سلبيا عليها خاصة إذا كان لها رعايا خارج إقليمها.

إذا كان من حق الدولة مراجعة قوانينها بالتعديل أو بالإلغاء، و لها في ذلك كامل الصلاحية دون تدخل من أي جهة ، فإنه على العكس من ذلك لا يمكن لها تحت أي ظرف إلغاء معاهدة أو اتفاقية وافقت عليها و التزمت بها، و لا أن تلغي أو تعدل بعضها من بنودها بصفة أحادية.

الفرع الثاني: الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بقانون الأسرة

المقصود من الاتفاقيات الدولية الأسرية، تلك التي تعنى بأفراد الأسرة بمختلف فئاتها، و التي وضعت من مبادئها تعزيز الروابط العائلية بشكل مباشر أو غير مباشر. أطفالا و نساء و رجالا، أزواجا أو أولادا أو أقاربا، أو غير ذلك مما يرتبط بالأسرة من حيث الأفراد أو من حيث المواضيع كالزواج و الطلاق و الحضانة و غيرها، و سواء كانت اتفاقات علمية أو جماعية أو ثنائية.

و في هذا الشأن نجد أن الجزائر صادقت على الاتفاقيات التي تهتم بفئات الأسرة بشكل مباشر وعلى رأسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948⁽¹³⁾، المؤطر الأساسي لمختلف الاتفاقات و المعاهدات التي صدرت بعده.

ثم تلتها عدة اتفاقيات و معاهدات جسدت ما ورد في هذا الإعلان من مختلف نواحي الحياة، منها العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية و العهد الدولي للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية لسنة 1966⁽¹⁴⁾، ثم جاءت إتفاقية منع جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1969⁽¹⁵⁾، و من بعدهم إتفاقية حقوق الطفل سنة 1989⁽¹⁶⁾.

والملاحظ للمستقرى لهذه الاتفاقيات وجود نقاط مشتركة بينها جميعا، كونها أتت لتحمي حقوق الإنسان من موضعه، ومنع جميع أشكال التمييز العنصري سواء كان عرقيا أو إقليميا أو جنسيا أو دينيا، فالناس جميعا متساوون حسب مبادئ هذه الاتفاقيات.

لقد جسدت البعض من هذه الاتفاقيات هذه المبادئ في العلاقات الأسرية فأوردت مجموعة من المبادئ الخاصة بقضايا الأسرة، على رأسها مبدأ الرضا بالزواج، و مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة في إنشاء العلاقة الزوجية وفي الحقوق و الواجبات الزوجية، كما يتساويان في حق إنهماها. فقد جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و كذا إتفاقية منع جميع أشكال التمييز ضد المرأة في مادتيهما 16 بأنه: "... وهما يتساويان في الحقوق و الواجبات لدى التزوج و خلال قيام الزواج..." كما ألزمت هذه الإتفاقية الدول الأعضاء باتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج.

المبحث الثاني: مواطن المقاربة التوفيقية لازدواجية المرجعية في مواد الزواج و الطلاق

من قانون الأسرة الجزائري

إن المتمعن في المبادئ و القيم التي رسختها الاتفاقيات الدولية السالفة الذكر، يدرك بما لا يدع مجالا للشك مدى التوافق الموجود بينها و بين مبادئ الشريعة الإسلامية السبابة ا في تشريع هذه المبادئ و تلك القيم، فالشريعة الإسلامية كما نعلم جميعا شرعت لرفع الظلم عن المظلومين و تحقيق العدالة الإنسانية، و هي أول من كرم المرأة و جعلها شقيقة الرجل في

الأحكام، و نادى بعدم المفاضلة بين الناس في العروبة أو لون البشرة أو العرق أو الجنس إلا بالتقوى، و هو أمر متاح لكافة الناس دون تمييز.

غير أن هذا التوافق بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية لا يمتد إلى مختلف مجالات الحياة، على اعتبار أن المعاملات الأسرية في التشريع الجزائري تجد سنداً لها في الشريعة الإسلامية ذات الثوابت التي لا يمكن الحياد عنها، وهذا ما دفع الدولة الجزائرية إلى التحفظ على بعض المواد الصادرة في هذه الاتفاقيات، منها المادة 16 من اتفاقية منع جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي ساوت بين الزوجين في الحياة الأسرية مساواة مطلقة، وهو ما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وعليه سندرس المواضيع التي استحدثت فيها المشرع المقاربة، من خلال تقسيمها إلى مظاهر تنصرف إلى إنشاء العلاقة الزوجية في مطلبنا الأول، وأخرى على مستوى إنهاء هذه الرابطة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مظاهر المقاربة التوفيقية لازدواجية المرجعية في إنشاء العلاقة الزوجية

تماشياً مع مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء في إعلاء قيم العدل والإنصاف ورفع الحيف عن المرأة، نتيجة القصور التشريعي الذي اكتنف قانون الأسرة الجزائري طوال حقبة من الزمن، وكذا تجسيدا لمبدأ المساواة بين الزوجين في الحياة الأسرية التي نادى بها مختلف الاتفاقيات الدولية الصادرة في هذا الشأن، بادر المشرع الجزائري إلى إعادة النظر في نصوص قانون الأسرة المنظمة لهذا الشأن، حتى تؤكد من خلالها الدولة الجزائرية مدى التزامها بما صدر في هذه الاتفاقيات التي صادقت عليها. وقد مست هذه التعديلات بالدرجة الأولى النصوص التي تنظم شروط الزواج (الفرع الأول)، وكذلك الحقوق الزوجية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المساواة بين الخطيبين عند إنشاء الرابطة الزوجية

من أهم مظاهر المقاربة التي تبناها المشرع الجزائري في إنشاء العلاقة الزوجية رفع التمييز بين الخطيبين حين إبرام عقد الزواج، من خلال إحداث المساواة بينهما في شروط الزواج التي كانت تجسد تمييزاً بين الجنسين في هذا الشأن في ظل قانون 1984.

فقد عدل المشرع من هذه الشروط بعدما أعاد صياغة المادة الرابعة التي عرف من خلالها الزواج، بحيث أعطى الأولوية في تعريفه للرضائية، بعدما كان يعتبره مجرد عقد يتم بين رجل وامرأة. وهو الشيء الذي كان وراء التنصيص على أن الرضا هو الركن الوحيد للزواج وإنزال بقية الأركان التي نص عليها في قانون الأسرة قبل التعديل إلى مرتبة الشروط من خلال المادتين 9 و9 مكرر.

ومن مظاهر هذه المقاربة ما نص عليه المشرع في المادة 7 مكرر بشأن الإدلاء بالوثيقة الطبية لطالبي الزواج، الأمر الذي يجسد رغبة المشرع في توفير الحماية المثلى للزوجين والأطفال للصحة والسلامة و نجاح العلاقة الزوجية و استمرارها، و هي من مقاصد الشريعة الإسلامية، و قد حثت عليها الاتفاقيات الدولية أيضا.

كما أن موضوع الأهلية هو الآخر خضع لهذه المقاربة، حينما وحد المشرع سن الأهلية للجنسين بتسعة عشرة سنة كاملة، دون تمييز بينهما كما كان عليه الحال قبل التعديل، وهي من أم نقاط المساواة التي نادى بها الاتفاقيات الدولية.

غير أن الأمر الذي يؤخذ عليه المشرع الجزائري من وجهة نظري، هو محاولة ملائمة الاتفاقيات الدولية بشأن تقييد التعدد بموافقة الزوجة الأولى في المادة 8 من قانون الأسرة، وكذا في إعادة تنظيم شرط الولاية في الزواج في المادة 11 منه، و الذي لم يوفق فيهما من وجهة نظر الكثير من المختصين في شؤون الأسرة(17).

فالتنصيص على قيد موافقة الزوجة الأولى كشرط للحصول على الترخيص القضائي للتعدد، أمر مخالف لمقاصد الشرع من وراء تشريع التعدد، الذي يمكن أن يكون حلا في كثير من الحالات، خاصة وأن المشرع لا يزال إلى حد الساعة يتخبط في مشاكل إثبات الزوجية نتيجة عدم السعي وراء التنظيم المحكم لإجراءات الزواج بغلق الباب أمام الزواج بالفاخرة، الأمر الذي يسعف طالب التعدد في إبرام الزواج الشرعي ثم اللجوء إلى إثباته قضائيا دون الحصول على موافقة زوجته الأولى على التعدد. خاصة وأن مجرد السماح بالتعدد بشروط أو

بدونها يبقى مرفوضا طبقا لهذه الاتفاقيات، فلا هو طبق الشرع ولا هو ساير الاتفاقيات، إذن ما جدوى هذا القيد؟

أما ما يخص موضوع الولاية على الراشدة، فإن ما يؤاخذ عليه المشرع هو ذلك الخلط الذي وقع فيه، والمتعلق باشتراط حضور الولي والاستعاضة عن مباشرته للعقد، وكذا في مسألة الاختيار بين شخص الولي، والكارثة الكبرى هو التنصيب على إمكانية إحضار المرأة "لأي شخص تختاره" ليكون وليا عليها وهو ما لا يستوعبه العقل ولا المنطق. وشخصيا أرى في ذلك إهانة لشخص الولي، فلو كان مبتغى المشرع هو التخفيف من حدة شرط الولي الذي يكرس اللا مساواة بين الجنسين حسب منظور الاتفاقيات الدولية أو حتى المنظمات الدولية أو الداخلية أو الجمعيات الوطنية الحقوقية أو أي جهة أخرى ذات تأثير تشريعي، فإن المذهب الحنفي كان سيسعف في إلغاء الولاية من الأصل بشرط الالتزام بما بنا عليه أصحاب هذا المذهب رأيهم في إلغاء الولاية في الزواج بالنسبة للراشدة.

الفرع الثاني: المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات

في إطار الفلسفة الجديدة التي تبناها المشرع الجزائري في إعادة صياغة بعض نصوص قانون الأسرة، عدل المشرع النصوص المتعلقة بالحقوق الزوجية على نحو أظهر من خلاله توجهه نحو تحقيق مساواة فعلية بين الزوجين فيما لا يتعارض مع النصوص الشرعية. فبعد أن كان المشرع ينص على حقوق تنفرد بها الزوجة تجاه الزوج، و حقوق ينفرد بها الزوج تجاه زوجته، وحقوق مشتركة بينهما، فإنه ألغى هذا التقسيم محتفظا بالحقوق المشتركة مع التوسع في دائرة هذه الحقوق، فجاءت المادة 36 من قانون الأسرة كالتالي:

"يجب على الزوجين:

- 1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
- 2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.
- 3- التعاون على مصلحة الأسرة ز رعاية الأولاد و حسن تربيتهم.
- 4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة و نباعد الولادات.

- 5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر و أقاربه و احترامهم وزيارتهم.
- 6- المحافظة على روابط القرابة، والتعامل مع الوالدين و الأقربين بالحسنى و المعروف.
- 7- زيارة كل منهما لأبويه و أقاربه واستضافتهم بالمعروف."
- الحقيقة أن هذه المادة تكرر المساواة الحقيقية بين الزوجين تجاه الأسرة، و هي تجد أساسها في تعاليم ديننا الحنيف الذي حث على التشاور في شتى الأمور، كما دعا إلى التحلي بمكارم الأخلاق و معاملة الأقارب بالحسنى. فما كان من المشرع سوى التمسك بهذه التعاليم و ترجمتها إلى مادة قانونية تتماشى مع ما نصا عليه الاتفاقيات الدولية.
- و الملاحظ في هذا المقام أن هذه المادة قامت على أنقاض التمييز الذي كان قائما في إطار التنصيص على حق الطاعة التي امتاز به الزوج تجاه زوجته، وهو حق شرعي لا حياد عنه، بيد أن الإشكال يكمن في كيفية فهم هذا الحق و ممارسته، فهو ناتج عن حق القوامة للزوج لقوله تعالى: "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما أنفقوا من أموالهم"(18).
- فمادام المشرع قد حافظ على حق الزوجة في النفقة الواجبة على الزوج في المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري، فإنه في المقابل ألغى العلة من تقرير هذا الحق، و هو إنصاف الزوج بالقوامة، و هو أمر غير مقبول. خصوصا و أن القوامة وفق المدلول الشرعي ليس فيها ما يحط من قيمة الزوجة و يجسد أفضلة متوهمة للزوج وفق ما تداوله الناس، و إنما هي قائمة على حماية الزوجة على جميع المستويات و السهر على توفير الراحة والاستقرار الأسري.
- كما تظهر فلسفة المشرع في إحداث المقاربة التوفيقية لازدواجية المرجعية من خلال إبراز دور حرية الإرادة بالسعي وراء توسيع دائرة العقود التي من شأنها حماية أطراف العلاقة الزوجية، خصوصا التي تحقق مصلحة لأحدهما أو لكليهما، الأمر الذي يوفر نوعا من الثقة والاستقرار النفسي و المادي للزوجين.
- فقد لجأ المشرع إلى التنصيص على أحقية الزوجين في الاشتراط في عقد الزواج في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري جاء فيها: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد

رسمي لاحق كل الشروط التي يريها ضرورة، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"

ليس هذا وحسب بل نجد المشرع مهتما في السياق ذاته بتحقيق الاستقرار المادي للأسرة وتعزيز الثقة في المعاملات المالية بين الزوجين، أمام تغير عدة مفاهيم متحركة في الموضوع، من قبيل عمل المرأة وامتلاكها لمنقولات وعقارات ورؤوس أموال، وكذا ما أثبتته الواقع من مساهمة الزوجة في تحمل مصاريف المعيشة من نفقة بمختلف عناصرها، غذاء كسوة علاج و سكن و مختلف الضروريات و حتى الكماليات، دون أن تكون مطالبة بها.

كل هذه المستجدات دفعت المشرع الجزائري إلى التنصيص في الفقرة الثانية من المادة 37 على إمكانية عقد اتفاق بين الزوجين يدونان فيه كيفية تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية على أساس الاشتراك بينهما، مع تحديد مقدار مساهمة كل واحد منهما في تنمية أموال الأسرة و تدوين ذلك في وثيقة تمثل عقدا رسميا لاحقا، الأمر الذي يشكل ضمانا لحفظ الحقوق المالية للزوجين.

المطلب الثاني: مظاهر المقاربة التوفيقية لازدواجية المرجعية في إنهاء العلاقة الزوجية

بعد الإصلاح التشريعي الذي طال قانون الأسرة الجزائري، عدل المشرع الكفة في الحق في إنهاء الرابطة الزوجية، حيث أرسى دعائم المساواة بين الزوجين في طلب فك الرابطة الزوجية والاستجابة للطلب وفق على هذا الأساس.

فبعد أن كان قانون الأسرة يعطي أسبقية للزوج في الاستجابة لطلبه الرامي إلى فك الرابطة الزوجية وإرادته المنفردة، في مقابل التضيق على الزوجة عند طلب التطليق أو الخلع الذي كان مشروطا بموافقة الزوج. عدل المشرع عن هذا التوجه، و ذلك بتوسيع دائرة إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة (الفرع الأول)، كما يجد مبدأ المساواة ملاذا له في الطلاق الإتفاقي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مظاهر المساواة بين الزوجين في الاستجابة لطلب الطلاق

تنص المادة 48 من قانون الأسرة على أنه: " مع مراعاة أحكام المادة 49 أنه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة في حدود المادتين 53 و 54 من هذا القانون."

و إن كان هذا النص لم يمسه التعديل، فإن الإحالة التي وردت فيه بشأن المادتين 53 و 54 هي من صنع الفارق في اتجاه تكريس المساواة بين الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية. فبالرجوع إلى نص المادة 53 من قانون الأسرة، نجد بأن المشرع قد وسع في أسباب التطلاق الذي تستند عليها الزوجة في طلب التطلاق، و هو ما يؤكد رغبته في خلق نوع من التوازن بين أحقية الزوج في طلب الطلاق بإرادته المنفردة، في مقابل توسيع دائرة أسباب التطلاق التي تستند عليها الزوجة إذ أوصلها إلى حد تسع أسباب واردة على سبيل المثال، خاتما الفقرات التسع بفقرة عاشرة أخيرة، فتحت من خلالها المجال للزوجة للاستناد على أسباب أخرى لم يأت على ذكرها، يتوفر فيها عنصر الضرر المعتبر شرعا.

وما هذا إلا بداية طريق المساواة بين الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية، إذ أن حتمية حصول الزوج على الطلاق، في مقابل إرهاب كاهل الزوجة بالإثبات في دعوى التطلاق، ألزم على المشرع عدم التوقف عند حد توسيع أسباب التطلاق، بل تعداه إلى تشريع الخلع بالإرادة المنفردة للزوجة دون أخذ موافقة الزوج، بل حتى من دون أن يكون الزوج متسببا في رفع دعوى الخلع. وفي هذا الصدد يقول سبحانه وتعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروفه أو تسريح بإحسان، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدعا به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون"(19).

فالأية الكريمة واضحة الدلالة والمعنى على أنه لا يحل للرجال التضييق على زوجاتهم قصد دفعهن للإفتداء بما قدموا هن من الصدقات أو بيعه، لقوله تعالى: "ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة"(20)، إلا أن يكون ذلك عن طيب خاطر

ونفس منهن بدون إكراه أو ابتزاز استنادا لقوله جل جلاله: "فإن طبن لك من شيء، منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا" (21)، ولا يكون ذلك إلا إذا اشتد الشقاق والنزاع وعدم الوفاق بين الزوجين، فقد تبغض المرأة زوجها وتكره العيش معه، وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، فشرع لها الإسلام بالموازاة مع الطلاق الخاص بالرجل طريقا للخلاص من الزوجية، لرفع الحرج ودفع الضرر عنها، ببذل شيء من المال تفتدي به نفسها وتتخلص من الزواج وتعوض الزوج ما أنفقه عليها رغبة في الزواج منها.

واستنادا إلى آية الخلع فإنه وردت أحاديث تذهب في نفس الاتجاه فقد روي عن عكرمة عن ابن عباس قال: "أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله: إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال: الرسول صلى الله عليه وسلم "أتردين عليه حديقته"، فقالت: نعم، فقال: رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة" (22).

الفرع الثاني: المساواة بين الزوجين في الطلاق الاتفاقي

مسايرة للتطورات الحاصلة في جل القضايا، والتي تتيح حرية للأفراد في إبرام ما شاءوا من التصرفات استنادا لسيادة مبدأ سلطان الإرادة، وكذا مسايرة للمساواة الحاصلة بين الرجل والمرأة، وفتح المجال لتحقيق مقاربة مع الدول الأوروبية المستقطبة للجالية الجزائرية، قصد تطبيق القانون الجزائري على طلاق الجزائريين في دول الإقامة، وكذا تيسير الاعتراف بالطلاق الحاصل في هذه الدول. من أجل كل ذلك، خول المشرع الجزائري للزوجين الاتفاق على الطلاق في المادة 48 منه، بدون شروط أو بشروط لا تمس بأحكام قانون الأسرة.

فكما كرس المشرع المسؤولية المشترك من للزوجين عند قيام الرابطة الزوجية، فإن هذه المسؤولية المشتركة امتدت إلى انتهاء هذه الرابطة. فالطلاق الاتفاقي من أهم المواضيع التي تبرز ارتكازها على مبدأ الرضائية المعبر عن رقي المستوى الفكري، الذي وصل إليه الإنسان، فإن كان لا بد من توقيع الطلاق، فلا عيب أن يكون ذلك بطريقة ودية سلمية، فيكون من

مصلحة الطرفين سلوك هذا النوع من الانفصال، مما ينعكس إيجابا على الأطفال في حال وجودهم.

وعليه يمكن تعريف الطلاق الإتفاقي بأنه "تراضي وتوافق إرادي الزوجين معا على حل أو رفع قيد النكاح الذي يجمعهما، ووضع حد لعلاقتهم الزوجية دون تشنجات أو مزایدات"، بمعنى أنه "عقد يتم بمقتضاه توافق إرادة كل من الزوج والزوجة على الطلاق من خلال الاتفاق فيما بينهما على مبدأ إنهاء الرابطة الزوجية وعلى الآثار المترتبة عنها".

والحكمة من تشريع الطلاق الاتفاقية ترجع إلى الحكمة من تشريع الطلاق بصفة عامة، الذي لم يشرع إلا لرفع الضرر والمشقة وتجاوز الخلافات والشقاق الذي يتخلل الأسرة، ويصيبها بالشلل، فلم تعد المودة والرحمة والانسجام تعرف طريقا إليهما ليبقى الحل الأمثل بين الزوجين هو الانفصال بطريقة ودية ورضائية، حرصا منهما على عدم تصعيد الوضع.

وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن الزوجين يتمتعان بدرجة عالية من الوعي والمستوى الثقافي، الذي يسمح لهما بالتفكير بعقلانية وتدبر، وتجنبنا منهما لأي مواجهة أثناء حل ميثاق الزوجية، وعدم رغبتهما في كشف سبب خلافهما أو المتسبب فيه حرصا وحفاظا منهما على أسرار حياتهما الزوجية(23). إذ يعتبر هذا النوع من الطلاق، البديل النموذجي والحضاري لظاهرة التصادم ونشوء الخلافات أثناء إنهاء الرابطة الزوجية.

خاتمة:

الأصالة و المعاصرة، التقليد و الجتهاد، الإسلام و العلمانية، هي مصطلحات متناقضة فيما بينها ظاهريا، إذ يتبادر إلى الذهن أن الأخذ بأحدها يقتضي الاستغناء عن الآخر، لكن العقل البشري استطاع إيجاد مقاربة بين هذه المصطلحات المتناقضة من حيث الظاهر، المتكاملة في باطنها.

فالشرعية الإسلامية بمصادرها و مبادئها الثابتة و المتغيرة، تجد تقاطعا لها في مجموعة من مبادئ الاتفاقيات الدولية بل أنها السباقة في تكريسها، منها حماية حقوق الإنسان، و مبدأ المساواة بين الرجال و النساء، و إنصاف المرأة و الحفاظ على كرامتها.

و قانون الأسرة الجزائري بصفته المجال الخصب الذي تكرر فيه هذه المبادئ، كان معنيا بإحداث مقارنة توفيقية لازدواجية المرجعية المتحركة مواضعه، الأمر الذي دفع بالمشروع إلى إعطاء قراءة مغايرة لكثير من نصوص قانون الأسرة، استحضار من خلالها، الأحكام الشرعية الثابتة، و الاجتهادات الفقهية الواردة فيها، إلى جانب مراعاة ما ورد في الاتفاقيات الدولية على اعتبار أن الأسرة الجزائرية ليست بمعزل عن العالم و التطورات الحاصلة في مجال المعاملات الأسرية.

غير أن تكريس هذه المقاربة على أرض الواقع يبقى مرهونا بالآليات المعدة لهذا الغرض، لأن التنصيص عليها أو التغني بها ليس هو الأساس، بقدر ما أن المهم هو تطبيقها على أرض الواقع، وهو ما لا يتأتى إلا بتضافر الجهود المبذولة من قبل المشرع في سبيل تعزيز التطبيق الأمثل لهذه النصوص، وإزاحة مختلف العراقيل التي ترهق كاهل القضاء في التعامل مع نصوص قانون الأسرة التي يكتنفها الغموض تارة، و تفتقد إلى الآليات الفعالة تارة أخرى.

الهوامش والمراجع:

- (1)- المادة الثانية من دستور 1996 المعدل بالقانون 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 25، المؤرخة في 14 أبريل 2002، و القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 منشور بالجريدة الرسمية رقم 63، المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.
- (2)- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005
- (3)- رفيق المعجم، موسوعة مصطلحات أصول الفقه عند المسلمين، الجزء الأول، أ-ع، الطبعة الأولى 1998م، سلسلة موسوعات المصطلحات الغربية و الإسلامي، مكتبة لبنان، ص 164.
- (4) رفيق المعجم، المرجع نفسه، ص 165.
- (5)- سورة النجم الآية 4.
- (6) أبو إسحاق الشاطبي، المرافعات في أصول الشريعة، الجزء الرابع، دون طبعة ولا مطبعة، ص 156.
- (7) عبد الحميد طهماز، ميزان الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية، الطبعة الأولى، 1991، دار القلم، دمشق، ص 23.
- (8) إدريس حمادي، البعد المقاصدي و إصلاح مدونة الأسرة، الطبعة الخامسة، 2005، إفريقيا الشرق، ص 160.
- (9)- أبو إسحاق الشاطبي، مرجع سابق، ص 158.

- (10)- الحسين بلحساني، التنازع بين المرجعيات، محاضرة أُلقيت على طلبة دبلوم الدراسات العليا المعمقة في تشريعات الأسرة و الهجرة، بتاريخ 2006/12/12، بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، المملكة المغربية.
- (11)- اعتمدت هذه الاتفاقية في 1948/12/10، والمنشورة بالجريدة الرسمية رقم 64 الصادرة بتاريخ 1963/09/10.
- (12)- اعتمدا في 1966/12/16 و دخلا حيز التنفيذ في 1976/02/03 و انضمت إليهما الجزائر في 1989/05/16 و نشرت بالجريدة الرسمية رقم 20 صادرة في 1989/05/17.
- (13)- اعتمدت في 1979/12/18، و دخلت حيز التنفيذ في 1981/09/03، انضمت إليها الجزائر في 1996/01/22، منشور بالجريدة الرسمية رقم 06 صادرة بتاريخ 1996/01/24.
- (14)- اعتمدت في 1989/11/20 و دخلت حيز التنفيذ في 1990/09/02، انضمت إليها الجزائر في 1992/12/19، و نشرت بالجريدة الرسمية رقم 91 صادرة بتاريخ 1992/12/23.
- (15)- الرشيد بن شويخ، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليدة، السنة الجامعية، 2001-2002، ص 22.
- (16)- صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج في التشريعات المغاربية، المغرب، الجزائر تونس، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية: 2013-2014، ص 64 وما يليها.
- (17)- سورة النساء، الآية 34.
- (18)- سورة البقرة، الآية 227.
- (19)- سور النساء، الآية 19.
- (20)- سورة النساء، الآية 04.
- (21)- الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الجزء الثالث، المطبعة العصرية، الطبعة الثانية 1996، حديث رقم: 5273، ص: 1698.
- (22)- إدريس الفاخوري، دور الإرادة في إنهاء عقود الزواج على ضوء مدونة الأسرة، مجلة الملف، العدد الرابع، شتنبر 2004.