

المسكوت عنه في صياغة قانون الأسرة (الجزائري)

The unstated in the formulation of the Algerian family law

الدكتور / ربيعي فاتح

جامعة بليدة 2 سابقا، لويسي علي، الجزائر

البريد الإلكتروني: fateh.m.rabiai@gmail.com

الأستاذة الدكتور/ العشي نورة¹

جامعة الجزائر 1، مخبر قانون الأسرة، الجزائر

البريد الإلكتروني: n.elachi@univ-alger.dz

القبول: 2024/09/18

الاستلام: 2024/09/18

Abstract:

In this article I studied the provisions that the Algerian legislator did not stipulate in family law, and in explaining their provisions, according to Article 222, he referred to Islamic Sharia, where the concept of what was not stipulated and its effects were clarified, especially those related to the differences in judicial decisions, and then I tried to explain the provisions that were not stipulated in the law. By dividing them according to the reasons for remaining silent about them, which are due to legitimate and legal reasons, and other reasons related to contemporary developments. Among the results of the research is a call for the necessity of formulating important provisions in which conflict is common, along with developing a practical guide to clarify the provisions of issues not stipulated

Keywords: The unspoken - the unstated - the legislative vacuum - legal formulation - the Algerian family law

ملخص:

في هذا المقال تمت دراسة الأحكام التي سكت عنها المشرع الجزائري في قانون الأسرة وأحال في بيان أحكامها حسب المادة 222 إلى الشريعة الإسلامية، حيث تم توضيح مفهوم المسكوت عنه وآثاره خصوصا ما تعلق منها باختلاف القرارات القضائية، ثم حاولت بيان الأحكام غير المنصوص عليها من خلال تقسيمها حسب أسباب السكوت عنها، والتي ترجع إلى أسباب شرعية وقانونية، وأسباب أخرى متعلقة بالمستجدات المعاصرة. لتكون من نتائج البحث الدعوة إلى ضرورة صياغة الأحكام الهامة التي يكثر فيها النزاع، مع وضع دليل عملي لتوضيح أحكام المسائل المسكوت عنها.

الكلمات المفتاحية:

- المسكوت عنه - غير المنصوص عليه - الفراغ التشريعي - الصياغة القانونية - قانون الأسرة الجزائري

والدكتور ربيع فاتح

مقدمة

المسكوت عنه في أي قانون يعبر عنه بغير المنصوص عليه الذي يولد فراغ أو شغورا تشريعا ومن آثاره اختلاف الأحكام القضائية بشأنه، وتتعدد أسباب المسكوت عنه فيمكن أن يكون بسبب غفلة المشرع عنه، وقد يكون بسبب منهج المشرع في عدم التفصيل وعمله بالإحالة إلى مصدر موضح أو غير ذلك من الأسباب.

والملاحظ أن دائرة المسكوت عنه آخذة في الاتساع باعتبار تغير المجالين الزماني والمكاني وما يحملان من مستجدات مما يؤدي إلى توسع الشغور أو القصور التشريعيين.

وقانون الأسرة الجزائري من القوانين التي تشهد هذا الفراغ التشريعي، فقد حاول المشرع تنظيم أحكام الأسرة والأحوال الشخصية عموما بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية، وقد نص على جل الأحكام الأساسية المتعلقة بالزواج والطلاق والنيابة الشرعية والميراث والتبرعات تبعا لتقسيم كتب وأبواب هذا القانون، وأحال في غير المنصوص عليه حسب المادة 222 إلى أحكام الشريعة الإسلامية¹، ونظرا لتعدد المذاهب الفقهية فقد حدث في عدد من الحالات تضارب في قرارات المحاكم.

وبالنظر إلى هذا الأمر فإن هناك إشكالية تفرض نفسها عند التطرق إلى هذا الموضوع المتمثل في السؤال عن المسكوت عنه وآثاره والأسباب التي أدت إلى سكوت المشرع عن عدد من الأحكام الأسرية، ذلك أن معرفة هذه الأسباب يؤدي إلى التعامل القانوني والشرعي مع المسائل غير المنصوص عليها، وتقديم الحلول الملائمة وتحقيق مقصود الشارع من تشريع مختلف الأحكام المتعلقة بالأسرة، والتي تؤدي إلى استقرارها وأداء دورها الرسالي.

وترتبط بهذه الإشكالية محاور بحثية يمكن ذكرها كالآتي:

أولا: مفهوم المسكوت عنه في صياغة قانون الأسرة وآثاره.

ثانيا: الأحكام المسكوت عنها في قانون الأسرة لأسباب شرعية وقانونية.

ثالثا: الأحكام المسكوت عنها في قانون الأسرة بسبب المستجدات المعاصرة.

أولاً: مفهوم المسكوت عنه في صياغة قانون الأسرة وآثاره

المسكوت من فعل سكت بمعنى صمت وتوقف وانقطع عن الكلام وهو خلاف المنطوق، ومعنى الصمت أوسع من معنى السكوت ذلك أن هذا الأخير يستعمل لمن له قدرة عن الكلام وسكت عنه، أما الصمت فيستعمل لما سبق وكذلك لمن ليس له قدرة على الكلام²، وعليه فإن المسكوت عنه هو ما امتنع عن الكلام فيه بقصد أو بغير قصد.

أما المقصود من صياغة القانون فهي التعبير والإفصاح عن مضمون القواعد القانونية عند سنّها³، ويكون ذلك في شكل نصوص مكتوبة بطريقة منظمة بما يحقق الهدف من وضعها.

وعليه فإن المسكوت عنه في الصياغة القانونية هي المسائل التي لم ينص عليها القانون ولم يذكر حكمها، ويعبر عنه أيضا بغير المنصوص عليه.

وفي الفقه الإسلامي عبر الفقهاء عن المنصوص عليه بالمنطوق بأنواعه، أما ما استنتج من هذا المنطوق بدون النص عليه أدرجوه ضمن أقسام المفهوم، وعليه فإن المفهوم يمكن إدراجه ضمن المسكوت عنه⁴، ويرجع في بيانه إلى قواعد الدلالات الأصولية بما يتوافق مع مقصود الشارع الحكيم، ويضاف إلى المسكوت عنه كل الأحكام التي لم يرد بشأنها بيان في النصوص الشرعية، ويرجع في معرفة حكمها إلى المصادر غير النصية بداية بالمصادر المتفق عليها ثم المصادر المختلف فيها.

إن المسكوت عنه في صياغة قانون الأسرة هي الأحكام التي لم يرد بشأنها نص ضمن مواد هذا القانون، فالمسكوت عنه يشكل شغورا أو فراغا تشريعيًا يؤدي إلى اختلاف التفسير والفهم واختلال التطبيق، وقد يؤدي في حالات إلى التوقف التام عن التطبيق العملي بسبب الحرج والاضطراب.

إن واضعي القانون يسعون إلى النص على الأحكام المتعلقة بمجال التقنين الذي يعالجون تشريعه بكل ما يمكنهم محدهم من استيعاب وإحاطة، ذلك أن التنصيص في القانون من ناحية الشكل والبناء هو الأصل في اعتبار الأحكام وتنفيذها ومن آثاره تجنب التفسيرات المختلفة وتوحيد أو تقريب الأحكام القضائية، إن هذا المسعى تعترضه عوارض تؤدي إلى بقاء بعض الأحكام وتفصيلاتها غير منصوص عليها أو مسكوتا عنها، فرغم محاولة المقتن استيعاب أحكام القوانين إلا أن هذه الأخيرة لا يمكنها الإحاطة بكل الأحكام والجزئيات⁵، حيث يبقى بعضها مشارا إليه فقط أو مغفلا تماما، ومرد ذلك يرجع إلى الغفلة التي تصيب واضعي القانون

والدكتور ربيع فاتح

إضافة إلى تغير ظروف الزمان والمكان وتجدد الوقائع والأحداث. وقد يكون سبب ذلك السكوت ميل القانون إلى الاهتمام بالأحكام المهمة وتفادي الإطناب والتوسع والاكتفاء بالإحالة إلى مصدر يعتمد عليه لبيان هذه التفاصيل.

إن هناك فرقا في التعامل بين حالة السكوت التي تمثل فراغا أو شغورا تشريعا والتي يرجع فيها إلى المصادر التي أحال عليها القانون، وبين حالة الغموض التشريعي التي يكون فيها النص موجودا ولكنه غامض. حيث يتقيد شارحو القانون لبيان الأحكام الغامضة بما تدل عليه الألفاظ لغة وما يرسمه اللغويون من دلالات وما نظمه الأصوليون من قواعد هذه الدلالات، بالإضافة إلى الاستعانة بمقصد المقتن إذا تبينت أماراته وقامت شواهد شرط عدم تحمیل الألفاظ ما لم تحتمل.⁶

وهناك مصطلح القصور التشريعي الذي يدل على حالة السكوت التام عن الحكم بعدم ذكر النص، وعلى حالة النقص في دلالة النص رغم وجوده كونه قاصرا عن استيعاب تفاصيل وجزئيات الحكم أو غامضا في الدلالة عليها، ويتم الرجوع لمعالجة هذا القصور إلى المصادر التي أحال عليها القانون.

إن واضعي قانون الأسرة يدركون منذ وضعه أن هناك مسائل لم يتم النص عليها بسبب الغفلة أحيانا أو بسبب منهج المقتن في تفادي التفصيل، لذلك تمت الإحالة في المادة 222 فيما لم ينص عليه في القانون على أحكام الشريعة الإسلامية دون تحديد مذهب معين، حيث يمكن للقاضي اختيار المذهب الفقهي الذي يقتنع به لحل النزاع، وهذا الأمر على قدر فائدته في توسيع دائرة الاجتهاد إلا أنه يؤدي في عدد من الحالات إلى تضارب القرارات مما يؤثر على العدالة القضائية.⁷

الجدير بالتنبيه أن لقرارات المحكمة العليا التي تمثل الاجتهاد القضائي دورا مهما في بيان الأحكام المسكوت عنها، حيث تكون السوابق التي أصدرت بشأنها المحكمة العليا قرارات قضائية نبراسا يسترشد به القضاة في باقي المحاكم، ورغم هذه الأهمية إلا أن المقتن الجزائري لم يول لهذا الاجتهاد القضائي المكانة اللائقة به، فلم يذكره كمصدر تفسيري لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني.

المشرع الجزائري حدد مصادر القانون في المادة الأولى من القانون المدني والتي تنص على الآتي: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فمقتضى مبادئ

القانون الطبيعي وقواعد العدالة"⁸. من خلال هذه المادة بين المشرع الجزائري أن للقانون مصادر رسمية أصلية وهي التشريع بنصوصه في لفظها وفحواها أي معانيها، ومصادر رسمية احتياطية هي الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، نجد المشرع في هذا النص لم يذكر مكانة الاجتهاد القضائي ضمن المصادر⁹.

والملاحظ أن المقتن أحال في المادة 222 إلى أحكام الشريعة الإسلامية نظرا لكون قانون الأسرة مستمدا من هذه الشريعة، وهذه الإحالة وإن كانت كافية للمسائل ذات الأحكام الشرعية، إلا أنها غير كافية لبيان الأحكام القانونية البحتة¹⁰، مثل الجانب الشكلي في الرجوع عن الهبة هل تكون بحكم قضائي أو عقد توثيقي، ومنها في التنزيل هل يكون التنزيل من جهة الجد أبو الأب والجددة أم الأب وإذا أخذ القانون بتنزيل أولاد البنت يصبح السؤال هل يكون التنزيل من جهة الاجداد الأربع أي بالإضافة إلى ما سبق الجد أبو الأم والجددة أم الأم. وهذا الأمر يطرح إشكالا حقيقيا يجب الانتباه إليه في مسائل المسكوت عنه.

ثانيا: الأحكام المسكوت عنها في قانون الأسرة لأسباب شرعية وقانونية

تتعدد الأحكام المسكوت عنها في قانون الأسرة الجزائري وتتعدد أسبابها، ومن بين هذه الأسباب توجد المبررات التي تتعلق بجوانب شرعية وقانونية، ويمكن بيانها في ثلاثة أسباب: أولها ميل المقتن إلى عدم تفصيل عدد من المباحث الشرعية، وثانيها السكوت عن أحكام لاندراجها ضمن المبادئ العامة الشرعية والقانونية، وثالثها غفلة المشرع عن عدد من المسائل المفصلة في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة، ويمكن بيان عدد من المسائل المدرجة تحت هذه الأسباب بإيجاز على النحو الآتي:

1- ميل المقتن إلى عدم تفصيل عدد من المباحث الشرعية

رغبة من المقتن في عدم التوسع وميلا منه إلى الدقة والإيجاز فإنه لم ينص على عدد من المباحث الأسرية التي كانت موضع اهتمام الفقهاء المسلمين، مثل بيان التعريف المفصل لكل مبحث من المباحث وذكر حكمه ودليل مشروعيته والحكمة منه وأنواعه وشروطه.

ويمكن ذكر أمثله لهذا السبب من المسكوت فيما يأتي:

والدكتور ربيع فاتح

فما يتعلق بالتعريفات لم يعرف قانون الأسرة صيغة الزواج ولا الشهادة فيه، والأمر نفسه في عدم تعريف القرابة والمصاهرة والنسب والعدة ومتاع البيت والشقاق والنشوز والنفقة، وكذا الولاية والوصاية والحجر، وبالنسبة للشروط لم يذكر قانون الأسرة شروط المخطوبين وكذا الزوجين وعدد من شروط الإيجاب والقبول، كذلك لم ينص على شروط الولي والشهود، وشروط المطلقين والحاضنين.

فالمشرع في عدد من الحالات يتجاوز التعريفات والشروط ليفصل في الأحكام العملية، مثل آثار العدول عن الخطبة وحكم اختلال شرط الولي والشهود، ومشتكلات النفقة، وطرق فك النزاع في متاع البيت، وكذا أثر الشقاق والنشوز على الزواج.

وهذا المسكوت قد يكون مستساغا في عدد من الحالات باعتبار القانون وضع لبيان الأحكام أكثر من التفصيل في المفاهيم النظرية التي تهتم بالتعريف والحكم والحكمة والأنواع والشروط، إلا أن هذا المسكوت يكون محلا في بعض الحالات لما تكون هذه المباحث ذات تأثير على الحكم ويكثر فيها النزاع.

فعدم ذكر شروط المخطوبين أدى بالمشرع إلى عدم النص على شرط الكفاءة وشرط عدم الخطبة على الخطبة وغيرها، وعدم تفصيل شروط الزوجين أدى إلى عدم النص على حكم وشروط زواج المجنون والمعتوه، والمسكوت عن شروط الشاهدين أدى إلى الاختلاف في شهادة النساء على عقد الزواج. وقس على ذلك عدم النص على شروط الزوج المطلق، وعدم ذكر شروط الحاضنين جعل حكم حضانة الأم في حالة كفرها أو ارتكابها الفاحشة أمرا مسكوتا عنه، وفي هذه الحالة الأخيرة حدث تضارب في القرارات القضائية¹¹.

2- السكوت عن أحكام لاندراجها ضمن الأحكام العامة الشرعية والقانونية

سكت المشرع عن أحكام كثيرة تدخل ضمن الأحكام العامة الشرعية والقانونية مثل عدم ذكر شرط اتحاد المجلس في شروط الصيغة وعدم تفصيله عيوب الإرادة في الزواج والطلاق وعقود التبرع من إكراه وغلط وتدليس.

بعد تعديل 2005 ألغى المشرع المادة 20 المتضمنة حكم الوكالة في عقد الزواج ولم ينص على عدم الأخذ بها بعد ذلك، فأصبحت في حكم المسكوت عنه ويرجع فيها إلى الأحكام العامة الشرعية والقانونية¹².

لم ينص المشرع على آثار عقد الهبة على العاقدين وآثار الرجوع كذلك، وهذه المسائل تدخل في أحكام الشريعة العامة.

أغفل المشرع بيان حكم الحالة التي يصبح فيها الشرط مرهقا وصعب التحقيق سواء في الزواج أو عقود التبرع، والحقيقة أن حكم هذه الحالة يرجع فيه إلى المبادئ العامة الشرعية والقانونية في عقود التبرع ولكن في عقد الزواج تحتاج إلى تنصيص كما فعلت تشريعات عربية مختلفة¹³.

3- إغفال المشرع عددا من المسائل المفصلة في الفقه الإسلامي أو القوانين المقارنة

وهذا الإغفال نجد في بعض المسائل رغم أهميتها والحاجة إلى بيان حكمها مثال ذلك حكم الخطبة على الخطبة ومصير الهدايا في حالة وفاة أحد المخطوبين، وعن حكم الصداق في حالة الفرقة قبل الدخول من قبل الزوجة وليس الزوج، والمسكوت عن تأكيد المهر بالخلوة الصحيحة¹⁴.

سكت المقتن أيضا عن حرمة الكافرة غير الكتائية في الحرمة المؤقتة وعن حرمة الزواج بمرتدة أو بمرتدة ولو أصبحت كتائية، إذ لم تنص عليها المادة 30 المتضمنة الحرمة المؤقتة، وإن كان حكم مانع الردة يفهم من خلال إبطال الزواج بعد الردة الذي كان منصوصا عليه في المادة 32 قبل التعديل، فإذا كان الاستمرار في الزواج بعد الردة حراما فالتحريم قبل العقد من باب أولى، لكن بعد تعديل المادة 32 وإلغاء الفقرة التي تنص على بطلان الزواج إذا ثبتت ردة الزوج أصبح حكم انعقاد الزواج مع مرتدة أو الاستمرار فيه بعد الردة من المسكوت عنه الذي يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

لم ينص المشرع أيضا على حرمة الزواج بعد اللعان بين المتلاعنين في المواد التي تضم موانع الزواج وإن كان قد ذكر اللعان في موانع الميراث في المادة 138.

سكت المشرع عن الألفاظ التي يقع بها الطلاق وعن طلاق المريض مرض الموت وعن بيان الشقاق وشروطه، مكتفيا بذكره كسبب من أسباب التطليق في المادة 53 الفقرة 8.

لم يذكر المشرع مسألة خلع المريضة مرض الموت مكتفيا بمادة واحدة في الخلع، ولم ينص على حكم الخلع مقابل بعض المنافع أو إسقاط بعض الحقوق كحق الحضنة أو النفقة، وهي أحكام مذكورة في التشريع الإسلامي وفي قوانين عدد من الدول العربية.

والدكتور ربيع فاتح

لم يذكر المقتن حق المتعة بعد الطلاق مكنتها بحكم التعويض عن الطلاق التعسفي، وسكت عن حكم تحول العدة.

لم ينص المقتن على أجرة الحضانة وأجرة الرضاع، ومسألة تخيير المحضون، كما أغفل ذكر مصير هذا الأخير في حالة عدم توفر شروط الحضانة في كل الحاضنين.

سكت المقتن عن مصير المكفول بعد حدوث الطلاق بين الكافلين، وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الأمر إلى أن أحكام الحضانة والنفقة لا تسري على المكفول بعد حدوث الطلاق، لأن الكفالة تبرع فيتحمّل الطرف المتبرع تبعات تبرعه كاملة من حضانة ونفقة ولا يحكم على الطرف الآخر بتحمل أي إلزام¹⁵.

لم يذكر قانون الأسرة في موانع الميراث مانعي الزنا والكفر، ولم ينص على ميراث زوجة الفار أي المطلقة بائنا من طرف الزوج خلال مرض موته، كما سكت في مسألة التنزيل عن حكمه من جهة البنات.

لم ينص قانون الأسرة على حكم وصية السفية ووصية من لا وارث له بأكثر من الثلث وعن حكم الوصية بقسمة التركة في حياة المورث حسب الأنصبة الشرعية¹⁶.

في الهبة لم يبين المشرع حكم الرجوع في الهبة في حالة مرض الوالد أو الولد وهو مانع في المذهب المالكي، كما سكت عن حكم الوقف على الذكور دون الإناث الذي تعددت فيه القرارات القضائية.

ثالثا: السكوت عن أحكام أنتجت المستجدات المعاصرة

تتعدد المستجدات المعاصرة التي كانت سببا في اتساع دائرة السكوت عنه في التشريعات إلى مستجدات علمية واجتماعية وأخرى دولية، ويمكن إلحاق عدد من الأحكام غير المنصوص عليها في قانون الأسرة إلى هذه الأسباب.

1- السكوت عن أحكام بسبب المستجدات العلمية

أحدث التطور العلمي الكثير من التغييرات في الأحكام، إضافة إلى الكثير من المظاهر المستجدة التي تحتاج إلى بيان أحكامها وهذه الأحكام آخذة في التوسع، ومنذ صدور قانون الأسرة سنة 1984 ظهرت الكثير من التطورات العلمية، الأمر الذي جعل المشرع في تعديل 2005 ينص على إمكانية لجوء القاضي إلى الطرق العلمية في إثبات النسب في المادة 40¹⁷، وبقيت الكثير من الأحكام غير منصوص عليها منها:

- سكوت قانون الأسرة عن مسألة تصحيح جنس الخنثى وحق علم أحد الزوجين بعملية التصحيح للطرف الآخر.

-السكوت عن حكم الزواج مع من خضع لعملية تغيير في جنسه ولم يكن خنثى من قبل. وهل المعتبر في زواجه جنسه الأصلي أو الجنس الجديد وما هو حكم زواجه السابق لعملية التغيير.

- عدم ذكر المشرع حكم اللجوء إلى البصمة الوراثية في حالة اللعان.

-عدم نص المقنن على اعتبار العدة في حالة الرية بالوسائل الطبية الحديثة، وكذا تحديد لحظة الوفاة بهذه الطرق.

-لم ينص قانون الأسرة على حكم الوصية بالتبرع بالأعضاء.

-سكت المقنن الأسري عن حكم العديد من أنواع الوقف الحديثة كوقف الأسهم وحقوق الملكية الفكرية والوقف الرقعي وغيرها.

2- السكوت عن أحكام أنتجتها المستجدات الاجتماعية

المستجدات الاجتماعية تظهر في شكل عدد من المظاهر الاجتماعية التي لم تكن متعارفا عليها في الزمن الماضي ولكنها انتشرت في عصرنا، ويدخل فيها أيضا وسائل التواصل الاجتماعي المعاصرة¹⁸، وفي هذا الإطار لم ينص قانون الأسرة الجزائري على العديد من المسائل منها:

- لم ينص قانون الأسرة عن حكم زواج المسير وأنواع الزيجات التي ظهرت مع التغيرات الحاصلة في المجتمع¹⁹.

- سكت المشرع الأسري عن حكم الزواج باستعمال وسائل التواصل الاجتماعي الحديثة المسموعة والمرئية وكذا حكم الطلاق بهذه الوسائل.

-لم يذكر المقنن شروط عمل المرأة المتوافقة مع عقد الزواج، ولا يخفى اهتمام القانون بحفظ حق المرأة في العمل كونه حقا دستوريا، حيث نص في المادة 19 بعد التعديل على أن للمرأة أن تشتغل في عقد الزواج، وذكر في تعديل المادة 37 أن للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال

والدكتور ربيع فاتح

المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما ، ونص في المادة 67 المعدلة على أن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. إلا أن المقنن لم ينص على تأثير هذا العمل على النفقة، وعلى عدد من الإشكالات المتعلقة بالملكية في حالة مشاركة المرأة في الأموال المكتسبة لفائدة الأسرة.

3- السكوت عن أحكام بسبب الاتفاقيات الدولية

مسايرة من المشرع للاتفاقيات الدولية التي تم الانضمام إليها خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سيداو²⁰ فقد تضمن تعديل سنة 2005 إلغاء العديد من الأحكام لتدخل في مجال المسكوت عنه الذي يدخل في موضوع الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222، ويمكن ذكر هذه الأحكام فيما يأتي:

-سكت المقنن بعد التعديل عن حرمة المرأة التي تزيد على العدد المرخص به شرعا وكانت موجودة في المادة 30 المتضمنه الحرمة المؤقتة.

-تم بعد التعديل حذف حكم بطلان الزواج إذا ثبتت ردة الزوج المنصوص عليها في المادة 32 ليصبح هذا الحكم في مجال المسكوت عنه.

-أصبح حكم سقوط حق الزوجة في النفقة بسبب النشوز مسكوتا عنه بسبب تعديل المادة 37 وحذف الفقرات التي كانت تنص على واجبات الزوج، وفيها النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها أي الزوجة.

- بعد إلغاء المادة 39 التي كانت تتضمن واجب طاعة الزوجة لزوجها باعتباره رئيس العائلة أصبح هذا الواجب في خانة المسكوت عنه.

الذي يجب التنبيه له أن عملية التلاؤم مع الالتزامات الدولية يجب أن تضبط بحق الخصوصية التشريعية التي تحترم فيها المرجعية وكل عناصر الهوية الوطنية، مع التأكيد -من مبدأ سيادي- في إطار الاتفاقيات الدولية على حق التحفظ على الأحكام المخالفة لقيمنا.

خاتمة

من خلال دراسة هذا موضوع يمكن استنتاج النتائج الآتية:

-المسكوت عنه في صياغة قانون الأسرة هي الأحكام التي لم يرد النص عليها في مواد هذا القانون ويعبر عنه بالفراغ والشغور في التشريع، والذي أحال فيه قانون الأسرة إلى مصدره المتمثل في الشريعة الإسلامية .

-القصور التشريعي أعم من المسكوت عنه كونه يتضمن هذا الأخير إضافة إلى الأحكام التي تم النص عليها ولكن بطريقة يكتنفها النقص والغموض .

-التنصيص في القانون من ناحية الشكل والبناء هو الأصل في اعتبار الأحكام وتنفيذها بشكل موحد أو متقارب، أما عدم التنصيص فإنه يؤدي إلى اختلاف الفهم وتضارب الأحكام القضائية .

-محاولة من المقتن الجزائري لاستيعاب الأحكام المسكوت عنها أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية بشكل غير مقيد بمذهب معين، الأمر الذي يتيح مجالا واسعا لسلطة القاضي في اختيار المذهب الفقهي المعتمد في موضوع النزاع.

-هناك مسائل يستساغ سكوت مقتن عنها لداعي الصياغة الدقيقة في القانون، ولأن تلك القضايا مفصلة في الفقه الإسلامي وقد أحيل في المادة 222 إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ولكن هذه الإحالة غير كافية لمعرفة بعض الأحكام القانونية البحتة .

-من بين أسباب وجود المسكوت عنه في قانون الأسرة الجزائري ميل المقتن إلى عدم تفصيل بعض الأحكام لكونها مفصلة في المباحث الشرعية، أو لاندراجها ضمن الأحكام العامة الشرعية والقانونية وهذا الأمر إن كان مقبولا في عدد من المسائل إلا أنه يكون مخلا في الحالات التي يكثر فيها النزاع وينتج عنها اختلال في التطبيق .

- أدرج المشرع الجزائري عددا من التعديلات لإحداث التوافق مع المستجدات العلمية والاجتماعية خاصة منها الطبية وعمل المرأة، ورغم ذلك يبقى قانون الأسرة قاصرا عن استيعاب المستجدات في هذه المجالات وغيرها.

والدكتور ربيع فاتح

- بعد تعديل 2005 تم الغاء النص على بعض الأحكام بسبب الاتفاقيات الدولية لتصبح في خانة مسكوت عنه وتندرج ضمن نطاق الإحالة المنصوص عليها في المادة 222، الأمر الذي يؤدي إلى طرح سؤال حول ضوابط وقيود التكيف مع هذه الاتفاقيات.

في ختام هذا الموضوع يمكن تقديم المقترحات الآتية:

- نظرا لإحالة قانون الأسرة على الشريعة الإسلامية في بيان أحكام المسكوت عنه فإن الأمر يقتضي تكوين القانونيين عموما والقضاة خصوصا تكويننا شرعيا يمكنهم من التوصل إلى هذه الأحكام.
- وجوب إعادة النظر في موقع الاجتهاد القضائي ضمن المصادر التفسيرية في القانون الجزائري بما يساعد على تقليص مجال الاختلاف والتضارب في الأحكام القضائية المتعلقة بالمسكوت عنه.
- يقترح تحديد المسائل الهامة التي أغفلها المشرع وسكت عن ذكر حكمها رغم كونها مفصلة في الفقه الإسلامي ومنصوصا عليها في القوانين المقارنة، مع الاستفادة من هذه الأخيرة في وضع النصوص المنظمة لهذه المسائل.
- من الضروري وضع حل تشريعي للمسائل القانونية البحتة التي لم ينص عليها قانون الأسرة ولا تشملها المادة 222.
- الدعوة إلى وضع هيئة متابعة واستشراف من مختصين في الشريعة والقانون، دورها النظر في المسائل المستجدة بسبب التطورات العلمية والاجتماعية، ومحاولة تقديم أحكام لها تكون مرجعا للقضاة وللمقنن عند تعديل النصوص.
- إذا كان المشرع في عملية المواءمة مع أحكام الاتفاقيات الدولية قد ألغى أحكاما منصوصا عليها وأدرجها ضمن المسكوت عنه، فإنه يجب التأكيد على التزام المرجعية الإسلامية وحفظ عناصر الهوية في عمليات التكيف مع الاتفاقيات، والتحفيز على أحكامها المخالفة.
- التوصية بوضع دليل عملي توضيحي أو مذكرة تفسيرية لقانون الأسرة لبيان أحكام المسائل المسكوت عنها ومواضع القصور في التشريع.

هوامش المقال:

1. انظر: القانون رقم 84-11 المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 12 جوان 1984، والأمر المعدل له رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 2005.
2. انظر: - ابن منظور محمد بن مكرم الإفريقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، سنة 1993، 43/2. - الجرجاني الشريف علي بن محمد، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1983، ص 120.
3. انظر: صغير بن محمد الصغير، ضوابط في صياغة وسنّ القوانين "دراسة مقارنة"، دار الألوكة للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1438هـ/2017م، ص 39-40.
4. انظر: شريفي عباد، المسائل المسكوت عنها في الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2020-2021، ص 17-18.
5. انظر: العرفي كمال، غير المنصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري - أحكام التنزيل نموذجاً - مجلة المعيار الصادرة عن كلية أصول الدين جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة الجزائر،، مجلد 26، عدد 64، سنة 2022، ص 476 .
6. انظر: أبو زهرة محمد، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، 1409هـ/1988، ص 189.
7. انظر: العشي نورة، تقنين أحكام الأسرة في الجزائر وباقي دول المغرب العربي، مجلة دراسات وأبحاث (المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية) الصادرة عن جامعة الجلفة، مجلد 11، عدد 2، جوان 2019، ص 297.
8. انظر: القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07_05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق لـ 13 ماي 2007، ج ر، عدد 31، سنة 2007.
9. انظر: شريفي عباد، المسائل المسكوت عنها في الزواج وانحلاله، ص 362.
10. انظر: العرفي كمال: غير المنصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري، ص 475.
11. انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 31997 بتاريخ 09/01/1984، المجلة القضائية عدد 01، سنة 1989، ص 73. وانظر قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 564787 بتاريخ 15/07/2010، المجلة القضائية عدد 02، سنة 2010، ص 266.

والدكتور ربيع فاتح

12. كانت الوكالة مذكورة في المادة 20 وتم إلغاؤها بتعديل 2005 وكان نصها كالآتي: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة". وقد ذكر بعض الباحثين أن إلغاء الوكالة فيه حفظ حق المتعاقدين لإمكانية التعبير السيء من طرف الوكيل في عقد خطير كعقد الزواج، وقال آخرون أن سبب إلغاؤها كونها مذكورة في القانون المدني كشرعية عامة ولا داعي لإعادة ذكرها في قانون الأسرة. انظر: شريفي عماد، المسائل المسكوت عنها في الزواج وإخلاقه، ص 364-365.
13. من أمثلة ذلك ينظر المادة 48 من مدونة الأسرة المغربية، قانون رقم 70-03، ظهير شريف رقم 22.04. 1 الصادر في 03 فبراير 2004م، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 05 فبراير 2004م.
14. انظر: تشوار حميدو زكية، التعليق على المادة 16 من قانون الأسرة المؤكدة لكل الصداق بالدخول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق جامعة الجزائر، عدد 3 سنة 2008. ص 88.
15. انظر: مشوط حليلة وأكلي أسماء صوالحي، إشكالية انتهاء كفالة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الشريعة والقانون بماليزيا، مجلد 9 عدد 1 جوان 2021، ص 164-165.
16. انظر: أبو زهرة محمد، شرح قانون الوصية، ص 124-126.
17. انظر: راجي تبوب فاطمة الزهراء، إثبات النسب، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010م - 2011م، ص 193 وما بعدها.
18. انظر: الأشقر أسامة عمر سليمان، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، الطبعة الثالثة، 1431هـ/2010م، ص 162.
19. انظر: - محروق كريمة، الزواج غير الموثق في الجزائر - المحاذير والحلول - مجلة التغير الاجتماعي، صادرة عن مخبر التغير الاجتماعي والعلاقات العامة في الجزائر، جامعة بسكرة، العدد الثاني، فيفري، 2017 ص 116 وما بعدها - أحمد حسن أبو جعفر، أنماط الزواج الحديثة الأكثر شيوعا ومدى تطابقها مع أحكام الشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الإنسانية الصادرة عن جامعة أم البواقي مجلد 05 عدد 02 ديسمبر 2018 صفحة 65 وما بعدها.
20. المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 جانفي 1996 والمتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. الجريدة الرسمية رقم 06 بتاريخ 24 جانفي 1996.