الأسرة الجزائرية بين القانون والعرف

ملخص

يعد قانون الأسرة من أهم القوانين التي تساهم في بناء المجتمع وتحديد الهوية الوطنية والدينية، لذلك عمل المشرع الجزائري على ضبط نصوصه وأحكامه بما يتوافق وأحكام الشريعة الإسلامية، وبالاعتماد على بعض القوانين العربية مع مراعاة المصلحة الوطنية وبما لا يتعارض مع ما تعارف عليه الناس واستحسنه المجتمع.

أ. محمد بوطرفاس

كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة منتوري قسنطينة
الجزائر

Résumé

Le droit de la famille est considéré comme l'un des droits les plus fondamentaux qui contribuent à l'édification sociale et à la définition de l'identité nationale et religieuse. C'est la raison pour laquelle le législateur algérien s'est attaché à clarifier ses textes et leur application et ce, en conformité avec les dispositions de la Charia en se basant sur certaines lois arabes, en tenant compte de l'intérêt national sans toutefois enter en contradiction avec le commun sens des citoyens et l'appréciation par la Société.

خضعت الأسرة الجزائرية قبل الاحتلال الفرنسي سنة 1830 لأحكام وقواعد الفقه الإسلامي غير أن الاستعمار الفرنسي أول ما قام به بعد دخوله الجزائر، هو محاولة طمس الهوية الجزائرية العربية الإسلامية، حيث ضيق مجالات تطبيق الشريعة الإسلامية مطبقا النظام القانوني الفرنسي محاربا بذلك رجال الدين، حيث قامت الغرفة الإستئنافية للمسائل الشرعية في الجزائر العاصمة، بالقضاء على أحكام الفقه الإسلامي وإحلال محلها أحكام القانون المدني الفرنسي محلها (1).

وقامت المحاولات تلو الأخرى لإلغاء القوانين الإسلامية التي كانت تسير المجتمع الجزائري ونذكر منها محاولة مارسيل موران سنة 1916 م لوضع مشروع قانون الأحوال الشخصية ينسجم مع الطروحات الاستعمارية والنظم القانونية الفرنسية غير أن هذه المحاولات فشلت نظرا لمقاومة الشعب الجزائري المسلم لها وتمسكهم بأصوله وحضارته

© جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر 2010.

الإسلامية ،فبقي نظام الأسرة مستمدا أحكامه ومبادئه وقواعده من أحكام الشريعة الإسلامية.

توالت بعد ذالك جملة من التعديلات القانونية أدخلت على القانون الأسري الإسلامي ونظام العائلة الجزائرية مثل قانون 2 ماي 1930 المتعلق بالخطبة وسن الزواج ومرسوم 19 ماي 1931 المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية والأمر الصادر في23 نوفمبر 1944 والمتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي والقوانين الصادرة في 11 جويلية 1957 والمتعلقة بأحكام المفقود والوصاية والحجز وكيفية إثبات الزواج والأمر الصادر في 4 فبراير 1959 والمرسوم الصادر في 19 سبتمبر 1959 المتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله في الجزائر .

بعد الاستقلال استمر العمل بالقانون الفرنسي (2) وذلك لسد الفراغ التشريعي إلى غاية صدور قانون 29 جوان1963 المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية . والأوامر الصادرة في 23 جوان 1966 و 16 سبتمبر1969 و22 سبتمبر 1971 والخاصة بكيفية إثبات الزواج ، بعد ذلك ثم إلغاء القوانين الفرنسية الداخلية من قبل المشرع الجزائري بمقتضى القوانين الصادرة وذلك إبتداءا من 5 جويلية 1973 .

واعتمد المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية كمصدر أصليا للقاعدة القانونية في مسائل الأحوال الشخصية (3) ومصدرا احتياطيا في غير ذلك.

- مصادر قانون الأسرة الجزائري :

لا شك في إسلام الشعب الجزائري ولذلك نص المشرع الجزائري من خلال المادة 2 من الدستور على أن الإسلام دين الدولة.

ونظرا لأهمية الأسرة في تكوين المجتمع وضع المشرع الجزائري منظومة قانونية مصدرها أحكام الشريعة الإسلامية.

الغراء بالإضافة إلى اعتماده بعض القوانين العربية التي سبقته مع مراعاة المصلحة الوطنية بالإضافة إلي اعتماد ما توافق وتعارف الناس على إتباعه في المجتمع الجزائري وسوف نعود لدور العرف لاحقا بشكل أكثر تفصيل.

وعليه تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا أصليا لمسائل الأحوال الشخصية.

وهذا ما تناوله قانون الأسرة الجزائري الصادر في 9 جوان 1984 بعد سلسلة من المشاريع والمحاولات التشريعية الهادفة (4) .

كما أكد المشرع الجزائري من خلال المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على ضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص لتنظيم مسألة من مسائل الأحوال الشخصية في قانون الأسرة.

وهذا يعد تأكيدا آخرا من المشرع الجزائري على ضرورة الاعتماد على أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر رسميا وأصليا كما تعلق الأمر بمسائل الأسرة.

هذا ويشتمل قانون الأسرة الجزائري على ضرورة الاعتماد على أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر رسميا وأصليا كلما تعلق الأمر بمسائل الأسرة.

هذا ويشتمل قانون الأسرة الجزائرية على 224 مادة مقسمة كما يلي:

1. أحكام عامة : من المادة 1 إلى المادة 3 .

2. الكتاب الأول : الزواج وانحلاله من المادة 4 إلى المادة 80 وينظم مسائل الزواج والطلاق وحقوق وواجبات الزوجين والنسب والعدة والحضانة والنفقة.

3. الكتاب الثاني: النيابة الشرعية المادة 81 إلى المادة 125 وينظم مسائل الولاية والوصاية والتقديم والحجر والمفقود والغائب والكفالة.

4. الكتاب الثالث: المادة 126 إلى المادة 183 وينظم الميراث.

5. الكتاب الرابع: من المادة 184 إلى المادة 224 وينظم مسائل الوصية والهبة والوقف.

وأهم ما يلاحظ علي قانون الأسرة الجزائري أنه اعتمد على الفقه المقارن دون التقيد بمذهب معين (5) أي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وما فيها من حلول قانونية بصرف النظر عن اختلاف المذاهب الفقهية رغم أن المعمول به في الجزائر هو مذهب الإمام مالك في مادة الأحوال الشخصية . حيث تنص المادة 222 (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية). وهذا يعني أحكام الشريعة في مجموعها وعلى اختلاف مذاهبها الفقهية، الأمر الذي يجعل القاضي غير مقيدا في حالة حدوث نزاع ولم يجد نصا تشريعيا في قانون الأسرة فإنه يرجع مباشرة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين .

- طبيعة قانون الأسرة الجزائري :

من خلال قراءة المواد : 1،2،3 من قانون الأسرة الجزائري (6) يتضح مدي ارتباط قانون الأسرة الجزائري بالمبادئ والقيم الاجتماعية والأخلاقية والدينية وكذا بالأعراف والتقاليد السائدة في المجتمع دون إهمال الجوانب الاقتصادية والسياسية فيه. وذالك لكونه مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية والشخصية الوطنية العربية رغم ما عرفته البلاد من نكبات وويلات استعمارية.

حيث يعد قانون الأسرة فرعا من فروع القانون الخاص يتسم بالمرونة والملائمة والانسجام وذالك كونه يعكس الأعراف و العادات و العواطف والأخلاق والمشاعر الدينية.

الأمر الذي جعله يتميز عن باقي فروع القانون الأخرى (7) وبذلك يعد ذو طبيعة خاصة ومتميزة عن مختلف القوانين ورغم التطور الذي عرفته الأسرة الجزائرية تماشيا مع تغير الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والثقافية إلا أنها حافظت على وحدتها العائلية والأسرية أساسها الترابط والتكافل والأصالة . وفي ظل هذه المتغيرات تبقي الأسرة تصارع التحديات والتحولات .

- دور العرف في بناء الأسرة الجزائرية :

بما أن العرف هو المصدر الأصلي لقانون الأسرة هو الشريعة الإسلامية الغراء والتي لا تتنافى والكثير من العرف السائد في المجتمع نحاول معرفة العرف وأنواعه، شروطه ثم حجيته.

- أولا المقصود بالعرف :

المقصود بالعرف في اللغة هو الشيء المعروف أو المألوف أو المستحسن لذي الناس كما يقصد به الخير والرفق والإحسان (8). أما اصطلاحا فهو عادة جمهور قوم في كل قول أو فعل أو ما تعود الناس واستقامت عليه أمورهم (9).

وقد كان يعتبر العرف المصدر الأساسي في العصور القديمة ولا زال يعد مصدرا في التشريعات الحديثة رغم تناقص أهميته في الوقت الحاضر، وقد اعتمد التشريع الإسلامي منذ ظهوره على العرف وأكثر ما بد تأثيره واضحا في السنة التقريرية أي فعل العادات العربية التي سكت النبي صلى الله عليه وسلم عنها ما لم ينزل الوحي بإقرارها أو تعديلها أو إبطالها (10) . وينقسم العرف إلى عدة أقسام.

- أقسام العرف :

ينقسم العرف إلى أقسام منها الصحيح والفاسد، القولي والفعلي أو العملي والعام والخاص.

1. **العرف الصحيح:** وهو الذي لا يخالف أصحابه أحكام الشريعة الإسلامية وعليه لم يخالفوا نصا ولا يحل حراما مثال ذلك تعارف الناس تعجيل جزء من المهر وتأجيل جزء منه.

2. **العرف الفاسد:** هو الذي يخالف دليلا شرعيا وبذالك لا يعتبر حجة ولا دليلا يعتمد به. كإبطال واجبا .أو حل حراما مثال ذالك ما تعارف الناس عليه بعدم توريث المرأة . والذي يعد مخالفا للنصوص التشريعية ، كذالك من الأعراف الفاسد أكل أبو الزوجة مهر ابنته في بعض المناطق رغم أن المهر شرعا هو حق المرأة وعليه فأكله دون رضاها يعد غير شرعي وذلك لقوله تعالى " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة، فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا". سورة النساء الآية 4.

وكذلك من الأعراف الفاسدة المنتشرة بين الناس خاصة التجار أصحاب الخضر والفواكه الذين يزينون الواجهة المعدة للبيع قصد ترغيب الناس على الشراء وهذا أمر غير شرعي ومخالف للسنة النبوية (11).

3. **العرف القولي:** وهو ما يتعارف بالنسبة لدلالات الألفاظ كتعارفهم إطلاق لفظ الزوج على الذكر والأنثى وذلك صحيحا في اللغة العربية أما لفظ الزوجة بإضافة تاء التأنيث ليست صحيحة لغويا ودائما استعملها الفقهاء لتفريق بين الذكر والأنثى (12)

كذلك العرف القولي الذي ينطق به القضاة أثناء تطبيق الحكم << حكمت المحكمة على الشخص الفلاني بكذا >> فالأصل أن الحكم للقاضي وليس للمحكمة .

ولكن هذه القضية صارت مقبولة ومعقولة بين الناس المتقاضين.

4. العرف العملي: وهو ما يعتاد عليه الناس بعمل معين مثل اعتاد الناس على إقامة حفل الزواج يوم الخميس والجمعة وذلك لمناسبته مع عطل الناس عن العمل لتأكيد الحضور لحفل الزفاف.

5. العرف العام : وهو ما تعارف عليه جميع الناس وصار منتشرا بينهم وفي كل البلدان مثل تعارف الناس على أن لا تزف المرأة إلى زوجها إلى بعد أن تستوفي معجل صداقها، وكذلك ما تعارف عليه الناس من رجوع الجاهل إلى العالم في فتاويه واستفساراته.

6. العرف الخاص : وهو الذي يخص فئة معينة أو بلد معين مثل تعود طلبة وأساتذة الثانويات على عدم الدراسة مساء يوم الاثنين.بعدما عرفنا أقسام العرف نتطرق إلى شروطه.

- شروط العرف :

بداية يجب أن نذكر أن العرف المعتمد والمتبع هو العرف الصحيح الذي لا يتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية. ذلك لأن هناك الكثير من الأعراف التي تعارف الناس عليها. وهي محرمة شرعا وذلك يعد أمرا باطلا ويخالف الشرع.

وعليه فهي أعراف غير معتمدة ولا يعتد بها وعليه يشترط في العرف ما يلي:

أولا: شرط استمرارية العرف واستقراره بين الناس وشعورهم بالراحة ويكفي أن يكون في بلد معين أو عند أصحاب حرفة معينة.

ثانيا: أن يكون العرف موجودا وقت حدوث التصرف المراد تحكيم العرف فيه وليس التصرف أسبق عند العرف.

ثالثا: أن لا يتعارض العرف مع نص شرعي.

رابعا: أن لا يعارض العرف بتصريح مع المعنيين ويخالفانه وذلك باشتراطهما شرطا يخالفه في الحكم والأثر. ذلك أن يكون العرف مثلا يقضي بأن المهر نصفه مؤجل والنصف الثاني معجل فإن اشترطت الزوجة أو وليها تعجيل المهر كله وإن لم تنتقل الزوجة إلى بيت الزوجية على أساس أنه لم يوف لها بمهرها لا تعد ناشزا ذلك لأن الشرط قد أوقف العرف حيث في هذه الحالة لا يعتمد بالعرف لأن الإرادة واضحة ...(13).

- أدلة حجية العرف :

يعد العرف الصحيح أصل من أصول الفقه يجب الاعتماد عليه ومراعاته في

التشريع ذلك لأن الأئمة الأربعة ذهبوا إلى القول والاحتجاج به رغم اختلافهم في بعض الجزئيات وسندهم في الأخذ به قول الرسول صلى الله عليه وسلم "وما رءاه السلمون حسنا فهو عند الله حسن" وقوله تعالى << وما جعل عليكم في الدين من حرج>> . سورة الحج الأية 78 .

وعليه فمخالفة العرف الصحيح الذي عهده الناس ويعد حسنا يعتبر ضيق وحرج للناس والله عز وجل لا يريد حرج لعباده وضيق، وهناك الكثير من الأدلة من القرآن والسنة ومن أعمال الصحابة التي تبرز أهمية الأخذ بالأعراف الصالحة التي لا تتناقض مع الكتاب والسنة.

- أمثلة عن الأخذ بالعرف في قانون الأسرة الجزائري:

نظرا لأهمية العرف كما سبق وأن أشرنا فإن المشرع الجزائري أخذ في قانون الأسرة بما تعارف عليه الناس واستحسنوه ولم يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، مثال ذلك:

إذا حدت نزاع بين زوج وزوجته في تسليم المهر من عدمه فأدعى الزوج أنه سلم لها المهر وأنكرت هي ذلك قال الإمام مالك << القول للزوجة قبل الدخول أما بعد الدخول فإن القول قول الزوج .

بينما بعض أصحابه خالفوه الرأي وقالوا لابد من مراعاة حال البلد والعرف السائد فيه . فإن كان العرف عندهم يقضي بأن لا يدخل الزوج بزوجته إلا بعد دفع الصداق فالقول قولها قبل الدخول أما بعده فالقول قوله، أما إذا لم يوجد عرف فالقول لها مطلقا وهذا الرأي أولى من سابقه لأخذه بقرينة العرف كسند عند العوز من جميع الأدلة.

وما دام العرف عندنا أن الزوج يلزم بدفع المهر قبل الدخول بزوجته كانت قرينة الدفع موجودة إلى جانبه إن ثم الدخول ألا وهي العرف.

وهذا ما جاء به إبن جزئ ملخصا بقوله * إن أختلف في القبض فالقول قولها مثل الدخول والقول قوله بعد الدخول إلا أن يكون هناك عرف فيرجع إليه * (14) .

وعلى هذا الأساس نجد المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري جاءت آخذة بما تعارف عليه الناس وتنص : << في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة. أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء .فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين >> .

كذلك في حالة نزاع حول متاع البيت ولم توجد بينة لدي أي منهما فإننا نرجع في ذلك إلى العرف فما كان يصلح للرجل فقط عرفا كان له وما كان يصلح للمرأة فقط عرفا كالحلي فهو لها، وما كان يستعمل لهما فمرد ذلك للبينة فإن أعوزت فاليمين، ذلك ما نصت عليه المادة 73 ...(15) من قانون الأسرة الجزائرية و أساسها في ذلك عرفي.

كذلك المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص علي النفقة ومشتملاتها، في حالة النزاع والتي تقضي (تشتمل النفقة الغداء والكسوة، والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضرورات في العرف والعادة).

فهذه المادة أسندت مهمة تعين النفقة إضافة إلى ما جاءت به المادة إلى العرف. وما تعارف عليه الناس وهذا تأكيد علي أن المشرع الجزائري اعتمد على العرف الصحيح السليم الذي اعتاد عليه الناس وصار صالحا فيما بينهم.

خاتمة

من خلال ما سبق نخلص إلى القول أن الأسرة وهي الخلية الأساسية للمجتمع وصلاحها يعني صلاح المجتمع وتماسكها يعني تماسك وترابط المجتمع لذلك حرص المشرع الجزائري كل الحرص سواء أثناء الاستعمار أو بعد الاستقلال على ضرورة التكفل بها والسهر على حمايتها وذلك من خلال حمايتها القانونية والدستورية.

حيث أفرد لها قانون خاص ومتميز على أغلبية القوانين العربية معتمدا في ذلك الشريعة الإسلامية كمصدر أصليا وأساسيا في بناء الأسرة الجزائرية خصوصا أن الإسلام هودين الدولة الجزائرية كما جاء في الدستور آخذا في الحسبان خصوصية المجتمع الجزائري وهويته الثقافية وانتمائه العربي كما اعتمد العرف السائد.والصالح منه للأسرة الجزائرية .

وأخيرا نتطلع إلى المزيد من الإثراء والنجاحات في حماية الأسرة الجزائرية وسد الثغرات التي قد تمس بتماسك الأسرة الجزائرية.

الهوامش

1- بالحاج العربي محاولة لتفسير تكوين العلاقة الزوجية في القانون الفرنسي وقوانين بلاد المغرب العربي رسالة دكتوراه دولة فرنسا 1984 ص.648

2- القانون رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31 الذي ينص على ضرورة استمرارية العمل بالقانون الفرنسي ما عدا مواده الفرنسية والعنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة .

3- المادة 1 من القانون المدني الجزائري يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو فحواها، فإن لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضي مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فيقتضي العرف

4- بالحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية في الجزء الأول الزواج

والطلاق . ديوان المطبوعات الجامعية 1994 ص 21 .
5- د/ بالحاج العربي المرجع السابق ص 22 و 23 .
6- المادة 1 من قانون الأسرة الجزائري تنص تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون .
المادة 2 من نفس القانون << الأسرة هي الغاية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة زوجية وصلة القرابة>>.
المادة 3 من نفس القانون << تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن ونبد الآفات الاجتماعية >> .
7- نقلا عن الدكتور بالحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية المرجع السابق ص26 .
8- أحمد محمود الشافعي أصول الفقه الإسلامي دار الجامعة 2000 ص 181 .
9- محمد محده مختصر علم أصول النقد الإسلامي الشهاب الطبعة 5 سنة 1994 ص 288.
10- مصطفي الرفاعي تاريخ التشريع والقواعد القانونية الشرعية المرجع السابق ص 327 .
11- محمد محده مختصر علم أصول الفقه الإسلامي المرجع السابق ص291.
12- مصطفي الرفاعي تاريخ التشريع والقواعد القانونية الشرعية المرجع السابق ص 291 .
13- محمد محده مختصر علم أصول الفقه الإسلامي المرجع السابق ص291 .
14- ابن أحمد محمد بن جزي الكلبي القوانين الفقهية دار الكتاب العربي ط 1 سنة 1984 ص 202 .
15- المادة 73 قانون الأسرة الجزائري << إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بينه فالقول للزوجة .أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين >>.

المراجع المعتمدة

- ابن أحمد محمد بن جزي الكلبي القوانين الفقهية دار الكتاب العربي سنة 1984 .
- محمد محده مختصر علم أصول الفقه الإسلامي الشهاب ط 5 سنة 1994 .
- مصطفي الرفاعي تاريخ التشريع والقواعد القانونية والشرعية، الشركة العالمية للكتاب ط 1، 1993 .
- أحمد محمود الشافعي أصول الفقه الإسلامي دار الجامعة 2000 .
- بالحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية في الجزء الأول الزواج والطلاق .د.م.ج 1999.
- بالحاج العربي محاولة لتفسير تكوين العلاقة الزوجية في القانون الفرنسي وقوانين بلاد المغرب العربي رسالة دكتوراه دولة فرنسا 1984 .

- القانون رقم 62 – 157 الصادر في 1962/12/31 الذي ينص على ضرورة استمرارية العمل بالقانون الفرنسي .
- القانون المدني الجزائري.
- قانون الأسرة الجزائرية .
- الدستور الجزائري 1997.