

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية

موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر

تخصص: قانون الأسرة

الدكتور: بوعلام قرمال

السنة الجامعية: 2021-2022

مقدمة:

يعد الاجتهاد القضائي أحد الحلول القانونية لتفادي القصور التشريعي، فله الدور الفاعل في إعانة القاضي في إيجاد الحلول القانونية بسبب إخفاق مصادر القانون الأخرى، فإذا كان التشريع يعبر عن اختيارات الأمة ومصالحها العامة، فإن الاجتهاد القضائي يتميز بكونه يضمن استمرارية القواعد التشريعية من خلال ملائمتها مع الوقائع والنوازل.

فالتشريع بما يتميز به من عمومية وتجريد لا يضع إلا حلاً وسطياً، ولا يخصص حلاً فردياً لكل النزاعات، وهذا ما يجعل من الاجتهاد القضائي مصدراً مستقلاً ومساوياً لباقي مصادر القانون. فهو يخصص القاعدة القانونية ويقوم بتحيينها، إذ بدونه لا يتمكن التشريع من التوفيق بين خاصيتي الاستقرار والاستمرارية. فالاجتهاد القضائي يؤمن للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع من خلال تطبيق النصوص القديمة بروح جديدة. ولا يقتصر عمل القاضي على تطبيق النصوص التشريعية تطبيقاً آلياً، بل يتعداه إلى تفسير النصوص الغامضة ويكمل الناقص منها. إن تفسير النصوص عمل اجتهادي يقوم به من يمارس العملية القضائية، ذلك أن القاضي يتعامل مع النصوص وبحسب مهمته لا يقتصر عمله على تطبيق النصوص تطبيقاً آلياً، وإنما يحتاج في كثير من الأحيان إلى تفسير التشريع وتحديد معناه حتى يكون حكمه على الوقائع صحيحاً.

فالقاضي ملزم بتفسير النص وتطبيقه على الوقائع على نحو يحقق قصد المشرع، وتحديد الحل المناسب لقضية معينة. وما يقوم به القاضي من تطبيق النص على الوقائع هو ما يعرف **"بالاجتهاد القضائي"**، فالتفسير اجتهاد قضائي. وهنا تكمن ضرورة الاجتهاد القضائي؛ إذ لا يتأتى للقاضي الحكم في المسألة إلا بعد فهمه للنص من خلال العمل الذهني الذي يقوم به أثناء الفصل في القضايا؛ حيث يعرف الفقه الاجتهاد القضائي على أنه بذل القاضي وسعه للوصول إلى حكم في الواقعة المتنازع عليها. أو هو مجموع الحلول القانونية التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها.¹ ونعني بالاجتهاد القضائي الحل الذي تتخذه الجهة القضائية في قضية معروضة أمامها في حالتها عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته. ولا يجوز للقاضي أن يلجأ إلى الاجتهاد حين وجود نص واضح وصريح إعمالاً لقاعدة **(لا اجتهاد مع النص)**.

المشرع يوجب على القضاء الفصل في كل قضية ترفع إليه، حتى إذا كان النص القانوني غامضاً أو منعدماً. ففي الحالة الأولى يتولى القاضي تفسيره، وفي الحالة الثانية يحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف أو بموجب مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.² (المادة 01 من ق.م.ج.)

¹ - موسى عبود، «الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي»، مجلة المحاماة، المغرب، العدد 03، جويلية 1969، ص 15.

² - المقصود بالقانون الطبيعي: "القواعد المشتركة للمجموعة البشرية التي لا تختلف من مجتمع لآخر، والتي تستخلص باستعمال العقل. فالقاضي عليه الأخذ بمبادئ القانون الطبيعي الذي يمثل القيم العليا للضمير البشري، وبمبادئ العدالة التي تقضي بأن يطبق القاضي القانون مع مراعاة ظروف

إن الاجتهاد القضائي يعد ضرورة بالنسبة للقاضي إذا اكتنف النص الغموض، إذ لا يتأتى له الحكم في المسألة إلا بعد فهمه للنص. ويتركز الحديث على مجال الأحوال الشخصية بالنظر إلى عنوان المقياس، وباعتبار أن أغلب الدول العربية والإسلامية تستمدّ مواده من أحكام الشريعة الإسلامية، ووضعتها في تقنيات حتى يسهل على القاضي الرجوع إليها، ضمانا لاستقرار أحكام القضاء وعدم اضطرابها؛ وتزداد أهمية هذا الاجتهاد إذا تعلق الأمر بقضايا الأسرة التي تعد اللبنة الأولى للمجتمع ليضمن لها الديمومة والاستمرار؛ حيث يتطلب ذلك من القاضي اجتهادا دائما، سواء عند انعقاد الزواج أو انحلاله وكذا آثارهما.

معلوم أن قضايا الأسرة وأحكامها من المواضيع الفقهية المتجددة في بعض المسائل تبعا لتجدد الحوادث والوقائع، وهو ما يعرف بالنوازل أو المستجدات الفقهية، مسايرة لتغير الظروف والأحوال التي تشهدها الحياة المعاصرة من تطور في مختلف المجالات. وستكون هذه المطبوعة العلمية البيداغوجية مساهمة متواضعة منّا في إثراء المكتبة الحقوقية الجامعية، حيث تعدّ بمثابة دعم بيداغوجي للمحاضرات الملقاة على الطلبة بعنوان: "الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية"؛ يفيد منها طلبة الحقوق بأطواره الثلاثة، وكذا الباحثون الراغبون في تعميق معارفهم القانونية فيما يخص الاجتهاد القضائي في مادة الأسرة، وكيفية استنباط الحلول للقضايا المطروحة على القاضي؛ خصوصا أنّ فئة الطلبة المستهدفين في التكوين على مستوى الماستر تتضمن محامين وقضاة ممارسين، تعميما للتكوين النظري الداعم للتخصص في مجال الدفاع والقضاء والبحث العلمي عموما.

وملابسات كل منازعة على حدا تحقيقا للعدل والإنصاف وذلك باستخدام العقل في الاجتهاد للوصول إلى حل للنزاع المعروض عليه وليس خلق قاعدة قانونية". فهي مجموعة المبادئ المثالية التي لا تتغير في الزمان أو المكان والتي يتوصل إليها الإنسان بتفكيره وعقله وتأمله. وقواعد العدالة: "هي شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستنير ويهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه". فإحالة القاضي على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا تعني الإحالة إلى قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح، وإنما تعني مطالبة القاضي بالاجتهاد على ضوء هذه المبادئ بحيث يراعي الاعتبارات العامة وليس الاعتبارات الخاصة الصادرة من معتقداته الشخصية. فالقاضي يجتهد بالبحث عن الحل المناسب في النزاع المطروح أمامه. محمد خطاب، «مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر للقانون»:- <https://www.business4lions.com/2017/04/Principles-of-Natural-Law-and-the-Rules-of-Justice-as-a-Source-of-Law.html>. اطلع عليه يوم: 2021/08/27، على الساعة: 10:48.

المحور الأول: ماهية الاجتهاد القضائي

تطلق على الاجتهاد القضائي في اللغة العربية عدة مصطلحات منها: "اجتهاد" و"اجتهاد المحاكم" و"قضاء". أما في اللغة الفرنسية فإن عبارة الاجتهاد القضائي: (Jurisprudence) مشتقة من أصل لاتيني يتكون من لفظ (Juris) ويعني القانون ثم لفظ (Prudential) وتعني المعرفة أو العلم، بحيث كان يطلق قديما على الاجتهاد القضائي: "العلم التطبيقي للقانون".¹

- الاجتهاد القضائي مصطلح مكون من كلمتين هما: الاجتهاد والقضائي.

المحاضرة الأولى: مفهوم الاجتهاد القضائي (تعريفه - موقعه بين مصادر القانون - أهميته - ضرورته - شروطه - مجالاته)

أولا - تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحا

أ - الاجتهاد لغة: مصدر اجتهد، أصله جَهَدَ جَهْدَ يَجْهَدُ إذا تعب. الجَهْدُ والجُهدُ: بفتح الجيم وضمها الطاقة والوسع، وقيل الجَهْدُ بالفتح: المشقة. ويقال جهد الرجل في كذا، أي جدّ فيه وبلغ.² والاجتهاد والتجاهد بذل الوسع والمجهود في طلب الأمر، وهو افتعال من الجهد الطاقة.³ فالاجتهاد هنا هو بذل الوسع في طلب الأمر. إذن الاجتهاد في اللغة: بذل المجهود واستفراغ الوسع في فعل من الأفعال، ولا يستعمل إلا فيما فيه كلفة وجهد ومشقة.⁴ للوصول إلى أمر من الأمور، فيختص بما فيه مشقة ليخرج عنه ما لا مشقة فيه.

ب - الاجتهاد اصطلاحا: لقد تعددت تعريفات العلماء للاجتهاد اصطلاحا:

- هو بذل المجهود وسعه في طلب العلم بالأحكام الشرعية بطريق الاستنباط.⁵ تضمن هذا التعريف قيد الاستنباط وهو دليل على أن الاجتهاد هو رأي المجتهد أو الفقيه أو حكم القاضي، ولا يعتبر ذلك تشريعا. وعرفه من المعاصرين الإمام محمد أبو زهرة فقال: "إستقراغ الجهد وبذل غاية الوسع، إما في استنباط الأحكام الشرعية، وإما في تطبيقها".⁶ وهذا التعريف يجعل الاجتهاد على قسمين: أولهما استنباط الأحكام وبيانها، والثاني خاص بتطبيقها.

1 - محمد عبد النباوي، «تعميم الاجتهاد القضائي مساهمة في خدمة العدالة»، مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، العدد 02، مراكش، المغرب، ماي 2011، ص 05.

2 - ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، م 1، ب.ط، دار المعارف، القاهرة، ب.س.ن، ص 708.

3 - نفس المرجع، ص 709.

4 - الغزالي أبو حامد محمد بن محمد الغزال الطوسي، المستصفى من علم الأصول، م 2، تحقيق أحمد زكي حماد، دار الكتب العلمية، لبنان، 2014، ص 640.

5 - الشيرازي أبو إسحاق إبراهيم بن علي، اللمع في أصول الفقه، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985، ص 129.

6 - محمد أبو زهرة، أصول الفقه، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1958، ص 379.

ثانيا - القضاء لغة واصطلاحا

أ - **القضاء لغة:** الحكم، والفصل والقطع. وأصله قضاي لأنه من قضيت، ولما جاءت بعد الألف الساكنة همزت، فصارت قضاء، والجمع أقضية.¹ يقال: قضى يقضي قضاءً فهو قاضٍ إذا حكم وفصل. والقاضي معناه في اللغة القاطع للأمور والمحكم لها، الذي يقضي بين الناس بحكم الشرع.² وسمي القاضي قاضيا لأنه يحكم الأحكام وينفذها،³ واستقضي فلانا أي جعل قاضيا يحكم بين الناس، والقضايا: الأحكام مفردها قضية وأصله القطع والفصل. ويأتي القضاء بمعنى إحكام الشيء وإمضاؤه أو إتمامه والفراغ منه، أو يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه.⁴

ب - **القضاء اصطلاحا:** تعددت تعريفات فقهاء المذاهب في تعريف القضاء وترجع كلها إلى معنى واحد. - **تعريف الحنفية:** "القضاء هو إلزام على الغير ببينة أو إقرار". أو "القضاء هو فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه مخصوص".⁵

- **تعريف المالكية:** "بأنه الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام". أو "بأنه حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده، كدين أو حبس، وقتل وجرح وضرب وسب، ونحوها ليترتب على ما ثبت عنده مقتضاه أو حكمه بذلك المقتضى".⁶

- **تعريف الشافعية:** "الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية؛ هو إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه".⁷

- **تعريف الحنابلة:** "هو النظر بين المترافعين له للإلزام، وفصل الخصومات".⁸ ومن الفقهاء المعاصرين محمد مصطفى الزحيلي عرفه بأنه: "سلطة الفصل بين المتخاصمين، وحماية الحقوق العامة بالأحكام الشرعية".⁹

1 - ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، م15، ب.ط، دار الفكر، لبنان، ب.س.ن، ص 186.

2 - إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص 742 و743.

3 - أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج5، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ب.ط، دار الفكر، لبنان، 1979، ص 99.

4 - ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، المرجع السابق، ص 186.

5 - أبو الوليد محمد بن محمد بن الشحنة، لسان الحكام في معرفة الحكام، البابي الحلبي، القاهرة، 1973، ص 218. نقلا عن عبد الله بن محمد المطلق وآخرون، الفقه الميسر، ج8، ط2، مدار الوطن للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2012، ص 11.

6 - برهان الدين أبو الوفا إبراهيم، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج1، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003، ص 09.

7 - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، ط1، دار المعرفة، لبنان، 1997، ص 497.

8 - ابن مفلح أبو إسحاق إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، ج10، ب.ط، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003، ص 03.

9 - محمد مصطفى الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1980، ص 37.

وعرفه عبد الكريم زيدان بأنه: "الحكم بين الخصوم بالقانون الإسلامي بكيفية مخصوصة".¹ وأريد بالكيفية المخصوصة، كيفية رفع الدعوى إلى القاضي إلى حين إصدار القاضي حكمه الحاكم للنزاع وفقا لحكام الشريعة الإسلامية.

ج - تعريف القضاء في القانون الوضعي:

كما تعددت تعريفات القضاء في الفقه الإسلامي، تعددت كذلك في القانون الوضعي؛ حيث يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في مضمون القضاء وإن اختلفت ألفاظهما، فكلاهما يدور حول معنى واحدًا يتمثل في أن القضاء هو الفصل في الخصومات بأحكام ملزمة، كما يتفقان في الغرض، فكل منهما يرى أن الغرض من القضاء هو تحقيق العدالة والصالح العام للمجتمع. وعليه يمكن تعريف القضاء في القانون بأنه: "الحكم بالعدل بين المتنازعين طبقا لما يقرره القانون".²

والقاضي هو كل من يتولى منصب القضاء سواء كان قاضيا في المحاكم الابتدائية أم مستشارا في محاكم الاستئناف أم في محكمة النقض (المحكمة العليا).

د - تعريف الاجتهاد القضائي:

يقتصر الاجتهاد القضائي على الجهد المبذول في إسقاط القواعد والأحكام الكلية المستمدة من النصوص التشريعية على جزئيات الوقائع في النزاعات التي تعرض أمام المحاكم. ويمكن تعريف الاجتهاد القضائي في مجال القانون قياسا على تعريف الفقهاء للاجتهاد بأنه: "بذل القاضي وسعه للوصول إلى حكم في الواقعة المتنازع عليها" أو "هو بذل القاضي جهده لاستنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية".³

ويحتمل الاجتهاد القضائي في مجال الفقه القانوني معنيين: أحدهما عام والآخر خاص.

- **فيقصد بالاجتهاد القضائي في معناه العام:** "مجموع الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن المحاكم في مسألة قانونية معينة، وفق إجراءات متبعة على وجه الإلزام".⁴ أو هو "مجموع الحلول التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها عند عدم النص على حكمها".⁵ تعريف الاجتهاد القضائي هنا مرتبط بوظيفة السلطة القضائية، حيث أن هذا التعريف لا يفرق بين الاجتهاد القضائي والوظيفة القضائية. وبالتالي وصف هذا المدلول بأنه واسع وعم، لأنه ليس كل ما يقوم به القاضي هو اجتهاد، وإنما في أغلب الحالات يتعامل القاضي مع نصوص قانونية صريحة وواضحة، فهنا القاضي لا

¹ - عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط2، مؤسسة الرسالة، 1989، ص 13.

² - أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، القسم الأول، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1980، ص 32.

³ - خشمون مليكة، «الاجتهاد القضائي في القانون»، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي رين مهدي، أم البواقي، عدد تجريبي، مارس 2013، ص 75.

⁴ - عصمت عبد المجيد بكر، «من مشكلات تفسير القانون - التفسير في حالة فقدان النص»، المجلة العربية للفقه والقضاء، تصدرها الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، القاهرة، العدد 31، 2005، ص 107.

⁵ - موسى عبود، المرجع السابق، ص 16.

يقوم بأي اجتهاد، وإنما يقتصر عمله على مجرد تطبيق نصوص التشريع الواضحة والصريحة على القضايا المعروضة أمامه.

- أما المعنى الخاص للاجتهاد القضائي: "فيقصد به الحل الخاص الذي يضعه القضاء بشأن قضية معينة [مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم في مسألة معينة]"¹. فإذا كان المشرع يضع قاعدة عامة، فإن الاجتهاد القضائي يتولى تطبيقها على قضية معينة بشكل مخصص، ومن هذا المنظور يشكل الاجتهاد القضائي عملية ذهنية إبداعية يباشرها القاضي في بعض الحالات الخاصة.

وتبعاً لذلك يعرف الفقه المؤيد لهذا الاتجاه، الاجتهاد القضائي بكونه: "مجموع الحلول القانونية التي تتوصل إليها المحاكم بمناسبة معالجتها للإشكالات القانونية"². وبشكل أكثر تحديداً هو: "الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية معروضة أمامها في حالة عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته للفصل في هذه القضية"³. وهذا هو المعنى القانوني الدقيق لمصطلح الاجتهاد القضائي؛ وعليه يقصد بكلمة القضاء الأحكام التي تتضمن اجتهادات قضائية فقط.

والاجتهاد القضائي كمصدر تفسيري للقانون عند عدم وجود النص التشريعي هو: "مجموع المبادئ التي تستخلص من الأحكام التي تصدرها المحاكم في المسائل التي تفصل فيها، والتي لا يحكمها نص قانوني واضح ويستقر القضاء على إتباعها"⁴. أو هو: "مجموعة الحلول والمبادئ القانونية التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها عند عدم النص على حكمها"⁵.

ومن ثم كان اليوم في عالم القانون والنظم القضائية أن رأي محكمة النقض (المحكمة العليا) وحدها في تفسير النص القانوني - هو الاجتهاد القضائي الملزم -. ليكون الاجتهاد القضائي كالنص القانوني رأياً تفسيرياً واحداً معروفاً. وطبقاً لنص المادة 179 من دستور 2020⁶ تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم. وتضمن توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد وتسهر على احترام القانون. فبعد أن تفصل المحكمة والمجلس القضائي في المنازعات المعروضة أمامها، يأتي دور المحكمة العليا لتقوم بطلب من الخصوم أو النيابة العامة بالرقابة اللاحقة للأحكام

1 - محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون - القاعدة القانونية-، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 240.

2- عبد الرحمن الممتوني، «الاجتهاد القضائي والأمن القانوني»، مجلة الملحق القضائي، المعهد العالي للقضاء، المملكة المغربية، العدد 46، ماي 2014، ص 04.

3 - بوشير محمد أمقران، «تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 02، 2004، ص 155.

4 - محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991، ص 163.

5 - محفوظ بن صغير، «اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال الأحوال الشخصية»، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، المجلد 02، العدد 04، 2017، ص 90.

6 - المرسوم الرئاسي رقم: 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 82 بتاريخ: 2020/12/30، ص 03.

القضائية الصادرة، فتبين الحكم القانوني السليم الواجب تطبيقه في الدعوى المعروضة أمامها، وذلك بغرض توحيد الحلول القانونية؛ تأكيداً لذلك نصت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم: 90-141 المتضمن تنظيم مجلة المحكمة العليا وسيرها على أن: "موضوع مجلة المحكمة العليا هو التعريف بتطبيق القانون بهدف توحيد الاجتهاد القضائي للمجالس القضائية والمحاكم".¹

وعليه فإن المحكمة العليا لا تعد درجة ثالثة من درجات التقاضي لأنها تكتفي بمراقبة الأحكام القضائية الصادرة من الجهات القضائية الدنيا، عادية كانت أو استئنافية من ناحية القانون دون الوقائع. ومنه يمكن القول أن الاجتهاد القضائي في الجزائري هو العمل الذي تقوم به المحكمة العليا، كونها أعلى سلطة قضائية؛ من أجل الوصول إلى توحيد الأحكام القضائية؛ بالنظر إلى نص المادة 18 من القانون العضوي رقم: 11-12 الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها²، حيث نصت على أنه: "زيادة على الحالة المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 17 أعلاه، تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة، عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي". أما الاجتهاد في مجال الأحوال الشخصية، هو اجتهاد المحكمة العليا لسد النقص الذي يعتري قانون الأسرة في نصوصه.³

ثالثاً: مكانة الاجتهاد القضائي بين مصادر القانون في الأنظمة القانونية

تختلف أهمية الاجتهاد القضائي تبعاً للأنظمة القانونية، ولا سيما في النظام القانوني البريطاني أو الأنجلوساكسوني عموماً، وفي النظام اللاتيني أو الرومانوجرمانى.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم: 90-141 مؤرخ في 24 شوال عام 1410 الموافق 19 مايو سنة 1990، المتضمن تنظيم مجلة المحكمة العليا وسيرها. الجريدة الرسمية، عدد 21، بتاريخ: 1990/05/23، ص 701.

² - القانون العضوي رقم: 11-12 مؤرخ في 24 شعبان عام 1432 الموافق 26 يوليو 2011، يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها. الجريدة الرسمية عدد 42، بتاريخ: 2011/07/31، ص 07.

³ - عماد شريفي ومبروك المصري، «مسائل لم ينص عليها قانون الأسرة ودور اجتهادات المحكمة العليا في استكمالها»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، م 11، ع 01، أبريل 2020، ص 609.

أ - الاجتهاد القضائي في النظام القانوني الأنجلوساكسوني¹:

يعتبر الاجتهاد القضائي في النظام البريطاني (common law) وهو نظام قانوني مبني على الاجتهاد القضائي في المملكة المتحدة وفي أيرلندا وكندا والولايات المتحدة الأمريكية وبعده دول أخرى من مجموعة " الكومنولث " ². ففي هذا النظام حيث يقوم التقليد على انعدام وجود نصوص تشريعية، تعتبر الأحكام الصادرة عن المحاكم بمثابة قوانين، تنتج عن حالات ومحاكمات تدرسها المحاكم. حيث يلعب الاجتهاد القضائي في هذا النظام دوراً حاسماً، لأن الاجتهاد هو القانون. كما أنه في هذا النظام تقيد أحكام المحاكم الأعلى المحاكم الأدنى. كما أن المحاكم نفسها مقيدة بأحكامها السابقة، فهي مضطرة للبقاء على قراراتها السابقة والاستمرار في الحكم على نمطه، وتسمى هذه القاعدة "بقاعدة السابق أو السوابق القضائية". ووفقاً لهذه القاعدة تصدر المحكمة أحكاماً مطابقة لقراراتها سابقاً (هذه القرارات أو الاجتهادات التي تصدر عن القضاء تعد من المصادر الرسمية للقانون). غير أن هذه القاعدة لا تحول دون تحول الاجتهاد القضائي إذا كان له ما يبرره، حيث يمكن للمحكمة تغيير الاجتهادات السابقة التي أصبحت غير ملائمة أو غير عادلة بكيفية جلية. كما أنه من خصائص النظام البريطاني أنه يمكن للبرلمان أن يسن قانوناً يغير بمقتضاه اجتهاداً قضائياً لا يراه محققاً للعدالة.

¹ - النظام القانوني الأنجلوساكسوني: تعتبر إنجلترا هي مهد هذا النظام، وتأخذ بهذا النظام في الوقت الحالي كل من المملكة المتحدة البريطانية، والولايات المتحدة الأمريكية، ودول الكومن لو. ويسمى أيضاً القانون المشترك بالإنجليزية **common law** : وأحياناً يطلق عليه القانون العام، هو المدرسة القانونية التي تستمد جذورها من التراث القانوني الإنجليزي، ومجموعة القوانين التابعة من هذه المدرسة، ومن أبرز سماتها الاعتماد على السوابق القضائية كمصدر ملزم للتشريع، ويقابل هذه المدرسة مدرسة القانون المدني التي تستمد جذورها من التراث القانوني الأوروبي، مثل قانون نابليون وبالأخص القانون الروماني. أهم الدول التي تعتمد على القانون المشترك: - الولايات المتحدة الأمريكية - المملكة البريطانية - الهند - كندا - أستراليا - نيوزيلندا - جنوب أفريقيا - باكستان - السودان - ماليزيا - سنغافورة و هونغ كونغ. محمد سليمان الخوالدة، « تعرف على القانون الأنجلوساكسوني »:

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86_%D8%B9%D8%A7%D9%85: اطلع عليه يوم: 2021/10/05، على الساعة: 19:30.

² - رابطة الشعوب البريطانية المعروفة بدول الكومنولث بالإنجليزية (Commonwealth of Nations): ويرمز لها بـ (CN) معروفة كذلك بالكومنولث أو الكومنولث البريطاني، وهو عبارة عن اتحاد طوعي مكون من 52 دولة جميعها من ولايات الإمبراطورية البريطانية سابقاً باستثناء موزنيق ورواندا.

[https://ar.unionpedia.org/%D9%83%D9%88%D9%85%D9%86%D9%88%D9%84%D8%AB_\(%D9%85%D8%B5%D8%B7%D9%84%D8%AD](https://ar.unionpedia.org/%D9%83%D9%88%D9%85%D9%86%D9%88%D9%84%D8%AB_(%D9%85%D8%B5%D8%B7%D9%84%D8%AD)

ب - الاجتهاد القضائي في الأنظمة القانونية اللاتينية أو الرومانوجارمانية:¹

تتميز الدول التي تتبع النظام الرومانوجرمانى بتبنيها لنصوص تشريعية مكتوبة ومقننة. في هذا النظام لا يجوز للقاضي وضع أو خلق قواعد قانونية عامة وملزمة، عملاً بمبدأ الفصل بين السلطات، وإنما يرجع إلى اجتهاداته على سبيل الاستئناس؛ وإنشاء القاعدة القانونية هو مهمة المشرع في نظرها كما هو الحال في القانون الفرنسي المعمول به اليوم، وبعض القوانين العربية التي تأثرت به ومنها الجزائر، فيعد الاجتهاد القضائي فيها من المصادر غير الرسمية للقانون أو من المصادر التفسيرية. وهذا الاتجاه الغالب الذي يرى أن الدور الذي يقوم به الاجتهاد القضائي حالياً لا يعدو أن يكون مصدراً تفسيريّاً للقواعد القانونية، وليست له أية قوة ملزمة إلا في القضية التي يصدر فيها. ذلك أن وظيفة القضاء تنحصر في مجرد تطبيق القواعد القانونية الموجودة سلفاً والتي وضعت من قبل سلطات أخرى غير السلطة القضائية. والواقع أن القاضي لا يخلق القانون للحالة المعروضة عليه، بل يطبق القانون عليها، وبالتالي فإن القاضي لا يمكنه أن يصدر قرارات عامة أو تنظيمية تسري على المستقبل، وإنما يقتصر دوره على البت في النزاعات المعروضة عليه. فعندما يجد القاضي حلاً عادلاً للنزاع في حالة وجود نقص في مصادر القانون، فإنه لا يخلق قاعدة قانونية، كما أن الحل الذي يصدر عنه لا تكون له حجية إلا بالنسبة للنزاع المعروض عليه. ورغم الإقرار بأن حكم القاضي لا يطبق سوى على القضية المعروضة عليه، فإن هذا النظام يعترف للاجتهاد القضائي بدور مهم، فالمحكمة العليا (محكمة النقض) لها دور توحيد الاجتهاد القضائي للمحاكم الأدنى لتجنب الاختلاف والتباين بين قضائها في مادة أو نقطة معينة.

ورغم أن قرارات المحكمة العليا لا تلزم المحاكم الأدنى فيما يتعلق بالبت بكيفية مماثلة في القضايا المشابهة، فإن قرارات تلك المحكمة ولاسيما المنشورة ترسخ اتجاهها يتم في الغالب إتباعه من طرف المحاكم الأدنى تجنباً لنقض أحكامها. فالاجتهاد القضائي بهذا المعنى هو عادات لدى المحاكم والتي رغم عدم الاعتراف لها بحجية النص القانوني، فإنها من الناحية التطبيقية لا تقل أهمية عن القانون، وتعد مصدراً من مصادره كالفقه مثلاً.

والتوحيد الذي تؤدي إليه أحكام المحكمة العليا هو توحيد يتحقق من الناحية العملية أو الفعلية وهو غير ملزم لأي محكمة أدنى إلزاماً قانونياً. ولكن المحاكم تحرص على تحري اجتهادات المحكمة

¹ - الأنظمة اللاتينوجارمانية وتسمى شرائع القانون المدني أو شرائع القانون المكتوب، وتضم هذه العائلة مجموعتين من القوانين:

1 - المجموعة اللاتينية: وتمثل في القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون (1804)، والأنظمة القانونية منه: كالقانون الأسباني البرتغالي الإيطالي وكذلك كل مستعمرات هذه الدول، كما تشمل هذه المجموعة القانون الصيني والياباني ودول أمريكا اللاتينية.

2 - المجموعة الجرمانية: وتمثل في القانون الألماني (1896)، والقوانين المستمدة منه خاصة التي تحملها الأعراف الجرمانية (ألمانيا والنمسا والمجر وغيرها). حميد شاوش، الأنظمة القانونية المقارنة، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثالثة ل م د، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2017-2018، ص 31.

العليا في كل مسألة تعرض عليها وإتباع ما قضت به، ذلك أنها تعلم إذا خالفت قضاء المحكمة العليا، فإن الحكم الذي تصدره سيكون مصيره النقض.

المحاضرة الثانية: أهمية الاجتهاد القضائي، ضرورته وشروطه

أولاً: أهمية الاجتهاد القضائي من الوجهة العملية

للاجتهاد القضائي في مجال القانون دور بالغ الأهمية والأثر، لا يكاد يقل في أهميته عن دور التشريع نفسه؛ فإذا لم تكن الاجتهادات القضائية في القانون الفرنسي والقوانين العربية التي سارت على خطاه تعد من الوجهة النظرية قواعد قانونية عامة وملزمة، فإنها في الواقع تتمتع من الوجهة العملية بقوة ملزمة تكاد لا تقل أهمية عما تتمتع به قواعد القانون الناشئة عن مصادره الرسمية؛ ولأهمية هذا الاجتهاد اعتبر في الدول الأنجلوسكسونية من المصادر الرسمية للقواعد القانونية. وكثير من الاجتهادات التي صدرت عن القضاء الفرنسي ولا تزال تطبق حتى اليوم كأنها قواعد قانونية ملزمة، مع أنها ليست قواعد قانونية ومن غير الممكن أن يكون القاضي مشرعاً.¹

ولعل السبب الرئيس لهذه القوة التي يتمتع بها الاجتهاد القضائي من الناحية العملية يكمن في تسلسل أنواع المحاكم من جهة، ووجود رقابة من محكمة النقض على أحكام المحاكم الأدنى منها درجة من جهة ثانية. فحين تتبنى محكمة النقض في أحكامها رأياً معيناً وتستقر عليه تتبنى بعدها سائر المحاكم هذا الرأي وتطبقه بانتظام، ولا شك في أن اجتهاد المحكمة العليا ليست له من الوجهة النظرية أية قوة إلزامية ويمكن لأية محكمة مخالفته إذا شئت، ولكن المحاكم التي هي أدنى من محكمة النقض تدرك أن لا فائدة من مخالفة اجتهاداتها المستقرة، لأن أحكامها ستنقض إن هي فعلت ذلك، لذا فهي تلزم نفسها غالباً بتلك الاجتهادات سواء اقتنعت بها أم لم تقتنع، حتى لا تكون أحكامها عرضة للنقض، وعلى هذا تصدر عن محكمة النقض أحكام تتضمن مبادئ قانونية، يطلق عليها اسم "الأحكام المبادئ"، وهكذا ينشأ اجتهاد ثابت مستقر تطبقه جميع المحاكم كما تطبق قواعد القانون.² وليس ما يمنع محكمة النقض من تغيير اجتهادها الثابت إذا دعت الحاجة لتغييره، وعندئذ يحصل تغير في الاجتهاد، وينشأ اجتهاد جديد لدى محكمة النقض يصبح فيما بعد اجتهادها المستقر الذي تنقيد به المحاكم الأخرى.³

والمحكمة العليا لا تلجأ إلى تعديل اجتهادها إلا إذا وجدت هناك اعتبارات قوية تبرر ذلك، كأن يصبح الاجتهاد القديم غير ملائم لتطور المجتمع وظروفه الحالية. وعلى هذا نجد أن الاجتهاد القضائي يحقق عامل الاستقرار والمرونة في آن واحد، فهو يحقق عامل الاستقرار لأن المحاكم تحاول أن تلتزم به وأن تتبعه بصورة مطردة في القضايا المماثلة، وهو يحقق عامل المرونة لأن من الممكن تعديله وتطويره

¹ - حامد شاكّر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي - دراسة قانونية تحليلية مقارنة -، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018، ص 49.

² - محمد سعيد جعفرور، المدخل إلى العلوم القانونية - الوجيز في نظرية القانون -، ب.ط، دار هومة، الجزائر، 1999، ص 210.

³ - هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، ب.ط، منشورات جامعة حلب، سوريا، 2003، ص 243.

كلما دعت الحاجة إلى ذلك.¹ وعلى هذا الأساس يحظى الاجتهاد القضائي بأهمية عملية كبيرة، ذلك لما يلعبه من دور في حسم الدعاوى.

وقد كان للتطبيق العملي لأحكام الأسرة في البلاد العربية ومنها الجزائر الأثر الكبير على الاجتهاد القضائي، فحينما توجد مشكلة لم يتناولها القانون المعمول به يقترح ما يغطي هذه المشكلة عن طريق الاجتهاد، وعندما تظهر صعوبة في تطبيق مادة ما، أو في حال تعدد الأفهام حولها، يأتي التعديل الجديد عن طريق الاجتهاد ليضع حدا للاختلاف، وينقل القانون إلى صياغة أمثل تساعد في ضبط التطبيق نحو الأفضل، فهو يجعل من القانون مادة حية تسير واقع البيئة وتجاري روح العصر. ومن أمثلة ذلك ما يلي:

- ليس للمرأة حق طلب التطلق بسبب فقد زوجها أو غيابه عنها بالسجن أو السفر، وفقا للمذهب الحنفي المطبق في كثير من الأقطار الإسلامية، حيث جاء التعديل ليأخذ برأي الجمهور الذي يعطي للمرأة حق طلب التفريق لهذه الأسباب، وذلك رفعا للضرر عنها، وهو ما نصت عليه المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري.²

- ليس للمرأة الحق في طلب فسخ عقد الزواج بسبب الإعسار بالنفقة اعتمادا على المذهب الحنفي الذي لا يجيز ذلك، فجاء التعديل (الاجتهاد) ليأخذ برأي الجمهور الذي يعطي للمرأة حق طلب الفسخ لهذا السبب، وهو ما نصت عليه المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.³

- وبخصوص كثرة دعاوى الزوجات بعدم الإنفاق عليهن لمدة طويلة سابقة على رفع الدعوى يصعب إثباتها أحيانا، جاء التعديل ليعطي المرأة حقها في النفقة المستحقة سابقا إذا ثبت ذلك بالبيئة، وهو ما نصت عليه المادة 80 من الأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة.⁴

ثانيا: ضرورة الاجتهاد القضائي

يعد الاجتهاد القضائي ضرورة علمية وعملية تقتضيها طبيعة النصوص التشريعية والعملية القضائية، فهي من جهة محدودة ووقائع الحياة متجددة وغير محدودة، بالإضافة إلى النقص التشريعي الذي بات مسلما به، وذلك قصد استيعاب المستجدات الطارئة.⁵ كما تعد الأحكام القضائية [الاجتهاد القضائي] الصادرة من المحاكم والجهات القضائية بشكل عام ثروة حقوقية، إذ أنها تمثل الطابع العملي

¹ - مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، رسالة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصول، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران 1، 2014-2015، ص 18.

- لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون.²

³ - يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية: 1 - عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون.

- تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضى أن يحكم باستحقاقها بناء على بيئة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.⁴

⁵ - عباس قاسم مهدي الداغوي، الاجتهاد القضائي: مفهومه - حالاته - نطاقه، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، ط 1، 2015، ص 13.

الحي للقانون، وهي التي تشكل مداه وأبعاده؛ إذا كان التشريع يرتبط بالقانون فالاجتهاد القضائي يرتبط بحياة القانون، ولذلك يبقى القانون الذي تصنعه المحاكم هو القانون الحي المتحرك والحقيقي.¹ فالقانون بمواده عبارة عن مادة خام جامدة، تصبح في حالتها النشطة عندما تتحول إلى أحكام قضائية، فالأحكام المؤيدة من قبل المحكمة العليا، والتي يستقر عليها قضاؤها هي تعبير عن توجه القضاء وتوضيح للمنهج الذي يسير عليه أثناء فصله في المنازعات المعروضة عليه. وتسمى الأحكام التي تستقر المحاكم العليا على الأخذ بها بالمبادئ القضائية.

ولهذا السبب فإن للاجتهاد القضائي في مجال القانون دور ضروري لا يكاد يقل عن دور التشريع نفسه، فالتشريع بما يتميز به من عمومية وتجريد لا يضع إلا حلولاً وسطى ولا يخصص حلولاً فردية لكل النزاعات، وهذا ما يجعل الاجتهاد القضائي مصدراً مستقلاً ومساوياً لباقي مصادر القانون. إذ بدوره لا يمكن للتشريع من التوفيق بين خاصيتي الاستقرار والاستمرارية، ويؤمن الاجتهاد القضائي للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع من خلال تطبيق النصوص القديمة بروح جديدة.² فلا يمكن بحال من الأحوال تجريد القاضي من سلطة الاجتهاد وإلا تعطل عمله وتغذر عليه الفصل في الخصومات في بعض الأحيان. والقاضي قد يجتهد إما من خلال النصوص التشريعية التي يلتزم بتطبيقها أو من خارج هذه النصوص. فعند تطبيق النصوص التشريعية يضطر القاضي إلى أن يجتهد في حالتين أساسيتين غموض النص أو إبهامه من جهة، والنقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل من جهة ثانية.

ولا يقف القاضي في اجتهاده عند تفسير النصوص التشريعية الغامضة محدداً معانيها أو مستخلصاً منها أحكاماً جديدة، بل قد يتخذ من التفسير أحياناً وسيلة لتغيير معاني هذه النصوص وتعديل أحكامها. فنصوص التشريع تمثل في الغالب آخر ما وصل إليه المشرع في الوقت الذي وضعت فيه، ولكن هذه النصوص تبقى ثابتة، ويستمر المجتمع في تطوره فتتسأ فيه ظروف وأوضاع مادية واقتصادية واجتماعية جديدة، بل قد تتغير فيه المبادئ والمثل، فتصبح النصوص التشريعية، إذا لم تعدل متخلفة عن مواكبة تطور المجتمع وتلبية حاجاته. ويحرص القضاء في مثل هذه الحالة على التوفيق بين نصوص التشريع الثابتة وأوضاع المجتمع المتغيرة، فيتجاوز إرادة المشرع الذي وضع تلك النصوص، ويعطي النصوص معاني جديدة تختلف عن معانيها الأصلية، وأحكاماً مغايرة لما أراده واضعوها كي تصبح أكثر ملاءمة لأوضاع المجتمع الذي تطبق فيه.

وإذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع الملزم بتطبيقها، قاعدة يقضي بموجبها كان لابد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك باللجوء إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى. كمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وهذه المبادئ والقواعد ليست

¹ - بوعلالة عمر، دور التقعيد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي - أحكام الأسرة في التشريع الجزائري نموذجاً -، رسالة دكتوراه علوم في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 1، 2017-2018، ص 115.

² - حامد شاكور محمود الطائي، المرجع السابق، ص 41.

مدونة في مرجع معين أو قائمة محددة، فإذا احتاج القاضي إلى الرجوع إليها، كان عليه أن يحدد ما يراه موافقا منها. لذا فإن إحالة القاضي على هذه المبادئ والقواعد إنما يقصد منها، إلزام القاضي أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء.

ثالثا: شروط الاجتهاد القضائي

من خلال الوقوف على استقراء بعض الاجتهادات القضائية يمكن استنتاج بعض ضوابط وشروط الاجتهاد القضائي في القانون منها:

- 1 - ضرورة إحاطة القاضي بمختلف القواعد القانونية ومعرفته لأهدافها وغاياتها.
- 2 - وجوب تكيف القاضي للوقائع المعروضة عليه بدقة وحصر جزئياتها.
- 3 - حسن انتقاء القواعد القانونية التي تتناسب مع الوقائع المعروضة على القضاء.
- 4 - ضرورة تحقيق التناسق والانسجام بين منطوق الحكم وحيثياته.
- 5 - عدم صدور اجتهادات قضائية تناقض القضايا المتشابهة التي تم الاجتهاد فيها، ذلك أن مراعاة تلك الضوابط وغيرها من طرف القاضي من شأنه أن يؤمن الاجتهاد القضائي من الانحراف عن تحقيق الهدف المنشود منه والمتمثل أساسا في إيجاد حلول قضائية لمختلف المسائل التي عجز التشريع عن التكفل بها متوخيا في ذلك الإنصاف والعدل.

فينعكس ذلك إيجابا على حياة الفرد والمجتمع من خلال قدرة الاجتهاد القضائي على مواكبة التطورات المختلفة التي تشهدها الحياة عن طريق إيجاد حلول لمسائل مستجدة، وعمله على تحرير الطاقات الفاعلة لدى القضاة ودفعهم إلى التعمق في فهم المراد من مختلف القواعد القانونية عند وضعها. ذلك أن أحكامه الاجتهادية لا يمكن أن تكون مخالفة لمضمون القواعد القانونية، وإنما واجبه يحتم عليه إيجاد حل يراعي روح التشريع ويتمشى والواقع الموجود أمامه في آن واحد.¹

¹ - خمسون مليكة، المرجع السابق، ص 79 و80.

المحاضرة الثالثة: مجال الاجتهاد القضائي ومصادره

تعدّ القوانين التي تتضمن نصوصا تشريعية المصدر الرئيسي للأحكام القضائية؛ وتلك النصوص تتضمن قواعد عامة ومجردة. ولأن التشريعات هي من وضع البشر، لذا فإن تلك النصوص لا تكون مستوعبة لكافة الوقائع المعروضة على القضاء، إما لعدم وجود نص تشريعي يعالج الحالات المستجدة أو لأن النص يكون قائما إلا أنه غير واف بالغرض في مجال تكييف الدعوى أو إصدار الحكم القضائي. بحيث يكون من السهل على القاضي أن يستشف قصد المشرع منها، إذ لا يستطيع القاضي أن يستند إليه في استنباط الحكم منه لغموضه. لذا نجد أن المشرع قد التفت إلى حاجة فقدان النص أو غموضه، حيث نصت المادة الأولى من القانون المدني على أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

حيث أن القاضي ملزم بإصدار الحكم في الدعوى المعروضة عليه إزاء ذلك. فقد نشأت الحاجة إلى الاجتهاد القضائي وذلك لسد القصور التشريعي، إما لفقدان النص أو غموضه. لكن الاجتهاد القضائي ليس عملية اعتباطية يقوم بها القاضي بل هو يخضع لضوابط معينة يجب على القاضي أن يتقيد بها وإلا كان الحكم الذي يصدره معرضا للنقض.

إن مجال الاجتهاد يختلف تبعا للوقائع المعروضة على القضاء فيما إذا ورد فيها نص تشريعي أو لم يرد فيها نص. والحالات التي يلجأ القاضي فيها إلى الاجتهاد والتوضيح والتفسير هي غموض النص وإبهامه، النقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل. حالة التناقض: وهو تعارض بين نصين قانونيين، حيث يخالف معنى وحكم أحدهما مفهوم وحكم الآخر في موضوع واحد وهي حالة الخاص يقيد العام أو حالة النص الجديد يلغي النص القديم.

أما النص الواضح الذي لا يفتقر إلى بيان وتفسير واجتهاد، تقرر قاعدة: {لا اجتهاد مع النص}. وبما أن التشريع عبارة عن قواعد مجردة من قبل المشرع لتطبق على الحالات الخاصة التي تتناولها أحكامها، فحين تعرض على القاضي مثلا قضية من القضايا يكون من واجب هذا القاضي أن يبدأ بالبحث في نصوص التشريع عن القاعدة التي يمكن تطبيقها على القضية المعروضة عليه، ثم يصدر حكمه في الواقعة، غير أن عمل القاضي لا يكون عادة على مثل هذا القدر من السهولة، فالقواعد التي يتضمنها التشريع ليست واضحة دوما كل الوضوح وليست خالية من كل عيب أو نقص، بل كثيرا ما يجد القاضي نفسه مضطرا إلى أن يتبين مضمون القاعدة التشريعية ونفسها ليستخلص الحكم المطلوب لتطبيقه على الواقعة.

أولاً - مجال الاجتهاد القضائي عند وجود النص

الأصل في سلطة القاضي تقييده بالنص القانوني، وإطلاقها فيما لم يرد فيه نص قانوني صريح، وعليه فقد يجتهد القاضي إما من خلال النصوص التشريعية التي يلتزم تطبيقها أو من خارج هذه النصوص، فعند تطبيق النصوص التشريعية يضطر القاضي إلى أن يجتهد في حالتين أساسيتين:

- عند غموض النص أو إبهامه من جهة.

- وعند النقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل من جهة ثانية.

وغموض النص: يعني أن النص ليس له معنى واضح محدد، وإنما يحتمل أكثر من تأويل وتفسير، ويمكن أن يستنتج منها أكثر من معنى واحد، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يجتهد في فهم النص وتحديد معناه، وهو حين يفعل ذلك إنما يحدد الحكم الذي يتضمنه هذا النص، ولذا قد تختلف الاجتهادات القضائية تبعا لاجتهاد القضاة في فهم النصوص وتفسيرها.¹ وهنا يمكن الرجوع إلى المصادر التفسيرية. ومهمة القاضي في هذه الحالة أن يختار من بين المعاني المختلفة التي يحتملها النص، المعنى الأكثر صحة والأقرب إلى الحق والصواب.

- مثال: جاء في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإذا لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم". فالنص القانوني لم يبين الطبيعة القانونية للخلع هل هو عقد رضائي يشترط لصحته رضا الزوج أم لا؟، لذلك اختلف القضاة في تفسير هذه الطبيعة القانونية. فمنهم من اعتبره عقد رضائي وجاءت بعض القرارات القضائية تؤكد هذا.

- هذا ما أكدته قرار المجلس الأعلى² بتاريخ 11/06/1984 جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع".³ ومنهم من لم يعتبره عقدا رضائيا وإنما هو حق للمرأة أعطي لها في مقابل ما أعطي للرجل من الطلاق لافتداء نفسها إذا كرهت البقاء مع زوجها.

- حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 30/07/1996: "من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء ليس عقدا رضائيا".⁴

¹ - عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، ب.ط، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 1998، ص 181.

² - استبدل مصطلح المجلس الأعلى في النص العربي بمصطلح المحكمة العليا بموجب المادة 39 من القانون رقم 89-22 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1410 الموافق 12 ديسمبر 1989 والمتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 53، بتاريخ 13/12/1989، ص 1435.

- قرار المجلس الأعلى رقم: 33652 بتاريخ: 11/06/1984، المجلة القضائية، العدد 03، 1989، ص 38.³

- قرار المحكمة العليا رقم: 141262 بتاريخ: 30/07/1996، المجلة القضائية، العدد 01، 1998، ص 120.⁴

وجاء التعديل ليوضح صراحة أن الخلع يقع ولو بدون موافقة الزوج.¹

وأما النقص في النص: فيقع عندما يتعرض المشرع لبعض المسائل مباشرة ويتناولها بالتنظيم، ويُعفل في الوقت نفسه نفسه مسائل أخرى فلا يبين أحكامها.² أي أن النص جاءت عبارته خالية من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها، وهنا لا يجد القاضي في نصوص القانون قاعدة ليطبقها على النزاع المعروض عليه،³ مما يستدعي اجتهادا منه في محاولة استخلاص من نصوص التشريع أو التشريعات النافذة الحلول المناسبة للمسائل التي سكت عنها المشرع مستعينا في ذلك بطرائق التفسير المتاحة.

مثال: جاء في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- شاهدان.

يلاحظ أن المشرع لم يبين جنس وصفة الشهود، وهذا نقص واضح في التشريع يحتاج إلى تفسير وبيان، وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد أن القضاة فسروا هذا النص بما ذهب إليه أغلب الفقهاء من اشتراط الذكورة والعدالة في شهادة الشهود في الزواج، وهو ما أكدته قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1986/12/15: "من القواعد المقررة شرعا أن الشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية".⁴ في حين يشترط قانون الحالة المدنية⁵ حسب ما ورد في نص المادة 33 منه أن يكون الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية بالغين 21 سنة على الأقل.

ثانيا - الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه

إذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لا بد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك بالرجوع إلى مصادر القانون الاحتياطية الأخرى بالنسبة للقانون المدني الجزائري؛ حيث نص المشرع الجزائري في المادة الأولى في فقرتها الثانية من هذا القانون على

¹ - ذهب أغلب الفقهاء إلى القول بأن الخلع يتم في رضائية بين طرفيه وفي تسميته - سبحانه - الخلع فدية دليل على أن فيه معنى المعاوضة ولهذا اعتبر فيه رضا الزوجين، أما رضا الزوج فالأنه يسقط ما له من الحقوق، وأما رضا الزوجة فالأنه يلزمها عوض فيشترط رضاها لأدائه. فهو بذلك كسائر العقود الرضائية التي لا تتم إلا بالإيجاب والقبول الرضائي؛ ونص المشرع المغربي في المادة 115 من مدونة الأسرة: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع".
عماري نور الدين، «الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائري»، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 13، جوان 2015، ص 110.

² - حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون -، ب.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 12.
³ - عبد المحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقا للقانون الكويتي - دراسة مقارنة -، ج1، مطبوعات جامعة الكويت، 1972، ص 538.

- قرار المجلس الأعلى رقم: 43889 بتاريخ: 1986/12/15، المجلة القضائية، العدد 02، 1993، ص 37.

⁵ - الأمر رقم: 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970، معدل ومتمم بالقانون رقم: 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014، والمتعلق بالحالة المدنية. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49، بتاريخ: 2014/08/20، ص 03.

أنه: "وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".¹

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي لقانون الأسرة الجزائري، إذ تنص المادة 222 منه على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". وبناء على نص هذه المادة يمكن ملاحظة ما يلي:

- أن المشرع لم يقيد القاضي ومنحه الحرية المطلقة في الاجتهاد في كل ما لم ينص عليه صراحة، وبهذا يضفي المشرع على القانون صفة المرونة وعدم الجمود.

- أن المشرع لم يقيد القاضي بالرجوع فيما سكت عنه القانون إلى مذهب معين كما هو الحال في بعض التشريعات العربية، كالتشريع السوري مثلاً الذي يقيد القاضي بالرجوع إلى مذهب الحنفية حصراً.² وكالتشريع المغربي الذي يقيد القاضي بالرجوع إلى المذهب المالكي.³ أما المشرع الجزائري فأطلق له التصرف لبحث في أحكام الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين، ما يراه محقق للمقاصد. حيث فتح مجال اجتهاد القاضي من غير تقييد لحرية.

مثال ذلك:

- أجرة الحضانة، فهل تستحق المرأة الحاضنة أجرة على ممارسة الحضانة في التشريع الجزائري أم لا؟. المشرع الجزائري لم يتطرق إلى بيان ذلك بل سكت عنه وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً للمادة 222 من قانون الأسرة نجد أن الفقهاء اختلفوا في المسألة على قولين بسبب اختلافهم في طبيعة الحضانة هل هي حق أم واجب.⁴ ورجح قضاة المحكمة العليا القول الثاني دون الأول من عدم

¹ - الأمر رقم: 57-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007، والمتضمن القانون المدني. الجريدة الرسمية، عدد 78، بتاريخ: 1975/09/30، ص 990.

² - نصت المادة 305 على أنه: "كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي". المرسوم التشريعي رقم: 59 لعام 1953، المعدل بالقانون رقم: 04 لعام 2019، المؤرخ في 2019/02/07، القاضي بتعديل بعض مواد قانون الأحوال الشخصية السوري:

<http://parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=201&nid=11333&ref=tree&> اطلع عليه بتاريخ:

2021/08/25، الساعة: 13:06.

³ - نصت المادة 400 على أنه: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف". القانون رقم: 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بتاريخ: 03 فبراير 2004. الجريدة الرسمية للملكة المغربية، عدد 5184 بتاريخ: 2004/02/05، ص 418.

⁴ - يرى المذهب الحنفي: "إذا كانت الحاضنة أمّاً للطفل فلا تستحق أجرة على الحضانة، وإن كانت غير أم تستحق أجراً ما لم تتبرع".

- يرى المذهب المالكي: "ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت أمّاً أم غيرها".

- يرى المذهب الشافعي: "الحاضنة تستحق الأجرة سواء كانت أمّاً أم غير أم".

- يرى المذهب الحنبلي: "للحاضنة طلب أجرة الحضانة ولكن الأم تجبر على حضانة ابنها". عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص 527.

استحقاق المرأة أجره على الحضانة بناء على قول من يرى أن الحضانة حق للمحضون واجب على الأم، ولا يستحق من ممارسة الواجب أجره.

- جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1985/04/08: "...فإنه حقا أن الحاضنة لا تستحق أجرا على الحضانة والمجلس إذ وافق على الحكم الذي جعل على الأب يدفع 500 دج كأجرة للحاضنة على الحضانة هو على خلاف الشرع ومخالف لما يجري عليه العمل القضائي مما يعرض قراره للنقض في هذا الجانب أيضا...".¹

كما لم يتطرق المشرع الجزائري في موانع الإرث إلى مسألة اختلاف الدين، وبناء عليه فسّر القضاة المسكوت عنه بما ذهبت إليه أحكام الشريعة الإسلامية أخذاً بنص المادة 222 قانون الأسرة.

- حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1995/07/25: "من المقرر قانوناً أن يرجع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة، ومن الثابت شرعاً أنه لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر ولا يتوارث أهل الملتين شيئاً".²

وفي مثال آخر لم يتطرق قانون الأسرة لموضوع المتعة تاركاً تفصيله إلى الشريعة الإسلامية وفقاً لنص المادة 222 قانون الأسرة.

- جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/06/18: "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة، والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصوراً في التعليل".³

- هذا بالإضافة إلى أن مسألة الخلوة لم يتطرق إليها قانون الأسرة واعتبارها سبب من أسباب استحقاق الصداق⁴ مما ترك المجال لاجتهاد القضاة؛ حيث جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1984/11/19: "من المتفق عليه فقهاً أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن بعدم إتمام الدخول بزوجه، غير مبرر ويستوجب رفضه".⁵

- وفي قرار ثاني بتاريخ 1988/05/09: "من المقرر فقهاً وشرعاً أن الزوجة تستحق الصداق كاملاً بمجرد الدخول واختلاء الزوج بها ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة".⁶

- قرار المجلس الأعلى رقم: 35912 بتاريخ: 1985/04/08، المجلة القضائية، العدد 01، 1989، ص 89.¹

- قرار المحكمة العليا رقم: 123051 بتاريخ: 1995/07/25، المجلة القضائية، العدد 01، 1996، ص 113.²

- قرار المحكمة العليا رقم: 75029 بتاريخ: 1991/06/18، المجلة القضائية، العدد 02، 1994، ص 65.³

⁴ - نصت المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول". القانون رقم: 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 06 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. الجريدة الرسمية، عدد 15، بتاريخ: 2005/02/27، ص 910.

- قرار المجلس الأعلى رقم: 35107 بتاريخ: 1984/11/19، المجلة القضائية، العدد 02، 1990، ص 55.⁵

- قرار المجلس الأعلى رقم: 49283 بتاريخ: 1988/05/09، المجلة القضائية، العدد 02، 1992، ص 44.⁶

- وفي قرار ثالث بتاريخ 1989/10/02: "من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه عليها وهو الذي يعبر عنه شرعا بإرخاء الستور أو خلوة الاهتداء يعتبر دخولا فعليا يرتب عليه الآثار الشرعية وتنتال الزوجة كامل الصداق".¹

- قرار المجلس الأعلى رقم: 55116 بتاريخ: 1989/10/02، المجلة القضائية، العدد 01، 1991، ص 34.¹

المحور الثاني: تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسائل الزواج وآثاره

إن المسائل الواردة في قانون الأسرة الجزائري والتي تحكمها النصوص القطعية الدلالة والثبوت، أو التي استقر على حكمها إجماع أو كانت محل اتفاق بين مجتهدي المذاهب الإسلامية، لا مسأغ للاجتهاد فيها. مثل الأحكام القطعية التي تنظم بعض مسائل الزواج والطلاق وآثارهما، وكذا المسائل المتعلقة بالنيابة الشرعية والميراث والتبرعات المتضمنة في قانون الأسرة الجزائري والتي تحكمها قواعد وآداب النظام العام.

ومنه فإن مجال تطبيق الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة يخص أهم الأحكام الاجتهادية القائمة على أساس الظنية في ثبوت النص أو دلالاته. أو عند انعدام النص في ذلك والمتعلقة بالزواج وانحلاله والآثار المترتبة عن ذلك، وكذا الوقوف عند أهم المستجدات التي لا نص فيها.¹

المحاضرة الأولى: مقدمات عقد الزواج

عقد الزواج في الإسلام له أهميته وخطره، وبكفي أن موضوعه يتعلق بالحياة الإنسانية، ومن أجل هذا شرع له الإسلام مقدمات يتمكن المرء خلالها من التثبت والتروي حتى يقدم على بصيرة ولا يتعجل أمره. ومقدمات الزواج التي شرعها الإسلام هي الخطبة.

حيث نصت المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري على أن الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها. إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض. لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته.

جاء في هذه المادة أن الخطبة وعد بالزواج، يتضح من هذا النص أن المشرع لم يعط تعريفاً للخطبة بل اكتفى ببيان طبيعتها القانونية. ومؤدى ذلك أنه يجوز لكل من الخاطبين أن يعدل عن وعده في أي وقت شاء؛ غير أن هذه الفقرة أغفلت النص على عدم جواز الخطبة على الخطبة لورود النهي عن ذلك في السنة النبوية.²

والخطبة تعتبر بمثابة شبه عقد مبدئي رضائي على الزواج، وإذا تمت فهي وعد بعقد. حيث اتفق النظر القانوني في جميع البلاد العربية على أن الخطبة مجرد وعد بالزواج ولا ترقى إلى مرتبة العقد، ولا يترتب عليها ما يترتب على العقد من التزامات وأحكام وآثار.

¹ - من أهم المستجدات في الأحوال الشخصية التي لا نص فيها: ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي - إبرام العقد عبر الوسائل الحديثة (الخطبة - الزواج - الطلاق) - الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب.

² - عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: {وَلَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ، حَتَّى يَنْكِحَ أَوْ يَتْرُكَ}. البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، حديث رقم: 5144، ط1، دار ابن كثير، بيروت، لبنان، 2002، ص 1311.

أولاً - حكم العدول عن الخطبة وأثره:

أ - بالنسبة للهدايا: لا خلاف في الفقه الإسلامي والقوانين في جواز العدول عن الخطبة كون مجرد الوعد لا يرقى لمرتبة العقد. لكن ما حكم ما يقدمه الخاطب من مهر أو هدايا للمخطوبة، وكذا ما تقدمه المخطوبة للخاطب من هدايا إذا ما فسخت الخطبة؟.

تنص الفقرة 03 من المادة 05 قانون الأسرة بعد تعديلها على أنه: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته". الملاحظ على نص هذه الفقرة أن المشرع لم يذكر صراحة الحق في استرداد ما أهدته المخطوبة للخاطب من هدايا في حال عدولها عنه. كما لم يفرق المشرع أيضاً بين ما إذا كان عدول الخاطب بسبب من أحد الطرفين، كأن يدفع أحدهما بالآخر إلى العدول.

وكذلك يلاحظ أن المشرع أغفل مسألة العدول اللاإرادي كموت أحد الخطيبين أو حبسه أو مرضه. وبيان ذلك فيما يخص الحق في استرداد الهدايا. (غموض النص).¹

ب - بالنسبة للمهر: لم يتعرض المشرع الجزائري صراحة ولا ضمناً لمسألة تقديم المهر من الخاطب أثناء فترة الخطوبة، ولم يبين حكمه بعد عدول أحد الطرفين، ذلك أن الصداق لا يجب للمرأة إلا بالعقد الصحيح.²

¹ - أغلب الفقهاء يرون بوجوب استرداد الهدايا في حالة العدول سواء ردها عينية أو قيمتها إن هلك.

- الحنفية: للخاطب الحق في استرداد الهدايا ما دامت باقية، أما إن هلك أو استهلك، أو حصل فيها أي مانع من موانع الرجوع في الهبة: (1) - كزيادة الموهوب. (2) - موت الواهب أو الموهوب له. (3) - تعويض الواهب عن الهبة. (4) - خروج الموهوب عن ملك الموهوب له. (5) - قيام الزوجية بين الواهب والموهوب له حال الهبة. (6) - القرابة المحرمة. (7) - هلاك الموهوب أو استهلاكه. فليس له حق الرجوع، لأن الهدية هبة، والهبة لا تسترد حال وجود مانع من موانع الرجوع فيها.

- الشافعية: للخاطب حق الرجوع في الهدية سواء كانت باقية أم هالكة، سواء أكان الرجوع من قبل المرأة أم من قبل الرجل، أم من قبلهما معا.

- الحنابلة: لا يجوز الرجوع في الهبة إذا قبضت (الهبة تلزم بقبضها من الموهوب له)، وتجوز قبل القبض.

- المالكية: فصلوا في القضية: - إذا كان العدول من الخاطب فلا يسترد شيئاً مما أهداه حتى ولو كانت قائمة ما لم يوجد شرط معتبر أو عرف محكم. لأنه بالرجوع يجمع عليها بين مصيبة الإعراض عنها ومصيبة استرداد ما قدّم لها. - وإن كان العدول من قبل المخطوبة، فللخاطب حق استرداد الهدايا عينية أو قيمتها إذا هلك أو استهلك ما لم يوجد شرط أو عرف يقضي بخلاف ذلك. لأنه لا يجمع على الخاطب بين ضياع ماله وفوات الخطبة. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر، سوريا، 1985، ص 26.

² - لقد تعرض المشرع المغربي لحكم الصداق عند العدول عن الخطبة أو موت أحد الخطابين أثناءها، خلافاً لمدونة الأحوال الشخصية التي لم تتعرض لحكم الصداق نهائياً. حيث نصت المادة 9 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "إذا قدم الخاطب الصداق أو جزءاً منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو ورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائماً، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسليمه. إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه". القانون رقم: 03-70 المؤرخ في 03 فبراير 2004، بمثابة مدونة الأسرة. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 5184، بتاريخ 2004/02/05، ص 418. أما موقف المشرع السوري من المهر المدفوع أثناء الخطبة وتم العدول عنها، فنص في المادة 4 من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي: "أ - إذا دفع الخاطب المهر نقداً واشترت المرأة به جهازها، ثم عدل الخاطب للمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز. ب - إذا عدلت المرأة فعليها إعادة

- موقف القضاء:

جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إن كان العدول منه، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب غير سديد يستوجب رفضه . ولما كان في قضية الحال أن الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة، فإن قضاة الموضوع يرفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".¹

التعليق: حيث أنه بالاطلاع على ملف دعوى الطعن يتبين وأن المدعي في الطعن قد ظل أربع سنوات عاطل المدعى عليها في الطعن وهي مدة الخطوبة وأنه على الرغم من تسجيل الزواج بالحالة المدنية فيما بعد فقد امتنع المدعي في الطعن عن إتمام إجراءات الزواج بالدخول على الزوجة المدعى عليها وقد ثبت أن ليس للمدعي في الطعن مسكن يأوي إليه زوجته وهو حق ثابت شرعاً للزوجة. وحيث أن قضاة الموضوع عندما قضوا بالطلاق قبل الدخول لعدم توفير بيت الزوجية لم يتجاوزوا سلطتهم بل فصلوا في موضوع الحق. وحيث أن هذا الوجه مرفوض. حيث أنه ثبت أن المدعي في الطعن هو الذي تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة وتسجيله بالحالة المدنية وأنه وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية فإن المدعي في الطعن يحرم من حق الاسترجاع للهدايا وأنه لا يوجد تناقض بين أسباب القرار المطعون فيه وحكم المحكمة بدعوى أن الخطبة مجرد اختبار. وحيث أن هذا الوجه غير مقبول. عن الوجه المأخوذ من خرق القانون. حيث أنه من الثابت أيضاً أن المدعى عليها في الطعن قد أصابها أضرار مادية ومعنوية من جراء انتظارها مدة أربع سنوات كخطيبة. وفيما بعد بعدم الدخول عليها على الرغم من تسجيل الزواج بالحالة المدنية وأن قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون عندما قضوا بالتعويض المحكوم به. وحيث أن هذا الوجه غير سليم.

- وجاء في القرار المؤرخ في 1993/07/13: "من المقرر قانوناً أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول. ولما ثبت في قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج وبدون مبرر شرعي أو قانوني. فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل المطعون ضده بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك وأن دفع الطاعنة المتعلق بأحققتها في نصف الصداق إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج. مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم، ويتوجب رفض الطعن".²

مثل المهر أو قيمته". كما كان رأي المشرع التونسي موافقاً لآراء الفقهاء على رد المهر، لأن المهر لا يجب إلا بالعقد؛ ويستوي في ذلك العدول من جهة الخاطب أو المخطوبة، ودون تفصيل خلافاً لما ذهب إليه بعض المشرعين العرب، حيث نص في الفصل 2 من مجلة الأحوال الشخصية كما يلي: "...وإذا دفع الصداق أثناء الخطوبة وتم العدول عنها من أحد الخاطبين فإن الخاطب يسترد الصداق، لكون هذا الأخير من أركان الزواج، وإن الزواج لم يتم فلا تستحق المخطوبة الصداق". أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376 (13 أوت 1956) يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66 الصادر في 1956/08/17.

- قرار المحكمة العليا رقم: 73919، بتاريخ: 1991/04/23، المجلة القضائية، عدد 02، 1993، ص 58.¹

- قرار المحكمة العليا رقم: 92714، بتاريخ: 1993/07/13، المجلة القضائية، عدد 01، 1995، ص 128.²

التعليق:... وأن قضاة القرار المطعون فيه ثبت لهم عدول الطاعنة عن إتمام الزواج دون مبرر شرعي أو قانوني وأن هذا العدول لا يمكن شرعا ولا قانونا أن يتحمل المطعون ضده الخسائر والأضرار المترتبة عليه، مما دفعه من هدايا وغيرها، خاصة تلك التي قدمها للطاعنة بهدف إتمام الزواج. وقد أتاحت المادة 5 من ق.أ. للخاص أن يستعيد كل ما لم يستهلك من الهدايا إذا عدلت المخطوبة عن الخطوبة فأحرى وأولى أن يكون له ذلك في حالة عدول الزوجة عن إتمام الزواج دون مبرر شرعي أو قانوني. كما هو الشأن في قضية الحال التي لم يخطئ القضاة في شأنها بتطبيق أي نص قانوني خاصة المادة 5 من ق.أ. ثم أن الطلاق الذي يعطي الزوجة الحق في نصف الصداق قبل الدخول بها إنما هو الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته، فيتحمل مسؤوليته وفق ما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية في الآية الكريمة: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ الآية. والمادة 16 من ق.أ. مستمدة من هذه الآية التي تؤكد حق الزوجة في نصف الصداق إذا طلقها الزوج بإرادته. والحال أن الزوجة في هذه القضية هي التي عدلت عن إتمام الزواج وحالت دون وقوعه رغم إصرار الزوج على البناء بها فلا يعقل أن تطالب بنصف الصداق أو أن يكون لها الحق فيه، فالقرار المطعون فيه بقضائه كما فعل قد طبق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون تطبيقا سليما دون أي خرق للقانون أو خطأ في تطبيقه ويرد الوجه بذلك. وعلى هذا فإن مبادئ الاجتهاد القضائي قد استقرت على تطبيق النص القانوني بهذا الشأن ولم تخرج عما هو مقرر في الفقه الإسلامي.

ثانيا - التعويض عن الضرر المادي والأدبي بسبب العدول عن الخطبة

تنص الفقرة 03 من المادة 05 قانون الأسرة على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز له الحكم بالتعويض". من خلال بيان الطبيعة القانونية للخطبة بأنها مجرد وعد وليست عقد، وأن العدول عنها مقرر لكل من الخطيبين. فهو جائز شرعا وقانونا، هذا الجواز في العدول تعارضه الفقرة 02 من نفس المادة التي رتبت التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تنتج عن العدول ذاته.

وبالتالي لا يكون التعويض عن العدول ذاته باعتباره واقعة أو تصرف أجازه القانون والشرع، وإنما يكون التعويض عما صاحب ذلك العدول من أضرار مادية أو معنوية.¹

- موقف القضاء:

لم يستقر القضاء الجزائري على أي اجتهاد فيما يخص التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تصاحب استعمال الحق في العدول عن الخطبة، فقد عمد إلى تطبيق النص المتضمن في المادة 05 قانون الأسرة دون تقييد صور الضرر المعنوي الموجب للتعويض.²

¹ - نص المشرع المغربي في المادة 07 من مدونة الأسرة: "بمجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرا للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

² - تنص المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة". كما تنص المادة 124 من نفس القانون على التعويض عن الضرر المادي: "كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم

ومن أمثلة ما ورد في ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا والمؤرخ في 1989/12/25: "من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء، وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أيضا إذا ترتب عن العدول على الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدئين يعد خرقا للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي بإلغاء الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".¹

التعليق: حيث أنه جاء في الحكم الصادر من محكمة الجرائز بتاريخ 1985/07/10 ما يلي: حيث أنه ثبت من أدلة الملف، ومن تصريحات المدعى عليها (ب.ف) بجلسة الصلح أن العدول عن الزواج كان بفعالها. حيث يتبين حسب ملف المحكمة أن الأنسة (ب.ف) اعترفت في جلسة الصلح أمام القاضي أنها هي التي رفضت إتمام الزواج وأن فسخ الخطوبة كان منها وهذا إقرار قضائي حسب المادتين 341 و342 من ق.م. حيث حسب المادتين من ق.م 124 و125 فيجب تعويض الطاعن عن الضرر الذي أصابه بسبب العدول عن الخطبة وكذلك حسب المادة 2/5 و4 من ق.أ. حيث أن الطاعن لا يمكنه أن يثبت ما قدم لخطبته لسبب أدبي إذ أن المخطوبة ابنة عمه وكان يسكن عند عمه ذلك حسب المادة 2/336 من ق.م. لذلك فإن المجلس بإلغاء الحكم المستأنف وتصديده للموضوع ورفضه الدعوى لم يعلل قراره تعليلا كافيا وكان مخالفا للمواد المذكورة أعلاه، لذلك تعين نقض القرار المطعون فيه ودون إحالة.

ثالثا - اقتران الفاتحة بالخطبة

نصت المادة 06 من قانون الأسرة على ما يلي: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا. غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون".

يتضح أن المشرع الجزائري قد اعتمد النص على هذه المادة تماشيا مع العرف الجاري في المجتمع الجزائري، وذلك بنية التفريق بين الخطبة وعقد الزواج عند اقتران الفاتحة بهما. حيث اصطلح على تسمية عقد الزواج المقترن بالفاتحة "بالزواج العرفي" وهو زواج شرعي لكنه غير موثق رسميا. وقراءة الفاتحة كما جرت عادة كثير من الناس عند قبول الخطبة لا تعدو في هذه الحالة أن تكون تأكيدا للوعد بالزواج. هو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 06. ويعبر عن ذلك **بمجلس الخطبة**.

أما إذا اقترنت الفاتحة بالخطبة في **مجلس العقد** بحضور إمام وحضور الشهود، ثم دُكرَ الصداق، فهنا تعتبر المرأة زوجة شرعية لتوافر أركان الزواج وشروطه وهذا ما عدّته الفقرة الثانية من المادة 06 بقولها: "...غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا

بالقانون رقم: 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1429 الموافق 20 يونيو سنة 2005. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 44، بتاريخ: 2005/06/26، ص 17.

- قرار المحكمة العليا رقم: 56097، بتاريخ: 1989/12/25، المجلة القضائية، عدد 04، 1991، ص 102.¹

وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون". حتى ولو لم يكن مسجلا في سجلات الحالة المدنية.

- موقف القضاء:

استقر القضاء على اعتبار اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد مع توافر الأركان والشروط زواجا صحيحا طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة الجزائري؛ حيث جاء الاجتهاد القضائي في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1992/03/17: "من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، ولصحة الزواج لا بد من توافره على جميع أركانه المتمثلة في: رضا الزوجين، وولي الزوجة، وحضور شاهدين، وصدق. ولما ثبت من أوراق الملف الحالي أن شهود القضية صرحوا وأكدوا حضورهم وليمة أو فاتحة الخطبة، واكتفى قضاة الموضوع بتأسيس قرارهم القاضي بصحة الزواج على ذلك، علما أن الفاتحة ليست من بين أركان الزواج وإنما هي من باب التبرك والدعاء وأن مجلس الخطبة يختلف عن مجلس العقد. لذا فإن القرار المنتقد جاء خاليا من الأساس القانوني السليم مما يتعين نقضه".¹

التعليق: عن الوجه الوحيد: المأخوذ من مخالفة المادة 9 من ق.أ بدعوى أن القرار المنتقد قد قضى بصحة الزواج بناء على قرار الزواج الوارد في مذكرته المؤرخة في: 1988/10/10 دون التحقق من توفر أركان الزواج المنصوص عليها بالمادة المشار إليها رغم أن الطاعن قد اعترف بالخطبة فقط والخطبة لا تعني الزواج. حيث أنه بالفعل فإن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم سواء أمام القاضي الأول أو أمام العضو المقرر يذكرون حضورهم وليمة الخطبة أو فاتحة الخطبة مما يعني أن المحققين لم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضر الشهود هل هو مجرد حضور خطبة على معنى المادة 5 من ق.أ أم أنهم قد حضروا مجلس العقد على معنى المادة 9 من نفس القانون بينما الفاتحة فهي ليست ركنا من أركان الزواج وليست شرطا لوقوع الخطبة وإنما هي من باب التبرك والدعاء وعلى ذلك يجب التفريق بين الفاتحتين. حيث جاء القرار المنتقد أنه تأكد من شهادة الشهود الذين تم سماعهم يوم: 1989/01/16 بأنهم حضروا وليمة الخطبة ولدى مطالبتهم براءة الفاتحة علموا بأن هذا الحفل يخص الطرفين الأمر الذي جعل قضاة الموضوع لم يعطوا لقرارهم الأساس القانوني مما يتعين نقضه.

- وكذا ما جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/11/19: "إن إثبات الزواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاة الموضوع طالما كان ذلك قائما على النحو الشرعي، ومن المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان هي مقدمة للزواج وليست زواجا، غير أنها قد تتجاوز مرحلة التماس النكاح إلى النكاح الشرعي وتصبح فعلا زواجا شرعيا إذا واكبها تحديد شروطه وتحققت أركانه، ومن ثم فإن القضاء بما يتفق مع هذا المبدأ يعد صحيحا".²

- قرار المحكمة العليا رقم: 81129، بتاريخ: 1992/03/17، المجلة القضائية، عدد 03، 1994، ص 62.¹

- قرار المجلس الأعلى رقم: 34046، بتاريخ: 1984/11/19، المجلة القضائية، عدد 01، 1990، ص 67.²

التعليق: إثبات الزواج أو نفيه لما يدخل في تقديرات قضاة المجلس الخطبة قد تتجاوز مرحلة التماس النكاح وتصبح فعلا زواجا شرعيا إذا واکمها تحديد شروطه وحصول أركانه. حيث أن الطاعن تكفيرا منه على عمله القبيح اتصل أو أرغم على الاتصال بوالد ضحيته وطلب يد ابنته وقبل طلبه وحدد المهر لها وبمحضر شهود وتولى الأب نكاح ابنته إليه وقد رأى قضاة القرار من خلال هذه الأفعال أنه ولو تم ذلك ضمن ما يسمى بالخطوبة فإنه تجاوزها وأصبح زواجا حقا. وحيث أن إثبات الزواج أو نفيه خاضع لتقدير قضاة الموضوع طالما كان ذلك قائما على النحو الشرعي كما أن الخطبة قد تتجاوز مرحلة التماس النكاح إلى النكاح الشرعي كما هو الحال هنا ومن ثم كان ما ذهب إليه المجلس صوابا في اعتبار ما وقع زواجا. لكن فيما يخص استحقاق الزوجة الصداق كله ليس كذلك لعدم وقوع الدخول بها إذ لا يعتبر ما وقع قبل الاتفاق دخولا شرعيا بل هو مجرد عهمل غير شرعي كما أنه لا يوجد أي تناقض بين إثبات الزواج ونفي نسب الولد عن الطاعن لأن لكل منهما حكمه فما نشأ من ماء حرام يبقى كذلك ولا يضيف عليه العقد الصبغة الشرعية وعليه فالنعي على القرار بما ينعي عليه به باستثناء الصداق ليس له محل.

- وجاء في القرار الصادر بتاريخ 1992/04/14: "من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقتزن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محدودة ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا. ومتى تبين في قضية الحال أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد وأنه تم اقتزان الخطبة بالفاتحة وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين العدول عنها. وأن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله فإنهم كما قضوا قد طبقوا صحيح القانون".¹

التعليق: عن الفرع الأول: المأخوذ من مخالفة المادتين 5 و6 من ق.أ بدعوى أن القرار المنتقد قد اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين العدول عنها ورغم قراءة الفاتحة فإن الطاعن قد عدل عن الزواج بامتناع عن الدخول. حيث أن الطاعن لم يفرق بين المادتين 5 و6 من ق.أ مع أن الفقرة الأولى من المادة 5 تتعلق بتعريف الخطبة بأنها وعد بالزواج ولكل من الطرفين الحق في العدول عنها بخلاف الفقرة الأولى من المادة 6 والتي تسمح باقتزان الخطبة مع الفاتحة أي الجمع بين الخطبة وتمام العقد بانجاز كافة أركانه على معنى المادة 9 من ق.أ فقد اقتضت العادة قراءة الفاتحة بمجلس العقد تبركا وهي مندوبة شرعا رغم أنها ليست ركنا من أركان الزواج بل هي علامة على قيام الزواج أما باقي الفقرات من المادتين فتتعلق بالمسؤولية وجوانبها المادية وعليه فالفرع غير مؤسس. عن الفرع الثاني: المأخوذ من مخالفة المادة 9 من ق.أ التي تنص لكي يتم الزواج حصول رضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق وأن القرار المنتقد لم يذكر إلا شاهدا واحدا هو (م.ر). ولكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار المنتقد الذي لاحظ في أسبابه أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد الذي انعقد بالمسجد العتيق بمدينة عزابة بحضور الشهود وولي الزوجة وتحديد مبلغ الصداق بعشرين ألف دينار وقنطارين من الصوف وقطعة ذهبية غير محددة وأنه عكس ما يدعي الطاعن فإن قضاة الموضوع فقد استمعوا إلى الشاهدين (م.ر) أمام المسجد العتيق بعزابة الذي قرأ الفاتحة وأشرف على العقد (ن.ع) مهنته شاوش وعليه فهذا الفرع أيضا غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

- قرار المحكمة العليا رقم: 81877، بتاريخ: 1992/04/14، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 33.¹

- هناك قرار آخر في نفس السياق صادر بتاريخ 1995/04/04 جاء فيه: "إن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9 من ق.أ. ومتى تبين في قضية الحال أن الخطبة لم تسبق الفاتحة حتى تعتبر وعدا بالزواج طبقا للمادة 5 من ق.أ، وإنما اقترنت الخطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقد بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق وبالتالي فإن اقتران الخطبة بالفاتحة في هذه الحالة يعتبر زواجا صحيحا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9 من ق.أ، وعليه فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الفاتحة مثل الخطبة تعتبر وعدا بالزواج رغم تقديم الطاعنة لشهودها على وقوع الزواج وتوافر أركانه فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".¹

التعليق: عن الوجه الأول: المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون. بدعوى أن قضاة الموضوع قد اعتبروا أن الفاتحة مثل الخطبة هي وعد بالزواج وليست زواجا صحيحا مع أن الطاعنة قد قدمت شهودها على وقوع الزواج بأركانه المنصوص عليها بالمادة 9 من ق.أ من رضا وولي وشاهدين وصداق. حيث أنه بالفعل فإن الطاعنة قدمت شهودها، حسب المحضر المحرر بجلسة بتاريخ 1990/03/21 فقد صرح فيه الشاهدين (ف.م) و(ب.ع) على حضورهما لمجلس العقد التي تليت فيه الفاتحة بحضور أخ الطاعنة (ع.ب) كولي لها وحضور المطعون ضده ومع تحديد الصداق المعلوم. حيث أن المادة 6 من ق.أ تقضي بأنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة فإن سبقت الخطبة الفاتحة فتلك هي الخطبة المنصوص عليها في المادة 5 من نفس القانون وهي التي تعتبر وعدا بالزواج، أما في حالة اقتران الخطبة مع الفاتحة حسب المادة 6 المشار إليها، فهي زواج متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9 من ق.أ والطاعنة قدمت ما يشير إلى توافر أركان الزواج حسب المحضر المحرر في مارس 1990 وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه ودون الحاجة إلى مناقشة الوجه الثاني.

وعلى هذا يمكن القول بأن المحكمة العليا في قراراتها بهذا الشأن جعلت المعول عليه في قيام عقد الزواج وصحته هو توافر أركانه وشروطه، وبغيرها لا ينعقد الزواج حتى ولو قرئت الفاتحة. وهناك قرارات ومبادئ قضائية مشابهة كثيرة، ومنه ما يلاحظ بأن مبادئ الاجتهاد القضائي قد استندت فيما أقرته من مبادئ وأحكام تعتبر من خلالها أن اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد زواجا صحيحا على أحكام الشريعة الإسلامية.

المحاضرة الثانية: الصداق وأثر تخلفه في عقد الزواج

ذهب المشرع الجزائري إلى اعتبار الصداق شرط من شروط صحة عقد الزواج في المادة 9 مكرر. وقد تناولت موضوع الصداق المواد 9 مكرر و14 و15 و16 و17 من قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02-05 بتاريخ 2005/02/27.

أولا - تعريف المشرع الجزائري للصداق

¹ - قرار المحكمة العليا رقم: 111876 بتاريخ: 1995/04/04، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 36.

عرف المشرع الصداق في المادة 14 من قانون الأسرة بأنه: "هو ما يدفع نحلة¹ للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء". وهذا التعريف مستنبط من الآية 04 من سورة النساء، في قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾. وصفه بأنه هدية.

ثانيا - التكييف القانوني للصداق

في قانون 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 كيف المشرع الجزائري الصداق على أنه ركن من أركان عقد الزواج موافقا بذلك المذهب المالكي (نص المادة 9 ق.أ) وهذا ما كرسته التطبيقات القضائية في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 17/03/1998: "من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق. ومتى تبين في قضية الحال أن المستأنفة أتت بشهود مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي وشهود وصداق"².

وبعد تعديل المادة 9 بموجب الأمر 05-02 لم يعدل المشرع عما هو مقرر عند بعض فقهاء المالكية، فجعل الصداق شرطا لصحة عقد الزواج بموجب المادة 9 مكرر قانون الأسرة. هذا ما أكدته المادة 2/15 قانون الأسرة بقولها: "في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل". كما نصت المادة 2/33 على انه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

ثالثا - مقدار الصداق

المشرع الجزائري لم يجعل للصداق حداً أدنى ولا أعلى آخذاً في ذلك بما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وفقاً للمادة 14 قانون الأسرة حيث جاءت مطلقة في هذا الشأن: "...ما يدفع نحلة للزوجة من نقود ونحوها".

رابعا - أنواع الصداق:

أ - **الصداق المسمى**: نص المشرع الجزائري في المادة 1/15 قانون الأسرة على أنه: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً". وما يفهم من عبارة "يحدّد" أنه يجوز تسمية المهر بعد إبرام العقد. مع العلم أن المادة قبل التعديل كانت تنص على وجوب تحديد الصداق في العقد.

ب - **الصداق غير المسمى**: نص المشرع الجزائري على هذا النوع من الصداق في المادة 2/15 قانون الأسرة: "في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل". وهو ما ذهب إليه المشرع في المادة 2/33 قانون الأسرة: "إذا تم الزواج بدون...صداق...يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

خامسا - تعجيل الصداق وتأجيله

¹ - النحلة ما يتحله الإنسان ويعطيه هبة عن طيب نفس بدون مقابلة عوض فهي عطية واجبة وفريضة لازمة حتما لا تخير فيها. نخبه من العلماء،

التفسير الميسر، ط2، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2009، ص 77.

- قرار المحكمة العليا رقم: 188707 بتاريخ: 17/03/1998، المحلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 50.

طبقا لنص المادة 15 قانون الأسرة يتضح أن تحديد الصداق في العقد قد يكون معجلا أو مؤجلا، وقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الجمهور¹ في جواز تعجيل وتأجيل المهر كله أو بعضه. ويتبع العرف السائد في البلد حالة عدم ذكر ذلك في العقد.

- موقف القضاء:

جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1998/11/17: "إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصداق المثل. ومتى تبين في قضية الحال أن الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا توافر أركان الزواج العرفي ما عدا الصداق بقي مؤجلا حسب عادة المنطقة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القضائي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه، فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبب لان عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".²

التعليق: عن الوجه الوحيد: المأخوذ من قصور الأسباب وتناقضها. بدعوى أن القرار المنتقد قد أيد الحكم القاضي برفض دعوى الطاعن الرامية إلى إثبات الزواج المدعى به الذي توافرت أركانه. حيث انه بالفعل، فإن الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا توافر أركان الزواج العرفي، ملاحظين بان الصداق بقي مؤجلا حسب عادة المنطقة. حيث أن القاضي الأول قد اعتبر المادتين 5 و6 من ق.أ. يتعلقان بالخطبة، مع أن المادة 6 تجمع بين الخطبة والفاتحة التي تدل على توافر أركان الزواج. حيث أن القرار المنتقد قد اعتبر أن أركان الزواج المدعى به قد توافرت ومع ذلك فقد أيد الحكم المستأنف الذي يتناقض مع القرار المنتقد، إضافة إلى أن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصداق المثل طبقا للمادتين 17 و33 من ق.أ. وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المنتقد.

سادسا - استحقاق الصداق:

نص المشرع الجزائري على استحقاق الزوجة للصداق في المادة 2/15 والمادة 16 قانون الأسرة.

أ - حالة استحقاق كامل الصداق: وفقا لنص المادة 16 قانون الأسرة تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بالوفاة. ولم يتطرق المشرع إلى الخلوة الصحيحة أو الدخول الحتمي كموجب لكامل الصداق في حين استقر القضاء على وجوبه كاملا. أما من جانب الفقه الإسلامي، حيث يرى كل من الحنفية والحنابلة بأن الخلوة الصحيحة تؤكد للمرأة كل الصداق.³ ويرى المالكية أن مكوث الزوجة في بيت زوجها

¹ - المالكية يرون كراهة تأجيل المهر واشترطوا شرطين: 1 - أن يكون الأجل معلوما. 2 - ألا يكون الأجل بعيدا كخمسين سنة فأكثر وهذا مظنة لإسقاط المهر وإفساد العقد. وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج3، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2006، ص 100.

² - قرار المحكمة العليا رقم: 210422 بتاريخ: 1998/11/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 53.

³ - أما إذا كانت الوفاة ناتجة عن تصرف إرادي، فهل يتأكد للمرأة الصداق بأكمله؟ في الحقيقة لقد اتفق الفقه الإسلامي على أنه يتأكد المهر إذا كان الموت ناتج عن قتل أجني أو بفعل الزوج أي يقتل نفسه (انتحار) أو قتل زوجته، ففي هذه الحالات كلها يتأكد للزوجة المهر كله. بينما تضاربت آراء الفقه الإسلامي في حالة إذا انتحرت الزوجة أو قامت بقتل زوجها عمدا، ففي حالة انتحارها وكان ذلك قبل الدخول بما يرى جمهور الفقهاء أنها تستحق كل المهر لأن حق ورثتها تعلق بالمهر فلا يسقط بعملها (الانتحار)، بينما يرى زفر من الأحناف أنها لا تستحق شيئا في هذه الحالة وذلك بسبب فوات حق الزوج عليها. أما إذا قتلت زوجها عمدا فيرى الشافعية والمالكية أن حقها في المهر يسقط بصفة نهائية فهي تحرم في

مدة سنة يتأكد به كل الصداق دخل بها أو لم يدخل بها، أما الشافعية فيرون بأن الزوجة لا يتأكد لها كل المهر إلا بالدخول الحقيقي أي الوطء.

– موقف القضاء:

جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 19/11/1984: "من المتفق عليه فقها أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن بعدم إتمام الدخول بزوجه، غير مبرر ويستوجب رفضه. ولما كان ثابتاً من وقائع الدعوى أن الطرفين عاشا كزوجين في الخارج أثناء قضاء شهر العسل وفي الداخل بمحل الزوجية لمدة طويلة في فراش واحد، الأمر الذي يتقرر به كامل الصداق ويترتب عليه توابع العصمة، وبما أن قضاة الاستئناف اعتبروا الزواج بين الطرفين صحيحاً وصرحوا بالطلاق بينهما، فإنهم بقضائهم كما فعلوا سببوا قرارهم وخولوه أساساً شرعياً".¹

التعليق: حول الوجه الثاني: المأخوذ من خرق القانون لعدم إتمام الدخول بالزوجة الشيء الذي يترتب عليه فسخ النكاح. لكن حيث أنه من الثابت والغير المتنازع فيه هو أن الطرفين عاشا كزوجين في الخارج أثناء شهر العسل وفي محل الزوجية بمدينة سكيكدة مدة طويلة في فراش واحد وهكذا حصلت خلوة الاهتداء المبنية على العقد الصحيح، الشيء الذي يتقرر به كامل الصداق ويترتب عليه توابع العصمة، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما اعتبروا الزواج بين الطرفين صحيحاً وصرحوا بالطلاق بينهما، سببوا قرارهم وخولوه أساساً شرعياً، وعليه فهذا الوجه كسابقه غير مبرر.

– في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 02/10/1989: "من المقرر شرعاً أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابها عليها وهو الذي يعبر عنه شرعاً بإرخاء الستور أو خلوة الاهتداء يعتبر دخولا فعلياً يترتب عليه الآثار الشرعية وتنتال الزوجة كامل صداقها...".²

التعليق: فيما يتعلق بالسبب الثاني بمختلف فروعه: حيث أن الزوجة زفت للطاعن واختلى بها في بيته وأرخى عليها ستائره ووقع بينهما ما يسمى فقها بخلوة الاهتداء وأنه لم ينكر إصابتها ومن ثم يعتبر دخوله بها دخولا فعلياً تترتب عنه آثاره الشرعية وتنتال به كامل صداقها والحكم لها به كما فصل المجلس هو حكم يندرج ضمن المادة 16 الواردة في السبب في شقه الأول كما أن توجيه اليمين له أو لزوجته يكون عند تنازعهما على قدره والطاعن لم ينازع ذلك أمام المحكمة أو المجلس ولذا لم يكن وقته ما يستوجب اليمين. وفيما يخص عدم الحكم بفسخ النكاح بدلا من الحكم بالطلاق فإن ذلك خاص بالشروط الصريحة المتفق عليها في طلب عقد الزواج أو تضمن أموراً تتنافى معه أو اختل ركنا من أركانه أما الشروط الذي يحاول الطاعن افتراضه في عقد زواجه بالمطعون ضدها وهو غير موجود به مستدلاً في ذلك بالمادة 32 من ق.أ فهو استدلال بعيد عنها تحميل لها غير ما تحتمله.

هذه الحالة من الميراث فأولى أن تحرم من الصداق وبالإضافة إلى ذلك قد أنهت الزواج بمعصية، بينما يرى الحنفية والحنابلة بأن لها الحق في الصداق لأن الجريمة التي ارتكبتها لها عقوبة مخصصة في الشريعة الإسلامية وفي هذه الحالة لا يدخل ضمن هذه العقوبة إسقاط حق الزوجة في المهر، ولكن أمام هذين الرأيين المتضاربين فإنه من المستحسن الأخذ بما ذهب إليه الرأي الأول لأنه لا يمكن أن تكون الجرائم سبباً في النعم. عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية – الجزء الأول الزواج –، ط1، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، القاهرة، مصر، 2004، ص 414 و415.

¹ – قرار المجلس الأعلى رقم: 35107 بتاريخ: 19/11/1984، المجلة القضائية، عدد 02، 1990، ص 55.

² – قرار المجلس الأعلى رقم: 55116 بتاريخ: 02/10/1989، المجلة القضائية، عدد 01، 1991، ص 34.

وبما أن الدخول مسلم به فالعدة واجبة فهذه تجب حتى التي يتفق الزوجان فيها على عدم الوطء، وإذا وجبت نفقتها لا مناط منها ونفقة ما قبلها تجب مثلها في غياب المسقط لها وعليه فالحكم بهما كان متماشيا مع المادتين 58 و174 المذكورتين وليس مخالفا لهما.

- وجاء في قرار آخر بتاريخ 18/06/1991: "من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا أبرم عقد زواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها، حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول..."¹.

التعليق: عن الأوجه الأربعة مجتمعة: حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، يتبين أن المحكمة قد اعتبرت عقد الزواج صحيحا وأن اختلاء الزوج بزوجه كاف لجعل العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين، فقد جاء حيثيات الحكم ما يلي: « حيث أن المدعي رافع المدعى عليها أمام المحكمة طالبا الطلاق وفي المذكرات اللاحقة طلب إبطال العقد كون المدعي وقع في إكراه أثناء إبرامه. وحيث أنه تبين للمحكمة أنه تم الزواج باختلاء الزوج بزوجه وبالتالي تعتبر العلاقة الزوجية قائمة قانونا. وحيث أن الخلوة صحيحة وتنتج آثارها، مما يجعل المحكمة اعتبار الدخول قد تم وللزوجة الحقوق الكاملة الناتجة عن الدخول...الخ ». حيث أن مثل هذا التعليل كاف لجعل الحكم المطعون فيه حكما سليما. حيث أن عقد الزواج قد وقع أمام ضابط الحالة المدنية بالبلدية ويفترض فيه أنه مستوفيا للشروط المطلوبة في عقد الزواج من ولي وصداق ورضا وشاهدي عدل، إذ يقع العقد أمام الجمع وليس سرا وحيث أنه ما دام هناك عقد تم إبرامه أمام ضابط الحالة المدنية وبحضور جماعة من المسلمين، فإن هذا العقد يعتد به شرعا أمام القضاء ولا يتصور أن يجر زواجا قسرا لكي يبرم عقد زواج على زوجته وحيث أن المحكمة قد تأكدت من أنه وقع الدخول واختلى الزوج بزوجه بعد وقوع العقد حتى ولو لم يقع احتفال بالزواج وحيث أنه إذا تأكدت الخلوة بين الزوجين الذين أبرما عقد نكاح بينهما فإنه يصبح لهذه الزوجة الحق في جميع توابع العصمة وفي صداقها كاملا، حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول ويتبين مما سبق ذكره أن كل الأوجه المثارة غير مؤسسة ويتعين معها رفض الطعن.

- وفي قرار ثالث بتاريخ 14/09/2005: "...يعد بناء، دخول الزوجة بيت الزوجية ولو ليلة واحدة..."².

التعليق: حيث أن الطاعن حيث أن الطاعن ينعي على القرار المنتقد لكونه لم يحيل الوقائع واعتبر دخول الزوجة لليلة واحدة بناء دون البحث عن الخلوة الشرعية، لكن حيث أنه فضلا عما جاء في الوقائع وعلى لسان المطعون ضدها بأنها زفت إليه وبني لها وبقائها في بيت الزوجية بحوالي تسعة أشهر فإن قضاة الموضوع أوضحوا أن دخول الزوجة لبيت الزوجية ولو ليلة واحدة يعد بناء وهو أمر يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية لإمكانية الاتصال بين الزوجين ومن ثم يكون هذا الوجه غير قائم على أساس ويتعين رفضه.

ب - استحقاق نصف الصداق: نص المشرع الجزائري على حالة استحقاق الزوجة لنصف الصداق في المادة 16 قانون الأسرة في حالة الطلاق قبل الدخول، ومؤدى ذلك أنه يوجد عقد صحيح شرعا، لأن الطلاق لا يكون إلا في زواج صحيح. وذلك استنادا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ...﴾. سورة البقرة، الآية: 237.

¹ - قرار المحكمة العليا رقم: 74375 بتاريخ: 18/06/1991، المجلة القضائية، عدد 1، 1993، ص 61.

² - قرار المحكمة العليا رقم: 342922 بتاريخ: 14/09/2005، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2005، ص 413.

وقد كُرست هذه الحالة في التطبيقات القضائية. وكمثال على ذلك جاء الاجتهاد القضائي في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/10/16: "من المقرر قانوناً أنه عند الطلاق قبل البناء تستحق الزوجة نصف الصداق. ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن قضاة الموضوع طبقوا المادة 05 قانون الأسرة على الطلاق قبل البناء وقضوا بإرجاع الصداق كاملاً على أساس أن العدول عن الخطبة كان من الطاعة رغم أن عقد الزواج تم بين الطرفين فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون. مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه".¹

التعليق: عن الوجه الوحيد: المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون بدعوى أن القرار المنتقد قد أخطأ في تطبيق المادة 16 من ق.أ عندما أيد الحكم المستأنف القاضي على الطاعة بأن ترد مبلغ الصداق كاملاً مع أنها تستحق نصف الصداق لأن الطلاق تم قبل الدخول. حيث أنه بالفعل فإن قضاة الموضوع قد أخطأوا عندما طبقوا الفقرة الأخيرة من المادة 5 من ق.أ المتعلقة بالخطبة على اعتبار أن العدول عنها كان من طرف الطاعة مع أن عقد الزواج قد تم بين الطرفين يوم 1987/10/25 وقبضت الزوجة الصداق المقدّر بـ 350000 دج وصدر الحكم بالطلاق قبل البناء وكان على قضاة الموضوع تطبيق المادة 16 من ق.أ وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

- وبنفس المعنى صدر قرار عن المجلس الأعلى بتاريخ 1986/01/27: "متى كان من المقرر شرعاً أن عقد الزواج الصحيح والرابطة الزوجية تنحل بالطلاق سواء قبل البناء أو بعده، فإذا فارق الرجل امرأته قبل الدخول بها وجب عليه نصف المهر".²

التعليق: حيث أنه من المتفق عليه فقها واجتهادا أن عقد الزواج الصحيح والرابطة الزوجية تنحل بالطلاق سواء قبل البناء أو بعده وإذا فارق الرجل امرأته قبل الدخول عليه نصف المهر وإذا حصل خلاف في المهر فإن أثبت المدعي دعواه بالبينة قضى له وإن عجز عن البينة يعرض اليمين على المدعى عليه. حيث أن قضاة المجلس رغم عجز الطاعن من تقديم حجة تثبت بأن دفع كامل الصداق لم يعرض اليمين على المدعى عليها في الطعن وحكموا على الطاعن بدفعه تعويضاً لها. حيث أن القرار لما جاء خالياً من تطبيق أحكام الفقه المذكورة يكون قد خرق التشريع الإسلامي الأمر الذي يجعله عرضة للنقض.

- وكذا القرار المؤرخ في 1996/09/24 والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول. ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الزوجة طلقت قبل البناء فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الطلاق المحكوم به فسحا والحكم على الطاعة بإرجاع كامل الصداق مع أنها تستحق نصفه خالفوا أحكام المادة 16 من قانون الأسرة. مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه".³

التعليق: الوجه الوحيد: المأخوذ من مخالفة المادة 16 من ق.أ بدعوى أن القرار المنتقد قد اعتبر الطلاق المحكوم به قبل البناء هو فسخ وليس طلاقاً مع أنه طلاق قبل البناء طبقاً للمادة 16 من ق.أ كما قضى القرار

¹ - قرار المحكمة العليا رقم: 96801 بتاريخ: 1993/10/16، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 266.

² - قرار المجلس الأعلى رقم: 39022، بتاريخ: 1986/01/27، المجلة القضائية، عدد 01، 1989، ص 105.

³ - قرار المحكمة العليا رقم: 143725 بتاريخ: 1996/09/24، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 269.

على الطاعنة بإرجاع كامل الصداق مع أنها تستحق نصفه. حيث أنه بالفعل وأن المادة 16 من ق.أ تقضي بأن الطلاق قبل البناء هو طلاق وليس بفسخ له مع العلم أن المادة 57 من نفس القانون تقضي بأن أحكام الطلاق لا تقبل الاستئناف إضافة إلى أن المادة 16 المشار إليها قد نصت على أنه في حالة الطلاق قبل البناء فإن الزوجة تستحق نصف الصداق والقرار المنتقد قد خالف المادة المذكورة عندما قضى للطاعن باسترجاعه كامل الصداق وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة.

- في قرار حديث صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2019/12/04: "تستحق المطلقة نصف الصداق عن الطلاق قبل الدخول ولا يعتبر تعويضا لاختلاف طبيعتهما، فالتعويض يستحق لجبر الضرر".¹

التعليق: عن الفرع الثالث والأخير المأخوذ من مخالفة المادة 52 من قانون الأسرة: والذي جاء فيه أن الطاعنة قد طالبت بـ 500 ألف دينار كتعويض لها عن الطلاق إلا أن قاضي المحكمة رفض لها ذلك على أساس أن نصف الصداق الممنوح لها يقوم مقام التعويض، وقد أيده المجلس في ذلك بنفس الأسباب. حيث إن ما تنعاه الطاعنة صحيح ذلك أن الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة وهو ملك لها تستحقه كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول فلا يمكن اعتباره تعويضا، أو أنه يقوم مقام التعويض لاختلاف طبيعتهما من حيث الحكم فالتعويض هو جبر الضرر الذي لحق المطلقة بعد طلاقها إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في ذلك، وهو ما لم يقض به قضاة الموضوع مخالفة للقانون مما يستوجب قبول هذا الفرع وهو ما يستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص التعويض عن الطلاق قبل الدخول.

ج - استحقاق الزوجة لصداق المثل: تناول المشرع الجزائري في نص المادة 15 من قانون الأسرة حالة استحقاق صداق المثل وتكون عند عدم تحديد الصداق أو تسميته بعد الدخول. فهنا تستحق الزوجة صداق المثل.

وجاء في نص الفقرة 02 من المادة 33 قانون الأسرة أنه يثبت صداق المثل بعد الدخول إذا تم الزواج دون صداق. غير أن المشرع لم يبين ماهية صداق المثل وكيفية تحديده.² وهو ما يستدعي الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد صداق المثل.³

¹ - قرار المحكمة العليا رقم: 1333125، بتاريخ: 2019/12/04، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، ص 94.

² - نص المشرع الأردني في المادة 39 من القانون رقم: 15 لسنة 2019: "...ومهر المثل وهو مهر مثل الزوجة وأقاربها من أقارب أبيها وإذا لم يوجد لها أمثال وأقران من جهة أبيها فمن مثيلاتها وأقاربها من أهل بلدتها". القانون رقم: 15 لسنة 2019، يتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني. الجريدة الرسمية، عدد 5578، بتاريخ: 02 جوان 2019 ص 3181.

³ - في الفقه الإسلامي **حدده الحنفية** بأنه مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد من جهة أبيها، لا أمها إن لم تكن من قوم أبيها، كأختها وعمتها وبنت عماتها وبنت عمها، في بلدها وعصرها. وتكون المماثلة في الصفات المرغوب فيها عادة: وهي المال والجمال والسن والعقل والدين؛ فإن لم يوجد من تماثلها من جهة أبيها، اعتبر مهر المثل لامرأة تماثل أسرة أبيها في المنزل الاجتماعية، فغن لم يوجد فالقول للزوج يمينه. **وحدد الحنابلة** مهر المثل بأنه معتبر بمن يساويها من جميع أقاربها، من جهة أبيها وأمها، كأختها وعمتها، وبنت عمتها، وأمها، وخالتها وغيرهن القربى القربى. فإن لم يكن أقارب اعتبر شبهها بنساء بلدها، فإن عدم من اعتبر أقرب النساء شبهها بما من أقرب البلاد إليها. **وحدد المالكية والشافعية** مهر المثل بأنه ما يرغب به مثله - أي الزوج - في مثلها - أي الزوجة - عادة. ويعتبر مهر المثل عند الشافعية بمهر نساء العصباء، وتعتبر بالأقرب فالأقرب منهن، وأقربهن الأخوات وبنات الإخوة والعمات وبنات الأعمام، فإن لم يكن لها نساء عصباء، اعتبر بأقرب النساء إليها من الأمهات والخالات، فإن لم يكن لها أقارب، اعتبر بنساء بلدها، ثم بأقرب النساء شبهها بها. ويعتبر مهر المثل عند المالكية بأقرب الزوجة وحالها في حسبها ومالها وجمالها، مثل مهر الأخت الشقيقة أو لأب، لا

لقد جسد الاجتهاد القضائي ذلك في القرار المؤرخ في 1998/11/17، إذ جاء فيه: "إنَّ عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضى للزوجة بصدّاق المثل. ومتى تبين في قضية الحال أن الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا توافر أركان الزواج العرفي ما عدا الصداق بقي مؤجلاً حسب عادة المنطقة. فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه فإنهم عرضوا قرارهم للتنافض والقصور في التسبب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".¹

التعليق: عن الوجه الوحيد: المأخوذ من قصور الأسباب وتناقضها. بدعوى أن القرار المنتقد قد أيد الحكم القاضي برفض دعوى الطاعن الرامية إلى إثبات الزواج المدعى به الذي توافرت أركانه. حيث أنه بالفعل، فإن الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا توافر أركان الزواج العرفي، ملاحظين بأن الصداق بقي مؤجلاً حسب عادة المنطقة. حيث أن القاضي الأول قد اعتبر المادتين 5 و 6 من ق.أ. يتعلقان بالخطبة، مع أن المادة 6 تجمع بين الخطبة والفتحة التي تدل على توافر أركان الزواج. حيث أن القرار المنتقد قد اعتبر أن أركان الزواج المدعى به قد توافرت ومع ذلك فقد أيد الحكم المستأنف الذي يتناقض مع القرار المنتقد، إضافة إلى أن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند النزاع يقضى للزوج= بصدّاق المثل طبقاً للمادتين 17 و 33 من ق.أ.، وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المنتقد.

سابعا - النزاع في الصداق

المشرع الجزائري نص في المادة 17 من قانون الأسرة على الاختلاف بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الآخر، وفرق في الحكم فيه بما إذا حصل قبل الدخول أم بعده.

- 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. حيث قسمت هذه المادة الاختلاف حول الصداق إلى ما قبل الدخول وبعده. وتطبق قاعدة الإثبات المنصوص عليها في نص المادة على جميع حالات النزاع سواء كانت متعلقة بتسمية الصداق أو مقداره أو صنفه أو نوعه أو في قبضه.

هذا ما جسده التطبيق القضائي والتي منها القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 1991/06/18 والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه في حالة النزاع 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. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون. ولما كان من الثابت في

الأم ولا العمة لأم أي أخت أبيها من أمه، فلا يعتبر مهر المثل بالنسبة إليهما، لأنها قد يكونان من قوم آخرين. محمد علي عبد الرحمن وفا، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة-، ط1، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2003، ص 523 وما يليها.

- قرار المحكمة العليا رقم: 210422 بتاريخ: 1998/11/17، المحلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 53.¹

قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين منحوا المصوغ باعتباره صداقا إلى الزوجة دون القيام بما هو واجب شرعا في هذه المسألة خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا".¹

التعليق: عن الوجه الثالث: المأخوذ من مخالفة القانون بالقصور في التعليل وانعدام الأساس القانوني بدعوى أن عقد النكاح المحرر في 1968/10/07 نص على أن الصداق المشتمل على مصوغ يقدم للزوجة ليلة البناء وأن الحكم الطاعن عليه بتسليم المصوغ المذكور بالعقد للمطعونة ضدها دون دليل يكون الحكم بذلك فاقد الأساس القانوني. ولكن حيث أنه بالفعل فإن عقد الزواج المحرر في 1968/10/07 قد عرف المصوغ الذي أعطي لها كصداق وعلى أنه يقدم لها ليلة البناء لكن قضاة الموضوع لم يتحققوا من كون الزوجة هل تسلمت مختلف الصداق أم لا؟ رغم أن المطعون ضدها قد صرحت أمام القاضي الأول أن المصوغ الذي تطالب به قد تم بيعه من طرف الزوج. حيث أن القرار المنتقد لم يجب على إنكار الطاعن المستأنف على أنه مدين بالمصوغ المذكور وعلى انتقاده لتطبيق المادة 14 من ق.أ لصالح الزوجة عوض أن تطبق هذه المادة لفائدته هو وعليه فهذا الوجه مؤسس. الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص المصوغ.

ثامنا - أثر تخلف الصداق في عقد الزواج

لقد نص المشرع الجزائري على أثر تخلف شرط الصداق في عقد الزواج في نص المادة 33 قانون الأسرة. في حالة ما إذا تخلف شرط الصداق وتم معرفة ذلك قبل الدخول، فإن المادة 2/33 نصت على أنه يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق، وهو ما جسده قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1987/03/09 والذي جاء فيه: "من المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي الزوج قبل الدخول ولم يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك القواعد الشرعية غير سديد. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن زوج المطعون ضدها توفي قبل الدخول دون أن يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق فإن قضاة المجلس برفضهم طلب أب الزوج باسترجاع نصف الصداق لوفاة ابنه قبل الدخول طبقوا المبادئ الفقهية تطبيقا سليما. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".²

التعليق: فيما يخص السبب المستدل به على طلب النقض يقول الشيخ خليل: "وسقط المزيد بالموت فقط..." أي وسقط على الزوج المزيد على الصداق بعد العقد فإذا اتفقا على قدر معين وتفضل الزوج على زوجته بشيء زائد على الصداق المتفق عليه وما سقط هذا الزائد أما أصله فيبقى للزوجة كاملا من غير تشطير بل تأخذ ما فرض لها ومثل هذا في ابن عاصم: "ووجب جميعه بالدخول أو الموت". وقضى رسول الله ص في قضية بروع بنت واثق التي توفي عنها زوجها قبل أن يدخل بها قضي لها بالصداق كله وجعل عليها العدة واعتبرها وارثة وهو ما أفتى به ابن مسعود ر. هذه هي القواعد الشرعية ومن ناحية أن الزوج طلب فسخ عقد زواجه بالمطعون ضدها في حياته ، فما دام لم يحكم بالفسخ والطلاق فليس في القضية فسخ ولا طلاق بل يبقى الموت هو المعتبر فيها. وعليه فالقرار المطعون فيه لم يخرج قضاؤه عن هذه المبادئ . ولذا فالنعي عليه بما ورد في السبب لا ينقص من سلامة قضائه مما يكون معه السبب غير مقبول.

- قرار المحكمة العليا رقم: 73515 بتاريخ: 1991/06/18، المجلة القضائية، عدد 04، 1992، ص 69.¹

- قرار المجلس الأعلى رقم: 45301 بتاريخ: 1987/03/09، المجلة القضائية، عدد 03، 1992، ص 66.²

أما في حالة ما إذا تخلف شرط الصداق ولم يتم معرفة ذلك إلا بعد الدخول فإن المادة 2/33 قانون الأسرة قد نصت على أن الزواج يثبت بصداق المثل، وتترتب عليه آثار العقد الصحيح. وهذا ما جسده قرار المحكمة العليا السابق ذكره المؤرخ في 1998/11/17 والذي جاء فيه: "...إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضى للزوجة بصداق المثل..."¹.

التعليق: تم التعليق على هذا القرار أعلاه.

وكون الصداق في قانون الأسرة شرط صحة فإن تخلفه في العقد يجعله قابل للإبطال، وفق المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، وهو رأي المالكية.

المحاضرة الثالثة: النفقة الزوجية كأثر من آثار عقد الزواج

أولا - تعريف النفقة

المشرع الجزائري لم يعرف النفقة² وإنما اقتصر على بيان حكمها وأنواعها. أما حكمها فورد في المادة 74 قانون الأسرة: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون".

وأما أنواعها فجاءت في المادة 78 قانون الأسرة: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

فالنفقة طبقا لنص المادة 74 قانون الأسرة تجب بالدخول الحقيقي أو الحكمي بالمرأة، وأما قبل الدخول فتظل النفقة واجبة على والدها بنص المادة 75 من قانون الأسرة: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال...". فبالنسبة للذكور إلى بلوغ سن الرشد والإناث إلى الدخول بهن.

ثانيا - شروط النفقة

اشتراط القانون للنفقة على المرأة الدخول بها أو دعوته للدخول بها كما جاء في نص المادة 74 قانون الأسرة، وهو ما أكدته الاجتهاد القضائي بتاريخ 1986/02/10: "إن حق النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة ولو حكما"³.

التعليق: فيما يخص السبب الأول المتعلق بالنفقة إذا كانت الزوجة نالت صداقها بموجب ما جاء في السبب الثالث فإن فرض النفقة لها لمدة سنة يتعارض مع موجب الخيار والرد إلى الحاصلين فعلا. فاستحقاق الزوجة النفقة في مثل هذه الحالة موقوف على ضرب أجل لها للعلاج ومتوقف على بقائها ببيت الزوجية ولو حكما. وحيث أن المطعون ضدها طالقت وخرجت من بيت الزوجية وانقطعت كل صلة مع زوجها فلا هي أجلت للعلاج على حساب زوجها ولا هي ببيتها يستمتع بها بطريق أو بآخر ومن ثم ففرض نفقة لها ليس له مستند من الشرع مما يكون معه السبب في محله.

1 - قرار المحكمة العليا رقم: 210422 بتاريخ: 1998/11/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 53.

2 - تعريف النفقة شرعا: اسم لما يصرفه الإنسان على زوجته، وعياله، وأقاربه، من طعام وكسوة ومسكن. عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، ط5، دار المعارف، مصر، 1965، ص 332.

3 - قرار المحكمة العليا رقم: 39394 بتاريخ: 1986/02/10، نشرة القضاة، عدد 44، 1988، ص 151.

ثالثاً - تقدير النفقة

ذهب قانون الأسرة في تقدير النفقة حسب المادة 79 قانون الأسرة إلى أنه: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم". أخذاً برأي المالكية والحنابلة. وعليه فتقدير النفقة يخضع للسلطة التقديرية للقاضي على حسب حال الطرفين اعتباراً من يوم رفع الدعوى.

- وجاءت الاجتهادات القضائية مؤكدة لذلك منها قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1984/04/02 ونص على ما يلي: "من المقرر شرعاً أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلاً من غنى وفقير يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكاً لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين، وطبقتهما الاجتماعية دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما وغناهما أو فقرهما أو غنى أحدهما أو فقر الآخر ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يعطى عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية، فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبيب وإعطاء شيء غير مألوف دون الاستناد على أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة".¹

التعليق: وحيث أن قضاة القرار المطعون فيه رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الاجتماعية دون أن يوضحوا حالة وطبقة كل منهما وغناهما أو فقرهما أو غنى أحدهما وفقر الآخر أو كونهما متوسطي الحال كما لم يبينوا مقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية وذلك لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى عدد غير مألوف أن يعطى عادة يتناسب مع إمكانية الزوج المادية أو لا. وحيث أنه إذا كان ما يفرض للزوجة هو من صلاحية قضاة الموضوع فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلاً من غنى وفقير ودخل الزوج ولو طيباً يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة. ومن ثم فالقرار فصل بدون تسبيب وأعطى شيئاً غير مألوف دون الاستناد على أي قاعدة شرعية، الأمر الذي يعرضه للنقض.

- في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 1987/02/09: "من المقرر فقهاً وقضاءً أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسراً أو عسراً، ثم حال مستوى المعيشة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الشرعية. لما كانت جهة الاستئناف في قضية الحال قضت بتخفيض النفقة المحكوم بها للزوجة ابتدائياً دون أن تبحث عن دخل الزوج وحالة معيشة الزوجة،

- قرار المجلس الأعلى رقم: 32779 بتاريخ: 1984/04/02، المجلة القضائية، عدد 02، 1989، ص 61.

ودون حساب مستوى المعيشة السائد في المكان الذي يعيش فيه الزوجان، فإنها بقضائها كما فعلت خالفت القواعد الشرعية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".¹

التعليق: حيث تعتمد الطاعنة سببا وحيدا لطعنها والخاص بنقص الأسباب أو عدم كفايتها وانعدام الأساس القانوني بحيث يتبين من القرار المطعون فيه بأن قضاة المجلس اعتمدوا في تخفيض النفقات المحكوم بها للطاعنة على سبب وحيد هو أن المبالغ المحكوم بها مبالغ فيها اعتبارا لما جرى عليه المجلس من حيث تقدير التعويضات وبما أن القواعد العامة التي تحكم الأحوال الشخصية هي الشريعة الإسلامية وبما أن الشريعة الإسلامية والقواعد المتفق عليها فقها وقضاء بالجزائر التي تأخذ كأصل عام بالمذهب المالكي حيث تقدر النفقة المستحقة للزوجة بالخصوص على حال الزوجين يسرا أو عسرا ثم حال مستوى المعيشة ومن أجل هذا كان من اللازم على القاضي لكي يقدر نفقة الزوجة أن يبحث عن دخل الزوج وحالة معيشة الزوجة ثم يقدر نفقة حسب مستوى المعيشة السائدة في المكان الذي يعيش فيه الزوجان وبما أن مجلس قضاء تيزي وزول لم يبين أي أساس من الأسس السالفة الذكر والمتفق عليها فقها وقضاء حين عمد إلى تخفيض النفقات المحكوم بها يكون إذا قراره ناقص في التسبب ومخالفا لقواعد الشريعة فيما يخص أسس تقدير النفقة الواجبة للزوجة ولذلك فإن وجه الطعن المقدم من الطاعنة مؤسس مبرر ووجب قبوله، والقول بنقض القرار المطعون فيه.

رابعا - استحقاق النفقة

تستحق المرأة النفقة من تاريخ رفع الدعوى كما نص على ذلك المشرع في المادة 80 قانون الأسرة، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى. كقاعدة عامة تستحق النفقة من تاريخ طلبها بناء على رفع دعوى بشأنها أمام القضاء، واستثناء يمكن للقاضي أن يحكم بالنفقة المتراكمة لعدة شهور سابقة إذا طلبتها الزوجة، وذلك عن مدة سنة واحدة فقط ترجع إلى ما قبل رفع الدعوى.

وأكد ذلك قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/12/25: "من المقرر قانونا أنه تُستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسبب ليس في محله. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بدفع الزوج لمطلقاته نفقة الإهمال ابتداء من رفع الدعوى إلى يوم النطق بالحكم طبقوا صحيح القانون وسببوا قرارهم تسببا كافيا. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".²

التعليق: عن الوجه الثاني: حيث أن قضاة الموضوع في موضوع النفقة طبقوا ق.أ. المادة 80 حيث أن هذه المادة تنص على أن النفقة تستحق من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، وعليه فإن قضاة الموضوع لم يرتكبوا أي خطأ قانوني، وقد كان القرار مسببا تسببا كافيا وأنه بني على قاعدة ق.أ. مما يجعل هذا الوجه في غير محله ويتعين رفضه.

¹ - قرار المجلس الأعلى رقم: 44630 بتاريخ: 1987/02/09، المجلة القضائية، عدد 03، 1990، ص 55. - قرار المجلس الأعلى رقم:

51715، بتاريخ: 1989/01/16، المجلة القضائية، عدد 02، 1992، ص 55. قرار المحكمة العليا رقم: 216886، بتاريخ:

1999/03/16، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 203.

- قرار المحكمة العليا رقم: 57506 بتاريخ: 1989/12/25، المجلة القضائية، عدد 03، 1991، ص 65.²

والنفقة إذا كانت مقدرة بحال الزوجين إلا أنها لا تقل على ما يعتبر من الضروريات في العادة والعرف، فإذا أخل الزوج بذلك فللمرأة أن تطالبه باستكمال النفقة ولو قضاء.

خامسا - مراجعة النفقة

حسب المادة 79 قانون الأسرة: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم". يشترط لقبول دعوى مراجعة النفقة سواء بالزيادة أو النقصان مضي سنة على تاريخ تحديدها، غير أنه يمكن للمحكمة أن تقبل هذا الطلب إذا وجدت ظروف استثنائية، لأن الغالب أن الأسعار لا تتبدل في أقل من تلك المدة. وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في اجتهادها الصادر بتاريخ: 1996/04/23: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم. ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة".¹

التعليق: عن الوجهين معا: حيث أنه لا يجوز الاحتجاج بحجية الشيء المقضي فيه فيما يخص النفقات والتي يمكن مراجعتها تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والمسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة كما عرفها المشرع في المادة 78 من ق.أ والمادة 79 من ق.أ تجيز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من العلم أن الحكم الذي قضى بالنفقة حسب 250 دج شهريا لكل واحد من الأطفال صدر يوم: 1988/09/27 والقرار محل الطعن صدر يوم: 1993/05/27 بعد سنوات عديدة فبالأحرى أن يراجع حسب ما طرأ على المعيشة ومصاريف الأولاد المدرسية وغيرها وهو ما قام به القضاة وبما أن الملف لم يوفر فيه ما يفيد أن للمحضرين مال وسكن فإن ذلك يقع على عاتق الأب وإن لم يستطع فعليه أجرة السكن لممارسة الحضانة ولا يعفى الأب من ذلك بدعوى أن المدعى عليها في الطعن تشغل سكنا آل إليها من أبيها وما زال على الشياح الأمر الذي لا يحقق الاستقرار ولا يفي بالضرورة متطلبات الحضانة وعليه فالوجهين غير مؤسسين ويرفضان.

سادسا - سقوط النفقة

المشرع نص على موجبات النفقة بالنسبة للزوج دون التطرق إلى مسقطاتها، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 قانون الأسرة يعتبر النشوز من موجبات إسقاط النفقة في الفقه الإسلامي وهو ما كان يشير إليه المشرع قبل تعديل قانون الأسرة بحكم نص المادة 1/37 قانون الأسرة: "يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها".² لكن بعد تعديل هذه

¹ - قرار المحكمة العليا رقم: 136604 بتاريخ: 1996/04/23، المجلة القضائية، عدد 02، 1997، ص 89. - قرار المجلس الأعلى رقم:

51715، بتاريخ: 1989/01/16، المجلة القضائية، عدد 02، 1992، ص 55.

² - النشوز في اللغة: العصيان. وهو مشتق من النَّشَرَ وهو ما ارتفع وظهر من الأرض. يقال: نشز فلان في مكانه: ارتفع وامتنع. والمرأة بزوجه: إذا ارتفعت عليه واستعصت، وأبغضته فهي ناشز. ونشز بعلها منها وعليها: ضربها وآذاها وجفأها. ابن منظور، لسان العرب، ج5، المرجع السابق، ص 417 و418. النشوز في الاصطلاح: تعريف الفقهاء للنشوز: قال القرطبي في تفسيره: "المرأة الناشز: هي الكارهة لزوجها، السيئة العشرة". الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص 112. وقال ابن كثير في تفسيره: "المرأة الناشز": هي المرتفعة على زوجها، التاركة لأمره المعرضة عنه، المبغضة له". ابن كثير عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، ج1، ط2، دار طيبة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1999، ص 654. وفسره

المادة نص المشرع على مصطلح النشوز ضمن المادة 55 قانون الأسرة، ومنح للقاضي الحكم بالطلاق وبالتعويض للطرف الآخر المتضرر.

- جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1984/07/09: "متى كان من المقرر شرعا أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنه بَلَّغَتْ بالحكم النهائي القاضي برجعها لمحل الزوجية وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها، ومن ثم فإن النعي¹ على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض. إذا كان من الثابت

الطبري بقوله: " قوله: ﴿نُشُوزُهُنَّ﴾ يعني استعلاؤهن على أزواجهن، وارتفاعهن عن فرشهن بالمعصية منهن، والخلاف عليهن فيما لزمهن من طاعتهم فيه، بغضا منهن وإعراضا عنهم". الطبري محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، م2، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994، ص 452. قال الألوسي في تفسيره: "هو ترقع الزوجة عن مطاوعة الزوج وعصيانها لأمره". شهاب الدين محمود شكري الألوسي البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، م3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص 25. وقد يكون النشوز من الزوج، ونشوزه: سوء عشرته لها ببغضها وضربها. وهو ما أشارت إليه الآية: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾. سورة النساء، الآية: 128. وقد يكون النشوز من الزوجين معًا، فنشوز الزوجين: هو كراهية كل منهما الآخر وسوء عشرته له، وهو المسمى بالشقاق. وهو ما أشارت إليه الآية: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْغُتُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾. سورة النساء، الآية: 35.

موقف القضاء في تعريف النشوز: "امتناع الزوجة عن الالتحاق بالسكن المعد في محل عمل زوجها نشوز". قرار المجلس الأعلى بتاريخ: 1971/02/03، نشرة القضاة، العدد 02، 1972، ص 37. وفي قرار آخر: "إن نشوز الزوجة يثبت إذا صدر ضدها حكم بالرجوع، نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، وبلغ لها بطريقة قانونية، ورفضت الامتناع له بشكل صريح". قرار المحكمة العليا رقم: 345125، بتاريخ: 2005/10/12، نشرة القضاة، عدد 61، 2006، ص 332. وفي قرار آخر أيضا: "من المقرر قانونا أن نشوز الزوجة لا يثبت بمجرد الامتناع عن الرجوع بموجب حكم قضائي إذا كان معلق على شرط توفير سكن مستقل لم يتحقق". قرار المحكمة العليا رقم: 315314، بتاريخ: 2004/09/22، نشرة القضاة، عدد 65، 2010، ص 311. ومما لا يعتبر نشوزا في نظر القضاء: "من المقرر شرعا أنه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تعتبر ناشزا نشوزا تحرم من أجله من حقوقها الواجبة لها شرعا من جراء طلاقه لها، من المقرر أيضا أن النشوز لا يعمل شرعا إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم لها بها". قرار المجلس الأعلى رقم: 45311، بتاريخ: 1987/03/09، المجلة القضائية، عدد 03، 1990، ص 61. "إن امتناع الزوجة عن المسكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا". قرار المحكمة العليا رقم: 251682، بتاريخ: 2000/11/21، المجلة القضائية، عدد 01، 2001، ص 290. "إن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا". قرار المحكمة العليا رقم: 189324، بتاريخ: 1998/05/19، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 147.

أما في نظر الفقه الإسلامي: - الملكية: "الخروج عن طاعة الزوج بمنعه الوطء، أو الخروج بغير إذنه، أو الامتناع من الدخول لغير عذر. - الحنفية: "خروج الزوجة من بيت زوجها بغير إذنه أو عدم تمكينه من بيتها أو منعها نفسها منه بغير حق". - الشافعية: "الخارجة عن طاعة زوجها". - الحنابلة: "معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته". معتصم عبد الرحمن محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص 41 و42.

وأما في نظر الفقه القانوني: لقد حاول الأستاذ فضيل سعد تعريف النشوز بأنه: "عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك". فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 185.

¹ - النعي: "وهو ينعى على فلان كذا: يعيبه عليه ويُسَّهر به". إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، القاهرة، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 2004، ص 936.

في قضية الحال أن الزوجة طالبت الحكم لها بالرجوع إلى محل مستقل عن أهل زوجها تفاديا لكل ما عساه أن يلحقها من ضرر وحكم لها بمطالبها من قضاة الموضوع فإنه لا مبرر لاعتبار الزوجة في حالة نشوز ولا تستحق النفقة المقررة لها ما دام لم يثبت نشوزها أمام القضاة، فإن نفقتها تظل مستمرة ومستحقة لها مما يجعل القرار المطعون فيه مؤسس تأسيسا قانونيا وشرعيا. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".¹

التعليق: حول الوجهين مجموعين فإنه ثبت من القرار المطعون فيه وعناصر الملف المطعون ضدها لم تكن ناشز في حدود القانون على أن المرأة لا تعدّ ناشزا إلا إذا حكم عليها بالرجوع ورفضت الرجوع وحرر عليها محضرا تشهد على ذلك بعد التنفيذ عليها وحيث أنه في قضية الحال كانت المرأة تطالب بالرجوع إلى محل مستقل عن أهل زوجها تفاديا لكل ما عساه أن يلحقها من ضرر وحكم لها بمطالبها فليس هناك أي تناقض وكما أنه لا يوجد مخالفة لقواعد الشريعة الإسلامية التي توجب على الزوج الإنفاق ما دامت الزوجة في عصمته وبما أنه لم يثبت نشوزها عند القضاة فلا مخالفة لأحكام الشريعة بل كان القرار مؤسسا تأسيسا قانونيا وشرعيا رفض الطعن.

- قرار صادر بتاريخ: 2008/11/12: "يبقى التزام الزوج بالإنفاق على زوجته، المقيمة عند أهلها قائما، ما دام لم يثبت نشوزها بحكم قضائي".²

التعليق: حيث طالما أن الطاعن يقر من خلال وقائع القضية بأن زوجته كانت خارج بيت الزوجية منذ 2004/06/28 نتيجة للنزاع الذي نشب بينهما فإنه يبقى أمام هذه الحالة ملزما بالإنفاق عليها، لكونها في عصمته وتبقى هي محقة في أن ينفق زوجها (الطاعن) طالما لا وجود لحكم نشوزها كما برر قضاة الموضوع وهو تبرير سليم، الأمر الذي يستوجب رفض الوجه لعدم قانونيته وتبعا لذلك رفض الطعن.

سابعاً - نفقة المطلقة: نص المشرع الجزائري في المادة 61 قانون الأسرة على أنه: لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من المسكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق". فالمطلقة تستحق النفقة مدة العدة ويحكم بها القاضي عند الحكم بالطلاق ويرجع في تقديرها إلى السلطة التقديرية لقضاة الموضوع كما يؤكد هذا التطبيق القضائي.

- جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/05/21: "إن تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين وحق الحاضنة بالسكن تخضع لسلطة قضاة الموضوع الذي خولها لهم القانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك".³

التعليق: عن الوجه الأول: حيث أنه بعد الاطلاع على الحكم المعاد والقرار المطعون فيه تبين من هذا الأخير وإنه قد استجاب لطلبات الطاعنة بحيث رفع قيمة المبالغ للمحكوم بها سواء فيما يتعلق بمبلغ العدة والمتعة والنفقة

- قرار المجلس الأعلى رقم: 33762 بتاريخ: 1984/07/09، المجلة القضائية، عدد 04، 1989، ص 119.

² - قرار المحكمة العليا رقم: 466390 بتاريخ: 2008/11/12، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2008، ص 317.

- قرار المحكمة العليا رقم: 72602 بتاريخ: 1991/05/21، نشرة القضاة، عدد 47، 1995، ص 149.

الغذائية للأولاد الثلاثة وأن تحديد هذه النفقات تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي حولها لهم القانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك. وعليه فالنعي على القرار بما ورد في الوجه في غير محله ويرفض.

- وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى بتاريخ 1986/04/07 ما يلي: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدّة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل. والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي".¹

التعليق: عن الوجه الثاني: مأخوذ من مخالفة القواعد الشرعية في تقدير النفقة بدون الالتفات إلى الوجه الأول. حيث انه بالرجوع إلى القراريتين بأنه صادق على حكم المحكمة الذي منح مبلغا إجماليا مقابل الطلاق التعسفي للزوجة بدون أي توضيح. حيث أن الشريعة الإسلامية تقر قانونا للزوجة في تلك الحالة عدة نفقات وهي نفقة الإهمال ونفقة العدة ونفقة المتعة وحتى مبلغا على سبيل التعويض. وبما أن القرار لم يؤكد ذلك فهذا يضر بحقوق الزوجة التابعة لكل طلاق تعسفي وبالتالي يعتبر مخالفا للشريعة الإسلامية ومنعما أو مقصرا في التسبيب.

- في قرار صادر بتاريخ: 1984/10/22: "متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدّة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف أيّدوا الحكم المستأنف فيما قضى به ومن ذلك تقرير نفقة عدّة للزوجة، فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا وأنه من المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية، يكون غير مقبول فيما ذهب إليه حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدّة، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".²

التعليق: حيث يستند الطعن إلى وجه واحد مأخوذ من خرق قواعد الشريعة الإسلامية بدعوى أن المجلس قضى بالطلاق بتظليم الزوجين ومنح للزوجة نفقة العدّة مع أنها اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا وازدياد ثلاثة أولاد نتيجة العلاقات اللاشرعية مما يشكل مخالفة لقواعد الشرع التي تقرر إسقاط جميع حقوق الزانية. لكن حيث أن القرار جاء موافقا لأحكام الشريعة إذ أسقط جميع حقوق المطعون ضدها ما عدى نفقة العدّة الواجبة لها في كل حال من الحالات سواء كانت ظالمة أو مظلومة وبالتالي لا يوجد أي خرق كما يزعمه الطاعن الأمر الذي يستوجب رفض الطعن.

ثامنا - حكم الامتناع عن تسديد النفقة: الملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على الجزاء المترتب عن الامتناع عن دفع النفقة المستحقة للزوجة عند صدور الحكم بوجوبها في قانون الأسرة، تاركا أمر الفصل فيها إلى قانون العقوبات من خلال نص المادة 331 قانون العقوبات.³

¹ - قرار المجلس الأعلى رقم: 41560 بتاريخ: 1986/04/07، المجلة القضائية، عدد 02، 1989، ص 69.

² - قرار المجلس الأعلى رقم: 34327 بتاريخ: 1984/10/22، المجلة القضائية، عدد 03، 1989، ص 69.

³ - تنص المادة 331 من قانون العقوبات على أنه: " يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو

وكذلك من خلال المادة 1/53 قانون الأسرة التي تعطي الحق للزوجة في طلب التطلاق بسبب عدم الإنفاق، وعليه فإن المادة 331 قانون العقوبات ترتب جزاء على من امتنع عمدا لمدة تجاوزت (02) الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المحكوم بها عليه لصالح زوجته رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليها.

"يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50000 دج إلى 300000 دج. فالقاضي يحكم بالعقوبة المقررة في القانون إذا توافرت أركان الجريمة الثلاث:

1 - وجود حكم قضائي لم يعد يقبل أية طريقة من طرق الطعن.

2 - الامتناع المتعمد عن أداء النفقة.

3 - الامتناع عن أدائها لمدة شهرين متتاليين دون انقطاع.

هذا ما أكدته القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1995/04/16: "من المقرر قانونا أن يتحمل المسؤولية الجزائية كل من امتنع عمدا، ولمدة تفوق الشهرين عن تقديم المبالغ المالية المقررة قضاء لإعالة أسرته. ويبقى الافتراض عن عدم الدفع العمدي ما لم يثبت العكس. ومتى ثبت صدور أمر قضائي استعجالي يلزم المتهم بدفع النفقة، فإن قضاة المجلس قد خرقوا القانون عندما قضوا بالبراءة لصالحه بدعوى أنه لا يوجد حكم أو قرار نهائي في النزاع".¹

التعليق: الوجه الأول الوحيد: المأخوذ من خرق القانون والخطأ في تطبيقه، ذلك أن القرار المطعون فيه قضى بإلغاء الحكم المستأنف وفصلا من جديد قضى بالبراءة من تهمة عدم تسديد النفقة طبقا للمادة 331 من ق.ع بسبب أنه لا يوجد حكم أو قرار نهائي يلزمه بهذا التسديد بل يوجد أمر استعجالي فقط. حيث بالرجوع إلى هذا القرار، نلاحظ فعلا أنه قضى بإلغاء الحكم المستأنف، وفصلا من جديد قضى ببراءة المتهم من أجل تهمة عدم تسديد النفقة طبقا للمادة 331 من ق.ع، بسبب أن الأمر الاستعجالي الذي هو أساس متابعة المتهم ما هو إلا مؤقت ولا يوجد حكم أو قرار نهائي يلزمه بتسديد النفقة. ولكن بالرجوع إلى المادة 331 من ق.ع نجد أنها تنص صراحة "...كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء... وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم"، وحيث تفسر كلمة ((الحكم)) بمفهومها الواسع أي حكم وقرار أو أمر استعجالي نهائي، مما يتعين نقض وإبطال القرار المطعون فيه لخرقه المادة 331 من ق.ع والخطأ في تطبيقها.

كما جاء في قرار ثاني صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1982/11/23: "إذا كان مؤدى نص المادة 331 قانون العقوبات الحكم جزائيا بالحبس والغرامة على كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاء لصالح من حكم لهم بها فإنه يشترط للمتابعة الجزائية بهذا الجرم أن يكون المحكوم عليه قد بلغ وفقا للقانون بالحكم القاضي بالنفقة، وأن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في

أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم". عدلت هذه المادة بموجب المادة 37 من القانون رقم 06-23 المؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1427 الموافق 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم: 66-156، والمتضمن قانون العقوبات. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 84، بتاريخ: 2006/12/24، ص 11.

- قرار المحكمة العليا رقم: 124382 بتاريخ: 1995/04/16، المحلة القضائية، عدد 02، 1995، ص 192.¹

تطبيق القانون. فإذا كان من الثابت بملف الإجراءات أن الزوج كان قد حكم عليه بدفع نفقة شهرية لزوجته المطلقة وأنه كلف بدفع هذه النفقة وأهمل مدة شهر عقب تبليغه بهذا الحكم، ولذلك فإن المتابعة الجزائية تكون مكتملة العناصر من أجل هذه الجنحة. إن المجلس القضائي بتصريحه عدم توافر شروط جنحة الإهمال العائلي لاعتباره خطأ عدم وجود حكم في القضية يقضي بالنفقة كان قد أخطأ في تطبيق القانون، وعرض قضائه للنقض لحكمه بالبراءة. لذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه من الجانب المدني".¹

التعليق: عن الوجه الثاني: والمأخوذ من خرق المادة 331 من ق.ع والخطأ في تطبيقه بدعوى أن المجلس قد أخطأ لما صرح بأنه لا يوجد حكم في القضية يقضي بالنفقة وإن شروط جنحة الإهمال العائلي غير متوفرة. ولكن حيث إنه تبين بعد الرجوع إلى الملف بأن هناك حكم صادر عن محكمة بسكرة بتاريخ 1978/10/08 تحت رقم 77/603 في الأحوال الشخصية وقد حكم على المتهم (ب د) أن يدفع نفقة شهرية لزوجته المطلقة وحيث أنه يوجد بالملف تبليغ الحكم المشار إليه وقد أعطيت للمطعون ضده مهلة شهر للدفع، وعليه ومتى كان كذلك فإن الوجه المثار جدي ويترتب عليه النقض في الجانب المدني.

- جاء في قرار صادر بتاريخ: 2005/05/18: "من المقرر قانوناً أن اعتبار الزوج ممتنعاً عن الإنفاق على زوجته وأولاده لا يشترط فيه وجود حكم قضائي مدان فيه من أجل ذلك، بل يثبت بكل وسائل الإثبات بعد صدور الحكم بوجوبها".²

التعليق: عن الوجه الثاني: حيث أن القرار المنتقد لم يخالف المادة 1/53 من ق.أ وذلك لأن هذه المادة لا تشترط اعتبار الزوج ممتنعاً عن الإنفاق عن زوجته وأولاده، إلا إذا توبع قضائياً وأدين من أجل ذلك بل يمكن اعتبار الزوج ممتنعاً عن الإنفاق عن زوجته متى أثبتت زوجته بكل الوسائل، امتناعه الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه الأمر الذي يجعل الوجه الثاني هو الآخر غير وحيه مما يتعين رفضه وتبعاً لذلك رفض الطعن.

كما أعطى المشرع الحق للمرأة عند الإخلال بالنفقة بسبب الإعسار أن تطالب بالتطبيق وفقاً للمادة 1/53 قانون الأسرة: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

1 - عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج. مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون". واشترط المشرع حين طلب التطلاق أن لا تكون عالمة بإعساره وقت العقد، وهذا يعتبر ضرراً يجيز لها المطالبة بالتطلاق وفق الفقرة العاشرة من المادة 53؛ هذا ما أكدته قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/02/20: "من المقرر قانوناً أنه يجوز طلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً ولا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية".³

- قرار المجلس الأعلى رقم: 23194 بتاريخ: 1982/11/23، المجلة القضائية، عدد 01، 1989، ص 325.

² - قرار المحكمة العليا رقم: 335844 بتاريخ: 2005/05/18، نشرة القضاة، عدد 65، 2010، ص 315.

³ - قرار المحكمة العليا رقم: 75588، بتاريخ: 1991/02/20، المجلة القضائية، عدد 04، 1993، ص 78.