الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف
كلية الحقوق والعلوم السياسية
نيابة العمادة لما بعد التدرج والبحث العلمي
والعلاقات الخارجية
المجلس العلمي

Ministry of Higher Education and Scientific Research
Hassiba Benbouali University of Chlef
Faculty of Law and Political Science
V / D of post-graduation and research Scientific and external relations
Scientific Council

الرقم: 2679 /م.ع/2021

الشلف في : .....
29 نوفمبر 2021

مستخرج من محضر المجلس العلمي العادي للكلية

رقم: 05 بتاريخ: 08 نوفمبر 2021

المجلس العلمي **لكلية الحقوق والعلوم السياسية** المنعقد في **الثامن** من شهر **نوفمبر** من عام **ألفين و واحد وعشرون** على الساعة **العاشرة صباحا** بقاعة الاجتماعات للكلية، تحت رئاسة السيد (ة) **الدكتور:يخلف نسيم** بصفته (ها) رئيس (ة) المجلس العلمي للكلية.

وبعد الإطلاع على التقارير الإيجابية للجنة الخبراء المشكلة من السادة:

اسم ولقب الخبير	الرتبة العلمية	الهيئة المستخدمة
د.بخيت عيسى	أستاذ محاضر(أ)	جامعة الشلف
د. قلوش الطيب	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الشلف
د .قرمال بوعلام	أستاذ محاضر (أ)	جامعة خميس مليانة

صادق المجلس العلمي على **اعتماد** المطبوعة المقدمة من طرف الدكتور: **بلبشير يعقوب** رتبة أستاذ محاضر صنف "أ" بعنوان:" **محاضرات في الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية** "،الموجهة لطلبة **السنة الثانية ماستر**،تخصص : **قانون أسرة**.

رئيس المجلس العلمي
رئيس المجلس العلمي لكلية الحقوق والعلوم السياسية
د. يخلف نسيم

Scanné avec CamScanner

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

محاضرات الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية

مطبوعة بيداغوجية في مقياس الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية

سلسلة دروس مكتوبة ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر - تخصص: قانون الأسرة

2020-2016

من إعداد الدكتور: بلبشير يعقـــوب

أستاذ محاضر صنف "أ"

السنـــة الجامعـــية: 2021-2022

مقدّمة:

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 ملاءمتها مع الوقائع والنوازل.

فالتشريع بما يتميز به من عمومية وتجريد لا يضع إلا حلولا وسطى، ولا يخصص حلولا فردية لكل النزاعات، وهذا ما يجعل من الاجتهاد القضائي مصدرا مستقلا ومساويا لباقي مصادر القانون. فهو يخصص القاعدة القانونية ويقوم بتحيينها، إذ بدونه لا يتمكن التشريع من التوفيق بين خاصيتي الاستقرار والاستمرارية. فالاجتهاد القضائي يؤمّن للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع من خلال تطبيق النصوص القديمة بروح جديدة. ولا يقتصر عمل القاضي على تطبيق النصوص التشريعية تطبيقا آليا، 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 تطبيقا آليا، وإنما يحتاج في كثير من الأحيان إلى تفسير التشريع وتحديد معناه حتى يكون حكمه على الوقائع صحيحا.

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 يعرّف 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 حالتي عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته. ولا يجوز للقاضي أن يلجأ إلى الاجتهاد حين وجود نص واضح وصريح إعمالا لقاعدة **(لا اجتهاد مع النص)**.

المشرع يوجب على القضاء الفصل في كل قضية ترفع إليه، حتى إذا كان النص القانوني **غامضا** أو **منعدما**. ففي الحالة الأولى يتولى القاضي تفسيره، وفي الحالة الثانية يحكم القاضي

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

بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف أو بموجب مبادئ القانــون الطبيعي وقواعد العدالــة.[2] (المادة 01 من ق.م.ج).

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، ووضعها في تقنينات 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 التّكوين على مستوى الماستر تتضمن محامين وقضاة ممارسين، تعميما للتكوين النظري الدّاعم للتخصص في مجال الدّفاع والقضاء والبحث العلمي عموما.

---

[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 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 ويوحي 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: **"اجتـهاد"** و**"اجتـهاد المحـاكم"** 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"**.[3]

– 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 جَهِدَ يَجْهَدُ إذا تعب. الجَهْدُ والجُهْدُ: بفتح الجيم وضمها الطاقة والوسع، وقيل الجَهْدُ بالفتح: المشقة. ويقال جهد الرجل في كذا، أي جدّ فيه وبلغ.[4] والاجتهاد والتجاهد بذل الوُسع والمجهود في طلب الأمر، وهو افتعال من الجهد الطاقة.[5] 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.[6] 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 المجتهد وسعه في طلب العلم بالأحكام الشرعية بطريق الاستنباط.[7] 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: "إستفراغ الجهد وبذل غاية الوسع، إما في استنباط الأحكام الشرعية، وإما في تطبيقها".[8] وهذا التعريف يجعل الاجتهاد على قسمين: أولهما استنباط الأحكام وبيانها، والثاني خاص بتطبيقها.

---

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

[4] – ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، م1، ب.ط، دار المعارف، القاهرة، ب.س.ن، ص 708.

[5] – نفس المرجع، ص 709.

[6] – الغزالي أبو حامد محمد بن محمد الغزال الطوسي، المستصفى من علم الأصول، م2، تحقيق أحمد زكي حماد، دار الكتب العلمية، لبنان، 2014، ص 640.

[7] – الشيرازي أبو إسحاق إبراهيم بن علي، اللمع في أصول الفقه، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985، ص 129.

[8] – 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.[9] يقال: قضى يقضي قضاءً فهو قاضٍ إذا حكم وفصل. والقاضي معناه في اللغة القاطع للأمور والمحكم لها، الذي يقضي بين الناس بحكم الشرع.[10] وسمي القاضي قاضيا لأنه يحكم الأحكام وينفذها،[11] واستُقْضِيَ فلانا أي جُعِل 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.[12]

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".[13]

– **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".[14]

– **تعريف الشافعية:** "الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية؛ هو إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه".[15]

– **تعريف الحنابلة:** "هو النظر بين المترافعين له للإلزام، وفصل الخصومات".[16]

ومن الفقهاء المعاصرين محمد مصطفى الزحيلي عرفه بأنه: "سلطة الفصل بين المتخاصمين، وحماية الحقوق العامة بالأحكام الشرعية".[17]

---

[9] – ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، م15، ب.ط، دار الفكر، لبنان، ب.س.ن، ص 186.

[10] – إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص 742 و743.

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

[12] – ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، المرجع السابق، ص 186.

[13] – 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.

[14] – 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.

[15] – شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، ط1، دار المعرفة، لبنان، 1997، ص 497.

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

[17] – 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".[18] 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 معنًى واحداً 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".[19]

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".[20]

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".[21] أو هو "مجموع الحلول التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها عند عدم النص على حكمها".[22] 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 وعام، لأنه ليس كل ما يقوم به القاضي هو اجتهاد، وإنما في أغلب الحالات يتعامل القاضي مع نصوص قانونية

---

[18] – عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط2، مؤسسة الرسالة، 1989، ص 13.

[19] – أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، القسم الأول، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1980، ص 32.

[20] – خشمون مليكة، «الاجتهاد القضائي في القانون»، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، عدد تجريبي، مارس 2013، ص 75.

[21] – عصمت عبد المجيد بكر، «من مشكلات تفسير القانون – التفسير في حالة فقدان النص»، المجلة العربية للفقه والقضاء، تصدها الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، القاهرة، العدد 31، 2005، ص 107.

[22] – موسى عبود، المرجع السابق، ص 16.

صريحة وواضحة، فهنا القاضي لا 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]".[23] فإذا كان المشرع يضع قاعدة عامة، فان الاجتهاد القضائي يتولى تطبيقها على قضية معينة بشكل مخصص، ومن هذا المنظور يشكل الاجتهاد القضائي عملية ذهنية إبداعية يباشرها القاضي في بعض الحالات الخاصة.

وتبعا لذلك يعرف الفقه المؤيد لهذا الاتجاه، الاجتهاد القضائي بكونه: "مجموع الحلول القانونية التي تتوصل إليها المحاكم بمناسبة معالجتها للإشكالات القانونية".[24] وبشكل أكثر تحديدا 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".[25] 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".[26] أو هو: "مجموعة الحلول والمبادئ القانونية التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها عند عدم النص على حكمها".[27]

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 رأيا تفسيريا واحدا معروفا. وطبقا لنص المادة 179 من دستور 2020[28] تمثل المحكمة العليا الهيئة المقوّمة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم. وتضمن توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد وتسهر على احترام القانون. فبعد أن تفصل المحكمة والمجلس القضائي في المنازعات

---

[23] – محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون – القاعدة القانونية–، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 240.

[24]– عبد الرحمن اللمتوني، «الاجتهاد القضائي والأمن القانوني»،مجلة الملحق القضائي، المعهد العالي للقضاء، المملكة المغربية، العدد 46، ماي 2014، ص 04.

[25] – بوبشير محند أمقران، «تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 02، 2004، ص 155.

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

[27] – 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.

[28] – 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.

المعروضة أماهما، يأتي دور المحكمة العليا لتقوم بطلب من الخصوم أو النيابة العامة بالرقابة اللاحقة للأحكام القضائية الصادرة، فتبين الحكم القانوني السليم الواجب تطبيقه في الدعوى المعروضة أمامها، وذلك بغرض توحيد الحلول القانونية؛ تأكيدا 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".[29]

وعليه فان 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 واختصاصاتها[30]، 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.[31]

ثالثا: مكانة الاجتهاد القضائي بين مصادر القانون في الأنظمة القانونية

تختلف أهمية الاجتهاد القضائي تبعا للأنظمة القانونية، ولاسيما في النظام القانوني البريطاني أو الأنجلوساكسوني عموما، وفي النظام اللاتيني أو الرومانوجرماني.

أ – الاجتهاد القضائي في النظام القانوني الأنجلوساكسوني:[32]

---

[29] – 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.

[30] – 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.

[31] – 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، م11، ع01، أفريل 2020، ص 609.

[32] – **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 النابعة 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 وهونغ كونغ. محمد سليمان الخوالدة، « تعرف على القانون الأنجلوسكسوني»:

يعتبر الاجتهاد القضائي في النظام البريطاني (common law) وهو نظام قانوني مبني على الاجتهاد القضائي في المملكة المتحدة وفي ايرلندا وكندا والولايات المتحدة الأمريكية وبعدة دول أخرى من مجموعة " **الكومنولث** ".[33] 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 دورا حاسما، 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 قرارها السابق والاستمرار في الحكم على نمطه، وتسمى هذه القاعدة **"بقاعدة السابق أو السوابق القضائية"**. ووفقا لهذه القاعدة تصدر المحكمة أحكاما مطابقة لقراراتها سابقا **(**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 خاصيات النظام البريطاني أنه يمكن للبرلمان أن يسن قانونًا يغير بمقتضاه اجتهادًا قضائيًّا لا يراه محققًا للعدالة.

ب – الاجتهاد القضائي في الأنظمة القانونية اللاتينية أو الرومانوجارمانية:[34]

تتميز الدول التي تتبع النظام الرومانوجرماني بتبنيها لنصوص تشريعية مكتوبة ومقننة. في هذا النظام لا يجوز للقاضي وضع أو خلق قواعد قانونية عامة وملزمة، عملا بمبدأ الفصل بين السلطات، وإنما يرجع إلى اجتهاداته على سبيل الاستئناس؛ فإنشاء 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

---

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.

[33] – رابطة الشعوب البريطانيّة 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 موزنبيق 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

[34] – **الأنظمة اللاتينوجارمانية** وتسمى شرائع القانون المدني أو شرائع القانون المكتوب، وتضم هذه العائلة مجموعتين من القوانين: 1 – **المجموعة اللاتينية:** وتتمثل في القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون (1804)، والأنظمة القانونية منه: كالقانون الاسباني البرتغالي الايطالي وكذلك كل مستعمرات هذه الدول، كما تشمل هذه المجموعة القانون الصيني والياباني ودول أمريكا اللاتينية. 2 – **المجموعة الجرمانية:** وتتمثل في القانون الألماني (1896)، والقوانين المستمدة منه خاصة التي تحملها الأعراف الجرمانية (ألمانيا والنمسا والمجر وغيرها). حميد شاوش، الأنظمة القانونية المقارنة، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثالثة ل م د، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2017-2018، ص 31.

التفسيرية. وهذا الاتجاه الغالب الذي يرى أن الدور الذي يقوم به الاجتهاد القضائي حاليا لا يعدو أن يكون مصدرا تفسيريا للقواعد القانونية، وليست له أية قوة ملزمة إلا في القضية التي يصدر فيها. ذلك أن وظيفة القضاء تنحصر في مجرد تطبيق القواعد القانونية الموجودة سلفا 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 حلا عادلا 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 اتجاها يتم في الغالب إتباعه من طرف المحاكم الأدنى تجنبا 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 مصدرا من مصادره كالفقه مثلا.

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

أولا: 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 عمّا 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 مشرعا.[35]

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 رأيا معينا 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 شاءت، 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 غالبا 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.[36] 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 تتقيد به المحاكم الأخرى.[37]

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 كلما دعت الحاجة إلى ذلك.[38] 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

---

[35] – حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي– دراسة قانونية تحليلية مقارنة–، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018، ص 49.

[36] – محمد سعيد جعفور، المدخل إلى العلوم القانونية– الوجيز في نظرية القانون–، ب.ط، دار هومة، الجزائر، 1999، ص 210.

[37] – هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، ب.ط، منشورات جامعة حلب، سوريا، 2003، ص 243.

[38] – مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، رسالة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصول، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران1، 2014–2015، ص 18.

ضبط التطبيق نحو الأفضل، فهو يجعل من القانون مادة حية تساير واقع البيئة وتجاري روح العصر. ومن أمثلة ذلك ما يلي:

– ليس للمرأة حق طلب التطليق 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.[39]

– 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.[40]

– وبخصوص كثرة دعاوى الزوجات بعدم الإنفاق عليهن لمدة طوية سابقة على رفع الدعوى يصعب إثباتها أحيانا، جاء التعديل ليعطي المرأة حقها في النفقة المستحقة سابقا إذا ثبت ذلك بالبينة، وهو ما نصت عليه المادة 80 من الأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة.[41]

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.[42] كما تعد الأحكام القضائية [الاجتهاد القضائي] الصادرة من المحاكم والجهات القضائية بشكل عام ثروة حقوقية، إذ أنها تمثل الطابع العملي 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.[43] 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.

---

[39] – لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون.

[40] – يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 1 – عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.

– تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.[41]

[42] – عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي: مفهومه – حالاته – نطاقه، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، ط1، 2015، ص 13.

[43] – بوعلالة عمر، دور التقعيد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي –أحكام الأسرة في التشريع الجزائري نموذجا–، رسالة دكتوراه علوم في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران1، 2017-2018، ص 115.

ولهذا السبب فان للاجتهاد القضائي في مجال القانون دور ضروري لا يكاد يقل عن دور التشريع نفسه، فالتشريع بما يتميز به من عمومية وتجريد لا يضع إلا حلولا وسطى ولا يخصص حلولا فردية لكل النزاعات، وهذا ما يجعل الاجتهاد القضائي مصدرا مستقلا ومساويا لباقي مصادر القانون. إذ بدونه لا يمكن للتشريع من التوفيق بين خاصيتي الاستقرار والاستمرارية، ويؤمّن الاجتهاد القضائي للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع من خلال تطبيق النصوص القديمة بروح جديدة.[44] فلا يمكن بحال من الأحوال تجريد القاضي من سلطة الاجتهاد وإلا تعطل عمله وتعذر 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 محددا معانيها أو مستخلصا منها أحكاما جديدة، بل قد يتخذ من التفسير أحيانا 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 فتنشأ فيه ظروف وأوضاع مادية واقتصادية واجتماعية جديدة، بل قد تتغير فيه المبادئ والمثل، فتصبح النصوص التشريعية، إذا لم تعدّل متخلّفة 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، وأحكاما 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 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 الْقضائي

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

[44] – حامد شاكر محمود الطائي، المرجع السابق، ص 41.

1 – ضرورة إحاطة القاضي بمختلف القواعد القانونية ومعرفته لأهدافها وغاياتها.

2 – وجوب تكييف 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 يؤمّن الاجتهاد القضائي من الانحراف عن تحقيق الهدف المنشود منه والمتمثل أساسا في إيجاد حلول قضائية لمختلف المسائل التي عجز التشريع عن التكفل بها متوخّيًا في ذلك الإنصاف والعدل.

فينعكس ذلك إيجابا على حياة الفرد والمجتمع من خلال قدرة الاجتهاد القضائي على مواكبة التطّورّات المختلفة التي تشهدها الحياة عن طريق إيجاد حلول لمسائل مستجدة، وعمله على تحرير الطاقات الفاعلة لدى القضاة ودفعهم إلى التعمقّ في فهم المراد من مختلف القواعد القانونيةّ عند وضعها. ذلك أن أحكامه الاجتهادية لا يمكن أن تكون مخالفة لمضمون القواعد القانونية، وإنما واجبه يحتمّ عليه إيجاد حل يراعي روح التشّريع ويتماشى والواقع الموجود أمامه في آن واحد.[45]

المحاضرة الثالثة: مجال الاجتهاد القضائي ومصادره

تعدّ القوانين التي تتضمّن نصوصا تشريعية المصدر الرّئيسي للأحكام القضائية؛ وتلك النّصوص تتضمّن قواعد عامّة ومجرّدة. ولأن التشريعات هيّ من وضع البشر، لذا فإنّ تلك النّصوص لا تكون مستوعبة لكافة الوقائع المعروضة على القضاء، إمّا لعدم وجود نص تشريعي يعالج الحالات المستجدة أو لأنّ النّص 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 يتقيّد بها وإلا كان الحكم الذي يصدره معرضا للنقض.

---

[45] – خمشون مليكة، المرجع السابق، ص 79 و80.

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 وتفسيرها ليستخلص الحكم المطلوب لتطبيقه على الواقعة.

أولا – 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.[46] 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

[46] – عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، ب.ط، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 1998، ص 181.

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 أكّده قرار المجلس الأعلى[47] بتاريخ 1984/06/11 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".[48]

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 1996/07/30: "من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء ليس عقدا رضائيا".[49]

وجاء التعديل ليوضح صراحة أن الخلع يقع ولو بدون موافقة الزوج.[50]

وأما النقص في النص: فيقع عندما يتعرض المشرع لبعض المسائل مباشرة ويتناولها بالتنظيم، ويُغفل في الوقت نفسه مسائل أخرى فلا يبين أحكامها.[51] 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،[52] 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.

---

[47] – 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 1989/12/13، ص 1435.

[48] – قرار المجلس الأعلى رقم: 33652 بتاريخ: 1984/06/11، المجلة القضائية، العدد 03، 1989، ص 38.

[49] – قرار المحكمة العليا رقم: 141262 بتاريخ: 1996/07/30، المجلة القضائية، العدد 01، 1998، ص 120.

[50] – 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 رضاء الزوج فلأنه يسقط ما له من الحقوق, وأما رضاء الزوجة فلأنه 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 بورقلة، العدد 13، جوان 2015، ص 110.

[51] – حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية – النظرية العامة للقانون–، ب.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 12.

[52] – عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقا للقانون الكويتي – دراسة مقارنة–، ج1، مطبوعات جامعة الكويت، 1972، ص 538.

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 أكده 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 ".[53] في حين يشترط قانون الحالة المدنية[54] حسب ما ورد في نص المادة 33 منه يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية، أن يكونوا بالغي 19 سنة على الأقل، سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم، دون تمييز فيما يخص الجنس....

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 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".[55]

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 مثلا الذي يقيد القاضي بالرجوع إلى مذهب الحنفية حصرا.[56] وكالتشريع المغربي الذي يقيد القاضي بالرجوع إلى المذهب المالكي.[57] أما المشرع الجزائري

---

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

[54] – القانون رقم: 14–08 المؤرخ في 09 أوت 2014، المعدل والمتمم للأمر رقم: 70–20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970، والمتعلق بالحالة المدنية. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49، بتاريخ: 2014/08/20، ص 03.

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

[56] – 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:

فأطلق له التصرف ليبحث في أحكام الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين، ما يراه محقق للمقاصد. حيث فتح مجال اجتهاد القاضي من غير تقييد لحريته.

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 وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة نجد أن الفقهاء اختلفوا في المسألة على قولين بسبب اختلافهم في طبيعة الحضانة هل هي حق أم واجب.[58] ورجح قضاة المحكمة العليا القول الثاني دون الأول من عدم استحقاق المرأة أجرة على الحضانة بناء على قول من يرى أن الحضانة حق للمحضون واجب على الأم، ولا يستحق من ممارسة الواجب أجرة.

– 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...".[59]

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

– حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1995/07/25: "من المقرر قانونا أن يرجع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة، ومن الثابت شرعا أنه لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر ولا يتوارث أهل الملتين شيئا".[60]

---

http://parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=201&nid=11333&ref=tree& اطلع عليه بتاريخ: 2021/08/25، الساعة: 13:06.

[57] – 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 والمعاشرة 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.

[58] – **يرى المذهب الحنفي**: " إذا كانت الحاضنة أمّاً للطفل فلا تستحق أجرة على الحضانة، وإن كانت غير أم تستحق أجرا ما لم تتبرع ".

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

– **يرى المذهب الشافعي**: " الحاضنة تستحق الأجرة سواء كانت أما أو 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.

[59] – قرار المجلس الأعلى رقم: 35912 بتاريخ: 1985/04/08، المجلة القضائية، العدد 01، 1989، ص 89.

[60] – قرار المحكمة العليا رقم: 123051 بتاريخ: 1995/07/25، المجلة القضائية، العدد 01، 1996، ص 113.

وفي مثال آخر لم يتطرق قانون الأسرة لموضوع المتعة تاركا تفصيله إلى الشريعة الإسلامية وفقا 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 ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل".[61]

– هذا بالإضافة إلى أن مسألة الخلوة لم يتطرق إليها قانون الأسرة واعتبارها سبب من أسباب استحقاق الصداق[62] مما ترك المجال لاجتهاد القضاء؛ حيث جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1984/11/19: "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 بزوجته، غير مبرر ويستوجب رفضه".[63]

– وفي قرار ثاني بتاريخ 1988/05/09: "من المقرر فقها وشرعا أن الزوجة تستحق الصداق كاملا بمجرد الدخول واختلاء الزوج بها ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة".[64]

– 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 وتنال الزوجة كامل الصداق".[65]

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 مساغ 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.

---

[61] – قرار المحكمة العليا رقم: 75029 بتاريخ: 1991/06/18، المجلة القضائية، العدد 02، 1994، ص 65.

[62] – نصت المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تستحق الزوجة الصّداق كاملا 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، عدد15، بتاريخ: 2005/02/27، ص 910.

[63] – قرار المجلس الأعلى رقم: 35107 بتاريخ: 1984/11/19، المجلة القضائية، العدد 02، 1990، ص 55.

[64] – قرار المجلس الأعلى رقم: 49283 بتاريخ: 1988/05/09، المجلة القضائية، العدد 02، 1992، ص 44.

[65] – قرار المجلس الأعلى رقم: 55116 بتاريخ: 1989/10/02، المجلة القضائية، العدد 01، 1991، ص 34.

ومنه فإن مجال تطبيق الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة يخص أهم الأحكام الاجتهادية القائمة على أساس الظنية في ثبوت النص أو دلالته. أو عند انعدام النص في ذلك والمتعلقة بالزواج وانحلاله والآثار المترتبة عن ذلك، وكذا الوقوف عند أهم المستجدات التي لا نص فيها.[66]

المحاضرة الأولى: مقدمات عقد الزواج

عقد الزواج في الإسلام له أهميته وخطره، ويكفي 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 الخِطبة.

أولا – الطبيعة القانونية للخطبة:

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 شيئا 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 تعريفا 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.[67]

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.

موقف القضاء:

– جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1989/12/25: "من المقرر فقها وقضاء أن الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقدا، وإنما تمت بالاتفاق بين الطرفين، وهي

---

[66] – 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.

[67] – عن أبي هُريرةَ رَضِيَ اللهُ عنه، عن النبيِّ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم أنَّه قال: {**ولا يَخطُبُ الرَّجُلُ على خِطبةِ أخيه، حتى يَنكِحَ أو يَترُكَ**}. 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.

لا تبيح لهما أن يختلطا اختلاط الأزواج، وعلى هذا فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقدا، ولا زواجا، ولا يترتب عليها شيء من الإلزام بتمام العقد انطلاقا من مبدأ الرضائية في العقد".[68]

– وجاء 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، وصداق. 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 والدّعاء وأنّ مجلس الخطبة يختلف عن مجلس العقد. لذا فإن القرار المنتقد جاء خاليا من الأساس القانوني السليم ممّا يتعين نقضه".[69]

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 إلتي 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 و إنما 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 بقراءة 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".[70]

التعليق: إثبات الزواج أو نفيه لما يدخل في تقديرات قضاة المجلس الخطبة قد تتجاوز مرحلة التماس النكاح وتصبح فعلا زواجا شرعيا إذا واكبها 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

---

[68] – قرار المحكمة العليا رقم 34089، بتاريخ: 1989/12/25. أشارت إليه: رافع دباح فايزة، دور الاجتهاد القضائي في تطوير قانون الأسرة، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2020-2021، ص 32.

[69] – قرار المحكمة العليا رقم: 81129، بتاريخ: 1992/03/17، المجلة القضائية، عدد 03، 1994، ص 62.

[70] – قرار المجلس الأعلى رقم: 34046، بتاريخ: 1984/11/19، المجلة القضائية، عدد 01، 1990، ص 67.

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 عمل 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 يضفي عليه العقد الصبغة الشرعية وعليه فالنعي على القرار بما ينعي عليه به باستثناء الصداق ليس له محل.

ثانيا – 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 شيئا 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 أيضا 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).**[71]

ب – بالنسبة للمهر: لم يتعرض المشرع الجزائري صراحة ولا ضمنا لمسألة تقديم المهر من الخاطب أثناء فترة الخطوبة، ولم يبين حكمه بعد عدول أحد الطرفين، ذلك أن الصداق لا يجب للمرأة إلا بالعقد الصحيح.[72]

---

[71] – أغلب الفقهاء يرون بوجوب استرداد الهدايا في حالة العدول سواء ردها عينية أو قيمتها إن هلكت.

– **الحنفية:** للخاطب الحق في استرداد الهدايا ما دامت باقية، أما إن هلكت أو استهلكت، 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 المحرمية. 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 شيئا 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 هلكت او استهلكت ما لم يوجد شرط او 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.

- موقف القضاء:

- جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23: "من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا 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 برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[73]

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 و أنه 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 شرعا 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 و أنه وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية فإن المدعي في الطعن يحرم من حق الاسترجاع للهدايا و أنه 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 أيضا 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.

- وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/03/16: "من المقرر قانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه. ومتى تبين –في قضية الحال– أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم

---

[72] – لقد تعرض **المشرع المغربي** لحكم الصداق عند العدول عن الخطبة أو موت أحد الخاطبين 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 جزءا منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو ورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما، 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 فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز. ب – إذا عدلت المرأة فعليها إعادة 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.

[73] – قرار المحكمة العليا رقم: 73919، بتاريخ: 1991/04/23، المجلة القضائية، عدد 02، 1993، ص 58.

المستأنف والقاضي برفض إتمام الزواج وإلزام المدعى عليها بردها إلى المدعي ما قدمه لها من هدايا وحلي ونقود واعتبروها صداقا دون الرد على دفوع الطاعنة أخطئوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[74]

التعليق: لكن حيث أنه يتبين من أوراق الطعن أن الطرفين قد جرت بينهما خطبة نكاح ثم زالت بعدول الخاطب عنها لذلك لا يعتبر ما قدمه إلى المخطوبة من حلي ونقود صداقا و إنما يعتبر من الهدايا التي يقدمها الخاطب إبان فترة الخطوبة إلى المخطوبة وبالتالي لا يحق له استرداد ما أهداه لها طالما كان العدول منه وفق ما نصت عليه المادة 05 من ق.أ ولما كان ذلك وكان القرار المطعون فيه قضى بتأييد الحكم المستأنف دون أن يتضمن الرد على دفاع الطاعنة بأن الخطبة زالت بعدول الخاطب عنها بحضور شاهدين فإنه يكون مشوبا بالقصور فضلا عن مخالفته للقانون وعليه يكون هذا الوجه من الطعن مؤسسا مما يتعين نقضه دون حاجة لمناقشة الوجه الثاني من الطعن.

– وجاء في القرار المؤرخ في 1993/07/13: "من المقرر قانونا 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 بأحقيتها في نصف الصداق إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج. مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم، ويتوجب رفض الطعن".[75]

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 للخاطب 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: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ 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

---

[74] – قرار المحكمة العليا رقم: 219313، بتاريخ: 1999/03/16، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 39.

[75] – قرار المحكمة العليا رقم: 92714، بتاريخ: 1993/07/13، المجلة القضائية، عدد 01، 1995، ص 128.

الوجه بذلك. وعلى هذا فإن مبادئ الاجتهاد القضائي قد استقرت على تطبيق النص القانوني بهذا الشأن ولم تخرج عما هو مقرر في الفقه الإسلامي.

-هناك قرار آخر في هذا الصدد صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1999/03/16: "من المقرر قانون انه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه، ومتى تبين –في قضية الحال- أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف والقاضي برفض إتمام الزواج وإلزام المدعى عليها بردها إلى المدعي ما قدمه لها من هدايا وحلي ونقود واعتبروها صداقا دون الرد على الطاعنة أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

التعليق: لكن حيث أنه يتبين من أوراق الطعن أن الطرفين قد جرت بينهما خطبة نكاح ثم زالت بعدول الخاطب عنها لذلك لا يعتبر ما قدمه إلى المخطوبة من حلي ونقود صداقا و إنما يعتبر من الهدايا التي يقدمها الخاطب إبان الخطبة إلى المخطوبة وبالتالي لا يحق له استرداد ما أهداه لها طالما كان العدول منه وفق ما نصت عليه المادة 05 من ق.أ ولما كان ذلك وكان القرار المطعون فيه قضى بتأييد الحكم المستأنف دون أن يتضمن الرد على دفاع الطاعنة بأن الخطبة زالت بعدول الخاطب عنها بحضور شاهدين فإنه يكون مشوبا بالقصور فضلا عن مخالفته للقانون وعليه يكون هذا الوجه من الطعن مؤسسا مما يتعين نقضه دون حاجة مناقشة الوجه الثاني من الطعن.[76]

ثالثا – 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؛[77] أي يكون التعويض عما ترتب عن العدول من أضرار مادية ومعنوية كآثار لتعسف أي من الخاطبين في استعمال حقه في العدول عن الخطبة، وهذا ما تؤكده المادة 124، و124 مكرر من القانون المدني: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

---

[76] – قرار المحكمة العليا رقم: 219313، بتاريخ: 1999/03/16، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 39.

[77] – نص المشرع المغربي في المادة 07 من مدونة الأسرة: "مجرد العدول عن الخطبة لا يرتب عنه تعويض غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

- 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.[78]

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 المبدأين يعد خرقا للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي بإلغائه 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".[79]

التعليق: حيث أنه جاء في الحكم الصادر من محكمة الجزائر 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 بفعلها. حيث يتبين حسب ملف المحكمة أن الآنسة (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 بإلغائه الحكم المستأنف وتصديه للموضوع ورفضه الدعوى لم يعلل قراره تعليلا كافيا وكان مخالفا للمواد المذكورة أعلاه، لذلك تعين نقض القرار المطعون فيه ودون إحالة.

- جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23: "...حيث أنه من الثابت أيضا أن المدّعى عليها في الطعن قد أصابتها أضرارا 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".[80]

---

[78] - 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 ضررا 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 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.

[79] - قرار المحكمة العليا رقم: 56097، بتاريخ: 1989/12/25، المجلة القضائية، عدد 04، 1991، ص 102.

[80] - قرار المحكمة العليا رقم: 73919، بتاريخ: 1991/04/23، المجلة القضائية، عدد 02، 1993، ص 58.

رابعا – اقتران الفاتحة بالخطبة

لم يحسم المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة مسألة تكييف الخطبة بالفاتحة، على أساس أن الخطبة قد تقترن بالفاتحة أو تسبقها بمدة، واعتبر اقترانهما وعدا بالزواج. والمعروف في عرف المجتمع الجزائري أن الفاتحة هي زواج شرعي اصطلح على تسميته بالزواج العرفي؛ مما انعكس ذلك سلبا على اجتهاد المحكم العليا في تعارض قراراتها فيما يعد خطبة وما يعد زواجا؛ حيث استقر القضاء على اعتبار اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد مع توافر الأركان والشروط زواجا صحيحا؛ أدى هذا الاجتهاد إلى تعديل نص المادة 06 من قانون الأسرة؛ حيث نصت 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 ذُكِرَ الصداق، فهنا تعتبر المرأة زوجة شرعية لتوافر أركان الزواج وشروطه وهذا ما عدّلته الفقرة الثانية من المادة 06 بقولها: "...غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا 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 القرار الصادر بتاريخ 1992/04/14: "من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن 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 اقتران 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".[81]

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 باقتران 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.

– 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".[82]

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

---

[81] – قرار المحكمة العليا رقم: 81877، بتاريخ: 1992/04/14، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 33.

[82] – قرار المحكمة العليا رقم: 111876 بتاريخ: 1995/04/04، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 36.

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 تو افرت أركانه طبقا للمادة 9 من ق.أ والطاعنة قدمت ما يشير إلى تو افر 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: الصـــداق 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 05-02 بتاريخ 2005/02/27.

أولا – تعريف المشرع الجزائري للصداق

عرف المشرع الصداق في المادة 14 من قانون الأسرة بأنه: "هو ما يدفع **نحلة**[83] 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: ﴿**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً**﴾. وصفه بأنه هدية.

ثانيا – التكييف القانوني للصداق

في قانون 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 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 1998/03/17: "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".[84]

وبعد تعديل المادة 9 بموجب الأمر 05-02 لم يَعْدِلْ 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".

---

[83] – النحلة ما ينحله الإنسان ويعطيه هبة عن طيب نفس بدون مقبلة عوض فهي عطية واجبة وفريضة لازمة حتما لا تخيير فيها. نخبة من العلماء، التفسير الميسر، ط2، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2009، ص 77.

[84] – قرار المحكمة العليا رقم: 188707 بتاريخ: 1998/03/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 50.

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 حدّا أدنى ولا أعلى آخذا في ذلك بما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وفقا 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 معجلا أو مؤجلا". 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

طبقا لنص المادة 15 قانون الأسرة يتضح أن تحديد الصداق في العقد قد يكون معجلا أو مؤجلا، وقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الجمهور[85] 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 التسبيب لان عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[86]

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 تو افرت أركانه. حيث انه بالفعل، فإن

---

[85] – 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.

[86] – قرار المحكمة العليا رقم: 210422 بتاريخ: 1998/11/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 53.

الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا تو افر 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 تو افر أركان الزواج. حيث أن القرار المنتقد قد اعتبر أن أركان الزواج المدعى به قد تو افرت 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 الحكمي 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.[87] ويرى المالكية أن مكوث الزوجة في بيت زوجها 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 1984/11/19: "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 بزوجته، غير مبرر ويستوجب رفضه. ولما كان ثابتا 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

---

87 – 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 أجنبي 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 بها 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 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 سببا 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.

الاستئناف اعتبروا الزواج بين الطرفين صحيحا وصرحوا بالطلاق بينهما، فإنهم بقضائهم كما فعلوا سببوا قرارهم وخولوه أساسا شرعيا".[88]

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 صحيحا وصرحوا بالطلاق بينهما، سببوا قرارهم وخولوه أساسا شرعيا، وعليه فهذا الوجه كسابقه غير مبرر.

– في قرار للمجلس الأعلى 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 وتنال الزوجة كامل صداقها...".[89]

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 و أنه لم ينكر إصابتها ومن ثم يعتبر دخوله بها دخولا فعليا تترتب عنه آثاره الشرعية وتنال 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 أمورا تتنافى معه أو اختل ركنا من أركانه أما الشروط الذي يحاول الطاعن افتراضه في عقد زواجه بالمطعون ضدها وهو غير موجود به مستدلا في ذلك بالمادة 32 من ق.أ فهو استدلال بعيد عنها تحميل لها غير ما تحتمله، 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 1991/06/18: "من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا ابرم عقد زواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها، حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول...".[90]

التعليق: عن الأوجه الأربعة مجتمعة: حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، يتبين أن المحكمة قد اعتبرت عقد الزواج صحيحا وأن اختلاء الزوج بزوجته 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 بزوجته وبالتالي تعتبر العلاقة الزوجية قائمة قانونا. وحيث أن الخلوة صحيحة وتنتج آثارها، مما يجعل المحكمة اعتبار الدخول

---

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

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

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

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 زوجا قسرا لكي يبرم عقد زواج على زوجته وحيث أن المحكمة قد تأكدت من أنه وقع الدخول واختلى الزوج بزوجته 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 2005/09/14: "...يعد بناء، دخول الزوجة بيت الزوجية ولو ليلة واحدة...".[91]

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 وبنى 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: ﴿**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ...**﴾. سورة البقرة، الآية: 237.

وقد كُرِّست هذه الحالة في التطبيقات القضائية. وكمثال على ذلك جاء الاجتهاد القضائي في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/10/16: "من المقرر قانونا أنه عند الطلاق قبل البناء تستحق الزوجة نصف الصداق. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع طبقوا المادة 05 قانون الأسرة على الطلاق قبل البناء وقضوا بإرجاع الصداق كاملا على أساس أن العدول عن الخطبة كان من الطاعنة رغم أن عقد الزواج تم بين الطرفين فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون. مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه".[92]

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 الطاعنة بأن ترد مبلغ الصداق كاملا 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 الطاعنة مع أن

---

[91] – قرار المحكمة العليا رقم: 342922 بتاريخ: 2005/09/14، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2005، ص 413.

[92] – قرار المحكمة العليا رقم: 96801 بتاريخ: 1993/10/16، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 266.

عقد الزواج قد تم بين الطرفين يوم 1987/10/25 وقبضت الزوجة الصداق المقدر 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 شرعا أن عقد الزواج الصحيح والرابطة الزوجية تنحل بالطلاق سواء قبل البناء أو بعده، فإذا فارق الرجل امرأته قبل الدخول بها وجب عليه نصف المهر".[93]

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 تعويضا لها. حيث أن القرار لما جاء خاليا 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 قانونا أنه تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوجة طلقت قبل البناء فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الطلاق المحكوم به فسخا والحكم على الطاعنة بإرجاع كامل الصداق مع أنها تستحق نصفه خالفوا أحكام المادة 16 من قانون الأسرة. مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه".[94]

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 طلاقا مع أنه طلاق قبل البناء طبقا للمادة 16 من ق.أ كما قضى القرار 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".[95]

التعليق: عن الفرع الثالث والأخير المأخوذ من مخالفة المادة 52 من قانون الأسرة: والذي جاء فيه أن الطاعنة قد طالبت بـ500 ألف دينار كتعويض لها عن الطلاق إلا أن قاضي المحكمة رفض لها ذلك على أساس أن نصف

---

[93] – قرار المجلس الأعلى رقم: 39022، بتاريخ: 1986/01/27، المجلة القضائية، عدد 01، 1989، ص 105.

[94] – قرار المحكمة العليا رقم: 143725 بتاريخ: 1996/09/24، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 269.

[95] – قرار المحكمة العليا رقم: 1333125، بتاريخ: 2019/12/04، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، ص 94.

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.[96] وهو ما يستدعي الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد صداق المثل.[97]

لقد جسد الاجتهاد القضائي ذلك في القرار المؤرخ في 1998/11/17، إذ جاء فيه: "إنّ عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضى 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 القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبيب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[98]

---

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

[97] – 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 عمتها 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 المنزلة الاجتماعية. فغن لم يوجد فالقول للزوج بيمينه. **وحدد الحنابلة** مهر المثل بأنه معتبر بمن يساويها من جميع أقاربها، من جهة أبيها وأمها، كأختها وعمتها، وبنت عمتها، وأمها، وخالتها وغيرهن القربى فالقربى. فإن لم يكن أقارب اعتبر شبهها بنساء بلدها، فإن عدمن اعتبر أقرب النساء شبها بها 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 العصبات، وتعتبر بالأقرب فالأقرب منهن، وأقربهن الأخوات وبنات الإخوة والعمات وبنات الأعمام، فإن لم يكن لها نساء عصبات، اعتبر بأقرب النساء إليها من الأمهات والخالات، فإن لم يكن لها أقارب، اعتبر بنساء بلدها، ثم بأقرب النساء شبها بها. ويعتبر مهر المثل عند المالكية بأقارب الزوجة وحالها في حسبها ومالها وجمالها، مثل مهر الأخت الشقيقة أو لأب، لا 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.

[98] – قرار المحكمة العليا رقم: 210422 بتاريخ: 1998/11/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 53.

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 تو افرت أركانه. حيث أنه بالفعل، فإن الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا تو افر أركان الزواج العرفي، ملاحظين بأن 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 تو افر أركان الزواج. حيث أن القرار المنتقد قد اعتبر أن أركان الزواج المدعى به قد تو افرت ومع ذلك فقد أيد الحكم المستأنف الذي يتناقض مع القرار المنتقد، إضافة إلى أن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند النزاع يقضي للزوج=ة بصداق المثل طبقا للمادتين 17 و33 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 جسدته التطبيقات القضائية والتي منها القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 1991/06/18 والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا 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 مخالفا للقانون. ولما كان من الثابت في 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".[99]

التعليق: عن الوجه الثالث: المأخوذ من مخالفة القانون بالقصور في التعليل و انعدام 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.

---

[99] – قرار المحكمة العليا رقم: 73515 بتاريخ: 1991/06/18، المجلة القضائية، عدد 04، 1992، ص 69.

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".[100]

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.

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...".[101]

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.

---

[100] – قرار المجلس الأعلى رقم: 45301 بتاريخ: 1987/03/09، المجلة القضائية، عدد 03، 1992، ص 66.

[101] – قرار المحكمة العليا رقم: 210422 بتاريخ: 1998/11/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 53.

المحاضرة الثالثة: النفقة الزوجية كأثر من آثار عقد الزواج

أولا – تعريف النفقة

المشرع الجزائري لم يعرف النفقة[102] 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

اشترط القانون للنفقة على المرأة الدخول بها أو دعوته للدخول بها كما جاء في نص المادة 74 قانون الأسرة، وهو ما أكده الاجتهاد القضائي بتاريخ 1986/02/10: "إن حق النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة ولو حكما".[103]

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 طلقت وخرجت من بيت الزوجية و انقطعت كل صلة مع زوجها فلا هي أجلت للعلاج على حساب زوجها ولا هي ببيته يستمتع بها بطريق أو بآخر ومن ثم ففرض نفقة لها ليس له مستند من الشرع مما يكون معه السبب في محله.

ثالثا – 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". أخذا برأي المالكية والحنابلة. وعليه فتقدير النفقة يخضع للسلطة التقديرية للقاضي على حسب حال الطرفين اعتبارا من يوم رفع الدعوى.

–وجاءت الاجتهادات القضائية مؤكدة لذلك منها قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1984/04/02 ونص على ما يلي: "من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير

---

[102] – 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.

[103] – قرار المحكمة العليا رقم: 39394 بتاريخ: 1986/02/10، نشرة القضاة، عدد 44، 1988، ص 151.

قضاة الموضوع، فإن تسبيبه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فان القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاك 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 يتقضاه 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، فان هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبيب وإعطاء شيء غير مألوف دون الاستناد على أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة".[104]

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 يتقضاه الزوج كأجرة شهرية وذلك لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى عدد غير مألوف أن يعطي عادة يتناسب مع إمكانية الزوج المادية أو لا. وحيث أنه إذا كان ما يفرض للزوجة هو من صلاحية قضاة الموضوع فإن تسبيبه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقرودخل الزوج ولو طبيبا يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة. ومن ثم فالقرار فصل بدون تسبيب وأعطى شيئا 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 فقها وقضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا، ثم حال مستوى المعيشة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية. لما كانت جهة الاستئناف في قضية الحال قضت بتخفيض النفقة المحكوم بها للزوجة ابتدائيا دون أن تبحث عن دخل الزوج وحالة معيشة الزوجة، 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".[105]

التعليق: حيث تعتمد الطاعنة سببا وحيدا لطعنها والخاص بنقص الأسباب أو عدم كفايتها و انعدام 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

---

[104] – قرار المجلس الأعلى رقم: 32779 بتاريخ: 1984/04/02، المجلة القضائية، عدد 02، 1989، ص 61.

[105] – 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.

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 وزو لم يبين أي أساس من الأسس السالفة الذكر والمتفق عليها فقها وقضاء حين عمد إلى تخفيض النفقات المحكوم بها يكون إذا قراره ناقص في التسبيب 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 التسبيب ليس في محله. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بدفع الزوج لمطلقته نفقة الإهمال ابتداء من رفع الدعوى إلى يوم النطق بالحكم طبقوا صحيح القانون وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[106]

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 الدّعوى، 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 تسبيبا كافيا و أنه بنى على قاعدة ق.أ مما يجعل هذا الوجه في غير محله ويتعين رفضه.**

والنفقة إذا كانت مقدرة بحال الزوجين إلا أنها لا تقل على ما يعتبر من الضروريات في العادة والعرف، فإذا أخلّ 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 قانونا أنه يجوز للقاضي مراجعة

[106] – قرار المحكمة العليا رقم: 57506 بتاريخ: 1989/12/25، المجلة القضائية، عدد 03، 1991، ص 65.

النفقة بعد مضي سنة من الحكم. ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة".[107]

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 للمحضونين 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 الشياع 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".[108] لكن

---

[107] – 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.

[108] – **النشوز في اللغة**: العصيان. وهو مشتق من النّشز وهو ما ارتفع وظهر من الأرض. يقال: نشز فلان في مكانه: ارتفع وامتنع. والمرأة بزوجها: إذا ارتفعت عليه واستعصت، وأبغضته فهي ناشز. ونشز بعلها منها وعليها: ضربها وآذاها وجفاها. 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 الطبري بقوله: " قوله: ﴿**نُشُوزَهُنَّ**﴾ يعني استعلاؤهن على أزواجهن، وارتفاعهن عن فرشهم بالمعصية منهن، والخلاف عليهم 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 ترفّع 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: ﴿**وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن 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 فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا 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 الامتثال له بشكل صريح". قرار المحكمة العليا رقم: 345125، بتاريخ:

بعد تعديل هذه 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 بلّغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها، ومن ثم فإن **النعي**[109] على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض. إذا كان من الثابت 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".[110]

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

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 شرعًا أنه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تعتبر ناشزًا نشوزًا 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 يعدّ 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: – **المالكية**: "الخروج عن طاعة الزوج بمنعه الوطء، أو الخـروج بغير إذنه، أو الامتناع من الدخـول 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 و الطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 185.

[109] – **النعي**: "وهو يَنعَى على فلان كذا: يعيبه عليه ويُشهِّر به". إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، القاهرة، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 2004، ص 936.

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

مخالفة لقواعد الشريعة الإسلامية التي توجب على الزوج الإنفاق ما دامت الزوجة في عصمته وبما انه 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".[111]

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 بر قضاة الموضوع وهو تبرير سليم، الأمر الذي يستوجب رفض الوجه لعدم قانونيته وتبعا لذلك رفض الطعن.

سابعا – 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 يؤكده 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".[112]

التعليق: عن الوجه الأول: حيث أنه بعد الاطلاع على الحكم المعاد والقرار المطعون فيه تبين من هذا الأخير و إنه قد استجاب لطلبات الطاعنة بحيث رفع قيمة المبالغ للمحكوم بها سواء فيما يتعلق بمبلغ العدة والمتعة والنفقة الغذائية للأولاد الثلاثة وأن تحديد هذه النفقات تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها 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".[113]

التعليق: عن الوجه الثاني: مأخوذ من مخالفة القواعد الشرعية في تقدير النفقة بدون الالتفات إلى الوجه الأول. حيث انه بالرجوع إلى القرار يتبين 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

---

[111] – قرار المحكمة العليا رقم: 466390 بتاريخ: 2008/11/12، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2008، ص 317.

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

[113] – قرار المجلس الأعلى رقم: 41560 بتاريخ: 1986/04/07، المجلة القضائية، عدد 02، 1989، ص 69.

نفقة الإهمال ونفقة العدة ونفقة المتعة وحتى مبلغا على سبيل التعويض. وبما أن القرارلم يؤكد ذلك فهذا يضر بحقوق الزوجة التابعة لكل طلاق تعسفي وبالتالي يعتبر مخالفا للشريعة الإسلامية ومنعدما 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 الطّعن".[114].

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 أنّها 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 ضدّها 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.[115]

وكذلك من خلال المادة 1/53 قانون الأسرة التي تعطي الحق للزوجة في طلب التطليق 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 50000دج 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.

---

[114] – قرار المجلس الأعلى رقم: 34327 بتاريخ: 1984/10/22، المجلة القضائية، عدد 03، 1989، ص 69.

[115] – 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 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.

2 – الامتناع المتعمد عن أداء النفقة.

3 – الامتناع عن أدائها لمدة شهرين متتاليين دون انقطاع.

هذا ما أكده 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".[116]

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 و إبطال 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 تجاوز 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 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 اجل 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".[117]

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

---

[116] – قرار المحكمة العليا رقم: 124382 بتاريخ: 1995/04/16، المجلة القضائية، عدد 02، 1995، ص 192.

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

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 قانونا أن اعتبار الزوج ممتنعا 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".[118]

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

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

1 – عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج. مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون". واشترط المشرع حين طلب التطليق أن لا تكون عالمة بإعساره وقت العقد، وهذا يعتبر ضررا يجيز لها المطالبة بالتطليق وفق الفقرة العاشرة من المادة 53؛ هذا ما أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/02/20: "من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطليق لكل ضر معتبر شرعا ولا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية".[119]

المحاضرة الرابعة: النسب كأثر من آثار عقد الزواج

نصت المادة 40 قانون الأسرة على انه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

كما نص القانون على جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وثبوت النسب به وفق شروط وضوابط محددة في نفس القانون وذلك في المادة 45 مكرر قانون الأسرة.

هذا ما أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/06/15 جاء فيه: "من المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة ونكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 –33 – 34 من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون. ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية

---

[118] – قرار المحكمة العليا رقم: 335844 بتاريخ: 2005/05/18، نشرة القضاة، عدد 65، 2010، ص 315.

[119] – – قرار المحكمة العليا رقم: 75588، بتاريخ: 1991/02/20، المجلة القضائية، عدد 04، 1993، ص 78.

قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض".[120]

التعليق: عن الوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة القانون ويتضمن فرعين: عن الفرع الأول: المأخوذ من مخالفة المادة 43 من ق.أ ، بدعوى أن المادة تقضي بأنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة والمطعون ضدها تعترف بأن الطاعن قد مسكن الزوجية يوم 1994/02/14 مع أن ولادة الولدين التوأمين كانت يوم 1995/10/27 أي بعد 19 شهرا.لكن وأن المادة 60 من ق.أ تعني أن الانفصال المشار إليه في المادة 43 من ق.أ إنما هو الطلاق لا الانفصال الذي يحدث إثر خلاف مثل ما يزعم الطاعن من انه انقطع عن الاتصال بزوجته وعليه أن يعلم بأن العصمة بينهما قائمة وأن زوجته تبقى فراشا إلى أن يقع الطلاق. حيث قضت محكمة سعيدة في 1996/01/27 بالطلاق مما يعني ولادة التوأمين موضوع النزاع كانت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين. حيث أن المادة 41 من ق.أ قضت بأنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة يعني اللعان وعليه فالفرع غير مؤسس. عن الوجه الثالث: المأخوذ من قصور الأسباب. بدعوى أن القرار المنتقد قد اكتفى بتأييد الحكم المستأنف. لكن وحيث أنه عكس ما يدعي الطاعن فالقرار المنتقد قد أيد الحكم المستأنف على اعتبار أن التوأمين قد ولدا حال قيام الزوجية وعليه فالوجه غير مؤسس. عن الوجه الرابع: المأخوذ من تناقض الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم مختلفة طبقا للفقرة السادسة من المادة 233 من ق.إ.م. بدعوى أن القرار الصادر عن مجلس قضاء سعيدة في 1996/12/10 قد قضى برفض نسب التوأمين بينما القرار الصادر في 1998/10/05 قد أيد الحكم القاضي بتعيين خبرة طبية حول إلحاق نسب التوأمين. لكن وحيث أن قرار مجلس قضاء سعيدة قد رفض طلب النسب على اعتبار أنه طلب جديد وليس على أساس أن الطلب مرفوض أمّا قرار مجلس قضاء وهران المشار إليه فهو القرار المنتقد الآن مما يدل على أنه ليس بنهائي إضافة إلى أن لا أي تناقض بين القرارين وعليه فالوجه غير مؤسس. عن الوجه المثار تلقائيا من المحكمة العليا: والمأخوذ من تجاوز السلطة. حيث أن القرار المنتقد القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد نسب الولدين بأن ينسبا للطاعن أم لا. حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من ق.أ الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمية إلى التشريعية الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس.

أولا – شروط ثبوت النسب بالفراش في قانون الأسرة

حتى يكون هذا الفراش صالحا لثبوت النسب لا بد من توافر شروط نص عليها المشرع الجزائري من خلال المادة 41 من قانون الأسرة: "يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

– جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1993/11/23: "من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة. ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي

[120] – قرار المحكمة العليا رقم: 222674 بتاريخ: 1999/06/15، المجلة القضائية، عدد 01، 1999، ص 126.

الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام. ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدة المحددة شرعا وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا. ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من 06 أشهر على البناء. وان قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد لأبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانون الأسرة واخطئوا في تطبيق المادتين 41 و42 من قانون الأسرة فيما يخص إلحاق النسب. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[121]

التعليق: حيث أن قضاة الموضوع قد قضوا بصحة الزواج المذكور مع ذلك فقد رفضوا نسب الولد بالمطعون ضده وهو ما يتناقض مع نص المادة 41 من ق.أ التي تنص على أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة إضافة إلى أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به مع العلم أن آجال نفي الحمل ضيقة جدا كما نص على ذلك فقهاء الشريعة الإسلامية وقد استقر الاجتهاد القضائي على أنها لا تتجاوز ثمانية أيام وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس.

وعليه لإثبات الزواج الصحيح يجب توافر الشروط الآتية:

أ – أن يكون الزواج شرعيا أي مطابقا لما هو وارد في المادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة.

ب – أن يكون حمل الزوجة من الزوج ممكنا وذلك بأن يكون ممن يأتي منه الحمل ولا يكون ذلك إلا إذا ثبت بلوغه وقدرته على الإنجاب. فإن كان صغيرا لا يتصور منه الحمل فلا يثبت نسب الولد منه، هذا الشرط لم ينص عليه المشرع الجزائري لأنه يمنع تزوج الصغار ويشترط البلوغ من خلال تحديده سن الزواج بـ19 سنة كاملة.

ج – أن يكون الاتصال ممكنا ومعناه حدوث التلاقي بين الزوجين فعلاً.

د – أن لا ينفيه الزوج عنه بالطرق المشروعة. والمقصود بها اللعان، وهنا لا بد من حكم القاضي بنفي النسب. وإن كان لم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة إلا أنه يفهم من نص المادة 138 قانون الأسرة التي تنص: "يمنع من الإرث اللّعان والرّدة ".

إلا أن الاجتهاد القضائي أقرّ به من خلال ما جاء في القرار الصادر في 1998/10/20: "...ومن المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حدّدت مدّتها في الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا".[122]

التعليق: لكن حيث أن القرار المطعون فيه أسس ما قضي به على أنه ما دامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين فالولد للفراش وبالإضافة إلى ذلك وطبقا لأحكام المادتين 40 و41 من ق.أ فيثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال أما نفي النسب يجب أن يكون بالطرق المشروعة والمقصود به القيام من طرف الزوج بدعوى اللعان الذي حددته الشريعة الإسلامية واجتهاد المحكمة

---

[121] – قرار المحكمة العليا رقم: 99000 بتاريخ: 1993/11/23، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 64.

[122] – قرار المحكمة العليا رقم: 204821 بتاريخ: 1998/10/20، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 82.

العليا بثمانية 08 أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا مما يجعل الوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

هـ – أن يولد الولد بين أقل وأقصى مدة للحمل، وقد ذهب المشرع الجزائري من خلال نص المادة 42 قانون الأسرة إلى أن: "أقل مدة للحمل هي 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر"؛ الأمر الذي أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/11/17: "من المقرر قانونا أن أقل مدة للحمل هي 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر ومتى تبين من قضية الحال أن مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة لأن الزواج تمّ في 1994/05/02 والولد قد ولد في 1994/05/07 كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أما مدير الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به لأن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى إثبات النسب، لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[123]

التعليق: عن الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة المواد 44/40 من ق.أ. بدعوى أن المطعون ضده قد أقر بالولد موضوع النزاع أمام مديرية الحماية الاجتماعية زيادة عن عقد الزواج. لكن وحيث أن عقد الزواج قد تم يوم الثاني ماي 1994 والولد قد ازداد بتاريخ 1994/05/07 وأن المادة 42 من ق.أ تقضي بأن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأن الإشهاد المحرر من طرف مدير الصحة والحماية الاجتماعية لولاية تيبازة يوم 1995/06/14 المتضمن اعتراف المطعون ضده بأبوته للولد فإن الإدارة مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار وعليه فالوجه غير مؤسس.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من قصور الأسباب. بدعوى أن القرار المنتقد قد اعتبر أنه لا يوجد علاقة بين المولود والمطعون ضده مع أن الحكم الجنائي لمجلس بسكرة الصادر عن محكمة الجنايات بتاريخ 1998/02/21 الذي أداه المطعون ضده بثلاث سنوات حبسا بسبب الفعل المخل بالحياء الذي نتج عنه الولد. لكن وحيث أن القرار المنتقد قد أجاب الطاعنة بأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية وعليه فالوجه غير مؤسس الذي رفض الطعن.

– وفي قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/12/17 جاء فيه: "من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح، وأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك، فإن النعي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس ويستوجب الرفض. إذا كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف طبقوا في قرارهم في نفي النسب بعد أن تبين لديهم أن عقد الزواج أبرم بين الطرفين يوم 1981/11/02 وأن البنت ازدادت يوم 1982/01/06 أربع وستين يوما من تاريخ الزواج، أي بأقل من مدة ستة أشهر أقل مدة الحمل، وأن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا لا ينسب إلى أبيه، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[124]

[123] – قرار المحكمة العليا رقم: 210478 بتاريخ: 1998/11/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 85.

[124] – قرار المجلس الأعلى رقم: 35087 بتاريخ: 1984/12/17، المجلة القضائية، عدد 01، 1990، ص 86.

التعليق: عن الوجه الأول: المأخوذ من انعدام الأساس القانوني ذلك أن مجلس قضاء ورقلة لم يركز قراره على نص قانوني معين أو عن مرجع واضح من الشريعة. حيث من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية. ان الولد للفراش وان النسب يثبت بالفراش الصحيح وهو الزواج الصحيح والفقهاء رتبوا على ذلك أن الزنا لا يثبت النسب وحددوا ستة أشهر أقل مدة للحمل. وحيث أن قضاة المجلس في قرارهم المنتقد طبقوا في نفي النسب هذه القواعد وأسسوا شرعا ولا داعي للنصوص أو المراجع مفصلة فإن ثبت لديهم أن عقد الزواج أبرم بين الطرفين يوم 2 نوفمبر 1981 وان البنت ازدادت في 6 جانفي 1982 أي 64 يوما بعد الزواج أي بأقل من ستة أشهر قبل بدء الحمل وأن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا وان ابن الزنا لا ينسب لأبيه وعليه فإن هذا الوجه غير مبرر.

حول الوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة الأشكال الجوهرية للإجراءات الخاصة بقواعد الإثبات ذلك أن المجلس استجاب لطلب نفي النسب بينما هذا الطلب لم يؤيد بأي مبرر أو يمين. وحيث أن المدعي ينفي النسب لما أثبت ان ميلاد البنت وقع بعد مضي شهرين فقط من الزواج قد برر طلبه بناء على القاعدة الفقهية بأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر وان المجلس لما استجاب لطلبه لم يخالف قواعد الإثبات لأن يمين اللعان غير واجب في هذه الحالة ومن ثم كان هذا الوجه غير مؤسس.

حول الوجه الثالث: المأخوذ من انعدام وقصور الأسباب ذلك أن المجلس لم يمعن النظر في الوقائع التي كانت واضحة والتي أشار غليها قاضي الدرجة الأولى الأقرب من الحقيقة لأنه من تقرت. لكن حيث انه ظهر من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع لما طبقوا المبدأ الشرعي الخاص بأمد الحمل اقتنعوا بذلك الشيء الذي جعل قرار مسببا تسبيبا شرعيا وبحسبه فغن الوجه مردود كسابقه.

ثانيا – ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي

لقد قرر المشرع الجزائري اعتماد التلقيح الاصطناعي كطريقة من طرق إثبات النسب كلّما توفّرت الشروط المنصوص عليها في المادة 45 مكرر قانون الأسرة، حيث نصت على أنه: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي". وأخضعه في الفقرة الثانية للشروط التالية:

أ – أن يكون الزواج شرعيا،

ب – أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،

ج – أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها،

د – مع اشتراط أنه لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

رغم إمكانية اللجوء إلى هذه التقنية وجوازها إلا أن المشرع الجزائري لم يتعرض للجزاء المترتب على تخلف إحدى هذه الشروط، إلا بعد صدور القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة،[125] حيث نص في المادة 434 منه على أنه: "يعاقب كل من يخالف المادة 371 من هذا القانون،[126] المتعلقة

---

[125] – القانون رقم: 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46 بتاريخ: 2018/07/29، ص 03.

[126] – تنص المادة 371 من قانون الصحة رقم: 18-11 على ما يلي: " تخصّص المساعدة الطبية على الإنجاب، حصريا، للاستجابة لطلب يعبّر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونا، يعانيان من عقم مؤكد طبيا ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي. ولا يمكن اللجوء فيها للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما، مع استبعاد كل شخص آخر. يقدم الزوج والزوجة

بالمساعدة الطبية على الإنجاب، بالحبس من 5 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 500.000 إلى 1.000.000 دج".

بالنسبة للقرارات القضائية في مسائل التلقيح الاصطناعي بكافة صوره المتعددة الشرعية منها وغير الشرعية لا أثر لها إطلاقا في المحاكم الجزائرية.

ثالثا – ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج صحيح

نصت المادة 43 قانون الأسرة على أنه: " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ".

كما نصت المادة 60 قانون الأسرة على أن: أقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة". والقول أن الانفصال هو الطلاق الذي يقع بصدور حكم قضائي به، وفقا للمادة 49 قانون الأسرة.

– جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2005/03/23: "ينسب الولد لأبيه إذا ولد خلال المدة المحددة قانونا، المحسوبة من تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق".[127]

التعليق: عن الوجه الأول والثاني: حيث يتبين من أوراق الملف ولا سيما القرار المطعون فيه أن الطرفين المتخاصمين تزوجا بعقد رسمي يوم 1998/01/18 عن محكمة حي سيدي البشير بوهران بفك الرابطة الزوجية بتعسف من الزوج، وحيث أن الولد (ه) ولد بتاريخ 1999/02/21 أي بعد عدة أشهر من الطلاق أي خلال المدة المحددة والأوضاع المبينة بالمواد 41، 42، 43 من ق.أ وهو ما عبر عنه قضاة الاستئناف ومنوه في حيثياتهم لما قالوا بأن الطفل (ه) حملت به أمه خلال العلاقة الزوجية فهو للفراش، ومن ثم يكون ما ينعيه الطاعن بهذين الوجهين غير مؤسسين يتعين رفضهما.

رابعا – إثبات النسب بالإقرار

الإقرار يعني الاعتراف، فاعترف بالشيء أي أقر به. والإقرار كوسيلة لثبوت النسب، هو إخبار الشخص أو إعلانه صراحة بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر معين كأن يقول هذا ابني أو هذا ابني أو هذه أمي.

يتبين من خلال نص المادة 44 قانون الأسرة أن الإقرار قد يكون بالبنوة أو بالأبوة أو بالأمومة وهو ما يعرف عند الفقهاء بالإقرار بنسب محمول على المقر نفسه، كما يعبر عنه بالإقرار المباشر.

أ – الإقرار بالبنوة: وهو إعلان الشخص صراحة أن شخصا معينا ابنه أو ابنته كقوله هذا ابني أو هذه ابنتي، فهو اعتراف صريح من الأب أو الأم ببنوة المقر له.

وحتى يكون الادعاء صحيحا يجب توافر مجموعة من الشروط بتصديق هذا الإقرار هي:

– أن يكون المقر بالغا عاقلا مختارا.

كتابيا، وهما على قيد الحياة، طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ويجب عليهما تأكيده بعد شهر (1) واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسّسة المعنية ". نفس المرجع.

[127] – قرار المحكمة العليا رقم: 330464 بتاريخ: 2005/03/23، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2005، ص 293.

– أن يكون الولد مجهول النسب، فإن كان معلوم النسب لا يصح نسبه إليه.

– أن لا يكذبه العقل والعادة. كأن يكون المقر له بالنسب أكبر من المقر أو مساويا له في السن أو بينهما فارق نسبي أقل من اثني عشرة سنة (تكذيب العقل). أو كأن يدعي شخص ببنوة شخص من بلد أجنبي لم يسافر إليه أبدا (تكذيب العادة).

– جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1998/12/15: "من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار (ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة...). ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06 فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلح بل توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة. وعليه فإن القضاة لما لم ينتبهوا لوجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق فإنهم خالفوا الشرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[128]

التعليق: عن الوجهين معا لارتباطهما: حيث أن القول بأن الإقرار لا يكون إلا أمام القضاء تطبيقا للمادة 341 من ق.م مع أن هذه المادة لا تطبق في قضايا الحالة التي يحكمها قانون خاص هو ق.أ ولأن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الناكحة الفاسدة طبقا لقاعدة "إحياء الولد". حيث أن القول أيضا بأن الشهادة المؤرخة في 1997/04/06 أمام الموثق هي عبارة على صلح لا يجوز طبقا للمادة 461 من ق.م مع ان هذا لوصف للوثيقة لا يصح بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة ورغم ذلك لم ينتبه قضاة الموضوع لوجوب سماع هؤلاء الشهود. حيث أنم المادتين 40 و44 من ق.م يثبتان النسب بالإقرار دون تحديد لأي شكل يقع به هذا الإقرار الأمر الذي ينطبق مع قول خليل في باب بيان أحكام الإقرار..." ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة...الخ". حيث أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل والدفع بالمادة 42 من ق.أ التي تحدد أقل مدة الحمل بستة أشهر لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر بمعنى أنه لا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار. حيث أنه لا يمكن الجمع أيضا بين الإقرار بالحمل وبين طلب الطلاق قبل الدخول قصد الوصول إلى استرداد نصف الصداق رغم أن الصداق المدفوع كان يغلب عليه معنى لتعويض أكثر منه مقابل الصداق، وعليه فالوجهين مؤسسين الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية والأطراف لمجلس قضاء باتنة.

ب – **الإقرار بالأبوة أو بالأمومة:** ويكون بتصريح شخص معين، له به علاقة، كأن يقول فلان أبي أو فلانة أمي بشروط هي:

- ❖ أن يكون المقر مجهول النسب وليس المقر له.
- ❖ أن يوجد بينه وبين المقر بأبوته أو أموته فارق في السن يسمح باعتباره ابنا له ويقبله العقل والعادة.

[128] – قرار المحكمة العليا رقم: 202430، بتاريخ: 1998/12/15، المجلة القضائية، عدد1، 1999، ص 122.

– جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1988/12/19: "من المقرر قانونا أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض. لما كان من الثابت من قضية الحال أن أم المطعون ضده اعترفت بأنه ابنها وان اعترافها كان صحيحا، ومن ثم فإن قضاة المجلس بموافقتهم على الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[129]

التعليق: حيث جاء في المادة 40 من ق.أ تنص: يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقراروتنص المادة 44 من نفس القانون: يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، لذلك فما ذهب إليه المجلس كان صحيحا مو افقا لقانون الأسرة إذ أن المرحومة (ب ي ف) اعترفت بأن السيد (ب ي أ) هو ابنها وأن اعتر افها كان صحيحا وليس من حق أي إنسان آخر أن يتدخل في ذلك وبرجوعنا إلى القرار المطعون فيه نجد قضاة الموضوع أسسوه تأسيسا قانونيا ومو افقا لقانون الأسرة لذلك تعين رفض الوجه وبالتالي رفض الطعن.

ج – الإقرار بالأخوة والعمومة: وهو ما يعرف عند الفقهاء بنسب محمول على الغير، كما يعبر عنه بالإقرار غير المباشر. هذا النوع من الإقرار يتم بين شخصين كلاهما ليس أصلا للآخر ولا فرعا له، وإنما قريبه قرابة الحواشي، أي لهما أصل مشترك هو الأب (المقر عليه). ويكون الإقرار بلفظ هذا أخي وهذا عمّي. ولا بد أن يكون المقر له مجهول النسب وان يصدقه العقل والعادة وان يصدقه المقر عليه. فلا يصدق هذا الإقرار ولا يثبت به النسب إلا بتصديق المقر عليه، وهذا ما أكدته المادة 45 قانون الأسرة: "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

خامسا – إثبات النسب بالبينة

ورد النص على إثبات النسب بالبينة في المادة 40 قانون الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة...". فالمراد بالبينة هو الدلائل أو الحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرها من وسائل الإثبات القانونية والشرعية. والمقصود بها شرعا شهادة الشهود.

ما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يبين ما نوع هذه البينة وكيف يثبت بها النسب، ولمعرفة المعنى الذي يقصده المشرع بالبينة نرجع إلى اجتهادات المحكمة العليا أين رفضت إجراء فحص الدم واعتماده كدليل لإثبات النسب؛ حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/06/15: "من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32–33–34 من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون. ومتى تبين – من قضية الحال – أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب

[129] – قرار المجلس الأعلى رقم: 51414 بتاريخ: 1988/12/19، المجلة القضائية، عدد 03، 1991، ص 52.

المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزاو سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[130]

وهنا يمكن طرح التساؤل كيف انتهى قضاة الموضوع إلى تكوين قناعتهم بأن إجراء تحليل دم التوأمين هو الحل الوحيد والوسيلة المجدية الكفيلة بإثبات نسبهما، رغم درايتهم بفحوى نص المادة 40 من قانون الأسرة؟ وهل اعتبر قضاة الموضوع أن تحليل الدم من قبيل البينة التي يثبت بها النسب؟. بالرجوع إلى نص المادة 40 نجد أنها تضمنت البينة كوسيلة لإثبات النسب، غير أن المقصود بها هل هو شهادة الشهود فقط أم أنها كل ما يبين الحق ويظهره؟. إلا أن المحكمة العليا نقضت القرار اعتمادا على وجه مثار تلقائيا من طرفها والمأخوذ من ان قضاة الموضوع تجاوزوا سلطتهم في تفسير البينة الواردة في المادة 40 بمفهومها الواسع من الناحية القانونية، وبهذا قد خالفوا قواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 من قانون الأسرة، وليس من بينها تحليل الدم.

وبالتالي يكون الإثبات بالبينة عن طريق شهادة الشهود إما رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول. وهو ما أخذ به المجلس الأعلى في تحديد نصاب الشهود طبقا لقراره الصادر بتاريخ 1986/12/15: "من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادّعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه جاء خاليا من أية حجة أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا. فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة وخطأ في فهم أنواع الشهادات في الفقه. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[131]

التعليق: التنازع في الزوجية كما نص عليه في شرح القضية سيدي خليل بأن ادّعاها أحدهما و أنكرها الآخر فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو بالسماع الفاشي يقول الشاهد أن في الأولى أنهما حضر العقد مبينين أركانه وفي الثانية يقولان أنهما سمع غير ما مرّة من الثقات وغيرهم أن فلانا زوج لفلانة أو أن فلانة امرأة فلان والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين فلا تقبل فيه شهادة رجل مع اليمين ولا شهادة رجل مع امرأتين. كما أن شهادة النساء وحدهن ولو تعدون وحضرن عقد الزواج وفصّلن أركان الزواج فليس لشهادتهن أي اعتبار ولا يثبت بها الزواج إذ شهادة النساء تأتي في المرتبتين الثالثة والرابعة من أنواع الشهادات الشرعية ففي الثالثة تقبل شهادة امرأتين مع الرجل في المال وما يؤول إلى المال والنوع الرابع تقبل شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه إلا النساء كما في الحيض. وفي هذا الصدد يقول صاحب التحفة:

ورجل بامرأتين يعتضد * في ما يرجع للمال اعتمد**

وفي اثنتين حيث لا يطّلع * إلا النساء كالمحيض مقنع**

---

[130] - قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 222674 بتاريخ: 1999/06/15، المجلة القضائية، عدد 01، 1999، ص 126.

[131] – قرار المحكمة العليا رقم: 43889 بتاريخ: 1986/12/15، المجلة القضائية، عدد 02، 1993، ص 37.

يلحق بهذا الرضاع والولادة والاستهلاك وعيوب الفرج. وعليه وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه فإنه يتبين منه أنه جاء خاليا من أية حجة أو بينة تدل على وجود الزواج التي تدعي المطعون ضدها أنه وقع بينها وبين الطاعن فبقطع النظر عن قول المرأتين المذكورتين في وقائع وحيثيات القرار واستبعاد شهادتهما ولو شهدتا بحضور مجلس العقد فإن أية علامات دالة على وجوده بعض الاحتمال في حصول الزواج لا يمكن أخذها من القرار القاضي بوجوده إما لعدم وجودها وإما لتقصير المجلس فالاستماع إلى الجماعة التي قال أنه وقع أمامها مما جعل قراره مخالفا لأحكام الشريعة ومخطئ في فهم أنواع الشهادات في الفقه. وغير مرتكز على أي أساس شرعي وبذلك كان النعي عليه بما جاء في السببين في محله مما يعرضه للنقض.

الملاحظ أن القضاء الذي رفض تحليل الدم في قرار سابق كبينة، جاء قرار آخر معاكس تماما لما استقر عليه القضاء في عدم اعتماد الخبرة الطبية كبينة، صدر هذا القرار بتاريخ 2006/03/05 يقبل اللجوء إلى الخبرة العلمية كصورة من صور البينة، حيث جاء فيه: "...حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص- م) للمطعون ضده باعتباره أب له كما أثبتته الخبرة العلمية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد وأنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البينة ولما كانت الخبرة العلمية أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن...".[132]

التعليق: حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص-م) للمطعون ضده باعتباره أب له كما أثبتته الخبرة العلمية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد وأنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البينة ولما كانت الخبرة العلمية أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط عليهم بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة وأن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما أثار شرعية كذلك، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

سادسا - إثبات النسب بالزواج الفاسد وبنكاح الشبهة:

أ - إثبات النسب بالزواج الفاسد: ألحق المشرع الجزائري الزواج الفاسد بالزواج الصحيح في ثبوت النسب بموجب المادة 40 قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يثبت النسب بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون".

طالما أن المادة 40 قانون الأسرة تقضي بأنه يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول، فإن المشرع الجزائري لا يعترف بثبوت النسب قبل الدخول. وبالرجوع إلى المواد 32 و33 و34، نجد

[132] - قرار المحكمة العليا رقم: 355180 بتاريخ: 2006/03/15، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2006، ص 469.

أن المادة الأولى (32) تنص على بطلان الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد (م 23 – 30) (م 35). أما المادة الثانية (33) فقد نصت على بطلان الزواج إذا اختل ركن الرضا وفي فقرتها الثانية نصت على الزواج الفاسد والذي إذا اختل شرط من شروط الصحة المنصوص عليها في (المادة 9 مكرر) قانون الأسرة. وأما المادة الثالثة (34) إذا تم الزواج بإحدى المحرمات وفقا(للمواد من 23 إلى 30) قانون الأسرة، يفسخ الزواج قبل الدخول وبعده ويرتب عليه ثبوت النسب. ويتحقق ثبوت النسب في الزواج الفاسد بالدخول الحقيقي وأن يكون في المدة المحددة قانونا للحمل من تاريخ الدخول.

هذا الاجتهاد يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية، التي نصت على ثبوت النسب في الزواج الفاسد إذا تم الدخول بالفعل، احتياطا لإحياء الولد وعدم ضياعه. ولهذا لا يجوز شرعا الاعتماد على الخبرة الطبية، بما فيها البصمة الوراثية وتحليل الحمض النووي في نفي النسب، وتقديمها على اللعان، عند القائلين بهذا. وذلك لأن الطريق الشرعي والقانوني لنفي النسب هو اللعان.

– جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2001/01/23: "يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة 33 من قانون الأسرة. وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون".[133]

التعليق: على الوجه الوحيد: المأخوذ من انعدام الأساس القانوني. بدعوى أن الطاعنة كانت قدمت شهودا اثبتوا انعقاد الزواج واعتماد قضاة الموضوع في رفض الدعوى على عدم توفر ولي الزوجة يعد خطأ قانونيا وشرعيا إذ أنه يحق للمرأة زواج نفسها ما دامت ثيبا وسبق لها الزواج كما أن قاضي الدرجة الأولى لم يرد على طلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب البنت (ح) بأبيها المرحوم (م.ب.أ) مع أن النسب يثبت حتى في حالة اعتبار الزواج فاسد طبقا للمادة 40 قانون الأسرة مما يجعل القرار المطعون فيه منعدم الأساس القانوني مما يعرضه إلى النقض والإبطال. حيث أنه فعلا بالرجوع إلى الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع استمعوا إلى شهود أثبتوا في شهاداتهم أن الزواج العرفي تم بين الطرفين برضاهما وعلى صداق حدد مقداره أمام المسجد وأن الزوجة ناقشت بنود عقد الزواج بنفسها دون حضور ولي عليها وأمام هذا فقضاة الموضوع برفض دعوى المدعية الرامية لإثبات الزواج العرفي يعتبر من غير أساس قانوني ما دام الدخول قد تم ونتج عن الزواج بنتا تسمى (ح) وذلك تأسيسا على المادة 33 من ق.أ في نصها يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد وما دام ركن الولي هو وحده المختل فإن الزواج يثبت بعد الدخول طبقا للمادة المذكورة مما يجعل الوجه مؤسس الأمر الذي يتعين نقض و إبطال القرار المطعون فيه.

ب – إثبات النسب بنكاح الشبهة: عملا بنص المادة 40 قانون الأسرة نصت على أنه: "يثبت النسب...بنكاح الشبهة". هو نكاح يقع خطا بسبب غلط يقع فيه الشخص، فإن حصل به الولد يثبت نسب المولود لوالديه إذا وضع الحمل ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها، وتعرف الشبهة بأنها ما يشبه

[133] – قرار المحكمة العليا رقم: 253366 بتاريخ: 2001/01/23، المجلة القضائية، عدد 02، 2002، ص 440.

الثابت وليس بثابت، وهي ما لم يُتيقّن من كونه حراما أو حلالا. قسم الحنفية والشافعية الشبهة إلى ثلاثة أقسام:

– **شبهة الفعل (الوطء):** وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة: وتثبت هذه الشبهة في حق من اشتبه عليه حل الفعل وحرمته، وليس هناك دليل شرعي يفيد الحل، فظن حل الفعل من غير أن يستند إلى دليل شرعي ضعيف أو قوي يفيد الحل أنه اعتمد في ظنه على ما يصلح أن يكون دليلا (ظن غير الدليل دليلا، فالفاعل يقدم على فعل الشيء وهو يعتقد إباحته). ومثاله كالذي وطئ جارية أبيه، أو كأن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثا وهي لا زالت في العدة. ظن أنه طلاق رجعي لا بائن. كذلك الحال بالنسبة للبائن والمختلعة. فلا يجب عليه الحد لقيام الشبهة في المحل وهو الأمة الموطوءة.

شبهة العقد: إن وجود صورة العقد مع انعدام حكمه وحقيقته تكفي بذاتها لإيجاد الشبهة، كمن عقد على مَن لا يحل له نكاحها كمحارمه، كالعقد على امرأة وبعد الدخول تبين له أنها أخته من الرضاع أي المحرمات. أو خامسة على أربع في عصمته. والتي تظهر في إبرام عقد زواج بين رجل وامرأة ثم تبين فساد العقد لسبب من الأسباب الموجبة للفساد. وهذه الصّورة تُشبه النّكاح الفاسد لوجود العقد واشتباه الأمر عليه في الحلّ والحرمة. وفيها يسقط الحدّ عن الفاعل مطلقا ويُنسب إليه الولد. هذا القسم انفرد به أبو حنيفة.

– **شبهة المحل: وتسمى شبهة الحكمية أو شبهة الملك،** وسميت شبهة محل لأنها نشأت عن دليل موجب للحل في المحل، فحل المحل ثبت بحكم الشرع. حيث جهل الزّوج حكما من أحكام الزّواج ونشأ عن هذا الجهل دخول بالمرأة، ومثال ذلك رجل طلّق زوجته بلفظ الكناية، ويترتّب عليه عدم جواز اتّصال الزّوج بزوجته المطلَّقة أثناء العدّة، كونه أصبح طلاقا بائنا، ولكنّ هذا الزّوج ظنّ أنّه طلاق رجعي لا بائن، يجوز له الاتّصال بزوجته أثناء العدّة الرّجعية وحملتْ نتيجة ذلك، فإنّ نسب الولد في هذه الحالة يلحق بأبيه. ومثاله الأب إذا وطئ جارية ولده لقوله ص م: **{أنت ومالك لأبيك}.**[134]

– جاء في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1991/05/21: "من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة، ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج وإثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن". [135]

التعليق: عن الوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة المادة 40 من ق.أ بدعوى أن المادة تثبت النسب بالبينة وبنكاح الشبهة وما دام المطعون ضده كان يخالط الطاعنة ويأتي إلى منزلها بعلم الجيران بعدما تمت الخطبة فكان على

---

[134] – الطبراني أبو القاسم سليمان بن احمد، المعجم الأوسط، ج1، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد أبو معاذ – محسن الحسيني، ط1، دار الحرمين، القاهرة، مصر، 1995، ص 22.

[135] – قرار المحكمة العليا رقم: 74712 بتاريخ: 19991/05/21، المجلة القضائية، عدد 02، 1994، ص 56.

المجلس أن يعتبر هذه العلاقة، نكاح شبهة. ولكن حيث أن الطاعنة لم تثبت أي حالة من الحالات التي تنص عليها المادة 40 من ق.أ وأن قضاة الموضوع يبخلوا عنها كل ما يلزم لإثبات دعواها وعليه فالوجه غير مؤسس كسابقه الأمر الذي تعين معه رفض الطعن.

– وفي قرار ثاني صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2011/05/12: "الاغتصاب، الثابت بحكم قضائي يعد وطأ بالإكراه ويكيف بكونه نكاح شبهة يثبت به النسب".[136]

التعليق: حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأن قضاة الموضوع اسقطوا نسب البنت عن المطعون ضده اعتمادا على أن البنت ولدت بعد شهر وثلاثة أيام من انعقاد الزواج واستنتجوا من ذلك أنه كان نتيجة علاقة غير شرعية. حيث أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 40 من قانون الأسرة فإن النسب فكما يثبت بالزواج الصحيح فإنه يثبت بالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبالتالي فإنه كان على قضاة الموضوع التحقق مما دفعت به الطاعنة من أن المطعون ضده هو من قام بتسجيل البنت باسمه بعد تعرضها للاغتصاب منه و إبرامه لعقد الزواج اللاحق على الحمل في محاولة للتهرب من المتابعة الجزائية لأنه في حالة ثبوت الاغتصاب بحكم قضائي يعد وطء بالإكراه ويكيف بأنه شبهة يثبت به النسب وفقا لنص المادة المذكورة. وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري لم يعترف بنسب الطفل غير الشرعي ولم يشر صراحة إلى ذلك في قانون الأسرة، إلا أن منح القاضي السلطة التقديرية في الأخذ بالطرق العلمية وما اجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث ترتب على هذه السلطة التقديرية المطلقة توسع القضاء في تفسير النص، حيث الحق القضاة نسب ابن المغتصبة بابيه البيولوجي اعتمادا على الخبرة العلمية، أخذا برأي الفقه الذي يرى أن ابن المغتصبة يختلف عن ابن الزنا وبالتالي لا حد عليها باتفاق الفقهاء لأنها مكرهة والإكراه يعتبر شبهة. وعليه يثبت النسب للمغتصب سواء باعترافه أو بشهادة الشهود أو بالقرائن أو بالوسائل العلمية أو الطبية.

- وجاء في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2016/12/07: " إغراء المعاقة ووطؤها، الثابت بالحكم القاضي بإدانة المعني بجريمة الإغراء وفساد الأخلاق، يعد من قبيل الوطء بالإكراه ويأخذ حكم وطء الشبهة، يثبت به نسب البنت الناتجة عن هذا الوطء".[137]

التعليق: عن الوجه الوحيد: المأخوذ من قصور التسبيب، بدعوى أن المادة 40 من قانون الأسرة تنص على أن النسب يثبت بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة ونكاح الشبهة و أنه كان على قضاة الموضوع التحقيق مما دفعت به الطاعنة من أن المطعون ضده اغتصبها و أنجبت منه البنت المسماة (ن) مستغلا إعاقتها مما يعد وطء بالإكراه، حيث إن الطرق التي يثبت بها النسب وفقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة هي الزواج الصحيح والإقرار والبينة والزواج المفسوخ بعد الدخول ونكاح الشبهة، وأن الشبهة المثبتة للنسب عرفت بأنها كل وطء حرام لا حد فيه؛ أي لا يوصف بأنه زنا ولا يكيف بأنه زواج صحيح أو فاسد أو باطل وفقا لأحكام قانون الأسرة، وأن الرأي الراجح في المذاهب أنه لا حد على المكره على الزنا، وعلى ذلك انتهى اجتهاد المحكمة العليا إلى أن الإكراه يعتبر شبهة مثبتة للنسب، ولما كان البين من الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه أن الطاعنة مصابة بإعاقة الصم البكم بنسبة 100% حسب بطاقة الإعاقة المدرجة في الملف، وأن المطعون ضده يكون قد استغل هذه الإعاقة وقام بإغرائها ووطئها حسب الثابت من الحكم الجزائي الصادر عن محكمة سوق أهراس بتاريخ:

---

[136] – قرار المحكمة العليا رقم: 617374 بتاريخ: 2011/05/12، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2012، ص 294.

[137] – قرار المحكمة العليا رقم: 1027105، بتاريخ: 2016/12/07، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2016، ص 228.

2010/02/1 القاضي بإدانته بعامين حبس مع وقف التنفيذ عن جريمة الإغراء على الفسق وفساد الأخلاق طبقا لنص المادة 347 من قانون العقوبات المؤيد بالقرار المؤرخ في 2010/06/07، فإن هذا التصرف الثابت بالحكم الجزائي الصادر عنه تجاه الطاعنة المعاقة يعد وطء بالإكراه ويأخذ حكم وطء الشبهة يثبت به نسب البنت (ن) المولودة بتاريخ 2009/05/17 الناتجة عن هذا الوطء خاصة وأن المطعون ضده امتنع عن التوجه إلى مخبر الشرطة العلمية لإجراء تحاليل الحمض النووي تنفيذا للحكم الصادر بتاريخ 2012/03/28 بالرغم من عدم ممانعته ذلك خلال سير الدعوى، لأن هذا الفعل الثابت من المطعون ضده لا يمكن وصفه بالزنا في جانب الطاعنة المعاقة وهي بذلك مجرد ضحية لهذا التصرف، وهو السبب الذي يؤدي إلى تحميل المعني مسؤولية النسب وتبعاته، مما يجعل الوجه سديدا. حيث إنه بذلك يصبح الوجه الوحيد مؤسس ويتعين معه نقض القرار. حيث إن المحكمة العليا بنقضها القرار المطعون فيه وفصلها في النقطة القانونية القائم عليها الوجه وهي أن وطء المعاقة يعد شبهة يثبت به النسب، لم تترك من النزاع ما يتطلب الحكم فيه طالما أن المحكمة انتهت إلى إثبات النسب وإلحاق نسب البنت بوالدها المطعون ضده بموجب الحكم المستأنف مما يتعين معه النقض دون إحالة وفقا لنص المادة 365 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. حيث إن خاسر الدعوى يتحمل المصاريف القضائية وفقا لنص المادة 374 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

سابعا – إثبات النسب بالطرق العلمية

لقد أجاز المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الأسرة الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب، حيث جاء في المادة 2/40 قانون الأسرة: "ويجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب". فالمادة المذكورة قد اكتفت بالإشارة إلى جواز اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب دون تحديد المقصود منها أو حصر لصورها. وعلى هذا الأساس فالأمر ليس على إطلاقه، لأن إعمال القضاء للنص القانوني لا يحول دون وجود عقبات وعوائق قد تؤدي إلى عدم تكريسها عمليا.

فمن هذه العوائق ما يمس حرمة الحياة الخاصة، إذ تنص المادة 46 من دستور 2016 على أنه: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، ويحميها القانون". حيث تشكل هذه المادة إحدى أهم العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية الحديثة في النسب وخصوصا فحص الحمض النووي باعتباره تدخل في الحياة الخاصة للفرد.

ومنها ما يؤدي إلى انتهاك السلامة الجسدية، إذ تنص المادة 41 من نفس الدستور على أنه: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية".

هذا بالإضافة إلى أنها تؤدي إلى إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، وهذا يتنافى مع ما كرسته مختلف الأنظمة الإجرائية مبدأ عاما لا يجوز بموجبه اللجوء لإجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

وقد كان الاعتماد في الفقه الإسلامي في مسألة ثبوت النسب على ما يسمى بالقيافة، وما يحكم به القائف يعمل به لحل التنازع على النسب في حالة تعذر الإقرار أو الشهادة. وفي العصر

الحاضر تم اكتشاف العلامات الوراثية عن طريق تحاليل الدم المخبرية وفحوصات بصمة الحامض النووي الذي يقوم عليه القضاء، عن طريق الاستعانة بالطرق العلمية في سبيل الوصول إلى الحقيقة.

إن تحاليل البصمة الوراثية تقوم أساسا على معرفة الشبه بين الولد ووالديه، فهي نوع من القيافة لبيان الشبه القائم على الحس والمشاهدة وإن تميزت البصمة الوراثية بنتائجها البيولوجية والدقيقة في المختبرات المعتمدة. حيث يعتمد فيها على أدلة خفية محسوسة من خلال الفحوصات المخبرية.

جاء في توصية ندوة الوراثة والهندسة الوراثية ما نصه: "البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية، ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها الفقهاء، وتمثل تطورا عصريا عظيما في مجال القيافة الذي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه، ولذلك ترى الندوة أن يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى".

وبناء على ذلك فإنه يمكن الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التالية:

أ – حالة الولد مجهول النسب أو اللقيط لمعرفة والده الحقيقي.

ب – حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية المواليد والأطفال، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

ج – حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث، والكوارث وتعذر معرفة أهليهم.

د – حالات نسب الولد الناتج عن الوطء بشبهة أو من زواج فاسد، وكذا حالات الزنا والاغتصاب بالإكراه لمعرفة الزاني لاستلحاق ولده من الزنا.

ولا يجوز للبصمة الوراثية أن تتقدم على الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب التي أوردها المشرع في المادة 1/40 قانون الأسرة، كما أنه لا يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لإبطال البنوة الثابتة بهذه الطرق الشرعية أو التشكيك فيها. وبالإضافة إلى هذا، فإن نفي النسب الثابت بالطرق الشرعية لا يكون إلا عن طريق اللعان وفقا للمادة 41 قانون الأسرة.

واللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب أو نفيه لا تتعارض في شيء مع أحكام الشريعة الإسلامي، بل هي تدعيم للقاعدة الأصلية " الولد للفراش ". ذلك أن الفقه الإسلامي قادر على مسايرة المعطيات العلمية المعاصرة، وإقامة العدل الذي يقوم عليه القضاء، عن طريق الاستعانة بالطرق العلمية في سبيل الوصول إلى الحقيقة.

– جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2007/03/21: "يتعين على جهتي التحقيق اللجوء إلى خبرة تحليل الحمض النووي (ADN)، عندما يكون ذلك ضروريا...حيث وبالرغم من البيانات المتناقضة

الواردة في القرار المطعون فيه فإن غرفة الاتهام تبنت موقف قاضي التحقيق الذي رفض طلب الخبرة المتعلقة بتحليل الحمض النووي (ADN) بالرغم من أن هذه الخبرة ضرورية لتحديد النسب".[138]

التعليق: عن الوجه الوحيد: حيث إنه يستخلص من بيانات القرار المطعون فيه أن غرفة الاتهام لم تبين العلاقة الموجودة بين بيانات هذا القرار التي وحسبها أنجبت (ق.ج) طفلا من جنس ذكر اسمه (ق.س) بناء على تصريحات هذه الأخيرة في حين أن الوقائع تشير على شخص من جنس أنثى أي (ق.س) وأن هذه الأخيرة قد تكون ابنة (ح.ص) و (ف.م) المتوفى حاليا، لم تبين غرفة الاتهام العلاقة الموجودة بينها وبين النتيجة التي وصلت إليها هذه الغرفة المتمثلة في أنه لا توجد أدلة كافية من أجل إدانة ما. حيث وبالرغم من البيانات المتناقضة الواردة في القرار المطعون فيه، فإن غرفة الاتهام تبنت موقف قاضي التحقيق الذي رفض طلب الخبرة المتعلقة بتحليل الحمض النووي (ADN) بالرغم من أن هذه الخبرة ضرورية لتحديد النسب وعند الاقتضاء الهوية الحقيقية لكل من (ق.س) و(س) و(ق.ج) و(ف.ت). حيث إن غرفة الاتهام سارعت أيضا إلى تأييد الأمر بانتفاء وجه الدعوى الصادر عن قاضي التحقيق دون الوصول بالتحقيق إلى نهايته. – بسماع القابلة (س.د) التي يبدو أنه لم يتم أبدا سماعها بخصوص تصريحات (ق.ج) التي وحسبها وضعت مولودا من جنس ذكر اسمه (ق.س) والطفل (ت) المفترض أن يكون (س) يكون قد سلم إلى عائلة (ف.م) و(ح.ص) وحمل بذلك لقب (ف) والاسم (ت). – بسماع (ق.ج) وعند الاقتضاء بإجراء مواجهة استجوابية التي تؤكد أن (ق.س) ليست ابنتها وإنما ابنة (ح.ص) و(ف.م). – بسماع (ق.ج) كذلك بخصوص التزامها الصمت منذ ولادة ابنها المفترض المسمى (س) وعدم تصريحها بذلك إلا اليوم. وأخيرا بخصوص إبطال شهادة ميلاد (ق.س) وإدراج هذه الشهادة المبطلة في ملف الدعوى. حيث إن الاحتمال في مجال التحقيق هو إجراء وقائي مثلما أن اليقين إجراء للحكم. حيث إنه يصرح ببطلان قرارات غرفة الاتهام إذا لم تتضمن أسبابا أو إذا كانت أسبابها مشوبة بالقصور ولا تسمح للمحكمة العليا بممارسة رقابتها، وأن قصور الأسباب يعادل انعدامها. حيث إن غرفة الاتهام لدى مجلس قضاء برج بوعريريج لم تسبب قرارها تسبيبا كافيا ولم تعط أساسا قانونيا لتأييدها أمر انتفاء وجه الدعوى، مما يتعين القول أن الوجه الوحيد المثار مؤسس والأمر بنقض القرار المطعون فيه.

– في قرار ثاني صادر عن المحكمة العليا أيضا بتاريخ 2006/03/05: "يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة، إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي (ADN) ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون)، وبين إلحاق النسب، في حالة العلاقة غير الشرعية. بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود للمطعون ضده باعتباره أب له كما أثبتته الخبرة العلمية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد وأنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البينة ولما كانت الخبرة العلمية أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة وأن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل

[138] – قرار المحكمة العليا رقم: 414233 بتاريخ: 2007/03/21، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2007، ص 567.

واحد منهما أثار شرعية كذلك، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه".[139]

التعليق: عن الوجهين الأول والثاني معا لترابطهما: حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص.م) للمطعون ضده باعتباره أب له كما أثبتته الخبرة العليمة (ADN) معتمدين في ذلك على المادة 40 من ق.أ رغم أن هذه الأخيرة تفيد و أنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البينة ولما كانت الخبرة العلمية (ADN) أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة وأن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

وقد جاءت أهم حيثيات قرار المحكمة العليا تستند إلى أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب المدعية في الطعن الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص.م) للمدعى عليه في الطعن كما أثبتته الخبرة العلميةADN معتمدين في ذلك على نص المادة 40 من قانون الأسرة، رغم أن هذه الأخيرة تفيد أنه يثبت النسب بعدة طرق منها البينة. وقد كرس قضاة المحكمة العليا مبدءا قانونيا يتمثل في إمكانية إثبات النسب بالبينة حتى في العلاقة بين الرجل والمرأة خارج إطار الزواج الصحيح، كما هو منصوص عليه في المادة 40 من قانون الأسرة. كما أرسى هذا القرار اجتهادا قضائيا جديدا يتمثل في اعتبار الخبرة الطبية حتى لو لم يكن الزواج صحيحا. مما أدى بهذا الاجتهاد إلى تعديل المادة 40 من قانون الأسرة بإضافة الفقرة الثانية التي أصبحت تجيز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

ويعتبر اجتهاد المحكمة العليا حماية قانونية للمرأة من تهرب الرجل من مسؤوليته في حالة ما إذا نتج حمل عن العلاقة القائمة بينهما، من خلال فتح المجال أمام المرأة لإثبات نسب مولودها بالبينة لاسيما الخبرة الطبية ADN.

ثامنا – نفي النسب باللعان

اللعان: هو حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له إن لم يكن له بينة، وحلفها على تكذيبه. فهو أيمان مخصوصة تجري بين الزوجين أمام القاضي مقرونة باللعن من جهة الزوج وبالغضب من جهة الزوجة.

وهو أن يتهم الزوج زوجته بالخيانة الزوجية أثناء قيام الرابطة الزوجية بعقد صحيح مع إمكانية الاتصال. فإذا اتهم الزوج زوجته بالزنا أو بنفي الولد إليه ولم يستطع إثبات ذلك أمام القضاء، فله أن يرفع إلى المحكمة دعوى اللعان ونفي الولد.

---

[139] – قرار المحكمة العليا رقم: 355180 بتاريخ: 2006/03/05، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2006، ص 469.

وهو ما قضت به المادة 41 من قانون الأسرة بأنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة". والطرق المشروع لنفي نسب الولد عنه يتمثل في اللعان، وإن كان المشرع لم يظهر ذلك صراحة في هذه المادة، إلا أنه يفهم من نص المادة 138 قانون الأسرة: "يمنع من الإرث اللعان والردة ".

وهو ما استقر عليه القضاء الجزائري في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا. على أن اللعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب ولم تتم الاستعانة بأي طريق آخر. ورد في إحدى قرارات المحكمة العليا بتاريخ 2009/10/15: "يحول رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب".[140]

التعليق: حيث إنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه أن المطعون ضده رفع دعواه ضد الطاعنة طالبا تعيين مختص في علم الهندسة الوراثية الجينية وتكليفه بإجراء خبرة طبية لفك الشفرة الوراثية للمطعون ضده وللطاعنة وكذا الشفرة الوراثية للولد (أ) الذي ينكر المطعون ضده ن نسبه إليه، والقول ما إذا كان ذلك الولد من صلبه أم لا وفي حالة ما إذا كان الولد ليس من صلبه الحكم بإسقاط نسبه عنه و إلغاء شهادة ميلاده. وحيث أن الحكم المستأنف قضى بتعيين خبيرين مختصين في الطب الشرعي لإجراء مقارنة بين الشفرة الوراثية للمطعون ضده والولد (أ) وذلك بعد أخذ عينة من أنسجتهما والقول ما إذا كانتا متطابقتين من عدمه ومن ثم ما إذا كان المطعون ضده هو والد الولد أم لا. حيث إن ذلك الحكم هو حكم غير نهائي لم يفصل في أ صل النزاع أو مسألة تتنازع عليها، و لا يعد حتما تمهيديا وهو حكم تحضيري غير قابل للاستئناف وفقا لنص الماد 106 من قانون الإجراءات المدنية . حيث إن قضاة المجلس لما قبلوا استئناف الطاعنة شكلا وتطرقوا لموضوع النزاع، يكونون قد خالفوا نص المادة 106 المذكورة . حيث إنه لذلك يتعين نقض القرار المطعون فيه . حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف فإن الطاعنة تمسكت برفض الدعوى لسبق الفصل فيها. حيث أنه يتبين فعلا بالرجوع إلى أوراق الملف أن النزاع سبق طرحه على القضاء وكان آخر قرار صدر عن مجلس قضاء المسيلة بتاريخ 2006/10/02 قضى ب إلغاء الحكم المستأنف الصادر عن محكمة سطيف بتاريخ 2003/02/01 وقضى من جديد بعدم قبول دعوى الملاعنة التي رفعها المطعون ضده لورودها خارج الأجل الشرعي، وبعد الطعن بالنقض ذلك القرار من قبل المطعون ضده رفضت المحكمة العليا طعنه بموجب القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بتاريخ 2008/07/16. وحيث أنه مادام أن المطعون ضده قد التجأ إلى دعوى اللعان فلا يجوز له التذرع بإتباع أحكام المادة 40 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة التي تنص على أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار ...و أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب .حيث إنه بذلك يتعين أن يمتد نقض القرار المطعون فيه إلى الحكم المستأنف الذي عين الخبيرين وغفل عن مسألة سبق الفصل التي أثارتها الطاعنة، على أن يكون النقض بدون إحالة.

فكان واضحا موقف القضاء الجزائري من عدم استخدام البصمة الوراثية كطريق لنفي النسب، الأمر الذي أكده – قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15 /03/ 2012: "الفقرة الثانية من المادة

[140] – قرار المحكمة العليا رقم: 605592، بتاريخ: 2009/10/15، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2010، ص 245.

40 من ق.أ «يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية مقررة لإثبات النسب» مقررة لإثباته وليس لنفيه".[141]

التعليق: عن الوجه الثاني : المأخوذ من مخالفة القانون، بدعوى أن المادة 2/40 من قانون الأسرة فتحت المجال لقطع دابر الشك حول النسب بالركون إلى الطرق العلمية لإثباته أو نفيه و أنه أمام تمسك الطاعن بإجراء التحليل الطبي بواسطة الحمض النووي وتقديمه شهادة طبية تفيد عجزه الجنسي عن الإنجاب فإن قضاة الموضوع خالفوا نص المادة 2/40 المذكورة وعرضوا قرارهم للنقض. لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع اثبتوا أن طرفي النزاع بعلاقة شرعية وفق عقد الزواج المؤرخ في 2001/08/06 و أثمرت هذه العلاقة عن الأبناء الثلاثة حال قيام العلاقة الزوجية وأن الطاعن أقر بنسبهم إليه وفق الثابت من الحكمين المؤرخين في 2007/11/24 و2008/10/11 ولم يصدر منه نفي بالطرق المشروعة وبالتالي فإن نسب الأبناء الثلاثة ثابت من والدهم الطاعن بالزواج الصحيح بمفهوم المادة 40 من قانون الأسرة وهو بعد الإثبات غير قابل للنفي لا بالبصمة الوراثية ولا باللعان ولا بأي طريق وأن قضاة الموضوع باستبعادهم طلب إجراء التحاليل المؤسس على المادة 2/40 من القانون المذكور ورفضهم الدعوى قد طبقوا صحيح القانون لأن هذا النص مقرر للإثبات وليس للنفي والحال و أن النسب ثابت بالزواج الصحيح مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض. حيث أنه بذلك يصبح الوجهان غير مؤسسين ويتعين معه رفض الطعن.

– جاء في القرار المؤرخ في 2012/12/13: "النسب الثابت بالفراش، لا ينتفي إلا باللعان المقصود في المادة 41 من ق.أ لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، بطلب من الزوج".[142]

التعليق: عن الوجه الوحيد : المأخوذ من السهو عن الفصل في أحد الطلبات، بدعوى أن الطاعن وبمجرد علمه أمام المحكمة بادعاء المطعون ضدها أنها حبلى منه أنكر نسب الجنين إليه وتقدم بطلب إجراء تحاليل الحمض النووي وهو الطلب الذي أصر عليه وأكده أمام المجلس وأن كلا من المحكمة والمجلس لم يستجيبا له في ذلك مما يعرض القرار للنقض. لكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين و أن قضاة المجلس أ شاروا في حيثيات قرارهم إلى أن المطعون ضدها حبلى من الطاعن في الشهر الرابع وألزموا الطاعن بمصاريف العلاج ومتابعة الفحوصات الطبية وبقضائهم ذلك يكونون قد ردوا ضمنيا على طلب الطاعن بخصوص نفي النسب بتحاليل الحمض النووي و انتهوا إلى رفضه ضمنيا وطبقوا في ذلك صحيح القانون لأن النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان فقط وهو الطريق المشروع الذي قصدته المادة 41 من قانون الأسرة ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان بناء على طلب الزوج و أن نص المادة 2/40 من قانون الأسرة مقرر للإثبات وليس للنفي والحال وأن النسب هنا ثابت بالفراش مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض.

بالرجوع إلى نص المادة 41 قانون الأسرة، يستفاد ضمنيا من هذه المادة أن نسب الولد لأمه ثابت في كل الحالات (ينسب الولد لأبيه)، أما الأب فيمكنه نفي ذلك بالطرق المشروعة والمستقر عليه قضاء هو اللعان.

---

[141] – قرار المحكمة العليا رقم: 690718، بتاريخ: 2012/03/15، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2013، ص 268.

[142] – قرار المحكمة العليا رقم: 828820، بتاريخ: 2012/12/13، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2014، ص 323.

– جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/10/20: "...ومن المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من العلم بالحمل أو برؤية الزنا".[143]

التعليق: حيث أن الطاعن استند في تدعيم طعنه للنقض وإبطال القرار الطعون فيه على وجه واحد. عن الوجه الوحيد: المأخوذ من انعدام أو قصور أو تناقض الأسباب بدعوى أن الطاعن دفع أمام قاضي الدرجة الأولى بخيانة المدعي عليها في الطعن وبأن البنت (ف) ليست من صلبه لأنها ولدت بتاريخ 1996/01/27 أي خلال مدة تقل عن ستة أشهر من عودته إلى التراب الوطني بتاريخ 1995/08/15 ورغم ذلك فقضاة الاستئناف طبقوا القاعدة أن الولد للفراش ((وأسسوا قرارهم على أن العارض لم يقدم الدليل لإثبات غيابه الدائم عن بيت الزوجية وتذكرة الطائرة المقدمة من طرف العارض لا تثبت ذلك لكن حيث أن القرار المطعون فيه أسس ما قضي به على أنه ما دامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين فالولد للفراش وبالإضافة إلى ذلك وطبقا لأحكام المادتين 40 و41 من ق.أ فيثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال أما نفي النسب يجب أن يبكون بالطرق المشروعة والمقصود به القيام من طرف الزوج بدعوى اللعان الذي حددته الشريعة واجتهاد المحكمة العليا بثمانية 08 أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا مما يجعل الوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

– وجاء في قرار صادر بتاريخ 1985/02/25: "من المبادئ الشرعية أن دعوى اللعان لا تُقبل إذا أخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا. يكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البت في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي (12) يوما من علمه بوضع زوجته لحملها".[144]

التعليق: حول الوجه الثاني: الموجب وحده للنقض والذي يعيب على القرار عدم التعليل وانعدام الأساس القانوني ذلك أن المجلس أسس قراره بتوجيه اليمين باعتبار أن الطرفين متناقضين في أقوالهما مع أن الزوجة تمسكت في سائر مراحل القضية بعدم قبول دعوى اللعان بان زوجها رفع دعواه بعد مضي الأجل وان قضاة الموضوع لم يلتفتوا إلى هذا الوجه واغفلوا الرد عليه. حيث أن هذا النعي صحيح. حيث من المبادئ المستفادة في الشريعة أن من جملة الشروط نفي الحمل أو الولد عند المالكية هو التعجيل باللعان بعد علم الزوج بالحمل أو الولد فإذا أخر لعانها ولو ليوم واحد بعد علمه بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا امتنع لعانه لها. حيث انه يستخلص من وقائع الدعوى وبالاطلاع على وثائق ملف الطعن يتبين أن الزوج المطعون ضده علم بوضع الوقائع في 25 فيفيري 1979 يوم الثالث مارس من نفس السنة ولم يرفع دعواه لنفي الحمل باللعان إلا بعد مضي 12 يوما بعد علمه بالوضع. حيث أن الطاعنة تمسكت أمام قضاة الموضوع وفي سائر مراحل القضية بعدم قبول دعوى اللعان المرفوعة بعد مضي الأجل الشرعي. حيث ان قضاة المجلس لما رأوا بأداء يمين اللعان على أساس تناقض أقوال الطرفين قد اغفلوا الرد على الدفع المثار ولم يطبقوا أحكام الفقه الإسلامي المتعلقة باللعان معرضين قرارهم للنقض بدون حاجة لمناقشة باقي الأوجه.

---

[143] – قرار المحكمة العليا رقم: 204821، بتاريخ: 1998/10/20، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 82.

[144] – قرار المجلس الأعلى رقم: 35934 بتاريخ: 1985/02/25، المجلة القضائية، عدد 01، 1989، ص 83.

ولم يحدد المشرع مدة رفع دعوى اللعان ونفي النسب، إلا أن المحكمة العليا حددت هذه المدة؛ حيث جاء في قرار لها بتاريخ 2002/12/25: "مدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل".[145]

التعليق: عن الوجه الأول: المأخوذ من انعدام الأسباب، بدعوى أن الطاعن قد تمسك بدعوى ملاعنة المطعون ضدها بشأن نسب الولد موضوع النزاع. ومع ذلك فالقرار المنتقد قد أيد الحكم المستأنف القاضي بالطلاق. لكن حيث أن الحكم المستأنف والقرار المنتقد قد أجابا الطاعن بأن دعوى الملاعنة قد جاءت متأخرة جدا أو غير مقبولة لأنها محددة بوقت قصير والقرار المنتقد قد تبنى أسباب الحكم المستأنف إضافة إلى أن المدة المحددة للملاعنة التي أشار إليها قضاة الموضوع قد استقر بشأنها اجتهاد المحكمة العليا على أن لا تتجاوز فترة أسبوع فقط من يوم رؤية الزنا أو من يوم العلم بالحمل الذي استمر حوله النزاع ما يقرب من 20 سنة وعليه فالوجه غير مؤسس. عن الوجه الثاني: المأخوذ من انعدام الأساس القانوني، بدعوى أنه ما دام الطاعن قد أقام دعواه بشأن اللعان مع أن قضاة الموضوع لم يتقيدوا بهذه الدعوى بل فصلوا في مسألة الطلاق. لكن حيث أن هذا الوجه ما هو إلا تكرار للوجه السابق الذي سبقت مناقشته الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

لكن المحكمة العليا وضعت استثناءات على المدة المحددة لرفع دعوى اللعان، أوردها القرار الصادر بتاريخ 1990/07/16: "من المقرر شرعا وفقها وجوب التعجيل باللعان غير أن هذا لا يمنع من تأخيره لظروف خاصة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقواعد الشرعية. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بنفي اللعان دون مراعاة الظروف الخاصة للزوج خرجوا عن القواعد الشرعية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[146]

التعليق: فيما يتعلق بالسبب الثاني بمختلف فروعه مع السببين الثالث والرابع: اللعان شرع لأمرين: لنفي الحمل أو الولد أو لرؤية الزوجة تزني وهو واجب في الأول والثاني ينبغي تركه بهذه العبارات افتتحت باب اللعان في شرح الدردير وواضح منها أن الزوج إذا أيقن بأن الحمل أو الولد ليس منه عليه أن ينفي ذلك بلعان. والطاعن تزوج بزوجته (و.ع) في 1986/05/21 وأن هذه الأخيرة أخبرته في نفس السنة 1986/08/15 بأنها حامل ولما كان يدعي أنه لم يطأها قبل ذلك حتى يكون الحمل منه فإن نفيه منه لا بد أن يكون بواسطة اللعان، وقد سلك هذا الطريق وطلب من المحكمة أن تحكم له به، غير أن طلبه رفض على أنه علم بالحمل في 1986/08/15 ولم يقم بدعوى نفيه إلا في فاتح سبتمبر الشهر الموالي واللعان مطلوب من صاحبه ألا يتأخر عن طلبه، بمجرد العلم بالحمل أو الولد أو الرؤية في الزنا وإلا كان غير مقبول منه وعليه فاللعان آخره لعنة الله على من يلتعن ولعنة الله هي غضبه على الملتعن دنيا وسوء مصير في الآخرة. والإقدام عليه لا يكون إلا من متأكد على حصول ما يريد أن يلاعن عليه. حيث أنه ولإن كان اللعان كما جاء في بابه في الشرح المذكور في حالة قذف الزوج لزوجته أو رماها بالزنا أو نفي حملها بأن قال أن هذا الحمل في بطنك ليس مني وأراد نفيه هذا يكون بلعان معجل من غير انتظام للوضع ولكن لا يكون التأخير مانعا من اللعان بصورة نهائية وإلا كانت أحكام الشريعة قاسية وهذا ليس معهودا فيها. لقد ورد في موضع آخر في نفس الباب. وإن وطئ اللاعن زوجته بعد رؤيتها تزني أو علمه بوضع أو حمل أو أخر اللعان بعد علمه بوضع أو حمل اليوم واليومين بلا عذر امتنع لعانه في الصور الخمس، وفي العذر المذكور يمكن

---

[145] – قرار المحكمة العليا رقم: 296020، بتاريخ: 2002/12/25، المجلة القضائية، عدد 01، 2004، ص 289.

[146] – قرار المحكمة العليا رقم: 76343، بتاريخ: 1990/07/16، المجلة القضائية، عدد 03، 1991، ص 75.

الحكم فالطاعن علم بالحمل ورجله في بداية السفر وهو موظف مرتبط بمواعيد عمله واختيار الزوجة هذا الظرف لإخباره بحملها فيه ريبة وعدوله عن السفر للقيام بإجراءات اللعان وقت إخباره به فيه إضرار به وبعمله كموظف في سفارة بالخارج، وكان على القضاة سيما بالمجلس أن يراعوا هذا الجانب ويعتبرونه عذرا شرعيا ويمكنوه من اللعان، وكما ورد في مذكرة الطعن له ذلك والزوجة في العصمة أو مطلقة خرجت من العدة أو لا كانت حية أو ميتة فلا يتقيد اللعان بزمان إلا أن تجاوز أقصى مدة الحمل حتى يوم الطلاق أو ترك الوطء فينتفي عنه بلا لعان. إذن فالزوج يعتبر في حكم الغائب والمدة التي تأخر فيها عن طلب اللعان غير مانعة منه وإذا وقع اللعان فلم يبق الأشياء الأخرى بالحكم ما يستلزم الحكم بها كلها أو بعضها. حيث أن المجلس سد عليه الباب نهائيا وخرج بذلك عن القواعد الشرعية معرضا بصنيعه هذا قراره للنقض.

واعتبر القرار أن الطاعن علم بالحمل ورجله في بداية السفر وهو موظف مربوط بمواعيد عمله واختيار الزوجة هذا الظرف لإخباره بحملها فيه ريبة وعدوله عن السفر للقيام بإجراءات اللعان وقت إخباره به فيه إضرار به وبعمله كموظف في سفارة بالخارج، وكان على القضاة سيما بالمجلس أن يراعوا هذا الجانب ويعتبرونه عذرا شرعيا ويمكنوه من اللعان.

كما لم يحدد المشرع الجزائري مكان إجراء اللعان، غير أن المحكمة العليا نصت في قراراتها على أن اللعان لا يتم أمام المحكمة بل في المسجد، إذ جاء في قرارها الصادر في 1997/10/28: "طبقا للمادة 42 ق.أ فإن لقل مدة للحمل هي ستة أشهر، أما المادة 41 ق.أ فتنص علة أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا ولم ينفه باللعان، حيث أن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق وفي أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه".[147]

التعليق:...بالإضافة إلى أن اللعان لا يتم أمام المحاكم، بل مكانه المسجد العتيق ولا يصح في غيره من المساجد وفي أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه، هذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا، مع أن الإمام مالك رضي الله عنه فقد حدده بيوم واحد من يوم العلم وإلا سقط الحق في المطالبة باللعان سواء لرؤية الزنا أو لنفي الحمل كما في قضية الحال وعليه فالوجهين مؤسسين، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه، وإحالته لنفس المجلس.

أما بخصوص آثار اللعان وجوب التفريق بين المتلاعنين لمجرد تمام اللعان، وانتفاء نسب الولد عن الزوج وإلحاقه بأمه إذا كان اللعان لنفي النسب، إلا إذا نكل الزوج بعد اللعان وأكذب نفسه يلحق الولد به وتقع الفرقة بين الزوجين. وعلى هذا الرأي سار القضاء الجزائري، فاعتبر الفرقة باللعان فسخا توجب تحريما مؤبدا، هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/04/23: "من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الولد ازداد قبل ستة أشهر من بعد الزواج وأن اللعان الذي وقع من الزوج

[147] – قرار المحكمة العليا رقم: 172379، بتاريخ: 1997/10/28، نشرة القضاة، عدد 54، 1999، ص 103.

كان مطابقا للشريعة الإسلامية. فإن قضاة المجلس بقضائهم بانعدام نسب الولد لأبيه طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[148]

التعليق: فيما يخص الوجه الثالث للطعن: حيث أن قضاة الموضوع لم يخطئوا في تطبيق المادة 42 من ق.أ وأحكام الشريعة الإسلامية. حيث أن المادة 42 من نفس القانون تنص على أن الطفل المنجب من الزواج، أبوه زوج الأم من شرطين: أن يكون هناك نفس النسب، وأن تضع الزوجة حملها في مدة لا تقل عن 6 أشهر بعد الزواج. حيث أنه من الثابت من الدفتر المزور أن الطرفين شرعا في العلاقات الجنسية في أواخر شهر أكتوبر 1979 وحيث أن تبادل الرسائل بين الرجل والمرأة تعبر أو تفترض تبادل في المحبة وأنها غير كافية لتبادل أواع الغراميات بينهما قبل ذلك التاريخ، وأن المدعى عليه في الطعن كالمعلمين الآخرين، كان على علم بعلاقتهما مع أشخاص آخرين ولهذا رفض أن يتزوجها رغم التهديدات الأولى. وحيث أن المدعية لم تنازع بحق العارض في نفي النسب وو افقت على تحفظاته في ورقة عرفية مكتوبة بيدها وأن المدعية رفضت تأييد الشكوى المقدمة من أهلها ضده إلى شرطة مصرحة لها بأن لا علاقة للعارضين بحملها، وأن المدعى عليه في الطعن اندفع مع المدعية، وشرط أن تتخلى عن المزيود أو أن تأخذه باسمها. ومن جهة أخرى فإن فقهاء الشريعة الإسلامية ومن بينهم سيدي خليل و ابن مالك يرون أنه إذا حملت الزوجة قبل انعقاد زواجهما ووضعت حملها قبل 6 أشهر يمكن للزوج إنكار أبوته إن لم يكن قبل، صراحة أو ضمنيا بأبوته كما أنهما يرون إذا وقع اللعان بين الزوجين يجب إنكار الأبوة وهذا في حالة الزوج قانوني أو غير قانوني (ابن مالك). ومن الثابت إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين...الخ. فقد تزوجا في السابع من الحمل وهكذا تبين أن هذا الوجه غير مؤسس. فيما يخص الوجه الر ابع: حيث أن مناقشة الوجه الثالث يشكل ردا كافيا على هذا الوجه. عن كل أوجه الطعن مجتمعين:؛ حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أنه سبب تسبيبا كافيا حيث اعتمد على الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة خاصة المادة 42 منه وأن المجلس لم يتجاوز سلطته بل إنه تصرف في حدود هذه السلطة.وحيث أن الطاعنة حين تناقش اللعان وأسبابه وكيفيته فهذا شيء لم يتطرق إليه القرار المطعون فيه وقد فصل في هذا الشأن المجلس الأعلى بخصوص القرارين الأولين الصادرين عن مجلس قضاء الجز ائر وهذا ليس موضوع هذا الطعن. حيث أن القرار المطعون فيه لم يتجاوز أسباب القرار للمجلس الأعلى كما تدعيه الطاعنة، حيث أن توجيهات المجلس الأعلى كانت تخص قضية اللعان حيث أن قضاة الموضوع لم يخالفوا هذه التوجيهات وأنهم طبقوا الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة فيما يتعلق بالنسب وتبعا قضية النفقة التي لا تجب على المطعون في حالة نفي النسب. وعليه فان الأوجه المثارة كلها غير مؤسسة ويتعين رفضها.

المحور الثالث: تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسائل انحلال الزواج وآثاره

إن انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق فقد تناولته المادة 48 قانون الأسرة والت نصت على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يُحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

[148] – قرار المحكمة العليا رقم: 69798، بتاريخ: 1991/04/23، المجلة القضائية، عدد 03، 1994، ص 54.

من هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري حصر طرق الفُرقة بين الزوجين في الطلاق بإرادة الزوج المنفردة وبالإرادة المشتركة بين الزوجين وبطلب من الزوجة في عن طريق التفريق القضائي طبقا لنص المادة 53 قانون الأسرة أو عن طريق الخلع طبقا للمادة 54 من نفس القانون.
كما أن المادة 55 أضافت حالة الطلاق بسبب نشوز أحد الزوجين كأسباب قانونية.

المحاضرة الأولى: الطلاق بإرادة الزوج المنفردة

جاء في المادة 48 قانون الأسرة يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج. وقد تناول المشرع أحكام هذه الصورة من خلال المواد (49– 50–51–52) قانون الأسرة. حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 49 على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى". ومنه فإن إيقاع الطلاق خارج الدوائر القضائية لا يكون معتدا به ولا يحتج به في مواجهة الغير، ولا يرتب آثارا قانونية.

– جاء في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ: 1984/05/14: "من المقرر شرعا أنّ الطلاق هو حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح ولا ينوب عنه في ذلك إلا من فوضهم أمره..."[149].

– وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1999/06/15 جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لإبعاد المسؤولية عنهم. وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[150]

ونصت المادة 50 قانون الأسرة على أنه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".
بالنظر إلى هذه القرارات الصادرة عن المحكمة العليا مع إعمال نص المادة 48 من قانون الأسرة أن المشرع يعترف بحق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، في حين ينص في المادة 49 بعدها على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم. بهذا نصبح أمام إزدواجية الطلاق: طلاق عرفي واقع خارج المحكمة وهو طلاق شرعي، وطلاق رسمي يصدر بشأنه حكم قضائي. فالقانون علق إثبات الطلاق بحكم قضائي، مما يجعلنا نطرح السؤال حول طبيعة هذا الحكم هل هو حكم منشئ للطلاق بالرغم من أن الزوج قد أوقعه قبل الحكم بإرادته المنفردة، أم هو حكم كاشف لطلاق الزوج؟. مع العلم أن الطلاق حقا

[149] – قرار المجلس الأعلى رقم: 32786، بتاريخ: 1984/05/14، المجلة القضائية، عدد 02، 1989، ص 66.
[150] – قرار المحكمة العليا رقم:223019، بتاريخ: 1999/06/15، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 104.

شرعيا ملّكه الشرع للزوج يمارسه بإرادته المنفردة متى قامت دواعيه عملا بالقاعدة الشرعية " العصمة بيد الزوج" واستنادا للحديث النبوي: {**إنّما الطلاق لمن أخذ بالساق**}[151]. والمقصود به أن الذي يملك إيقاع الطلاق وحل العصمة هو الزوج، الذي له أن يأخذ بساق المرأة؛ وبالتالي إذا كان الطلاق وفقا للقانون لا يثبت إلا بحكم فما مصير الطلاق الذي يوقعه الزوج خارج القضاء مع العلم أن القضاء كان يعترف به واعتمد على مبدأ سلطان إرادة الزوج في الطلاق.

– جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ: 1984/12/03: "من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره...ومن ثمّ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقا للشريعة الإسلامية...".[152]

– وجاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 1984/12/17: "...أنه ثبت حقا من الرجوع إلى القرار المطعون فيه أن القضاة خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية في الطلاق وذلك أن الطلاق هو بعصمة الزوج وإذا صرح به فإنه يلزمه وما على القاضي إلا إثبات ذلك بحكم...".[153]

ما يمكن ملاحظته على نص المادة 49 قانون الأسرة أن أي طلاق عرفي يقع شفهيا لا يعتد به قانونا ولا يحتج به تجاه الغير. كما يفهم أيضا من هذا النص أنه إذا حصل الطلاق بحكم قضائي ثم راجع الزوج زوجته دون توثيق عقد الزواج من جديد، فإن الزواج لا يحتج به قانونا تجاه الغير من حيث ترتب الآثار القانونية عليه.

يمكن إبداء بعض الإشكالات الفقهية بشأن المادتين:

1 – لم تنص المادتين صراحة على نوعي الطلاق الرجعي والبائن بينونة صغرى، لاختلاف كل منهما عن الآخر.

2 – يمكن للزوج أن يتلفظ بالطلاق وتطول إجراءات الحكم به طبقا لنص المادة 49 قانون الأسرة، وقد تنعقد جلسة الصلح بعد نهاية العدة الشرعية التي تبدأ حسابها من وقت تلفظ الزوج بالطلاق. فلو راجع زوجته بلا عقد جديد طبقا للمادة 50 فقد يحصل تعارض بين القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، إذ أن الطلاق صار بائنا بينونة صغرى من الناحية الشرعية يحتاج المطلق إلى عقد جديد، بينما لا يحتاج إليه بمقتضى المادة 50.

بينما الاجتهاد القضائي فرق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن في قراره الصادر بتاريخ 1986/02/10: "من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو طلاق رجعي، وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته، لأنه إنما نزل على طلب الطلاق.

---

[151] – ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، صحيح سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، حديث رقم: 1705، م2، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1997، ص 190.

[152] – قرار المجلس الأعلى رقم: 35026، بتاريخ: 1984/12/03، المجلة القضائية، عدد 04، 1984، ص 86.

[153] – قرار المجلس الأعلى رقم: 35322، بتاريخ: 1984/12/17، المجلة القضائية، عدد 04، 1985، ص 91.

أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها. إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا".[154]

التعليق: فيما يخص السبب الأول بفرعيه: عدم الجواب على طلبات الخصوم وملاحظاتهم هو بمثابة فقد للأسباب بعيب الحكم ويعرضه للنقض، وطلاق الطاعن في السن المريض مضنة الريبة تتعامل الشريعة مع ورثته بنقيض قدرتهم.وبالرجوع إلى الحكم والقرار المطعون فيه أن الزوجة أشارت في الأول إلى أن طلاقها أكره زوجها عليه من قبل أبنائه من غيرها كما أشارت في عريضة الاستئناف الذي صدر فيه القرار إلى أنه لا يملك قدرة التعبير عن إرادته بوعي وتمييزومن ثم فلا يصح منه الطلاق. وحيث أن هذه الملاحظات لم تؤخذ بعين الاعتبارولم تناقش مع أنها لو صحت لتغيروجه الحكم المعاد فالمكره والملقن والمريض إذا وصل حد لفظ الهذيان فطلاقه لا يعتد به شرعا والمطلق يناهز الثمانين من عمره وفي هذا الصدد يقول الشيخ خليل: «...أو أكره على إيقاع الطلاق لم يلزمه اتفاق ». كما يقول أو لقن بلا فهم أو هذي فلا طلاق يلتزمه. وحيث أن عدم التعرض لهذا لمعرفة صحته أو هو مجرد زعم خاصة وأن مضنة قائمة في القضية هو بمثابة فقد للأسباب تعيب القرار وتعرضه للنقض. وفيما يخص السبب الثاني: الطلاق الذي يقع من الزوج هو رجعي وحكم القاضي به لا يغير من رجعيته لان هانما نزل على طلب الزوج فهذا هو الذي طلق القاضي فأحكام الفقه تنص على الطلاق البائن هو ما وقع قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص منه والطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة بدفع ضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها. وفي هذا الصدد يقول الشيخ خليل: «...أما ما أوقعه الزوج فإنه يكون رجعيا ولو جبره الحاكم على إيقاعه وحكم ببينونته بأن قال حكمت بأنه بائن». وعليه القرار أساء تطبيق الشريعة وجعل النعي عليه كما جاء في السببين في محله مما يترتب عنه نقضه.

3 – قد يؤدي تطبيق المادة 50 إلى بروز ظاهرة ازدواجية العدّة:

– عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق.

– عدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق.

وهذا يؤدي إلى تعارض بين القانون والشريعة. غير أن ما أقره الاجتهاد القضائي كان هو الصحيح، حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/12/17: "من المقرر شرعا وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضا أن الرجعة لا تعتبر شرعا إلا أثناء قيام العدة. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت في قضية الحال أن الزوج المطلق ندم أو تراجع في طلاقه بعد انتهاء مدة العدة، فإن هذا لا يشفع له شرعا في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به، وبناء عليه فإن أراد أن يراجع زوجته كان عليه إتباع القواعد الفقهية كما فعل قاضي محكمة الدرجة الأولى، إلا أنهم

[154] – قرار المجلس الأعلى رقم: 39463، بتاريخ: 1986/02/10، المجلة القضائية، عدد 01، 1989، ص 71.

بقضائهم برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية خالفوا أحكام هذا المبدأ. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[155]

التعليق: عن الوجه الثاني: القاضي بضم وسائل الوجه الرابع فإنه ثبت حقا من الرجوع إلى القرار المطعون فيه أن القضاة خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية في الطلاق وذلك أن الطلاق هو بعصمة الزوج وإذا صرح به فإنه يلزمه وما على القاضي إلا إثبات ذلك بحكم كما فعل ذلك القاضي الأول، وإذا ندم الزوج المطلق أو تراجع عن طلاقه فهناك قواعد فقهية تضبط الرجعة على الزوج المطلق الالتجاء إليها وذلك قبل انقضاء عدة المطلقة ولم يظهر من الملف أو عناصر الدعوى أن الزوج ارتجع زوجته في مدة قبل انقضاء عدتها وعليه فإن قضاة الاستئناف خرقوا قاعدة فقهية تمس بالشريعة الإسلامية في الطلاق مما يستوجب النقض لقرارهم دون إحالة.

أما فيما يتعلق بحكم الرجعة في الطلاق الثلاث[156] فقد نصت المادة 51 قانون الأسرة على أنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

هذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري، حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 1998/02/17: "من المقرر شرعا أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء. الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا، فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة 51 من قانون الأسرة وطبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين التصريح برفض الطعن".[157]

التعليق: عن الوجه الثاني: والمأخوذ من تجاوز السلطة ومخالفة الشريعة الإسلامية بدعوى أن قضاة الموضوع لمجلس قضاء الجلفة ناقشوا موضوع الطلاق واعتبروه طلاقا في حين أن الحكم المستأنف لديهم قضى بالتطليق وهو نهائيا وصرحوا أن المطلقة لها الحق في التعويض وبهذا يكونون قد خرقوا المادة 51 من ق.أ لكن حيث أن قضاة مجلس قضاء الجلفة لم يخرقوا المادة 51 من ق.أ لأن الطاعن صرح أمامهم بأنه طلق زوجته المطعون ضدها ثلاث و أنه لهذا السبب يحرم عليه إرجاعها الأمر الذي جعل قضاة الموضوع لمجلس قضاء الجلفة يعتبرون حل الرابطة الزوجية بين طرفي النزاع في قضية الحال يعد طلاقا وليس تطليقا كما أشار إلى ذلك حكم أولى درجة لأن الطاعن هو الذي صمم على طلب الطلاق لكونه حرم المطعون ضدها ثلاثا، الأمر الذي يجعل الوجه الثاني هو الآخر غير سديد مما يتوجب رفضه. الوجه الثالث: المأخوذ من خرق المادة 52 من ق.أ بدعوى أن المطعون ضدها هي التي طلبت التطليق وبالتالي فلا يحق لها المطالبة بالتعويض ولما قضى لها قضاة الموضوع بالتعويض لها فإنهم يكونون قد خرقوا المادة 52 من ق.أ. لكن حيث أن قضاة الموضوع أشاروا إلى أن الطاعن هو الذي طلب

---

[155] – قرار المجلس الأعلى رقم: 35322، بتاريخ: 1984/12/17، المجلة القضائية، عدد 04، 1984، ص 91.

[156] – **الطلاق الثلاث**: عند الأئمة الأربعة يقع ثلاثا بلفظ واحد وتحرم عليه امرأته حتى تنكح زوجا غيره. فإذا كانت غير مدخول بها فيقع عليها واحدة فقط لأنها لا عدة لها. وقال ابن تيمية وابن القيم يقع واحدة رجعية فقط، لما ثبت في صحيح مسلم عن ابن عباس: "كان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة". جمال الدين يوسف بن حسن بن عبد الهادي المقدسي، سير الحاث إلى علم الطلاق الثلاث، تحقيق وتعليق: محمد بن ناصر العجمي، ط1، بيروت، دار البشائر الإسلامية، 1997، ص 21 و37.

[157] – قرار المحكمة العليا رقم: 176551، بتاريخ: 1998/02/17، المجلة القضائية، عدد 01، 2000، ص 171.

الطلاق وصمم عليه لكونه حرم المطعون ضدها عليه ثلاثا الأمر الذي يجعل الوجه الثالث غير وجيه مما يتعين معه رفضه وبالتالي رفض الطعن.

إن وقوع الطلاق تترتب عليه آثاره الشرعية من وقت التلفظ به من قبل الزوج، فلا يقبل أي تعديل أو مراجعة عند وقوعه اعتمادا على ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية. وهذا ما أقره المشرع الجزائري بعد صدور الحكم بالطلاق، إلا أنه فسح المجال أمام الطرف المتضرر من الحكم بالطعن في جوانبه المادية، وهذا ما نصت عليه المادة 57 من قانون الأسرة: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق...غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية". وهو ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/03/20: "من المقرر قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف، ما عدا جوانبها المادية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن قضاة المجلس عدّلوا الحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق للخلع إلى الطلاق بتظليم الزوج يكونوا قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته إلا في جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[158]

التعليق: عن الوجه الوحيد بفرعيه: حيث انه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين انه أشار في إحدى حيثياته، إلى أن الزوجة قد تعرضت للضرر الواضح وعليه يتعين تعديل الحكم فيما قضى بالطلاق والقول بأن فك الرابطة الزوجية جاء بتظليم الزوج وليس بالخلع. حيث أن المجلس لم يوضح كيف تعرضت الزوجة للضرر وما الضرر الذي لحق بها، مما يتبين لم يسبب قراره تسبيبا كافيا، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فانه لا يجوز للمجلس مناقشة مسألة الطلاق إلا في جوانبه المادية، وأن المجلس حين تطرق للفصل في موضوع الطلاق فإنه يكون قد خالف متطلبات المادة 57 من ق.أ مما يعرضه للنقض.

أولا – التعويض عن الطلاق التعسفي

الطلاق بإرادة الزوج المنفردة هو استعمال الرجل لحقه الأصيل في إيقاع الطلاق، فهو مخول له شرعا ولا يترتب عليه سوى استحقاق الزوجة مؤخر صداقها ونفقة العدة. فالأصل أنه إذا استعمل صاحب الحق حقه استعمالا مشروعا من غير تعسف فيه وأحدث ضررا للغير فلا تترتب عليه المسؤولية وبالتالي لا ضمان أو تعويض.[159]

لكن إذا كان استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير فهنا يلزم الشخص بالتعويض طبقا لما نصت عليه المادة 124 و124 مكرر من القانون المدني. وإن كان مصطلح التعسف مصطلح حديث لم يتناوله الفقه القديم، بينما تناوله الفقه المعاصر بتعريفات عديدة منها على أنه: "إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى الضرر بالغير".[160] يعد الزوج متعسفا في طلاقه إذا أوقعه بقصد الإضرار بزوجته دون سبب معقول أو مبررو بدون سوء تصرف من الزوجة، ومن دون طلبها أو رضاها، كأن

---

[158] – قرار المحكمة العليا رقم: 72858، بتاريخ: 1991/03/20، المجلة القضائية، عدد 01، 1993، ص 57.

[159] – علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ب.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1944، ص222 .

[160] – مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط7، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، سوريا، 2021، ص 272 .

يطلقها في مرض الموت حرمانا لها من الميراث. ويعد متعسفا أيضا في طلاقه إذا كان يريد الحصول على فائدة قليلة مقارنة مع الضرر الناشئ لزوجته، أو إذا كان طلاقه مقابل الحصول على فائدة غير مشروعة. [161] ففي هذه الحالة يعدّ الزوج متعسفا في استعمال حق الطلاق، ويتحمل النتائج المترتبة عليه شرعا وقانونا. فعندئذ يتحقّق الضرر من الطَّلاَق التَّعَسفي، وهو متعذر الإزالة، فينتقل إلى إزالة آثاره بالتعويض المالي.

ويقصد بالتعويض عن الطلاق الذي تعسف فيه صاحبه، على أنه: "البدل الذي يدفع للمرأة المتضررة من طلاق تعسفي والضرر المتمثل في حرمانها من حياتها الزوجية وفقدانها لمصدر الأمان وهو زوجها الذي كان يعيلها وكل ما يلحقها من الألم ومعاناة".[162] لقد نصت المادة 52 قانون الأسرة على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".[163]

ما يلاحظ على نص هذه المادة أن المشرع قد جعل الأصل في الطلاق الحظر[164] إلا إذا دعت الحاجة إليه، فيعد متعسفا إلا إذا أثبت العكس من زوجته دونما سبب معقول. ومنه يجوز

---

[161] – من أمثلته أن يطلق الزوج زوجته الفقيرة ليتزوج بامرأة غنية أو موظفة طمعا في مرتبها. أو كما لو طلق الرجل زوجته لأنها تنجب الإناث دون الذكور. أو كأن يطلق الرجل امرأته كي يعاشر امرأة أخرى بطريقة غير مشروعة. أو كما لو كان الطلاق من أجل الانتقام من أخ الزوجة أو أحد أفرادها. أيمن مصطفى الدباغ، «التعسف في الطلاق، (حقيقته، معاييره، حالاته، الجزاء المترتب عليه»، مجلة جامعة الأقصى، (سلسلة العلوم الإنسانية)، م18، ع01، غزة، فلسطين، جانفي 2014، ص 70.

[162] – رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، جامعة الأردن، 2009، ص 99 .

[163] – لقد فسرت الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا التعويض بمعنى المتعة المقررة شرعا، غير أنها تختلف في تفسير ذلك مع وجه تشريعها في الفقه الإسلامي، ذلك أن المتعة إنما شرعت لكل مطلقة تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، بينما ذهب الاجتهاد القضائي إلى أن المتعة تمنح بوصفها تعويضا إذا ثبت للقاضي تعسف الزوج في طلاقها من غير مبرر. حيث يفهم من عدة اجتهادات قضائية أن المتعة إنما يقصد بها التعويض عن الطلاق التعسفي. ومنه يتبين أن المتعة إنما هي تعويض للمطلقة عن الضرر الذي لحقها، وهي الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، وللتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وأن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة؛ وقد اختلف العلماء المعاصرين في مسألة الاكتفاء بالمتعة عن التعويض على مذهبين: **المذهب الأول:** ذهب كثير من الفقهاء المعاصرين إلى أن المتعة تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي، يقول عبد الرحمن الصابوني: "هذه أحكام المتعة في الشريعة الإسلامية وهي تعويض عما أصاب الزوجة المطلقة من إيحاش زوجها ومن تضررها بالطلاق". عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية–دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1968، ص 124. **المذهب الثاني:** ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى أن المتعة لا تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي، ويرون أن المتعة إنما تجب للمطلقة قبل الدخول والتي لم يسم لها مهر، وتستحب لغيرها، والتعويض يجب لكل مطلقة مادامت لا يد لها في إيقاع الطلاق؛ لأن الطلاق إن وقع غالبا ما يكون لاختلاف الزوجين فيما بينهما، وهي طرف فيه، لكن قد يكون السبب المباشر في الطلاق تصرفات الزوج اللامسؤولة، مما يترتب عليه ردّ فعل الزوجة الرافضة فينشأ الخلاف. وفي ذلك يقول توفيق أبو هاشم: "أرى أن المتعة لا تغني عن التعويض". توفيق عيسى حامد أبو هاشم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1992، ص 124.

[164] – قال ابن تيمية: "إن الأصل في الطلاق الحظر وإنما أبيح منه قدر الحاجة ". وقال أيضا: "ولولا أن الحاجة داعية إلى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه، ولكن الله تعالى أباحه رحمة منه بعباده لحاجاتهم إليه أحيانا ". ابن تيمية أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السَلام النميري

للقاضي الحكم للزوجة بالتعويض، إلا أن المشرع لم يضع حدا للتعويض وترك السلطة التقديرية للقاضي. زيادة على أن الطَّلاَق التَّعَسفي من غير سبب مشروعٍ فعلٌ ضار، يستوجب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، فالضرر الناتج من جراء الطَّلاَق التَّعَسفي، قد يكون معنويا وهو الغالب، وقد يكون حسياّ. أما بالرجوع للتطبيقات القضائية، فالمتعارف عليه قضاء أن الطلاق يكون تعسفيا متى طلق الزوج زوجته دون رضاها ودون سبب أو ذنب منها، أو إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع إليه.

– حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ: 2006/07/12: "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعدّ من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم".[165]

التعليق: عن الوجهين المثارين: وحيث أن تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يعود الاختصاص فيها لقضاة الموضوع دون غيرهم، إضافة إلى ذلك فإن طلاق امرأة بعد زواج أربعين سنة دون مبرر لا يعوض بأي مبلغ من المال، الأمر الذي يجعل وجهي الطعن غير مؤسسين مما يستلزم ردهما وتبعا لذلك رفض الطعن.

– جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1986/04/07: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة تعسفيا نفقة عدة، ونفقه إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي وينبغي تحديد طبيعة المبالغ المالية 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".[166]

التعليق: عن الوجه الثاني: مأخوذ من مخالفة القواعد الشرعية في تقدير النفقة بدون الالتفات إلى الوجه الأول: حيث أن الرجوع إلى القرار يتبين 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 المنتقد لم يؤكد ذلك فهذا يضر بحقوق الزوجة التابعة لكل طلاق تعسفي وبالتالي يعتبر مخالفا للشريعة الإسلامية ومنعدما أو مقصرا في التسبيب. وعليه فإن الوجه مؤسس وسديد يجر إلى نقض القرار المطعون فيه.

– وجاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2004/09/22: "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".[167]

مجموع فتاوي شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن القاسم، م32، ب.ط، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 2004، ص 293.

[165] – قرار المحكمة العليا رقم: 36860، بتاريخ: 2006/07/12، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 206، ص 483.

[166] – قرار المجلس الأعلى رقم: 41560، بتاريخ: 1986/04/07، المجلة القضائية، عدد 02، 1989، ص 69.

[167] – قرار المحكمة العليا رقم: 315314، بتاريخ: 2004/09/22، نشرة القضاة، عدد 65، 2010، ص 311.

التعليق: لكن حيث أن الحكم المطعون فيه قضى بأن الطلاق تعسفي من طرف الطاعن على أساس أن نشوز الزوجة غير ثابت باعتبار أن الطاعن عند سعيه لتنفيذ القرار الصادر في 1996/06/15 والقاضي بالرجوع قد تجاهل شقا منه والمتعلق بتوفير مسكن مستقل للزوجة واكتفى بالشق المتعلق بالرجوع فقط وبذلك لم يقم بتنفيذ القرار كليا وبصفة جدية حتى يكون نشوز الزوجة أمر مؤكد خاصة وأن هذه الأخيرة قد دفعت بأن رفضها للرجوع المحرر في محضر الامتناع يعود إلى عدم توفير بيت منفرد لها من طرف الزوج، مما يجعل الوجهين غير مؤسسين الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

ويكون الزوج متعسفا في طلاق زوجته إذا طلقها في مرض موته[168] لأنه يعتبر فارا من ميراث زوجته فيرد عليه قصده بتوريثها منه، وهذا الأخير يعتبر تعويضا لها عن تعسفه في الطلاق طبقا لما جاء به الاجتهاد القضائي في قرار صادر بتاريخ 1998/03/17: "إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث. ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[169]

التعليق: عن الوجه الوحيد: المأخوذ من قصور الأسباب. بدعوى أنه كان على القاضي الأول قبل أن يصدر حكم الطلاق أن يتحقق من الحالة الصحية والعقلية للزوج الذي كان يعاني من مرض خطير أدى إلى وفاته بتاريخ 1997/02/09. لكن وحيث أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق غليه فالطلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا بخلاف الميراث، فإن حق الطاعنة ثابت شرعا إذا طلقت في مرض الموت، لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لاحتمال أن طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث، عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود. وعليه فالوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

غير أن المشرع الجزائري مدّد حالات التعويض عن الطلاق حتى في الصورة المتمثلة في التطليق، عندما نص في المادة 53 مكرر قانون الأسرة: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". وكرس هذا المبدأ في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ: 2000/06/20 جاء فيه: "من المستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة ثبوت تضررها فعلا. من الثابت –في قضية الحال– أن الطاعنة متضررة بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعدم

---

[168] – **المريض مرض الموت**: هو المرض الذي يغلب فيه موت صاحبه عادة ويتصل بموته الهلاك بمرض أو غيره. أو هو من عجز عن إقامة مصالحه المعتادة خارج البيت واستمر المرض في حدود سنة.ويسمى طلاقه طلاق الفار أو الفرار، لفراره من إرث زوجته. الطلاق في مرض الموت مبني على نظرية التعسف في استعمال الحق، وترث منه زوجته ولو كان الطلاق بائنا إذا كانت ما تزال في عدتها من طلاقه من غير رضاها. أما إذا قام الدليل على عدم حرمانها من الإرث فترث مادامت في العدة ولا ترث في العدة من الطلاق البائن. وانقسم من قال بتوريثها إلى عدة فرق: **1 – قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري**: ترث ما دامت في العدة. **2 – وقال أحمد وابن أبي ليلى**: لها الميراث ما لم تتزوج. **3 – أما مالك والليث**: ترث سواء كانت في العدة أم لم تكن، تزوجت أم لم تتزوج. **4 – الشافعي**: لا يورثها لزوال سبب الإرث. وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج3، المرجع السابق، ص 147 ويليها.

[169] – قرار المحكمة العليا رقم: 179696، بتاريخ: 1998/03/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 98.

استحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى الضرر اللاحق بها من جراء الضرب المبرح الذي تعرضت له من طرف زوجها مشوب بالقصور في التسبيب مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض".[170]

التعليق: عن الوجه الأول: المأخوذ من قصور الأسباب. بدعوى أن القرار المنتقد قد حرمها من التعويض رغم تعرضها للضرب المبرح من طرف المطعون ضده إلى أن سقط حملها وبذلك فإنها تستحق هذا التعويض. حيث أنه بالفعل فالقرار المنتقد قد اعتبر الطاعنة لا تستحق التعويض على أساس أنها هي التي طلبت الطلاق ولم ينظر للضرر الذي لحقها بسبب الضرب المبرح وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئيا فيما يخص التعويض وبدون إحالة.

– جاء في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/03/16: "من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا. ومتى تبين –في قضية الحال–أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من ق.أ، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون".[171]

التعليق: لكن حيث انه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن الطاعن عقد على المطعون ضدها في تاريخ 1995/06/13 ومنذ ذلك التاريخ لم يقم بإتمام الزواج وهذه المدة الطويلة ألحقت ضررا ماديا ومعنويا بالزوجة وهو الأساس المعتمد عليه القاضي الأول فيما قضى به وهو المفهوم ضمنيا من الحكم؛ أي الضرر المعتبر شرعا المنصوص عليه في المادة 53 من ق.أ هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الحكم بتعويض المطلقة على أساس التعسف يكون ابتدائيا يمكن الاستئناف بشأنه ولا يقبل كشف في وجه الطعن وهو ما يجعل الوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

أما الزوجة التي تختار فراق زوجها لا تستحق التعويض؛ حيث ذهب المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1989/03/27: "متى كان مقررا قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضررا لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي. ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون. ولما كان من الثابت في– قضية الحال– أن الزوجة هي التي طلبت التطليق، فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة، ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا

[170] – قرار المحكمة العليا رقم: 245159، بتاريخ: 2000/06/20، المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص 259.

[171] – قرار المحكمة العليا رقم: 217179، بتاريخ: 1999/03/16، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 122.

المادة 52 من قانون الأسرة فهما خاطئا، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا في جانب التعويض والسكن ونفقة الإهمال".[172]

التعليق: كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، فعلى الفرض أن زوجها أضربها وطلبت تطليقها منه من أجل هذا الإضرار وطلقت فهذا الإضرار هو الذي أتاح لها فرصة التطليق ولا تأخذ شيئا غيره كي لا تستفيد مرتين. ولقد حددت المادة 52 من قانون الأسرة أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق وتعسف في طلاقه ونتج عن ذلك ضررا بمطلقته وليس الحال هنا كذلك فالزوجة هي التي طلبت التطليق والمجلس إذ و افق على الحكم الذي يصرح بأنها رفضت الرجوع ويحمل الزوج المسؤولية فإنه يكون قد فهم المادة 52 فهما خاطئا وعوضا من أن يعد له لصالح الزوج لعدم وجود مبرر شرعي أو قانوني ويجعله يسيء حالته، فالمادة الثامنة من القانون المذكور تعطي الحق للمتزوج عنها التطليق ولا تتكلم عن التعويض والمادة 55 من نفس القانون يجعل التعويض على الناشز من الزوجين والحكم بالسكن لا بد أن يبين المجلس ويسبب قراره فيه بأنه كما يوجد من يقبل إقامة المطلقة عنده. وبما أنه تجاوز حدوده وزاد عوضا أن يلغى وخالف القانون ولم يتعرض لحالة الطاعن ويبرر ما زاده من النفقات فغن قراره أصبح لا مناص من نفقة في غير الطلاق والحضانة ونفقة المحضونين ونفقة العدة.

ثانيا – التعويض عن تفويت الفرصة في الطلاق قبل الدخول

إن التعويض عن ضرر تفويت الفرصة مجرد تطبيق للقواعد العامة في المسئولية المدنية؛ حيث أنه يعتبر حرمان الشخص من فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب، بناء على الفعل الضار الذي قد يؤدي إلى أن يفقد المضرور فرصة تحقيق كسب مرجح.[173] أما الطلاق قبل الدخول فالمقصود به طلاق الزوج لزوجته قبل أن يمسها، ويقع هذا الطلاق بائنا، ولها نصف المهر إن سمى لها مهرا أو لها المتعة، ولا تجب عليها العدة؛ إذ قد تستمر الخطبة سنوات مما يقلل في حظوظ المخطوبة في الزواج أو يفوت فرص زواج آخر، وبالتالي فالعدول عن الخطبة في هذه الحالة يوجب التعويض عن الضرر اللاحق بالمخطوبة؛ ويكون هذا التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

وإذا طالت المدة بين انعقاد عقد الزواج والدخول بالزوجة، ثم طلقت قد يفوت الزوج الذي طلق زوجته قبل الدخول بها فرصة زواجها من آخر؛ هذا بالإضافة إلى الضرر المعنوي الحاصل والمعتبر شرعا للزوجة، فتتأذى المرأة في كرامتها وسمعتها. مما يستوجب مع العدول عن الخطبة أو لطلاق أو التطليق قبل الدخول بالزوجة تعويضا عن الضرر اللاحق بها، بعد طول مدة الخطبة أو بعد مضي فترة طويلة على إبرام العقد. فالتعويض عن تفويت الفرصة في إتمام زواج وشيك تثبت جديته بالدلائل

---

[172] – قرار المجلس الأعلى رقم: 53017، بتاريخ: 1989/03/27، المجلة القضائية، عدد 01، 1991، ص 56.

[173] – أحمد ياسر مسك، التعويض عن ضرر تفويت الفرصة – دراسة مقارنة–، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2015، ص 15.

التي تؤكد قرب وقوعه، فهو ضرر مباشر وحال يلحق بالخطيبة أو المعقود عليها ويتم التعويض عنه على أساس الحرمان من الكسب المحقق من زواج[174].

ومن هنا يتبين أحقية الزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول بها، الحصول على تعويض من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها. وإن كان أن فكرة تفويت الفرصة عالجتها الاجتهادات القضائية، والفقهية، ضمن أحكام الضرر في المواد المدنية 131، 182 و183 مكرر من القانون المدني، هذا بالإضافة إلى أن الفقه الإسلامي يوجب الضمان، ويحرم كل ما فيه ضرر مادي أو معنوي، فوجب على من تسبب في الضرر إزالته بالتعويض عنه عملا بقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" وما يترتب عليها من تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق، بغض النظر عن اعتبار ذلك من قبيل التعويض عن الطلاق التعسفي.

حيث استقر القضاء على إقرار مبدأ تفويت فرصة الزواج، من جراء طول المدة بين إبرام العقد ووقوع الطلاق قبل الدخول، مما يتوقع معه حدوث الضرر؛[175] إذ صدر في هذا الشأن عدة اجتهادات قضائية تتضمن أحكام الضرر الناتج عن تفويت فرصة الزواج، مما يتعين معه وجوب التعويض جبرا للضرر الذي أصاب المرأة، إذا كان الطلاق قبل الدخول بعد مضي فترة طويلة بين العقد والطلاق، لعدم إتمام الزواج بالدخول، وكان الزوج هو المتسبب في الضرر وبدون أسباب معقولة.

وعليه يجوز الحكم بالتعويض عن الحرمان من فرصة الزواج، طبقا للمواد: 05 و52 من قانون الأسرة، إذا أثبتت المرأة الضرر اللاحق بها.

– جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2006/11/15: "يحق للزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول بها، الحصول على تعويض، من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها".[176]

التعليق: لكن حيث يتضح من خلال القرار المنتقد بأن مبلغ التعويض المحكوم به على الطاعن والمقدر بمبلغ 100.000دينار هو تعويض للمطعون ضدها جبرا للضرر الذي أصابها من جراء تفويت فرصة الزواج عليها ، باعتبار أن الطاعن طلب بفسخ الزواج بعد مدة طويلة من ا لانتظار التي انتظرتها المطعون ضدها أثناء فترة الخطوبة، و لم تحقق هدفها في الزواج بالطاعن، و بالتالي فإن ما قضى به قضاة الموضوع من تعويض يتماشى والقانون. و لكن من جانب آخر، فإن قضاة الموضوع أساءوا تطبيق القانون و خاصة المادة 16 من قانون الأسرة، باعتبارهم لم يفصلوا في نصف الصداق الذي كان ينبغي الحكم بإرجاعه للطاعن باعتبار أن الطلاق وقع بينه بين المطعون ضدها قبل الدخول، مما يتعين نقض القرار جزئيا في هذا الشأن. حيث تتحمل المطعون ضدها المصاريف القضائية.

---

[174]– مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق –دراسة مقارنة–، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009–2010، ص 88.

[175] – بلحاج العرين بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائر الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، 2014، ص 116.

[176] – قرار المحكمة العليا رقم: 372290، بتاريخ: 2006/11/15، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2007، ص 487.

– وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23: "...حيث أنه من الثابت أيضا أن المدّعى عليها في الطعن قد أصابتها أضرارا 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".[177] فكان مرجع هذا التعويض هو فوات فرصة الزواج.

– جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/04/23: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا. ولما ثبت –في قضية الحال– أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة 5 سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها، ويبرر التعويض الممنوح لها. مما يتعين رفض الطعن".[178]

التعليق: إن الطاعن يثير المادة 5 ق. الأسرة في القول أنه في حالة عدول مخطوبته فليس لها التعويض غير أنه لا مجال لتطبيق هذه المادة لأن الأمر يتعلق بزواج تام الأركان وأن تأخر الزوج لمدة 5 سنوات عن الدخول بزوجته يعتبر تعسفا في حقها وهذا ما يبرز التعويض الممنوح من طرف المحكمة والمعدل من قبل المجلس. غن المجلس سبب قراره تسبيبا كافيا ويرد الفرع بذلك. إن ما يثيره الطاعن بشان التعويض الذي يدعي ان المطعون ضدها لا تستحقه باعتبارها مخطوبة وان تصرفها بطلب التطليق عدول لكن بمراجعة القرار المطعون فيه فإن الطرفين زوجان بموجب عقد رسمي وان الطاعن تماطل في الدخول مما سبب ضرر للزوجة وان انتظار هذه المدة ألحق بها ضررا معنويا تستحق بموجبه التعويض طبقا للقانون.

– جاء في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/03/16: "من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا. ومتى تبين –في قضية الحال–أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من ق.أ، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون".[179]

التعليق: لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن الطاعن عقد على المطعون ضدها في تاريخ 1995/06/13 ومنذ ذلك التاريخ لم يقم بإتمام الزواج وهذه المدة الطويلة ألحقت ضررا ماديا ومعنويا بالزوجة وهو الأساس المعتمد عليه القاضي الأول فيما قضى به وهو المفهوم ضمنيا من الحكم؛ أي الضرر المعتبر شرعا المنصوص عليه في المادة 53 من ق.أ هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الحكم بتعويض المطلقة على أساس التعسف يكون ابتدائيا يمكن الاستئناف بشأنه ولا يقبل كشف في وجه الطعن وهو ما يجعل الوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

---

[177] – قرار المحكمة العليا رقم: 73919، بتاريخ: 1991/04/23، المجلة القضائية، عدد 02، 1993، ص 58.

[178] – قرار المحكمة العليا رقم: 135435، بتاريخ: 1996/04/23، المجلة القضائية، عدد 01، 1998، ص 128.

[179] – قرار المحكمة العليا رقم: 217179، بتاريخ: 1999/03/16، المرجع السابق، ص 122.

– جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/03/16: "من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع. ومتى تبين –من قضية الحال– أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون".[180]

التعليق: لكن حيث أن القضاة غير ملزمين بذكر النصوص القانونية بقدر ما هم ملزمين بعدم مخالفتها وبالإضافة إلى ذلك فالقرار المطعون فيه ذكر في أسبابه أنه ثبت للمجلس من وقائع الدعوى أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف عليه في طلب الطلاق وقبل الدخول غير ثابتة وعدم إتمام الزواج بالدخول قد يلحق أضرارا معنوية للمستأنفة ومع ذلك فمسألة الضرر ما هي إلا مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع مما يجعل الوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

ومن جهة أخرى فإن عبء الإثبات عن تماطل الزوج في الدخول بالزوجة، يكون على الزوجة وحدها؛ سواء في إثبات العدول عن الخطبة طبقا لنص المادة 2/5 من قانون الأسرة أو في إثبات تأخر الزوج في الدخول بعد العقد وبعد أن تدعوه بناء على بينة، دون إلزامها بمطالبة الخاطب بإتمام إجراءات الزواج والدخول.

– جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2001/01/23: "إن القضاء بالطلاق قبل الدخول طبقا للأحكام المادة 5 من قانون الأسرة بدل المادة 52 منه دون تحديد المسؤولية عن هذا التفريق يعد خطأ في تطبيق القانون".[181]

التعليق: حيث أنه بالفعل فقد جاء في القرار المنتقد بأن الطاعن لم يبرر تأخره في الدخول بالمطعون ضدها وأن العدول عن الخطبة لم يكن من جانبها حتى ترد الهدايا والجهاز مع أن الطاعن قد دفع باتفاق العائلتين على أن الدخول يكون بعد تأديته للخدمة الوطنية. حيث اعتبر القرار المنتقد بأن المطعون ضدها قد تضررت من عدم الدخول بها مع أنه كان عليها أن تدعو الطاعن قضائيا للبناء بها يعرف الطرف المماطل الأمر الذي لم تفعله. حيث أن القرار المنتقد قد طبق المادة 5 من قانون الأسرة بدل المادة 52 منه المتعلقة بالمسؤولية بشأن الفراق بين الزوجين وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار.

ثالثا – حق المطلقة في المتعة كأساس للتعويض عن الطلاق التعسفي

تعرف المتعة على أنها ما يعطيه الزوج للمطلقة تخفيفا للألم الذي حصل لها من طلاقه إياها (المال الذي يدفعه الرجل لمطلّقته تعويضا عما حلقها من ضرر)، ويعطيه المطلق على قدر حاله، حسب يسره أو عسره.[182] لم ينص المشرع الجزائري على المتعة المقررة شرعا لمن طلقها زوجها ضمن

---

[180] – قرار المحكمة لعليا رقم: 216865، بتاريخ: 1999/03/16، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 256.

[181] – قرار المحكمة العليا رقم: 256857، بتاريخ: 2001/01/23، المجلة القضائية، عدد 02، 2001، ص 294.

[182] – قوله تعالى: ﴿**لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ**﴾. الآية 236 من سورة البقرة. وقوله تعالى: ﴿**وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى**

قانون الأسرة، وإنما الذي ورد في نص المادة 52 من هذا القانون على أنه إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. وفي إطار تطبيق هذه المادة تعارض الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا بين قرارات جعلت التعويض والمتعة اسمين لشيء واحد، وقرارات أخرى جعلت من حقوق المطلقة التعويض والمتعة استحقاقين مختلفين؛ وإن كان أن التعويض يختلف عن المتعة، فالأول مصدره القانون والثانية مصدرها الشرع.

ونظير التعويض المالي في الطَّلاَق التَّعَسفي، هو المتعة الواجبة على الزوج تجاه زوجته في الطَّلاَق، على قول من أوجبه في كل طلاق، سمى لها صداقا أو لا، وذلك جبرا لخاطر المرأة المنكسر، ورفعا للوحشة عنها. وما يلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري لم يتحدث عن المتعة كبدل عن الصداق في بعض الأحوال كما في حال عدم تسمية المهر في العقد ولا بعده، وحصلت الفرقة بتراضي الزوجين أو بحكم القاضي قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة.

غير أن القضاء وعملا بأحكام المادة 222 قانون الأسرة قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1986/12/29: "من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة أقامت دعوى التطليق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة".[183]

التعليق: فيما يخص الوجه الثاني: الخاص بتمتع المطلقة وإدماج هذه النفقة كنفقة عدة فإنه وإن كان القرار صوابا في فرض نفقة الزوجة والأولاد وحضانتهم فإنه جاء مخالفا للنصوص الشرعية وفي فرض المتعة للمطلقة والحال أنها لا تستحقها، إذ المتعة فرضها الشارع لمن طلقها زوجها وليس لمن طلقت نفسها. والزوجة هنا التي أقامت دعوى التطليق واستجابت المحكمة لطلبها وو افق المجلس عليه وحكم بتطليقها وإذا كان الإهمال المعتمد عليه في الحكم بذلك قد سهل لها التطليق فهو وحده يعد عقابا للزوج ولا يزاد عليه غيره وتحميله جميع مال غير واجب عليه كما أن إدماج المتعة مع نفقة العدة فيه جعل بكل منهما الأمر الذي يعيب القراروبعرضه للنقض.

– في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/05/21: "إن تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين، وحق لحاضنة في السكن، تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك".[184]

الْمُتَّقِينَ﴾. الآية 241 من سورة البقرة. وقوله سبحانه: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾**. سورة الأحزاب، الآية 49.

[183] – 1986/12، المجلة القضائية، عدد 02، 1993، ص 41. قرار المجلس الأعلى رقم: 51614، بتاريخ: 1988/11/21، المجلة القضائية، عدد 04، 1990، ص 67.

[184] – قرار المحكمة العليا رقم: 72602، بتاريخ: 1991/05/21، نشرة القضاة، عدد 47، 1995، ص 149. قرار المحكمة العليا رقم: 75029، بتاريخ: 1991/06/18، المجلة القضائية، عدد 02، 1994، ص 65.

– جاء في قرار صادر بتاريخ: 1985/04/08: "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حدّ ذاتها تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعدّ خرقا لحكام الشريعة الإسلامية. لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة بدفع مبلغ مالي لها باسم المتعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض".[185]

التعليق: فيما يخص السبب الثالث: حيث أن الشريعة الإسلامية قررت لكل زوجة طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عما حصل لها من ألم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعويضا وكان على القاضي أن يحكم للمطلقة في القضية بمبلغ يفي بالمراد تحت التعبير الشرعي وهو المتعة أو يعبر عنه بالتعويض وحده ليفسر بالمتعة لا أن يمنحها مبلغا رمزيا زهيدا باسم المتعة ويجعل لها مبلغ آخر غير شرعي تحت اسم التعويض مما حرمها من هذا الأخير لأنه غير واجب وأجحف في حقها بالنسبة للمتعة والمجلس إذ و افق على ذلك وهو كما ذكر فإنه حاد عن الشرع وعرض قراره للنقض الجزئي. وقرر المجلس الأعلى نقض القرار جزئيا في أجرة الحضانة والتعويض والمتعة وإحالة القضية إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون.

يفهم من هذا القرار أنّ المتعة إنّما يقصد بها التّعويض عن الطّلاق التّعسفي، فالمحكمة العليا لم تميز بين المتعة والتعويض، إذ اعتبرت المتعة هي التعويض وذلك للتخفيف على المرأة من ألم الفراق. فإذا لم يثبت للقاضي وجه التّعسف في الطّلاق، فإنّ المطلقة لا تستحقّ المتعة بمعنى عدم التّعويض.

– قرار صادر بتاريخ: 1986/01/27: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة. ومتى كان كذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة".[186]

التعليق: حيث أن الوجه الرابع: مأخوذ من انعدام الأسباب بدعوى أن المجلس حمّل الزوجين مسؤولية الطلاق، في حين أنه يمنح نفقة المتعة للزوجة من أجل الطلاق التعسفي. حيث أنه من المقرر شرعا وقضاء أن نفقة المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج عنها من طلاق غير مبرر وبما أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح للزوجة يعرض القرار للنقض في هذه الجزئية أيضا.

لقد فَسّرت الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا التعويض بمعنى المتعة المقررة شرعا. في حين هناك رأي آخر لبعض القضاة باعتماده على الفصل بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي. فالمرأة المطلقة تستحق المتعة لكونها مطلقة، وتستحق التعويض لكون الطلاق تعسفي. وهو ما جسده القرار الصادر عن المحكمة العليا والمذكور سلفا: "من الأحكام الشرعية أن

---

[185] – قرار المجلس الأعلى رقم: 35912، بتاريخ: 1985/04/08، المجلة القضائية، عدد 01، 1989، ص 89.

[186] – قرار المجلس الأعلى رقم: 39731، بتاريخ: 1986/01/27، المجلة القضائية، عدد 04، 1993، ص 61.

للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي..."[187].

يفهم من هذا الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا بخصوص التعويض، أنه يحكم بالمتعة لكل مطلقة طلاقا تعسفيا –أي الطلاق غير المبرر– ويحكم بالتعويض بدعوى مستقلة عن الضرر الذي لحق المطلقة. هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/02/22: "إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق".[188]

التعليق: عن الوجه الثالث: المأخوذ من مخالفة المادتين 41 و124 من القانون المدني والشريعة الإسلامية. بدعوى أن الطاعنة كانت في خدمة الزوج فترة طويلة وبسببه فقدت رجليها وأحد ذراعيها بعد أن حملها الأجر ثم تركها بعد ذلك وتزوج بامرأة ثانية وأن مبلغ التعويض المحكوم به والنفقة لا يتناسب مع مقدار الضرر الذي لحقها. لكن وحيث أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الإهمال وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير، كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية وهي الأضرار المنصوص عليها في المادتين 41 و 124من القانون المدني. وبالتالي فلما كان مبلغ التعويض والنفقة المحكوم بهما لا تدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في هاتين المادتين فإن قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون، وأن قرارهم يكون سليما، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعنة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم المادة41 من القانون المدني أو لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقا لمقتضيات المادة 124 فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك.

– وجاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/06/18: "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل".[189]

سبقت الإشارة إلى أن أساس التعويض عن الطلاق التّعسفي هو نظرية التعسف في استعمال الحق، وحدده المشرع الجزائري في المادّتين 124 و124 مكرر من القانون المدني (التعويض عن الضرر المادي)، وفي المادة 182 مكرر من نفس القانون (التعويض عن الضرر المعنوي). واستنادا لهذا الاجتهاد فإن التعويض عن الطلاق التعسفي مصدره مسؤولية الزوج كونه صاحب العصمة الزوجية المستمدة من الشريعة الإسلامية. وإن كان بعض الفقه يرى الاكتفاء بالمتعة عن التعويض ممن يوجب المتعة لكل مطلقة، سواء أكانت الفرقة طلاقا أم فسخا وسواء أكان الطلاق من الزوج أم من القاضي. بينما يرى الفريق الثاني عدم الاكتفاء بالمتعة عن التعويض، بحكم أن المتعة إنما تجب

---

[187] – قرار المجلس الأعلى رقم: 41560، بتاريخ: 1986/04/07، المجلة القضائية، عدد 02، 1989، ص 69.

[188] – قرار المحكمة العليا رقم: 235365 بتاريخ: 2000/02/22، المجلة القضائية، عدد 01، 2001، ص 275.

[189] – قرار المحكمة العليا رقم: 75029، بتاريخ: 1991/06/18، المجلة القضائية، عدد 02، 1994، ص 65.

للمطلقة قبل الدخول والتي لم يسمّ لها مهر وتستحب لغيرها، أما التعويض يجب لكل مطلقة ما دامت لا يد لها في إيقاع الطلاق.[190] ويجب في حالة واحدة وهي تعسف الزوج في إيقاع الطلاق.

فعندما يعتبر القضاء المتعة الشرعية بحدّ ذاتها تعويضا وهو الصّحيح، إلا أنه خالف وجه تشريعها عندما جعلها تعويضا في حال الطلاق بغير مبرر.[191] فالقول أن وجوب المتعة للمطلقة يجعلها تعويضا عمّا أصابها من ضرر معنوي ناتج عن الطلاق مباشرة. إن تطبيق نص المادة 52 من قانون الأسرة يحكم بالتعويض إذا كان سبب الطلاق غير مبرر وغير شرعي وكان بعد الدّخول، أما التعويض عن الطّلاق قبل الدّخول هو تعويض عن الضّرر المعنوي.

– هذا ما أكّدته المحكمة العليا في قرار صادر لها بتاريخ: 1999/03/16: "من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع. ومتى تبين في قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون".[192]

المحاضرة الثانية: الطلاق بالتراضي

أولا – تعريف الطلاق بالتراضي

نص المشرع الجزائري على الطلاق بالتراضي (الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين) كصورة من صور فك الرابطة الزوجية. حيث جاء في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "...يُحلّ عقد الزواج... بتراضي الزوجين". وهذا معناه أنه يمكن للزوجين أن يتطالقا بتراضيهما، بالمعروف دون خصام أو نزاع، ويقابله الطلاق بالمنازعة أو النزاع عند عدم التراضي بينهما؛ حيث عرفت المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الطلاق بالتراضي على أنه: "إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة".[193] وحسب الأستاذ باديس ذيابي قال: "يقصد بهذه الصورة أن كل من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة، على أن استمراريتها أصبحت ضربا من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف التي تجعل أحدهما أو كلاهما غير قادر على

---

[190] – تمام عودة عبد الله العساف، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، م09، عدد02، يونيو 2012، ص 145.

[191] – محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، ب.ط، دار الوعي للنشر والتوزيع، رويبة، الجزائر، 2012، ص 128 و129.

[192] – قرار المحكمة العليا رقم: 18665، بتاريخ: 1999/03/16، المرجع السابق، ص 256.

[193] – القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 21، بتاريخ: 2008/04/23، ص 03.

الاستمرار على هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق".[194]

وعلى هذا فإن المشرع باستحداثه هذه الصورة لفك الرابطة الزوجية إنما قصد بذلك ترك الحرية للزوجين للاتفاق بينهما فيما يريانه مناسبا لحالهما، دون بحث القاضي عن أسباب الانفصال، وبغض النظر عن فحوى الاتفاق، ولا معرفة الطرف المتضرر، كون الطلاق بالتراضي يسقط الحق في التعويض. واعتبرته المحكمة العليا (الطلاق بالتراضي) عقد صلح ينهي نزاعا قائما بين الطرفين.

هذا ما تجلى من خلال قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1994/04/19: "من المقرر قانونا أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه. ومن المقرر أيضا أن الصلح ينهي النزاعات التي يتناولها ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية. ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قبلوا استئناف الحكم القاضي بالصلح المقام بين الطرفين والذي شهدت عليه المحكمة أخطأوا في تطبيق القانون، لأن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حدا للنزاع، وأن دور المحكمة ينحصر في مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح، لأن الصلح عقد ينهي به الأطراف نزاعا قائما طبقا لأحكام المادتين 459 و 462 من ق.م. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[195]

التعليق: حيث أن قضاة الموضوع قد أخطأوا في تطبيق القانون عندما قبلوا الاستئناف المقام ضد صلح شهدت به محكمة بئر مراد رايس يوم 1990/12/31 الذي أقامه الطاعن أمام مجلس قضاء الجزائر يوم 1991/07/28 ضد الحكم القاضي بالصلح المذكور. حيث أن الاستئناف لا يرفع إل ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حدا للنزاع وأن دور المحكمة ينحصر في مر اقبة صحة وسلامة هذا الصلح لأن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعهما طبقا للمادة 459 ق.إ.م.إ كما أن الصلح ينهي النزاعات التي يتناولها، مثلما نصت عليه المادة 462 من نفس القانون وعليه فإن تطبيق القانون، لأن الحكم المذكور لا يقبل الاستئناف لكونه قد تضمن صلحا الأطراف لا غير، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

– وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا في 2000/05/23 مبني على أساس المادة 48 من قانون الأسرة جاء فيه: "من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو مجرد إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير".[196]

---

[194] – باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 27.

[195] – قرار المحكمة العليا رقم: 103637، بتاريخ: 1991/02/20، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 94.

[196] – قرار المحكمة العليا رقم: 243943، بتاريخ: 1991/02/20، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 112.

التعليق: حيث أن الحكم القاضي بالطلاق بالتراضي لا يعتبر حكما لأنه صدر حسب رغبة الطرفين فهو مجرد إشهاد من المحكمة ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية لذلك فإنه لا يحق لأي من الزوجين مراجعته أو الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير الأمر الذي يتعين معه عدم قبول الطعن شكلا.

– جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1988/07/18: "من المقرر قانونا أن الطلاق يمكن أن يتم بتراضي الزوجين ولا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن قضاة الموضوع لما قضوا برجوع الزوجة رغم أن الطلاق وقع بالتراضي بينهما وتم إثباته بحكم وبقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[197]

التعليق: حيث عن الوجه الوحيد: المأخوذ خرق المواد: 48 و49 و50 من ق.أ. حيث يوجد بالملف نسخة من حكم صادر من محكمة باب الوادي مجلس قضاء الجزائر عنوانه حكم باتفاق على طلاق بتاريخ 1984/10/23 اتفق الطرفان على الطلاق بالتراضي وما دام الطرفان اتفقا على الطلاق فما فائدة الحكم بالرجوع وخاصة أن المستأنف عليها نبهت المجلس إلى وقوع طلاق بين الطرفين بالتراضي في ص1 السطر الأخير لذا فإن قضاة الموضوع خالفوا نص المواد 48 و49 و50 من ق.أ ، لذا يتعين نقض القرار المطعون فيه والحكم المؤيد.

لا يحق لأي أحد من الزوجين الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر بالطلاق بالتراضي، طبقا لنص المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف"؛ الأمر الذي أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ 2012/06/14: "حكم الطلاق بالتراضي غير قابل للاستئناف، حتى في جوانبه المادية. يطعن بالنقض في حكم الطلاق بالتراضي".[198]

التعليق: حيث أن الطاعن يعيب على قضاة المجلس قضاءهم بعدم قبول استئنافه المرفوع ضد الحكم الصادر عن محكمة متليلي بتاريخ 2009/05/11 شكلا، بالرغم من أنه كان ينصب فقط على الجوانب المادية منه؛ لكن حيث أن المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص صراحة على أن: "أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف" مما يعني أن جميع مقتضيات تلك الأحكام غير قابلة للاستئناف بما فيها تلك الفاصلة في الجوانب المادية، وتبقى خاضعة فقط للطعن بالنقض، ومن ثم فإن القضاء من قبل قضاة المجلس بعدم قبول الاستئناف المرفوع من طرف الطاعن ضد الحكم الصادر عن المحكمة والقاضي بالطلاق بالتراضي بين الطرفين وبالحضانة والنفقة وبالسكن أو بدل الإيجار، استنادا إلى أحكام المادة المذكورة، يعد من جانبهم تطبيقا سليما للقانون، الأمر الذي يجعل الأوجه المثارة غير مؤسسة ويتعين عدم الاعتداد بها والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن.

ثانيا – إجراءات الطلاق بالتراضي

بعد أن عرفت المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الطلاق بالتراضي على أنه إجراء يرمي إلى حل الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة، نصت بعدها المواد التي تليها على جملة من

---

[197] – قرار المجلس الأعلى رقم: 49858، بتاريخ: 1988/07/18، المجلة القضائية، عدد 01، 1992، ص 37.

[198] – قرار المحكمة العليا رقم: 692661، بتاريخ: 2012/06/14، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2012، ص 265.

الشروط والإجراءات وجوبية يجب توافرها ومراعاتها، وإلا يرفض الطلب شكلا و لا يقع الطلاق بالتراضي. من بين هذه الشروط أو الإجراءات ما نصت عليه المادة 428 من نفس القانون على أنه في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط؛ على أن تتضمن العريضة المقدمة .من قبل الزوجين بناء على الرغبة المشتركة لطلب حكم الطلاق بالتراضي بيانات تضمنتها المادة 429 من هذا القانون:

1 – بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب،

2 – اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما،

3 – تاريخ ومكان زواجهما، وعند الاقتضاء، عدد الأولاد القصر،

4 – عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق.

يجب أن يرفق مع العريضة، شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيين.

على إثر هذا الإجراء تقدم عريضة الطلب إلى أمين الضبط لتسجيلها وتحديد تاريخ الجلسة، حيث يقوم هذا الأخير وطبقا للمادة 430 من قانون الإجراءات بإخطار الطرفين في الحال، بتاريخ حضورهما أمام القاضي، ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض. وهنا يأتي دور قاضي شؤون الأسرة بعد أن يتأكد من شروط قبول العريضة ومن البيانات التي تتضمنها، يتعين عليه وفقا لنص المادة 431 من قانون الإجراءات التأكد من التاريخ المحدد للحضور، من قبول العريضة، ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما، ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا.

– صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 2011/12/08: "للطلاق بالتراضي أحكام خاصة، يجب مراعاتها من طرف القاضي، يجب عليه التأكد من قبول العريضة المشتركة، وبعد ذلك الاستماع إلى الزوجين على انفراد، ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما، ويحاول الصلح بينهما إن كان ذلك ممكنا".[199]

التعليق: عن الفرع الثاني من الوجه الوحيد: والمأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات، والذي جاء فيه أن الحكم محل الطعن بالنقض يتضمن الطلاق بالتراضي والطاعنة تصرح أن قاضي الدرجة الأولى قد خالف كل الإجراءات القانونية المتعلقة بالطلاق بالتراضي ولا سيما نص المادة 431 ق.إ.م.إ التي تنص صراحة على أنه يتأكد القاضي رفي التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا...وأضافت الطاعنة انه يتبين من حيثيات الحكم المطعون فيه أن قاضي الدرجة الأولى قد أجرى جلسة صلح واحدة دون حضور الطاعنة ودون التأكد من مو افقتها أو رضاها ودون سماعها، وهذا ما يعد مخالفا لنص المادة السالفة الذكر التي ألزمت القاضي بالتأكد من رضاء الطرفين منفردين ثم مجتمعين. حيث أن المادة 428 ق.إ.م.إ تنص على أنه في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين بأمانة الضبط، والمادة 430 ق.إ.م.إ من نفس القانون تنص بأن أمين الضبط يخطر الطرفين في الحال بتاريخ حضورهما أمام القاضي ويسلم لهما استدعاء

[199] – قرار المحكمة العليا رقم: 676898، بتاريخ: 2011/12/08، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2012، ص 321.

لهذا الغرض. وحيث إن المادة 431 ق.إ.م.إ من نفس القانون تنص بأن القاضي يتأكد في التاريخ المحدد للحضور، من قبول العريضة ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إن كان ذلك ممكنا. وحيث إنه بالرجوع إلى الحكم محل الطعن بالنقض، أن المحكمة لم تتأكد من كل ذلك وأشارت إلى أنها سعت إلى إصلاح ذات البين بين الطرفين...إلا أن محاولاتها باءت بالفشل بسبب تمسك المطعون ضده بفك الر ابطة الزوجية بالتراضي لاستحالة العشرة الزوجية وغياب الطاعنة عن جلسة الصلح، ومع ذلك قضت المحكمة بالإشهاد بفك الر ابطة الزوجية بالتراضي بين المطعون ضده وبين الطاعنة، مخالفة بذلك نص المادة 431 المذكورة، والتي جاءت بأحكام خاصة في الدعوى الرامية إلى الطلاق بالتراضي في المواد 427 إلى 435 ق.إ.م.إ والتي رفعت في ظله الدعوى التي أسفرت عن الحكم محل الطعن بالنقض. وعليه فإن هذا الفرع من الوجه مؤسس وينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه.

تأكيدا على ذلك نصت المادة 432 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي، إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في فقدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته. يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص". وإذا كان الزوج ناقص الأهلية، ووفقا لأحكام المادة 437 من نفس القانون يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة.

ينظر مع الزوجين أو وكلائهما في الاتفاق، وله سلطة تقديرية واسعة بأن يلغي أو يعدل في شروطه، إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام.

– صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 2015/02/12: "لا يقتصر دور المحكمة في حالة الطلاق بالتراضي وتنازل الأم عن الحضانة، على الإشهاد على الطلاق والتنازل؛ للقاضي أن يلغي أو يعدل في شروط الاتفاق، إذا كانت تتعارض ومصلحة الأولاد أو تخالف النظام العام".[200]

يثبت القاضي إرادة الزوجين، بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق. غير أنه قبل هذا الإجراء الذي يقوم به القاضي، وضع المشرع موانع تحول دون تقديم طلب الطلاق بالتراضي ضمن نص المادة 432 من نفس القانون لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي، إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته. يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص.

يتميز الحكم الصادر بالطلاق بالتراضي بعدّة خصائص بينتها المواد 433 و434 و435 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف. يسري أجل الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم. لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ الحكم. وحسب اجتهاد المحكمة العليا المذكور سلفا أنه من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو مجرد إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير.

[200] – قرار المحكمة العليا رقم: 0905248، بتاريخ: 2015/02/12، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2015، ص 247.

المحاضرة الثالثة: الخلع كصورة من صور انحلال الزواج

أولا – مفهوم الخلع

الخلع هو لفظ يدلّ على حالة النّزع أو الخَلع أو الإزالة، ويقصد به فك الرّابطة الزوجية بطلب من الزّوجة مقابل عوض تلتزم به تجاه الزوج دعوى ترفعها الزوجة ضد زوجها إذا بغضت الحياة معه ولم يكن من سبيل لاستمرار الحياة الزوجية، وخشيت ألاّ تقيم حدود الله بسبب هذا البغض. فأجازت السنة النبوية للمرأة التي كرهت زوجها ولم تعد تطق البقاء معه أن تختلع نفسها منه مقابل مال تدفعه له.[201] والخلع يقتضى افتداء الزوجة لنفسها بردّ مهرها وتنازلها عن جميع حقوقها الشرعية.[202] فهو بذل المرأة العوض عن طلاقها بصيغة خالعني على صداقي أو على مبلغ كذا؛ أي بلفظ الخلع صراحة، أو بلفظ مشتق منه، أو يؤدي معناه مثل المبارأة، أو بلفظ الطلاق مقابل مبلغ مالي معين. وعليه فالطبيعة الفقهية للخلع هو عقد معاوضة في نظر جمهور الفقهاء، لأن المرأة تفدي نفسها بعوض مالي تدفعه للزوج.

وعليه فالخلع هو قيام القاضي بإيقاع الطلاق البائن بعوض، بناء على طلب من الزوجة ودون أن يتوقف ذلك على رضا الزوج، وذلك في حالة امتناع الزوج من التطليق دون وجه حق.[203]

إن الغموض الذي اكتنف نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة، كونها لم تحسم إذا كان الخلع حق للزوجة تستعمله متى شاءت، أم يخضع لقبول الزوج ورضاه؛ أي دون الخوض في مسألة موافقة الزوج من عدمها، وأمام هذا السكوت للمشرع عن تحديد طبيعة الخلع كونه حق للزوجة أو هو رخصة لها، وكونه عقد رضائي أو غير رضائي، جعل القضاء غير مستقر على اجتهاد ثابت بعد صدور القانون 84-11، حيث تجلى ذلك بشكل واضح في قرارات المحكمة العليا التي أسست اجتهاداتها تارة على أساس أن العصمة بيد الزوج، وبالتالي فلا بد من رضاه بالخلع، وتارة أخرى على أساس أنه حق للزوجة وليس بعقد رضائي، وبالتالي لا يشترط رضا الزوج.

لكن بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر 05-02، حيث ألغى المشرع الجزائري رضا الزوج وجعل الخلع متوقفا على طلب الزوجة؛ إذ ارتقى المشرع الجزائري بالخلع ليجعل منه حقا أصيلا للزوجة دون موافقة الزوج مقابل حق الزوج في الطلاق.

---

[201] – البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ط1، دار ابن كثير، بيروتا، لبنان، 2002، ص 1344.

[202] – باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر،ب.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 59.

[203] – إسماعيل محمد البريشي، «الخلع القضائي بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني»، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد 05، العدد 04، 2009، ص 04.

ثانيا – الطبيعة القانونية للخلع

أ – الخلع عقد رضائي: وهو الرأي الذي تبناه أغلب شراح القانون؛[204] حيث قالوا بمبدأ رضائية الخلع؛ إذ لا خلع بدون موافقة الزوج، وبالتالي فهو عقد بين الزوجين وليس تصرفا انفراديا بيد الزوجة. وهذا هو الأصل في الشريعة الإسلامية أن يقع بالتراضي بين الزوجين واتفاقهما، ذهب جمهور الفقهاء إلى القول أن الخلع عقد بين الزوجين يقع بالتراضي بينهما عن طريق الإيجاب والقبول.[205]

– موقف القضاء:

سارت المحكمة العليا في اتجاه الفقه القائل بأن الخلع عقد بين الزوجين، وبالتالي فهو عقد رضائي، حيث قضت في عدة قرارات صادرة عنها:

– جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/06/11: "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. إذا كان الثابت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع وبتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق بين الزوجين، وكان الزوج غير راض بمبلغ الخلع المحكوم به وأن الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك، فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائيا انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي".[206]

التعليق: عن الوجه الأول: المأخوذ من انتهاك قواعد الشريعة الإسلامية فيما يخص الخلع. حيث يستفاد من الرجوع إلى الحكم المستأنف والقرار المنتقد أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع وبمبلغه بدون وقوع أي اتفاق عن ذلك بين الزوجين المتنازعين. وحيث أن الزوج لم يكن راضيا بمبلغ الخلع المحكوم به وأن الزوجة طلبت بمستوى المجلس القضائي إلغاء ذلك. وحيث أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يسوغ حينئذ للقاضي أن يحكم به منة تلقاء نفسه. وحيث أن هذا الوجه مؤسس الأمر الذي يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه.

– جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1988/11/21: "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه. ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن

---

[204] – عبد العزيز سعد في تعريفه للخلع قال: "عبارة عن عقد اتفاقي وثنائي الأطراف ينعقد عادة بدفع الزوجة لمبلغ من المال مقابل طلاقها، وقبول صريح من الزوج لهذا الغرض وللطلاق". عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 248. وقال بلحاج العربي: "إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها فقبلت، وتم ذلك بإيجاب وقبول،سمي هذا مخالعة". بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 263.

[205] – شوقي بناسي، «الإشكالات العملية للخلع في الفقه الإسلامي والمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري»، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيدر، بسكرة، المجلد 12، العدد01، مارس 2019، ص 11.

[206] – قرار المجلس الأعلى رقم: 33652، بتاريخ: 1984/06/11، المجلة القضائية، عدد 03، 1989، ص 38.

يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع. ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة".[207]

التعليق: حيث أن القاضي لا تصل سلطته إلى مخالفة الزوجين دون رضا الزوج فقبول هذا الأخير للخلع أمر وجوبي بحيث لا يكون هناك خلع دون رضاه وحيث أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها ودون أن يقبله والقاضي إذا حكم به إنما يكون مخالفا بذلك القواعد الفقهية الخاصة بالخلع، الأمر الذي يعرض حكمه للنقض دون إحالة.

– جاء أيضا في القرار المؤرخ في 1991/04/23: "من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه من طرف القاضي ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لإحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه".[208]

التعليق: حيث أنه بالاطلاع على قضية الطعن يتبين وان قاضي الموضوع قد خالف أحكام المادة 54 من ق.أ عندما فرض على الزوج مبدأ قبول الخلع وقضى به على إرادته في حين أن القاضي لا يتدخل إلا في الاتفاق على مبلغ الخلع. وحيث أن هذا الوجه صحيح ومقبول.

ما يمكن ملاحظته من خلال كل هذه القرارات أو الاجتهادات الصادرة عن المحكمة العليا سواء قبل صدور قانون 84–11 أو أثناء صدوره ابتداء من سنة 1982 إلى غاية سنة 1991، ورغم غموض نص المادة 54 بعدة صدور قانون الأسرة كان الخلع لا يتم إلا برضاء الطرفين واتفاقهما على مقدار العوض الذي تدفعه المرأة إلى زوجها مقابل طلاقها منه، واستقر القضاء على موافقة الزوج ورضاه في الخلع؛ فكان يقضي إلى غاية سنة 1991 باتفاق الزوجين حول الخلع واشتراط رضا الزوج، لكن منذ سنة 1992 أقر بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون موافقة الزوج، إلى أن جاءت مرحلة التعديل بصدور المر 05–02 حسم المشرع المر وأزال اللبس والغموض، حيث أعطى للزوجة حق مخالعة نفسها دون موافقة الزوج بحكم نص المادة 54 من قانون الأسرة.

ب – الخلع عقد غير رضائي: تعتبر المادة 54 من قانون الأسرة الأساس القانوني لنظام الخلع؛ حيث ألغى المشرع الجزائري رضا الزوج وجعل الخلع متوقفا على طلب الزوجة، طبقا لما جاء به التعديل الأخير لقانون الأسرة. كما أن المحكمة لم تقيد التطليق للخلع بمحاولة الصلح بين الزوجين وندبها لحكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر على الوجه المبين في المادة 49 من نفس القانون.

---

[207] – قرار المجلس الأعلى رقم: 51728، بتاريخ: 1988/11/21، المجلة القضائية، عدد 03، 1990، ص 72.

[208] – قرار المحكمة العليا رقم: 73885، بتاريخ: 1991/04/23، المجلة القضائية، عدد 02، 1993، ص 55.

يلاحظ من خلال تعديل نص المادة 54 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري قد ارتقى بالخلع ليجعل منه حقا أصيلا للزوجة دون موافقة الزوج مقابل حق الزوج في الطلاق، بعد أن كان رخصة تستعملها الزوجة عند الحاجة لذلك. وجاء الاجتهاد القضائي تارة على أساس أن الخلع حق للزوجة لا يتوقف على موافقة الزوج. وأساس ذلك في الفقه الإسلامي الذي قال بجواز الخلع دون اشتراط رضا الزوج؛ حيث قال ابن رشد: {والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنما لما جعل الطلاق بيد الرجل، إذا فرك المرأة – كرهها–؛ جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل –أي كرهته–}.[209] ويتضح ذلك من خلال القرار الصادر بتاريخ 2011/09/15: "الخلع حق إرادي للزوجة، يقابل حق العصمة للزوج".[210]

التعليق: عن الوجه الوحيد: المأخوذ من انعدام الأسباب. والذي جاء فيه أنه بمجرد طلب المطعون ضدها للخلع استجابت لها المحكمة بدون أي سبب جدي. لكن حيث إنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة سببت حكمها بأن الخلع حق للزوجة يقابل حق العصمة للطاعن، ولا يعتد فيه بإرادة الطاعن واستندت إلى المادة 54 ق.أ، وبالتالي فإن الحكم المطعون فيه مسبب بما فيه الكفاية ما دام قاضي المحكمة قام بإجراء محاولة الصلح وتوصل إلى أن المطعون ضدها تمسكت بطلب الخلع. وعليه فإن الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه ويرفض الطعن.

– جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/07/13: "إن الخلع ليس بعقد رضائي وموافقة الزوج غير ضرورية فيه وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي".[211]

التعليق: لكن حيث أن الخلع ليس عقد رضائي لأن الزوجة لها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي تعرضه على الزوج، وأن موافقة الزوج غير ضرورية مما ينجر عنه عدم الالتفات إلى هذا الوجه لعدم تأسيسه.

– القرار الصادر عن المحكمة بتاريخ 1996/07/30: "من المقرر قانونا وشرعا أن "الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا". ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية، ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه ".[212]

---

[209] – محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، ج3، ط1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، 1995، ص 133.

[210] – قرار المحكمة العليا رقم: 656259، بتاريخ: 2011/9/15، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2012، ص 318.

[211] – قرار المحكمة العليا رقم: 336380، بتاريخ: 2005/07/13، نشرة القضاة، عدد 61، 2006، ص 328.

[212] – قرار المحكمة العليا رقم: 141262، بتاريخ: 1996/07/30، المجلة القضائية، عدد 01، 1998، ص 120. قرار المحكمة العليا رقم: 83603، بتاريخ: 1992/07/21، المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص 134.

التعليق: لكن وحيث أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية السمحاء للزوجة لفك الر ابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقدا رضائيا كما يزعم الطاعن في عريضة طعنه وان قاضي الحكم المطعون فيه عندما استجاب لطلب الزوجة المطعون ضدها في الطلاق خلعا، وقضى لها به، إنما طبق في ذلك مبادئ الشريعة الإسلامية، وما تنص عليه المادة 54 من ق.أ، و انه لم يفصل في حق التعويض المترتب عن الطلاق خلعا، لكون المدعى عليه الطاعن تمسك بالرجوع والمدعية المطعون ضدها تمسكت بحق الخلع، فحفظ للمدعى عليه الطاعن حقه في التعويض وكان على هذا الأخير في هذه الحالة ما دام حقه قد انحصر في الجانب المادي، أن يستأنف الحكم ما دام المجلس القضائي المختص طبقا لما تقضي به أحكام المادة 57 من ق.أ وعليه فالحكم المطعون فيه لم ينتهك قواعد الشريعة الإسلامية كما و أنه لم يخرق المادة 54 من ق.أ مثلما يزعم الطاعن، ويرد الوجه بذلك ومعه الطعن.

– جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 1994/04/19: "...إن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة، وسواء رضي به الزوج أو لم يرض يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون دفع الحاجة إلى موافقة الزوج".[213]

التعليق: بالرجوع إلى طبيعة الخلع الذي أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة للزوجة في المادة 54 منه يتبين وان اللجوء إلى الخلع، لا يكون إلا بعد استحالة مواصلة العشرة الزوجية بين الزوجين لأسباب خاصة، وحملتها على عرض دفع البدل والعوض لافتداء نفسها من الزوج الذي يعد بإمكانها لأسباب خاصة مواصلة الحياة الزوجية معه من اجل فك العصمة الزوجية بينهما عن طريق الخلع سواء رضي الزوج ب هام لم يرض ما دامت قد استعملت حقا خولتها إياها الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة ودفعت لذلك العوض الذي يقضي به القاضي في حالة عدم الاتفاق عليه بين الطرفين كما هو الشأن في قضية الحال وقد وفر القاضي لقضائه بالخلع أسبابا شرعية كافية وأساسا قانونيا دون أن يخرق أية إجراءات جوهرية أو أية قواعد للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الشيء الذي ينجر عنه رد الوجهين معا.

– وهو نفس ما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1994/04/19: "...إن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج وعند الاختلاف في مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل".[214]

التعليق: عن الوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة قواعد الشريعة، بدعوى أنه لا يحق للقانون أن يحكم بالخلع دون رضاء الزوج بذلك إضافة إلى أن الطاعن لم راضي بالمبلغ المقابل للخلع. لطن وحيث أن القاضي قد طبق المادة 54 من ق.أ التي أجازت للزوجة أن تخالع دون اشتراط رضاء الزوج بذلك وعند الاختلاف في المبلغ الخاص بالخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المقل، وقت الحكم إضافة إلى أن المادة 57 من ق.ا تقضي بأن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جو انبه المادية مع العلم أن الخلع هو طلاق ينقضي فيه بصفة نهائية وعليه فهذا الوجه أيضا غير مؤسس.

---

[213] – قرار المحكمة العليا رقم: 115118، بتاريخ: 1994/04/19، نشرة القضاة، عدد 52، 1997، ص 106.

[214] – قرار المحكمة العليا رقم: 103793، بتاريخ: 1994/04/19، نشرة القضاة، عدد 51، 1997، ص 96.

– جاء في القرار المؤرخ في 1999/03/16: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه. ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[215]

التعليق: لكن حيث أنه بالرجوع إلى المادة 54 من ق.أ يتبين أن الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي وهو ما عرضته المطلقة على الزوج بان يكون هذا المبلغ كصداق المثل، مما يجعل ما قضى به قاضي الدرجة الأولى مطابق نصا وروحا للمادة 54 من ق.أ الواجب التطبيق على قضية الحال، ويجعل الوجه غير مؤسس. الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن. لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا.

– قرار آخر صادر بتاريخ 2000/11/21: "إن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين".[216]

التعليق: حيث انه بالفعل فقد جاء القرار المنتقد بان الطاعنة لم تفتح حتى مبلغ الخلع الذي تعرضه على المطعون ضده وبهذا الفهم يصبح الخلع وكأنه بالمزاد العلني خصوصا وأن الطاعنة قد تنازلت عن جميع حقوقها وان طلب التطليق أمام القاضي الأول كان على أساس الضرر الذي لحقها من عدم البناء بها بسبب مماطلة الزوج وبذلك فقد أصبحت هي المتضررة وليس المطعون ضده.حيث أن المادة 54 من ق.أ لا تشترط قبول الزوج لمبدأ الخلع ولا للمبلغ الذي يطلبه منعا للابتزاز والاستغلال وعلى هذا فالقرار المنتقد بتأييده للحكم المستأنف القاضي برفض دعوى التطليق كما أن رفضه لطلب الخلع الذي تقدمت به الطاعنة في طور الاستئناف على أساس أنها لم تعرض مبلغا معينا لم يقم على أساس قانوني أو شرعي وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة لنفس المجلس.

فائدة: خلع الزوجة غير المدخول بها: أجاز الإمام مالك في مدونته الخلع قبل البناء؛[217] غير أن المحكمة العليا قررت في قرار صادر عنها بتاريخ 2006/06/14، جاء فيه: "طلب الخلع حق للزوجة بعد الدخول وليس قبل الدخول".[218]

ثالثا – آثار الخلع

اعتبر المشرع الجزائري الخلع طلاقا لا فسخا لوروده كصورة من صور فك الرابطة الزوجية في القسم الخاص بالطلاق طبقا لأحكام المادة 48 وما يليها، واعتبره طلاقا بائنا، أخذا برأي المالكية والحنفية، أما الشافعية والحنابلة فاعتبروه فسخا.

---

[215] – قرار المحكمة العليا رقم: 216239، بتاريخ: 1999/03/16، المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص 138.

[216] – قرار المحكمة العليا رقم: 252994، بتاريخ: 2000/11/21، المجلة القضائية، عدد 01، 2001، ص 293.

[217] – مالك بن أنس أبي عبد الله بن مالك الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية سحنون، م05، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، مطبعة السعادة، المملكة العربية السعودية، 2002، ص 21.

[218] – قرار المحكمة العليا رقم: 258613، بتاريخ: 2006/06/14، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2006، ص 421.

المحاضرة الرابعة: التطليق كصورة من صور انحلال الزواج

أولا – مفهوم التطليق

يعرف التطليق في الاصطلاح على أنه: منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة واستنادا إلى القانون. لم يعرف المشرع الجزائري التطليق واقتصر على ذكر أسبابه في المادة 53 من قانون الأسرة، حيث أجازت هذه المادة للزوجة طلب التطليق بتوافر جملة من الأسباب. فإذا كان القانون قد منح الزوج الحق في طلاق زوجته بإرادته المنفردة باعتبار العصمة في يده، فإن حق المرأة في طلب الطلاق بإرادتها المنفردة مقيد بحالات معينة تضمنتها المادة 53 قانون الأسرة.

وعليه فإن انحلال عقد الزواج بطلب من الزوجة (التطليق) لا يمكن أن يكون إلا أمام القضاء، بموجب دعوى قضائية، ولأسباب شرعية.[219] هذا ما نص عليه القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1988/09/26: "من المقرر قانونا أنه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق إذا توافرت أسبابه ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأسباب ومخالفة القانون ليس في محله. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوج تماطل في إرجاع زوجته ووقف موقفا سلبيا فإن المجلس بقضائه بتطليق الزوجة لتماطل الزوج في إرجاع زوجته طبق صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[220]

التعليق: حيث أنه تبين للمجلس من خلال الوقائع التي مربها الزوجان، أن الزوج تقاعس عما كان يجب عليه أن يفعله وهو السعي لإرجاع زوجته، ولكن وقف موقفا سلبيا، ومن ثم ظهر للمجلس تماطله وحكم بتطليق الزوجة من خلال ذلك وحكم له بحذف المتعة، ورأيه هذا سليم. وأما من حيث عدم ذكره للمواد فقد كان قراره مو افقا لها وذلك بتسبيب كاف ومؤدي للمعنى المراد، ومن ثم فالنعي عليه بما ورد في الوجهين في غير محله.

ثانيا – أسباب التطليق

أما فيما يخص الأسباب الواجب توافرها وإثباتها لطلب التطليق نصت المادة 53 من قانون الأسرة على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1 – عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 – 79– 80 من هذا القانون.

2– العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

---

[219] – صدر عن المجلس الأعلى في إحدى قراراته: "من المقرر شرعا وقانونا أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعا يعدّ خرقا للقواعد الشرعية والقانونية". قرار المجلس الأعلى رقم: 43864، بتاريخ: 1987/01/12، المجلة القضائية، عدد 01، 1991ص 46. وفي قرار آخر صادر عن نفس المجلس: "من المقرر شرعا وقضاء أن الحكم بتطليق الزوجة على زوجها يكون مخالفا للقواعد الشرعية والقانونية إذا كان غير قائم على أحد الأسباب الموجبة لإثباته شرعا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الشرعية". قرار المجلس الأعلى رقم: 36784، بتاريخ: 1985/03/25، المجلة القضائية، عدد 02، 1990، ص 50.

[220] – قرار المجلس الأعلى رقم: 50519، بتاريخ: 1988/09/26، المجلة القضائية، عدد 02، 1992، ص 48.

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

7- ارتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10- كل ضرر معتبر شرعا.

1 – التطليق لعدم الإنفاق

أجمع أئمة الشريعة الإسلامية على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها وفي حالة امتناع الزوج عن القيام بذلك فإنّه يجوز للزوجة أن تطالب بالتفريق لعدم الإنفاق ويحكم لها القاضي بالتفريق إن ثبت لديه عدم الإنفاق. وقد نص المشرع الجزائري في المادة 53 / 1 من قانون الأسرة على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون".

في كل هذه الأحوال وغيرها يحق للزوجة المتضررة من الامتناع عن النفقة اللجوء إلى القضاء من أجل استصدار حكم يلزم زوجها بالإنفاق عليها. ومن خلال نص المادة 1/53 من قانون الأسرة نستخلص بأن هناك عدة شروط يجب توفرها حتى يمكن للزوجة طلب التطليق لعدم الإنفاق وتتمثل في ما يلي:

- امتناع الزوج عن النفقة الزوجية عمدا وقصدا.

يجب على الزوجة أولا أن ترفع دعوى ضد الزوج لاستصدار حكم يأمره بالنفقة، وامتنع عن تنفيذ هذا الحكم. صدر في هذا الإطار قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1995/05/02 قضى بأنه: "لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة، وأن امتنع عن تنفيذ ذلك".[221]

- ألا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره.

- يجب أن لا تكون الزوجة عالمة بحالة إعسار الزوج وقت إبرام عقد الزواج معه.

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين ضمن المادة 1/53 من قانون الأسرة حالة الزوج من يسر أو عسر وكذا المهلة التي يمكن أن يمنحها لهذا الأخير حال امتناعه عن النفقة، مما يحيلنا إلى

[221] – قرار المحكمة العليا رقم: 118475، بتاريخ: 1995/05/02، نشرة القضاة، العدد 49، 1996، ص 241.

نص المادة 331 من قانون العقوبات[222] بالنص على أجل شهرين متتاليين، هذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي؛ حيث صدر عن المجلس الأعلى قرار بتاريخ 1984/11/19 جاء فيه: "متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدّة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها. وإذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي وحكم عليه غيابيا بسنة حبسا نافذة، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن".[223]

التعليق: عن وجه الطعن الوحيد: المأخوذ من مخالفة أحكام الفقه الإسلامي ومخالفة القواعد الجوهرية في الإجراءات بدعوى أن قضاة الموضوع لم يحترموا في حكمهم مبادئ الشريعة الإسلامية المتعلقة بالتطليق. حيث إذا لم تستطع الطاعنة إثبات إساءة زوجها إياها أمام المحكمة الأولى وأمام المجلس القضائي فانه يوجد بملف الدعوى حكم جزائي صدر يوم 1982/01/05 عن محكمة ورقلة قضى غيابيا على المطعون ضده بسنة حبسا منفذة بسبب تهمة الإهمال العائلي نحو الطاعنة وأولادها منه وحيث أن الفقه الإسلامي قرر بان عدم الإنفاق على الزوجة بأكثر من شهرين متتابعين يكون سببا كافيا لتبرير طلبها المتعلق بالتطليق. وحيث أن بعد إثبات هذا الإهمال المادي قانونيا وشرعيا أصبح وجه الطعن مؤسس الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه عرضة للنقض.

2 – العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج: لقد منح المشرع للزوجة في المادة 2/53 من قانون الأسرة الحق في طلب التطليق، إذا كان هناك عيب في الزوج يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، ويقصد بالعيوب هنا هي تلك الأمراض أو العلل الجنسية التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وسواء كان هذا العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد. والعيوب التي تصيب الإنسان قد تكون جنسية وقد تكون مرضية؛ حيث أصدر المجلس الأعلى قرارا بتاريخ 1984/11/19 جاء فيه: "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية".[224]

التعليق: عن وجه الطعن الوحيد: المأخوذ من مخالفة الأشكال الجوهرية في الإجراءات بدعوى أن قضاة الاستئناف لم يحترموا في حكمهم قواعد الشريعة الإسلامية المنصوص عليها من باب عيوب الخيار. ولكن حيث

---

[222] – نصت المادة 331 من قانون العقوبات على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50000 دج إلى 300000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليها". القانون رقم: 06-23 مؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1427 الموافق 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم: 66-156، المتضمن قانون العقوبات. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 84، بتاريخ 2006/12/24، ص 11.

[223] – قرار المجلس الأعلى رقم: 34791، بتاريخ: 1984/11/19، المجلة القضائية، عدد 03، 1989، ص 76.

[224] – قرار المجلس الأعلى رقم: 34784، بتاريخ: 1984/11/19، المجلة القضائية، عدد 03، 1989، ص 73.

أن عجز الطاعن على مباشرة زوجته المذكورة جسميا ثابت باعترافه وبشهادتين طبيتين وحيث يستفاد من مراجعة الحكم المعاد ومن القرار أن الزوجين المتخاصمين لم يصفا داء فرج الزوج حتى يتبين هل أن المرض يرجى شفاؤه أم لا، واكتفى كل واحد منهما بادعاءات لم تثبت ثبوتا واضحا. وحيث أن الفقه الإسلامي قرر في مثل قضية الحال ضرب أجل سنة كاملة للزوجة لعله يتحصل على البرء وأن الاجتهاد القضائي استقر أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها وبعد انتهائها لم تتحسن حالة مرضه فيحكم بالتطليق. وحيث أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بدار زوجها بدون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جسميا تعد حجة كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك وأن مرضه لا يرجى زواله. وحيث أن هذا الافتراض لا يقبل شرعا حيث أن الاجتهاد القضائي استقر أيضا أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القاضي بها. وحيث أن القرار المنتقد قد جاء حينئذ مخالفا لمبادئ الشريعة الإسلامية وأن وجه الطعن صحيح الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه عرضة للنقض.

– جاء في قرار ثاني صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1992/12/22: "من المقرر قانونا وقضاء، أنه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، كتكوين أسرة وتربية الأبناء. ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية، مما يستوجب رفض الطعن".[225]

التعليق: وحيث أن إجراءات الصلح بقطع النظر عن كونها غير مطلوبة قانونا أمام قضاة المجلس، فإن المحكمة قد أنجزت هذه الجلسة بين الطرفين، ولو أن القرار المطعون فيه ةهو الذي قضى بالتطليق بعد أن تهيأت أمامه القضية للحكم إثر الخبرة المنجزة التي أمر بها قضاة المجلس في تقرير 1990/1/10 والتي تبين من خلالها أن الزوج عقيم لا ينجب وتبعا لذلك قضاة المجلس حين اعتبروا أن هدف الزواج هو قبل كل شيء تكوين أسرة وتربية أبناء وأسسوا بناء على ذلك قضاءهم بالتطليق، مطبقين بذلك أحكام الفقرة 2 من المادة 53 من ق.أ هذا وأن الطاعن لم يوضح النصوص القانونية التي ادعى خرقها من طرف قضاة الموضوع لتمكين المحكمة العليا من استعمال حقها في الرقابة فالقرار المطعون فيه بقضائه كما فعل قد وفر أسبابا شرعية كافية دون أي خرق للقانون.

ومن العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج مما يتعين الاستجابة لطلب الزوجة بالتطليق، إصابة الزوج بمرض عقلي.

3 – الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر: متى كان الهجر بغرض التأديب فإنه يدخل في إطار حقوق الزوج التي يملكها على زوجته بأن يهجر فراش الزوجية لمدة قد تقل أو تكثر، بهدف تهديدها وإرجاعها إلى طاعته. غير أنه يتضح أن الهجر الوارد في المادة 3/53 قانون الأسرة ليس هجر التأديب، بل الهجر الموقع للضرر والموجب للتطليق؛ والمراد به هو الامتناع عن قربان الزوجة عمدا، وذلك بترك فراش الزوجية دون سبب شرعي ولمدة تزيد عن أربعة أشهر كاملة قصد الإضرار بها. وفي هذا الصدد يختلف الهجر في المضجع عن الإيلاء المشار إليه في كتب الفقه، كونه يعتبر حلف أو يمين على عدم اقتراب الزوجة مدة أربعة أشهر فأكثر، بينما الهجر هو ترك فراش الزوجية لكن بدون

[225] – قرار المحكمة العليا رقم: 87301، بتاريخ: 1992/12/22، المجلة القضائية، عدد02، 1995، ص 92.

يمين، أما المدة فهي واحدة وهي 4 أشهر، لكن يقترب الهجر الذي يعنيه المشرع الجزائري بمفهوم الإيلاء. ولذلك أجاز المشرع للزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق بسبب هجر زوجها لها في المضجع لمدة تفوق أربعة أشهر ولكن بشرط إثبات ما تدعيه واقتناع القاضي به، وله السلطة التقديرية الكاملة في ذلك.

– صدر في هذا الشأن قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2009/02/11: "يعد الهجر في المضجع، في حالة تعدد الزوجات، دليلا على انعدام نية العدل، يبرر طلب الزوجة المتضررة التطليق".[226]

التعليق: حيث أن القاضي الأول ابرز في حيثياته بأن الطاعن تزوج ثانية بدون علم المدعية التي تضررت من زواجه الثاني إذ يتبين من وقائع الدعوى أن الطاعن لم يعدل بين الزوجتين لكونه هجر المطعون ضدها في المضجع لمدة تفوق السنة وهو من جملة الأضرار المعتبرة شرعا طبقا للمادة 53 فقرة 10 من قانون الأسرة الأمر الذي يتعين معه تعويض المدعية فضلا أن الضرر لوقائع الدعوى من الأمور التي يرجع تقديرها لقضاة الموضوع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا...وتبعا لذلك رفض الطعن.

– كما صدر حكم عن محكمة بشار بتاريخ 1999/11/07 قضى فيه بالتطليق بين الطرفين المتنازعين بسبب الهجر في المضجع فجاء في حيثياته ما يلي: "حيث أن شهادة الشهود أثبتت أن الزوج هجر مقر الزوجية وترك العائلة في إهمال منذ أكثر من 7 أشهر وأن الزوجة لحقها ضرر من جراء ذلك مما يعطيها الحق في المطالبة بالتطليق وعليه يتعين الاستجابة لطلبها".[227]

– وفي قرار آخر صادر عن مجلس قضاء سيدي بلعباس بتاريخ 2004/12/26، قضى بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه بسبب هجر الزوج لها، وفقا للفقرة الثالثة من المادة 53 ق.أ. جاء في حيثياته: حيث أن المستأنفة تلتمس المصادقة على محضر أداء اليمين وإلغاء الحكم المستأنف ومن جديد الحكم بتطليقها من المستأنف عليه طبقا للمادة 53 فقرة 3 من قانون الأسرة...حيث أنه بعد الاطلاع على أوراق الملف يتبين بأنه صدر حكم بتاريخ 2000/04/23 أمر المستأنفة بالرجوع إلى البيت الأصلي وأنه بعد الاستئناف اصدر المجلس قرارا بتاريخ 2001/01/31 وجه اليمين إلى الزوجة على أن المستأنف عليه هجرها في المضجع أكثر من أربعة أشهر. حيث أن المستأنفة قامت بتنفيذ هذا القرار وأدت اليمين حسب المحضر المؤرخ في 2001/06/08 وبالتالي فإن دفوع المستأنف

---

[226] – قرار المحكمة العليا رقم: 480240، بتاريخ: 2009/02/11، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2009، ص 279.

[227] – حكم صادر عن محكمة بشار رقم: 99/743، بتاريخ: 1999/11/07. أشار إليه: عماري إبراهيم، أمالي في قانون الأسرة المقارن، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الأولى ماستر، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة ين بوعلي بالشلف، 2017-2018، ص 142.

عليه غير مؤسسة، ويتعين الإشهاد للمستأنفة عن أدائها اليمين الموجهة إليها بقرار 2001/01/31 ومن ثمة الحكم بتطليقها.[228]

– صدر في هذا الشأن حكمين عن محكمة بشار الأول بتاريخ 1999/10/03 قضى فيه بالإشهاد بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين عن طريق التطليق وقد جاء في حيثياته: "حيث أن الثابت في قضية الحال أن الزوجة تضررت من غياب الزوج وهجره لها لمدة أكثر من سنتين مما يجعل دعواها مؤسسة عملا بالمادة 5/53 ق.أ الأمر الذي يتعين معه الاستجابة لطلبها المتعلق بالتطليق".[229]

4 – الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية: لقد نص المشرع على هذه الحالة في الفقرة 4 من المادة 53 قانون الاسرة على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم عليه عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية. فإذا توافرت للزوجة الشروط التالية:

– ارتكاب الزوج لجريمة من جرائم القانون العام أو غيرها وقد صدر ضده حكم جزائي حاز قوة الشيء المقضي فيه.

– أن تكون العقوبة مقيدة للحرية أي تتضمن عقوبة بدنية بالسجن أو الحبس و دون أن يستفيد من منحة العفو كليا أو جزئيا.

– أن تكون العقوبة مشينة مثل: عقوبة الاعتداء على العرض، الاغتصاب.

– أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية .

هنا يحق للزوجة أن ترفع دعوى أمام المحكمة لتطلب الحكم لها بالتطليق من زوجها وعلى المحكمة أن تقضي بذلك .

– صدر في هذا الشأن حكما عن محكمة تيزي وزو بتاريخ 1971/08/29 قضى بتطليق الزوجة لصدور حكم قضائي ضد الزوج يقيد حريته لمدة 18 شهرا حبسا نافذا. وانطلاقا من هذا الحكم قضى القاضي بالتطليق بينها وبين زوجها المحبوس.[230]

– جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2014/07/10: "يحق للزوجة طلب التطليق، قبل الدخول، بسبب الحكم على الزوج من أجل جريمة ماسة بشرف الأسرة واستحالة تحقيق الهدف من الزواج".[231]

---

[228] – قرار صادر عن مجلس قضاء سيدي بلعباس – غرفة الأحوال الشخصية– بتاريخ: 2004/12/26:
https://www.startimes.com/?t=20342161: اطلع عليه بتاريخ: 2021/10/07، على الساعة: 17:03.

[229] – ـــــــــــ، «التطليق موضوع مدعم بقرارات المحكمة العليا»:
/https://elmouhami.com/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B7%D9%84%D9%8A%D9%82
اطلع عليه بتاريخ: 2021/10/07، على الساعة: 18:05.

[230] – قرار صادر عن مجلس قضاء سيدي بلعباس– غرفة الأحوال الشخصية– بتاريخ: 2004/12/26، المرجع السابق.

[231] – قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 0952658، بتاريخ: 2014/07/10، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2014، ص 282.

التعليق: عن الوجه الثاني : المأخوذ من انعدام الأساس القانوني، بدعوى أن الطاعن تمسك ب إتمام إجراءات الزواج في جميع مراحل الدعوى وان قاضي الدرجة الأولى ا ستجاب لطلب المطعون ضدها دون تقدير ظروف ووقائع النزاع تقديراً سليماً ودون إثبات الضرر الحاصل للمطعون ضدها وفقاً لنص المادة 53 من قانون الأسرة . لكن حيث أن الحكمة والغرض من الزواج، إنما هو دوام الألفة والمحبة والإخلاص وتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون و إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب وفقاً للأهداف المقررة في المادة 4 من قانون الأسرة و أن المطعون ضدها بتراجعها عن الزواج بالطاعن و إ صرارها على الطلاق قبل الدخول للأسباب التي بررت بها طلب الطلاق فإن أهداف الزواج صارت منتفية وبخاصة المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة وفقاً لنص المادة 2/36 من قانون الأس رة و أن المحكمة باستجابتها للطلب وقضائها بالتطليق قبل الدخول قد استعملت سلطتها التقديرية المخولة لها قانوناً بما لها من ولاية في فحص النزاع وتقدير مدى تحقق أهداف الزواج مستدلة في ذلك بأسباب كافية وسائغة وتكون بذلك قد أعطت لحكمها الأساس القانوني مما يجعل الوجه غير سديد . حيث أنه بذلك يصبح الوجهان الأول غير مقبول والثاني غير م مؤسس ويتعين معه رفض الطعن.

5 - الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة: جعل المشرع الجزائري غياب الزوج أحد أسباب التطليق، وذلك بعد مضي سنة، طبقا لأحكام المادة 5/53 من قانون الأسرة، والغائب الذي يقصده المشرع في هذه الفقرة هو الذي نص عليه في المادة 110 من نفس القانون بقولها: "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطةٍ مدّة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".[232] وتحسب هذه المهلة ابتداء من يوم الغياب إلى يوم رفع الدعوى. في حالة طلب الزوجة التطليق لضرر الغياب وكان زوجها غير معلوم المكان فهنا يفرق القاضي بينهما في الحال بعد تأكده من توافر الشروط التالية:

– تغيب الزوج عنها لمدّة سنة على الأقل.

– أن يكون الغياب بدون عذر مقبول ودون سبب جدّي، أي أن يكون متعمدا ويقصد الإضرار بها.

حيث أجاز المشرع الجزائري لزوجة المفقود أو الغائب بناء على نص المادة 112 من قانون الأسرة أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون؛ إذ أن المفقود يعتبر غائبا ويأخذ حكم الغائب، إلا أن حياته مجهولة. في حين إذا كان في مكان معلوم وأمكن الاتصال به، فهنا على القاضي أن يطلب منه أن يحضر لزوجته ويمنحه أجلا معينا، فإذا انقضى هذا الأجل ولم يفعل ولم يبدي عذرا مقبولا فرق بينهما لرفع الضرر عن الزوجة.

– صدر في هذا الشأن حكمين عن محكمة بشار الأول بتاريخ 1999/10/03 قضى فيه بالإشهاد بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين عن طريق التطليق وقد جاء في حيثياته: "حيث أن الثابت في قضية

---

[232] – المادة 109 من القانون 84-11 والمتضمن قانون الأسرة، عرفت المفقود على أنه: "هو الشخص الغائب الذي لا يعرفق مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

الحال أن الزوجة تضررت من غياب الزوج وهجره لها لمدة أكثر من سنتين مما يجعل دعواها مؤسسة عملا بالمادة 5/53 ق.أ الأمر الذي يتعين معه الاستجابة لطلبها المتعلق بالتطليق".[233]

والثاني بتاريخ 1999/06/06 قضى فيه بالتطليق بين الزوجين وقد جاء في حيثياته: "حيث أن المدعية تهدف بدعواها إلى تطليقها من المدعي عليه استنادا إلى المادة 5/53 لغيبة أكثر من سنة بدون نفقة وطالبت بالتعويضات والحضانة. حيث أن المدعى عليه لم يحضر جلسات المحكمة لدحض مزاعم المدعية وتقديم ما يثبت أنه ينفق على زوجته وابنه رغم استدعائه قانونا، وأنه سعى في تنفيذ الحكم والقرار القاضي برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية الكائن بالجزائر الوسطى مما يجعل المحكمة تكوّن قناعة بسوء نية الزوج في ترك زوجته معلقة لا هي بزوجة ولا هي بمطلقة طول هذه المدة الأمر الذي يتعين معه التصريح بفك الرابطة الزوجية بينهما لاستحالة العشرة والاستجابة بذلك لطلب المدعية".[234]

6 – التطليق لمخالفة أحكام المادة 8: أجازت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها السادسة للزوجة المطالبة بالتطليق حال مخالفة الزوج أحكام المادة الثامنة من قانون الأسرة. ذلك أن القانون قد نص أيضا في المادة 8 مكرر، حين مخالفة الزوج أحكام المادة 08 من قانون الأسرة المتعلقة بتعدد الزوجات، والتي تقضي بأحقية كل زوجة في المطالبة بالتطليق في حالة تدليس الزوج بعدم إخبارهما والحصول على موافقتهما وترخيص القاضي المسبق. جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1995/09/26: "إن المادة 8 من ق.أ تعطي الحق للزوجة السابقة في طلب التطليق عندما يتزوج زوجها بثانية دون علمها لأن هذا يعتبر ضررا أصابها".[235]

التعليق: عن الوجهين معا: حيث أن الحكم الأول المؤيد بالقرار المطعون فيه قد نص على أن الطاعنة قد صرحت لقضاة المجلس عبر مراحل الدعوى بأن زوجها المطعون ضده قد تزوج ثانية دون أن يعلمها بذلك وأنها غيرراضية وتضررت وغيرراغبة في مواصلة العشرة الزوجية واستنادا على ذلك طلبت التطليق طبقا للمادة 8 من ق.أ لكن قضاة الموضوع أجابوها بأن زواج المطعونة ضده ثانية لا ضرر فيه وأن طلبها التطليق غير مؤسس وقضوا برفضه. حيث أن المادة 8 من نفس القانون تعطي الحق للزوجة في طلب التطليق عندما لا يخطرها الزوج بالزواج الجديد وفي حالة عدم رضاها يمكنها أن تلجأ إلى القضاء للمطالبة بالتطليق وأن قضاة الاستئناف بقضائهم بعدم الاستجابة لطلب الطاعنة للتطليق يكونون قد خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية وكذا المادة السالفة الذكر من ق.أ مما يستوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه.

---

[233] – ـــــــــــ، «التطليق موضوع مدعم بقرارات المحكمة العليا»:
https://elmouhami.com/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B7%D9%84%D9%8A%D9%82/
اطلع عليه بتاريخ: 2021/10/07، على الساعة: 18:05.

[234] – ـــــــــــ، «التطليق موضوع مدعم بقرارات المحكمة العليا»، نفس المرجع.

[235] – قرار المحكمة العليا رقم: 122443، بتاريخ: 1995/09/26، نشرة القضاة، عدد 55، 1999، ص 171.

7 – التطليق لارتكاب فاحشة مبينة: من حالات التطليق التي تجعل السلطة التقديرية للقاضي واسعة هي التطليق لارتكاب فاحشة مبينة والمنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 53 قانون الأسرة، وإن كان لم يبين المشرع الجزائري المقصود بالفاحشة المبينة، غير أن الاعتقاد السائد ينصرف إلى الخيانة الزوجية أو الجرائم الأخلاقية، أي الفعل المخل بالآداب وبصفة خطيرة ومخالف للعرف والضمير الاجتماعي كفاحشة الزنا.[236] وهناك من يرى أن المقصود بالفاحشة المبينة هي تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم والمنصوص عليها بالمادة 337 مكرر من قانون العقوبات؛[237] وعليه فإنه إذا ارتكب الزوج فاحشة مبينة كالزنا، فإنه يجوز للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي من أجل تطليقها.

كما أقر المشرع الجزائري بمعاقبة الزوج الذي يرتكب فاحشة الزنا طبقا لنص المادة 339 من قانون العقوبات[238] بالحبس من سنة إلى سنتين.

8 – التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين: الشقاق: هو النزاع الشديد بين الزوجين، سواء أكان بسبب من أحد الزوجين أو بسببهما معا، أو بسبب أمر خارج عنهما، غير أن المشرع الجزائري جعل الحق للمرأة في طلب التطليق عند الشقاق المستمر بينها وبين زوجها، الأمر الذي قد تكون المرأة سببا في استفحاله واستمراره. لكن قد يفهم من نص المادة على أن التطليق إنما يكون بسبب الضرر الناشئ عن الشقاق أو سوء العشرة، والذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية كالهجر دون موجب شرعي والضرب والسب...الخ. ذلك أن الشقاق يعتبر صورة من صور الضرر المعتبر شرعا، غير أن طلبها يبقى محل تقدير من قبل قاضي الموضوع.

– هذا ما أقره الاجتهاد القضائي الذي جاء به القرار الصادر في 1996/09/24: "من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما. فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كاف للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[239]

التعليق: الوجه الثالث مخالفة الشريعة الإسلامية: بدعوى أن حكم التطليق مخالف للشريعة إذ أن المطعون ضدها لم تقدم الدليل على تضررها باستثناء مزاعمها بمرضها والقضاة ارتكزوا في قضائهم ذلك على استفحال الشقاق بين الطرفين لكن مراجعة القرار المطعون فيه فإنه اعتمد في قضائه بالتطليق على عدة قرائن من بينها طلب المطعون ضدها التطليق وفشل محاولة الصلح بين الطرفين وعدم قيام الطاعن بتنفيذ الحكم القاضي

---

[236] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 275.

[237] – منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، ب.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 61.

[238] – القانون رقم: 82-04 مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1402 الموافق 13 فبراير سنة 1982، يعدل ويتمم الأمر رقم: 66-156، المتضمن قانون العقوبات. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 07 بتاريخ: 1982/02/16، ص 317.

[239] – قرار المحكمة العليا رقم: 139353، بتاريخ: 1996/09/24، المجلة القضائية، عدد 02، 1997، ص 96.

بالرجوع بالإضافة إلى ما قدمته المطعون ضدّها من شهادات طبية تدل على إصابتها بمرض الأعصاب وأن استفحال الشقاق بين الزوجين يكفي وحده للتفريق القضائي شرعا وهو ما يجعل القرار المطعون فيه قد جاء وفقا للقانون وبرفضه الوجه، رفض الطعن.

– جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2011/07/14: "يثبت الشقاق المستمر، من خلال ما يظهر من الحياة الزوجية والخصومات القضائية بين الطرفين. لا يكفي الخلاف الظاهر في جلسة الصلح، لثبوت الشقاق المستمر والاعتماد عليه في التطليق".[240]

التعليق: عن الوجهين الأول والثاني لارتباطهما: والمأخوذين من انعدام الأساس القانوني ومخالفته للقواعد الشرعية والقانونية وانعدام وقصور التسبيب، واللذين جاء فيهما أن المطعون ضدها التمست التطليق والتمس الطاعن رفض دعواها لعدم التأسيس، ومع ذلك فإن قاضي أول درجة أسس حكمه للتطليق على أن الطرفين في حالة شقاق مستمر وغيبة الطاعن المستمرة، وطلب التطليق جاء مؤسسا قانونا لأنه ثبت للمحكمة الضرر اللاحق بالمطعون ضدها نتيجة الشقاق المستمر والغيبة المعتبرة. حيث إنه يتبين بالرجوع فعلا إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة أسست حكم التطليق على أنه ثبت لديها من خلال الحضور الشخصي وتصريحات الطرفين أنهما في حالة شقاق مستمر وغيبة الطاعن المستمرة، مما يجعل طلب التطليق مؤسسا قانونا. وحيث إن هذا التسبيب قاصر ولا يفيد احترام نص المادة 8/53 من قانون الأسرة التي تنص على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للشقاق المستمر بينها وبين زوجها، وكان على المحكمة أن تبين كيف توصلت إلى حالة الشقاق المستمر، ولا يكفي ما يدور في جلسة الصلح من نقاش وخلاف بين الطاعن وبين المطعون ضدها، للحكم على ذلك بأنه شقاق مستمر لأن الشقاق المستمر يجب أن يظهر من خلال الحياة الزوجية بين الطرفين والخصومات القضائية بينهما، ولا يظهر من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أ شارت إلى ذلك . وحيث إنه فيما يخص الغيبة المعتبرة كما جاء في الحكم المطعون فيه، فلم تبين المحكمة ذلك ولا كيفية معاينة الغيبة. وعليه فإن هذين الوجهين مؤسسان وينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه.

9 – التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة أمر جائز شرعا وقانونا ما دام يحقق منفعة أو مصلحة لأحد الطرفين ولا يضر بمصلحة الطرف الآخر، ودلك تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وتماشيا مع قول الرسول صلى الله عليه وسلم: {**المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما**}. وقد أجاز المشرع الجزائري في قانون الأسرة حرية الاشتراط في عقد الزواج وذلك من خلال نص المادة 19 ق.أ.ج على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

واضح من خلال نص هذه المادة أنه للزوجين أن يضمن عقد زواجهما جملة من الشروط بما يحقق مصالحهما المشتركة وهذه الشروط معتبرة من الناحية الشرعية ما لم تتناقض مع طبيعة عقد الزواج. يعتبر الشرط الذي أذن به القانون في المادة 19 ملزما للمشترط عليه، وهو رأي الحنابلة.

---

[240] – قرار المحكمة العليا رقم: 624622، بتاريخ: 2011/07/14، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2012، ص 227.

ويلاحظ أن القانون قد أشار إلى نوعين من الشروط على سبيل المثال بالنظر إلى أهميتها وهما: شرط عدم الزواج عليها وشرط عدم منعها من ممارسة العمل، أو عدم إجبارها بعد الزواج على التوقف عن العمل. خاصة لأن هذين الشرطين هما سبب الخصام والتفكك الأسري بالنسبة لاستقرار الأسرة الجزائرية مرسخا مبدأ: "العقد شريعة المتعاقدين".

والجديد في تعديل هذه المادة أن المشرع أوجب أن يكون ذلك العقد رسمي وليس عرفي، وبالتالي يكون قد وضع حدا نهائيا للنزاعات التي تنشب بين الزوجين خاصة عندما يقرر الزوج الزواج مرة ثانية أو يعارض بعد الزواج عمل زوجته. لكن الإشكال الذي يطرح نفسه هو عندما يخل أحد الطرفين بأحد الشروط. إن المطالبة بالوفاء بهذه الشروط تخضع للقواعد العامة في الإثبات، كما يكون من حق الطرف المتضرر المطالبة بالفسخ أو الطلاق بحسب الأحوال، استنادا للمادة 9/53 ق.أ.ج: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: – مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج...".

غير أنه منح للزوجة حق المطالبة بالتطليق، إذا ما تمت مخالفة الشروط المتفق عليها صلب المادة 19 وإن كانت على سبيل المثال وليس الحصر؛ حيث نصت المادة 53 من قانون الأسرة على أنّه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

– جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/02/20: "من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ولا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي عند ما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب خمسة سنوات، لا هي متزوجة ولا هي مطلقة باعتبارها خرجت من بيت الزوجية، وأخذت كل أثاثها منه، واستحالت الحياة الزوجية، فان القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[241]

التعليق: وعليه فإن المحكمة العليا عن الوجه الأول بفرعيه المأخوذ من قصور وانعدام وتناقض الأسباب والمنوه به أعلاه: لكن وحيث أن الخلع المناقش من طرف قضاة المجلس عرضته المطعون ضدها أما القاضي الابتدائي وأكدت استعدادها لدفع مبلغ 6000 دج مقابل مخالعة نفسها من الزوج في عريضة افتتاح الدعوى ونوه الحكم المستأنف بذلك أثناء تعرضه للوقائع ونظرا إلى أن الاستئناف يرفع النزاع برمّته أمام المجلس، فإن قضاة الاستئناف مؤهلون لمناقشة هذا العرض ولو لم يعرض أمامهم ما دامت الزوجة قد عرضته أمام القاضي الابتدائي ومناقشتهم لهذا العرض لم تأت تلقائيا، هذا وأن قضاة المجلس طبقوا مبدأ التفريق للضرر من أجل الحكم به بين الطرفين معتبرين الزوجة مسؤولة عن هذا التفريق لكونها رفضت الرجوع صراحة، كل ذلك من أجل إسقاط حقوقها المترتبة على هذا التطليق فقط، فالقضاة لم يحملوها مسؤولية التفريق لهذا الغرض الذي هو إسقاط حقوقها المترتبة على التطليق، فالقرار المطعون فيه توفر على أسباب شرعية منسجمة وكافية ويرفض الوجه بفرعيه. عن الوجه الثاني المأخوذ من الخطأ في تطبيق 53 ق.أ تنص قائلة: (كل ضرر معتبر شرعا) وهي حالة من حالات التطليق وترك المشرع تقدير وجود الضرر الشرعي للزوجة في بقاء العصمة بالحيثية التالية

[241] – قرار المحكمة العليا رقم: 75588، بتاريخ: 1991/02/20، المجلة القضائية، عدد 04، 1993، ص 78.

(...بحيث أن الزوجة منذ 1983 إلى اليوم، أي ما يقارب من خمسة أعوام ليست بالمتزوجة ولا المطلقة، ثم ما دامت الزوجة يوم خروجها أخذت كل أثاثها، فإن هذا يدخل في عقيدة المجلس أنها لا تنوي استمرار الحياة الزوجية معه وعليه فإن الزوجين استحالت بينهما الحياة) أي الحياة وفق ما تقضي به أحكام المادة 4 من ق.أ وبذلك فإن قضاة القرار المطعون فيه طبقوا المادة 53 من ق.أ تطبيقا سليما ينجر عنه رفض الوجه الثاني.

10 – التطليق لكل ضرر معتبر شرعا: لقد خول المشرع للزوجة حق طلب التطليق إذا لحقها ضرر سببه لها زوجها سواء بإيذائه لها بالقول أو الفعل إيذاء بليغا يجعل الحياة الزوجية جحيما لا تطاق ولا يقطع هذه الحياة البغيضة إلا التفريق بينهما؛ حيث جاء في الفقرة 10 من المادة 53 قانون الأسرة بأن من أسباب التطليق كل ضرر معتبر شرعا، إلا أن المشرع لم يحدد أنواع معينة من الضرر وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي ليقدر إن كان هناك ضرر أم لا، وذلك حسب ظروف كل قضية ووقائعها، لأن مفهوم الضرر هو مفهوم واسع لا يمكن حصره أو تحديده وقد يختلف من قاضي إلى قاضي ومن منطقة إلى أخرى.

– جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/12/23: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر. ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه متعسفا من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها. فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 من ق.أ قد طبقوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[242]

التعليق: عن الوجهين الثاني والثالث معا: المأخوذان من انعدام الأساس القانوني وقصور التسبيب. بدعوى أن قضاة الاستئناف أسسوا قرارهم على المادة 53 من ق.أ فقضوا بتطليق المستأنفة استجابة لطلبها على أساس الضرر الذي لحقها ومنحت تعويضا عن الطلاق فهذا التعويض ليس له أساس قانوني مما يعرض القرار إلى النقض والإبطال. لكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه تبين بأن الضرر بالزوجة كان مبالغا فيه من طرف الزوج، الأمر الذي يجعله مبالغا في التعسف في إلحاق الضرر بها فالتطليق وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل هذا الضرر متروك تقديره لقضاة الموضوع تأسيسا على المادة 55 من ق.أ التي تجعل الأمر بيد القاضي في تقديره التعويض للطرف المتضرر من الزوجين، ولما كان الزوج في قضية الحال مبالغ في إلحاق الضرر بها فاستحقت بالتعويض طبقا للمادة 55 من ق.أ وبذلك يكون القرار مسببا تسبيبا كافيا الأمر الذي يجعل الوجهين غير مؤسسين ويتعين معهما رفض الطعن.

– قرار آخر في هذا الشأن موافق لنص المادة 10/53 صادر بتاريخ 1999/03/16: "من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا. ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من ق.أ، وعليه فإن قضاة

[242] – قرار المحكمة العليا رقم: 181648، بتاريخ: 1997/12/23، المجلة القضائية، عدد 01، 1997، ص 49.

الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[243]

التعليق: عن الوجه الثاني: المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون بدعوى أن قاضي الموضوع أخطأ في تطبيق المادة 53 و52 من ق.أ، فالمادة 53 من ق.أ تعطي الحق للزوجة طلب التطليق إن توفرت لها أسباب شرعية حددتها المادة المذكورة وأن الزوجة لم تقدم دليلا الأسباب سبب شرعي لتطليقها غير أن القاضي حكم بالتطليق مخالفا بذلك المادة المذكورة كما أن المادة 52 من ق.أ أعطت للزوجة المطلقة الحق في التعويض إن ثبت تعسف الزوج وهذا غير ثابت في قضية الحال والحكم بالتعويض مخالفا للمادة المذكورة مما يعرض الحكم المطعون فيه إلى النقض. لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن الطاعن عقد على المطعون ضدها في تاريخ 1995/06/13 ومنذ ذلك التاريخ لم يقم بإتمام الزواج وهذه المدة الطويلة ألحقت ضررا ماديا ومعنويا بالزوجة وهو الأساس الذي اعتمد عليه القاضي الأول فيما قضى به وهو المفهوم ضمنا من الحكم أي الضرر المعتبر شرعا المنصوص عليه في المادة 53 من ق.أ هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الحكم بتعويض المطلقة على أساس التعسف يكون ابتدائيا يمكن الاستئناف بشأنه ولا يقبل كشف في وجه الطعن وهو ما يجعل الوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

واعتبر ضرب الزوجة المبرح وطول مدة الخصام مع الزوج من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق؛ حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2001/01/23: "إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي".[244]

التعليق: وحيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه وإلى عريضة الطاعن ووقائع الملف يتبين أن قاضي الموضوع عندما قضى بتطليق المطعون ضدها تأكد لديه توفر الضرر المعتبر شرعا، وذلك باعتداء الطاعن على المطعون ضدها بالضرب والجرح العمدي، وذلك ما اعترف به الطاعن شخصيا أمام المحكمة وصرح نادما على ما وقع منه على شخص المطعون ضدها بالضرب والجرح العمدي،..وعليه فالحكم محل الطعن جاء مسببا تسبيبا كافيا الأمر الذي يجعل معه رفض الطعن.

– وفي قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/07/21: "من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها ومن المقرر أيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض معا لثبوت تضررها وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[245]

---

[243] – قرار المحكمة العليا رقم: 217179، بتاريخ: 1999/03/16، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 122.

[244] – قرار المحكمة العليا رقم: 258555، بتاريخ: 2001/01/23، المجلة القضائية، عدد 02، 2002، ص 417.

[245] – قرار المحكمة العليا رقم: 192665، بتاريخ: 1998/07/21، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 116.

التعليق: وحيث أن المطعون ضدها في قضية الحال طالبت بالتطليق لأن الطاعن اعتدى عليها بالضرب وطردها ليلا من منزل الزوجية إضافة إلى إهمالها وأولادها وعدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلبها التطليق والتعويض عليه بسبب الضرر الذي حصل لها ويحصل من ذلك. وحيث أن المادة 53 من ق.أ تجيز للزوجة طلب التطليق في حالات معينة لكنها لا تحصر أو تمنع على المطلقة طلب التعويض إذا اضطرت لطلب ذلك بسبب تصرفات زوجها، الأمر الذي يجعل الوجه الثالث هو الآخر وجيه يتعين معه رفضه ونتيجة لذلك رفض الطعن.

– كما قضت المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 1999/06/15: "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا".[246] ويبقى تقدير الضرر للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، إذ صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/05/18 يقضي: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع".[247]

– جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2006/07/12: "عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا، طبقا للفقرة 6 من المادة 53 من ق.أ، ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق".[248]

التعليق: عن الأوجه المثارة مجتمعة: لكن حيث أن قضاة الموضوع قالوا في حيثياتهم بأن طلب المطعون ضدها مبرر نظرا للضرر الذي لحقها من طرف الطاعن لتقاعسه في العدل وبين ضرتها والاعتداء عليها وهو ما يشكل الضرر المعتبر شرعا طبقا للفقرة 6 من المادة 53 من ق.أ زيادة على استمرار الشقاق بينهما بالرغم من صدور حكم بالرجوع...وتمادي الطاعن في إيذائها بالضرب هذا من جهة. ومن جهة أخرى لم يثبت لقضاة الموضوع نشوز الزوجة المطلقة طبقا للقانون ومن ثم حكموا للمطعون ضدها بالتعويض وبالتالي يكون ما ينعيه الطاعن بهذه الأوجه غير سديد يتعين رفضها وتبعا لذلك رفض الطعن.

المحاضرة الخامسة: الحضانة كأثر من آثار انحلال الزواج

أولا – مفهوم الحضانة

الحضانة مأخوذة من الحضن، وهو الجنب أو الصدر، وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها، وقامت بتربيته، وتسمى حينئذ حاضنته.[249] فهي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه، كطفل وكبير مجنون أو معتوه، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه ونحوها.[250] أما قانون الأسرة عرفها في المادة 62 من القانون 84-11 على أنها:

---

[246] – قرار المحكمة العليا رقم: 224655، بتاريخ: 1999/06/15، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 129.

[247] – قرار المحكمة العليا رقم: 222134، بتاريخ: 1999/05/18، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 126.

[248] – قرار المحكمة العليا رقم: 356997، بتاريخ: 2006/07/12، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2006، ص 441.

[249] – إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص 182.

[250] – محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009، ص 666.

"هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا". وعليه فالحضانة هي الولاية على الطفل لتربيته وتدبير شؤونه.

ثانيا – التكييف الفقهي والقانوني للحضانة:

أ – التكييف الفقهي للحضانة: الخلاف الحاصل بين الفقهاء في تكييف الحضانة هل هي حق للحاضن أم للمحضون أم لهما معا؟. ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة في رواية إلى أن الحضانة حق للحاضن لا تجبر عليها إذا امتنعت.[251] وذهب المالكية في قول والحنابلة في رواية إلى أن الصغير هو صاحب الحق في الحضانة، تجبر عليها إذا امتنعت رعاية لحق الولد من الضياع.[252]. وذهب ابن عابدين من الحنفية إلى الجمع والتوفيق بين القولين من أن الحضانة حق للحاضن والمحضون معا.[253]

ب – التكييف القانوني للحضانة: يعتبر المشرع الجزائري أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون، باستقراء نص المادة 64 من قانون الأسرة: "الأم أولى بحضانة ولدها..."، والمادة 66 من نفس القانون: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون". حيث أجاز المشرع للأم أن تتنازل عن الحضانة إلى من يليها في الترتيب، شريطة ألا يضر ذلك بمصلحة المحضون، وإلا أجبرت عليها.

– جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1998/04/21: "من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون. ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الوالدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، طبقوا صحيح القانون".[254]

– وجاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1988/12/19: "من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم –فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها– ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة".[255]

ثالثا – ترتيب الحاضنين وشروطهم

نصت المادة 64 من قانون الأسرة على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل

---

[251] – منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، ب.ط، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1983، ص 496.

[252] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، المرجع السابق، ص 718.

[253] – ابن عابدين محمد أمين، حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه أبي حنيفة)، ج3، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1966، ص 560. نقلا عن مطروح عدلان، المرجع السابق، ص 310.

[254] – قرار المحكمة العليا رقم: 189234، بتاريخ: 1998/04/21، المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص 175.

[255] – قرار المجلس الأعلى رقم: 51894، بتاريخ: 1988/12/19، المجلة القضائية، عدد 04، 1990، ص 70.

ذلك...". وافق المشرع الجزائري الفقه الإسلامي في منح الأولوية للأم في الحاضنة، وخالفهم في ترتيب الأب في الدرجة الثانية بعد الأم؛ علما أن الأب كان قبل التعديل في مرتبة بعد الجدة لأم والخالة، وبعد التعديل أخر مرتبة الجدة لأم. غير أن هذا الترتيب ليس من النظام العام بالنظر إلى معيار مصلحة المحضون في إسناد الحضانة؛ الأمر الذي نصت عليه المادة 64 السالفة الذكر بعد أن بينت ترتيب مستحقي الحضانة: **"مع مراعاة مصلحة المحضون".**

– جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1998/03/17: "من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من ق.أ إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة. ولما ثبت –في قضية الحال– أن قضاة الموضوع أسندوا الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم. فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[256]

التعليق: عن الوجه الأول: المأخوذ من قصور الأسباب. بدعوى ان قضاة الموضوع اسندوا حضانة الأولاد الأربعة إلى أختهم للأب مع وجود خالتهم التي هي أولى من الأخت التي كانت لها عداوة مع أمهم قبل وفاتها بسبب الميراث. حيث أنه بالفعل فقضاة الموضوع عندما اسندوا حضانة الأولاد إلى أختهم للأب مع وجود الخالة يعتبر مخالفا للترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من ق.أ، إضافة إلى أنهم لم يستعينوا بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يمكن أن يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم من غيره. وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية لنفس المجلس.

– جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2011/03/10: " تراعى مصلحة المحضون، عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 ق.أ يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع".[257]

التعليق: عن الوجه الثالث: المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون. بدعوى أنه وفقا لنص المادة 64 ق.أ فإن الحضانة بعد الأم تنتقل إلى الأب وليس للجدة، وأن المطعون ضدها تعيش في سكن ضيق وأن تأييد القرار للحكم المستأنف يعد خرقا لنص المادة المذكورة مستوجب النقض. لكن حيث أن مدار الحضانة مصلحة المحضون وليس بالترتيب الوارد في المادة 64 ق.أ، وأن تقدير المصلحة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع وقد عبروا عن هذه السلطة بأسباب كافية وسائغة من خلال المفاضلة بين الأب والجدة وترجيحهم بأن مصلحة البنت تقتضي بقاءها مع جدتها التي تعيش معها منذ وفاة والدتها عام 2001 وطبقوا بذلك نص المادة 64 المشار إليها تطبيقا سليما مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض ويتعين معه رفض الطعن.

رابعا – مدة الحضانة

[256] – قرار المحكمة العليا رقم: 179471، بتاريخ: 1998/03/17، المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص 172.

[257] – قرار المحكمة العليا رقم: 613469، بتاريخ: 2011/03/10، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2012، ص 285.

تنص المادة 65 من قانون الأسرة على أنه: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أمّا لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون ". الملاحظ على مضمون هذه المادة أن المشرع الجزائري حدّد مدة الحضانة بالنسبة للذكر والأنثى، وأجاز للقاضي أن يمدد هذه المدة بالنسبة للذكر فقط دون الأنثى إلى سن 16؛ لأن الأنثى تكتمل أهليتها وفقا للمادة 07 من قانون الأسرة ببلوغها 19 سنة وهي أهلية الزواج، ويمكن أن تتزوج قبل هذه السن بإذن من القاضي وبه تنتهي المدة القانونية للحضانة؛ حيث اشترط المشرع شروطا لتمديد الحضانة:

– أن يكون المطالب بتمديد الحضانة أما.

– يجب أن يكون المطالب بتمديد حضانته ذك ا ر وليس أنثى ويكون التمديد لمدة أقصاها ستة عشرة سنة.

– أن تكون الأم الحاضنة المطالبة بالتمديد غير متزوجة بغير ذي محرم للطفل المحضون.

– أن يراعي القاضي بالدرجة الأولى مصلحة المحضون في التمديد

– يجب أن تتم المطالبة بتمديد الحضانة في آجال السنة الموالية لانقضاء مدة 10 سنوات، وإلا سقط الحق في التمديد وفقا لأحكام المادة 68 من قانون الأسرة [إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ابتداء من تاريخ العلم بهذا الحق].[258]

فالمشرع أجاز للقاضي إنهاء الحضانة في مدة قانونية، كما أباح له تمديدها بتقديره لمصلحة المحضون؛ الأمر الذي نصت عليه المادة 65 السالفة الذكر: "...على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

خامسا– مكان الحضانة

تنص المادة 69 من قانون الأسرة على أنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون". قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/02/19: "من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون، والقيام على تربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن إسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون ويستوجب نقضه".[259]

التعليق: عن الأوجه الثلاثة مجتمعة: حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، يتبين أن عنوان المدعي عليها في الطعن أنها تسكن في فرنسا وأن قضاة الموضوع مع ذلك منحوا الحضانة إلى الزوجة المطلقة كما أنهم منحوا حق

---

[258] – غضبان مبروكة، حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2017-2018، ص 101 و102.

[259] – قرار المحكمة العليا رقم: 59013، بتاريخ: 1990/02/19، المجلة القضائية، عدد 04، 1991، ص 117.

الزيارة للأب مرة كل أسبوع من الساعة 9 صباحا إلى 5 مساء، ومع العلم أن الأولاد مع أمهما في فرنسا وهذا أمر غير مقبول على الأقل من الناحية العملية. حيث أن قضاة الموضوع بإعطائهم حضانة الأولاد إلى الأم التي تسكن عند أهلها في فرنسا يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون و ابتعدوا عن مقاصد الشريعة الإسلامية من إسناد الحضانة. إن الحضانة حين تسند لأي شخص يجب أن تكون لمصلحة الأطفال الصغار فعوض أن تحضنهم في الجزائر ولو يفرضوا لها أن لم يكن لها مأوى وفي ثمن الإيجار للسكن لتؤويهم أمهم فيه وليكونوا قريبا من رقابة الأب الذي له حق المراقبة على أبنائه في جميع شؤونهم وتكون الزيارة ممكنة الحصول حسب القرار وحتى يمكن تطبيق المادة 62 من ق.أ. وبناء على ما تقدم فإن مجموع الأوجه مؤسسة ويتعين معها نقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس مشكلا تشكيلا آخر للفصل فيها من جديد طبقا للقانون .

– كما قضت به أيضا في القرار المؤرخ في 1989/12/25: "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أم أبا فإن سكن الوالدين معا، في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا بإسناد حضانة الولد والبنت لأمهما طبقا للقواعد الشرعية طبقوا القانون تطبيقا صحيحا. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[260]

التعليق: فيما يتعلق بالسبب الثاني: المأخوذ من مخالفة المادتين 62 و69 من قانون الأسرة. ليس من المعقول حينما يكون الوالدان يعيشان ببلد أجنبي أن تكون حضانة أولادهما بالجزائر، فالمجلس الأعلى أخذ مبدأ في الحضانة وقرر أن تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أم أبا، أما والحال أنهما يسكنان معا بفرنسا فتطبق في القضية القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة وتكون حيث يقيمان لفرنسا أو غيرها من الدول الأجنبية وعليه فالسبب بدوره غير جدي.

فيما يتعلق بالسببين الثالث والرابع: التنصيص في القرار على أن تدفع النفقات بالفرنك الفرنسي لا فائدة منه فهو مستغنى عنه فمدام الزوج والزوجة يقيمان بفرنسا والمنفق عليه معهما فنفقته تدفع بالعملة المتداولة بمكان إقامتهم ولا يعقل أن تسدد بغير ذلك مع اللواحق الأخرى، وقد أشار المجلس على سبيل التأكيد ليس إلا بأن الطاعن اتفق مع زوجته على مبلغ النفقات بالبلد الموجودين به وهذا الاتفاق يتضمن أن يكون الدفع بعملة البلد الواقع الاتفاق فيه وتعرض المجلس للأمر المثار ليس معناه أنه اعتمد عليه بل كان ذلك للجواب وليس للتدليل أو بنا قراره عليه، وعليه فلم يطبق في القضية أي قانون أجنبي وأن التنفيذ في القرار على الدفع بالفرنك الفرنسي شيء زائد ومن ثم فكل ما جاء في أسباب الطعن الموجه ضد القرار غير جدية. لهذه الأسباب قرر المجلس رفض الطعن.

سادسا – سقوط الحضانة واستيعادها:

أ – سقوط الحضانة بانتهاء المدة القانونية المنصوص عليها في المادة 65 من قانون الأسرة:

نصت المادة 65 ق.أ على أنه: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن

[260] – قرار المحكمة العليا رقم: 56597، بتاريخ: 1989/12/25، المجلة القضائية، عدد 03، 1991، ص 61.

الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمًّا لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

– جاء في القرار المؤرخ في 1995/10/24: " إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة".[261]

التعليق: عن الوجه المثار: حيث أن قضاة الموضوع لم يخرقوا ولم يخالفوا المادة 65 من ق.أ لن قضاة الموضوع لهم الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن السادسة عشرة (16) سنة إذا كانت الحاضنة أمًّا لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون. وحيث أن الطاعن لم يثبت أن المطعون ضدها تزوجت ثانية. وحيث أن المشرع لما ولى الأم بحضانة ولدها وجعلها في المرتبة الأولى نظر إلى مصلحة المحضون الأمر الذي يجعل قضاء قضاة الموضوع في قضية الحال سديدا ويتماشى وقانون الأسرة الأمر الذي يتوجب معه رفض الطعن لعدم التأسيس.

– جاء في القرار المؤرخ في 2006/01/04: "تنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج، دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطه".[262]

التعليق: عن الوجه الوحيد المثار: حيث متى قضى قضاة الاستئناف في قرارهم محل الطعن والصادر بتاريخ 2003/09/20 عن مجلس قضاء أدرار والذي قضى بتأييد الحكم المستأنف، فإنهم بقضائهم يكونون قد طبقوا صحيح القانون باعتبار أن الطفلة المطالب بإسقاط حضانتها من طرف الطاعن والمزدادة بتاريخ 1984/10/02 قد تجاوزت سن الزواج أي عمرها أكثر من 18 عاما، وبالتالي فإن حضانتها تسقط بقوة القانون دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها، مما يجعل الوجه المثار غير جدي وغير قانوني يتعين رفضه، وتبعا لذلك رفض الطعن.

– وجاء في القرار المؤرخ في 1989/03/13: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية، ولما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال –قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة، ومن جديد إسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين، باعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية، والمادة 64 من قانون الأسرة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة".[263]

التعليق: حيث عن الوجهين معا: خرق المادة 64 من ق.أ، عدم كفاية الأسباب. حيث أن الحضانة للأم حسب المادة 64 من قانون الأسرة وكذلك حسب الشريعة الإسلامية، كما جاء في قول الشيخ خليل ج2 من 486

---

[261] – قرار المحكمة العليا رقم: 123889، بتاريخ: 1994/10/24، نشرة القضاة، عدد 52، 1997، ص 111.

[262] – قرار المحكمة العليا رقم: 347914، بتاريخ: 2006/01/04، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2006، ص 449.

[263] – قرار المجلس الأعلى رقم: 52221، بتاريخ: 1989/03/13، المجلة القضائية، عدد 01، 1993، ص 48.

وحضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى يدخل بها الزوج. حيث أن المجلس لم يذكر أي سبب يدعم به قراره بالنسبة لنزع الحضانة عن الأم وإذا كان الولدين الذكرين أصبحا يافعين، إلا أن المجلس أخطأ عندما أسند حضانة البنت (ص) إلى الأب ولذلك تعين نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت (ص) إلى الأب ويتعين إبقاء حضانتها لأمها.

– وجاء في القرار المؤرخ في 2011/02/10: "لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي. الحاضنة غير ملزمة بالمطالبة قضائيا بالتمديد، في حالة تجاوز سن المحضون 10 سنوات. تبقى الحاضنة متوفرة على صفة التقاضي للمطالبة بالحقوق المقررة للمحضون".[264]

التعليق: عن الوجه الثالث: المأخوذ من مخالفة أو الخطأ في تطبيق القانون: بدعوى أن قضاة الموضوع بقضائهم ببدل الإيجار قد خالفوا نص المادة 65 من قانون الأسرة كون حضانة الابن المحضون انتهت ببلوغه سن العشر سنوات وأن الأم الحاضنة لم تقم بتمديدها إلى غاية 16 سنة. لكن حيث أن الحضانة لم تعد منتهية وفقا لنص المادة 2/65 إلا بموجب حكم قضائي و انه طالما أنها لا تزال سارية فإن الحاضنة من حقها المطالبة ببدل الإيجار باعتباره من الحقوق المقررة للمحضون على والده وفقا لنص المادة 72 و78 من قانون الأسرة وغير ملزمة هي بالتمديد إذا تجاوز المحضون سن 10 سنوات، وأن القضاة بقضائه للحاضنة ببدل الإيجار قد طبقوا صحيح القانون مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض ويتعين معه رفض الطعن.

رغم انتهاء المدة القانونية للحضانة بحكم نص المادة 65 من قانون الأسرة سواء بالنسبة للذكر أو الأنثى، إلا أن الحضانة لا تنقضي إذا كان المحضون معاق ذهنيا. جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2014/05/15: "لا تنقضي الحضانة بعد انتهاء سن ممارسة الحضانة إذا كان الابن معاقا ذهنيا 100%، فإن مصلحته تقتضي بقاءه تحت رعاية والدته، لأنه يكون في حكم الصبي الضعيف الذي لا يستطيع الاستغناء عن والدته، التي تكون في هذه الحالة في حكم الحاضنة ويكون الأب بذلك ملزما بالنفقة بجميع أنواعها".[265]

ب – سوط الحضانة بعدم المطالبة بها: نصت المادة 68 من قانون الأسرة على أنه: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1990/02/05: "من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون".[266]

– وفي قرار آخر صادر بتاريخ 2013/01/10 على أنه: "متى تبين من قضية الحال أنه لا يوجد بملف الدعوى ما يثبت أن الطاعنة قد سعت إلى تنفيذ الحكم المتعلق بإسناد الحضانة إليها، بالرغم من

---

[264] – قرار المحكمة العليا رقم: 599850، بتاريخ: 2011/02/10، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2012، ص 281.

[265] – قرار المحكمة العليا رقم: 795606، بتاريخ: 2014/05/15، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث للمحكمة العليا، غير منشور. أشارت إليه: غضبان مبروكة، المرجع السابق، ص 108.

[266] – قرار المحكمة العليا رقم: 58220، بتاريخ: 1990/02/05، المجلة القضائية، عدد 03، 1993، ص 53. قرار المحكمة العليا رقم: 32829، بتاريخ: 1984/07/09، المجلة القضائية، عدد 01، 1990، ص 60.

انقضاء أكثر من ستة سنوات على صدور ذلك الحكم، وبذلك تكون فعلا قد فقدت حقها في تلك الحضانة طبقا لأحكام المادة 68 من قانون الأسرة، وخاصة أنها لم تقدم ما يثبت امتناع الزوج عن تسليم الأولاد لها، فإن القضاء بإسقاط الحضانة عن الطاعنة بناء على أحكام المادة المذكورة أعلاه، وإسنادها للأب نظرا لمصلحة الأولاد، هو تسبيبا كافيا ومقنعا للقرار، وتطبيقا صحيحا للقانون، مما يستوجب رفض الطعن".[267]

ج – سقوط الحضانة بمخالفة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة: إذا اختل أحد شروط الحضانة [ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، بألا تكون مريضة عاجزة عن الرعاية، وألا تكون منحرفة فاسقة كارتكاب جريمة الزنا – وهو ما عبر عنه المشرع ضمن المادة 1/62 (وحفظه صحة وخلقا)]، المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة؛ تسقط الحضانة وفقا لأحكام المادة 67 من نفس القانون، حيث نصت على أنه: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62[268]...غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".[269]

– جاء في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1984/01/09: "متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا. وللحكم بخلاف هذا المبدأ، استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها".[270]

التعليق: وإذا كانت الأم لا تستحقها لفساد أخلاقها أو إقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لإثارة غضب زوجها يطلقها وثبوت ذلك عليها فإن الأب أحق بها. كما أن إسقاط حضانة الحاضنة لفساد أخلاقها وسوء تصرفها لهما يسقط حق أمها في الحضانة، كذلك لأن الأم التي لا تقدر على كبح جماح ابنتها فلا تقدر أيضا على كبح جماح المحضون ومر اقبته وتربيته النظيفة، وعليه فلا الأم تستحق الحضانة ولا أمها كذلك من ناحية الشرع لفقدان الثقة والأمانة فيهما معا. والقرار المطعون فيه بما ذهب إليه فقد حاد عن الشرع وخالف قواعده مخالفة تعرضه للنقض دون إحالة.

– جاء في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1989/05/22: "من المقرر فقها وقانونا أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقا للقانون. ولما كان ثابتا–في قضية الحال– أن المجلس

---

[267] – قرار المحكمة العليا رقم: 718265، مؤرخ في: 2013/01/10، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث للمحكمة العليا، غير منشور. أشارت إليه: غضبان مبروكة، المرجع السابق، ص 107.

[268] – نصت المادة 2/62 من قانون الأسرة على أنه: "يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام برعاية الولد المحضون وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً".

[269] – المادة 67 من الأمر 05-02، المرجع السابق.

[270] – قرار المجلس الأعلى رقم: 31997، بتاريخ: 1989/01/09، المجلة القضائية، عدد 01، 1989، ص 73.

حينما أسند حضانة البنات الثلاث للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[271]

التعليق: حيث أن حضانة البنات الثلاث لأمهن، وحيث أن مجلس قضاء سطيف أصدر بتاريخ: 1986/06/01 الغرفة الجزائية حكما بالسجن لمدة ثلاثة أشهر حبسا نافذة بتهمة جنحة تعريض خلق الأولاد للخطر طبقا للمادة 350 من قانون العقوبات ف3. حيث جاء في قول الشيخ خليل ج2 ص 474/ من شروط الحضانة أي أمانة الحاضن ولو أبا وأما في الدين فلا حضانة لفاسق كشرب كشريب ومشتهر بزنى ولهو محرم كما أن المادة 62 تنص على الحاضن: والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. وما دامت الأم فاسدة في أخلاقها لذلك تعين نقض القرار المطعون فيه ودون إحالة.

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1997/09/30: "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبين –في قضية الحال– أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من ق.أ. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة".[272]

التعليق: عن الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة القانون. بدعوى أن القرار المنتقد قد أسند حضانة الأبناء الثلاثة إلى أمهم المطعون ضدها رغم الحكم عليها جزائيا بتهمة الزنا. حيث أنه بالفعل فقد جاء في القرار المنتقد أن جريمة الزنا لا تؤثر على المطلقة برعاية وتربية أولادها. حيث أن المادة 62 من قانون الأسرة قد عرفت الحضانة بأنها رعاية المحضون من تربية وتعليم، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، كما اشترطت هذه المادة في فقرتها الأخيرة على أن يكون الحاضن أهلا للقيام بهذه العناصر السابقة الذكر. حيث أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة شرعا وقانونا إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الاستغناء عن أمه وعليه فالوجه مؤسس. الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة والإحالة لنفس المجلس.

لقد استقر الاجتهاد القضائي في عدة قرارات على إسقاط الحضانة عن الحاضن بسب سوء الأخلاق وارتكاب جريمة الزنا؛ غير أنه ومراعاة لمصلحة المحضون يمكن إبقاء الحضانة لدى الحاضن حتى وإن كان يتصف بسوء الأخلاق أو في حالة انحراف إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك حتى لا يتضرر.[273]

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2010/07/15: "يمكن إسناد الحضانة للأم، المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون".[274]

التعليق: عن الفرع الثالث: المأخوذ من مخالفة المادة 62 من ق.أ. حيث أن الطاعن يعيب على قضاة المجلس مخالفتهم لأحكام المادة 62 من ق.أ، وذلك بقضائهم بإسناد حضانة البنت (س) إلى والدتها المطعون ضدها

---

271 – قرار المجلس الأعلى رقم: 53578، بتاريخ: 1989/05/22، المجلة القضائية، عدد 04، 1991، ص 99.

272 – قرار المحكمة العليا رقم: 171684، بتاريخ: 1997/09/30، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 169.

273 – غضبان مبروكة، المرجع السابق، ص 113.

274 – قرار المحكمة العليا رقم: 564787، بتاريخ: 2010/07/15، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2010، ص 262.

بالرغم من ارتكابها لجريمة الزنا. لكن حيث إن الحضانة، وإن كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من ق.أ، باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلا أن المادة 67 السالفة الذكر، قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات، مراعاة مصلحة المحضون، وأن مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقاؤها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغني عن خدمة النساء ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها، على هذا الأساس، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، الأمر الذي يجعل هذا الفرع هو الأخير غير مؤسس، ويتعين عدم الاعتداد به، والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن.

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2019/07/03: "لا يؤدي اللعان إلى إسقاط الحضانة عن الأم مراعاة لمصلحة المحضون".[275]

التعليق: عن الوجهين معا لتكاملهما وترابطهما: المأخوذين من الخطأ في تطبيق القانون وقصور التسبيب. ومفادها انه تم الطلاق بين الطرفين بعد أن لاعن الزوج زوجته ومن ثم لا يجوز إسناد الحضانة إليها. لكن حيث ما ينعاه الطاعن على قضاة المجلس يراد به غير الحق ذلك أن اللعان لا يؤدي بالضرورة إلى إسقاط الحضانة عن الأم كما يتوهم الطاعن فالأم هي الأولى بالحضانة ما لم تسقط باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة ولم يثبت ما يتعارض مع مصلحة المحضون إن بقي في كنفها، وعليه فإن ما انتهى إليه القضاة فهو عين الصواب مما يستوجب رفض الوجهين معا وبالنتيجة رفض الطعن.

د – سقوط الحضانة بسبب ردة الحاضن: لم ينص المشرع الجزائري صراحة على هذه المسألة لكن باستقراء المادة 62 من قانون الأسرة يتضح أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه. غير أن المحكمة العليا أصدرت اجتهادا قضائيا بخصوص هذه المسألة.

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2008/09/10: "لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية، حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي".[276]

التعليق: عن الوجه المثار: حيث متى اكتسبت المطعون ضدها الجنسية الفرنسية دون أن ترتد عن الديانة الإسلامية ولا يوجد أمام الجهة القضائية ما يفيد تخليها عن الدين الإسلامي فإن ذلك لا يسقط حقها في الحضانة لكونها أولى بحضانة أطفالها وفق المادة 64 من قانون الأسرة. حيث لما قضى قضاة الموضوع بإسناد حضانة الأبناء الخمسة لأمهم يكونون قد طبقوا صحيح القانون. مما يستوجب القول بأن الوجه المثار غير مؤسس يتعين القضاء برفضه، وتبعا لذلك رفض الطعن.

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2013/11/13: "إن إسناد الحضانة للمطعون ضدها لعدم إثبات ردتها أو اعتناقها الديانة المسيحية بعد التحقيق، يعد قضاء سليما".[277]

---

[275] – قرار المحكمة العليا رقم: 1291270، بتاريخ: 2019/07/03، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2019، ص 84.

[276] – قرار المحكمة العليا رقم: 457038، بتاريخ: 2008/09/10، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2008، ص 313.

[277] – قرار المحكمة العليا رقم: 772620، بتاريخ: 2013/11/13، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث للمحكمة العليا، غير منشور. أشارت إليه: غضبان مبروكة، المرجع السابق، ص 114.

هـ – سقوط الحضانة بسبب عمل الحاضنة: نصت الفقرة الثانية من المادة 67 قانون الأسرة على أنه: "...ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/07/18: "من المستقر قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة. ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه".[278]

التعليق: عن الوجهين معا: حيث انه بالفعل فقد جاء القرار خاليا من أي تسبيب، مكتفيا بالقول أن القرار المعارض جاء سليما وتعليله كافيا مما يوجب رفض المعارضة، إضافة إلى أن القرار المعارض قد أسقط حضانة الولدين عن الطاعنة بسبب العمل دون أي سبب آخر، خصوصا وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن العمل لا يعتبر مسقطا للحضانة وعليه فالوجهين مؤسسين، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس.

بالنظر إلى قانون الأسرة وإلى رأي القضاء، فالأمر محسوم على اعتبار أن عمل المرأة لا يكون سببا من أسباب سقوط الحضانة، غير أن هذا الحق قد يتعارض مع مصلحة المحضون، خصوصا إذا كان عمل الحاضنة يتطلب مدة طويلة من العمل ليلا أو نهارا وهي بعيدة عن محضونها، مما قد يؤثر هذا على مصلحته؛ حيث أتم المشرع نص المادة 67 من قانون الأسرة بعبارة [يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون].

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2002/07/03: "عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية".[279]

التعليق: لكن حيث أن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها ما لم يتوفر الدليل الصحيح على أن هذا العمل يحرم المحضون من حقه في العناية والرعاية، فضلا عن ذلك أن الحضانة ليست حقا للحاضنين فقط، وإنما هي حق للمحضون أيضا كما هو في الفقه والاجتهاد، ولما كان ذلك وكان القرار قضى بتأييد الحكم المستأنف في هذا الخصوص، فإنه يكون قد أحسن تطبيق القانون. وعليه فهذا الفرع يكون على غير أساس أيضا.

الوجه الثالث: المأخوذ من القصور في التسبيب. وذلك بمقولة أن الطاعن تمسك بالدفاع أمام قضاة الموضوع بإسناد حضانة الولدين إليه على أساس أن مصلحتهما تكون معه. وليس مع الأم التي لم تعتني بتربيتهما. كما أنه طلب بمبلغ "80.000دج" عوض الخلع. إلا أن القرار المطعون فيه قضى بنصف المبلغ دون أن يبين الأسباب التي استند إليها في هذا الخصوص. وهو ما يعيبه بما يستوجب نقضه. لكن حيث أن ما ورد بهذا الوجه ما هو إلا ترديد

---

[278] – قرار المحكمة العليا رقم: 245156، بتاريخ: 2000/07/18، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 188.

[279] – قرار المحكمة العليا رقم: 274207، بتاريخ: 2002/07/03، المجلة القضائية، عدد 01، 2004، 270.

لبعض ما ورد في الفرع الأول والثاني، من الوجه الثاني، وقد سبق الرد عليه. وحيث أنه على هدى ما تقدم يضحى الطعن برمته على غير أساس. ويتعين معه رفض الطعن.

و – سقوط الحضانة بسبب تنازل الحاضنة عنها: نصت المادة 66 من قانون الأسرة على أنه: "يسقط حق الحاضنة...بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون". حيث أجاز المشرع الجزائري للأم الحاضنة بالتنازل عن الحضانة بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون.

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2002/02/13: "تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون".[280]

التعليق: عن الوجه الوحيد: المأخوذ من مخالفة المادة 66 من قانون الأسرة، بدعوى أن قضاة الموضوع قد قبلوا تنازل المطعون ضدها عن حضانة ولديها دون التأكد من أن التنازل لم يضر بمصلحتهما. حيث أنه بالفعل فقد جاء في القرار المنتقد بأنه لا يمكن إجبار الأم عن ممارسة الحضانة دون أن يعطي القضاة أي توضيح على سن الولدين أو الإشارة إلى إمكانية استغنائهما عنها وأن هذا التنازل لا يضر بهما طبقا لما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 66 من قانون الأسرة وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس.

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/04/21: "من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل إذا أضر بمصلحة المحضون".[281]

التعليق: عن الوجه الثالث: المأخوذ من مخالفة المادة 65 من ق.أ. بدعوى أن المطعون ضدها قد تنازلت عن الولدين ومع ذلك فقد أسندت لها الحضانة. لكن وحيث أن المادة 66 من ق.أ تقضي بأنه لا يعتد بالتنازل إذا أضر بمصلحة المحضون وعليه فالوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

-جاء في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في: 1988/12/19: "من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم –فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها– ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة. لما كان من الثابت –في قضية الحال– أن المطعون ضدها حكم لها بمقتضى حكم الطلاق بالحضانة بناء على طلبها ولجل ذلك منحت السكن الزوجي لتحضن فيه الأولاد، فإن قضاة المجلس الذين قضوا بإسقاط حضانة الأولاد عن أمهم بناء على طلبها وإلزام الأب بأخذهم وهو ليس حاضنا مباشرا بل يحضن بغيره من النساء (زوجته الثانية) التي ليست أكثر حنانا من أمهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام الحضانة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[282]

---

[280] – قرار المحكمة العليا رقم: 282153، بتاريخ: 2002/02/13، المجلة القضائية، عدد 01، 2004، ص 282.

[281] – قرار المحكمة العليا رقم: 189234، بتاريخ: 1998/04/21، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 175.

[282] – قرار المجلس الأعلى رقم: 51894، بتاريخ: 1988/12/19، المجلة القضائية، عدد 04، 1990، ص 70.

التعليق: حول الأسباب الأربعة المعتمد عليها في طلب النقض. تنازل الأم عن حضانة أولادها الذين أسندت حضانتهم إليها بموجب حكم بعد طلبها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله قدرة على حضانة الأولاد المتنازل على حضانتهم. الأب ليس حاضنا حضانة مباشرة و إنما يحضن بغيره بينما الأم لها الحضانة المباشرة. الأب له حق الرقابة والتعهد وليس له الحضانة الحقيقية. السكن الذي منح للحاضنة لحضانة الأولاد وضعه يتغير بتغير الحضانة ويزول منحه بزوالها. ولما كان هذا وكانت الأم المطعون ضدها هي صاحبة الدرجة الأولى في الحضانة وقد أسندت إليها بمقتضى حكم الطلاق الصادر بتاريخ: 1976/1/29 وكان ذلك بطلبها ولأجل ذلك منحت السكن الزوجي لتحضن فيه الأولاد الثلاثة. وحيث أن الشريعة الإسلامية المطبقة إذ ذاك نظرت إليها كأم ذات عطف وحنان لأولادها ميزتها عن الأب وجعلت لها الحضانة في حالة طلاق زوجها لها أو موتها عنها وجعلت للأب في الحالة الأولى سوى حق الرقابة والتعهد والإنفاق مع الإسكان و أنه إذا كان له حق الحضانة في مرحلة من المراحل فإنه يحضن عن طريق غيره بينما الأم تحضن مباشرة. وهذا الفرق بينهما يجعلها أكثر تكليفا بحضانة أولادها إلا إذا حال بينها وبين ذلك حائل شرعي تنازلت عنها لحاضن آخر يقبل منها تنازلها فإن لم تجد هذا الحاضن فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها وتعبير على مسك الأولاد في السكن الذي منح لها باسمهم وإذا وجد يقبل تنازلها ويأخذ الأولاد فيأخذ السكن معهم. والمجلس بقبول تنازل المطعون ضدها دون وجود من يقبل الأولاد عنده وإلزام الأب بأخذهم وهو ليس حاضنا مباشرا بل يحضن بغيره وان يكون هذا الغير من النساء راغبا رحيما بالأولاد المر الذي لا يتوفر فيه فزوجته الثانية لم تكن أكثر حنانا من أمهم التي رفضت وجودهم عندها الأمر الذي جعل قراره منعدم الأساس القانوني ومخالفا لأحكام الحضانة وجعل النعي عليه بما في الأسباب الأربعة المذكورة في محله مما يترتب عنه نقضه.

ز – **سقوط الحضانة بسبب زواج الأم بغير قريب محرم:** نصت المادة 66 من قانون الأسرة على أنه: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم". كما نصت المادة 70 من قانون الأسرة على أنه: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم". فيسقط حقها في الحضانة بحكم القانون بمجرد التزوج بغير قريب محرم، وذلك أن غير المحرم لا يكون عطوفا أو حنونا على ولد الزوجة، فانعدام الشفقة يؤثر على مصلحة المحضون، وبالتالي فإن إسقاط الحضانة عن الأم في حالة الزواج بأجنبي عن المحضون، إنما مراعاة لمصلحته. كذلك يسقط حق الخالة أو الجدة لأم في الحضانة بقوة القانون إذا ما سكنت مع أمه بصفة دائمة ومستمرة.

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2005/05/18: "يسقط حق الأم في الحضانة، بزواجها بغير قريب محرم".[283]

التعليق: الوجه المثار: مأخوذ من مخالفة والخطأ في تطبيق القانون. بدعوى أن القرار محل الطعن أخطأ في تطبيق القانون ولا سيما أحكام المادة 64 من ق.أ التي صنفت الأشخاص والأولويات المتعلقة بحضانة المحضون. حيث أن القرار المطعون فيه لم يخالف القانون ولم يخطئ تطبيقه وذلك لأن الطاعنة وهي أم الطفل قد سقط حقها في حضانته بمجرد زواجها من غير محرم هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يحق لها المطالبة نيابة عن أمها إسناد حضانة ولدها لهذه الأخيرة. حيث أن القرار المطعون فيه رفض تدخل الجدة للأم لأن تدخلها لم يكن وفق

[283] – قرار المحكمة العليا رقم: 331058، بتاريخ: 2005/05/18، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2005، ص 383.

القانون على مستوى مجلس قضاء تيارت، الأمر الذي يجعل هذا الأخير سليما ولم يخالف القانون والوجه المثار غير وجيه مما يتعين رفضه وتبعا لذلك رفض الطعن.

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2005/07/13: "إذا كان القانون قد أعطى الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها، إلا أنه نص أيضا على إسقاط هذا الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم".[284]

التعليق: عن الوجه الثاني: حيث أن ق.أ فعلا قد أعطى الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها طبقا للمادة 64 من القانون المشار إليه غير أن القانون المذكور قد نص بصفة واضحة في المادة 66 منه على إسقاط حق الأم في الحضانة إذا تم زواجها بغير قريب محرم وقد ثبت لقضاة الموضوع أن الأم التي تطالب بالحضانة قد تزوجت فعلا بغير محرم وأن ذلك يسقط حقها في الحضانة وأن قضاة الموضوع لما قضوا بالصورة المبينة أعلاه يكونون بذلك قد طبقوا القانون لا سيما منه المادة 66 من ق.أ و أقاموا قضاءهم على أساس صحيح من الو اقع القانوني وجعلوا قرارهم غير مستهدف للنقض والإبطال.

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2012/09/13: "تسقط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون. مصلحة المحضون، الواجب على القاضي مراعاتها، تنصب على التنازل عن الحضانة فقط".[285]

التعليق: عن الوجهين الأول والثاني لتشابههما وارتباطهما: المأخوذين من مخالفة القانون والقصور في التسبيب. بدعوى أن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف القاضي بإسقاط حضانة الولد عن أمه لإعادتها الزواج بغير قريب محرم خالفوا نص المادة 66 من قانون الأسرة، كما تغاضوا عن مناقشة الدفوع التي تقدم بها والتي تفيد أن مصلحة المحضون لدى أبيه الذي يسهر تربيته وإعطائه الحنان الذي حرمته منه أمه وان القرار بذلك جاء مخالفا للقانون ومشوبا بعيب القصور في التسبيب. حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين و أنه قضى بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بإسقاط الحضانة عن الأم لزواجها بغير قريب محرم اعتمادا على أن مصلحة المحضون وفقا لنص المادة 66 من قانون الأسرة التي تقتضي بقاءه لدى والدته. حيث أن المادة 66 من قانون الأسرة تنص على أن الحضانة تسقط بزواج الحاضنة بغير قريب محرم وان المصلحة في سقوط الحضانة و انتقالها إلى من يليها في الترتيب قائمة على بمجرد إعادة الحاضنة للزواج بغير قريب محرم لأن مصلحة الولد تقتضي بقاءه مع والده بدلا من زوج أمه وأن مصلحة المحضون الواردة في نص المادة 66 من قانون الأسرة المذكورة الواجب على القاضي مراعاتها تعود على السبب الثاني الخاص بالتنازل وليس بالسبب الأول الذي حكم القانون بشأنه بالسقوط بمجرد تو افره دون حاجة للتدليل عليه وتكون بذلك المصلحة مفترضة بنص القانون لا بتقدير القاضي مما يجعل الوجهين سديدين. ويتعين معه نقض القرار.

ح – سقوط الحضانة بسبب بعد المسافة: تنص المادة 69 من قانون الأسرة على أنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

---

[284] – قرار المحكمة العليا رقم: 341320، بتاريخ: 2005/07/13، نشرة القضاة، عدد 62، 2008، ص 385.

[285] – قرار المحكمة العليا رقم: 693936، بتاريخ: 2012/09/13، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2013، ص 253.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى مسألة الانتقال بالمحضون ومكان ممارسة الحضانة إذا تعلق الأمر ببعد المسافة داخل التراب الوطني، تاركا الأمر لسلطة القاضي التقديرية، في حين نصت المادة المذكورة سلفا عن ممارسة الحضانة خارج التراب الوطني، باعتماد القاضي على مصلحة المحضون.

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2001/12/26: "تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر".[286]

التعليق: عن الأوجه الثاني والثالث والرابع: لكن وحيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الاستئناف أسسوا قرارهم على أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القانون في المادة 69 من قانون الأسرة حتى ولو لم تذكر هذه المادة نصا في القرار فإن معناها يستنتج من الأسباب وذلك كون رعاية الأبناء وتربيتهم بالمراقبة عن طريق الزيارة تكون للأب غير أن بعد المسافة بين إقامة الأب والحاضنة لا يمكّن الأب من القيام بمسؤوليته خاصة وأن الحاضنة تقيم في بلد أجنبي مما يفقد حق الأب في الزيارة والمراقبة وهذا يؤدي إلى حرمانه من العطف والحنان على الأبناء المحضونين هذه أسس سليمة وأسباب كافية تجعل القرار سليما في قضائه والأوجه غير مؤسسة الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1995/11/21: "إن إقامة الأم بالخارج سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب، لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة".[287]

التعليق: عن الأوجه مجتمعة: حيث أن القرار المطعون فيه بالنقض قد التزم بما فصلت فيه المحكمة العليا ليوم 1991/02/20 فيما يخص حضانة الأولاد موضوع النزاع بعد إحالة القضية عليه بعد النقض. وحيث أن من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وق.أ يعود إلى أن الأم تقيم بفرنسا والأب يقيم بالجزائر ويتعذر في هذه الحالة على الأب الإشراف على أولاده المقيمين مع أمهم وكذا حقه في الزيارة لبعد المسافة. وحيث أن الأوجه المثارة غير مقبولة يتعين معه رفض الطعن.

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2005/10/12: "من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون، وأن إسنادها للأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي".[288]

التعليق: عن الوجه الوحيد: المأخوذ من مخالفة المادة 62 من ق.أ وأحكام الشريعة الإسلامية. بدعوى أن قضاة الموضوع أسندوا حضانة الأبناء لأم تقيم في بلد أجنبي وأخذتهم معها قبل مباشرة الدعوى الحالية ومن المقرر قانونا وشرعا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعي فيه مصلحة المحضون للقيام بتربيته على دين أبيه ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما فصل يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون ويستوجب معه نقض القرار المطعون فيه. حيث بالفعل بالاطلاع على أن القرار المطعون فيه يتبين منه أن قضاة الموضوع أسندوا حضانة الأبناء إلى الأم (المطعون ضدها) رغم إقرارهم وأنها تسكن

---

[286] – قرار المحكمة العليا رقم: 273526، بتاريخ: 2001/12/26، المجلة القضائية، عدد 01، 2004، ص 264.

[287] – قرار المحكمة العليا رقم: 111048، بتاريخ: 1995/11/21، نشرة القضاة، عدد 52، ص 102.

[288] – قرار المحكمة العليا رقم: 334543، بتاريخ: 2005/10/12، نشرة القضاة، عدد 62، 2008، ص 381.

بفرنسا. وحيث من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون لوحده وأن إسنادها لأم ثبت وأنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم الذي له حق الرقابة والزيارة والتربية على دينه يتعارض مع المبدأ الذي أقرته المادة 62 من ق.أ والاجتهاد القضائي وبفصل قضاة الموضوع كما فعلوا يكونون فعلا أخطئوا في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي المعمول به، مما يترتب على ذلك نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الحضانة.

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2018/06/06: "لا يسقط حق الأم في الحضانة، بمجرد السفر والتردد على الخارج، لأن مناط السقوط ليس العمل أو الدراسة أو السفر المشروع المتكرر وإنما الضياع والإهمال المترتب على ذلك السفر. يمكن للم الحاضنة إشراك من تثق فيهم من الأقارب لرعاية المحضون، دون أن تكون ملازمة له لمباشرة شؤونه".[289]

التعليق: عن الوجه الأول: المأخوذ من قصور التسبيب. وتنعى فيه الطاعنة على القرار بالقول أن قضاة الموضوع اسقطوا عنها الحضانة وأسندوها للأب استنادا لنص المادتين 62 و67 من قانون الأسرة على أساس أنها تخلت عن التزاماتها بتركها الابن المحضون في رعاية جدته في حين أنها لم تتخل عن واجبها تجاه ابنها وان سفرها للخارج باعتبارها مهندسة معمارية لأجل الدراسة وضمان مستقبلها ومستقبل الابن لا يعد مسقطا للحضانة وأن قضاة المجلس لم يتأكدوا من وجود الطفل في حضنها من عدمه كونها لا تزال حاضنة وساهرة على رعاية وتربية ابنها.حيث إن البيّن من الحكم المستأنف والقرار محل الطعن أن قضاة الموضوع انتهوا إلى إسقاط الحضانة عن الأم الطاعنة استنادا إلى سفرها المستمر إلى باريس وقضائها فترات طويلة تتخللها فترات قصيرة تتواجد خلالها بأرض الوطن واستدلوا على ذلك بجدول رصد حركة تردد الطاعنة على مطار هواري بومدين وما تبين منه أن سفرها لباريس كان بصفة مستمرة يتخللها فترة دخول إلى الجزائر وقضاء مدة أقصاها لا تتجاوز شهر ثم العودة إلى مغادرة التراب الوطني واستنتجوا من ذلك عدم ممارستها للحضانة الفعلية وعدم تحقق الغاية من الحضانة وحرمان الابن من حنان والدته ومن الرعاية اللازمة له. حيث إن الحضانة إذا كانت هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا فإنه ليس معنى ذلك ملازمة الحاضنة للولد ومباشرتها لشؤونه بنفسها فقط وعدم مفارقتها إياه و إنما يمكنها إشراك غيرها معها ممن تثق فيهم من الأقارب في ذلك كالجدة وهي ممن نصت المادة 64 من قانون الأسرة على استحقاقها للحضانة في حالة قيام الشرط ومن ثم فلا يسقط حق الأم في الحضانة لمجرد السفر والتردد على الخارج لأن مناط السقوط ليس العمل أو الدراسة أو السفر المشروع المتكرر للخارج و إنما هو الضياع والإهمال فإذا ما ترتب عن ذلك السفر مثلا مرض الابن أو رسوبه في دراسته أو جنوحه فإنه يكون حينها محلا لسقوط الحضانة عن الحاضنة كونها في هذه الحالة لم تصبح أهلا للحضانة وأن قضاة الموضوع باعتمادهم على مجرد السفر المتكرر للحاضنة دون إبراز ما ترتب عن ذلك من ضياع وإهمال للولد قد أخطئوا في تطبيق القانون وجاء قرارهم مشوبا بقصور التسبيب ومنعدم الأساس القانوني مما يجعل الوجه سديدا ويتعين معه نقض القرار.

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2008/03/12: "يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم".[290]

---

[289] – قرار المحكمة العليا رقم: 1365504، بتاريخ: 2018/03/06، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2018، ص 85.

[290] – قرار المحكمة العليا رقم: 426431، بتاريخ: 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2008، ص 271.

التعليق: لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن الأم أولى بحضانة أبنائها وأن مصلحتهم تقتضي بقائهم عندها بفرنسا لأنهم يدرسون هناك كما هو ثابت من الشهادات المدرسية. وحيث أن هذا التسبيب كاف ما دامت مراعاة مصلحة المحضونين تكون في المقام الأول عند إسناد حضانتهم كما تنص على ذلك المادة 64 من قانون الأسرة. وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه.

كما لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني، إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي.[291] إذا كانت ممارسة الحضانة خارج التراب الوطني غير جائزة ويتعين معها إسقاطها، إذا أدى ذلك إلى الإضرار بمصلحة المحضون وإلى عدم إمكانية الأب من ممارسة حقه في المراقبة والزيارة؛ فإن ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني حتى مع بعد المسافة يكون جائزا؛ المر الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي، بأخذ مصلحة المحضون فوق كل اعتبار.

– جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2012/04/12: "طبقا لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة، فإنه يراعي في إسناد الحضانة في كل الأحوال مصلحة المحضون، ولما تبين من القرار المطعون فيه أن الطاعن يهدف من وراء دعواه، إسقاط حضانة البنت المحضونة على أمها التي انتقلت من مدينة وهران إلى مدينة مجاجة ببرج بوعريريج على أساس أن بعد المسافة يحول دون ممارسة الأب حق الرقابة طبقا لأحكام المادة 62 من قانون الأسرة، فإن ذلك لا يسقط عنها الحضانة، لكونها أولى بحضانة ابنتها طبقا لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة، ولأن مصلحة المحضونة تكمن في بقائها مع أمها، وأن ما ينطبق بسبب بعد المسافة على الأب، ينطبق على الأم، وبقضائهم برفض دعوى الطاعن، سببوا قرارهم تسبيبا كافيا وأعطوه الأساس القانوني، مما يستوجب رفض القرار المطعون فيه".[292]

ط – **عودة الحضانة إلى مستحقيها:** نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أنه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري". بمعنى أن السبب غير الاختياري في سقوط الحضانة، وليس للحاضن أي إرادة في سقوطها، يمكن أن يعيد هذا الحق بعد زواله؛ وقد يكون هذا السبب قانونيا حسب المواد التي تضمنت أسباب سقوط الحضانة، أو أن يكون شرعيا كمرض الحاضنة أو عدم وجود مسكن لحضانة المحضون.

– جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1990/02/05: "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. لما كان من الثابت –في قضية الحال– أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإن

---

[291] – قرار المحكمة العليا رقم: 282033، بتاريخ: 2002/05/08، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2004، ص 363.

[292] – قرار المحكمة العليا رقم: 675935، بتاريخ: 2012/04/12، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث للمحكمة العليا، غير منشور. أشارت إليه: غضبان مبروكة، المرجع السابق، ص 129.

المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا يكون قد خالف القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[293]

التعليق: عن الوجه الوحيد: بالرجوع إلى القرار المنتقد موضوع الطعن والمادة 71 من ق. الأسرة كأساس للطعن بالنقض، نلاحظ أن قضاة الموضوع قد فسروا المادة 71 من ق.أ تفسيرا سيئا، إذ أن الأم المحكوم لها بالحضانة في الدرجتين كان لها حق الحضانة، غير أنه سقط بزواجها من أجنبي، ومن المعروف في جميع الشرائع أن الزواج يكون بالرضا والاختيار وأنها لم تكن مجبرة على الزواج، وبزواجها أسقطت حقها في الحضانة لابنتها (ت) و(م) باختيارها للزواج بأجنبي، وان المادة 71 من ق.أ صريحة واضحة لا تحتاج تأويل أو اجتهاد لأنه لا اجتهاد مع صراحة النص، إذ نصت المادة المشار إليها أعلاه بأن حق الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، أما وأن الأم قد أسقطت حقها بتزوجها بأجنبي باختيارها دون إكراه مادي، لذا فإن القرار المنتقد أسس على فهم لا يتماشى والمادة 71 من ق.أ، الأمر الذي يستوجب نقضه ورفض الطعن.

– جاء في قرار للمحكمة العليا مؤرخ في 2017/04/05: "يعود الحق في الحضانة، إذا زال سبب السقوط غير الاختياري. يعدّ سقوطا اضطراريا غير اختياري: المرض، العجز المؤقت، أو الإقامة في الخارج لسبب مشروع".[294]

التعليق: لكن حيث أن المادة 71 من قانون الأسرة تنص على أن الحق في الحضانة يعود إلى من كان له الحق فيها إذا زال سبب السقوط غير الاختياري، و أنه مما يعد سقوطا اضطراريا غير اختياري، المرض أو العجز المؤقت أو الإقامة في الخارج لسبب مشروع، ولما كان البين من القرار محل الطعن أن قضاة المجلس أجروا تحقيقا بشأن سبب سقوط الحضانة عن المطعون ضدها ومنحها للطاعن بموجب القرار المؤرخ في 2013/01/23 و أثبتوا في حيثيات قرارهم أن الطاعنة كانت متواجدة بفرنسا بعد قرار الطلاق الصادر عن مجلس تيارت واستنبطوا من ذلك قرينة اضطرارها للعودة إلى فرنسا مؤقتا و انتهوا إلى أنه من حقها استعادة حقها في حضانة البنت بعد العودة النهائية لأرض الوطن و انتهاء مدة صلاحية بطاقة الإقامة المؤقتة فإنهم يكونون بذلك قد طبقوا صحيح القانون وسببوه التسبيب الكافي لأن لقضاة الموضوع السلطة المطلقة في استنباط القرائن من وقائع الدعوى وتصريحات الشهود والوراق المقدمة واستخلاص ما يرونه سائغا يشكل سقوطا اضطراريا مما الوجهين غير سديدين وغير مؤسسين ويتعين معه رفض الطعن.

أما لو كان سبب سقوط الحضانة بناء على رغبة وإرادة الحاضن الاختيارية، وكان هذا السقوط إثر تنازله طوعيا، أو ناتجا عن تهاونه وإهماله لحقّه في طلب الحضانة في مدة تتجاوز سنة كاملة، وبدون مبرر شرعي، فإن حق الحضانة لا يعود إليه مطلقا بعد سقوطه.

– جاء في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1989/03/27: "من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية. لما كان من الثابت – في قضية الحال– أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا

---

[293] – قرار المحكمة العليا رقم: 58812، بتاريخ: 1990/02/05، المجلة القضائية، عدد 04، 1992، ص 58.

[294] – قرار المحكمة العليا رقم: 1067582، بتاريخ: 2017/04/05، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2017، ص 153.

بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة".[295]

التعليق: فيما يخص الوجه الثالث: حيث أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها وأنها لم يرغمها أحد على ذلك، وأنه من المنصوص عليه فقها وقانونا والمعمول به قضاء أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود لها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد إليها. وحيث أن القرار المطعون فيه قبل طلبها وأعاد إليها الحضانة فغنه خالف ما ذكروعرض بذلك قراره للنقض دون إحالة.

سابعا – أجرة الحضانة

يتفرع عن الخلاف الحاصل حول تكييف الحضانة كونها حق للحاضنة أو للمحضون، الخلاف ذاته حول استحقاق الأجرة عن ممارسة الحضانة؛ والحاضنة إما أن تكون أما في عصمة الزوج، أو في عدته طلاق رجعي، أو في عدته من طلاق بائن، أو غير أم. ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن الحاضنة تستحق أجرة الحضانة، سواء كانت الحاضنة الأم أو غيرها، وتكون من مال المحضون إن كان له مال، فإن لم يكن له مال ففي مال من تجب عليه نفقته.

– ذهب الحنفية إلى أن المرأة لها أجرة على الحضانة إن لم تكن الزوجية قائمة لاستحقاقها النفقة، وكذلك لو كانت معتدة من طلاق رجعي، فالزوجية قائمة حكما أيضا. وأما المبتوتة ففيها روايتين: رواية لا يجوز لها أخذ أجرة الحضانة كونها مستحقة للنفقة والسكنى، ورواية لا يجوز لها ذلك كونها صارت أجنبية لزوال عقد النكاح. فإذا كانت المرأة غير أم المحضون أو إذا كانت أما غير متزوجة بوالد الصغير، ولا معتدة له فإنها تستحق أجرة على حضانتها.[296]

– وذهب الشافعية[297] والحنابلة[298] إلى أن الحاضنة لها الحق في طلب أجرة على الحضانة، سواء أكانت الحاضنة أما أم غيرها، وسواء أكانت زوجة لأبيه، أو بائنا منه، لأن الحضانة غير واجبة على الأم.

– أما المالكية فذهبوا إلى القول بأن الأم لا تستحق أجرة الحضانة، سواء كانت أما أو غيرها، وسواء أكانت فقيرة أم غنية.[299]

---

[295] – قرار المجلس الأعلى رقم: 53340، بتاريخ: 1989/03/27، المجلة القضائية، عدد 01، 2004، ص 85.

[296] – ابن عابدين محمد أمين، حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار)، ج5، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003، ص 255.

[297] – أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي، حواشي تحفة المنهاج بشرح المنهاج، ج8، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1938، ص 353.

[298] – شمس الدين محمد بن مفلح، كتاب الفروع، ج9، ط1، بيروت، لبنان، 2003، ص 242.

[299] – ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، المقدمات الممهدات، ج1، ط1، درا الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1988، ص 570.

وأما المشرع الجزائري فإنه لم يتطرق إلى مسألة أجرة الحضانة، وبالرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة، صدر بعض الاجتهاد القضائي الذي قضى برأي المالكية، على أن الحاضنة لا تستحق أجرة على ممارسة الحضانة، باعتبارها واجبة عليها، وباعتبار الحضانة حق للمحضون؛ حيث جاء في القرار المؤرخ في 1985/04/08: "فإنه حقا أن الحاضنة لا تستحق أجرا على الحضانة والمجلس إذ وافق على الحكم الذي جعل على الأب 500 دج يدفعها كأجرة للحاضنة على الحضانة هو على خلاف الشرع ومخالف لما يجري عليه العمل القضائي مما يعرض قراره في الجانب أيضا".[300]

- جاء في قرار صادر بتاريخ 2006/04/12: "...وذلك لأن الحكم بأجرة شهرية للحاضنة مقابل سهرها وقيامها بحضانة أولادها وال ين أسندت حضانتهم لها –لا يعد مخالفة جوهرية في الإجراءات– لأن قيام الحاضنة بهذه المهمة في بلد أجنبي بما يحتوي عليه من تقاليد وصعوبة في الحياة ليس نفس المهمة إذا أسندت لها وهي في موطنها، فتخصيص نفقة أو أجرة للحاضنة مقابل قيامها (حضانة أولادها في بلد أجنبي) لا تعد مخالفة لقاعدة جوهرية حتى وإن القانون الجزائري لا ينص عليها، ومع ذلك فهي تشجع ودفع الحاضنة للقيام بمحضونها بكل ما تملكه من جهد، مما يجعل القرار الأجنبي محل الخلاف لا يتعارض والسيادة الوطنية أو القيم الوطنية".[301]

ثامنا – الحق في زيارة المحضون

نصت المادة 64 من قانون الأسرة على أنه: "...وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"؛ فإذا حكم القاضي بالطلاق بين الزوجين وإسناد حضانة الأولاد لمن له الحق في الحضانة، ويعبر عنها بحق الرؤية أو المشاهدة حسب الترتيب، عليه أن يحكم بحق الزيارة للطرف الآخر لمرات معينة وأوقات وأماكن محددة من تلقاء نفسه. وإن كان المشرع الجزائري لم يحدد المدة التي يستغرقها المستفيد من ممارسة حق الزيارة، والأماكن المخصصة لها، وإن كان المشرع منح السلطة التقديرية للقاضي، مع مراعاة مصلحة المحضون؛ غير أن القضاء استقر على أن حق الزيارة تمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية.

– جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/04/16: "متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فغنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم. ومن ثم فإن القرار المطعون

[300] – قرار المجلس الأعلى رقم: 35912، بتاريخ: 1985/04/08، المجلة القضائية، عدد 01، 1989، ص 89.

[301] – قرار المحكمة العليا رقم: 355718، بتاريخ: 2006/04/12، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2006، ص 477.

فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[302]

التعليق: حيث انه من المعلوم أن المادة 64 من قانون الأسرة أوجبت على القاضي حين يقضي بإسناد حضانة البناء إلى أمهم أن يمنح للأب حق الزيارة بان يتفقد أبناءه ويرا اقبهم ويحميهم من أي خطر يراه محدقا بهم، وهذه الحماية تتطلب أن يكون قريبا منهم وكان على القاضي أن يرتب زيارة مرنة تقتضيها حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، وعليه فإن هذا الوجه مؤسس ويتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

– جاء في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/12/15: "من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة. ومتى تبين –في قضية الحال– أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محددة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[303]

التعليق: عن الوجه الثاني: المأخوذ من قصور الأسباب. بدعوى أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها والذي لا يصح شرعا لأنها أصبحت أجنبية عنه. حيث أنه بالفعل لا يصح شرعا تحديد ممارسة حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها لأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو لساعات محدودة. وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار.

– وما استقر عليه القضاء أنه على من كان له الولد أن يضيق أو يقيد أو يراقب الطرف الآخر الذي له حق ممارسة الزيارة، بأن لا يشترط أن تكون الزيارة داخل مقر الزوجية؛ حيث صدر في هذا الشأن قرار من المحكمة العليا بتاريخ 1990/04/30: "من المستقر عليه فقها وقضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون فزيارة الأب أو الأم لولدها حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتيها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع. ومتى كذلك استوجب نقض القرار المطعونة فيه".[304]

التعليق: القاضي ملزم في حكمه بهذا المبدأ أن يحكم بالحق ولا ينظر ما بعد ذلك من أمور مفترضة، إذا فالزيارة في القضية حكم بها للطاعنة وقيدت بان تكون ببيت مطلقها ولا تخرج بالبنت من مدينة تازمالت، وفي هذا

---

[302] – قرار المحكمة العليا رقم: 59784، بتاريخ: 1990/04/16، المجلة القضائية، عدد 04، 1991، ص 126.

[303] – قرار المحكمة العليا رقم: 214290، بتاريخ: 1998/12/15، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 194.

[304] – قرار المحكمة العليا رقم: 79891، بتاريخ: 1990/04/30، المجلة القضائية، عدد 01، 1992، ص 55.

تضييق وتقييد لحق وجه يخرج الزيارة من معناها الشرعي وهذا لا يهم غرفة الأحوال الشخصية أنه ليس هو الذي غير الطعن ولكن الطعن يتعلق بتغيير مكان الزيارة والأم فيه على حق تأخذ ابنتها مدة الزيارة أينما تريد في أي بلد تختارها، أما فرض الإقامة المحروسة عليها ببلدة تازمالت وبيت الأب فهذا يخالف الشرع وفيه خرق للقانون وحد من حرية الأشخاص، وإذا كانت الحضانة نفسها قابلة للمراجعة، فمن الضروري أن تكون الزيارة تتقدم عليها في التعديل وتغيير مكان مباشرتها.

قد تثير أوقات الزيارة بعض الإشكالات من حيث المدة أو عدد المرات، وهنا أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال تحديد هذه المدة وعدد المرات، حيث تبنى هذه السلطة التقديرية على مصلحة المحضون؛ خصوصا حينما يتعلق الأمر باختلاف سن المحضون، وتبعا لاختلاف الزمان والمكان، وعليه تبقى الزيارة حق غير مقيدة أو مرتبطة بمدة معينة.

– صدر قرار المحكمة العليا بتاريخ 2006/01/04: "زيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره، حق له وغير مرتبطة بسن معينة".[305]

معلوم أن حق الزيارة لا يقتصر فقط على أطراف النزاع حول الحضانة، بل يمتد إلى كل من له قرابة بالطفل المحضون.

– جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/04/21: "من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا".[306]

– وفي قرار ثاني صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1969/10/08: "من حق الأجداد استقبال أحفادهم لزمن محدد، خلال السنة دون المساس بحقوق الشخص القائم على السلطة الأبوية، وبما يتفق مع مصلحة الطفل".[307]

– وجاء في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2018/06/06: "يؤول حق رؤية الأحفاد للأجداد ويستمدون هذا الحق من الابن أو البنت، في حالة غيابهما أو وفاتهما، كون الولد بحاجة إلى رعاية وحنان الجد والجدة".[308]

– كما خولت المحكمة العليا للخالة حق الزيارة باعتبارها صاحبة المرتبة الثالثة بالنسبة للحاضنين، حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 2001/01/23: "للخالة حق الزيارة لأن

---

[305] – قرار المحكمة العليا رقم: 350942، بتاريخ: 2006/01/04، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2006، 455.

[306] – قرار المحكمة العليا رقم: 189181، بتاريخ: 1998/04/21، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 192.

[307] – قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ: 1969/10/08، غرفة الأحوال الشخصية، 1969، ص 327. أشار إليه: بن عامر يزيد، زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي بتيبازة، المجلد 03، العدد 06، 2019، ص 157.

[308] – قرار المحكمة العليا رقم: 1272554، بتاريخ: 2018/06/06، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2018، ص 89.

القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون حقوق الحضانة ومتى كان كذلك فإن لها الحق في الزيارة مما يجعل القرار المطعون فيه قد وفق فيما قضى".[309]

قد يمتنع الحاضن عن تسليم المحضون لمن له الحق في الزيارة، أو عدم إرجاعه، أو خطفه، أو حتى في حالة السفر به خارج مكان ممارسة الحضانة، وكون الحق في ممارسة الزيارة من النظام العام ومن الحقوق التي حماها القانون، رتب المشرع الجنائي عقوبات جزائية على من يخل بهذا الحق ضمن قانون العقوبات، لا سيما المواد (327 و328)، تحت مسمى خطف القصر وعدم تسليمهم.[310]

المحاضرة السادسة: النزاع حول متاع البيت

يعتبر النزاع حول متاع البيت، من الأمور الخطيرة التي تترتب عن آثار الطلاق، فهي أشد الأمور خصاما، وأكثرها تعقيدا بالنسبة للمطلقين بسبب الاختلاف عن ملكية المتاع. يعرف متاع البيت اصطلاحا على أنه: "كل ما يوجد ببيت الزوجية مما ينتفع به في المعيشة سواء كان من الجهاز، أو من أدوات منزلية جدت بعد الزفاف".[311]

اعتبر المشرع الجزائري النزاع في متاع البيت من آثار الطلاق، وأفرد هذه المسألة بمادة واحدة ووحيدة في الفصل الثاني من باب انحلال الزواج؛ حيث نص في المادة 73 من قانون الأسرة على أنّه: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء. والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

قد تثير المنازعة في متاع البيت الإشكالات التالية:

أولا – المنازعة في شيء ينكر وجوده أصلا مع عدم البينة

بأن يدعي أحد الزوجين ملكيته لمتاع البيت دون أن يملك بينة، وينكر الزوج الآخر وجود المدعى به أصلا؛ كأن تدعي الزوجة تركها لمصوغ وأثاث لها بالبيت وليس لها دليل، وينكر الزوج وجود المصوغ والأثاث أصلا. في مثل هذه الحالة لا توجه اليمين المنصوص عليها في المادة 73 من قانون الأسرة للمدعي فيما ادعاه، لعدم وجود الشيء ومشاهدته، وإنما يحتكم فيه إلى القواعد العامة في

---

[309] – قرار المحكمة العليا رقم: 258479، بتاريخ: 2001/01/23، المجلة القضائية، عدد 02، 2001، ص 300.

[310] – تنص المادة 237 على أنه: "كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات". وتنص المادة 328 على أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20000 إلى 100000 دينار، الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضع فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف". القانون رقم: 06-23 المؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1427 الموافق 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم: 66-156، المتضمن قانون العقوبات. الجريدة الرسمية عدد 84، بتاريخ: 2006/12/24، ص 11.

[311] – محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام –دراسة مقارنة–، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص 434.

الإثبات (البينة على من ادّعى واليمين على أنكر).[312] وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 1999/03/16: "من المقرر قانونا أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبق القاعدة العامة في الإثبات ((البينة على من ادّعى واليمين على أنكر)). ومتى تبين –في قضية الحال– أن المدّعى عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى في الحال دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعى عليه خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني".[313]

– وجاء في قرار ثاني صادر عن المجلس بتاريخ 1988/07/18: "متى كان مقررا شرعا أن البينة على من ادّعى واليمين على من أنكر، ومن ثم فإن ادعاء الزوج أن زوجته أخذت مصوغها وأثاثها وملابسها يصير مكلفا بإثبات دعواه، فإن عجز فالقول للزوجة مع يمينها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية. لما كان من الثابت –في قضية الحال– أن الخلاف حول متاع البيت لم يكن حول وجوده بمنزل الزوجية، بل كان حول ادعاء الزوج أن الزوجة أخذته معها، فإن قضاة الموضوع حينما عكسوا الأمر ووجهوا اليمين للزوج وهو مدع وتلقوها منه مباشرة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[314]

التعليق: فيما يخص السببين معا: متاع البيت الموجود ببيت الزوجية المشاهد منه إن وقع الخلاف عليه بين الزوجين ولا بينة منهما على شيء منه يعمل من شأنه ما هو منصوص عليه فقها من أنه يفرق فيه بين ما هو من خصائص النساء وما هو من خصائص الرجال وما يستعمل من كليهما ولكل حالة من الأحوال الثلاث حكم خاص بها فالمرأة تحلف على ما يصلح لها وتأخذه وللرجل كذلك، وما يصلح لهما معا يحلف كل منهما ويقسم بينهما وهذا إذا كان المتاع موجودا بالبيت الزوجي غير مختلف على وجوده به فإن لم يكن كذلك بأن ادعى الزوج أن زوجته أخذت أموره، وهذه تنفي ذلك كما هو أمر الزوجين في القضية فإنه لا سبيل للحكم فيه من اللجوء إلى تطبيق: قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر. الزوج المطعون ضده يدعي أن زوجته أخذت مصوغها و أثاثها وملابسها وصار بذلك مكلفا بإثبات دعواه فإن عجز فالزوجة تحلف ويحكم لها بما طلبت وقضاة القرار المطعون فيه حينما عكسوا الأمر ووجهوا اليمين للزوج وهو مدع وتلقوها منه مباشرة فإنهم خالفوا القواعد الشرعية حول من توجه اليمين إليه وانتهكوا النصوص الشرعية أيضا والمعمول به قضاء البينة لماك أداء اليمين الأمر الذي يعرض قرارهم للنقض.

---

[312] – عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة1، المجلد4، العدد1، 2002، ص 261 و262.

[313] – قرار المحكمة العليا رقم: 216836، بتاريخ 1999/03/16، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 245.

[314] – قرار المجلس الأعلى رقم: 50075، بتاريخ: 1988/07/18، المجلة القضائية، عدد 04، 1990، ص 64.

ثانيا – المنازعة في شيء موجود مع وجود البينة

وهي الحالة التي يكون فيها الشيء المتنازع عليه موجودا وتكون البينة قائمة. حكم لمن كانت له البينة، حتى ولو كان المدعى به من أحد الطرفين من المعهود بالطرف الآخر؛ كأن تدعي المرأة ملكيتها لمتاع معهود للرجال، أو يدعي الرجل ملكيته لمتاع معهود للنساء، مع وجود بينة تعزز ادعاءه.[315]

ثالثا – المنازعة في شيء موجود مع انعدام البينة

وهي الحالة المقصود في نص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء. [فالأشياء المتنازع فيها بحكم طبيعتها للنساء، وادعت المطلقة أو ورثتها أن المتاع هو ملك لها، ولا الطرفان وجود المتاع، توجه اليمين للمرأة مقابل الحكم لها بما ادّعته]؛ حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1986/01/27: "إذا اختلف الزوجان على متاع البيت وكان مما يصلح عادة للنساء يقضى بما تطلبه الزوجة بعد تحليفها اليمين. ومتى قضى بخلاف هذا الحكم الشرعي اعتبر خرقا لما قرره في هذا الشأن".[316]

التعليق: عن الوجه الثاني والثالث: من المعروف فقها حول اختلاف الزوجين في متاع البيت أن ما يخص النساء للنساء وما يخص الرجال للرجال ولما كان موضوع النزاع خاص بالنساء كانت اليمين على الزوجة وهذا الخرق لقاعدة الإثبات في الشريعة الإسلامية يؤدي إلى نقض القرار المنتقد حيث أن رأي النيابة العامة يوافق على نقض القرار المطعون فيه حسب التماساتها المكتوبة.

– جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1992/03/17: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، عملا بأحكام المادة 73 من ق.أ، وهو ما ينبغي تطبيقه في قضية الحال، فكان على قضاة الموضوع أن يوجهوا اليمين إلى الزوجة فيما يخص مصوغها على أنها تركته في بيت الزوجية".[317]

التعليق: عن الوجه الأول: حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أنه غير مسبب تسبيبا كافيا. حيث أن الزوجة المطلقة طلبت الحكم على مطلقها بإعطائها مصوغها الذي تركته في بيت الزوجية عند خروجها منه، وقد جاء في حيثيات القرار ما يلي (وحيث انه فيما يتعلق بالمصوغ فإن المستأنفة لم تقدم ما يثبت أنها تركته في بيت الزوجية وأن المادة 73 تطبق عند وجود المتاع لا عند عدمه وهذا ما أقره المجلس الأعلى في قراره رقم 47827 بتاريخ 1988/02/01 فإن طلب المستأنفة غير مؤسس ويتعين رفضه. حيث أن مثل هذا التعليل لا يمكن قبوله ذلك أن المدعية في الطعن لو أنها أتت بالدليل لما احتاج الأمر إلى توجيه اليمين لا للزوجة المطلقة ولا للمطلق.

---

[315] – عبد السلام عبد القادر، المرجع السابق، ص 270 و271.

[316] – قرار المجلس الأعلى رقم: 39775، بتاريخ 1986/01/27، المجلة القضائية، عدد 01، 1989، ص 108.

[317] – قرار المحكمة العليا رقم: 81455، بتاريخ: 1992/03/17، نشرة القضاة، عدد 50، 1997، ص 75.

وحيث انه بالرجوع إلى المادة 73 من ق.أ يتبين أن نصها صريح لا يحتمل اللبس (إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال) وهو ما ينبغي تطبيقه في قضية الحال فكان على قضاة الموضوع أن يوجهوا اليمين إلى الزوجة فيما يخص مصوغها على أنها تركته في بيت الزوجية عند خروجها منه طبقا لمتطلبات المادة 73 من ق.أ. وحيث أنهم لم يفعلوا فإنهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون وخاصة المادة 73 السالفة الذكر قد يجعل هذا الوجه في مجموعه مؤسس ويتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون حاجة إلى مناقشة الوجه الباقي، مما يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. [فالأشياء المتنازع فيها بحكم طبيعتها للرجال، وادعى الرجل أو ورثته ملكية المتاع، ولم يقدموا بينة على ذلك، يحلفون ويحكم لهم بما ادّعوه]؛ حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1987/12/07: "من المقرر شرعا وقانونا أن أثاث البيت مبدئيا هو ملك للزوج، وللزوجة أن تثبت عكس ذلك، ومن المقرر أيضا أن كل شخص لا يحكم عليه بشيء إلا إذا اتخذ موقفا واضحا فيما يطلب منه بالإنكار آو الإقرار، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد مخالفا للقواعد الشرعية والقانونية. لما كان قضاة المجلس – في قضية الحال– حكموا برفض طلب الزوج فيما يخص الأثاث وحكموا للزوجة بالصداق، دون أن يطبقوا في شأنه ما هو منصوص عليه فقها في الأثاث، وخاليا من أقوال الزوج حول الصداق بالإنكار أو الإقرار يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية والقانونية".[318]

التعليق: فيما يخص السبب الثاني: أثاث البيت مبدئيا هو ملك للزوج وللزوجة أن تثبت عكس ذلك والحكم برفض طلب الزوج به دون أن تعرف وضعيته ودون أن تتخذ في شأنه ما هو منصوص عليه فقها المطبق في القضية فيه تقصير في طلب الدليل وحكم بدون سند شرعي كما أنه فيما يخص الصداق الذي تدعي الزوجة أنها لم تقبضه، كل شخص لا يحكم عليه بشيء إلا إذا تخذ موقفا واضحا فيما يطلب منه بالإنكار أو بالإقرار والقرار المطعون فيه جاء خاليا من أقوال الزوج حول الصداق فلا هو قد أنكر ولا هو قد أقر ورفض الدفع ومن القواعد الفقهية الجوهرية أنه لا يحكم على الخصم إلا إذا عرف رأيه فيما يطلب منه وأخذت الحجة عليه ومن ثم فالحكم على الطاعن بدفع الصداق غير شرعي.

والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين. أساس هذه المادة العرف؛ حيث جاء العرف إلى جانب الزوجة أو ورثتها فيما تدعيه، أو يدعونه، إذا كان مما هو معهود للنساء مع اليمين، وإلى جانب الزوج أو ورثته فيما يدعيه، أو يدعونه، إذا كان مما هو معهود للرجال مع اليمين.[319]

رابعا – النزاع حول المشتركات من الأثاث بين الزوجين

فيما يخص الأشياء المتنازع فيها بحكم طبيعتها، عملت المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري على حل النزاع القائم بين الطرفين من خلال قسمة المتاع المشترك بينهما بالسوية، حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/03/13: "يتقاسم الزوجان، في حالة النزاع، الأثاث

[318] – قرار المجلس الأعلى رقم: 44858، بتاريخ: 1987/12/07، المجلة القضائية، عدد 04، 1990، ص 50.

[319] – عبد السلام عبد القادر، المرجع السابق، ص 271 و272.

المشترك بينهما مع توجيه اليمين".[320] هنا أخذ المشرع الجزائري برأي الحنابلة وابن القاسم المالكي الذي يجعل المتاع المشترك بين الزوجين قسمة بينهما خلافا للإمام مالك والإمام أبي حنيفة الذي يجعل المتاع المشترك للزوج وحده إلا إذا أثبتت المرأة أنها صاحبة الحق عليه. والقاضي يوجه اليمين لهما معا، أو لأحدهما مع ورثة الأخر، أو لورثتهما معا في حال وفاة الزوجين. على الزوج الذي وجهت له اليمين المتممة وفقا لنص المادة 73 من قانون الأسرة أن يؤديها؛ ويمكن توجيه هذه اليمين في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وليس لمن وجهت له اليمين أن يردها، وإذا حلف يقضى لصالحه، وإذا نكل يخسر المدعي لدعواه.

التعليق: عن الوجه المثار: حيث أن القرار المنتقد فعلا أساء تطبيق القانون وخاصة المادة 73 من قانون الأسرة فيما يخص النزاع الخاص بالأمتعة بين طرفي قضية الحال لكون كل من الطاعنة والمطعون ضده يدعيه لنفسه ويزعم بأنه له أو ساهم في شرائه وكان المفروض إزاء هذا الخلاف وانعدام أي حجة لأي منهما توجيه اليمين للمطلقة في المعتاد للنساء أما المعتاد للرجال فتوجيه اليمين بشأنه للزوج المطعون ضده والمشتركات بينهما يقتسمانها مع يمينهما، وذلك عملا بأحكام المادة 73 بفقرتيها من قانون الأسرة. ولما قضى قضاة الموضوع بخلاف هذا فإن قرارهم المنتقد جاء مخالفا للقانون، الأمر الذي يتعين معه نقضه جزئيا وبالنسبة "للمتاع".

– جاء في قرار ثاني صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1989/01/16: "من المستقر عليه قضاء وشرعا أن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملكا لها اشترته أو هو من جملة صداقها فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للقواعد الشرعية".[321]

التعليق: حول السببين معا: المستدل بهما على طلب النقض وحصرهما في الأثاث: أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين مثل الفراش والغطاء وغرفة النوم وما شابه ذلك من أرائك وزرابي وأواني الطبخ، هو مبدئيا يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها، فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه. وحيث أن الزوج ولئن اعترف ببقاء أمتعة زوجته عنده فأنه استثنى منها أشياء ادعاها لنفسه، غير أن المجلس لم يعتبر استثناءه هذا واعتبر ما استثناه داخلا في أمتعة زوجته وحكم لها بجميع ما طلبت دون أن يطالبها بإقامة البينة على أشياء هي للرجل يأخذها بعد حلفه، وهو الأمر الذي جعل قراره قائما على غير أساس ومخالفا للقواعد الشرعية وغير مسبب بما هو مطلوب فوجب بذلك نقضه في الأثاث الذي استثناه الزوج وإحالة القضية لنفس المجلس للفصل فيه طبقا للقانون.

– وجاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 1989/04/21: "من المقرر قانونا أن المشتركات بين الزوجين في الأمتعة يتقسمانها مع اليمين. ومتى تبين –في قضية الحال– أن القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الأمتعة باستثناء جهاز التلفزة والمقياس

[320] – قرار المحكمة العليا رقم: 277411، بتاريخ 2002/03/13، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2004، ص 359.

[321] – قرار المجلس الأعلى رقم: 52212، بتاريخ: 1989/01/16، المجلة القضائية، عدد 03، 1991، ص 55.

الذهبي والراديو لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل رغم أنها تعتبر من الأمتعة المشتركة قد خالف أحكام المادة 2/73 من ق.أ. مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا".[322]

التعليق: عن الوجه الأول: المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون. بدعوى أن القرار المنتقد قد أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن أمتعتها ومع ذلك فقد استثنى المقياس الذهبي وجهاز التلفزيون والراديو، مخالفا بذلك المادة 73 من قانون الأسرة. حيث انه بالفعل فقد جاء في القرار المنتقد أن الطاعنة لم تقدم الدليل على المقياس الذهبي دون أن يذكر أن المطعون ضده هو الذي قدم الدليل بشأنه وفي حالة إنكاره له عليه أن يؤدي يمين النفي تطبيقا لقاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر، إضافة إلى أن القرار المنتقد قد اعتبر أن جهاز التلفزة والراديو لم تقدم بشأنهما الطاعنة أي دليل مها نهما يعتبران من الأمتعة المشتركة يحلفان بشأنهما مع ويقتسمانهما طبقا للمادة 73 من قانون الأسرة. وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئيا فيما يخص الأمتعة وإحالته لنفس المجلس.

يمكن حل النزاع حول متاع البيت بين الأطراف عن طريق ما يسمى باليمين، وهي تعتبر كطريق للإثبات غير المباشرة؛ أما اليمين التي يوجهها المدعي الذي يعوزه الدليل إلى خصمه تسمى باليمين الحاسمة وهي التي تحسم النزاع بين الخصمين وتضع حدا له، وأما اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصوم لتدعيم اعتقاده واستيفاء ما نقص في الإثبات وعدم كفاية الأدلة، تسمى باليمين المتممة أو المكملة .

– جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/07/09: "من المقرر قانونا أنه في حالة النزاع على الأمتعة بين الزوجين، توجه اليمين الخاصة بالأمتعة للزوجة ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أن النزاع قائم بين الطرفين حول الأمتعة وان الزوج طالب بتوجيه اليمين للزوجة على عدم ترك أمتعتها في البيت الزوجي، فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتوجيه اليمين الحاسمة للزوجة المطلقة التي لا توجه من قبل القضاة، بل بطلب من الأطراف بدل اليمين الخاصة بالأمتعة المنصوص عليها في المادة 73 من قانون الأسرة، فإنهم خرقوا القانون وأخطؤوا في تطبيقه. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[323]

التعليق: وحيث أنه وبعد الاطلاع على ملف القضية، يتبين وأن الحكم المستأنف المؤيد بالقرار المطعون فيه وجه اليمين الحاسمة للزوجة المطلقة، مع أن اليمين لا توجه أصلا من طرف القضاة بل من قبل الأطراف الذين يعنيهم حسم النزاع بهذه اليمين الحاسمة ومن خلال الحكم المستأنف يتبين وأن الزوج لم يطالب بتوجيه اليمين الحاسمة لزوجته، بل طالب بأن توجه إليه اليمين على عدم ترك المطلقة لديه الأمتعة التي تطالب بها، معترفا بقائمة قدمها و أبدى استعداده لرد ما ورد فيها إلى مطلقته، على أن يؤدي اليمين حول ترك غيرها من الأمتعة من طرف الزوجة لديه، فاعتبار قضاة الموضوع اليمين التي وجهوها للزوجة يمينا حاسمة يعد خرقا لحكام المادة 343 من القانون المدني التي تنظم هذه اليمين. كما أن اعتبارهم اليمين الموجهة لها تطبيقا لأحكام المادة 73 من قانون الأسرة يعد خطأ في تطبيق هذه المادة مما يدعو إلى نقض القرار المطعون فيه.

---

[322] – قرار المجلس الأعلى رقم: 189245، بتاريخ: 1989/04/21، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 242.

[323] – قرار المحكمة العليا رقم: 134417، بتاريخ: 1996/07/09، المجلة القضائية، عدد 02، 1998، ص 72.

الخاتمة:

بهذا تمت سلسلة الدروس التي ألقيت على طلبة تخصصي الأحوال الشخصية وقانون الأسرة لعدة دفعات متتالية، من الموسم الجامعي 2016-2017 إلى غاية السنة الجامعية الجـــارية: 2021-2022؛ حيث حاولنا فيها من خلال جمع المادّة العليمة وتوثيقها وضبطها منهجيا وفق مناهج وأدوات الكتابة والبحث العلمي، مستندين على الاجتهادات القضائية لغرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا، نقدًا وتمحيصًا وربطًا بالنصوص القانونية والآراء الفقهية الاجتهادية.

هذا والله نسأل أن يكون هذا العمل العلمي على مستوى الفهم والتقدير والفائدة لعموم من يهمه الأمر، وأن يكون وقفًا علميًّا خالصًا لوجه الله تعالى.

قائمة المصادر والمراجع

أولا – المصادر

أ – القرآن الكريم وعلومه:

– ابن كثير عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، ج1، ط2، دار طيبة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1999.

– الطبري محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، م2، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1994.

– شهاب الدين محمود شكري الألوسي البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، م3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.

– نخبة من العلماء، التفسير الميسر، ط2، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2009.

ب – الحديث الشريف وعلومه:

– ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، صحيح سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، حديث رقم: 1705، م2، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1997.

– البخاري أبو عبد الله محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ط1، دار ابن كثير، بيروت، لبنان، 2002.

– 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.

– الطبراني أبو القاسم سليمان بن أحمد، المعجم الأوسط، ج1، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد أبو معاذ – محسن الحسيني، ط1، دار الحرمين، القاهرة، مصر، 1995.

ج – القواميس والمعاجم:

– إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.

– ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، م1، ب.ط، دار المعارف، القاهرة، ب.س.ن.

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

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

ثانيا – المراجع العامة:

أ – مصادر الفقه الإسلامي

– ابن تيمية أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميرِي مجموع فتاوي شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن القاسم، م32، ب.ط، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 2004.

– ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج5، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003.

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

– أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، ج1، ط1، درا الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1988.

– أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي، حواشي تحفة المنهاج بشرح المنهاج، ج8، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1938.

– الشيرازي أبو إسحاق إبراهيم بن علي، اللمع في أصول الفقه، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985.

– الغزالي أبو حامد محمد بن محمد الغزال الطوسي، المستصفى من علم الأصول، م2، تحقيق أحمد زكي حماد، دار الكتب العلمية، لبنان، 2014.

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

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

– شمس الدين محمد بن مفلح، كتاب الفروع، ج9، ط1، بيروت، لبنان، 2003.

– عبد الله بن محمد المطلق وآخرون، الفقه الميسر، ج8، ط2، مدار الوطن للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2012.

– مالك بن أنس أبي عبد الله بن مالك الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية سحنون، م05، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، مطبعة السعادة، المملكة العربية السعودية، 2002.

– محمد أبو زهرة، أصول الفقه، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1958.

– محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، ج3، ط1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، 1995.

– منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، ب.ط، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1983.

ب – كتب الفقه القانوني

– أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، القسم الأول، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1980.

– أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، ج1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.

– باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر،ب.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.

– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.

– توفيق أبو هاشم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1990.

– جمال الدين يوسف بن حسن بن عبد الهادي المقدسي، سير الحاث إلى علم الطلاق الثلاث، تحقيق وتعليق: محمد بن ناصر العجمي، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط1، 1997.

– حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية – النظرية العامة للقانون–، ب.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.

– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الأردن، 2009.

– عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقا للقانون الكويتي – دراسة مقارنة–، ج1، مطبوعات جامعة الكويت، 1972.

– عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.

– عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية–دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1968.

– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

– عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية –الجزء الأول الزواج–، ط1، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، القاهرة، مصر، 2004.

– عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1989.

- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ب.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1944.
- عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، ب.ط، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 1998.
- عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، ط5، دار المعارف، مصر، 1965.
- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسـرة الجزائـري المعدل بالأمـر 02-05، ب.ط، دار الوعي للنشر والتوزيع، رويبة، الجزائر، 2012.
- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون – القاعدة القانونية-، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- محمد سعيد جعفور، المدخل إلى العلوم القانونية- الوجيز في نظرية القانون، ب.ط، دار هومة، الجزائر، 1999.
- محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991.
- محمد علي عبد الرحمن وفا، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة-، ط1، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2003.
- محمد مصطفى الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1980.
- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام –دراسة مقارنة-، ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983.
- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط7، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، سوريا، 2021.
- 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.
- منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، ب.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
- هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، منشورات جامعة حلب، سوريا، 2003.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر، سوريا، 1985.
- وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج3، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2006.

ثالثا – المراجع الخاصة

– حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي– دراسة قانونية تحليلية مقارنة–، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018.

– عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي: مفهومه – حالاته – نطاقه، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2015.

رابعا – المقالات العلمية (الدوريات)

– إسماعيل محمد البريشي، «الخلع القضائي بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني»، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد 05، العدد 04، 2009.

– أيمن مصطفى الدباغ، «التعسف في الطلاق، (حقيقته، معاييره، حالاته، الجزاء المترتب عليه»، مجلة جامعة الأقصى، (سلسلة العلوم الإنسانية)، م18،ع01، غزة، فلسطين، جانفي 2014.

– بن عامر يزيد، زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي بتيبازة، المجلد 03، العدد 06، 2019.

– بوبشير محند أمقران، «تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 02، 2004.

– خشمون مليكة، «الاجتهاد القضائي في القانون»، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، عدد تجريبي، مارس 2013.

– خمشون مليكة، «الاجتهاد القضائي في القانون»، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، العدد التجريبي، مارس 2013.

– شوقي بناسي، «الإشكالات العملية للخلع في الفقه الإسلامي والمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري»، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيدر، بسكرة، المجلد 12، العدد01، مارس 2019.

– عبد الرحمن اللمتوني، «الاجتهاد القضائي والأمن القانوني»، مجلة الملحق القضائي، المعهد العالي للقضاء، المملكة المغربية، العدد 46، ماي 2014.

– عبد السلام عبد القادر، «النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي»، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة1، م4، عدد1، 2002.

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

– 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، م11، ع01، أفريل 2020.

– عماري نور الدين، «الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائري»، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، العدد 13، جوان 2015.
– محمد عبد النباوي، «تعميم الاجتهاد القضائي مساهمة في خدمة العدالة»، مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، العدد 02، مراكش، المغرب، ماي 2011.
– موسى عبود، «الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي»، مجلة المحاماة، المغرب، العدد 3، جويلية 1969.
– موسى عبود، «الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي»، مجلة المحاماة، المملكة المغربية، العدد 03، جويلية 1969.

خامسا – المذكرات والرسائل العلمية:

أ – رسائل الدكتوراه:

– بوعلالة عمر، دور التقعيد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي –أحكام الأسرة في التشريع الجزائري نموذجا–، رسالة دكتوراه علوم في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران1، 2017–2018.
– غضبان مبروكة، حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017–2018.
– محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008–2009.
– مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، رسالة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصول، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران1، 2014–2015.

ب – مذكرات الماجستير:

– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، جامعة الأردن، 2009.
– توفيق عيسى حامد أبو هاشم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1992.

سادسا – المحاضرات

– حميد شاوش، الأنظمة القانونية المقارنة، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثالثة ل م د، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2017–2018.

عماري ابراهيم، أمالي في قانون الأسرة المقارن، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الأولى ماستر، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة ين بوعلي بالشلف، 2017-2018.

سابعا – النصوص القانونية

– 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.

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

– القانون رقم: 82-04 مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1402 الموافق 13 فبراير سنة 1982 يعدل ويتمم المر رقم: 66-156، المتضمن قانون العقوبات. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 07 بتاريخ 1982/02/16.

– 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 1989/12/13.

– 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.

– القانون رقم: 03-70 المؤرخ في 03 فبراير 2004، بمثابة مدونة الأسرة. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 5184، بتاريخ 2004/02/05.

– 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، عدد15، بتاريخ: 2005/02/27.

– الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم 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.

– القــانون 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.

- القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 21، بتاريخ: 2008/04/23.
- 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.
- القانون رقم: 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46 بتاريخ: 2018/07/29.
- القانون رقم: 15 لسنة 2019، يتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني. الجريدة الرسمية، عدد 5578، بتاريخ: 02 جوان 2019.
- المرسوم الرئاسي رقم: 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020، يتلق بإصدار التعديل الدستوري. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 82 بتاريخ: 2020/12/30.

ثامنا – الأحكام والقرارات القضائية

المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 04، 1984.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 04، 1985.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 1989.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 02، 1989.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 03، 1989.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 04، 1989.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 1990.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 02، 1990.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 03، 1990.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 04، 1990.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 1991.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 03، 1991.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 04، 1991.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 1992.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 02، 1992.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 03، 1992.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 04، 1992.

المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 1993.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 02، 1993.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 04، 1993.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 02، 1994.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 03، 1994.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 1995.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 02، 1995.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 1996.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 1997.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 02، 1997.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 1998.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 1999.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 2000.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 2001.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 02، 2002.
المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 2004.
مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 02، 2004.
مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 2005.
مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 02، 2005.
مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 2006.
مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 02، 2006.
مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 2007.
مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 2008.
مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 02، 2008.
مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 2009.
مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 01، 2010.
مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 02، 2010.
مجلة المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، عدد 01، 2012.
مجلة المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، عدد 02، 2012.

مجلة المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، عدد 01، 2013.
مجلة المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، عدد 02، 2013.
مجلة المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، عدد 01، 2014.
مجلة المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، عدد 01، 2015.
مجلة المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، عدد 01، 2017.
مجلة المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، عدد 02، 2018.
مجلة المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، عدد 02، 2019.
المحكمة العليا، نشرة القضاة، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 02، 1972.
المحكمة العليا، نشرة القضاة، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 44، 1988.
المحكمة العليا، نشرة القضاة، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 47، 1995.
المحكمة العليا، نشرة القضاة، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 49، 1996.
المحكمة العليا، نشرة القضاة، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 50، 1997.
المحكمة العليا، نشرة القضاة، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 51، 1997.
المحكمة العليا، نشرة القضاة، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 52، 1997.
المحكمة العليا، نشرة القضاة، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 54، 1999.
المحكمة العليا، نشرة القضاة، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 55، 1999.
المحكمة العليا، نشرة القضاة، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 61، 2005.
المحكمة العليا، نشرة القضاة، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 61، 2006.
المحكمة العليا، نشرة القضاة، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 62، 2008.
المحكمة العليا، نشرة القضاة، غرفة الأحوال الشخصية، عدد 65، 2010.

تاسعا – المواقع الإلكترونية

– 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 بتاريخ: 2021/08/27، على الساعة: 10:48.

– محمد سليمان الخوالدة، « تعرف على القانون الأنجلوسكسوني»:
https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86_%D8%B9%D8%A7%D9%85: اطلع عليه بتاريخ: 2021/10/05، على الساعة: 19:30.

– 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.

– ـــــــــــــ، «التطليق موضوع مدعم بقرارات المحكمة العليا»: https://elmouhami.com/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B7%D9%84%D9%8A%D9%82%/، اطلع عليه بتاريخ: 2021/10/07، على الساعة: 18:05.

الفهـــــــرس

الموضـــوع الصفحة

مقدّمة:.....01
المحور الأول: ماهية الاجتهاد القضائي.....03
المحاضرة الأولى: مفهوم الاجتهاد القضائي (تعريفه- موقعه بين مصادر القانون- أهميته- ضرورته- شروطه - مجالاته).....03
أولا – تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحا.....03
ثانيا – القضاء لغة واصطلاحا.....04
ثالثا: مكانة الاجتهاد القضائي بين مصادر القانون في الأنظمة القانونية.....07
المحاضرة الثانية: أهمية الاجتهاد القضائي، ضرورته وشروطه.....09
أولا: أهمية الاجتهاد القضائي من الوجهة العملية.....09
ثانيا: ضرورة الاجتهاد القضائي.....11
ثالثا: شروط الاجتهاد الْقضائي.....12
المحاضرة الثالثة: مجال الاجتهاد القضائي ومصادره.....13
أولا – مجال الاجتهاد القضائي عند وجود النص.....14
ثانيا – الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه.....16
المحور الثاني: تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسائل الزواج وآثاره.....18
المحاضرة الأولى: مقدمات عقد الزواج.....18
أولا – حكم العدول عن الخطبة وأثره.....19
ثانيا – التعويض عن الضرر المادي والأدبي بسبب العدول عن الخطبة.....21
ثالثا – اقتران الفاتحة بالخطبة.....23
المحاضرة الثانية: الصـــداق وأثر تخلفه في عقد الزواج.....26
أولا – تعريف المشرع الجزائري للصداق.....26
ثانيا – التكييف القانوني للصداق.....26
ثالثا – مقدار الصداق.....27
رابعا – أنواع الصداق.....27
خامسا – تعجيل الصداق وتأجيله.....27
سادسا – استحقاق الصداق.....28
سابعا – النزاع في الصداق.....33

ثامنا – أثر تخلف الصداق في عقد الزواج.....34
المحاضرة الثالثة: النفقة كأثر من آثار عقد الزواج.....35
أولا – تعريف النفقة.....35
ثانيا – شروط النفقة.....35
ثالثا – تقدير النفقة.....35
رابعا – استحقاق النفقة.....37
خامسا – مراجعة النفقة.....37
سادسا – سقوط النفقة.....38
سابعا – نفقة المطلقة.....40
ثامنا – حكم الامتناع عن تسديد النفقة.....41
المحاضرة الرابعة: النسب كأثر من آثار عقد الزواج.....43
أولا – شروط ثبوت النسب بالفراش في قانون الأسرة.....45
ثانيا – ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي.....47
ثالثا – ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج صحيح.....48
رابعا – إثبات النسب بالإقرار.....49
خامسا – إثبات النسب بالبينة.....51
سادسا – إثبات النسب بالزواج الفاسد وبنكاح الشبهة.....52
سابعا – إثبات النسب بالطرق العلمية.....55
ثامنا – نفي النسب باللعان.....58
المحور الثالث: تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسائل انحلال الزواج وآثاره.....64
المحاضرة الأولى: الطلاق بإرادة الزوج المنفردة.....64
أولا – التعويض عن الطلاق التعسفي.....69
ثانيا – حق المطلقة في المتعة كأساس للتعويض عن الطلاق التعسفي.....73
المحاضرة الثانية: الطلاق بالتراضي.....77
أولا – تعريف الطلاق بالتراضي.....77
ثانيا – إجراءات الطلاق بالتراضي.....79
المحاضرة الثالثة: الخلع كصورة من صور انحلال الزواج.....81
أولا – مفهوم الخلع.....81
ثانيا – الطبيعة القانونية للخلع.....82
المحاضرة الرابعة: التطليق كصورة من صور انحلال الزواج.....87

أولا – مفهوم التطليق.....87
ثانيا – أسباب التطليق.....88
المحاضرة الخامسة: الحضانة كأثر من آثار انحلال الزواج.....99
أولا – مفهوم الحضانة.....99
ثانيا – التكييف الفقهي والقانوني للحضانة.....100
ثالثا – ترتيب الحاضنين وشروطهم.....101
رابعا – مدة الحضانة.....102
خامسا– مكان الحضانة.....102
سادسا – سقوط الحضانة واستيعادها.....104
سابعا – أجرة الحضانة.....117
ثامنا – الحق في زيارة المحضون.....119
المحاضرة السادسة: النزاع حول متاع البيت.....121
أولا – المنازعة في شيء ينكر وجوده أصلا مع عدم البينة.....122
ثانيا – المنازعة في شيء موجود مع وجود البينة.....123
ثالثا – المنازعة في شيء موجود مع انعدام البينة.....123
رابعا – النزاع حول المشتركات من الأثاث بين الزوجين.....125
الخاتمة.....128
قائمة المصادر والمراجع..... 129
الفهـــــرس.....140