

جامعة البليدة -2- لونيبي علي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



رئيس المجلس العلمي للكلية

د / بوشمة خالد

محاضرات في مقياس:

الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة

مقدمة من طرف الدكتورة: رتيبة عياش

لفائدة طلبة السنة الأولى ماستر

تخصص: قانون الأسرة

السنة الجامعية: 2020-2021

جامعة البليدة -2-

لونيبي علي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في مقياس:

الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة

لفائدة طلبة السنة الأولى ماستر

تخصص: قانون الأسرة

السنة الجامعية 2020-2021

مقدمة:

يتعامل القاضي مع النصوص القانونية ويقوم بتطبيقها على الوقائع المعروضة على الوجه الذي يحقق به قصد المشرع، وهذا ما يعرف بالاجتهاد القضائي، الذي يعد ضرورة بالنسبة للقاضي خاصة إذا ما اتسم النص القانوني بغييب من العيوب أوفي حالة عدم وجود نص يمكن تطبيقه على القضية.

وتزداد أهمية هذا الاجتهاد إذا كان مرتبطا بشؤون الأسرة، باعتبارها أساس تكوين المجتمع، حفاظا على استقرارها بما يحقق المقاصد الشرعية أو على الأقل حفظ حقوق أفرادها في بعض الحالات.

ويظهر مما سبق أن الاجتهاد القضائي لا يقل أهمية عن التشريع، لأنه يمثل الجانب التطبيقي له، والاجتهاد القضائي يعد من المصادر الرسمية للقواعد القانونية في الدول الأنجلوسكسونية، على عكس النظم القانونية اللاتينية- والتي تأثر بها المشرع الجزائري- أين يعد الاجتهاد القضائي فيها من المصادر التفسيرية لا من المصادر الرسمية، كما أن الاجتهاد القضائي يتميز بقوة إلزامية من الناحية التطبيقية، بالرغم من عدم إلزاميته من الناحية النظرية إلا بالنسبة للقضايا التي يفصل فيها.

وسبب هذه القوة الإلزامية هو الحرص على الالتزام بنفس الاجتهاد في القضايا المماثلة بما يحفظ استقرار الأحكام القضائية، تطبيقا للمادة 179 من التعديل الدستوري لسنة 2020 التي تنص على أنه: « تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم

يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال المحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية والجهات الأخرى الفاصلة في المواد الإدارية.

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون.

تفصل محكمة التنازع في جميع حالات تنازع الاختصاص بين هيئات القضاء العادي وهيئات القضاء الإداري

يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع، وسيرها واختصاصاتها»¹.

ولكن هذا لا يعني أن الاجتهاد القضائي لا يمكن تغييره، وإنما يمكن ذلك للمصلحة والضرورة، بشرط اجتماع غرف المحكمة العليا، حيث نصت المادة 1/18 من القانون العضوي للمحكمة العليا على ما يلي: "زيادة على الحالة المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 17 أعلاه، تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة، عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر من إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي"².

وبما أن قضايا شؤون الأسرة تعد المجال الخصب للاجتهاد القضائي، كان لا بد من تسليط الضوء على هذا الجانب التطبيقي لقانون الأسرة، لبحث أهم الاجتهادات الصادرة في قضايا الزواج والطلاق.

والإشكال الذي يمكن طرحه بهذا الصدد يتمثل في الآتي: ما مدى توفيق المحكمة العليا في اجتهادها الصادر في المسائل المرتبطة بالزواج والطلاق، وما هي مميزاته؟ سيتم الإجابة على هذا الإشكال من خلال تقسيم هذه المطبوعة إلى ثلاث فصول مهمة، حيث يتم في الفصل التمهيدي توضيح مفهوم الاجتهاد القضائي وتحديد مجالاته، أما في الفصل الأول فيتم التطرق إلى الاجتهاد القضائي الصادر في المسائل المرتبطة بقضايا الزواج، في حين يشمل الفصل الثاني الاجتهاد القضائي الصادر في المسائل المرتبطة بانحلال الرابطة الزوجية.

1- المرسوم الرئاسي رقم: 20-442، المؤرخ في: 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية، ع 82، س 2020.

2- القانون العضوي رقم: 11 - 12، المؤرخ في: 26 يوليو 2011، المحدد والمنظم للمحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، الجريدة الرسمية، ع 42، س 2011، ص 07.

فصل تمهيدي:

مفهوم الاجتهاد القضائي

يتضمن هذا الفصل تحديد تعريف شامل للاجتهاد القضائي (المبحث الأول)، كما يركز على توضيح مجالاته (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تعريف الاجتهاد القضائي

بما أن مصطلح الاجتهاد القضائي من المصطلحات المركبة، لا بد من تعريف الاجتهاد (المطلب الأول)، ثم تعريف القضاء (المطلب الثاني)، قصد الوصول إلى تعريف جامع (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد

لا بد من تعريف الاجتهاد لغة (الفرع الأول)، وتعريفه اصطلاحاً (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد لغة

الاجتهاد والتجاهد: بذل الوسع والمجهود في طلب الأمر، وهو افتعال من الجهد والطاقة¹.

والجهد بفتح الجيم وضمها الطاقة، وقيل الجهد المشقة والجهد الطاقة².

الفرع الثاني: تعريف الاجتهاد اصطلاحاً

عرفه الشوكاني بأنه: بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستتباط³.

1- محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار الفكر بيروت، لبنان، ط1، 2008، ج 2 (ح-ز)، ص 102.

2- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1990، 01، ص 48.

3- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول، دار الكتاب العربي، دمشق، ط 1999، 1، ج 02، ص 205.

ومن المعاصرين عرفه أبو زهرة بأنه: استفراغ الجهد وبذل غاية الوسع، إما في استنباط الأحكام الشرعية، وإما في تطبيقها¹.

ويلاحظ أن الإمام أبا زهرة قسم الاجتهاد لقسمين اجتهاد في استنباط الأحكام واجتهاد في تطبيقها، وقد سبقه في هذا التقسيم الإمام الشاطبي.

المطلب الثاني: تعريف القضاء

يتم في هذا المطلب تعريف القضاء لغة (الفرع الأول)، وتعريفه اصطلاحاً (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف القضاء لغة

القضاء لغة الحكم، وأصله قضاي، لأنه من قضيت، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت، والجمع الأفضية، والقاضي معناه في اللغة القاطع للأمور المحكم بها، واستقضي فلان، أي جعل قاضياً يحكم بين الناس، والقضايا الأحكام، واحدتها قضيه، وأصله القطع والفصل، يقال: قضى يقضي قضاءً، فهو قاض إذا حكم وفصل². ويأتي القضاء بمعنى إحكام الشيء وإمضاؤه والفراغ منه، وبمعنى الصنع والتقدير، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾³، أي فخلقهنّ وعلمهنّ وصنعهنّ وأحكم خلقهنّ، ويأتي القضاء بمعنى العمل، ومنه قوله تعالى: ﴿فَأَقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ﴾⁴، معناه: فاعمل ما أنت عامل، ومن معاني القضاء الحتم والأمر، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾⁵، أي أمر ربك وحتم، وهو يأتي بمعنى الأداء و الإنهاء، تقول: قضيت ديني، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ﴾⁶، أي

1- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، دون ط، دون تاريخ، ص 379.

2- ابن منظور، المرجع السابق، ج 06 (9- ي)، ص 476.

3- سورة فصلت، الآية 12.

4- سورة طه، الآية 72.

5- سورة الإسراء، الآية 23.

6- سورة الحجر، الآية 66.

أنهيناه إليه وأبلغناه ذلك، ومنه الإعلام، قوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ﴾¹، أي أعلمناهم إعلاماً قاطعاً².

الفرع الثاني: تعريف القضاء اصطلاحاً

تعددت التعريفات الفقهية للقضاء، فمن تعريفات الحنفية تعريف ابن الهمام للقضاء بأنه: "الإلزام" وهو مأخوذ من المعنى اللغوي، كما عرفه الكاساني بأنه: «الحكم بين الناس بالحق»، وهذا التعريف مستمد من المعنى اللغوي كذلك.

ومن تعريفات المالكية للقضاء، تعريف ابن فرحون بأنه: «الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام»، والإخبار عن حكم شرعي يشترك فيه القضاء مع الإفتاء، لكن قيد أن يكون ذلك على سبيل الإلزام، تمييزاً للفتوى عن القضاء، لأن الفتوى إخبار عن حكم شرعي، لكن ليست على وجه الإلزام.

أما الشافعية فمن تعريفاتهم أن القضاء: «فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى».

وقد قيد أن يكون فصل الخصومة بحكم الله تعالى للدلالة على أن الحكم بغير حكم الله تعالى لا يعد قضاء بالمعنى الشرعي.

وأما الحنابلة فمنهم من عرفه بأنه: «الإلزام»، كما أن من تعريفاتهم: «النظر بين المترافعين له للإلزام وفصل الخصومات»، ومنها: «تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات»³.

1- سورة الإسراء، الآية 04.

2- ابن منظور، المرجع السابق، ج 6 (9-ي)، ص 476.

3- عبد المهدي أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني، دراسة أصولية مقارنة، دكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، س 2005، ص 14-15، ومطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، جامعة وهران 01، أحمد بن بلة، س 2014/2015، ص 14، 15.

المطلب الثالث: تعريف الاجتهاد القضائي

بناء على ما سبق يمكن تعريف الاجتهاد القضائي بأنه: « استقراغ القاضي وسعه وطاقته لتحصيل ظن بحكم شرعي فاصل في الخصومة في واقعة متنازع عليها وملزم لأطرافها».

فالاجتهاد القضائي يشترك مع مطلق الاجتهاد بأن فيه استقراغ للوسع والطاقه، ولا يعد من لم يستقرغ وسعه مجتهدا، كما أن استقراغ الوسع يكون في تحصيل ظن بحكم شرعي عملي، وبهذا يشترك الاجتهاد القضائي مع الاجتهاد الشرعي بمعناه العام، إلا أن الاجتهاد القضائي اجتهاد مخصوص من حيث أنه صادر من قاض منفرد أو من هيئة قضائية، كما أنه يكون في واقعه متنازع عليها، وفي هذا يتميز الاجتهاد القضائي عن مطلق الاجتهاد، ويكون ما يتوصل إليه القاضي من حكم ملزم لأطراف الخصومة، أما الاجتهاد الفقهي في المسائل الواقعة أو المتوقعة، فلا يكون الحكم الذي يتوصل إليه المجتهد ملزما¹.

المبحث الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة

إن الاجتهاد القضائي يكون مع وجود النص القانوني المراد تطبيقه على القضية المعروضة (المطلب الأول)، كما يكون مع انعدام النص القانوني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاجتهاد في نطاق النص

في حالة وجود النص القانوني، قد يجتهد القاضي في إطار فهم النص (الفرع الأول)، كما قد يجتهد في تطبيقه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاجتهاد في فهم النص

إن بحث القاضي في نصوص القانون عن القاعدة التي يمكن تطبيقها على القضية المعروضة عليه ليس أمرا سهلا، لأن النصوص القانونية لا تكون واضحة

1- أحمد العجلوني، المرجع نفسه، ص 16.

دوما، كما لا تعتبر خالية من كل نقص، بل غالبا ما يجد القاضي نفسه مضطرا إلى تفسير مضمون النص لاستخلاص الحكم الواجب تطبيقه على الواقعة.

أولا: الاجتهاد في إطار النص المشوب بالخطأ المادي

يكون النص مشوبا بالخطأ المادي إذا كانت العبارة التي ورد فيها تتضمن خطأ فادحا في بعض ألفاظها بحيث لا يستقيم معنى النص إلا بتصحيحها، وهذا يعتبر من أبسط العيوب التي يمكن أن تلحق النص القانوني¹.

مثال ذلك نص المادة 84 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: « للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبطل ذلك»².

حيث أن عبارة «جزئيا أو كليا» غامضة، لأنها تنصرف إلى التصرف وليس إلى المال الذي يتصرف فيه القاصر المميز، ومراد المشرع هو التصرف في كل المال أو جزء منه.

مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري خالف الفقه الإسلامي عموما، والقانون المقارن عندما نص في المادة السابقة على منح القاصر المميز الحق في التصرف في كل أمواله³.

1- مطروح عدلان، المرجع السابق، ص 28.

2- القانون رقم: 84- 11، المؤرخ في: 09 / 06 / 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، ع 24، سنة 1984، ص 910. المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05 - 02، المؤرخ في : 27/ 03 / 2005، الجريدة الرسمية، ع 15، س 2005، ص 18.

3- رتيبة عياش، محاضرات في مقياس الولاية على المال والنفس، مقدمة لطلبة السنة الأولى ماستر، حقوق، تخصص أحوال شخصية، س 2016 / 2017، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، ص 74.

ثانيا: الاجتهاد في إطار النص المشوب بالغموض

يكون النص مشوبا بالغموض أو الإبهام إذا كانت عبارته غير واضحة ومحملة للتفسير والتأويل ويمكن أن يستنتج منها أكثر من معنى واحد، ومهمة القاضي في هذه الحالة اختيار المعنى الأكثر صحة والأقرب إلى الصواب¹.

مثال ذلك ما نصت عليه المادة 54 من قانون الأسرة قبل تعديلها بموجب الأمر رقم 02/05: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها بمقابل مالي...". حيث أن نص المادة السابقة جاء غامضا ولم يوضح طبيعة الخلع القانونية، هل هو عقد رضائي تتوقف صحته على رضا الزوج، أم هو حق خالص للزوجة، ولا يشترط فيه رضا الزوج؟

وهذا يتطلب اجتهادا من القضاء في تفسير الطبيعة القانونية للخلع، والملاحظ أن قرارات المحكمة العليا الصادرة في موضوع الخلع قبل سنة 1992، كيفته على أنه عقد رضائي، حيث أكدت على ضرورة موافقة الزوج لصحة الخلع، ومنها القرار الصادر سنة 1984 الذي قضى بأنه: «متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع»².

والقرار الصادر سنة 1991 الذي جاء فيه: «إن المادة 54 من قانون الأسرة تشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، ولا يمكن للقاضي فرضه عليه»³. لكن ابتداء من سنة 1992 كرس القضاء الجزائري حق الزوجة في الخلع دون موافقة الزوج.

1- مطروح عدلان، المرجع السابق، ص 28.

2- قرار بتاريخ: 11/06/19/1989، ملف رقم: 33652، المجلة القضائية، ع 03، س 1989، ص 38.

3- قرار بتاريخ: 23/04/1991، ملف رقم: 73885، نشرة القضاة، ع 05، س 1991.

وهذا ما تجلى في عديد القرارات، منها القرار الصادر سنة 1992 الذي قضى بأنه: « من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقها على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم».

إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا.

وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال كما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن¹.

و هذا المبدأ الذي كرسه القضاء الجزائري منذ سنة 1992 فرض على المشرع تعديل نص المادة 54 من قانون الأسرة سنة 2005 الذي أصبح كما يلي: « يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم».

ثالثا: الاجتهاد في إطار النص المشوب بالنقص

يكون النص القانوني ناقصا في حالة خلو عباراته من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها²، وكمثال على ذلك نصت المادة 103 من قانون الأسرة على

1- قرار بتاريخ: 1992/07/214، ملف رقم: 83603، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 134.

2- مطروح عدلان، المرجع السابق، ص 31.

أنه: « يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر».

ويستفاد من النص القانوني السابق أن المشرع منح للقاضي المختص الحق في الاستعانة بالخبرة لإثبات أسباب الحجر دون تفريق بين أسباب الحجر التي تستدعي الخبرة والأسباب التي لا تستدعي ذلك.

حيث أنه إذا كانت دعوى الحجر بسبب الجنون أو العته، فإن الأصل هو الاستعانة بخبرة طبية، أما إذا كان السبب هو السفه، فإن القاضي لا يحتاج إلى خبرة طبية وإنما يمكن له الأمر بإجراء تحقيق قضائي، بالإضافة إلى سماع أقوال من يرى القاضي فائدة في سماعهم من أقارب السفه ومن يتعامل معه معاملة تجارية¹.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر سنة 2002 حيث قضت بأنه: « يثبت المرض العقلي الذي يبطل التصرف بموجب خبرة طبية صادرة عن طبيب مختص وليس بشهادة الشهود»².

والمرض العقلي ينصرف إلى الجنون والعته.

رابعاً: الاجتهاد في إطار النص المشوب بالتناقض

يكون التناقض أو التعارض بين نصين إذا كان الحكم الذي يدل عليه أحدهما يخالف تماماً الحكم الذي يمكن أن يستنتج من النص الآخر، ومهمة القاضي في هذه الحالة التوفيق بين النصين، فإن تعذر ذلك رجع أحدهما على الآخر³.

وتجدر الإشارة إلى أن التناقض يمكن أن يطرأ في إطار النص القانوني الواحد. ومثال التناقض بين نصين قانونيين هو المادتان 32 و35 من قانون الأسرة، حيث نصت المادة 32 على أنه: « يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى

1- رتيبة عياش، المرجع السابق، ص 61.

2- قرار بتاريخ: 2002/02/13، ملف رقم: 273529، المجلة القضائية، ع 01، س 2003، ص 289.

3- مطروح عدلان، المرجع السابق، ص 31.

ومقتضيات العقد»، بينما نصت المادة 35 على ما يلي: «إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا».

ويتضح التناقض بين المادتين السابقتين حيث اعتمد المشرع في المادة 32 على مذهب جماعة من أهل العلم ، ومنهم ابن تيمية الذي يرى بطلان عقد الزواج الذي يشتمل على شرط فاسد¹.

بينما اعتمد في المادة 35 على مذهب الشافعية والحنابلة، الذين وضعوا ضابطا للشرط الذي يبطل العقد وهو أن يكون مخلا بمقصود الزواج، كأن تشترط تأقيت زواجها، وضابطا للشرط الذي لا يبطل العقد ، وهو الذي لا يكون مخلا بمقصود الزواج كأن تشترط خروجها متى شاءت أو طلاق ضررتها².

واعتبر المشرع في المادة 35 أن هذه الشروط الفاسدة المنافية لعقد الزواج لا تعتبر مخلة بالمقصود من الزواج، لذلك نص على بطلان الشرط وصحة العقد، وهذا هو الصواب.

وأحسن مثال على التناقض في إطار نفس النص القانوني هو المادة 105 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: «يجب أن يمكن الشخص الذي يراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه، وللمحكمة أن تعين مساعدا إذا رأت في ذلك مصلحة».

يستفاد من المادة السابقة أن المشرع نص على وجوب تمكين المطلوب الحجر عليه من الدفاع عن حقوقه باعتباره شخصا ضعيفا يحتاج للدفاع عن مصالحه، وقد اختلفت القضاة في تطبيق نص هذه المادة بسبب التناقض الذي ميز فقرتها، فمن جهة تنص على وجوب تمكين الشخص المراد الحجر عليه من الدفاع بصيغة "يجب"، ومن

1- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته، وتوضيح مذاهب الأئمة، مع تعليقات فقهية معاصرة، المكتبة التوفيقية، القاهرة، دون ط، دون تاريخ، ج 02، ص 153.

2- أبو مالك بن السيد سالم، المرجع السابق، ج 02، ص 153-154.

جهة أخرى نصت على صيغة الاختيار «... وللمحكمة أن تعين له مساعدا إذا رأت في ذلك مصلحة».

وقد فسرت المحكمة العليا في إحدى قراراتها نص هذه المادة المتناقضة، حيث قضت بما يلي: «يجب على القاضي قانونا تعيين محام للدفاع عن الشخص المطلوب الحجر عليه»¹.

الفرع الثاني: الاجتهاد في تطبيق النص

قسم الإمام الشاطبي الاجتهاد إلى قسمين هما اجتهاد في الاستنباط واجتهاد في التطبيق، وسار على نهجه في هذا التقسيم الإمام أبو زهرة.

ويقصد به الاجتهاد في تحقيق المناط، وهو الذي لا يخلو منه عصر من العصور، حيث يتم تطبيق العلل المستنبطة على الأفعال الجزئية، وذلك بتطبيق ما استنبطه السابقون، وبهذا تتضح أحكام المسائل التي لم يعرف للسابقين من أصحاب الرتبة رأي فيها².

والاجتهاد في التطبيق لا يقل أهمية وخطورة عن الاجتهاد في الاستنباط، بل إن التطبيق ونتائجه هو الثمرة من التشريع كله، لأن التشريع لا يعد عملا في فراغ، وإنما يعتبر مرحلة ضرورية من مراحل العملية الاجتهادية، حيث أن النصوص تمثل إرادة المشرع ومقاصد التشريع الأساسية، لذلك فعلى القاضي بذل أقصى وسعه في فهم النص واستثمار طاقته للدلالة على معانيه وأحكامه وتحديد مراد المشرع، ثم دراسة الوقائع المتجددة دراسة علمية تحليلية، للتعرف على عناصرها التكوينية وخصائصها، وما يحيط بها من ظروف وملابسات، وأخيرا تطبيق الأحكام على الوقائع التي تقتضيها

1- قرر بتاريخ: 2005/07/13، ملف رقم: 336017، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2005، ص 331.

2- أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، دار بن عفان، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1997، ج 05، ص 11، 12، وكذلك أبو زهرة، المرجع السابق، ص 379.

على نحو يحقق المصلحة المقصودة شرعا من حيث المآل، لأن المصلحة هي مقصد الشرع، وهي التي تجسد معنى العدل الإلهي¹.

ومثال ذلك اجتهاد عمر - رضي الله عنه - في تطبيق قول الله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾².

فالآية توجب إعطاء المؤلفة قلوبهم نصيبهم من الزكاة باعتبارهم من مصارف الزكاة، إلا أن عمر رضي الله عنه - منعهم ذلك، وحثه في اجتهاده ذلك أن الحاجة لتأليف القلوب منتفية في زمنه بسبب عزة الإسلام، فتختلف بذلك الصفة والعلة التي كان يعطى لأجلها هؤلاء الزكاة، فانتهى استحقاقهم لها، وهذا الاجتهاد من عمر هو اجتهاد في تحقيق مناط الحكم³.

وبناء على ما سبق فإن القاضي لا يطبق النصوص بشكل آلي، ولكن لا بد له من دراسة الوقائع التي يريد تطبيق النص عليها.

وبالرجوع إلى التطبيق القضائي، وبناء على نصي المادتين 02/53، و53 مكرر، حيث نصت المادة 02/53 على أنه: «يجوز للزوجة أن تطلب التظليل للأسباب الآتية: - العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج»⁴.

ونصت المادة 53 مكرر على ما يلي: «يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتظليل أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها».

1- فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط 2013، 03، ص 35، 36.

2- سورة التوبة، الآية 60.

3- مطروح عدلان، المرجع السابق، ص 38.

4- تنص المادة 04 من قانون الأسرة على أنه: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"

جاء اجتهاد المحكمة العليا في اعتبار العقم مانعا من تحقيق الهدف من الزواج، ويحق بموجب ذلك للزوجة المطالبة بالتطليق، حيث قضى بأنه: «من المقرر قانونا وقضاء، أنه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، كتكوين أسرة، وتربية الأبناء.

و لما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استنادا إلى نتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية...، ما عدا ما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض»¹. واستنادا إلى نفس المادتين قررت المحكمة العليا عدم استحقاق طالبة التطليق بسبب عقم زوجها للتعويض - وهذا ما قضى به القرار السابق أيضا - حيث قضت بأنه: «لا يتحمل الزوج المصاب بمرض العقم مسؤولية تعويض الزوجة طالبة التطليق عن الضرر الحاصل بها بفعل عدم قدرته على الإنجاب»².

وجاء في حيثيات هذا القرار: «... وحيث أن العقم وعدم القدرة على الإنجاب، وإن كان فعلا يشكل سببا من أسباب التطليق طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، ويخول للزوجة الحق في المطالبة به، فهو لا يحمل الزوج المصاب أية مسؤولية عن دفع التعويض لها عنه، ذلك أنه لا دخل لإرادته فيه».

المطلب الثاني: الاجتهاد فيما لا نص فيه

من أهم مجالات الاجتهاد، الاجتهاد فيما لم يرد فيه نص، إذ أنه من المقرر أن الإسلام نظام حياة متكامل صالح للتطبيق في كل زمان ومكان، ولما كانت نصوص القرآن الكريم ونصوص السنة النبوية المطهرة محدودة، وكانت الوقائع والحوادث غير محدودة، فإن مصادر التشريع الإسلامي لم تحصر في القرآن والسنة فقط بل توسعت إلى مصادر أخرى للاستنباط، فاعتبر من بينها الإجماع والقياس والعرف... وغيرها.

1- قرار بتاريخ: 1992/12/22، ملف رقم: 87301، المجلة القضائية، ع 02، س 1995، ص 92.
2- قرار بتاريخ: 2011/01/13، ملف رقم: 596191، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2011، ص 27.

كما اشتملت نصوص القرآن والسنة على مجموعة من المبادئ والقواعد العامة التي يمكن للمجتهد أن يرجع إليها في استنباط أحكام المستجدات من القضايا والنوازل¹. والدليل على مشروعية الاجتهاد فيما لم يرد فيه نص ما رواه البخاري عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه سمع النبي ﷺ يقول: ﴿إِذَا حُكِمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حُكِمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ﴾²

واجتهاد القاضي يكون في المسائل التي تعرض عليه سواء أكانت جديدة لم تقع من قبل، أو وقعت وتكررت وبذلك يكون الاجتهاد شاملاً لمسألة لم يكن لأحد من العلماء السابقين فيها قول ولا فتوى³.

و ضرورة الاجتهاد فيما لا نص فيه في الشريعة تنطبق على الاجتهاد في القانون بصفة عامة وشؤون الأسرة بصفة خاصة، لأنه من المتعذر أن تحيط النصوص القانونية مهما كثرت بكل واقعة، مما يجعل الاجتهاد فيما لم يرد فيه نص ضرورة حتمية، الأمر الذي أقره المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

يستفاد من المادة السابقة ما يلي:

- منح المشرع للقاضي الحق في الاجتهاد في كل مسألة لم ينص عليها في قانون الأسرة.
- عدم تقييد المشرع للقاضي في المسكوت عنه قانوناً بالرجوع إلى مذهب معين، كما فعلت بعض التشريعات العربية المقارنة، بل وسع له دائرة الاجتهاد في

1- عبد الناصر أبو البصل، المدخل إلى فقه النوازل، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 13، ع - أ-، س 1997.

2- رواه البخاري، كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، رقم: 7352، ص 1814.

3- عبد الناصر أبو البصل، المرجع السابق، ص 125.

إطار أحكام الشريعة الإسلامية بوجه عام حسب ما يراه القاضي محققا للمقصد الشرعي والتشريعي.

ومن أمثلة المسائل التي لم يرد فيها نص في قانون الأسرة مسألة إثبات نشوز الزوجة، حيث استقر القضاء الجزائري على أن الزوجة لا تعتبر ناشرا إلا بعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ الحكم القضائي النهائي الذي يلزمها بالرجوع إلى المسكن الزوجي، وذلك بموجب محضر امتناع عن الرجوع، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا: «إن المبدأ المستقر عليه هو اعتبار الزوجة ناشرا إذا صدر في حقها حكم بالرجوع ونفذ عليها قانونا بعد ما أصبح نهائيا، ولم تمتثل لذلك القضاء، وبالفعل فإنه سبق وأن حكم على المطعون ضدها بالرجوع إلى مسكن الزوجية، وأن هذا الحكم أصبح نهائيا، وأن السيد المحضر القضائي بطلب من العارض الطاعن بأشْر إجراءات التنفيذ بموجب النسخة التنفيذية للحكم، وأنه بمناسبة ذلك وجه إطارا للتنفيذ للمطعون ضدها، التي خاطبها شخصا لا غيرها، وأنها أمضت على المحضر بموجب سبابة إصبعها... ورغم ذلك كرر عليها السيد المنفذ الأمر من أجل الالتحاق بالبيت الزوجي، لكن رفضت الرجوع، مما جعل السيد المنفذ يحرر محضرا بعدم الرجوع، وإنه من المقرر قضاء أن الزوجة تعتبر ناشرا بعد الحكم عليها بالرجوع ورفضت وحرر محضر بذلك بعد إجراءات عملية التنفيذ ولما ثبت نشوز المطعون ضدها ورفضها الرجوع إلى بيت الزوجية دون مبرر شرعي، فإن حقها في النفقة يسقط...»¹

1 - قرار بتاريخ: 2005/10/12، ملف رقم: 345125، نشرة القضاء، ع 61، س 2006، ص 332.

الفصل الأول:

الاجتهاد القضائي في المسائل المرتبطة بالزواج

يتضمن هذا الفصل أهم الاجتهادات القضائية الصادرة في تكوين عقد الزواج (المبحث الأول)، وكذا الصادرة في آثار هذا الميثاق الغليظ (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الاجتهاد القضائي المرتبط بمقومات عقد الزواج

يشمل هذا المبحث استقراء أهم الاجتهادات القضائية الصادرة في الصداق (المطلب الأول)، وفي الشهود (المطلب الثاني)، اللذان يعدان من شروط صحة عقد الزواج¹، بعدما كانا يعتبران من أركان عقد الزواج، وقد أكد القضاء الجزائري ضرورة توفر هذه الأركان حيث قضى بأنه: «متى كان من المقرر شرعا أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا بأركان مبينة بوضوح ويقول ابن القيروان في رسالته لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدين عدل وأيضا لا يزوج البنت أب إلا برضاها وتأذن بالقول ومن ثم فإن القضاء يما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف، ومن جديد قضوا بصحة الزواج بين الطاعنين اعتمادا على تصريحات شهود لا يتبين منها توافر هذه الأركان، فإنهم بهذا القضاء خالفوا أحكام الشرع².

¹ - إن الركن الأساسي لانعقاد عقد الزواج هو رضا الزوجين تطبيقا للمادة 09 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02، التي تنص على أنه: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين»، واعتبر المشرع الجزائري بقية المقومات شروط صحة، وهذا ما نصت عليه المادة 09 مكرر: «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: - أهلية الزواج- الصداق - شاهدان - انعدام الموانع الشرعية للزواج»، وتجدر الإشارة إلى أن هذه المقومات المتمثلة في الولي، والصداق والشهود كانت تعتبر أركاناً لعقد الزواج بموجب نص المادة 09 قبل تعديلها بموجب الأمر 05-02، حيث كانت تنص على أنه: «يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق».

² - قرار بتاريخ: 1984/09/24، ملف رقم 34438، المجلة القضائية، ع 01، س 1990، ص 64.

المطلب الأول: الاجتهاد القضائي الصادر في الصداق

يتم التطرق إلى قضاء المحكمة العليا الصادر في مسألة أنواع الصداق (الفرع الأول)، وحالات استحقاقه (الفرع الثاني)، ومسقطاته (الفرع الثالث)، وفي النزاع فيه (الفرع الرابع).

الفرع الأول: القرارات الصادرة في أنواع الصداق

يعتبر الصداق شرطا لصحة عقد الزواج كما نصت على ذلك المادة 09 مكرر، ويحدد الصداق أثناء عقد الزواج وأجاز المشرع الجزائري بموجب تعديل 2005 لقانون الأسرة عدم تحديد قيمته أي عدم تسميته، وفي هذه الحالة تستحق الزوجة صداق المثل. وهذا تطبيقا لنص المادة 15 من قانون الأسرة.

كما أجاز المشرع الجزائري بناء على المادة السابقة أن يكون الصداق مؤجلا¹. وقد قررت المحكمة العليا - حتى قبل تعديل 2005- ثبوت صحة عقد الزواج دون تحديد المهر وتسميته، حيث قضت في إحدى قراراتها بما يلي: «إن 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»².

1- تنص المادة 15 على ما يلي: "يحدد الصداق سواء كان معجلا أو مؤجلا.

في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل".

2- قرار بتاريخ: 1998/11/17، ملف رقم: 210422، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 53.

الفرع الثاني: القرارات الصادرة في حالات استحقاق الصداق

بالنسبة لحالات استحقاق الزوجة للصداق فإن الزوجة تستحق كامل الصداق بدخول الزوج بها أو بوفاته قبل الدخول، وتسحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول، تطبيقاً لنص المادة 16 من قانون الأسرة، ويتضمن هذا الفرع المسائل التالية:

أولاً: استحقاق الصداق بالخلوة الصحيحة

جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: «من المتفق عليه فقهاً أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن بعدم إتمام الدخول بزوجته غير مبرر ويستوجب رفضه. و لما كان ثابتاً من وقائع الدعوى، أن الطرفين عاشا كزوجين في الخارج أثناء قضاء شهر العسل، وفي الداخل بمحل الزوجية لمدة طويلة في فراش واحد، الأمر الذي يقرر به كامل الصداق ويترتب عليه توابع العصمة، وبما أن قضاة الاستئناف اعتبروا الزواج بين الطرفين صحيحاً وصرحوا بالطلاق بينهما، فإنهم بقضائهم كما فعلوا سببوا قرارهم وخولوه أساساً شرعياً»¹.

قضت المحكمة العليا بوجوب كامل الصداق بالخلوة الصحيحة، وضابطها أن يجتمع الزوجان - بعد العقد الصحيح - في مكان يتمكنان فيه من التمتع الكامل، بحيث يأمنان دخول أحد عليهما، وليس بأحدهما مانع طبيعي².

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه انقسم في وجوب كامل الصداق بالخلوة الصحيحة إلى رأيين: رأي يوجب لها كامل الصداق ولو لم يحصل جماع، ورأي لا يوجب لها ذلك إلا بالوطء، أو الجماع³، وقد أخذت المحكمة العليا في القرار السابق بالرأي الأول، وليس كما جاء في القرار: «من المتفق فقهاً أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق

1- قرار بتاريخ: 1984/11/19، ملف رقم: 35107، المجلة القضائية، ع 02، س 1990، ص 55.

2- أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 17.

3- أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 170، 171.

المسمى»، حيث جانب هذا القرار الصواب في تأسيسه هذا، لأن الفقه لم يتفق في هذه المسألة.

ولكي تستحق الزوجة كامل الصداق لا بد من تحقق الخلوة أو الدخول، وهذا ما كرسه القضاء الجزائري في قرار للمحكمة العليا قضى بما يلي: « من المقرر فقها وشرعا أن الزوجة تستحق الصداق كاملا بمجرد الدخول واختلاء الزوج بها، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدد خرقا لأحكام الشريعة.

ولما كان ثابت - في قضية الحال - أن الزوج لم يدخل بزوجته بعد انتقالها إلى داره لكونه كان في حالة اعتقال مما يتعذر إتمام الخلوة، ومن ثم فإن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق واستحقاق الزوجة لكامل الصداق يكون بقضائه كما فعل خرق القواعد الشرعية وانتهاك النصوص القانونية»¹.

ثانيا: استحقاق الصداق بوفاة الزوج قبل الدخول

تستحق الزوجة الصداق كاملا بوفاة الزوج قبل الدخول، هذا ما قضت به المحكمة العليا في القرار التالي: « من المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي الزوج قبل الدخول ولم يحكم بفسخ العقد أو الطلاق ومن ثم فإن القرار المطعون فيه بانتهاك القواعد الشرعية غير سديد.

ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن زوج المطعون ضدها توفي قبل الدخول دون أن يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق فإن قضاة المجلس برفضهم طلب أب الزوج باسترجاع نصف الصداق لوفاة ابنه قبل الدخول طبقوا المبادئ الفقهية تطبيقا سليما.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»².

1- قرار بتاريخ: 1988/05/09، ملف رقم: 49283، المجلة القضائية، ع 02، س 1992، ص 44.

2- قرار بتاريخ: 1987/03/09، ملف رقم: 45301، المجلة القضائية، ع 03، س 1992، ص 66.

ثالثاً: استحقاق نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول وعدم اعتباره تعويضاً

جاء في القرار الصادر سنة 2019 ما يفيد: "حيث ما تتعاه الطاعنة يراد به غير الحق، فالمجلس لم يخالف القانون، إذ مكنها من نصف الصداق المقدر ب 200 ألف دينار، أي مكنها من 100 ألف دينار، وقد أثبت أن الصداق المتفق عليه هو عين ذلك، لأنه لم يثبت طيلة أمد الخصومة النزاع حول مقدار الصداق، فضلاً عن ذلك فإنه لم يأت على لسان الطاعنة أن الصداق المسمى لها هو 400 ألف دينار وليس 200 ألف دينار وهو ما يستوجب رفض هذا الفرع أيضاً.

عن الفرع المأخوذ من مخالفة نص المادة 52 من قانون الأسرة والذي جاء فيه أنها قد طالبت ب 500 ألف دينار كتعويض لها عن الطلاق، إلا أن قاضي المحكمة رفض لها ذلك على أساس أن نصف الصداق الممنوح لها يقوم مقام التعويض، وقد أيده المجلس في ذلك بنفس الأسباب.

حيث إن ما تتعاه الطاعنة صحيح، ذلك أن الصداق يدفع نحلة للزوجة، وهو ملك لها تستحقه كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول، فلا يمكن اعتباره تعويضاً، 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 جزئياً فيما يخص التعويض عن الطلاق قبل الدخول"¹.

الفرع الثالث: القرارات الصادرة في مسقطات الصداق

جاء في إحدى القرارات ما يلي: «من المقرر شرعاً أن المرأة البكر إذا تزوجت فإن زوجها هو المسؤول عنها إلى أن يدخل بها، فإذا رفضت الدخول فوليتها هو الذي

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

يطالب بإلزامها بالدخول وإن بقيت مصرّة على ذلك ولم يتم الزواج فالولي يتحمل نتيجة عدم الدخول، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بقلة التسيب ومخالفة القانون وفقدان الأساس الشرعي ليس في محله.

ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن الأب لم يستعمل ولايته كما هو مطلوب منه شرعاً بل هو الذي رفض إتمام الزواج فإن المجلس بقضائه برد ما قبضته من الصداق الذي ثبتت مسؤوليته فيه طبق صحيح القانون»¹.

اعتبرت المحكمة العليا عدم إتمام الزواج من قبل الزوجة من مسقطات الصداق التي ذكرها الفقه، والمتمثلة في حصول الفرقة من جانب الزوجة قبل الدخول، وهو المذهب عند الشافعية والحنابلة، وكذلك عن الحنفية والمالكية لكنهم لم يفرقوا بين أن تكون الفرقة من جانب الزوج أو الزوجة فالكل عندهم مسقط للمهر².

الفرع الرابع: القرارات الصادرة في النزاع في الصداق

قضت المحكمة العليا بأنه: «من المقرر قانوناً أنه في حالة النزاع على 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، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع الذين منحوا المصوغ باعتباره صداق إلى الزوجة دون القيام بما هو واجب شرعاً في هذه المسألة خالفوا القانون.

ومتى كان كذلك استوجب تقض القرار جزئياً»³.

1- قرار بتاريخ: 1988/11/21 ملف رقم: 51612، المجلة القضائية، ع 02، س 1992، ص 52.

2- أبو مالك كمال ابن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 174 - 175.

3- قرار بتاريخ: 1991/6/18، ملف رقم: 73515، المجلة القضائية، ع 04، س 1992، ص 69.

وجاء في قرار آخر ما مفاده: "حيث إنه يتبين فعلا بالرجوع إلى أوراق الملف والقرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أيدوا الحكم المستأنف الذي ألزم الطاعن بأن يدفع للمطعون ضدها مبلغ ستين مليون سنتيما استنادا إلى أحكام المادة 17 من قانون الأسرة، وإلى أن الطاعن الملزم بأداء اليمين، لم يحضر إلى جلسة الصلح، مما يتعين الاستجابة لطلب المطعون ضدها الرامي إلى الحكم على الطاعن بأن يدفع لها ما تبقى من الصداق، كما جاء في تسبيب الحكم.

وحيث إن عدم حضور الطاعن - المدعي آنذاك - لا يعفي المحكمة من تطبيق أحكام المادة 17 من قانون الأسرة التي تنص على أنه 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، ومن ثم كان على قضاة المجلس توجيه اليمين طبقا للمادة 17 المذكورة، لأن عدم حضور الطاعن لا يمنع المجلس من توجيه اليمين بموجب قرار، طبقا لنص المادة 189 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وعليه فإن هذه الأوجه مؤسسة فيما يخص تطبيق أحكام المادة 17 من قانون الأسرة، وينجر عن ذلك نقض جزئي للقرار المطعون فيه فيما يخص مؤخر الصداق".¹

يستفاد من القرارين السابقين أنه في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين، استقر قضاء المحكمة العليا على تطبيق أحكام المادة 17 التي تنص على أنه: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"، وهذا يعد إعمالا لقول المالكية في هذه المسألة²، وفي حالة غياب الزوج الذي من

¹ - قرار بتاريخ: 2012/11/14، ملف رقم: 702617، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2013، ص 257.

² - محمد بن عبد الله الخرشبي المالكي، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت، دون ط، دون تاريخ، ج 03، ص 300.

المفروض أن توجه إليه اليمين، فإنها توجه إليه بقرار تطبيقاً لنص المادة 189 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي الصادر في الشهادة

اتفق الفقه على بطلان عقد الزواج الذي يتم بغير شهود ولا إعلان، كما اتفقوا على صحة عقد الزواج الذي يشهد عليه رجلان فصاعدا ويتم الإعلان عنه¹. ولم ينص قانون الأسرة سوى على عدد الشهود "شاهدان"، في المادة 9 مكرر المذكورة أعلاه، لذلك كان لا بد من الرجوع إلى الاجتهاد القضائي لبحث ضوابط الشهادة، وذلك بتحديد شروط الشاهد (الفرع الأول)، والشهادة المعتمدة في إثبات الزواج العرفي (الفرع الثاني)، واعتماد اليمين المتممة في إثبات الزواج العرفي بشهادة التسامع (الفرع الثالث).

الفرع الأول: القرارات الصادرة في شروط الشهود

يمكن إجمال أهم ما يتعلق بشروط الشهود فيما يلي:

أولاً: جنس الشهود

قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر سنة 1989 بما يلي: "الشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه جاء خالياً من أية حجة أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعاً، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية ومخاطئاً في فهم أنواع الشهادات في الفقه، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"².

1- أبو مالك كمال ابن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 151.

² قرار بتاريخ: 15/ 12/ 1989، ملف رقم: 43889، المجلة القضائية، ع 02، س 1993، ص 37.

اشترط الاجتهاد القضائي السابق الذكورة في شهود عقد الزواج، تطبيقاً لرأي جمهور الفقهاء غير الأحناف، وذلك لما رواه أبو عبيد عن الزهري أنه قال: مضت السنة عن رسول الله ﷺ أنه لا يجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق¹. بينما قضت المحكمة العليا في القرار الصادر سنة 2007 بأن: "شهادة شاهد وامرأتين وهما قريبتان للطاعنة مقبولة شرعاً وقانوناً وفق أحكام قانون الإجراءات المدنية"². ومن خلال هذا القرار يلاحظ تغير اتجاه قضاء المحكمة العليا والاعتماد على مذهب الأحناف الذين يجيزون شهادة رجل وامرأتين في عقد الزواج³، لكن هذا الاجتهاد جاء مخالفاً لما استقر عليه الاجتهاد السابق في اشتراط ذكورة الشهود إعمالاً لرأي الجمهور، كما خالف ما جرى عليه العمل في إبرام عقود الزواج.

ثانياً: صفة الشهود

تتمثل أهم المسائل المرتبطة بصفة الشهود في الآتي بيانه:

1- عدالة الشهود

قضى المجلس الأعلى في قرار له بأن: "الزواج لا يثبت إلا بشهادة شاهدين عدلين، وأن كل امرأة تدعي أن فلانا تزوج بها، فلا بد أن تثبت ذلك بشهادة الشهود، والطاعنة لم تأت بأي شاهد يشهد بأنه حضر العقد وسمع الإيجاب والقبول، وأن الأشخاص الذين أتت بهم إلى الموثق لم تكن شهادتهم كافية لإثبات الزواج"⁴.

يلاحظ اشتراط الاجتهاد القضائي لعدالة الشهود، اعتماداً على رأي جمهور الفقهاء في أرجح الروايتين عن أحمد وفي الصحيح عند الشافعية، وهذا على خلاف الأحناف

1- السيد سابق، فقه السنة، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، ط 13، 1997، ج 02، ص 144.

2 قرار بتاريخ: 02/14/2007، ملف رقم: 381880، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2007، ص 483.

3- أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 152.

4 قرار بتاريخ: 1989/11/27، ملف رقم: 56249، المجلة القضائية، ع 01، س 1992، ص 51.

الذين لا يعتبرونها شرطا في الشهود ، ويقصد بالعدالة الاستقامة واتباع تعاليم الدين ولو في الظاهر بأن يكون مستور الحال غير مجاهر بالفسق والانحراف¹.

2- شهادة الأقارب

قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بما يلي: « من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق، ومتى تبين - في قضية الحال - أن المستأنفة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي وشهود وصادق، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإثبات الزواج العرفي طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»².

كما قضت في قرار آخر بالآتي نصه: " بما أن القضية متعلقة بحالة الأشخاص فكان على قضاة المجلس الاعتماد على شهادة أقارب الطاعنة الذين أكدوا أثناء التحقيق أنها تزوجت فعلا بالمدعى عليه في الطعن وهذا بحضور أشقائها ومنهم شقيقها بصفته ولي أمرها والذي صرح بدوره أن زواج أخته تم مع المدعى عليه طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية وبرضائهما وحدد الصداق ... وهذا بحضور الشاهدين (ط.س) و(ح.م) الذي تم بين الطاعنة وبين المطعون ضده، ومن ثمة فأركان الزواج المنصوص عليها متوفرة، وبالتالي فالقرار المطعون فيه الذي قضى بإلغاء الحكم القاضي بتثبيت الزواج خالف أحكام قانون الإجراءات المدنية، مما يجعل الوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة"³.

يستفاد من القرارين السابقين اعتماد شهادة الأقارب في عقود الزواج، والملاحظ على القرارين عدم تحديد الأقارب الذين يمكن قبول شهادتهم والاعتداد بها، لكن المشرع

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 75.

² - قرار بتاريخ: 1998/03/17، ملف رقم: 188707، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 50.

³ - قرار بتاريخ: 1997/10/28، ملف رقم: 188707، نشرة القضاة، ع 55، س 1999، ص 175.

وسع في دائرة الأقارب الذين تقبل شهادتهم في عقود الزواج التي تعد من قضايا الحالة في المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: " لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة مباشرة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم. - لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه ولو كان مطلقاً.

- لا يجوز أيضاً قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم. غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص و الطلاق"¹. وتجدر الإشارة إلى استبعاد المشرع لشهادة الفروع ، وهذا هو مذهب الحنابلة²، ووجه عند الشافعية³.

3- شهادة الولي

جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: « وحيث إن هذا التسبيب فيه خلط بين الولي من جهة والشاهدين من جهة أخرى، الواجب حضورهما مجلس العقد، وقضاة المجلس استندوا إلى شخصين لإثبات زواج عرفي مع أن أحدهما وهو الولي وأب المطعون ضدها لا يجوز اعتباره أحد شاهدي عقد الزواج»⁴.

¹ - القانون رقم: 08- 09 المؤرخ في: 25 / 02 / 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، ع 21، س 2008، ص 03.

² - علاء الدين بن الحسن بن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مطبعة السنة المحمدية، ط1، 01، 1956، ج 08، ص 105.

³ - أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 03، 1991، ج 07، ص 46.

⁴ - قرار بتاريخ: 10/02/2011، ملف رقم 600991، المجلة القضائية، ع 02، س 2011، ص 274.

وقد أصاب قضاة المحكمة العليا في هذا القرار الذي قضى بعدم جواز اعتبار الولي أحد شاهدي عقد الزواج، لأنه من كان وليا في النكاح لا يصح أن يكون شاهدا فيه، خاصة إذا كان هو الولي المباشر لعقد الزواج، وفي هذه القضية الولي هو الأب (الولي المباشر)، حيث جاء في شرح مختصر خليل للخرشي: «شهادة الولي على عقد وليته لا تجوز، ولو مع غيره»¹.

وجاء في روضة الطالبين وعمدة المفتين: «قال النووي: وأما أبوها فولي عاقد، فلا يكون شاهدا»².

4- شهادة غير المعين في العقد كشاهد

جاء في قرار المحكمة العليا السابق: "وأن الشاهد (م.م) صرح بأن الإمام الثاني الذي التجأوا إليه وهو (ب. ع) قام بقراءة الفاتحة، لذلك كان بإمكان قضاة المجلس سماعه كشاهد»³.

يستفاد مما ذكر أعلاه عدم قصر الشهادة على من طلب منه أن يشهد على الزواج، بل كل من حضر عقد الزواج وشهد فهو شاهد وإن لم يطلب منه ذلك، وقد أصاب قضاء المحكمة العليا حينما نص على إمكانية سماع الإمام كشاهد.

وبالتالي لو حصل شيء من الخلل في الشهادة على الزواج، كما لو شهد الولي مع شاهد آخر، لكن كان هناك عدد ممن حضر العقد حال الشهادة، ففي هذه الحالة يكون عقد الزواج صحيحا، ولا يؤثر عليه أن الولي كان أحد الشاهدين.

الفرع الثاني: القرارات الصادرة في الشهادة المعتد بها في إثبات الزواج العرفي

جاء في قرار للمجلس الأعلى الآتي نصه: "ادعاء المرأة أو إنكار الآخر له يعتمد في إثباته على البينة القاطعة التي تشهد بمعايينة العقد بينهما، والمعايينة تقتضي أن يشهد

1- محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج 03، ص 167.

2- أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المرجع نفسه، ج 07، ص 46.

3- قرار بتاريخ: 2011/02/10، ملف رقم: 600991، المجلة القضائية، ع 02، س 2011، ص 274.

الحاضرون مجلس العقد شهادة قطعية تفصيلية تحدد فيها مبلغ الصداق المسمى وتعجيله أو تأجيل بعض منه ومن تولى العقد كولي على الزوجة، فالشهادة المجملة لا يثبت بها الزواج.

وبالرجوع إلى الحكم المعتمد من طرف المجلس يتبين منه أنه سلك مسلكا سهلا وأتى بأقوال شهود في إثبات الزواج كان أفضلهم من شهد بأنه حضر الفاتحة بين المدعية والمرحوم، وهي شهادة في غاية من الإجمال، ليس مما يثبت به الزواج، أما شهادة الشخصين الآخرين فكانت أضعف منها، والبيئة على هذا النحو غير مقبولة شرعا ولا يثبت بها الزواج أيضا¹.

وقضى في قرار له بأنه: « من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبيئة القاطعة تشهد بمعانينة العقد أو السماع الفاشي، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإن 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 بيئة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، ومخطئا في فهم أنواع الشهادات في الفقه.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه².

كما قضى في قرار آخر: « من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين

1 - قرار بتاريخ: 1985/09/23، ملف رقم: 37501، المجلة القضائية، ع 01، س 1989، ص 95.

2- قرار بتاريخ: 1989/12/15، ملف رقم: 43889، المجلة القضائية، ع 02، س 1993، ص 37.

ومن ثم فإن النهي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني ومخالفة قواعد الإجراءات في غير محله، يستوجب الرفض. لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»¹.

كما جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أنه انتهى إلى إثبات واقعة الزواج استناداً إلى الحثية التالية (حيث أن المجلس قام بسماع الشهود، بحيث أن الشاهد الأول هو أخ المستأنفة الأصلية والذي يزعم حضوره مجلس العقد والشاهد الثاني يؤكد أنه سمع أن الطرفين متزوجان) وهو تسبب غير كاف لانتهاء إلى النتيجة التي انتهى إليها، إذ كان على قضاة المجلس التأكد من الشاهدين فيما إذا حضرا مجلس العقد وما سمعاه وعآيناه من تبادل الرضا وحضور الولي وتحديد الصداق، وأن الاعتماد على شهادة السماع لا يكون إلا إذا كان ما يشهد به الشاهد تسامعا أمرا متواترا، سمعه عن جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب، لأن الأصل في الشهادة الإحاطة والتيقن، مما يجعل القرار مشوبا بقصور التسبب مستوجب النقض".²

يستفاد من القرارات السابقة ما يلي:

- استقر الاجتهاد القضائي على أن الشهادة المعتمد بها في إثبات الزواج العرفي هي الشهادة المباشرة أو شهادة العيان أي شهادة من حضر و عاين مجلس العقد، معملا بذلك ما ذكره الفقه الإسلامي.³

1- قرار بتاريخ: 1989/03/27، ملف رقم: 53272، المجلة القضائية، ع 03، س 1990، ص 82.
2 - قرار بتاريخ: 2015/ 02/12، ملف رقم: 0851807، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2015، ص 235.
3 تأليف جماعي، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط 01، مطابع دار الصفوة، الكويت، س 1992، ج 26، ص 231.

- شهادة العيان التي يعتد بها في إثبات الزواج العرفي هي الشهادة القطعية التفصيلية التي يتبين من خلالها لقضاء الموضوع استيفاء المقومات الشرعية لعقد الزواج، أما الشهادة المجملة فلا يعول عليها الإثبات.

- في حالة غياب الشهادة المباشرة أو شهادة العيان ، يمكن الاستناد على شهادة السماع أو التسامع، والتي عرفت فقها بأنها لقب لما يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين، وقد اتفق الفقه على جواز اعتمادها قضاء للضرورة أو الحاجة، والثابت عند الدارسين أن أكثر المذاهب الإسلامية تسامحا في الأخذ بها هو المذهب المالكي¹.

- اشترط القرار الأول أن يكون السماع فاشيا و مستفيضا، وهذا الشرط متفق عليه فقها²، بحيث من كثرة السماع وفشوه لا يمكن تعيين المسموع منه من الناس، وعدم التعيين شرط كذلك في شهادة السماع، وإلا اعتبرت شهادة نقل³ أو شهادة على الشهادة، لكن بالرجوع إلى القرار الثاني الذي جاء فيه: "... أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أن الطرفين كانا متزوجين"، يمكن ملاحظة اتجاه قضاء المحكمة العليا إلى تفسير خاطئ للمقصود بشهادة السماع التي سبق تحديد مفهومها، حيث يقول ابن فرحون: "ولا يكون السماع بأن يقولوا سمعنا من أقوام بأعيانهم يسمونهم أو يعرفونهم، فتخرج عن حد شهادة السماع"⁴.

- كرس الاجتهاد القضائي الأخير الرأي القائل باشتراط العدول والثقة في شهادة التسامع، وهو رأي مرجوح عند المالكية، أما الرأي الراجح والمعول عليه عندهم هو

¹ تأليف جماعي، الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع نفسه، ج 26، ص 232.

² - ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ط خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، دون ط، 2003، ج 01، ص 296، تأليف جماعي، الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج 26، ص 234.

³ - ابن فرحون، المرجع السابق، ج 01، ص 296.

⁴ - ابن فرحون، المرجع نفسه، ج 01، ص 296.

عدم اشتراط العدالة في هذه الشهادة ، لأن حصر مصدر السماع في الثقة والعدول يخرجها من السماع إلى النقل.¹

الفرع الثالث: القرار الصادر في اعتماد اليمين المتممة في إثبات الزواج العرفي بشهادة التسامع

جاء في قرار المحكمة العليا الآتي نصه: « وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتضح منه أنه أسس قراره على أنه تم الاستماع إلى شهادة الشهود في القرار 2004/12/10 وتم توجيه اليمين المتممة للمطعون ضدها حول واقعة الزواج، وبالتالي فإنهم استمدوا قضاءهم من شهادة الشهود الذين أكدوا واقعة الزواج، مما يتبعين رفض الوجه المشار لعدم وجاهته...»

عن الوجه الثاني: مأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية وخرق قواعد الإثبات، لكن حيث أنه من المقرر قانوناً طبقاً للمادة 348 من القانون المدني² يجوز توجيه اليمين المتممة من طرف القاضي تلقائياً إلى أي من الخصمين متى رأى أن الدعوى ليست خالية من أي دليل وألا يكون فيها دليل كامل³.

ويتبين من رد المحكمة العليا على الوجه الأول للطعن أن الشهود أكدوا واقعة الزواج، إلا أنه يفهم من الوجه الأول للطعن الذي جاء فيه ما يلي: "والمطعون ضدها لم تحضر شاهدين والأشخاص الذين أخذ قضاة الموضوع بشهادتهم لم يشهدوا بمجلس العقد وتكون شهادتهم باطلة،" أن هذه الشهادة كانت شهادة تسامع أو استقاضة، وبالبحث في أقوال الفقهاء في أحكام اليمين تبين أن اليمين المتممة أو يمين الاستظهار هي اليمين التي يحلفها المدعي بطلب القاضي، والتي لا تعد دليلاً للإثبات وإنما هي

¹ - تأليف جماعي، الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج 26، ص 232.

² - القانون المدني رقم: 75 / 58 المؤرخ في: 26/09/1975، الجريدة الرسمية، ع78، س 1975، ص990. المعدل والمتمم بموجب القانون رقم: 07 / 05، المؤرخ في: 13/05/2007، الجريدة الرسمية، ع31، س 2007، ص 03.

³ - قرار بتاريخ: 13/02/2008، ملف رقم: 424799، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2008، ص 307.

لزيادة التأكيد والاطمئنان وإقناع القاضي بصحة الأدلة المقدمة إليه، فالقاضي يوجهها للاحتياط في الحكم، وأجازها الفقهاء في أحوال استثنائية للضرورة أو الحاجة، وأجازها المالكية في شهادة التسامع أو الاستفاضة¹، وهو موضوع القضية محل الطعن، لذلك كان على قضاء المحكمة العليا تأسيسها على ما ذكر من أحكام فقهية تطبيقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة، وليس على قواعد القانون المدني التي لا يمكن أن تطبق على القضايا المرتبطة بشؤون الأسرة.

المبحث الثاني: الاجتهاد القضائي المرتبط بآثار عقد الزواج

يتم في هذا المبحث استقراء وتحليل أهم الاجتهادات التي صدرت في المسائل التي لها علاقة بحقوق كل من الزوجين (المطلب الأول)، وكذا الصادرة في مسائل حقوق الأولاد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاجتهاد القضائي الصادر في حقوق الزوجين

يشمل هذا المطلب تفصيل قرارات العليا التي عنيت بحقوق الزوجة (الفرع الأول)، كما يخص بالذكر بعض القرارات الصادرة في حقوق الزوج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القرارات الصادرة في حقوق الزوجة

تتمثل المسائل التي شملتها القرارات فيما يلي:

أولاً: نفقة الزوجة

1- ضمان حق الزوجة في النفقة ما لم يثبت نشوزها

قضت المحكمة العليا بما يلي: " طالما أن الطاعن يقر من خلال وقائع القضية بأن زوجته كانت خارج بيت الزوجية منذ 28 /06/ 2004 نتيجة للنزاع الذي نشب بينهما، فإنه يبقى أمام هذه الحالة ملزماً بالإففاق عليها، لكونها مازالت في عصمته، وتبقى

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 06، ص 601-602-607.

هي محقة في أن ينفق عليها زوجها (الطاعن) طالما لا وجود لحكم نشوزها، كما برر ذلك قضاة الموضوع وهو تبرير سليم، الأمر الذي يستوجب رفض الوجه لعدم قانونيته، وتبعاً لذلك رفض الطعن¹.

كما قضت بالآتي: « ولما ثبت نشوز المطعون ضدها ورفضها الرجوع إلى بيت الزوجية دون مبرر شرعي فإن حقها في النفقة يسقط»². يستفاد من القرارين السابقين أن الزوجة تستحق النفقة مادامت في عصمة زوجها، ولا يسقط حقها في ذلك إلا إذا ثبت نشوزها قضاء.

2- استحقاق الزوجة للنفقة ولو كانت غنية

جاء في حيثيات قرار المحكمة العليا ما يلي: " أن القرار قضى بإلغاء النفقات المقضي بها بالحكم المستأنف على أساس يسارها كطبيبة في المستشفى، مع أن هذا لا يعتبر مستندا صحيحا لإسقاط حقها وحق البننتين في النفقة، طبقاً لأحكام قانون الأسرة، وذلك من دون حاجة إلى مناقشة باقي أوجه الطعن"³.

وقد أصاب هذا القرار في قضائه، حيث أجمع الفقه على أن نفقة الزوجة تجب على زوجها ولو كانت عاملة أو غنية، جاء في مراتب الإجماع: "واتفقوا على أنه لا يلزم أحد أن ينفق على غني غير الزوجة"⁴.

ويجب توضيح مسألة مهمة تتمثل في أنّ وجوب نفقة الإنسان على غيره معلول بالحاجة، فلا تجب النفقة لغير محتاج، فالقريب إذا كان مستغنياً بماله فهو غير محتاج، لذلك فلا تجب له النفقة على غيره ولو كان فرعاً أو أصلاً، وهذا بخلاف الزوجة، فإنّ نفقتها تجب على الزوج ولو كانت غنية، لأنّ وجوب النفقة لها لا يتبع الحاجة وإنّما

¹ - قرار بتاريخ: 2008/11/12، ملف رقم: 466390، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2008، ص 317.

² - قرار بتاريخ: 2005/10/12، ملف رقم 345125، نشرة القضاة، ع 61، س 2006، ص 332.

³ - قرار بتاريخ: 2000/02/22، ملف رقم: 23148، المجلة القضائية، ع 01، س 2001، ص.

⁴ - ابن حزم الظاهري، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات ويلييه نقد مراتب الإجماع لابن تيمية، دار ابن حزم، بيروت، ط 01، 1998، ص 142.

في مقابل احتباسها لمنفعة الزوج بقصر منافعها عليه، ويستوي في ذلك الفقيرة والغنية كالمهر¹.

3- نفقة العلاج

جاء في قرار للمحكمة العليا التالي نصه: "عن الوجه الثالث للطعن المتعلق بمخالفة القانون، والذي جاء فيه أن القضاة خالفوا أحكام المادة 78 من قانون الأسرة وذلك بالحكم على الطاعن أن يدفع للمطعون ضدها نفقة شهرية قدرها 4000 دينار وفي نفس الوقت يقضي عليه أيضا بأن يدفع لها مبلغ 70600 دينار مقابل مصاريف العلاج.

لكن حيث ما ينعاه الطاعن على قضاة المجلس غير صحيح فقد ثبت أن القضاة قد احترمو القانون كما ينبغي أن يحترموه، فالنفقة الغذائية شيء ومصاريف العلاج شيء آخر، فلا يمكن الدمج بينهما، وهو ما يجعل الوجه غير سديد ويتعين رفضه"². وقد أصاب القرار السابق، حيث طبق نص المادة 78 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: " تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، حيث أن نفقات ومصاريف العلاج تعد من مشتملات النفقة.

4- نفقة النفاس

جاء في قرار مايلي: " لكن حيث أن النفاس يتطلب عناية خاصة بالمرأة لمدة معينة، وذلك لرعاية صحتها وصحة طفلها، ونظامها الغذائي، ومن ثم فإن المصاريف المتعلقة به لا تقتصر على العلاج والأدوية فقط مثلما يعتقد الطاعن، وإنما تقتضي كذلك

¹ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1993، ج10، ص160، وكذلك وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 1985، ج07، ص774.

² - قرار بتاريخ: 2018/05/09، ملف رقم: 1185143، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2018، ص86.

متابعة نظام غذائي معين، يقتضي هو الآخر مصاريف خاصة، تخضع في تقديرها إلى السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بالزام الطاعن بدفعه للمطعون ضدها المبلغ المذكور مقابل مصاريف النفاس، على هذا الأساس، يكونون قد سببوا قرارهم بما فيه الكفاية، الأمر الذي يجعل الوجه المثار غير مؤسس، ويتعين عدم الالتفات إليه¹.

وقد أصاب هذا الاجتهاد بقضائه باستحقاق الزوجة لمصاريف النفاس، وعدم قصرها في مصاريف العلاج فقط - لأن نفقات العلاج منصوص عنها قانونا في نص المادة 78 من قانون الأسرة، وهي حق للزوجة المريضة في جميع أحوالها - بل تشمل مصاريف النظام الغذائي الذي يجب توفيره للزوجة النفساء، وإن لم ينص عليها المشرع صراحة، فإنها تدخل ضمن ما يعتبر ضروريا عرفا وعادة، تطبيقا للمادة 78 المشار إليها سابقا.

4-تقدير النفقة

قضى المجلس الأعلى في قرار قديم بالآتي نصه: " إن المحكمة حينما حكمت بالنفقة للزوجة وللبنت فإنها لم تقدر ظروف القضية ولم تنتبه إلى الآية الكريمة التي تفرض تقدير النفقة حسب وسع ويسر الزوج، (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره)، وكذلك فإن قانون الأسرة في مادته 1/37 نصت على النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها، فالقضاء ليس جلادا ولا وضعت أحكامه للانتقام ، فكان على المحكمة أن تقدر ظروف الزوج و مدخوله ووسعه والمدة الزمنية التي مرت بها القضية وطول المرافعات، مع مراعاة المادة 79 من قانون الأسرة، وللمجلس الحق نظرا لطول المرافعات أن يحدد النفقة للبنت اعتبارا من تاريخ صدور القرار بعد الإحالة حتى لا تثقل كاهل الزوج بنفقات سنوات طوال، حيث يتبين مما سبق نقض القرار"².

¹ - قرار بتاريخ: 2011/01/13، ملف رقم: 594435، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2011، ص 266.

² - قرار بتاريخ: 1989/01/16، ملف رقم: 51715، المجلة القضائية، ع 02، س 1992، ص 55.

طبق القرار السابق نص المادة 1/37 من قانون الأسرة التي تنص على تقدير نفقة الزوجة حسب وسع الزوج، وهذا القرار صدر سنة 1989، أي قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005، الذي ألغى نص المادة المذكورة ضمناً.

وتجدر الإشارة إلى أنه قبل تعديل 2005 كان هناك تناقض بين نص المادة 1/37 ونص المادة 79 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، حيث أن نص المادة 1/37 يستند على رأي الحنفية والشافعية، بينما استند نص المادة 79 على رأي المالكية والحنابلة، الذين يرون أن تقدير نفقة الزوجة يكون حسب حال الزوجين معاً، والراجح فقها هو رأي الحنفية والشافعية، أي تقدير النفقة حسب حال الزوج، عملاً بالنص الصريح للآية القرآنية، ولما فيه من مرونة وعدالة، لأن القاضي يمكنه تعديل النفقة إذا تغيرت أحوال الزوج من الإعسار إلى اليسار أو العكس¹، لذلك لا بد من تعديل نص المادة 79 بما يتلاءم مع الرأي الراجح فقهاً، وهو الذي استقر عليه التطبيق القضائي في مسألة تقدير نفقة الزوجة.

5- عدم إمكانية الحكم بالنفقة في حالة سبق الحكم بها من القضاء الأجنبي

قضت المحكمة العليا بالآتي: "حيث بمراجعة أوراق ملف القضية مجدداً، لاسيما منها الأمر المستأنف فيه والقرار المطعون فيه، يتبين أن الطاعن أسس استئنافه للأمر الاستعجالي الموميء إليه، كون أنه لا يجوز قانوناً للمدعى عليها في الطعن (ل.د) أن ترفع الدعوى الرهنة، مادام أنها كانت قد تحصلت في وقت سابق من محكمة (ليون) الفرنسية على أمر قضائي مؤرخ في: 09 ديسمبر 2002، ألزم الطاعن بدفع نفقة شهرية باعتباره زوجها.

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 800 - 801.

حيث أن مجلس قضاء وهران لم يناقش هذا الوضع مثلما طرحه صاحب الطعن، بل أكثر من ذلك فإنه حرف مضمونه، إذ اعتبر خطأ أن المستأنف (ب.م) أثار دفعا بعدم الاختصاص المحلي للقضاء الجزائري.

حيث أن الطاعن لم يتمسك بأي دفع بعدم الاختصاص المحلي للقضاء الجزائري، وإن كان قد أشار في عريضة استئنافه أن المطعون ضدها مقيمة في فرنسا وليس في الجزائر.

حيث كان من الواجب على مجلس قضاء وهران أن يتقيد بمضمون الدفع المثار أمامه، وأن يناقشه كما ورد في عريضة الاستئناف، وألا يحرف محتواه وقصد صاحبه. ومن ثم يتضح أن الوسيلتين المتمسك بهما سيدتتين فعلا، مما يعرض القرار المتظلم منه إلى النقض¹.

ثانيا: المسكن الزوجي

نصت المادة 78 من قانون الأسرة على أنه: « تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة». يستفاد من نص المادة السابقة أن المشرع الجزائري اعتبر المسكن من مشتملات نفقة الزوجة دون تحديد مواصفاته باستثناء مواصفة الإمتاع: "السكن أو أجرته"، بحيث تتمكن الزوجة من الانتفاع به سواء كان مملوكا للزوج أو مستأجرا من طرفه. وبالرجوع إلى التطبيق القضائي فإنه مستقر على إرساء حق الزوجة في الانفراد بمسكن مستقل عن أهل الزوج وعن الضرة، حيث قضى المجلس الأعلى بحق الزوجة في المطالبة بمسكن مستقل، حتى ولو لم تحتفظ بهذا الحق في عقد الزواج، كما ركز نفس القرار على ضرورة توفر مواصفة أمن الجوار، حيث جاء في إحدى حيثياته ما يلي: « وحيث أن وجه الطعن ينتقد القرار المطعون فيه بخرقه تلك القواعد، وذلك أنه

¹ - قرار بتاريخ: 2005/02/23، ملف رقم: 331696، مجلة المحكمة العليا، ع01، س 2005، ص307.

ألزم الطاعنة بالانضمام إلى زوجها ليسكن بها في شق يعده لها في دار عائلته، يعني في جوارهم، وهي تشتكي من ذلك الجوار»¹.

وهذا ما سار عليه الاجتهاد القضائي الصادر سنة 1985 الذي قضى: "اعتمادا على قواعد الشريعة الإسلامية التي تقر للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة مستقلة عن أهله، ولو لم تكن تحفظت بذلك الحق حين عقدت الزواج، أو سبق لها أن سكنت مع أقارب أهلها، ثم اشتكت الضرر بسبب جوارهم.

حيث أنه بهذا الشأن وجه الطعن ينتقد القرار المطعون فيه بخرق تلك القواعد، وذلك أنه ألزم الطاعنة باستئناف الحياة الزوجية مع زوجها، بمنزل أهله بسيدي داود، التي اشتكت سابقا من سوء المعاشرة هناك.

فبهذا يكون قرار قضاة الاستئناف هضم حقا ثابتا للمرأة شرعا، لا يمكن إبعاده بسبب أزمة السكن بالجزائر أو غيرها"².

كما قضت كذلك بوجوب إسكان الزوجة بعيدة عن أقارب الزوج وخاصة الضرة ولو لم يثبت الضرر بمستأجرة ونحوها"³.

كما قررت المحكمة العليا أن القضاء للزوجة بالمعاش المستقل دون السكن المستقل يعد مخالفا للقانون، لأن للزوجة الحق شرعا في السكن المستقل عن أهل الزوج"⁴.

وقضت بأن: «مطالبة الزوجة بحقها في سكن مستقل لا يعد مساسا بالطاعة الواجبة عليها اتجاه زوجها»⁵.

1- قرارا بتاريخ 1971/03/03، ملف رقم: غير موجود، نشرة القضاء، ع 02، س 1972، ص 35.

2- قرار بتاريخ: 1985/11/04، ملف رقم: 38331، المجلة القضائية، ع 01، س 1989، ص 101.

3- قرار بتاريخ: 1986/01/13، ملف رقم: 39390، المجلة القضائية، ع 02، س 1990، ص 62.

4- قرار بتاريخ 1998/05/19، ملف رقم 189339، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 216.

5- قرار بتاريخ: 1999/02/16، ملف رقم: 218754، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 222.

وتجدر الإشارة إلى أن قضاء المحكمة العليا استندوا في إرسائه لحق الزوجة في المسكن المستقل على أحكام الفقه المالكي وهذا ما كرسه الفقه الحنفي كذلك¹.

ثالثا: الاشتراطات بين الزوجين

نصت المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر رقم 05-02 على أنه: « للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون».

يستفاد من المادة السابقة أن المشرع أجاز للزوجين اشتراط أي شرط فيه مصلحة لأحدهما شريطة عدم منافاتها لأحكام قانون الأسرة خاصة شرط عدم تعدد الزوجات وعمل الزوجة، وقد أخذ المشرع الجزائري بالرأي الراجح فقها والقائل بصحة هذه الشروط وجوازها نظرا لحاجة الناس إليها، وهو مذهب الإمام أحمد و الأوزاعي وإسحاق وأبي ثور، وهو مروى عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص - رضي الله عنهم - وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، على خلاف رأي الجمهور منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي والليث وابن المنذر والظاهرية الذي يعتبر هذه الشروط باطلة والعقد صحيح².

وقد استقر الاجتهاد القضائي - حتى قبل صدور قانون الأسرة - على تطبيق الرأي الراجح المذكور أعلاه، إذ جاء في قرار ما يلي: « حيث أن المعمول به فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة لنفسها في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة بشرط ألا تحلل حراما أو تحرم حلالا وبشرط ألا تتناقض روح العقد.

¹ - لمزيد تفصيل أنظر رتيبة عياش، مدى تأثير تفويت الاحتباس على استحقاق الزوجة للنفقة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، بن يوسف بن خدة، س 2015-2016، ص 144 وما يليها.

² - أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 155 وما يليها.

وحيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت للزوج، استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج والتزم بها الزوج، مما يترتب عليه فك العصمة وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي»¹.

وقررت المحكمة العليا في إحدى قراراتها وجوب تقديم البينة من قبل الزوجة على اشتراطها لإلزام الزوج به حيث قضت بما يلي: «حيث أن القاعدة العامة أن الزوجة تتبع زوجها وتقيم حيث يقيم ويمكن له إيجاد مسكن للزوجة، وحيث أن للطاعنة الحق في اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية عند أو أثناء أو بعد إبرام عقد الزواج بينهما وتقديم البينة على ذلك.

وحيث أن في دعوى الحال تدعى الطاعنة أنها اشترطت على المطعون ضدها أن يكون مقر الزوجين (بفرنسا).

غير أنها عجزت عن تقديم البينة على ذلك، خاصة وأن الطاعن ينكر ادعاها- وتمسك بالحق الشرعي والقانوني المتمثل في وجوب إقامة الزوجة حيث يقيم...، ولما قضى قضاة الموضوع بإلزام الزوجة حيث يقيم زوجها، فإن قضاءهم غير مشوب بالقصور وانعدام الأساس القانوني، بل جاء متطابقا وأحكام الأسرة ومبادئ الشريعة الإسلامية»².

لكن تجدر الإشارة إلى أن معظم عقود الزواج في الجزائر تتم أمام ضابط الحالة المدنية، ولا يمكن عمليا تدوين هذه الشروط إلا إذا تمت أمام الموثق، وقلما إن لم نقل ينعدم إبرامها على مستوى مكاتب التوثيق، الأمر الذي يمتنع معه وجود بينة على هذه الشروط، إلا إذا تم سماع الشهود على الشروط التي تتم شفويا أثناء مجلس العقد.

1- قرار بتاريخ 1971/03/03، ملف رقم: غير موجود، نشر القضاة، ع 02، س 1972، ص 39.

2- قرار بتاريخ: 12 / 04 / 2006، ملف رقم 358665، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2006، ص 491.

الفرع الثاني: القرارات الصادرة في حقوق الزوج

إن أهم حق للزوج هو حق القوامة والمقصود به رئاسة الأسرة أو العائلة، ومن ثم يجب طاعته من طرف الزوجة، وهذا ما نصت عليه المادة 39 الملغاة¹ من قانون الأسرة، حيث جاء في الفقرة الأولى منها: «يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة»، لكن حق الزوج في الرئاسة والطاعة يبقى قائما تطبيقا للمادة 222 من قانون الأسرة التي أحالت فيما لم يرد فيه نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾²، ومن أعظم واجبات قوامة الزوج على زوجته الإنفاق عليها، والتي لا يسقط حقها فيه إلا إذا ثبت نشوزها أي خروجها عن طاعة الزوج، وهذا ما جاء في المادة 01/37 قبل إلغائها الضمني³، حيث كانت تنص على أنه: «يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب ومعه إلا إذا أثبت نشوزها».

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي فإنه مستقر على أن نشوز الزوجة لا يثبت إلا بموجب محضر امتناع عن الرجوع إلى المسكن الزوجي، عند تنفيذ حكم نهائي يقضي بالرجوع⁴.

كما قررت المحكمة العليا أن تنفيذ الحكم بالرجوع يجب أن يكون بمبادرة وسعي من الزوج، ولا ينتظر تنفيذ هذا الحكم من الزوجة حتى ولو كانت إجراءات تنفيذه سليمة وتتماشى وقانون الإجراءات المدنية والإدارية⁵.

1- ألغيت هذه المادة بموجب الأمر رقم: 05-02.

2- سورة النساء، الآية 34.

3- تم إلغاؤها بموجب الأمر رقم: 05-02.

4- قرار بتاريخ: 2005/10/12، ملف رقم: 339353، نشرة القضاة، ع 63، س 2008، ص 339.

5- قرار بتاريخ: 2000/02/22، ملف رقم: 235357، المجلة القضائية، ع 01، س 2001، ص 271. وقرار

بتاريخ: 2006/12/12، ملف رقم: 374449، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2007، ص 505.

وتجدر الإشارة إلا أن القضاء الجزائري استند إلى رأي المالكية في إثبات نشوز الزوجة، لأن أهم شرط وضعه الفقه المالكي لاعتبار الزوجة الخارجة دون إذن زوجها ناشزا هو عدم قدرة الزوج على ردها سواء بنفسه أو بإرسال رسول إليها أو عن طريق محاكمتها، فإن كان بإمكان الزوج القيام بذلك وفرط وجبت لها النفقة ولم تسقط¹. وحتى تعتبر الزوجة ناشزا يجب أن يكون امتناعها عن الرجوع إلى بيت الزوجية دون مبرر شرعي، وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، حيث جاء في إحدى قراراتها ما يلي: « ولما ثبت نشوز المطعون ضدها ورفضها الرجوع إلى بيت الزوجية دون مبرر شرعي فإن حقها في النفقة يسقط»².

ولعل أهم المبررات الشرعية هو المطالبة بتوفير مسكن مستقل للزوجة، وهذا ما استقر عليه قرارات المحكمة العليا، حيث قضت بأن عدم رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية شريطة توفير مسكن مستقل عن أهل الزوج أو عن الزوجة الثانية لا يعد نشوزا³.

وقضت كذلك بأن مطالبة الزوجة بحقها في سكن مستقل لا يعد مساسا بالطاعة الواجبة عليها اتجاه زوجها⁴.

المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي الصادر في حقوق الأولاد

يتضمن هذا المطلب تفصيل أهم الاجتهادات القضائية التي صدرت في المسائل المتعلقة بنسب الولد (الفرع الأول)، والصادرة في مسائل نفقته (الفرع الثاني).

1- رتيبة عياش، المرجع السابق (أطروحة دكتوراه)، ص 200 وما يليها.

2- قرار بتاريخ: 2005/10/12، ملف رقم: 345125، نشرة القضاة، ع 61، س 2006، ص 332.

3- قرار بتاريخ: 2006/07/12، ملف رقم: 364855، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2006، ص 469.

وقرار بتاريخ: 1999/02/06، ملف رقم: 213669، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 219.

4- قرار بتاريخ: 1999/02/16، ملف رقم: 218754، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 222.

الفرع الأول: القرارات الصادرة في النسب

يعد حق الطفل في النسب أهم حق له بعد حقه في الحياة لأنه من خلاله تتقرر له باقي الحقوق الأخرى، لذلك احتاط الفقه والقانون في إثباته ونفيه، وهذا ما سيتضح من خلال الآتي بيانه:

أولاً: إثبات النسب بالوسائل المنصوص عنها قانوناً

نصت المادة 40 من قانون الأسرة على أنه: «يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب». وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي الصادر بخصوص هذه المادة يستنتج ما سيفصل لاحقاً:

1- وجوب إثبات توفر وسيلة من الوسائل المنصوص عنها قانوناً

بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي فإن القضاء مستقر على ضرورة إثبات توفر حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة السابقة من أجل إثبات النسب، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها التي جاء فيها: «من المقرر قانوناً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح... ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقاً سليماً للقانون. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة لم تثبت أي 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 استجوب رفض الطعن»¹.

1- قرار بتاريخ: 1991/05/21، ملف رقم 74712، المجلة القضائية، ع 02، س 1994، ص 56.

واعتبرت المحكمة العليا أن القضاء بخلاف المبدأ المنصوص عليه في المادة 40 يعد مخالفة للقانون، حيث جاء في قرار لها ما يلي: «ومتى تبين في 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 المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض»¹.

وجاء في قرار غير منشور للمحكمة العليا ما يلي: "لكن حيث أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم المطعون فيه على اعتراف الطاعن بإرجاع زوجته المطعون ضدها خلال سنة 2004 وأنها حملت منه ووضعت حملها بتاريخ : 05 /12/ 2005 ولم ينكر ذلك في الوقت المناسب، فإنهم لم يكونوا ملزمين باللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ما دامت المادة 2/40 تجيز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وعليه فإن الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه."²

كما جاء في قرار آخر غير منشور كذلك الآتي نصه: "لكن ورغم أن المطعون ضدها طالبت على مستوى الاستئناف الاستجابة لطلبات الطاعن، فإن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على الزواج الصحيح الذي كان قائما بين الطاعن والمطعون ضدها، وأن البنات ازدادت في وقتها، لذا أيدوا الحكم المستأنف الذي رفض دعوى الطاعن، لأنه عاد بعد مرور عدة سنوات للمطالبة بإجراء التحليل للتأكد من نسب البنات له، وأن ذلك الطلب سبق رفضه بموجب حكم مؤرخ في : 11 /12 /1989، وأن إثبات نسب الطفل إحياء له ونفيه قتل له، وبذلك فإن قضاة المجلس لم يخرقوا أي قاعدة جوهرية للإجراءات

1- قرار بتاريخ: 15/06/1999، ملف رقم 222674، المجلة القضائية، ع 01، س 1999، ص 126.

2- قرار بتاريخ: 08 /07 /2009، غير منشور.

لأنهم غير ملزمين بمسايرة طلبات الخصوم، وعليه فإن الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه.¹

وجاء في حيثيات قرار المحكمة العليا ما يلي: " ثبوت النسب بالفراش أو الإقرار مقدم على الوسائل العلمية "².
يستفاد من القرارات السابقة الآتي بيانه:

-استقر اجتهاد المحكمة العليا على عدم استخدام البصمة الوراثية كبديل عن الوسائل المنصوص عليها قانونا لإثبات النسب، كما استقر على عدم إمكانية التأكد من النسب الثابت شرعا، وهذا ما يتوافق وقواعد الشرع التي لا تجيز محاولة التأكد من النسب بعد ثبوته شرعا بأي وسيلة كانت - البصمة الوراثية أو غيرها-، لأن من مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النسب والعرض، ومحاولة التأكد منه فيه قدح في الأعراض، وحتى ولو تم إجراء البصمة الوراثية وأظهرت النتائج خلاف المحكوم به شرعا فلا يجوز الالتفات إلى تلك النتائج³، وقد أضاف المشرع وسيلة جوازية للقاضي لإثبات النسب في تعديله لقانون الأسرة سنة 2005 تتمثل في الطرق العلمية أو فحص البصمة الوراثية، دون تحديد ضوابط لذلك، لأنه لا يمكن الأخذ بالبصمة الوراثية لإثبات نسب ثابت بإحدى الطرق الشرعية والتي نص عليها المشرع في نفس النص، وقد حدد المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشر الحالات التي يمكن فيها الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

¹ - فرار بتاريخ: 2009/ 06/10، غير منشور.

² - قرار بتاريخ: 10/ 09/ 2015، ملف رقم: 0944691، مجلة المحكمة العليا، ع 02، سنة 2015، ص 166.

³ - عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، دار الفضيلة، الرياض، ط 01، 2002، ص 64.

- حالات التنازع على مجهول النسب.

- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية المواليد والاشتباه في أطفال الأنابيب ونحوها.

- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث والكوارث.¹

2- إثبات النسب بالإقرار

قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بما يلي: « من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار: ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة... الخ».

كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ: 1997/04/06 فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، كما أن المادتين 341 و461 من القانون المدني لا تنطبقان على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة.

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وبالدفء بالمادة 42 من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل، لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار.

¹ - عمر بن محمد السبيل، المرجع نفسه، ص 50.

وعليه فإن القضاة لما لم ينتبهوا إلى وجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق فإنهم خالفوا الشرع والقانون وعرضوا إقرارهم للقصور في التسبيب.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

وجاء في قرار للمحكمة صادر سنة 2011 ما يلي: "فضلا عن أنه في حالة ثبوت أن المطعون ضده هو من قام بالتصريح لدى ضابط الحالة المدنية وهو موظف عمومي بمقتضى وظيفته بتسجيل البنت باسمه في سجلات الحالة المدنية فإن ذلك يعد إقرارا منه بنسب البنت وفق نص المادة 40 المشار إليها، وأن المقرر شرعا أن الإقرار بالبنة المجرد والذي ليس فيه تحميل النسب على الغير يثبت به النسب متى كان إقرارا مباشرا فيه تحميل النسب على النفس، وأن الإقرار بذلك يعد حجة في ثبوت النسب من المقر ولو ثبت بطريق آخر خلاف ذلك، وهو بعد الإقرار لا يتحمل النفي من المقر لما في ذلك من حق البنت في النسب ولا يصدق المقر في التراجع عنه والمطالبة بإسقاطه مما يجعل الوجه سديدا ويعرض القرار للنقض"².

وقضت المحكمة العليا بما يلي: "لكن حيث أن المقرر شرعا وقانونا أن الإقرار بالبنة المجرد الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير يثبت به النسب، ويكون ذلك حجة على المقر، ولو ثبت بطريق آخر خلاف ذلك، وهو بعد الإقرار لا يحتمل النفي لا بشهادة الشهود ولا بالخبرة العلمية وتحت أي ادعاء بالتبني أو بغيره، سواء من المقر نفسه أو من ورثته بعد وفاته، لما ترتب عن ذلك من حق الولد في النسب، وبالتالي فطالما أن المرحومة (ز.ف) قد أقدمت رفقة زوجها على تسجيل المطعون ضدها في سجلات الحالة المدنية، على أنها ابنتهما حسبما تشير إلى ذلك شهادة الميلاد المدرجة في الملف، والتي وردت خالية من الإشارة إلى التبني الذي ادعاه الطاعنون، فإن ذلك

1- قرار بتاريخ: 1998/12/15، ملف رقم: 202430، المجلة القضائية، ع 01، س 1999، ص 122.

2- قرار بتاريخ: 2011/05/12، ملف رقم: 617374، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2012، ص 294.

يعد منها إقرارا بالبنة لا بالتبني، ويعد حجة عليهما حال حياتهما وبعد وفاتهما، مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض.

حيث أنه بذلك يصبح الوجه الوحيد غير مؤسس ويتعين معه رفض الطعن¹. كما جاء في قرار للمحكمة العليا الآتي نصه: "وحيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه المؤيد للحكم المستأنف، فإن قضاة الموضوع وقفوا على أن المطعون ضده سجل باسم مورث الطاعنين بموجب شهادة الميلاد الصادرة عن الحالة المدنية لبلدية خنشلة تحت رقم: 08 وسجل ميلاد، بموجب حكم صادر سنة 1972 على أن (ن.ب) ابن ع و(ن.ر) المولود خلال سنة 1954 بخنشلة، وأنه خلافا لما جاء في الوجه، فإن ذلك يعد إقرارا بأبوته، وأن ثبوت النسب بالإقرار لا يشترط فيه ثبوت العلاقة الزوجية، بين مورث الطاعنين ووالدة المطعون ضده.

حيث أنه بذلك يصبح الوجه الوحيد غير مؤسس ويتعين معه رفض الطعن². وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر سنة 2019 ما مفاده: "إن قضاة الموضوع وقفوا على أن المطعون ضده يحمل اسمين ولقبين، وله شهادتي ميلاد، وأن اسمه الحقيقي (ز.ف) لأبيه (أ) وأمه (ب.ف)، وأنه بثبوت نسبه منهما، يصبح معلوم النسب، ويكون إقرار المدعي (ز.ع) له بالنسب باطلا، كون الإقرار بالنسب لا يكون إلا لمجهول النسب، وهو ما أثبتته قضاة الموضوع من خلال إجراء تحاليل الحمض النووي والتحقيق مما يجعل الوجه في مجمله غير سديد"³.

يستفاد من القرارات السابقة ما يلي:

- اعتبار الإقرار من بين أهم وسائل إثبات النسب.

¹- قرار بتاريخ: 2012/11/14، ملف رقم: 0761943، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2013، ص 284.

²- قرار بتاريخ: 2015/03/12، ملف رقم: 0860240، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2015، ص 239.

³- قرار بتاريخ: 1019/02/06، رقم الملف: 1277086، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2019، ص 72.

- الإقرار لا يكون إلا لمجهول النسب، وإلا كان باطلا¹.
- الاعتداد بالإقرار الواقع أمام ضابط الحالة المدنية، وبالإقرار الواقع أمام الموثق، وعدم اشتراط الاجتهاد القضائي لوقوع الإقرار أمام القضاء، وذلك إعمالا لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي أحالت في حالة عدم وجود نص - كما هو الحال في الإقرار- إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والفقهاء الإسلامي لا يشترط وقوع الإقرار أمام القضاء، واستبعاد أحكام القانون المدني، الذي نص في مادته 341 على وجوب وقوع الإقرار أمام القضاء.

- رفض أي دفع يشكل تراجعا عن الإقرار المباشر، لأن الإقرار يعد حجة على المقر، ولو ثبت بطريق آخر خلاف ذلك، وهذا ما يتطابق وأحكام الفقهاء الإسلامي في عمومته الذي لا يجيز التراجع عن الإقرار المباشر².

- لا يشترط في الإقرار ثبوت العلاقة الزوجية، وهذا ما يتماشى كذلك مع الموقف الفقهي الذي لم يجعل توفر العلاقة الزوجية شرطا لصحة الإقرار.

3- إثبات النسب بالشهادة

قضت المحكمة العليا بثبوت النسب بشهادة الأقارب، حيث جاء في قرارها ما يلي: « من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار وبالبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له.

ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزواج والنسب بحجة أن الحكم حاز قوة الشيء المقضي فيه فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون، لأن حجية الشيء المقضي فيه لا تطبق في قضايا

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 690.

2- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 07، ص 692.

الحالة كإثبات الزواج والنسب وأنه يمكن إثبات الزواج والنسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه»¹.

وتجدر الإشارة إلى أن المقصود بالبينة هو شهادة الشهود، لأن نوع البينة التي يثبت بها النسب هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبي حنيفة ومحمد، وشهادة رجلين فقط عند المالكية، وشهادة جميع الورثة عند الشافعية والحنابلة وأبي يوسف²، بينما يلاحظ من القرار السابق أن قضاة المحكمة العليا لم يعتبروا أن البينة هي الشهادة بدليل نص القرار: «... و البينة والشهادة»، مع أن نص المادة 40 من قانون الأسرة واضح وصريح: «..أو البينة» ولم يذكر الشهادة، لأن المقصود بالبينة شهادة الشهود.

4- إثبات النسب بنكاح الشبهة

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر سنة 2011 ما يلي: « حيث أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 40 من قانون الأسرة فإن النسب كما 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 وإبرامه لعقد الزواج اللاحق على الحمل في محاولة للتهرب من المتابعة الجزائية لأنه في حالة ثبوت الاغتصاب بحكم قضائي يعد وطأ بالإكراه وكيف بأنه نكاح شبهة يثبت به النسب وفقاً لنص المادة المذكورة فضلاً عن أنه في حالة ثبوت أن المطعون ضده هو من قام بالتصريح لدى ضابط الحالة المدنية وهو موظف عمومي بمقتضى وظيفته بتسجيل البنت باسمه في سجلات الحالة المدنية فإن ذلك يعد إقراراً منه بنسب البنت وفق نص المادة 40 المشار إليها وأن المقر شرعاً أن الإقرار بالبينة المجرد والذي ليس فيه تحميل النسب على الغير

1- قرار بتاريخ: 1997/10/28، ملف رقم: 172333، المجلة القضائية، ع 01، س 1997، ص 42.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 690.

يثبت به النسب متى كان إقرارا مباشرا فيه تحميل النسب على النفس وأن الإقرار بذلك يعد حجة في ثبوت النسب من المقر ولو ثبت بطريق آخر خلاف ذلك وهو بعد الإقرار لا يتحمل النفي من المقر لما في ذلك من حق البنت في النسب ولا يصدق المقر في التراجع عنه والمطالبة بإسقاطه مما يجعل الوجه سديد ويعرض القرار للنقض»¹.

ويستفاد من القرار السابق وقوع قضاء المحكمة العليا في خطأ جسيم، ومجانبتها للصواب، بتكليفه للاغتصاب بأنه نكاح شبهة، مع العلم أن نكاح الشبهة الذي يثبت به النسب هو الاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، كوطء امرأة يجدها الرجل على فراشه ظنا منه أنها زوجته، وكوطء المطلقة ثلاثا أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له²، أما الاغتصاب فهو زنا بالإكراه، وبالتالي فإن هذا التكليف باطل وليس له أي أساس فقهي أو قانوني.

ولو تم إثبات نسب البنت الناتجة عن العلاقة غير الشرعية تأسيسا على الرأي الفقهي الذي يرى ذلك لكان المستند واضحا³، خاصة إذا ثبت إقراره بالنسب أمام ضابط الحالة المدنية كما أشار قرار المحكمة العليا.

والإشكال الكبير والأشد خطرا هو أن قضاء المحكمة العليا استقر على هذا التكليف في القرارات اللاحقة، ومنها القرار الصادر سنة 2016 الذي قضى بما يلي: "إغراء المعاقة ووطؤها، الثابت بالحكم القاضي بإدانة المعني بجريمة الإغراء وفساد الأخلاق،

1- قرار بتاريخ: 2011/05/12، رقم الملف: 617374، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2012، ص 294.

2 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 688.

3- قضاء المحكمة العليا أثبت نسب الولد الناتج عن علاقة غير شرعية ابتداء من سنة 2006، كما سيأتي بيانه لاحقا.

يعد من قبيل الوطء بالإكراه ويأخذ حكم الوطء بالشبهة، يثبت به نسب البنت الناتجة عن هذا الوطء"¹.

وجاء في حيثيات القرار ما يلي: "إن 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". والملاحظ أن الوطء المشار إليه في هذا القرار هو زنا بالإكراه أو الاغتصاب، ويكون قضاء المحكمة العليا قد وضح الخطأ الذي وقع فيه من خلال تعريفه للشبهة المثبتة للنسب بأنها كل وطء حرام لا حد فيه أي لا يوصف بأنه زنا، في حين أن الثابت في القضية أن هذه العلاقة هي زنا موجبة للحد في جانب الزاني، لأن الفقه عرف الزنا الموجبة للحد بأنها كل اتصال جنسي قائم على أساس غير شرعي، من غير شبهة النكاح تترتب عليه العقوبة المقررة.²

ثانيا: نسب الولد الناتج عن علاقة غير شرعية

بالرجوع إلى المادة 41 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة». يستفاد عدم إمكانية نسب ولد الزنا لأبيه، لأنها اشترطت في ثبوت نسب الولد لأبيه أن يكون الزواج شرعا، وقد أخذ المشرع الجزائري في هذه المادة برأي جمهور الفقهاء الذين قالوا بعدم ثبوت نسب ولد الزنا إلى الزاني ولو أقر بينوته له من الزنا³، وهذا هو الرأي الذي استقر عليه قضاء المحكمة العليا خلال فترة معينة وهذا ما يتضح من عدة قرارات صادرة قديما.

¹ - قرار بتاريخ: 07/ 12/ 2016، ملف رقم: 1027105، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2016، ص 288.

² - السيد سابق، المرجع السابق، ج 2، ص 400.

³ - أبو مالك بن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 459.

منها القرار القاضي بما يلي: « من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح، وأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، ومن ثم فإن الولد ولد بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك، فإن النفي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس ويستوجب الرفض.

إذا كان الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف طبقوا في قرارهم 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 للحمل، وأن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا لا ينسب إلى أبيه، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»¹.

وقضت بأنه: « من المقرر قانونا أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشر أشهر.

ومتى تبين - من قضية الحال - أن مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة لأن الزواج تم بتاريخ 1994/05/02 والولد قد ولد بتاريخ 1994/5/07، كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به لأن الإدارة غي 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»².

لكن ابتداء من سنة 2006، اتجهت المحكمة العليا إلى الاعتداد بثبوت نسب الولد الناتج عن علاقة غير شرعية.

1- قرار بتاريخ: 1984/12/17/ ملف رقم: 35087، المجلة القضائية، ع 01، س 1990، ص 86.
2- قرار بتاريخ: 1998/11/17، ملف رقم: 210478، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 85.

حيث جاء في القرار الصادر عنها ما يلي: « حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبني 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 أنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البيئة، 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 وألا تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة أن 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»¹.

يستفاد من القرار السابق أن قضاة المحكمة العليا أكدوا إمكانية ثبوت نسب الولد الناتج عن علاقة غير شرعية في حالة إثبات الخبرة العلمية لذلك. والرأي الفقهي الذي يقر بثبوت نسب ولد الزنا للزاني هو ما ذهب إليه إسحاق بن راهوية وشيخ الإسلام ابن تيمية وغيرهما². كما كيف القرار الخبرة العلمية على أنها بيئة طبقاً لنص المادة 40 من قانون الأسرة وهذا خطأ، لأن المقصود بالبيئة هي الشهادة كما سبق توضيحه. وأكد هذا القرار ضرورة التفرقة بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 من قانون الأسرة وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية.

1- قرار بتاريخ: 2006/03/5، ملف رقم: 355180، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2006، ص 469.

2- أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 459.

وتجدر الإشارة إلى أن إلحاق نسب ولد الزنا يثبت في الرأي الفقهي الذي يثبت نسب ولد الزنا للزاني عن طريق الإقرار، أما في هذا القرار فإن المطعون ضده لم يقر به.

والقرار الآخر الذي أكدت فيه المحكمة العليا ثبوت نسب ولد الزنا للمقر به، هو القرار الذي كificت فيه الاغتصاب على أنه نكاح شبيهة.

ثالثاً: نفي النسب

1- الطريق الوحيد لنفي النسب

من خلال نص المادة 41 من قانون الأسرة الذي جاء فيه ما يلي: « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة»، يستفاد أن هناك عدة طرق مشروعة لنفي النسب وهذا خطأ، لأن الطريق الوحيد لنفيه هو اللعان. وهذا ثابت بنص القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (7) وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (8) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾¹.

وثابت في سنة النبي ﷺ وهو ما أجمع عليه الفقه الإسلامي واستقر عليه قضاء المحكمة العليا، ومنها القرار الصادر سنة 2012 الذي جاء فيه: "النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان فقط، وهو الطريق المشروع الذي قصده المادة 41 من قانون الأسرة"²، والقرار الصادر 2019 الذي قضى بأن: "الطرق المشروعة المقررة لنفي النسب من جانب الرجل المنصوص عليها في المادة 41 من قانون الأسرة تتمثل في

1- سورة النور، الآية 06، 07، 08، 09.

2- قرار بتاريخ: 2012/12/13، ملف رقم: 828820، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2014، ص 323.

اللعان دون غيره، وهو الطريق الشرعي الذي قصدته المادة المذكورة، ولا يجوز تقديم الطرق العلمية ومنها البصمة الوراثية عليه".¹

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع ذكر اللعان كمانع من موانع الإرث في المادة 138 التي نصت على أنه: «يمنع من الإرث اللعان والردة»، ويستشف من هذا النص ضمناً أن اللعان هو الطريق لنفي النسب، لأنه لا يمنع من الإرث إلا بعد نفي النسب. كما تجدر الإشارة إلى أن قانون الأسرة لم ينص على شروط اللعان ولا على كفيته ولا آثاره، مما تطلب اجتهادا من القضاء تطبيقاً لنص المادة 222 من نفس القانون.

2- عدم إمكانية نفي نسب ثابت شرعا

جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "عن الوجه الثاني المأخوذ من مخالفة القانون، بدعوى أن المادة 02/40 من قانون الأسرة فتحت المجال لقطع دابر الشك حول النسب بالركون إلى الطرق العلمية لإثباته أو نفيه، وأنه أمام تمسك الطاعن بإجراء التحليل الطبي بواسطة الحمض النووي، وتقديم شهادة طبية تفيد عجزه الجنسي عن الإنجاب، فإن قضاة الموضوع خالفوا نص المادة 02/ 40 المذكورة وعرضوا قرارهم للطعن.

لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع أثبتوا أن طرفي النزاع على علاقة شرعية وفق عقد الزواج المؤرخ في: 06/ 08/ 2001، وأثمرت هذه العلاقة عن الأبناء الثلاثة حال قيام العلاقة الزوجية، وأن الطاعن أقر بنسبهم إليه، وفق الثابت من الحكمين المؤرخين في: 24 / 11 / 2007 و 11 / 10 / 2008، ولم يصدر منه نفي بالطرق المشروعة، وبالتالي فإن نسب الأبناء الثلاثة ثابت من والدهم الطاعن بالزواج الصحيح بمفهوم المادة 40 من قانون الأسرة،

¹ - قرار بتاريخ: 06 / 03 / 2019، ملف رقم: 1277359، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2019، ص 76.

وهو بعد الإثبات غير قابل للنفي لا بالبصمة الوراثية ولا باللعان ولا بأي طريق، وأن قضاة الموضوع باستبعادهم طلب إجراء التحاليل المؤسس على المادة 40/ 02 من القانون المذكور ورفضهم الدعوى قد طبقوا صحيح القانون، لأن هذا النص مقرر للإثبات وليس للنفي، والحال وأن النسب ثابت بالزواج الصحيح، مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض¹.

وجاء في قرار آخر ما يفيد: "لكن حيث إنه بالرجوع إلى وقائع وحيثيات القرار المطعون فيه يتبين أن الطاعن تزوج والدة المطعون ضدها خلال شهر جوان 1974، وتم تسجيل هذا الزواج بحكم قضائي صادر بتاريخ: 23/ 02/ 1998، ليصدر حكم الطلاق بتاريخ: 12/ 10/ 1998، وتم إلحاق نسب المطعون ضدها بوالدها الطاعن بتاريخ: 19/ 10/ 1998، وبالتالي فإن نسب المطعون ضدها ثابت في هذه الحالة بالزواج الصحيح وبالإقرار و بحكم قضائي نهائي، وهو بعد ثبوته بهذه الطرق لا يقبل النفي بأي طريق وتحت أي ادعاء، ولو ثبت بالتحاليل خلاف ذلك، لأن ثبوت النسب بالفراش أو الإقرار مقدم على الوسائل العلمية، ولا تقوى هذه الوسائل على معارضة النسب الثابت بهما، فضلا عن الاستعانة بها لتأكيديه أو نفيه لما في ذلك من حق الولد في النسب، ولما يترتب عن ذلك من أضرار نفسية واجتماعية بالأفراد والأسرة والمجتمع، مما يجعل الوجهين غير سديدين.

حيث إنه بذلك يصبح الوجهان غير مؤسسين ويتعين معه رفض الطعن².

يستفاد من القرارين السابقين عدم جواز نفي نسب ثابت بإحدى الطرق الشرعية والقانونية، سواء باللعان أو بالوسائل العلمية الحديثة.

¹ - قرار بتاريخ: 15/03/2012، ملف رقم: 690718، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2013، ص 268.

² - قرار بتاريخ: 10/09/2015، ملف رقم: 0944691، مجلة المحكمة العليا، ع 02، سنة 2015، ص

وقد أصاب القراران عندما أكدا عدم إمكانية نفي نسب ثابت شرعا¹، لكنهما جانبا الصواب عندما لم يتصديا لمسألة المطالبة بنفي النسب بالطرق العلمية الحديثة، إذ لا يجوز الاعتماد على نتائج البصمة الوراثية في نفي النسب بصفة مستقلة كبديل عن اللعان².

3- الشروط العامة في دعوى اللعان

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر سنة 2019 ما يلي: "اللعان لا يكون إلا بحكم قضائي بناء على دعوى نفي النسب المرفوعة، وبعد تأكد القاضي من قيام الشروط التالية:

- قيام العلاقة الزوجية سواء حال العصمة وفي العدة من طلاق رجعي أو بائن، وفي العدة في نفي الحمل إلى أقصى مدة الحمل.

- أن يكون الزوجان بالغين عاقلين مسلمين.

- أن ترفع دعوى النسب.....

- ألا يتقدم من الزوج إقرار بالولد ولو دلالة أو ضمنا، كأن يصرح بأن الولد منه، أو يأخذ زوجته للطبيب لمتابعة صحة الجنين أو يقبل التهنة بالمولود.

- تحقق حياة الولد إذا كان النفي بعد الولادة.

وهي شروط يجب إبرازها في حكم اللعان بعد ثبوتها والتأكد من توافرها من طرف القاضي، وفي حالة انعدام أي شرط منها لا تقبل دعوى النفي ويثبت بذلك النسب³.

يستفاد من الاجتهاد القضائي السابق ما يلي:

¹ - مناقشات جلسة المجمع الفقهي الإسلامي في دورته 15 المنعقدة في شهر رجب سنة 1419 هـ، ص 21.

² - وهذا ما سيتضح لاحقا عند الحديث على عدم إمكانية اعتبار البصمة الوراثية بديلا عن اللعان.

³ - قرار بتاريخ: 06/03/2019، ملف رقم: 1277359، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2019، ص 76.

- اعتماد الاجتهاد في اشتراط قيام العلاقة الزوجية حال العصمة أو في عدة الطلاق الرجعي على المتفق عليه فقها، واستند في البائن على رأي الجمهور خلافا للأحناف الذين لا يجيزون الملاعنة في عدة الطلاق البائن، بينما كرس رأي المالكية في العدة في نفي الحمل إلى أقصى مدة الحمل¹.

- عدم اشتراط الاجتهاد للزواج الصحيح، مما يفهم ضمنا صحة اللعان في الزواج الفاسد، وقد طبق بذلك رأي جمهور الفقهاء غير الأحناف -الذين يشترطون صحة الزواج -، وعلى الخصوص رأي المالكية الذين صرحوا بأن يكون اللعان في الزواج الصحيح والفاسد².

- كرس الاجتهاد القضائي في اشتراط إسلام الزوجين رأي الأحناف الذين يوجبون بالإضافة إلى كون الزوجين عاقلين بالغين أن يكونا مسلمين، بينما اشترط المالكية إسلام الزوج فقط مع بلوغ الزوجين وعقلهما، في حين لم يشترط الشافعية والحنابلة إسلام الزوجين³.

- اعتمد الاجتهاد القضائي في اشتراطه عدم إقرار الزوج بالولد ولو ضمنا، على ما صرح به الفقه الحنفي والحنبلي⁴.

- اشترط الاجتهاد تحقق حياة الولد إذا كان النفي بعد الولادة، وقد كرس بذلك ما اشترطه الأحناف، لكنهم قيدوا حياة الولد بوقت التفريق بين الزوجين⁵.

مع ملاحظة نص الاجتهاد على مراعاة الأجل لقبول دعوى اللعان، وهو موضوع المسألة التالية.

¹- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 562-563.

²- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 562-563.

³- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 07، ص 562-563.

⁴- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 07، ص 568-570.

⁵- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 07، ص 568.

4-الأجل الواجب مراعاته لقبول دعوى اللعان

قضى المجلس الأعلى سنة 1971 بما يلي: " إن دعوى إنكار الأنساب لا يمكن إقامتها بعد مرور سبعة أيام من تاريخ الميلاد، وفي هذا تطبيق سليم لقواعد الشرع " ¹

وقضى سنة 1984 بما يلي: "إنه بعدم إنكار الزوج للحمل يوم سمع به أوحين ولادته في المهلة القريبة التي يقررها الشرع لإجراء اللعان سقط حقه في إنكار النسب " ².

وفي سنة 1985 جاء في قرار له ما يفيد الآتي: " من المبادئ المستفادة في الشريعة الإسلامية أن من جملة الشروط لنفي الحمل أو الولد عند المالكية هو التعجيل باللعان بعد علم الزوج بالحمل أو الولد ،فإذا أصر لعانها ولو يوماً واحداً بعد علمه بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا امتنع لعانه لها" ³ .

وفي سنة 1995 قضت المحكمة العليا بما يلي: " إن نفي النسب أو اللعان طبقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة يكون له فترة معينة وقصيرة بعد العلم بالحمل أو الوضع، وليس بعد مرور عدة أشهر بعد المطالبة بالنفقة" ⁴.

وجاء في القرار الصادر عنها سنة 1997 ما يلي: " حيث أن اللعان لا يكون إلا في أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه" ⁵.

¹ - قرار بتاريخ: 03/ 02/ 1971، ملف رقم: غير موجود ، نشرة القضاة، ع 02 ،س 1972 ، ، ص 44.

² - قرار بتاريخ: 03/ 12/ 1984، ملف رقم: 35326 ، المجلة القضائية، ع 01 ، سنة 1990 ، ، ص 83.

³ - قرار بتاريخ: 25/ 02/ 1985، رقم: 35934، المجلة القضائية، ع 01 ، س 1989، ص 83.

⁴ - قرار بتاريخ: 26/ 09/ 1995، رقم: 121026، نشرة القضاة، ع 55، س 1999، ص 168.

⁵ - قرار بتاريخ: 28/ 10/ 1997، رقم: 172379، نشرة القضاة، ع 54، س 1999، ص 103.

بينما قضت في القرار الصادر سنة 2002 بما يلي: "مدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل"¹.

وجاء في القرار الصادر سنة 2019 - الذي ذكر حدد شروط اللعان- ما يلي: " أن ترفع دعوى نفي الحمل أو الولد مباشرة بعد العلم، وفي مدة أقصاها ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو الولادة"².

يستفاد من القرارات السابقة ما يلي:

- أن مراعاة أجل اللعان يعد شرطاً جوهرياً لقبول الدعوى المرفوعة بشأنه.
- استقرار قضاء المحكمة العليا على جواز اللعان قبل الوضع أي نفي نسب الحمل أخذاً برأي المالكية والشافعية، وهو الرأي الراجح فقهاً، خلافاً لرأي الحنفية والحنابلة الذين لا يجيزون الملاعنة إلا بعد وضع الحمل³.

- عدم تكريس قضاء المحكمة العليا لرأي المالكية فيما يخص تعجيل اللعان بعد علم بالزواج بالحمل أو الولد (الوضع) حيث أنه إذا أصر اللعان ولو يوماً بلا عذر امتنع لعانه⁴، إلا في القرار الصادر سنة 1985.

- كرس القرار الأول والقرار الصادر سنة 2002 رأي أبي حنيفة الذي حدد أقصى أجل بسبعة أيام من يوم الولادة، حيث اشترط أن يتم اللعان بعد الولادة مباشرة أو بعدها بيوم أو يومين أو نحوهما إلى سبعة أيام، مدة التهنة بالمولود عادة، فإن نفاه بعدئذ لا ينتفي، بينما حدد صاحبان المدة بأربعين يوماً وهي أكثر مدة للنفاس⁵.

¹ - قرار بتاريخ: 25/ 12/ 2002، رقم: 296020، المجلة القضائية، ع 01، س 2004، ص 282.

² - قرار بتاريخ: 06/ 03/ 2019، ملف رقم: 1277359، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2019، ص 76.

³ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 559.

⁴ - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 07، ص 567.

⁵ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 568.

- تذبذب الاجتهاد في الأجل الواجب مراعاته في رفع دعوى اللعان، كما أنه مزج بين الفقه المالكي في نفي نسب الحمل ورأي أبي حنيفة في التراخي في رفع الدعوى.

وجاء في قرار للمحكمة العليا جواز تأخير اللعان لظروف خاصة، بالرغم من وجوب التعجيل به شرعا وفقها، حيث جاء في حيثيات القرار ما يلي: « وفي العذر المذكور يمكن الحكم، فالطاعن علم بالحمل وهو على وشك السفر وهو موظف مرتبط بمواعيد عمله واختيار الزوجة هذا الظرف لإخباره بحملها فيه ريبة وعدوله عن السفر للقيام بإجراءات اللعان وقت إخباره فيه إضرار به وبعمله كموظف في سفارة بالخارج، وكان على القضاة سيما بالمجلس أن يراعوا هذا الجانب ويعتبرونه عذرا شرعيا ويمكنوه من اللعان...»¹.

وقد نص الفقه على جواز تأخير اللعان لعذر²، وهذا ما كرسه قضاء المحكمة العليا في هذا القرار.

5- عدم إمكانية الاعتماد على الخبرة الطبية في نفي النسب

أ- عدم جواز الاعتماد على الخبرة الطبية كبديل على اللعان

قضت المحكمة العليا في القرار الصادر سنة 2012 بما يلي: " لكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأن قضاة الموضوع أشاروا 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 ضمنا 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، وأن نص المادة 02 /40 من قانون الأسرة مقرر

1- قرار بتاريخ: 16/07/1990، ملف رقم: 76343، المجلة القضائية، ع 03، س 1991، ص 75.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 568.

للإثبات وليس للنفي، والحال وأن النسب هنا ثابت بالفراش، مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب للطعن"¹.

كما قضت في القرار الصادر سنة 2019 الذي بأن: "الطرق المشروعة المقررة لنفي النسب من جانب الرجل المنصوص عليها في المادة 41 من قانون الأسرة تتمثل في اللعان دون غيره، وهو الطريق الشرعي الذي قصدته المادة المذكورة، ولا يجوز تقديم الطرق العلمية ومنها البصمة الوراثية عليه"².

وقد أصاب القراران في قضائهما السابق، حيث طبقا ما جاء في توصيات المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة في دورته السادسة عشر خلال الفترة الممتدة بين 05 و10 سنة 2002 حول البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها: "لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"³.

وقد بينت الشريعة الإسلامية أن نسب الولد لا ينتفي إلا باللعان، ومن ثم لا يصح إلغاؤه بالبصمة الوراثية، لأن في ذلك تعطيل لحكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع"⁴.

ب- عدم إمكانية طلب خبرة طبية بعد رفع دعوى اللعان

جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 2009 ما يلي: «حيث 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 للولد، الذي ينكر المطعون ضده نسبه إليه، والقول ما إذا كان ذلك الولد

¹ - قرار بتاريخ: 2012/12/13، ملف رقم: 828820، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2014، ص 323.

² - قرار بتاريخ: 2019/03/06، ملف رقم: 1277359، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2019، ص 76.

³ - محمد الهواري، الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، مجلة الرائد، مجلد واحد، ع 234، س 2002، ص 06.

⁴ - رجب كريم عبد الله، دور البصمة الوراثية في إثبات النسب في القانون الفرنسي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ط، 2015، ص 112.

من صلبه أم لا، وفي حالة ما إذا كان الولد ليس من صلبه الحكم بإسقاط نسبه عنه،
والغاء شهادة ميلاده.

وحيث أن الحكم المستأنف قضى بتعيين خبيرين مختصين في الطب الشرعي لإجراء
مقارنة بين الشفرة الوراثية للمطعون ضده والولد، وذلك بعد أخذ عينة من أنسجتهما،
والقول إذا كانتا متطابقتين من عدمهما، ومن ثم ما إذا كان المطعون ضده هو والد
الولد أم لا.

حيث أن ذلك الحكم هو حكم تحضييري غير قابل للاستئناف وفقا لنص المادة 145
من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. حيث أن قضاة المجلس لما قبلوا استئناف
الطاعنة شكلا وتطرقوا لموضوع النزاع، يكونون قد خالفوا المادة 145 المذكورة. حيث
أنه 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: 02 / 10 / 2006 قضى بالغاء
الحكم المستأنف الصادر عن محكمة سطيف بتاريخ: 01 / 02 / 2003، وقضى من
جديد بعدم قبول دعوى الملائنة التي رفعها المطعون ضده لورودها خارج الأجل
الشرعي، وبعد الطعن بالنقض ضد القرار من قبل المطعون ضده رفضت المحكمة
العليا طعنه بموجب القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بتاريخ:
16 / 07 / 2008.

وحيث أنه مادام أن المطعون ضده قد التجأ إلى دعوى اللعان، فلا يجوز له التذرع
باتباع أحكام المادة 40 في صياغتها الجديدة التي تنص على أنه: "يثبت النسب
بالزواج الصحيح أو بالإقرار يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات
النسب".

حيث أنه بذلك يتعين أن يمتد نقض القرار المطعون فيه إلى الحكم المستأنف الذي عين الخبيرين وغفل عن مسألة سبق الفصل فيها التي أثارها الطاعنة¹.

يستفاد من القرار السابق الآتي بيانه:

- لو كان طلب الخبرة الطبية في الدعوى الأولى التي كان موضوعها اللعان، لكان هذا الاجتهاد صائباً، لأنه لا يمكن تطبيق أحكام المادة 125 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية المرتبطة بإجراء خبرة طبية، لكن القرار صدر في الدعوى الثانية التي رفعها المطعون ضده - بسبب رفض دعوى اللعان في الدعوى الأولى لورودها خارج الأجل-، بحيث كان موضوع الدعوى الثانية هو طلب الخبرة الطبية بصفة مستقلة بغرض نفي النسب، وهذه المسألة لم يتصد لها قضاة المحكمة العليا.

ويجب تأكيد أن اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة وإجماع الفقهاء، ولا يجوز تعطيل هذا الحكم بأي وسيلة مهما بلغت من الدقة في نظر أهل الاختصاص، سواء كان ذلك بجعل الوسائل العلمية الحديثة بديلاً عن اللعان، أو الاستعانة بها بعد رفع دعوى اللعان.

-لم يتصد القرار السابق لمسألة طلب المطعون ضده إلغاء شهادة الميلاد في حالة نفي النسب، وهذا يدل على أنه أقر بثبوت نسب الولد، وقد سبقت الإشارة إلى عدم جواز التراجع عن الإقرار، وعدم إمكانية نفي نسب ثابت شرعاً، وبناء على ما سبق لا يمكنه رفع دعوى اللعان.

6- ضوابط إجراء اللعان بعد قبول الدعوى

أ- ضابط المكان

جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر سنة 1997 ما يلي: «إن اللعان لا يتم أمام المحكمة، بل مكانه المسجد العتيق ولا يصح في غيره من المساجد...»².

1- قرار بتاريخ: 2009/10/15، ملف رقم: 605592، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2010، ص 245.

2- قرار بتاريخ: 1997/10/28، ملف رقم: 172379، نشرة القضاة، ع 54، س 1999، ص 103.

كما جاء في القرار الصادر سنة 2019: " وأن يتم في المسجد".
استند القراران السابقان على رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والراجح عند
الحنابلة القائلين بتغليظ اللعان من حيث المكان، حيث لا يتم اللعان إلا في المسجد
نظرا لما تتصف به من قدسية وما تحدثه من رهبة في النفوس، على خلاف الحنفية
والقاضي أبي يعلى من الحنابلة¹، والراجح فقها هو رأي الجمهور لما ورد في صحيح
البخاري في باب : اللعان في المسجد حديث سهل بن سعد- في الملائنة وفي السنة
فيها- في رجل من الأنصار أنزل الله في شأنه ما ذكر في القرآن من أمر المتلاعنين،
فقال النبي ﷺ: " قد قضى الله فيك وفي امرأتك"، قال: فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد².
ووقوع اللعان في المسجد قد يساهم في العدول عنه، الأمر الذي يشكل وسيلة وقائية.

ب- ضابط الزمان

جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا سنة 1991: " إن أداء يمين اللعان وقع
بالمسجد بعد صلاة الجمعة " ³.

وجاء في القرار الصادر سنة 2019: " وأن يتم عقب الصلاة أو بعد صلاة العصر
من يوم الجمعة " .

الاجتهادان السابقان كانا متماشين مع رأي جمهور الفقهاء القائلين بتغليظ اللعان
من حيث الزمان كذلك⁴، وهو الرأي الراجح فقها لما ورد في فتح الباري في شرح
الحديث الذي رواه سهل بن سعد، في ملاعنة عويمر لامرأته، قال النبي ﷺ: " قد

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 574-575.

² - رواه البخاري، كتاب: الطلاق، باب: التلاعن في المسجد، رقم: 5309، ص 1100.

³ - قرار بتاريخ: 1991/04/23، ملف رقم: 69798، المجلة القضائية، ع 03، س 1994، ص 54.

⁴ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 574.

أنزل فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها "، قال سهل : فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ¹، ما مفاده زيادة عبارة بعد العصر².

ج - ضوابط مجلس اللعان

جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر سنة 1991 ما يلي: " من الثابت شرعا أنه ليس شرطا أن يتلى يمين اللعان من طرف الإمام، وإنما يكفي أن يقرأ يمين اللعان أي شخص مسلم مكلف بتلقيها قانونا أمام جماعة المسلمين يتجاوز عددهم أربعة.

حيث أن قرار الموثق يذكر أن أداء أيمان اللعان وقع بالمسجد بعد صلاة الجمعة وسط المصلين وبعد تحذيرهم من اليمين"³.

بينما جاء في القرار الصادر سنة 2019 المشار إليه سابقا: " وبعد صدور حكم باللعان يتولى تنفيذه القاضي الذي أصدره وبسعي منه، ويجري بحضوره، بأن يأتي أمامه الزوجان باللعان بعد إلقائه على كل واحد منهما من طرف القاضي وبالصورة التي حددها القرآن الكريم، والترتيب بين ألفاظ اللعان، وأن يبدأ الرجل بالحلف على المرأة، ثم تحلف المرأة والإشارة من كل واحد منهما إلى صاحبه، إن كان حاضرا، وتسميته إن كان غائبا، وأن يعظ القاضي المتلاعنين ويخوفهما من عذاب الله في الآخرة، وأن يتلى عن الزوجين قائمين، وبحضور جماعة من المسلمين لا تقل عن أربعة....ويحرر في ذلك محضرا يحرره القاضي ويتولى الإشراف عليه، وأي لعان يجرى بدون دعوى النفي ودون أن يحكم به القاضي ويتولى الإشراف عليه يعتبر لاغيا

¹ - رواه البخاري، كتاب: الطلاق، باب: اللعان ومن طلق بعد اللعان، رقم: 5308، ص 1099.

² - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، مكتبة الصفا، القاهرة، ط 1، 2003، ج 09، ص 416.

³ - قرار بتاريخ: 1991/04/23، ملف رقم: 69798، المجلة القضائية، ع 03، س 1994، ص 54.

وبدون أثر، لأنه عمل قضائي يختص به القضاء، ويخرج عن نطاق اختصاص الإمام أو المفتي أو غيره من المراجع الدينية.

وبذلك فإن قضاة المجلس بمصادقتهم على اللعان الذي أجراه الإمام، وغياب دعوى نفي النسب وإسقاطهم النسب بناء على ذلك يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون، وجاء قرارهم مشوباً بالقصور في التسبيب، فضلاً عن انعدام الأساس القانوني، مما يجعل الوجه سديداً¹.

يستفاد من القرار السابق ما يلي:

- نص الاجتهاد القضائي الأخير أنه بعد صدور الحكم باللعان يتولى تنفيذ القاضي، لكن الحكم باللعان لا يصدر إلا بعد إجراء اللعان، لأنه بعد قبول دعوى اللعان بتوفر شروطها، يعين القاضي المسجد الذي يتم فيه إجراء اللعان، وبعد إجرائه يصدر الحكم به.

- أن القائم بالإشراف على مجلس اللعان طبقاً للاجتهاد الصادر سنة 2019 هو القاضي بعدما كان كل شخص مسلم مكلف قانوناً، ولا يشترط أن يكون إماماً، حسب ما أكدته القرار الصادر سنة 1991 في الحثية التالية: " إن دفع المستأنف عليها في الطعن بأن اليمين غير قانونية، وأن من الواجب أن يتلى ويقرأ من طرف الإمام وليس مساعد الموثق مردود؟"

لكن بالرجوع إلى التطبيق القضائي فإنه بعد قبول دعوى اللعان يقوم القاضي بإحالة الزوجين إلى المسجد الذي يحدده ويكلف إمامه بتلاوة أيمان اللعان، وبالتالي فإن إمام المسجد يقوم مقام القاضي، إعمالاً لاتفاق الفقهاء على وجوب إجراء اللعان بحضور

¹ - قرار بتاريخ: 06/ 03/ 2019، ملف رقم: 1277359، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2019، ص 76.

القاضي أو من يقوم مقامه¹، مع ضرورة الإشارة إلى عدم تحديد الأشخاص الذين يخول لهم قانونا تلاوة أيمان اللعان من غير الإمام، لكن الملاحظ أن القرار الأخير الصادر سنة 2019 حصر مهمة الإشراف على مجلس اللعان في القاضي الذي عرضت عليه الدعوى.

- الظاهر من القرار الصادر سنة 1991 أن الموثق هو الذي أشرف على مجلس اللعان، وهو الذي يقوم بتحرير تقرير بذلك، لكن التطبيق القضائي يفيد أنه يتم تكليف محضر قضائي لحضور ومعاينة مجلس اللعان، وتحرير محضر بذلك يسلم للقاضي المختص، وهذا على خلاف ما قرره الاجتهاد الأخير الذي فوض الإشراف على اللعان للقاضي، حيث يتولى ذلك شخصيا.

- طبق الاجتهاد الصادر سنة 2019 رأي المالكية حينما نص على أن يتم أداء اللعان أمام جماعة من المسلمين لا يقل عددهم عن أربعة، لكن الملاحظ أن الاجتهاد الصادر سنة 1991 اشترط أن يتجاوز عددهم أربعة، محاولا إعمال رأي المالكية، لكنه لم يكن دقيقا في ذلك، لأن المالكية يشترطون حضور جماعة من المسلمين أقلها أربعة عدول².

- لا بد من القيام بالوعظ والتحذير من اللعان قبل الشروع في التلاعن، وهذا تطبيقا لقول النبي ﷺ للمتلاعنين -كما في حديث ابن عباس-: "إن الله يعلم أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب"³، وهذا ما كرسه القراران معا.

¹ أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 386.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 566.

³ أخرجه البخاري، كتاب: التفسير، باب: ﴿ وَيَذُرُّ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴾،

رقم: 4747، ص 967 - 968 .

-كرس الاجتهاد القضائي الصادر سنة 2019 رأي جمهور الفقهاء في البدء بالزوج في اللعان، خلافا لأبي حنيفة، حيث أنه لو بدأ القاضي بالزوجة، فلا بد من إعادة اللعان، لأن المرأة بشهادتها تقدر في شهادة الرجل، فلا تصح قبل وجود شهادته¹.

- اشترط الاجتهاد الصادر سنة 2019 أن يتلاعن الزوجان عند أداء الأيمان قائمين ليراهما الناس، ويشتهر أمرهما، فيقوم الرجل عند لعانه، والمرأة جالسة، ثم تقوم هي عند لعانها، ويقعد الرجل²، وهذا ما ورد في حديث ابن عباس في ملاعنة هلال لامرأته، حيث جاء فيه: "ثم قامت فشهدت"³.

رابعاً: التصدي لنفي نسب مدون في بلد أجنبي

قضت المحكمة العليا بعدم إمكانية إصدار حكم بإلغاء نسب مدون في عقد مسجل بتراب دولة أجنبية.

وجاء في حيثيات قرارها الآتي: « حيث أن القرار المطعون فيه غير مشوب بالقصور وتناقض الأسباب ولم يخالف القانون وذلك لأن طلب الطاعن على مستوى مجلس قضاء معسكر كان يتمثل في الحكم بإلغاء نسب كل من (س) و(ف) منه ولأنهما ليس من صلبه، وأقر بأنه صرح شخصياً بإلحاق نسبهما به أمام مصالح الحالة المدنية بفرنسا طواعية.

حيث أن القضاء الجزائري ملزم بالتقيد بتطبيق القانون الجزائري في قضية الحال وهو قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية، وبأحكام الشريعة الإسلامية في حالة ما إذا لم

¹ - أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 388.

² - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 07، ص 573.

³ - أخرجه البخاري، كتاب: التفسير، باب: ﴿ وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴾، رقم: 4747، ص 967 - 968 .

يعالج قانون الأسرة حالة ما، وذلك وفق أحكام المادة 222 من قانون الأسرة إلا ما استثنى بمقتضى اتفاقية قضائية.

وحيث أن عقدي ميلاد ونسب الولدين (س) و(ف) مسجلين بالحالة المدنية لبلد أجنبي، وبالتالي فنحن في قضية الحال حيال طلب إلغاء عقد وليس إنشاء عقد.

حيث إن القوانين والأحكام الوطنية تطبق بالتراب الوطني وفق أحكام المادة 04 من القانون المدني وبالتالي لا يمكن إصدار حكم بإلغاء عقد سجل بتراب دولة أجنبية، الأمر الذي يجعل الوجهين المثارين غير وجيهين مما يتعين رفضهما، وتبعاً لذلك رفض الطعن»¹.

ويبدو عدم صحة تأسيس القرار من طرف قضاة المحكمة العليا، لأن الأصل أنه لا يمكن إصدار حكم بإلغاء نسب مدون في عقد، سواء كان مسجلاً في التراب الوطني أو تراب دولة أجنبية، لأنه - وكما تبين في الحثيات - أن الطاعن أقر بنسب ابنه أمام مصالح الحالة المدنية بفرنسا، وقد تم توضيح عدم إمكانية التراجع عن الإقرار فقها وقضاء.

حيث استقر قضاء المحكمة العليا على عدم جواز التراجع عن الإقرار قبل صدور هذا القرار وبعده².

خامساً: دعاوى إبطال التبني

استقر قضاء المحكمة العليا على تكريس قاعدة بطلان التبني شرعاً وقانوناً، كما تصدى لقضاء الموضوع الذي يشترط إنكار النسب لقبول دعوى إبطال التبني. حيث قضت إحدى قراراتها بما يلي: «من المقرر أنه يمنع التبني شرعاً وقانوناً.

¹- قرار بتاريخ: 2006/12/13، ملف رقم: 375053، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2008، ص 521.

²- قرار بتاريخ: 1998/12/15، ملف رقم: 202430، المجلة القضائية، ع 01، س 1999، ص 122.

- قرار بتاريخ: 2012/11/14، ملف رقم: 0761943، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2013، ص 284 وغيرهما.

ومتى تبين - في قضية الحال- أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني فإن للمدعية الحق في إخراجها من الميراث لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا وعليه فإن قضاة الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى إبطال التبني على أساس أن المتبني لم ينكر نسب الولد، قد أخطأوا في تطبيق القانون، ذلك أن دعوى إبطال التبني ليست كدعوى نفي النسب.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»¹.

كما قضت في قرار آخر بأنه: « من المقرر قانونا أن التبني ممنوع شرعا وقانونا، وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

وحيث انحصر طلب الطاعنين- الحاليين - في إبطال التبني الذي أقامه المرحوم (ط. ن)، فإن قضاة الموضوع عندما ناقشوا الدعوى وكأنها تعلق بنفي النسب وطبقوا قاعدة (الولد للفرش)، فإنهم قد أساءوا التكييف مما ينجر عنه نقض قرارهم بدون إحالة»².

الفرع الثاني: القرارات الصادرة في نفقة الولد

نصت المادة 75 من قانون الأسرة على أنه: « تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، وبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب».

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي الصادر في هذا الموضوع، فإنه يمكن استخلاص المسائل التالية:

1- قرار بتاريخ: 1994/06/28، ملف رقم: 12276، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 155.

2- قرار بتاريخ: 1995/05/02، ملف رقم: 103232، المجلة القضائية، ع 02، س 1995، ص 99.

أولاً: ضوابط استحقاق نفقة الولد

تتمثل هذه الضوابط فيما يلي:

1- عدم استحقاق الذكر البالغ سن الرشد للنفقة

جاء في قرار للمجلس الأعلى ما يلي: " تبين من مراجعة القرار المطعون فيه بالنقض أنه فعلا قضى بنفقة الابن (ن) البالغ من العمر 21 سنة تقريبا، ولمدة سابقة، مخالفاً بذلك مضمون المادة 75 من قانون الأسرة، التي نصت على وجوب النفقة للأولاد على الآباء حتى بلوغهم سن الرشد القانوني المعمول به قانوناً، وأن المطالب بالنفقة طالب بها بعد تجاوزه سن الرشد القانوني، لذا ينبغي رفضه".¹

2- بقاء حق الولد المعاق في النفقة قائماً

قضت المحكمة العليا بأنه: " من المقرر قانوناً أنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب.

و متى تبين - في قضية الحال - أن الولد المنفق عليه معوّق ويتقاضى منحة شهرية، فإنّ القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأنّ المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".²

وتجدر الإشارة إلى أنّ الوجه الوحيد للطعن الذي استند عليه الطاعن هو أنّ الولد المعاق حركياً وعقلياً يتقاضى منحة من الحماية الاجتماعية، وبالتالي يعتبر الولد صاحب كسب بموجب المادة 75 من قانون الأسرة. وقد اعتبرت المحكمة العليا في هذا

¹ - قرار بتاريخ: 25 / 12 / 1989، ملف رقم: 57227، المجلة القضائية، العدد 04، سنة 1989، ص 106.

² - قرار بتاريخ: 17 / 02 / 1998، ملف رقم: 179126، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 198.

القرار أنّ وجه الطعن غير مؤسس لأنّ هذه المنحة لا تعتبر كسبا لأنّها لا تغطي حاجياته، والتالي لا يعفى الطاعن من الإنفاق على ابنه.

ومن المفروض أنّ الطعن غير مؤسس لأنّ الولد يعتبر عاجزا عن الكسب أصلا للإعاقة البدنية والعقلية بموجب المادة 75 من قانون الأسرة، زيادة على أنّ هذه المنحة غير كافية لسد جميع حاجاته، وبالتالي يلزم الأب بتغطية باقي حاجاته، كما نص على ذلك الفقهاء¹.

3- استحقاق الأنثى للنفقة

قررت المحكمة العليا بقاء حق البنت في النفقة قائما إلى حين دخول الزوج بها، حتى ولو انقضت حضانتها وسقطت بلوغ سن الزواج بموجب نص المادة 65 من قانون الأسرة، جاء قرار ما يلي: "حيث يتبين من مدونات القرار المطعون فيه ومن دراسة ملف الدعوى أنّ الطاعن لم يستلم البنت بعد حصوله على حكم بإسناد حضانتها إليه، فإنّ نفقتها تبقى ملازمة لها ولا تسقط عنها بمجرد بلوغها سن الزواج وإنّما تسقط عنها بالدخول عملا بأحكام المادة 75 من قانون الأسرة"².

وقضت في قرار آخر بوجوب توضيح سبب حرمان البنت من النفقة، مع عدم اعتبار بلوغ البنت سن الزواج كافيا لإسقاط حقها في النفقة، حيث جاء في الوجه الوحيد للطعن والمأخوذ من مخالفة المادة 75 من قانون الأسرة ما يلي: "بدعوى أنّ القرار المنتقد قد رفض نفقة البنّتين على اعتبار أنّهما بلغتا سنّ الزواج، مع أنّ المادة 75 من قانون الأسرة تقضي بأنّ الأنثى تستحقّ النفقة إلى الدخول، مع أنّهما تدرسان في

¹ - لمزيد تفصيل أنظر رتيبة عياش، ضوابط العجز عن الكسب الموجب لحق الفرع في النفقة فقها وقانونا وقضاء، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، ع 12، ج 02، س 2017.

² - قرار بتاريخ: 23 / 02 / 2005 ملف رقم: 318418، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2005، ص 283.

الجامعة، حيث أنه بالفعل فالقرار المنتقد قد حرم البنيتين من النفقة دون أن يوضح السبب الذي اعتمده، مع أنّ الحكم المستأنف قد قضى بالنفقة للبنات الخمس، خصوصاً وأنّ المادة 75 من قانون الأسرة أوجبت على الأب الإنفاق على بناته إلى الدخول وليس إلى سنّ الزواج فحسب، بمعنى أنّ نفقة البنت تبقى على والدها إلى أن تنتقل إلى الزوج أو حصولها على كسب، وعليه فالوجه غير مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئياً فيما يخص النفقة¹.

واستقرت قرارات المحكمة العليا على سقوط حق البنت في النفقة على أبيها بالاستغناء عنها بالكسب، حيث قضت في قرار لها بما يلي: "من المقرر قانوناً أنه تجب نفقة الولد ما لم يكن له مال... وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب، ولما ثبت في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع لمّا قضوا بالإنفاق على من لا يستحق النفقة كالبنات المتوفات أو البنات اللواتي يعملن ولهنّ كسب فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون"².

وقضت في قرار آخر بما يلي: "من المقرر قانوناً أن تسقط النفقة على الولد أو البنت عند الاستغناء عنها بالكسب ومتى تبين - في قضية الحال - أنّ قضاة المجلس لمّا لم يتحققوا من صحة أو عدم صحة الدفع المثار من طرف الطاعن فيما يخص ممارسة البنات لحرفة الخياطة والنسيج، خاصة وأنّ الطاعن متقدم في السنّ ويعاني من أمراض مزمنة، فإنّ القضاة بقضائهم كما فعلوا عرضوا قرارهم للقصور في التسبب، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"³.

¹ - قرار بتاريخ: 16 / 02 / 1999، ملف رقم: 218736، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 206.

² - قرار بتاريخ: 09 / 07 / 1996، ملف رقم: 138958، المجلة القضائية، ع 01، س 1998، ص 123.

³ - قرار بتاريخ: 21 / 04 / 1998، ملف رقم: 189258، اجتهاد قضائي، عدد خاص، سنة 2001، ص 200.

ويستفاد مما سبق اعتبار قانون و قضاء الأسرة الأنوثة عجزا حكما عن الاكتساب
بدليل النص على استمرار حق البنت في النفقة على الأب إلى غاية وجوبها لها على
الزوج، إلا إذا استغنت فعلا بكسب أو كان لها مال، وذلك بالاعتماد على الرأي الفقهي
الراجع¹.

4- عدم إمكانية إلزام الأب بتوفير مسكن منفرد للبنت المنقضية حضانتها

قضت المحكمة العليا بالآتي نصه: "حيث من المقرر قانونا وفق المادة 75 من قانون
الأسرة تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فالنسبة للذكور إلى سن الرشد
والإناث إلى الدخول ... ومن المقرر قانونا كذلك وفق المادة 78 أن النفقة تشمل
الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته. ولما تبين في دعوى الحال وما يستشف من
الملف أن الطاعنة تعدت سن الحضانة، وحينئذ الأب (المطعون ضده) ملزم بإيوائها
عنده إلى غاية الدخول، وليس تخصيص سكن منفرد كما تطالب به المدعية في
الطعن، الأمر الذي يجعل قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم كما فصلوا مما يتعين
رفض الوجهين المثارين لعدم التأسيس"².

وقد أصاب القرار السابق فيما قضى به، إذ لا يمكن إلزام الأب بتوفير مسكن منفرد
للبنت، لأن واجبه يتمثل في توفير مسكن لممارسة الحضانة فحسب، تطبيقا لنص
المادة 72 من قانون الأسرة، أما في هذه القضية فإن البنت انقضت حضانتها إعمالا
لنص المادة 65 من ذات قانون، لكن يبقى حقها في النفقة قائما بموجب نص المادة
75 من نفس القانون، إذ لا تلازم بين الحضانة والنفقة، ومن حقها البقاء في مسكن
أبيها إلى غاية دخول زوجها بها.

¹ - رتيبة عياش، المرجع السابق (المقال)، ص 41.

² - قرار بتاريخ: 10 / 12 / 2009، ملف رقم: 535329، مجلة المحكمة العليا، ع01، س2010، ص235.

ثانيا: المكلف بنفقة الولد

جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: " النفقة لا تنتقل إلى الجد إلا إذا كانت الأم بدون دخل طبقا لما توجبه المادتان 76 و 77 من قانون الأسرة، وهي أمور أغفلها قضاة المجلس على أهميتها، وجعلوا بذلك قرارهم مشوبا بالقصور في التسبيب ومخالفة القانون، مما يتجر عنه نقض القرار المطعون فيه مع الإحالة"¹.

كما جاء في قرار آخر الآتي: "إن القرار المطعون فيه على ما هو ظاهر من الحيثيات قد استند في فرض النفقة على الجد لأب إلى ما توجبه المادة 77 من قانون الأسرة دون أن يتحقق من أن مرتب معاشه يكفيه طالما أن نفقة الأصول على الفروع تفرض حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث، فضلا عن ذلك فإن الفقر واليسار يثبتان بالبينة القانونية سواء بالنسبة للأم أو للجد.

إلا أن القرار المطعون فيه قضى بالنفقة للولد دون أن يناقش ذلك، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، وشابه قصور في التسبيب، وعليه فهذا الوجه يكون على أساس، ويتعين معه نقض القرار"².

القراران السابقان أعمالا نصي المادتين 76 و 77 من قانون الأسرة، حيث نصت الأولى على أنه: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"، بينما نصت الثانية على ما يلي: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث"، بمعنى أنه إذا انعدم الأب أو كان موجودا لكنه لم يكن قادرا على توفير نفقة أبنائه، فإن واجب الإنفاق

¹ - قرار بتاريخ: 05/09 / 2007، ملف رقم: 390381، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2008، ص 295.

² - قرار بتاريخ: 21 / 02 / 2001، ملف رقم: 259422، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2004، ص 337.

ينتقل إلى الأم إذا كانت قادرة على الإنفاق كأن تكون عاملة أو موظفة، أي لها مال تنفق منه على أولادها، فإن لم تكن كذلك، انتقل واجب الإنفاق إلى الأصل الذي هو الجد لأب، شريطة قدرته على الإنفاق.

الفصل الثاني:

الاجتهاد القضائي في المسائل المرتبطة بانحلال الزواج

يشمل هذا الفصل استقراء وتحليل أهم القرارات التي صدرت في مجال فك الرابطة الزوجية، من خلال صورها المختلفة (المبحث الأول)، والاجتهادات الصادرة في مسائل الحضانة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الاجتهاد القضائي المرتبط بصور انحلال الزواج

يتم في هذا المبحث عرض قرارات المحكمة العليا في صور حل الرابطة الزوجية، سواء بإرادة الزوج وحده (المطلب الأول)، أو بناء على طلب من الزوجة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاجتهاد القضائي الصادر في انحلال الزواج بالإرادة المنفردة للزوج
يتضمن هذا المطلب مجموعة من المسائل، من خلال عرض القرارات القديمة التي تطبق القواعد الشرعية للطلاق (الفرع الأول)، والقرارات الصادرة في إجراء محاولة الصلح (الفرع الثاني)، والمستحقات المالية للمطلقة المتعلقة بتوابع العصمة (الفرع الثالث)، وصور الطلاق التعسفي (الفرع الرابع)، وإثبات الطلاق العرفي (الفرع الخامس)، وفي مسائل إجرائية خاصة (الفرع السادس).

الفرع الأول: القرارات الصادرة في تطبيق القواعد الشرعية في الطلاق

تميزت الاجتهادات القضائية القديمة الصادرة في مسائل الطلاق باعتماد المبادئ التالية تفصيلها:

أولاً: مبدأ العصمة بيد الزوج

قضى المجلس الأعلى في قرار له بما يلي: "من المقرر شرعاً أن للزوج حق الطلاق من جانبه وحده عملاً بالقاعدة الشرعية (العصمة بيد الزوج)، ومن ثم فإن القضاء

بإبقاء رابطة الزوجية قائمة بين الزوجين حتى بعد إبداء الزوج لإرادته في الطلاق، يعد خرقاً صريحاً لهذه القاعدة الشرعية.

ومتى كان خالف قضاة الاستئناف تطبيق هذا المبدأ استوجب نقض قرارهم المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار تلقائياً من المجلس الأعلى.¹

وجاء في قرار آخر له: "إن العصمة بيد الزوج وله الطلاق بإرادته المنفردة من دون حاجة إلى تبريره فالقرار الذي خالف هذه القاعدة يستوجب نقضه".²

يستفاد من القرارين السابقين ما يلي:

- القاعدة الشرعية المتمثلة في مبدأ العصمة بيد الزوج كانت تثار تلقائياً من طرف قضاء المجلس الأعلى.

- تطبيق القاعدة الشرعية يستوجب عدم الحاجة إلى تبرير الطلاق إذا طلبه الزوج بإرادته المنفردة.

ثانياً: مراعاة قواعد الرجعة

قضى المجلس الأعلى بما يلي: "من المقرر شرعاً وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى من أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضاً أن الرجعة لا تعتبر شرعاً إلا أثناء قيام العدة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية.

وإذا كان الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية في الطلاق، وذلك أن الطلاق هو بعصمة الزوج وإذا صرح به فإنه يلزمه وما على

1- قرار بتاريخ: 1984/12/31، ملف رقم: 35346، المجلة القضائية، ع 02، س 1990، ص 86.

2- قرار بتاريخ: 1986/03/24، ملف رقم: 41255، نشرة القضاة، ع 44، س 1988، ص 155.

القاضي إلا إثبات ذلك بحكم كما فعل القاضي الأول، وإذا ندم الزوج المطلق أو تراجع عن طلاقه فهناك قواعد فقهية تضبط الرجعة على الزوج المطلق الرجوع 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.¹

وجاء في قرار له ما يلي: "حيث ثبت بالرجوع إلى أوراق ملف الطعن والحكم المعاد والقرار المنتقد أنه في 23 أوت 1980 صرحت محكمة تبسة في مواد الأحوال الشخصية حضوريا بالطلاق رضائيا بين الزوجين وأن في 15 أكتوبر 1983 أي بعد مضي أكثر من ثلاثة أعوام من التصريح بالطلاق بين الطرفين برضاء الزوج وبعد انقضاء العدة منذ عدة أعوام قدم المطعون ضده عريضة استئناف ضد الحكم المعاد وفي 23 فيفري 1984 ألغى مجلس قضاء تبسة الحكم المستأنف ومن جديد حكم برجوع الزوجة إلى محل الزوجية، وبهذا خرق القرار المنتقد الشريعة الإسلامية إذ وقع الطلاق على مستوى المحكمة برضاء الزوج وبقبوله وبعد مضي مدة العدة بالنسبة للزوجة منذ عدة أعوام، وعليه لا يمكن للزوج أن يتراجع عن طلاق أمام القاضي وبعد مضي مدة العدة، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه."²

يستفاد من القرارين السابقين ما يلي:

- حرص قضاء المجلس على مراعاة أحكام الشرع الإسلامي في مسألة الطلاق وما يرتبط به من عدة ورجعة، حيث يعتد بالطلاق من خلال التصريح به، وحكم القاضي يعتبر كاشفا للطلاق وليس منشئا له وهذا ما يتماشى والمقتضيات الشرعية.

1 - قرار بتاريخ: 17/12/1984، ملف رقم: 35322، المجلة القضائية، ع 04، س 1989، ص 91.

2 - قرار بتاريخ: 21/04/1986، ملف رقم: 41100، نشرة القضاة، ع 44، س 1988، ص 164.

- حرص قضاء المجلس الأعلى على تطبيق الأحكام الشرعية للرجعة، حيث أن الثابت شرعا هو عدم إمكانية إسقاط حق الزوج في مراجعة زوجته، لكن هذا الحق مقيد بشروط، ولعل أهمها أن تكون الرجعة بعد طلاق رجعي سواء صدر الطلاق من الزوج أم من القاضي، لأنها استتفاف للحياة الزوجية التي قطعت بالطلاق فلولا وقوعه لما كانت للرجعة فائدة، وهذا الشرط متفق عليه فقها، والشرط الثاني هو أن تكون الرجعة أثناء فترة العدة، فإذا انقضت عدتها -وهو الحاصل في هذه القضية- فلا يصح إرجاعها باتفاق الفقهاء، لأن الرجعة استدامة ملك، والملك يزول بعد انقضاء العدة، فلا تتصور الاستدامة.¹

ثالثا: عدم إمكانية نيابة المقدم عن المحجور عليه في إيقاع الطلاق

قضت المحكمة العليا بما يلي: "المقدم لا يمكنه إيقاع الطلاق نيابة عن المحجور عليه، لأنه حق شخصي، وأنه إذا رأى أن المصلحة والضرورة تقتضيان إنهاء الرابطة الزوجية بين المحجور عليه وزوجته، فلا يملك كمقدم إلا رفع الدعوى أمام قاضي شؤون الأسرة، وفقا لنص المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأن المحكمة يقع عليها عبء إجراء التحقيق واستعمال سلطتها التقديرية، والتأكد بكافة الطرق والوسائل من وجود المصلحة من إيقاع الطلاق، والاستدلال على ذلك بأسباب كافية وسائغة، ومتى تأكدت أمكنها إيقاع الطلاق استنادا إلى تلك المصلحة أو الضرورة، وليس إلى إرادة المحجور عليه فاقد التمييز، فضلا عن إرادة المقدم، مما يجعل الوجه سديدا، لأن عيب تجاوز السلطة يتوافر بشكل سلبي، إذا امتنع القاضي عن استعمال السلطة التي يمنحها إياه القانون.

حيث إنه بذلك يصبح الوجه الثاني مؤسسا ويتعين معه نقض الحكم"².

1- أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 264.

2 - قرار بتاريخ: 2017 /04/05، ملف رقم: 1195456، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2017، ص 171.

يستفاد من القرار السابق أن المقدم لا يمكنه أن يكون نائباً عن الزوج المحجور لانعدام الأهلية، وبالرجوع إلى الموقف الفقهي فإن المجنون لا يمكنه إيقاع الطلاق، وبالتالي لا يمكن أن ينوبه أحد في ذلك، لأن حجة جمهور الفقهاء القائلين بالإنبابة في الطلاق هي أن الزوج يملك الطلاق فيملك بذلك الإنابة فيه كسائر التصرفات¹.

وبناء على القرار فإن المقدم يملك رفع دعوى الطلاق -إذا رأى أن المصلحة والضرورة تقتضي ذلك - أمام قسم شؤون الأسرة تطبيقاً لنص المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أنه: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة"، مع ملاحظة أن ظاهر نص المادة لا يشمل فاقد الأهلية، كما هو الحال في هذه القضية؟

الفرع الثاني: القرارات الصادرة في إجراء محاولة الصلح

يشمل هذا الفرع - الذي يتضمن جميع صور فك الرابطة الزوجية تجنباً للتكرار - المسألتين التاليتين:

أولاً: مدى وجوب مراعاة إجراء الصلح

قضى المجلس الأعلى في القرار الصادر سنة 1985 " ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ إجراء ما لا يفرض القانون عليهم اتخاذه، ولا يصح لخصم أن يحاول انتزاع إجراء ما منهم جعله القانون جوازيًا لهم فعله أو تركه.

وحيث أن المادة 08 من القانون المدني من بين ما نصت عليه في عرضها للنزاعات التي يكون الاختصاص للمحكمة التابع لها موطن المدعى عليها دعوى الطلاق بحيث اعتبرها القانون دعوى عادية كبقية الدعاوى الأخرى ليس لها أية خصوصية، وإذا كان الحال كهذا فالمادة 17 من نفس القانون المتعلقة بالصلح جاء النص فيها عاماً وجاء جوازيًا لا يستثني أية دعوى، فالمادة تنص على أنه يجوز للقاضي مصالححة الأطراف

¹ - أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 237 و312.

أثناء نظر الدعوى في أية مادة كانت، ومن ثم فالقاضي له الخيار في القيام بالمصالحة بين الزوجين في دعوى الطلاق إن أمكن له ذلك ويتركه إذا تعذر عليه الأمر، ولا يؤخذ عليه إن هو تركه، والنعي الملح من الطاعنة على القاضي والمجلس بتركهما ذلك، والتمسك بإصرار فيه لا تظهر فيه أية فائدة، فالزوج أصر بدوره على الطلاق ولا يثنيه عنه شيء، والحكم نزل عند إرادته، وحفظ للطاعنة حقوقها التي لم يحكم بها بسبب عدم مطالبتها لها، والمجلس وافق على الحكم، وكلاهما كانا على صواب، والنعي عليهما بعدم القيام بأمر ليس واجبا عليهما هو نعي في غير محله، مما يجعل السبب المثار غير مقبول¹.

بينما قضت المحكمة العليا في القرار الصادر سنة 1991 بما يلي: " بالرجوع إلى القرار موضوع الطعن فيه يتجلى بأنه جاء مخالفا للقانون، خصوصا المادة 49 من قانون الأسرة، التي أغفل القرار المنتقد تطبيقها بطريقة سليمة، وذلك بمصادقته على الحكم القاضي بالطلاق، دون قيامه بإجراء محاولة الصلح قبل ذلك، ولم يتعرض له بدوره رغم ما يملكه من صلاحيات مع الصلح، إن المادة 49 من قانون الأسرة تنص صراحة: (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح)، إذن فالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون، ويعد من النظام العام، وإغفال القرار المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له الأمر الذي يستوجب نقضه².

وفي سنة 1992 صدر القرار التالي: " ونظر لكون الحكم المستأنف قد أغفل القيام بإجراء المصالحة بين الطرفين طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة فإن هذا يقتصر على المحكمة وليس للمجلس القيام بإلغاء هذه الأحكام التي أغفلت القيام بذلك الإجراء.

¹ - قرار بتاريخ: 1985/06/03، ملف رقم: 36962، المجلة القضائية، ع 02، س 1990، ص 65.

² - قرار بتاريخ: 1991/06/18، ملف رقم: 75141، المجلة القضائية، ع 01، س 1993، ص 65.

وحيث أن ذلك الحكم صدر نهائيا ولم يطعن فيه بطريق الطعن بالنقض، فإنه أصبح نهائيا ولا يجوز الدفع بهذا الوجه أمام المجلس القضائي.

لذا جاء القرار المنتقد مؤسسا والطعن ضده ورد غير مؤسس ويرفض¹.

وقضت في سنة 1994 بما يلي: " حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة 49 من قانون الأسرة التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية، الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه وإحالته على نفس المحكمة².

بينما قضت سنة 1998 بأن: " محاولة الصلح ليست من الإجراءات الجوهرية، مما يجعل الوجه الأول غير وجيه ويتعين رفضه³.

كما جاء في القرار الصادر سنة 1999: " لكن حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة لا تنطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط، إضافة إلى أن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق، إنما محاولة الصلح المذكور بالمادة 49 ما هي إلا موعظة، مما يجعل الوجه غير مؤسس⁴.

وجاء في قرارها الصادر سنة 2006 ما يلي: " المادة 49 من قانون الأسرة ملزمة لقاضي أول درجة دون قضاة الاستئناف، وإن ما ذهب إليه قضاة المجلس في قرارهم كان يتماشى والقانون، مما يتعين رفض الوجه لعدم قانونيته وتبعا لذلك رفض الطعن⁵.

¹ - قرار بتاريخ: 1992/05/12، ملف رقم: 82143، نشرة القضاة، ع 48، س 1995، ص 165.

² - قرار بتاريخ: 1994/01/18، ملف رقم: 96688، نشرة القضاة، ع 50، س 1997، ص 80.

³ - قرار بتاريخ: 1998/02/17، ملف رقم: 170082، المجلة القضائية، ع 01، س 2000، ص 167.

⁴ - قرار بتاريخ: 1999/02/16، ملف رقم: 216850، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 100.

⁵ - قرار بتاريخ: 2006/11/15، ملف رقم: 372130، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2007، ص 463.

وقضت في القرار الصادر سنة 2014 بما يلي: " حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة توجب إجراء محاولات الصلح قبل القضاء بحل عقد الزواج سواء بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع، وهو إجراء جوهري وفقا لنص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتم وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 440 وما بعدها من نفس القانون¹ .

يستفاد من القرارات السابقة ما يلي:

- القرار الأول الصادر سنة 1985 لم يعتبر إجراء الصلح إجراء جوهريا، وهو ما سار عليه الاجتهاد القضائي الصادر سنة 1998، مع ضرورة الإشارة إلى أن الاجتهاد الصادر سنة 1985 طبق قواعد القانون المدني، بينما أغفل تطبيق أحكام المادة 49 من قانون الأسرة، التي كان ينبغي عليه تطبيقها، إعمالا لقاعدة الخاص يقيد العام.

- اعتبر الاجتهاد القضائي الصادر سنة 1991 إجراء الصلح إجراء جوهريا من النظام العام، وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه الاجتهاد القضائي الصادر سنة 2014.

- ذهب الاجتهاد القضائي الصادر سنة 1992 إلى أن إجراء الصلح يقتصر وجوبه على المحكمة، وليس للمجلس صلاحية إلغاء الحكم بالطلاق الذي لم يلتزم فيه القاضي بمراعاة هذا الإجراء، وهذا ما سار عليه الاجتهاد القضائي الصادر سنة 2006، وهذا ما يفهم في ظاهر القرار الصادر سنة 1994 الذي نقض حكم المحكمة الذي لم يراع محاولة إجراء الصلح.

- ذهب الاجتهاد القضائي الصادر سنة 1999، إلى عدم اعتبار إجراء الصلح إجراء جوهريا، إضافة إلى اقتصار هذا الإجراء على المحكمة دون المجلس.

- ومما سبق يتضح جليا تذبذب الاجتهاد القضائي في القرارات الصادرة في مدى مراعاة إجراء محاولة الصلح بين الزوجين قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية، إلا أن

¹ - قرار بتاريخ: 10/07/2014، ملف رقم: 0950026، مجلة المحكمة العليا، ع 02، سنة 2014، ص 278

الاجتهاد الصادر سنة 2014 حسم المسألة واعتبره إجراء وجوبيا جوهريا بموجب المادتين 49 من قانون الأسرة، و439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقد أصاب فيما ذهب إليه، بتطبيقه لأحكام القانون، لكن لا بد من مراعاة عدة المرأة عند محاولة الصلح، وعدم إمكانية إلغاء الحكم القضائي الصادر في الطلاق الذي لم يراع فيه هذا الإجراء.

ثانيا: ضوابط إجراءات الصلح

قضت المحكمة العليا: " لا يستخلص من الحكم المطعون فيه أن الطاعن قد طلب أجلا ليتمكن من الحضور الشخصي أثناء جلسة الصلح، ولكن كان يمثله محاميه إضافة إلى أن الحكم المطعون فيه يتضمن الإشارة إلى أنه صدر بعد تأجيل القضية عدة مرات لتمكين طرفيها من إبداء دفوعهما، ومن جهة أخرى فالمادة 49 من قانون الأسرة تنص على أن إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي يتم دون أن تتجاوز محاولة الصلح ثلاثة أشهر، مما يجعل الوجه غير مؤسس ومرفوض"¹.

وجاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: " حيث أن الطاعن لم يبين مصلحته من إثارة ذلك، مادام أنه أثناء جلسة الصلح الوحيدة، تمسك بالطلاق، فضلا عن أن اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا، قد استقر على أن تقدير عدد محاولات الصلح يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا.

وقضت في القرار الصادر سنة 2014 بما يلي: " حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة توجب إجراء محاولات الصلح قبل القضاء بحل عقد الزواج سواء بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع، وهو إجراء جوهري وفقا لنص المادة 439 من قانون الإجراءات

¹ - قرار بتاريخ: 1997/10/23، ملف رقم: 174132، نشرة القضاة، ع 55، س 1999، ص 179.

المدنية والإدارية، ويتم وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 440 وما بعدها من نفس القانون، وبالتالي لا يمكن بأي حال إيقاع الطلاق مهما كان وصفه في غياب الزوج طالب حل عقد الزواج، وعدم حضوره جلسة الصلح والاستماع إليه، كما لا يمكن أن ينيبه أحد في جلسات الصلح، مهما كان نوع الوكالة عامة أو خاصة رسمية أو غير رسمية، لأن الغاية من حضور جلسات الصلح فضلا عن محاولة إصلاح ذات البين، هو تأكد المحكمة من إرادة الزوج في طلب حل عقد الزواج وفقا لنص المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وخاصة التأكد من أن هذه الإرادة صحيحة وخالية من عيوب الإرادة وخاصة الإكراه، وأن المحكمة بقضائها بالخلع دون حضور المدعية المطعون ضدها واكتفائها بإبابة محاميها لها الوكيل عنها بوكالة رسمية، قد خالفت قاعدة جوهرية في الإجراءات فعلا، وعرضت بذلك حكمها للنقض.

حيث أن المحكمة العليا بنقضها الحكم المطعون فيه اعتمادا على عدم حضور المدعية المطعون ضدها جلسة الصلح كإجراء جوهري، وفصلها بذلك في النقطة القانونية القائم عليها الوجه، فإنها تكون بذلك قد أنهت الخصومة، ولم يبق من النزاع ما يتطلب البت فيه ويستدعي الاستمرار في ذات الخصومة، ويبقى الطرفان بالخيار، بين تجديد الخصومة، أو استئناف الحياة الزوجية، مما يتعين معه النقض دون إحالة وفقا لنص المادة 365 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس وتنقصه الجدية ويتعين رفضه².

يستفاد من القرارات السابقة ما يلي:

¹¹ - قرار بتاريخ: 10/07/2014، ملف رقم: 0950026، مجلة المحكمة العليا، ع 02، سنة 2014، ص 278.

² - قرار بتاريخ: 13/03/2014، ملف رقم: 0870291، مجلة المحكمة العليا، ع 02 سنة 2014، ص 268.

- عدم حضور الزوج لجلسة الصلح رغم تأجيلها، يجعل القاضي ملزماً بالفصل في الدعوى، مراعاة للمهلة القانونية في محاولة إجراء الصلح التي نصت عليها المادة 49 من قانون الأسرة، والتي يقصد به مدة العدة.

- عدد محاولات الصلح يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا في ذلك.

- ذهب الاجتهاد القضائي الأخير الصادر سنة 2014، إلى عدم إمكانية الإنابة أو الوكالة مهما كان نوعها في جلسات الصلح، وحجته في ذلك هو أن الهدف من جلسة الصلح بالإضافة إلى إصلاح ذات البين، تكمن في التأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق تطبيقاً للمادة 450 من قانون الإجراءات المدنية، وأن هذه الإرادة خالية من أي عيب، وبخاصة عيب الإكراه.

الفرع الثالث: القرارات الصادرة في المستحقات المالية للمطلقة

يشمل هذا الفرع المسائل الآتي تفصيلها:

أولاً: المتعة والتعويض

تميزت القرارات الصادرة قديماً بالتذبذب في هذه المسألة، وسيوضح ذلك من خلال ما يلي:

1- اعتبار المتعة تعويضاً عن الطلاق

قضى المجلس الأعلى في قرار صادر سنة 1985 بما يلي: " إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تخفيفاً لها عن ألم فراق زوجها لها، وهي تعتبر في حد ذاتها تعويضاً فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض.¹

وقضى في القرار الصادر سنة 1986 بما يلي: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر اللاحق بها عن 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.²

يستفاد من القرارين السابقين ما يلي:

- القراران يعتبران المتعة تعويضا، وهذا يتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية.

- أعمل القرار الأول الرأي الفقهي الذي يوجب المتعة لكل مطلقة.³

- القرار الأول لا يشترط تضرر المطلقة لمنحها المتعة، عكس القرار الثاني الذي يشترط ذلك، وهذا يعد مخالفا لمبدأ العصمة بيد الزوج الذي لا يستلزم تبرير الطلاق.

2- استقلال المتعة عن التعويض

جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر سنة 1986 ما يلي: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض

1. قرار بتاريخ: 04/08/1985، ملف رقم: 35912، المجلة القضائية، ع 01، س 1989، ص 89.

2- قرار بتاريخ: 01/27/1986، ملف رقم: 39731، المجلة القضائية، ع 04، س 1993، ص 61.

3- أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 339.

الذي يحكم به 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 مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي.¹

وقضى القرار الصادر عن المحكمة العليا سنة 1991: "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 قصوراً في التعليل."²

يستفاد من القرارين السابقين ما يلي:

- استحقاق المطلقة طلاقاً تعسفياً للمتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، وهذا ما يدل على أن المتعة مستقلة عن التعويض.

وتجدر الإشارة إلى أن المتعة حق شرعي مقرر للمطلقة ومع ذلك لم ينص المشرع عليها، في حين أن التعويض عن الطلاق التعسفي يعتبر نظرية حديثة، أخذت بها التشريعات ومنها قانون الأسرة الجزائري، مع أن هذه النظرية يمكن أن تتناقض مع مبدأ العصمة بيد الزوج الذي لا يلزم بتبرير طلاقه - وهذا ما أقره قضاء المجلس الأعلى في القرارات القديمة التي تم الإشارة إليها - لأنها توجب على الزوج تبرير طلاقه وإلا اعتبر متعسفاً، وحكم عليه بالتعويض عن الطلاق التعسفي كما سيأتي لاحقاً.

1- قرار بتاريخ: 1986/04/07، ملف رقم: 41560، المجلة القضائية ع 02، س 1989، ص 69.

2- قرار بتاريخ: 1991/06/18، ملف رقم: 75029، المجلة القضائية، ع 02، س 1994، ص 65.

ثانيا: نفقة العدة والإهمال

جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر سنة 1986 ما يلي: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي يحكم به من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل.

والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي".¹

يستفاد من القرار السابق أن من بين المستحقات المالية للمطلقة، نفقة العدة ونفقة الإهمال، وقد طبق الاجتهاد القضائي في استحقاق المطلقة لنفقة العدة نص المادة 61 من قانون الأسرة، التي تنص على ما يلي: "... ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"، حيث يلاحظ أن المشرع الجزائري أوجب نفقة العدة لكل مطلقة، وهذا ما أعمله الاجتهاد القضائي السابق، فبالنسبة للمعتدة من طلاق رجعي والمعتدة الحامل فقد أخذ المشرع بما اتفق عليه الفقه في منح الحق لها في نفقة العدة، أما المعتدة من طلاق بائن -فاختلف الفقه في نفقة عدتها، والظاهر أن المشرع أخذ -فيما يخص الطلاق البائن- برأي أبي حنيفة ورواية عن أحمد وهو قول عمر بن الخطاب وابن مسعود²، أما فيما يخص نفقة الإهمال، فإنها لم تكن محل نص قانوني، لكن جرى التطبيق القضائي على منح المطلقة نفقة إهمال تشمل الفترة التي أهمل الزوج الإنفاق عليها قبل أن يطلقها، أي من حيث هي زوجة له، كأن تكون مغادرة للبيت الزوجي مثلا دون ثبوت نشوزها.

1. قرار بتاريخ: 1986/04/07، ملف رقم: 41560، المجلة القضائية، ع 02، س 1989، ص 69.

2 - أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 335-336

ثالثاً: مسائل مرتبطة بالتعويض

تتمثل مسائل هذا العنوان في الآتي بيانه:

1 - التعويض عن الضرر المعنوي للطلاق قبل الدخول:

جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "حيث أن الطاعن استند في تدعيم طعنه لنقض وإبطال القرار المطعون فيه على وجه واحد.

عن الوجه الوحيد المأخوذ من انعدام الأساس القانوني بدعوى أن القرار المطعون فيه منح للمطعون ضدها تعويضاً دون أن يعتمد على أي نص قانوني معتبراً فقط أن الطلاق قبل الدخول يسبب لها ضرراً.

لكن حيث أن القضاة غير ملزمين بذكر النصوص القانونية بقدر ما هم ملزمين بعدم مخالفتها، بالإضافة إلى ذلك فالقرار المطعون فيه ذكر في أسبابه أنه ثبت للمجلس من وقائع الدعوى أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف عليه في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة، وعدم إتمام الزواج قد يلحق أضراراً معنوية بالمستأنفة، 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"¹.

كما سار في نفس الاتجاه القرار الصادر سنة 2006 الذي قضى بالآتي نصه: "يتضح من خلال القرار المنتقد أن مبلغ التعويض المحكوم به على الطاعن والمقدر بمبلغ 100000 دينار هو تعويض للمطعون ضدها جبراً للضرر الذي أصابها من جراء تفويت فرصة الزواج عليها، باعتبار أن الطاعن طالب بفسخ الزواج بعد مدة طويلة من الانتظار التي انتظرتها المطعون ضدها أثناء فترة الخطوبة، ولم تحقق

¹ - قرار بتاريخ: 1999/03/16، ملف: رقم 216865، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 256.

هدفها في الزواج بالطاعن، بالتالي فإن ما قضى به قضاة الموضوع من تعويض يتمشى والقانون¹.

يستفاد من القرارين السابقين ما يلي:

-استقرار قضاء المحكمة العليا على حق المطلقة قبل الدخول في التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن ذلك الطلاق.

2 - السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي:

قضت المحكمة العليا بما يلي: " إن 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 دام أربعين سنة دون مبرر لا يعوض بأي مبلغ من المال، الأمر الذي يجعل وجهي الطعن غير مؤسسين، مما يستلزم ردهما وتبعاً لذلك رفض الطعن².

يستفاد من القرار السابق أن الاجتهاد القضائي منح سلطة تقديرية واسعة لقاضي الموضوع في تقدير التعويض التي تستحقه المطلقة، حسب ظروف كل قضية، ولعل أهم المعايير التي يعتمدها القاضي والتي أشار إليها هذا القرار هي مدة فترة الزواج.

3 - عدم إمكانية حرمان المطلقة من التعويض إلا في حالة ثبوت نشوزها

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر سنة 2008 ما يلي: " إن نشوز الزوجة يقتضي امتناعها عن الرجوع إلى البيت الزوجي الموفر لها مسبقاً من قبل الزوج، والمحكوم عليها بالرجوع إليه.

وحيث أنه قد ثبت من القرار المطعون فيه أن الزوج المطعون ضده لم يكن قد وفر للطاعنة البيت الزوجي، وإنما كان يقيم عندها في بيت أهلها، ومن ثم فإنه لا يعقل ولا

¹ - قرار بتاريخ: 2006/11/15، ملف رقم: 372290، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2007، ص 487.

² - قرار بتاريخ: 2006/07/12، ملف رقم: 3686600، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2006، ص 483.

يتصور نشوز الزوجة الطاعنة، وهي تقيم بمسكن أهلها، ومن ثم فإن قضاة المجلس بمصادقتهم على الحكم المستأنف القاضي بحرمانها من التعويض عن الطلاق، وإلزامها بدفع ذلك التعويض للمطعون ضده استنادا إلى نشوزها، غير الثابت يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون، وفشلوا في إعطاء تسبب مقنع لقرارهم، وعليه فإن الوجهين المثارين من قبل الطاعنة يعتبران مؤسسين، ويتعين استنادا إليهما القضاء بنقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق بمسؤولية الطلاق الخاصة بالنشوز وبإحالة القضية والطرفين إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون¹.

كما جاء في القرار الصادر سنة 2019 التالي: " حيث أن قضاة الموضوع رفضوا طلب التعويض عن الطلاق التعسفي، على أساس أن الطاعنة رفضت الرجوع إلى مسكن الزوجية أثناء جلسة الصلح، مع أن رفض الرجوع إلى مسكن الزوجية أثناء جلسة الصلح لا يعتد به إلا إذا صدر حكم يقضي بذلك وتم تنفيذه طبقا للقانون وما جرى عليه اجتهاد المحكمة العليا، ورفضت الرجوع وحرر المحضر القضائي محضر امتناع عن الرجوع، وتأخذ بذلك حكم الناشز وتحمل مسؤولية الطلاق، وتحرم من التعويض عن فك الرابطة الزوجية، مما يجعل الوجه سديدا، ويتعين نقض القرار جزئيا فيما يخص مسؤولية الطلاق والتعويض عنه².

الفرع الرابع: القرارات الصادرة في صور الطلاق التعسفي

تتمثل صور الطلاق التعسفي في مسألتين أساسيتين، تتفرع عن الثانية منهما مسائل جد مهمة، سيأتي تفصيلها وبيانها.

¹ - قرار بتاريخ: 2008/10/15، ملف رقم: 448305، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2010، ص 251.

² - قرار بتاريخ: 2019،/09/04، ملف رقم: 1307506، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2019، ص 98.

أولاً: الطلاق في مرض الموت

قضت المحكمة العليا في قرار لها بما يلي: " إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق عليه، فالطلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا بخلاف الميراث، فإن حق الطاعة فيه 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"¹.

يستفاد من القرار السابق أنه اعتبر الزوج متعسفا في هذا الطلاق، ولقد أطلق الفقهاء على الطلاق الذي يقع في مرض الموت طلاق الفار، بينما أطلق عليه بعض الفقه المعاصر طلاق التعسف، نظرا لما فيه من تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق بغرض حرمان المطلقة من الميراث².

ثانياً: الطلاق دون مبرر شرعي

تشمل هذه المسألة ما يلي:

1 - عدم تحقيق مطلب شرعي للزوجة:

قضت المحكمة العليا بما يلي: " من المقرر أن نشوز الزوجة لا يثبت بمجرد الامتناع عن الرجوع بموجب حكم قضائي، إذا كان معلقا على شرط توفير سكن مستقل لم يتحقق، لكن حيث أن الحكم المطعون فيه قضى بأن الطلاق كان تعسفيا من طرف الطاعن، على أساس أن نشوز الزوجة غير ثابت، باعتبار أن الطاعن عند سعيه لتنفيذ القرار القاضي بالرجوع قد تجاهل شقا منه، والمتعلق بتوفير مسكن مستقل

¹ - قرار بتاريخ: 1998/03/17، ملف رقم: 179696، اجتهاد قضائي ع خاص، س 2001، ص 98.

² - بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه الإسلامي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، دون ط، دون س، ص 330.

للزوجة، واكتفى بالشق المتعلق بالرجوع فقط، وبذلك لم يتم بتنفيذ القرار كليا وبصفة جدية، حتى يكون نشوز الزوجة أمرا مؤكدا، 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 الطعن¹.

2 - عقم الزوجة:

جاء في قرار للمحكمة العليا الآتي نصه: "حيث أنه يتعين تذكير الطاعن بأن عقم الزوجة أو عدم قدرتها على الإنجاب هي من المسائل التي تخرج عن إرادتها والحال أن هذه لا تعد من الأسباب القانونية التي تخول للزوج الطلاق وتحميل المطلقة مسؤوليته، و بالتالي يعتبر الزوج قد تعسف من طلاقه وتجاوز في استعمال حقه، و أن تقدير مبلغ التعويض عن الضرر الحاصل عن تجاوز الزوج في استعمال حقه في الطلاق هو من الأمور الموضوعية الخاضعة لرقابة قضاة الموضوع شريطة أن يوضحوا العناصر التي اعتمدها في تقدير المبلغ المحكوم به، وأن قضاة المجلس قد أشاروا إلى ذلك في قرارهم الذي جاء معللا تعليلا كافيا ومقبولا متسايرا لأحكام القانون الأمر الذي يتعين معه رفض هذا الوجه لعد سداده².

يستفاد من القرار السابق أن طلاق الزوج زوجته يعتبر طلاقا تعسفيا تستحق بموجبه الزوجة التعويض، لأنه لا دخل لإرادتها فيه، وبالرجوع إلى الموقف الفقهي الذي ذكر في حالات التفريق بين الزوجين، فإن فقهاء المالكية والحنابلة يرون أن العقم لا يعد مبررا لفسخ النكاح.

¹ - قرار بتاريخ: 2004/09/22، ملف رقم: 31531، نشرة القضاة، ع 65، س 2010، ص 311.

² - قرار بتاريخ: 2006/11/15، ملف رقم: 3707، مجلة المحكمة العليا، ع 1، س 2007، ص 499.

وفي هذا الصدد يرى الدكتور عبد الكريم زيدان أن عقم الزوجة لا يعد مبرراً لطلب الزوج التفريق وفسخ النكاح، لأنه يمكنه الزواج بأخرى¹.

3 - الدفع بعدم عذرية الزوجة بالرغم من عدم اشتراطها في عقد الزواج

جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "بدعوى أن القرار المنتقد قد حمل الطاعنة مسؤولية الطلاق على أساس أنها لم توافق على الفحص الطبي للتعرف على مدى عذريتها مما أوجب حرمانها من التعويض عن الطلاق.

حيث أنه بالفعل فإن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج وبذلك فإن البناء ينهي كل دفع بعدم العذرية وعليه فإنه لا يحق لقضاة الموضوع تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق أو حرمانها من التعويض وعليه فالوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئياً فيما يخص تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق والتعويض وبدون إحالة"².

يستفاد من القرار السابق أن عدم اشتراط العذرية في عقد الزواج لا يحمل الزوجة مسؤولية الطلاق والتعويض، لأن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، ويجعل الزوج متعسفا في الطلاق في هذه الحالة.

وتجدر الإشارة إلى اتفاق الفقه على عدم ثبوت الخيار للزوج في فسخ النكاح بسقوط العذرة والبراءة إذا لم يشترط ذلك في عقد الزواج صراحة أو ضمناً³.

¹ - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج 09، ص 39-40.

² - قرار بتاريخ: 2000/05/23، ملف رقم: 243417، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 109.

³ - إبراهيم موسى أبو جزر، أثر سقوط العذرة والبراءة على الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية غزة، س 2009.

الفرع الخامس: القرارات الصادرة في إثبات الطلاق العرفي

جاء في قرار للمجلس الأعلى ما يلي: " عن الوجه الثاني المأخوذ من خرق الشريعة الإسلامية، حيث ثبت بالرجوع إلى القرار المنتقد أن قضاة المجلس الاستئنافي اعتمدوا في حكمهم بإثبات الطلاق المشار إليه على شهادة شهود وقعت بالمجلس يوم: 21/06/1982، ولكن حيث يستفاد من الاطلاع على محضر تلك الشهادة أن كل واحد من الشهود المسطرين بالمحضر ذكر بأنه حضر الخصام الحاصل بين الطرفين، وأن الزوج يريد أن يطلق زوجته أمام الشهود الحاضرين، وحيث أن الشهادة جاءت ناقصة وغامضة.

حيث أنها لم تحدد التاريخ ولا المكان الذي وقع فيه الطلاق، ولم تشر إلى أسماء الحاضرين بمجلس الطلاق.

وحيث أن هذا الوجه كسابقه مؤسس، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"¹.

وجاء في قرار للمحكمة العليا الآتي نصه: " لكن حيث أن عدم ذكر القرار المطعون فيه لتاريخ ومكان الطلاق الذي وقع أمام جماعة المسلمين لا يعتبر شكلا جوهريا ولا يمكن أن يكون محل وجه متعلق بقصور الأسباب أو انعدام الأساس القانوني، خاصة وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود المذكورين في محضر التحقيق، وهؤلاء الشهود أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين ورغم أن الطلاق يثبت عن طريق القضاء، فقضاة المجلس حكموا بإثبات هذا الطلاق ليس بأثر رجعي، كما يدعي الطاعن، ومع ذلك لا يحق للطاعن أن يتراجع عن هذا الطلاق، مما يجعل الوجه غير مؤسس"².

¹ - قرار بتاريخ: 04/11/1985، ملف رقم: 38105، المجلة القضائية، ع01، س 1989، ص98.

² - قرار بتاريخ: 16/02/1999، ملف رقم: 216850، اجتهاد قضائي، ع خاص، س2001، ص100.

وجاء في قرار المحكمة العليا - بشأن إثبات الزواج العرفي بعد الوفاة - ما يلي:"
إن إثبات الطلاق بعد الوفاة لا يكون بشهادة السماع، وإنما الشهادة فيه لا تكون إلا مباشرة بأن يشهد الشاهد بما وقع تحت سمعه وبصره هو من صيغة الطلاق، وأن هناك من الفقهاء من يشترط إيقاع الطلاق من الرجل أمام شاهدين بقصد الإثبات، وهو الرأي الذي اعتمده قانون الأسرة الجزائري، حينما نص في المادة 49 منه على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم وبعد محاولات يجريها القاضي، وأنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأن قضاة المجلس استبعدوا شهادة شهود الإثبات، واعتبروها غير كافية لإثبات واقعة الطلاق، وبذلك قد مارسوا سلطتهم التقديرية المخولة لهم قانوناً، أما بخصوص الإشهاد الصادر عن الإمام المدعو (ب.ب) فهو محرر بتاريخ: 06/ 12/ 2014/، أي بعد صدور القرار المطعون فيه، فضلاً عن أن الشاهد صرح بجهله ما إذا حصل الرجوع بعد أن طلق المرحوم (ب.م.ش) المطعون ضدها أم لا، كما أن التصريح الشرفي للشاهد (ا.ع) قد تم تحريره بعد صدور القرار المطعون فيه، وبالتالي لا يمكن أن يعاب على قضاة المجلس عدم البت في هذه الدفوع بخصوص الإشهادين بالتصريح، واعتبارهما يؤكدان القصور في التسبيب الذي يشوب القرار المطعون فيه، وذلك لعدم طرحهما أمامهم للمناقشة، وأن قضاة المجلس وبانتهاهم إلى ما انتهوا إليه من قضاء ومناقشتهم لجميع دفوع وطلبات طرفي الاستئناف والرد عليها، قد سببوا قرارهم التسبيب الكافي، مما يجعل الوجه غير مؤسس يستوجب الرفض"¹.

وقضت المحكمة العليا بما يلي: "إذا توافرت الأركان الشرعية للزواج، يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار

1 - قرار بتاريخ: 2016/12/07، ملف رقم: 1026274، مجلة المحكمة العليا، ع02، س2016، ص216.

أن الزواج العرفي في الحكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون، وذلك بناء على تشبيته بموجب حكم قضائي¹.

يستفاد من القرارات السابقة ما يلي:

- إثبات الطلاق العرفي يتم أمام القضاء بالاعتماد على شهادة الشهود.
- الشهادة التي لا تحدد تاريخ ومكان الطلاق ولا تشير إلى الشهود الحاضرين بمجلس الطلاق، والتي يكتفى فيها بالتصريح بأن الزوج يريد الطلاق أمام الشهود الحاضرين، تعد ناقصة وغامضة لا يثبت بها الطلاق العرفي حسب الاجتهاد الصادر سنة 1985.
- ذهب الاجتهاد الصادر سنة 1999 أن عدم تحديد تاريخ ومكان الطلاق لا يعد شكلا جوهريا، إذا تم إجراء تحقيق وأكد الشهود بموجبه وقوع الطلاق فعلا أمام جماعة المسلمين.
- إثبات الزواج العرفي بعد وفاة أحد الزوجين تكون بالشهادة المباشرة، ولا يكتفى فيه بشهادة السماع، ولم يتصد هذا القرار لاستبعاد شهادة شهود الإثبات من طرف قضاة الموضوع؟

- يتم إثبات الزواج والطلاق العرفيين بحكم قضائي واحد.

الفرع السادس: القرارات الصادرة في مسائل إجرائية خاصة

يشمل هذا الفرع المسائل التالية:

¹- قرار بتاريخ: 1995/10/24، ملف رقم: 22317، المجلة القضائية، ع 03، س 1996.

أولاً: عدم إرجاء الفصل في دعوى الطلاق

قضت المحكمة العليا بما يلي: "إن طلب الطاعة إرجاء الفصل في دعوى الطلاق إلى حين الفصل النهائي في الشكوى الجزائية، ليس طلباً أصلياً بمفهوم المادة 358/17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإنما هو دفع بإرجاء الفصل تحكمه المادة 59 من نفس القانون، ولا يوجد نص يلزم القاضي بإرجاء الفصل، فضلاً عن أن دعوى الطلاق غير مرتبطة بالشكوى الجزائية بالإهمال العائلي. وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه ويرفض الطعن"¹.

ثانياً: عدم جواز الفصل في دعوى الطلاق دون الحكم بالحقوق المقررة للزوجة

جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "حيث يتبين من القرار محل الطعن أن قضاة المجلس ردوا على طلبات الطاعة بخصوص توابع العصمة وقضوا برفضها اعتماداً على أنها تخضع لمبدأ التقاضي على درجتين، وأن المحكمة لم تستنفذ ولايتها بالفصل فيها، ومنه فإنه بالفعل أن مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ الأساسية للنظام القضائي، لا يمكن مخالفته من طرف المجلس كدرجة ثانية، ولا يجوز للخصوم النزول عنه، بيد أن تطبيق المبدأ شرطه ألا يتصدى المجلس أصلاً لموضوع النزاع، وهو الطلاق، والاكتفاء فقط بالببت في الدفع بالاختصاص قبولاً أو رفضاً، وترك الأمر للدرجة الأولى، سواء بخصوص موضوع الطلاق، أو الآثار المترتبة عنه، ولما كان الاجتهاد الساري أن المجلس كدرجة ثانية بإمكانه التصدي لحل الرابطة الزوجية والقضاء بالطلاق أو الخلع أو التطليق، فإنه يستتبع ذلك أن يبيت في الحقوق المقررة للمطلقة، طالما أنه هو من قضى بحل الرابطة الزوجية، للارتباط القائم بين الطرفين الأصلي والمقابل، وأن المجلس بتجزئته موضوع النزاع، والفصل في الشق الأصلي منه وترك الشق الثانوي بدعوى مبدأ التقاضي على درجتين، وعدم استنفاد المحكمة لولايتها

¹ - قرار بتاريخ: 2013/09/12، ملف رقم: 0857934، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2013، ص 297.

قد أخطأ في تطبيق القانون، وعرض قراره للنقض في هذا الشق مما يجعل الفرع من الوجه السديد"¹.

ثالثا: المعارضة في الحكم الغيابي للمطالبة بالحقوق المترتبة عن فك الرابطة الزوجية
جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "حيث أنه يتبين فعلا بالرجوع إلى الحكم محل الطعن بالنقض أن الطاعنة طالبت بقبول معارضتها شكلا، وفي الموضوع طالبت بإفادتها بحقوقها وحقوق أبنائها، بينما رد المطعون ضده على ذلك طالبا رفض طلب الحضانة ونفقة الأبناء ورد مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة الإهمال إلى الحد المعقول.

وحيث إن المادة 294 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أنه: (يكون الحكم الغيابي قابلا للمعارضة)، فبالتالي يكون من حق الطاعنة معارضة الحكم الغيابي والمطالبة بحقوقها الناتجة عن فك الرابطة الزوجية، وهي غير ملزمة بذلك بموجب دعوى مستقلة أو دعوى عادية، كما جاء في تسبيب الحكم محل الطعن بالنقض. وعليه فإن هذين الوجهين مؤسسان، وينجر عنهما نقض الحكم محل الطعن بالنقض، دون حاجة لمناقشة بقية الوجهين"².

المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي الصادر في انحلال الزواج بناء على طلب من الزوجة

يتضمن هذا المطلب استقراء وتحليل أهم الاجتهادات الصادرة في التطبيق إعمالا لنص المادة 53 من قانون الأسرة (الفرع الأول)، والتي صدرت في مسألة الخلع تطبيقا للمادة 54 من نفس القانون (الفرع الثاني).

¹ - قرار بتاريخ: 2017/03/08، ملف رقم: 1094051، مجلة المحكمة العليا، ع01، س 2017، ص148.

² - قرار بتاريخ: 2015/02/12، ملف رقم: 0902225، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2015، ص243.

الفرع الأول: القرارات الصادرة في التطليق

يشمل هذا الفرع عدة مسائل تتمثل فيما يلي:

أولاً: ضرورة إثبات إحدى الحالات المذكورة في النص القانوني

استقر قضاء المحكمة العليا على وجوب إثبات الزوجة لوجود حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 153¹ من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02. حيث قضى المجلس الأعلى بما يلي: « من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق جبراً عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية، ولا يعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سبباً لتطليقها منه. وللقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ الشرعي، يستوجب نقض القرار الذي يقضي

¹ - التي تنص على أنه: " 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 و 79 و 80 من هذا القانون،

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،

4- الحكم عن 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 شرعاً.

بتطليق الزوجة إذا ما تأسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها»¹.

وجاء في قرار آخر: «من المقرر شرعا أنه لا يسوغ الحكم بفك العصمة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا أثبتت الإضرار بها ومن ثم فإن القضاء، بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة إلى عجز الزوج عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فإنه كان على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم، غير أنهم لما قضوا بالتطليق اعتمادا على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها من العودة إليه، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية. ومتى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار المطعون»².

كما جاء في قرار آخر ما يلي: «من المقرر شرعا أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعا يعد خرقا للقواعد الشرعية لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها بناء على أنه يهينها أو يسيئ إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل، فإن قضاة المجلس بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء بتطليقها خرقوا النصوص الفقهية وحكموا دون دليل. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»³.

ثانيا: نماذج في وسائل الإثبات

تتمثل هذه النماذج فيما يلي:

-
- 1 - قرار بتاريخ: 1985/02/25، ملف رقم: 35891، المجلة القضائية، ع 01، س 1989، ص 8.
 - 2- قرار بتاريخ: 1984/05/14، ملف رقم: 33275، المجلة القضائية، ع 02، س 1990، ص 75.
 - 3- قرار بتاريخ: 1987/01/12، ملف رقم: 43864، المجلة القضائية، ع 01، س 1991، ص 46.

1- إثبات ضرب الزوجة

استقر قضاء المحكمة العليا قديما على عدم الاعتداد بالشهادة الطبية في إثبات ضرب الزوج لزوجته لأنها لا تعتبر بيئة شرعية.

حيث قضى المجلس الأعلى بما يلي: « إن ادعاء الزوجة على زوجها بضربه إياها لا يكتفي في إثباته بشهادة الطبيب إذ هذه لا تعتبر بيئة شرعية لعدم إفادتها القطع بأن الضرب المشهود به وقع من الزوج فعلا، يقول خليل: وبتعديه- أي الزوج على زوجته - بالضرب أو الهجر وثبوته بالبيئة أو الإقرار زجره الحاكم»¹.

كما جاء في قرار آخر ما يلي: « من المقرر فقها أن الضرب الواقع من الزوج على زوجته لا يثبت إلا بشهادة شرعية وأن الشهادة الطبية لا مجال للاعتماد عليها شرعا، ذلك أن الطبيب شخص واحد لم يشاهد الضرب وإنما يشهد فقط بما يراه على جسم المضروب، ومن ثم فإن النفي على القرار المطعون فيه بما تثيره الطاعنة في غير محله ويستوجب الرفض، ولما كان سكوت قضاة الاستئناف في قرارهم المطعون فيه عن مناقشة الشهادة الطبية المدلى بها، هو بسبب أنه لا فائدة منه شرعا، وبذكرهم أن المدعية لم تأت بما يثبت ادعاءها كانوا قد أعطوا الجواب الكافي. وطبقوا أحكام الشريعة التطبيق الصحيح.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»².

وما استقر عليه الاجتهاد هو ما ذهب إليه الإمام مالك في أن الإثبات يكون بينة الزوجة أو اعتراف الزوج³، والمقصود بالبيئة هي شهادة الشهود.

لكن ابتداء من سنة 1996 تغير اتجاه الاجتهاد القضائي، إذ قضت المحكمة

العليا في قرارها أن الضرب يثبت بموجب إدانة الزوج بحكم جزائي.

1- قرار بتاريخ: 1982/01/11، ملف رقم: 26535، نشرة القضاة، ع خاص، س 1992، ص 240.

2- قرار بتاريخ: 1984/12/03، ملف رقم: 34267، المجلة القضائية، ع 01، س 1990، ص 72.

3- السيد سابق، المرجع السابق، ص 316.

حيث جاء في القرار: « إن إدانة الزوج بسبب ضربه لزوجته يعتبر ضررا حسب الفقرة من المادة 53 من قانون الأسرة ومن ثم يجوز تطليق الزوجة لهذا السبب»¹.
إلا أن المحكمة العليا في قرارها الصادر سنة 2010 قررت عدم اشتراط صدور حكم جزائي بإدانة الزوج بالضرب في إثبات الضرب في دعوى التطليق للضرر المعترف شرعا.

حيث جاء في حيثيات القرار ما يلي: « عن الوجه الوحيد للطعن المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون والذي جاء فيه أن المحكمة أسست حكمها على اعتبار أن المطعون ضدها أسست دعوى التطليق على الفقرة الأخيرة من المادة 53 من قانون الأسرة التي تعتبر الضرر حالة من حالات التطليق ودعمت دعواها بشهادتين مع أنه يفند بشدة كونه تعرض لها بالضرب والشهادات الطبية إذا كانت تثبت تعرضها للضرب إلا أنها لا تثبت العلاقة السببية بين هذا الضرب والطاعن، والذي لا يثبت إلا بوجود حكم جزائي نهائي يقضي بإدانته بتهمة الضرب والجرح العمدي، وهذا حسب اجتهادات المحكمة العليا.

لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة أسست حكمها على الشهادات الطبيتين المذكورتين في ذلك الحكم فضلا عن أن الطاعن لم ينف واقعة الضرب والجرح التي ادعتها المطعون ضدها كما يظهر من الحكم المطعون فيه، وبالتالي فإن المحكمة لم تكن ملزمة بإثبات الضرب والجرح بحكم جزائي نهائي يدين الطاعن.

وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه»².

1- قرار بتاريخ: 16/01/1996، ملف رقم: 127948، نشرة القضاة، ع 54، س 1999، ص 10.

2- قرار بتاريخ: 15/07/2010، ملف رقم: 572240، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2010، ص 278.

والملاحظ أن قضاء المحكمة العليا اعتد بالشهادتين الطبييتين في إثبات الضرب في القرار السابق زيادة على تأكيده عدم اشتراط صدور حكم جزائي نهائي بالإدانة بالضرب.

وتكون المحكمة العليا عدلت عن اجتهادها الذي كانت مستقرة حتى قبل صدور قانون الأسرة سنة 1984، والمتمثل في عدم الاعتماد على الشهادة الطبية في إثبات الضرب لكونها لا تعد شهادة شرعية.

2- إثبات الإهمال وعدم الإنفاق

جاء في قرار للمحكمة العليا الآتي نصه: "يتبين بالرجوع إلى الحكم محل الطعن بالنقض، أن المحكمة استندت في حكمها إلى ما جاء في شهادة الشاهدين بأن الطاعن أهمل زوجته المطعون ضدها، وتركها منذ أزيد من ثلاثة أشهر، واعتبرت ذلك إهمالا للمطعون ضدها وتركها دون نفقة، مما ألحق بها ضررا معتبرا شرعا.

وحيث أن هذا التسبب لا يستند على أي أساس قانوني وتطبيق خاطئ للحالات التي يجوز للزوجة أن تطلب فيها التطليق، حسب نص المادة 53 من قانون الأسرة، لأن ترك الأسرة وعدم دفع النفقة، يجب أن يثبتا بموجب حكم، وبالتالي فإن الضرر المعتبر شرعا الذي قدرته المحكمة، غير ثابت، مادام أن ترك الأسرة وعدم دفع النفقة غير ثابتين كذلك، وكان على المحكمة التقيد بالحالات المنصوص عليها في المادة 53 المذكورة، وليس سماع شاهدين حول واقعة الترك أو الإهمال، وفي غياب الطاعن.

وعليه فإن هذا الوجه مؤسس وينجر عنه نقض الحكم محل الطعن بالنقض. وحيث إنه ما دام أن الضرر الذي تدعي المطعون ضدها وقوعه غير ثابت، فبالتالي لم يبق من النزاع ما يتطلب الفصل فيه، مما يتعين معه أن يكون نقض الحكم بدون إحالة¹.

¹ - قرار بتاريخ: 11/ 09/ 2014، ملف رقم: 0944996، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2014، ص 251.

يستفاد من القرار السابق أن إهمال الزوجة وعدم الإنفاق عليها لا يثبت إلا بصدور حكم قضائي بذلك، ولا يمكن إثباته بشهادة الشهود تطبيقاً للمادة 53/1 التي تنص على: "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج..".

3- غياب الزوج في جلسة الصلح لا يعد دليلاً في الإثبات

جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "حيث إنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أسست طلب التطليق على أساس أن الطاعن يتعاطى الخمر والسهرات الليلية وله علاقة غير شرعية مع إحدى الفتيات، وأنه تخلى عن كل واجباته الزوجية، ومنها الهجر في المضجع، بينما أنكر الطاعن ذلك، إلا أن المحكمة قدرت أن المطعون ضدها تضررت من العشرة الزوجية، استناداً إلى أن الطاعن لم يحضر جلسة الصلح، لتنفيذ مزاعمها وتأكيد دفعه، وأنه لذلك يتعين الاستجابة لطلبها والتصريح بالتطليق للضرر المعتبر شرعاً.

وحيث أن هذا التسبب فيه خرق لقواعد الإثبات التي تقتضي من المطعون ضدها -بصفتها مدعية- تقديم الدليل على ما نسبته للطاعن، وخصوصاً وأن النزاع يدور حول إنهاء علاقة زواج شرعية نتج عنها ولدان، ولذلك كان على المحكمة التقيد بقواعد الإثبات وعدم اعتبار تغيب الطاعن جلسة الصلح دليلاً على ما نسب إليه، ما دام أنكر ذلك في جوابه على دعوى المطعون ضدها، لأن جلسة الصلح لا علاقة لها بقواعد الإثبات، ويقتصر دورها على ما تصالح عليه الطرفان، وما اختلفا بشأنه أو أقر به"¹.

ثالثاً: نماذج للقرارات الصادرة في دعاوى التطليق

تشمل هذه النماذج المسائل التالية:

1- التطليق بعد الدخول

¹ 1- قرار بتاريخ: 1995/05/02، ملف رقم: 118475، نشرة القضاة، ع 49، س 1996، ص 241.

ويشمل ما يلي:

أ- التطلاق لعدم الإنفاق

قضت المحكمة العليا بما يلي: « لا يمكن الحكم بالتطبيق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق إلا إذا أصدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة، وامتنع الزوج عن تنفيذ ذلك»¹.
و جاء في حيثيات القرار ما يلي: «... غير أنه وبالرجوع إلى أحكام الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة نجدها قد أجازت للزوجة طلب التطلاق في حالة عدم الإنفاق عليها من طرف الزوج بشرط أن يصدر حكم بوجوب النفقة وأن تقيم الزوجة الدليل على امتناع الزوج غير المعسر عن دفع هذه النفقة رغم الحكم عليه بها، وليس الشأن كذلك في قضية الحال فالحكم المطعون فيه بقضائه كما فعل لم يوفر أسبابا شرعية كافية ولم يتأسس قانونا إذ خرق أحكام المادة 53 من قانون الأسرة، هذا ولم يتبين من الوقائع والإجراءات المتخذة بالملف أن القاضي الابتدائي قام بإجراءات محاولة الصلح المطلوبة قانونا بالمادة 49 من نفس القانون مما يعد خرقا لها أيضا، الشيء الذي يستوجب نقض الحكم المطعون فيه».

أ2- التطلاق لعيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج

جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: « من المقرر قانونا وقضاء أنه يجوز للزوجة طلب التطلاق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، كتكوين أسرة وتربية الأبناء، ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطلاق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية، ما عدا ما يتعلق بالزام الزوج بالتعويض، مما يتوجب نقضه جزئيا في هذا الجانب لانعدام حالة التعسف»².

أ3- التطلاق لعدم العدل في حالة التعدد

1- قرار بتاريخ: 2011/09/15، ملف رقم: 654972، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2011، ص 294.

2- قرار بتاريخ 1992/02/22، ملف رقم 87301، المجلة القضائية، ع 02، س 1995، ص 92.

قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بما يلي: « عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا، طبقا للفقرة 06 من المادة 53 من قانون الأسرة، ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطلاق»¹.

أ4- التطلاق لطول مدة الخصام أو الشقاق

جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: « من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطلاق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضرر شرعيا، ومتى تبين - من قضية الحال - أن الزوجة تضررت لطول مدة الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر، لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطلاق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»².

أ5- التطلاق للضرر

قضت المحكمة العليا بما يلي: « من المقرر قانونا أن الحكم بالتطلاق لا يقبل الاستئناف إلا في جانبه المادي، ومن المقرر أيضا أنه لا يحكم بتعويض الزوج إلا في حالة ثبوت نشوز الزوجة.

ومن الثابت - في قضية الحال - أن القاضي الأول قضى بالتطلاق للضرر الحاصل للطاعة بسبب الضرب الذي يجعلها متضررة فعلا ولا يمكن اعتبارها في حالة النشوز، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالطلاق بنشوز الطاعة مع إلزامها بأن تدفع للمطعون ضده تعويضا قدره ثلاث مائة ألف دج

1- قرار بتاريخ: 2006/07/12، ملف رقم: 356997، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2006، ص 441.

2- قرار بتاريخ: 1999/06/15، ملف رقم: 224655، اجتهاد قضائي، ق ع خاص، س 2001، ص 129.

عن الأضرار التي تحملها من مصاريف الزواج السابقة واللاحقة خالفوا القانون خاصة أحكام المادتين 55 و 57 من قانون الأسرة»¹.

ب- التطبيق قبل الدخول

ب1 - التطبيق للضرر المعترف شرعا

استقر قضاء المحكمة العليا على جواز تطبيق الزوجة قبل الدخول في حالة ثبوت ضررها، حيث جاء في إحدى قراراتها ما يلي: « من المقرر قانونا أنه يجوز تطبيق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا، ومتى تبين - في قضية الحال - أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يتم بإتمام الزواج بالبناء بها. فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون»².

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا في قراراتها القديمة كانت تشترط بقبول دعوى التطبيق قبل الدخول رفعها من طرف ولي الزوجة، حيث جاء في إحدى قراراتها ما يلي: « من المستقر عليه فقها وقضاء أن دعوى طلب التطبيق من قبل الزوجة قبل الدخول لا تقبل إلا إذا كانت من وليها ولا يجاب إليه إلا إذا كان له سبب وجيه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية. لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المجلس القضائي لما قضى بقبول دعوى الزوجة غير المدخول بها والحكم بتطبيقها يكون قد خالف المبادئ الشرعية رغم أنها لا زالت تحت سلطة الولي المجبر والذي يعد مسؤولا عن إتمام الزواج أو تحمل نتائج عدم إتمامه. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»³.

1- قرار بتاريخ: 2000/06/20، ملف رقم: 245209، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 262.

2- قرار بتاريخ: 1998/03/16، ملف رقم: 217179، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 122.

3- قرار بتاريخ: 1987/11/09، ملف رقم: 47059، المجلة القضائية، ع 03، س 1992، ص 72.

إلا أن المحكمة العليا عدلت في القرار الصادر سنة 2006 عن اشتراط رفع دعوى التطليق قبل الدخول من قبل الولي بل اشترطت أن ترفع الدعوى من قبل الزوجة، حيث جاء في القرار ما يلي: « ترفع دعوى الطلاق أو التطليق قبل البناء من طرف الزوجة وليس من طرف الولي»¹.

ب2- التطليق لارتكاب الزوج جريمة ماسة بشرف الأسرة

قضت المحكمة العليا بما يلي: " لكن حيث أن الحكمة والغرض من الزواج، إنما هو دوام الألفة والمحبة والإخلاص، وتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب وفقا للأهداف المقررة في المادة 04 من قانون الأسرة، وأن المطعون ضدها بتراجعها عن الزواج بالطاعن وإصرارها على الطلاق قبل الدخول للأسباب التي بررت بها طلب الطلاق، فإن أهداف الزواج صارت منقضية، وبخاصة المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة وفقا لنص المادة 36/02 من قانون الأسرة، وان المحكمة باستجابتها للطلب وقضائها بالتطليق قبل الدخول استعملت سلطتها التقديرية المخولة لها قانونا بما لها من ولاية فحص النزاع وتقدير مدى تحقق أهداف الزواج، مستدلة في ذلك بأسباب كافية وسائغة (سوء أخلاق الزوج وصدور حكم جزائي ضده في جريمة ماسة بشرف الأسرة واستحالة تحقيق الهدف من الزواج)، وتكون بذلك قد أعطت لحكمها الأساس القانوني مما يجعل الوجه غير سديد"².

رابعا: التعويض في دعاوى التطليق

نصت المادة 53 مكرر من قانون الأسرة على أنه: « يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»، بموجب تعديل 2005 وقد استقر قضاء المحكمة العليا حتى قبل تعديل 2005 على إمكانية تعويض الزوجة طالبة التطليق في حالة ثبوت الضرر. حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة

1- قرار بتاريخ: 2006/10/11، ملف رقم: 369494، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2007، ص 449.

2- قرار بتاريخ: 2014/07/10، ملف رقم: 0952658، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2014، ص 282.

العليا ما يلي: « من المستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة طالبة الطلاق في حالة ثبوت تضررها فعلا.

من الثابت في - قضية الحال - أن الطاعنة متضررة فعلا بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعدم 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 التسبب مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض»¹.

إلا أن قضاء المحكمة العليا استقر على عدم استحقاق الزوجة طالبة التطلق بسبب عقم الزوج للتعويض، حيث جاء في إحدى قراراتها بما يلي: « لا يتحمل الزوج المصاب بمرض العقم مسؤولية تعويض الزوجة طالبة التطلق عن الضرر الحاصل لها، بفعل عدم قدرته على الإنجاب»².

وجاء في حيثيات هذا القرار: «... وحيث ان مرض العقم وعدم القدرة على الإنجاب، وإن كان فعلا يشكل سببا من أسباب التطلق، طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، ويخول الزوجة الحق في المطالبة به فهو لا يحمل الزوج المصاب به أية مسؤولية عن دفع التعويض لها عنه، ذلك أنه لا دخل لإرادته فيه...».

كما قررت المحكمة العليا استحقاق الزوجة طالبة التطلق قبل الدخول للتعويض في حالة ثبوت تضررها، حيث جاء في إحدى قراراتها ما يلي: « من المقرر قانونا أنه يجوز تطلق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا.

ومتى تبين في - قضية الحال - أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يتم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا أو

1- قرار بتاريخ: 2000/06/20، ملف رقم: 245159، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 259.

2- قرار بتاريخ: 2011/01/13، ملف رقم: 596191، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2011، ص 270.

معنويا، مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»¹.

الفرع الثاني: القرارات الصادرة في الخلع

صدرت عدة قرارات قضائية تطبيقا لنص المادة 54 من قانون الأسرة، شملت المسائل الآتي بيانها وتفصيلها:

أولا: الطبيعة القانونية للخلع

استقر قضاء المحكمة العليا لحقبة زمنية على اعتبار الخلع عقدا رضائيا تتوقف صحته على موافقة الزوج على مخالعة الزوجة له، وعلى سبيل المثال قرار المجلس الأعلى الصادر سنة 1988 الآتي نصه: " حيث أن القاضي لا تصل سلطته إلى مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، فقبول هذا الأخير للخلع أمر وجوبي، بحيث لا يكون هناك خلع دون رضاه، وحيث أن المطعون ضدها طلبت التطلاق، 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"²، وقد أعمل الاجتهاد القضائي رأي جمهور الفقهاء الذين يرون عدم صحة الخلع دون رضا الزوج³.

لكن ابتداء من سنة 1992 تغير اتجاه المحكمة العليا التي قضت بما يلي: " حيث أن أصل مشروعية الخلع قد وضعت كعلاج ومخرج أخير للزوجة التي أصبحت لا

1- قرار بتاريخ: 1999/03/16، ملف رقم: 217179، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 122.

2 - قرار بتاريخ: 1988/11/21، ملف رقم: 51728، المجلة القضائية، ع 03، س 1990، ص 72.

3- أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 357.

تطبيق معاشرة زوجها، وهي لا تملك المبرر الشرعي للفراق، وقد ثبت ذلك بالكتاب والسنة، وقد أسهب الفقهاء في التأصيل والتفريع في هذا الموضوع، الذي لا مجال لذكره، وقد يكون باتفاق وبدونه، وله أشكال وحالات متعددة.

حيث أن المادة 54 من قانون الأسرة، تشترط قبول الزوج للمبلغ الذي تعرضه الزوجة على زوجها بعنوان الخلع، فالمادة تسمح للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال دون تحديد لنوعه، أي مطلق مال، وهذا هو المبدأ العام للخلع، أما نوع المال وقدره فهذا يرجع إلى اتفاق الطرفين، أو إلى تدخل القضاء، على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج لما تعرضه الزوجة، لأن ذلك يفتح باب للابتزاز والتعسف، وذلك منهي عنه شرعا، وعليه فهذا الفرع أيضا غير مؤسس، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن¹.

ويستفاد أن القرار السابق لم يعول على موافقة الزوج على الخلع، وإنما يمكن المخالعة دون موافقته، وبالتالي أصبح الخلع حقا خالصا للزوجة، بعدما كان رخصة ممنوحة لها، يمكن استعمالها بشرط موافقة الزوج.

وكان الاجتهاد القضائي هو الممهد لتعديل المادة 54 من قانون الأسرة سنة 2005، والتي شابها الغموض، فأصبحت تنص على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

وتجدر الإشارة إلى قرار المحكمة العليا الصادر سنة 1999 الذي أخط بين مفهوم الرخصة والحق الأصيل، حيث جاء فيه ما يلي: "لكن حيث أنه بالرجوع إلى المادة 54 من قانون الأسرة يتبين أن الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج، مقابل مبلغ مالي، وهو ما عرضته المطلقة على الزوج، بأن يكون هذا المبلغ

¹ - قرار بتاريخ: 1992/07/2، ملف رقم: 83603، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 134.

كصداق المثل، مما يجعل ما قضى به قاضي الدرجة الأولى مطابقاً روحاً ونصاً للمادة 54 من قانون الأسرة، الواجب التطبيق على قضية الحال، ويجعل الوجه غير مؤسس¹.

كما تجدر الإشارة إلى القرار الصادر سنة 2011 والذي جاء فيه الآتي: "عن الوجه الوحيد للطعن والمأخوذ من انعدام الأسباب، والذي جاء فيه أنه بمجرد طلب المطعون ضدها للخلع استجابت لها المحكمة بدون أي سبب جدي، لكن حيث أنه 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 من قانون الأسرة، فإن الحكم المطعون فيه مسبب بما فيه الكفاية، ما دام أن قاضي المحكمة قام إجراء محاولة الصلح وتوصل إلى أن المطعون ضدها تمسكت بطلب الخلع.

وعليه فإن الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه ويرفض الطعن.²

يستفاد من القرار اعتبار الخلع للزوجة في مقابل العصمة التي يملكها الزوج، وهذا ليس له أساس شرعي ولا فقهي، لأن الخلع جعل لاجتناب التعدي على حدود الله التي حددها للزوجين، من المعاشرة بالمعروف وقيام كل منهما بحقوق الآخر، وهو في المقام الأول لإزالة الضرر عن الزوجة، ثم في المقام الثاني لمصلحة الزوج ودفع الضرر عنه في حالة عدم إمكان الزوجة الوفاء بحقوقه، وجعلت مصلحة الزوج في المقام الثاني لأنه يستطيع التخلص من هذا الضرر بفك هذه الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة دون توقف على موافقة الزوجة، أما أن يجعل الخلع في مقابل العصمة للزوج فهذا في حد ذاته تعد على حدود الله التي شرع الخلع لمراعاتها واجتناب التعدي عليها.

¹- قرار بتاريخ: 1999/03/16، ملف رقم: 216239، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 138.
²- قرار بتاريخ: 2011/09/15، ملف رقم: 656259، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2012، ص 318.

ثانيا: دور القاضي في تقدير بدل الخلع

جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر سنة 1980 ما يلي: " حيث أنه حقيقة بالرجوع إلى القاعدة الشرعية التي تنص على أنه لا يجب على الزوج أن يجيب زوجته إلى ما تطلبه من مخالعة، وبالاطلاع على الأسباب التي بنى عليها قضاة الاستئناف قرارهم نجد أن قضاة الموضوع أقرروا اتفاق الطرفين على مبدأ الخلع، واثبتوا أن الخلاف بقي قائما بينها على تحديد مقداره، فتدخلوا لحسم النزاع وحكموا بتحديد مبلغ الخلع بخمسة آلاف دينار، وهذا يعني أنهم ألزموا الزوج بمبلغ معين من العوض الذي تدفعه المرأة مقابل طلاقها من زوجها، وفي هذا إلزام للزوج بإيجابه لطلب زوجته بينما نص جمهور الفقهاء على أنه لا يجب على الزوج أن يجيب زوجته إلى ما تطلبه من مخالعة، غير أنه يندب له ذلك، وبناء على ذلك فإن الخلع لا يتم إلا برضاء الطرفين واتفاقهما على مقدار العوض الذي تدفعه المرأة إلى زوجها مقابل طلاقها منه، وهذا يتوقف على الإيجاب والقبول من كليهما، وبالتالي فإن تقدير مبلغه يتوقف عليهما وحدهما، وليس للقضاة حق التدخل في تحديد مبلغه، لأن العصمة بيد الرجل، وهو علق الخلع على مبلغ معين، فلا يجوز إجباره بمبلغ محدد لا يوافق عليه، وإلا يؤول الأمر إلى تطبيق زوجته عليه، وهذا مخالف لغرض الشارع من الخلع، ولذلك فإن تدخل القضاة لتحديد مقدار عوض الخلع يعتبر مخالفة بينة لقواعد الشرع المشار إليها أعلاه، مما يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه، بهذا الصدد وبالنتيجة، فإنه ما دامت العصمة بين الزوجين قائمة، فإن كل ما يترتب على انفكاكها من آثار فهو الآخر باطل، ويتعين معه نقض القرار بأكمله من دون حاجة إلى مناقشة باقي الوجهين"¹.

وجاء في قرار آخر له صادر سنة 1985 الآتي نصه: " إنه يثبت بالرجوع إلى القرار المطعون فيه والحكم الملغى من طرفه أنه بعد الإساءة المكررة وطول الخصام بين

¹ - قرار بتاريخ: 1980/02/25، ملف رقم: 21305، نشرة القضاة، ع 01، س 1980، ص 79.

الطرفين، طلبت الزوجة مخالعة زوجها على مقدار صداقها، في حين أن الزوج اشترط للطلاق خلعاً مقداره خمسون ألف دينار، وهذا يفسر حقا باتفاق على مبدأ الخلع، غير أن مقداره يقدر باجتهاد القضاة، إذ حكموا بالرجوع وأعطوا الطلاق بعوض مدلولاً خاطئاً، فإنهم عرضوا قرارهم إلى النقض، وخاصة أن التشاجر بين الزوجين بدأ منذ 1975، مما كان ممكناً للقضاة أن يوافقوا على طلب التطليق للضرر أيضاً¹.

كما جاء في قرار للمحكمة العليا صادر سنة 2017 ما يلي: " يتبين من القرار محل الطعن بالنقض أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم المذكور فيما يخص رفع مبلغ مقابل الخلع على أنه إذا لم يتفق الطرفان على مقابل الخلع، فإن القاضي هو الذي يحدده بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم طبقاً للمادة 54 من قانون الأسرة، وإن مبلغ ثلاثة آلاف دينار الذي حددته المحكمة هو مبلغ ضئيل جداً، ولا يعادل مبلغ صداق المثل المعمول به في الناحية، ورفعوا بذلك مقابل الخلع إلى سبعين ألف دينار، استناداً إلى أن ذلك المبلغ هو الحد الأدنى لصداق المثل في منطقة ورقلة، مع أن مفهوم صداق المثل بالنسبة للشريعة الإسلامية هو صداق مثل أقارب الطاعنة وحالها في حسبها ومالها وجمالها، مثل مهر الأخت الشقيقة ولأب، وليس مقر بيت الزوجية أو منطقة أو ولاية مقر ذلك البيت، كما ذهب إلى ذلك قضاة المجلس، رغم أن الطاعنة تمسكت بأن عقد الزواج أبرم في منطقة يحكم فيها إبرام عقد الزواج عرف معين، ويسهر على تطبيقه من يمثلون المنطقة لذلك العرف، فضلاً على أن المحكمة ألزمت المطعون ضده أن يوفر للطاعنة مسكناً ملائماً لممارسة حضانة الابن بقرية (...). منطقة إبرام عقد الزواج بولاية تيزي وزو.

¹ - قرار بتاريخ: 22/ 04/ 1985، ملف رقم: 36709، نشرة القضاة، ع 01، س 1989، ص 92.

وعليه فإن هذا الوجه مؤسس وينجر عنه نقض القرار جزئياً فيما يخص رفع مقابل الخلع¹.

يستفاد من القرارات السابقة ما يلي:

- ذهب الاجتهاد الصادر سنة 1980 إلى أن الخلع لا يتم إلا برضاء الطرفين واتفقهما على مقدار البديل الذي تدفعه المرأة إلى زوجها مقابل طلاقها منه، وليس للقاضي حق التدخل في تحديد مبلغ العوض، إعمالاً لمبدأ العصمة بيد الزوج، وما ذهب إليه هذا القرار يتماشى مع مذهب الجمهور في أن الخلع لا يصح إلا برضا الزوج، بالإضافة إلى أن جمهور الفقهاء عند حديثهم عن مقدار بدل الخلع نصوا على أنه يكون بما تراضى عليه الزوجان قل أو أكثر².

- بينما تغير اتجاه الاجتهاد القضائي الصادر سنة 1985 الذي قرر تحديد مقدار الخلع من طرف القاضي، في حالة عدم اتفاق الزوجين على ذلك، مادام هناك اتفاق على مبدأ الخلع، ويظهر أن هذا القرار طبق نص المادة 54 من قانون الأسرة قبل تعديل 2005 التي كانت تنص على أنه: " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها على مال يتم الإنفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم " .

- حدد الاجتهاد القضائي الصادر سنة 2017 صداق المثل المنصوص عليه في المادة 54 من قانون الأسرة بصداق مثل أقارب الطاعنة وحالها في حسبها ومالها وجمالها، مثل مهر الأخت الشقيقة ولأب، وليس مقر بيت الزوجية أو منطقة أو ولاية مقر ذلك البيت، وما ذهب إليه هذا القرار، يتلاءم مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي عموماً في أن مهر المثل هو القدر الذي تزوج عليه مثيلاتها من قريباتها من جهة أبيها، كأخواتها وعماتها، لا من جهة أمها، لأن الأم قد تكون من أسرة لها أعراف

¹ - قرار بتاريخ: 01/ 02/ 2017، ملف رقم: 1054305، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2017، ص 161.

² - أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 353.

تخالف أعراف أسرة الأب، فإن لم يكن لها أمثال من جهة أبيها، فمن مثيلاتها وأقرانها من أهل بلدتها¹.

ثالثا: مدى صحة الخلع دون تحديد أو عرض البدل

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر سنة 2000 ما يلي: " حيث أن المادة 54 من قانون الأسرة 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 معيناً، لم يرقم على أي أساس قانوني أو شرعي وعليه فالوجه غير مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه، وإحالته إلى نفس المجلس"².

بينما جاء في قرارها الصادر سنة 2001 الآتي: " حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع عندما قضى بالطلاق عن طريق الخلع وقضى بحفظ حق الطاعن في طلب مقابل الخلع، فإنه يكون قد جانب الصواب، لأن تحديد المبلغ مقابل الخلع هو عنصر أساسي من عناصر الطلاق بواسطة الخلع، إذ يتعين في مثل هذه الحالة تدخل قاضي الموضوع في تحديد مبلغ الخلع إن لم يتفق الطرفان عليه، فالحكم محل الطعن جاء مخالفا للقواعد الشرعية ولأحكام المادة 54 من قانون الأسرة، مما يستوجب نقضه جزئياً فيما يخص مقابل الخلع وإحالته إلى المحكمة"³.

كما جاء في القرار الصادر سنة 2006 ما مفاده: " حيث أن القرار المنتقد لما قضى بالخلع بناء على طلب احتياطي من المطعون ضدها ودون أن تعرض على زوجها بدل الخلع، قد أساء تطبيق القانون بل وخالفه، لأن الخلع في الأصل لا يطالب به

1 - أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 167.

2 - قرار بتاريخ: 2000/11/21، ملف رقم: 252994، المجلة القضائية، ع 01، س 2001، ص 293.

3 - قرار بتاريخ: 2001/10/17، ملف رقم: 275493، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2004، ص 353.

بصفة احتياطية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن كل امرأة تطالب بالخلع فإن عليها وجوبا عرض مبلغ مالي مقابله، وتبعا لذلك لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، لأن القاضي ملزم بالقضاء به يوم النطق بالطلاق خلعاً، سواء اتفق الطرفان عليه أو اختلفاً، طبقاً لأحكام المادة 54 من قانون الأسرة، ولما قضى قضاة الموضوع بمجلس قضاء تيزي وزو بخلاف ذلك فإن قضاءهم جاء مشوباً بالقصور في الأسباب وانعدام الأساس القانوني، الأمر الذي يتعين معه نقضه وإبطاله¹.

يستفاد من القرارات السابقة ما يلي:

- الاجتهاد القضائي الصادر سنة 2000 لم يشترط عرض بدل معين للخلع لصحة الخلع، مما يعني صحة الخلع بلا عوض، وهذا هو مذهب الأحناف والمالكية ورواية في مذهب الإمام أحمد².

- بينما ذهب الاجتهادان القضائيان الصادران سنتي 2001 و 2006 إلى اعتبار بدل الخلع عنصراً أساسياً من عناصر الطلاق بالخلع، ومن ثم لا يمكن القضاء بحفظ حق الطاعن في طلب مقابل الخلع، وهذا يعد إعمالاً لمذهب الشافعية ورواية عن أحمد، وهو ما استقر عليه متأخرو فقهاء الحنابلة، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، والظاهر أنه مذهب ابن حزم، الذين يرون عدم صحة الخلع بلا عوض، وهو الرأي الراجح فقهاً، لأنه لا يوجد في الكتاب ولا في السنة ما يدل على صحة الخلع بدون عوض³.

رابعاً: تحديد موضوع الدعوى

جاء في القرار الصادر سنة 2006 ما مفاده: " حيث أن القرار المنتقد لما قضى بالخلع بناء على طلب احتياطي من المطعون ضدها ودون أن تعرض على زوجها

¹ - قرار بتاريخ: 2006/10/11، ملف رقم: 365244، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2007، ص 467.

² - أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 351.

³ - أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع نفسه، ج 03، ص 352.

بدل الخلع، قد أساء تطبيق القانون بل وخالفه، لأن الخلع في الأصل لا يطالب به بصفة احتياطية...¹.

وقضت المحكمة العليا في القرار الصادر سنة 2008 بأنه: " لكن متى كان موضوع الدعوى الأصلية التي أقامها المدعي في الطعن على زوجته يتمثل في الحكم على هذه الأخيرة بالرجوع الى بيت الزوجية فان الحكم الذي قضى به قاضي أول درجة والرامي إلى الطلاق عن طريق الخلع استجابة إلى الطلب المقابل الذي عرضته المدعى عليها، يعد حكما غير قانوني ومنعدم الأساس القانوني إذ كان يتعين على قاضي أول درجة أن يفصل في الطلب الأصلي سواء بالقبول أو الرفض، ولا أن يتصدى إلى الطلب المقابل الذي كان من المفروض أن يطرح ضمن دعوى مستقلة من طرف المطعون ضدها، الأمر الذي يستوجب القول أن الوجه المثار سديد يستلزم الالتفات إليه، ويؤدي إلى نقض وإبطال الحكم المطعون فيه دون التطرق لبقية الوجه"².

وجاء في قرارها الصادر سنة 2013 ما يلي: " حيث أنه يتبين فعلا بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، أن المطعون ضدها رفعت دعواها ضد زوجها الطاعن، وطلبت فك الرابطة الزوجية بينهما بالخلع، وعرضت مبلغ عشرين ألف دينار مقابلا لذلك، كما طالبت بحقوقها وحضانة الأبناء، بينما طالب الطاعن أن تمكنه من مبلغ مائتي ألف دينار مقابلا للخلع، وبعد محاولة الصلح حول دعوى الخلع، وتمسك كل طرف بمطالبه، قدمت المطعون ضدها مذكرة في جلسة: 23/ 10/ 2011، أشارت إلى نطق الطاعن بالطلاق بالثلاث يوم: 08/ 03 /2010، بحضور الأبناء، ورد الطاعن على ذلك بأنه تقوّه بعبارة الطلاق بالثلاث يخضع لفتوى أهل الدين في صحته، ثم قامت المطعون

¹ - قرار بتاريخ: 2006/10/11، ملف رقم: 365244، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2007، ص 467.

² - قرار بتاريخ: 2008/03/12، ملف رقم: 427968، نشرة القضاة، ع 66، س 2011، ص 321.

ضدها بتغيير طلباتها من الخلع إلى التطبيق استنادا إلى تفوه الطاعن بالطلاق يوم: 2010/ 03/ 08، وهو التاريخ السابق على تاريخ رفع دعوى الخلع.

وحيث إنه كان على المحكمة التقيد بدعوى الخلع، والتي انعقدت بمناسبة الخصومة ووافق عليها الطاعن، وطالب بمبلغ مائتي ألف دينار مقابلا لذلك، وليس التطرق إلى التطبيق والاستناد إلى ما دار يوم: 2010 /03/ 08، الذي يتعين أن يتم بشأنه تحقيق، لأن هناك فرق بين دعوى التطبيق وبين دعوى إثبات طلاق تفوه به الطاعن في مواجهة المطعون ضدها، وبحضور الأبناء، والذي ينكر الطاعن توجه نيته في إيقاعه.

وعليه فإن هذا الوجه مؤسس وينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة لمناقشة الوجه الثاني.

وحيث إنه ما دام أن المطعون ضدها قد غيرت موضوع دعواها من الخلع إلى التطبيق، وبالتالي لم يبق من النزاع ما يتطلب الفصل فيه، مما يتعين معه أن يكون نقض الحكم بدون إحالة¹.

يستفاد من القرارات السابقة ما يلي:

- عدم صحة القضاء بالخلع بناء على طلب احتياطي، لأن الخلع لا يطالب به بصفة احتياطية.

- عدم صحة القضاء بالخلع بناء على طلب مقابل، وإنما يكون ضمن دعوى مستقلة.

- لا بد من التقيد بموضوع الدعوى المنعقدة بشأنها الخصومة، حيث كان موضوع الدعوى في القرار الأخير هو الخلع، وليس التطبيق.

¹- قرار بتاريخ: 2013/05/09، ملف رقم: 0850047، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2013، ص 292.

المبحث الثاني: الاجتهاد القضائي المرتبط بالحضانة

إن أهم أثر لفك الرابطة الزوجية يتمثل في حضانة الأولاد، والذي تتدرج ضمنه مجموعة من المسائل، والتي كانت محل اجتهادات قضائية، منها ارتبط بإسناد الحضانة (المطلب الأول)، ومنها ما تعلق بانقضاء الحضانة وسقوطها (الفرع الثاني)، ومنها ما شمل توفير سكن ممارسة الحضانة (الفرع الثالث)، ومنها ما تضمن مسائل مرتبطة بنفقة المحضون (المطلب الرابع)، وهناك اجتهاد مرتبط بمنح رخصة لعلاج المحضون بالخارج (المطلب الخامس).

المطلب الأول: الاجتهاد القضائي الصادر في إسناد الحضانة

يتضمن هذا المطلب استقراء وتحليل أهم قرارات المحكمة العليا ذات الصلة بإسناد الحضانة، من حيث شروط الإسناد (الفرع الأول)، ومن حيث معيار الإسناد (الفرع الثاني)، وكذا ما تعلق بمسائل الزيارة (الفرع الثالث)، ومسألة تمديد الحضانة (الفرع الرابع).

الفرع الأول: القرارات الصادرة في شروط الإسناد

تنص المادة 62 من قانون الأسرة على أنه: «الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلفا. ويشترط في الحان أن يكون أهلا للقيام بذلك».

ولكي يكون الحاضن أهلا لممارسة الحضانة لا بد من توفر مجموعة من

الشروط، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

- العقل، بلوغ سن الرشد
- اتفاق الحاضن والمحضون في الدين (اتحاد الدين)
- القدرة على التربية
- الأمانة على الأخلاق

- ألا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي¹

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي، فقد جاء في قرار قديم للمحكمة العليا ما يلي: « من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي.

ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال، حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية. ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المشار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ².

وجاء في قرار آخر ما يلي: « من المقرر فقها وقانوناً أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون.

ولما كان ثابتاً - قضية الحال - أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون³. وقد أكدت المحكمة العليا ضرورة مراعاة أمن المكان الذي تمارس فيه الحضانة أخذاً برأي المالكية⁴ تكملة لشرط الأمانة على الأخلاق.

حيث جاء في قرار لها ما يلي: « متى كان من المقرر شرعاً وقانوناً أن إسناد الحاضنة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون والقائم بتربيته على دين أبيه، ومن ثم

1- السيد سابق، المرجع السابق، ج02، ص 354.

2- قرار بتاريخ: 1984/07/09، ملف رقم: 33921، المجلة القضائية، ع 04، س 1989، ص 76.

3- قرار بتاريخ: 1989/05/22، ملف رقم: 53578، المجلة القضائية، ع 04، س 1991، ص 99.

4- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 727.

فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا لشرع والقانون»¹.

الفرع الثاني: القرارات الصادرة في معيار الإسناد

يشمل هذا الفرع المسائل التالية:

أولا: مدى مراعاة ترتيب الحاضنين وتقرير المرشدة الاجتماعية

تنص المادة 64 من قانون الأسرة المعدلة سنة 2005 على أنه: « الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجد لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة».

وتطبيقا للنص القانوني السابق أكدت المحكمة العليا ضرورة مراعاة الترتيب الوارد فيه إلا في حالة ثبوت أن مراعاة مصلحة المحضون تستدعي خلاف ذلك. حيث جاء في قرار لها أنه: « من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة، إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة».

ولما ثبت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع أسندوا الحضانة للأخت لأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الأقدر على تربية الأولاد ورعايتهم.

فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»².

كما استقر قضاء المحكمة العليا على الاستعانة بمرشدة اجتماعية في تقدير مصلحة المحضون، حيث جاء في قرار لها بأنه: « يستعين القاضي في الحكم بعدم

1- قرار بتاريخ: 19/2/1990، ملف رقم: 59013، المجلة القضائية، ع 04، س 1991، ص 117.

2- قرار بتاريخ: 17/03/1998، ملف رقم: 179471، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 172.

تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية¹، وجاء في قرار آخر: «يسند القاضي الحضانة بعد وفاة الأبوين، مستعينا بمرشدة اجتماعية إلا من يستحقها حسب مصلحة المحضون»².

ولكن المحكمة العليا في قرار لها سنة 2011، تراجعت عن ضرورة مراعاة الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة لمراعاة لمصلحة المحضون التي تدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، حيث قضت فيه: «تراعي مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع»³.

وجاء في حيثيات القرار ما يلي: «لكن حيث أنه بالرجوع إلى التقرير الاجتماعي المعد من مصلحة الملاحظة والتربية في الوسط المفتوح تنفيذًا للقرار الصادر عن المجلس تاريخ 2007/12/18 يتبين أن البنت تعيش مع جدتها في راحة نفسية وتزاول دراستها وتمارس رياضة كرة السلة وهواية الرسم مقترحا في النهاية منح حضانة البنت لوالدها لتعويض حنان والدتها وهو اقتراح يخرج عن نطاق الجهة التي أعدت التقرير، كونه هو عينه موضوع النزاع ويؤول تقدير المصلحة لقضاة الموضوع وأن القضاة بمصادقتهم على التقرير وتأييدهم للحكم المستأنف إنما مارسوا سلطتهم التقديرية طالما لم يرد فيه ما يسيء لعائلة الجدة أو ما يناقض مصلحة البنت فضلا عن أنه لا يعدو كونه بحث اجتماعي لا يصل حتى إلى درجة الخبرة ولا يحتاج إلى المصادقة مما يجعل الوجه غير سديد.

عن الوجه الثالث: المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون بدعوى أنه وفقا لنص المادة 64 من قانون الأسرة فإن الحضانة بعد الأم تنتقل إلى الأب وليس للجدة، وأن

1- قرار بتاريخ: 2005/05/18، ملف رقم: 330566، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2005، ص 301.

2- قرار بتاريخ: 2006/05/17، ملف رقم: 364850، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2007، ص 437.

3- قرار بتاريخ: 2011/03/20، ملف رقم: 613469، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2012، ص 285.

المطعون ضدها تعيش في سكن ضيق وأن تأييد القرار للحكم المستأنف يعد خرقاً لنص المادة المذكور مستوجبا للنقض.

لكن حيث أن مدار الحضانة مصلحة المحضون وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، 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 تطبيقاً سليماً مما يجعل الوجه غير سديد مستوجبا الرفض».

وأرى سداد هذا القرار في عدم مراعاته للترتيب الوارد في نص المادة، وإنما التركيز على مراعاة مصلحة المحضون، لأن الفقه الإسلامي اختلف في ترتيب الحاضنين، لعدم وجود نص قطعي في المسألة مع ملاحظة تقديم أكثرهم أقارب الأم على أقارب الأب عند التساوي في القرب ولعلمهم استندوا في هذا التقديم إلى تقديم الأم على الأب فأخذوا منه تقديم جنس نساء الأم على نساء الأب، وربما ساعدهم على وضع هذا الضابط قول النبي ﷺ: ﴿الخاله بمنزلة الأم﴾¹⁻².

هذا من جهة ومن جهة أخرى اعتبر القرار أن تقدير مصلحة المحضون يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع أما التقرير الاجتماعي المعد من طرف مصلحة الملاحظة والتربية في الوسط المفتوح فلا يعدوا أن يكون بحثاً اجتماعياً لا يصل إلى درجة الخبرة، وهذا ما يحسب لصالح قضاء المحكمة العليا.

1- رواه البخاري، كتاب: الصلح، باب: كيف كان يكتب "هذا ما صالح فلان بن فلان فلان بن فلان" وإن لم ينسبه إلى قبيلته أو نسبه، رقم: 2299، ص 659.

2- أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ج 03، ص 416.

وقد استقر قضاء المحكمة العليا على هذا في قرارات لاحقة منها القرار الذي جاء فيه: « القاضي غير ملزم باللجوء للاستعانة بمساعدة اجتماعية لتقدير مصلحة المحضون»¹.

وجاء في حيثياته ما يلي: « عن الوجه الثالث المأخوذ من القصور في التسبيب، والذي جاء فيه أنه يوجد في الملف تصريحات متعاكسة ومتناقضة فيما يخص مصلحة الابن وهي مدونة في القرار محل الطعن، وقضاة الموضوع رجحوا تصريحات المطعون ضدها فيما يخص مصلحة الابن دون أن يبرروا قرارهم بوسائل قانونية، كاللجوء إلى المساعدة الاجتماعية، كما أوصت المحكمة العليا في قرارها رقم 330566 الصادر يوم: 2005/05/18، ومصلحة الابن تستنتج من قبل بحث تقوم به مساعدة اجتماعية يظهر من خلاله عناصر موضوعية تسمح بالفصل في قضية مصلحة الابن.

لكن حيث أن قضاة المجلس غير ملزمين باللجوء إلى مساعدة اجتماعية، ما دام أنهم استندوا على وثائق موجودة بالملف كما تظهر من الأسباب التي أوردوها».

ثانيا: رعاية مصلحة المحضون

يظهر رعاية هذه المصلحة في المسائل التالية:

1- وجوب تحديد معايير مصلحة المحضون

أكد قضاء المحكمة العليا وجوب تحديد المعايير التي توضح مدى توفر مصلحة المحضون، وهذا ما قضى به القرار التالي: « يجب عند إسناد الحضانة للجدة لأم تبيان معايير مصلحة المحضون»².

وجاء في حيثياته ما يلي: « عن الوجه الأول المأخوذ من انعدام الأساس القانوني: حيث وبالفعل طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة، يراعى في إسناد الحضانة في كل الأحوال مصلحة المحضون، ولما تبين من القرار المطعون فيه انه أسند حضانة

1- قرار بتاريخ: 2011/10/13، ملف رقم: 650014، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2012، ص 313.

2- قرار بتاريخ: 2008/02/13، ملف رقم: 424292، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2008، ص 267.

الأبناء الثلاثة لجدتهم لأم دون تبيان المعايير التي اعتمد عليها وأين تكمن مصلحتهم، يكون قضاة الموضوع بفصلهم كهذا لم يعطوا لقضائهم الأساس القانوني مما يعرض قرارهم للنقض».

2- عدم تجزئة الحضانة

قررت المحكمة العليا عدم تجزئة الحضانة رعاية لمصلحة المحضون، حيث قضت في قرار لها بأن: «إسناد حضانة جميع الأبناء إلى الوالد الحاضن، بعد وفاة الأم، إعمالاً لمبدأ عدم تجزئة الحضانة»¹.

وجاء في حيثيات القرار ما يلي: «ولما كان في قضية الحال النزاع مطروحاً بين الجدة لأم والأب على حضانة الأولاد (س) تبلغ من العمر 16 سنة، (س) 11 سنة، (ي) 04 سنوات وان قضاة الموضوع قضوا برفض دعوى المدعية الرامية إلى طلب الحضانة فإنهم يكونون قد فصلوا في النزاع المطروح عليهم وبالنظر إلى سن البنيتين فإن مصلحتهما تكون ببقائهما تحت رعاية والدهما.

ولما كانت الحضانة لا تتجزأ فإن الطفل الصغير من مصلحته العيش بين أخته (س) و(س) وتحت رعاية الأب، وهو ما يجعل الأوجه غير مؤسسة وما قضى به قضاة الموضوع قضاء سليم الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن».

3- الحفاظ على الصحة النفسية للمحضون

يعد الحفاظ على الصحة النفسية للطفل من أهم متطلبات مصلحة المحضون، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: «إنه وبعد الاطلاع على القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة المجلس قضوا بتأييد الحكم المستأنف الذي أسند حضانة الولد للجدة لأم على أساس أن المبررات والحجج التي تقدم بها المستأنف ليست كافية لإسقاط الحضانة عن الجدة لأم دون مناقشة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع

1- قرار بتاريخ: 2001/12/26، ملف رقم: 274683، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2004، ص 347.

التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والوثائق المقدمة من طرف الطاعن حول وضعية الولد والمحيط غير اللائق الذي يعيش فيه المحضون والذي أشارت إليه المساعدة القضائية في تقريرها (وتقرير الخبير الطبي المعين بموجب أمر قضائي). وبالتالي فالقرار المطعون فيه بعدم مناقشته للدفع المثارة وعدم مراعاة مصلحة المحضون يعتبر مشوباً بالقصور في الأسباب ومخالفاً للقانون، مما يجعل الوجهين مؤسسين الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس»¹.

4- إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم

جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث إنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة المجلس بالرغم من وقوفهم على وفاة الأم التي كانت زوجة الطاعن، فإنهم أسندوا حضانة البنت (ت) للجدة لأم بعد إلغائهم الحكم المستأنف الذي أسندها للجدة لأب اعتماداً على مصلحة المحضون مخالفين بذلك نص المادتين 62 و64 من قانون الأسرة، لأن حق الرعاية والتربية يتكفل به الزوجان حال قيام العلاقة الزوجية، وبعد وفاة أحدهما ينتقل تلقائياً إلى الطرف الآخر ودون حاجة إلى الحكم بها، وبالتالي فب وفاة الأم يكون الأب الأحق بالحضانة وواجب الرعاية ولا يخرج عنه هذا الحق، إلا إذا ثبت أنه غير أهل للقيام بهذا الواجب، لأنه لا يمكن أن يجمع الصغير يتمين، يتم الوفاة، ويتم الحياة، فضلاً عن أن الولاية وفقاً للمادة 87/03 من قانون الأسرة، أصبحت مقرونة بالحضانة ولا يمكن أن يفقد الأب الحقين معاً لسبب لا يد له فيه، وبانتهاء قضاة الموضوع إلى ما انتهوا إليه من قضاء يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض."²

1- قرار بتاريخ: 2005/07/13، ملف رقم: 332324، نشرة القضاة، ع 59، س 2006، ص 236.

2- قرار بتاريخ: 2015/01/15، ملف رقم: 0990050، مجلة المحكمة العليا ع 01، س 2015، ص 256.

5- عدم الاعتراف برغبة الطفل المحضون

جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "حيث أن الطاعن يعيب على قضاة المجلس قضاءهم بإسقاط حضانة ابنته عنه، وإسنادها إلى الأم، دون مراعاة لمصلحتها، بالرغم من إبداء رغبتها في العيش معه.

لكن حيث أنه طبقاً لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة، فإن الأم أولى بحضانة ابنتها، خاصة وأن البنت المذكورة، لا تزال طفلة صغيرة، وفي أمس الحاجة إلى خدمة النساء، التي يعجز الطاعن عن تقديمها لها، في مثل هذه السن، ومن ثم فإن مصلحتها تقتضي إسناد حضانتها إليها، وبالتالي فإنه يتعين عدم الاعتراف بالتصريح المذكور لصدوره عن طفلة لا إرادة لها، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بإسناد حضانتها إلى المطعون ضدها قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً، الأمر الذي يجعل الوجه المذكور غير مؤسس، ويتعين عدم الاعتراف به"¹.

6- عدم اعتبار الحالة الميسورة لطالب إسقاط الحضانة معياراً لإسنادها له

جاء في قرار المحكمة العليا ما يفيد: "لكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار المنتقد يتبين أن قضاة المجلس لم يأخذوا فقط بمبدأ الأولوية في استحقاق الحضانة حسبما تنص عليه المادة 64 من قانون الأسرة، وإنما بينوا في قرارهم أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون ونكروا أن الطفلة (ر) لا زالت صغيرة غير مميزة ولا يعتد برغبتها في اختيار من يحضنها، وبينوا أن الحالة المادية للحاضن ليست كافية وحدها لإسناد الحضانة، هذا فضلاً وأنه لا يمكن إسقاط الحضانة عن من استفاد منها بموجب حكم دون تقديم من يهدف إلى ذلك، ما يفيد ويبرر أن المستفيد منها غير أهل لممارسة الحضانة، وعليه فإن قضاة المجلس طبقوا صحيح القانون لما توصلوا إلى أنه لم تقدم

¹ - قرار بتاريخ: 2013/02/14، ملف رقم: 728882، مجلة المحكمة العليا ع 01، س 2014، ص 304.

الطاعنة ما يفيد عدم قدرة المطعون ضدها على ممارسة الحضانة، الأمر الذي يجعل الوجه غير سديد، ويتعين رفضه ورفض الطعن¹.

الفرع الثالث: القرارات الصادرة في مسألة الزيارة

إن من أهم توابع الحضانة حق زيارة المحضون، وقد ألزم المشرع في المادة 64 من قانون الأسرة - القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة الحكم بالزيارة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر قبل صدور قانون الأسرة، حيث جاء في القرار ما يلي: «حق زيارة الأولاد المحضونين من الحقوق المتفرعة عن الطلاق نفسه، والفصل فيه من الضروريات في الموضوع، والقضاء به من دون طلب لا يعد تجاوزاً لحدود النزاع»²، ويشمل هذا الفرع المسائل الآتي تفصيلها:

أولاً: أصحاب الحق في الزيارة

صدرت قرارات من المحكمة العليا توضح حق بعض الأشخاص في الزيارة زيادة على حقها للأب أو لأم إذا أسندت الحضانة لأحدهما. حيث جاء في إحداها ما يلي: «من المقرر شرعاً أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضاً.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلاً (للجد) وهو بمنزلة والده المتوفى كما تجب عليه النفقة يكون له أيضاً حق الزيارة طبقاً لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»³.

¹ - قرار بتاريخ: 2017/05/03، ملف رقم: 1072148، مجلة المحكمة العليا ع 01، س 1017، ص 156.

² - قرار بتاريخ: 1970/10/21، ملف رقم: غير موجود، نشرة القضاة، ع 01، س 1972، ص 58.

³ - قرار بتاريخ: 1998/04/21، ملف رقم: 189181، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 192.

وجاء في قرار آخر ما يلي: "حيث إنه بالرجوع إلى أوراق الملف وإلى الحكم المستأنف وإلى القرار المنتقد يتبين أن المستفيد من حق الزيارة (الأب) متواجد بمؤسسة عقابية ومحكوم عليه بعقوبة الإعدام بموجب الحكم الصادر عن محكمة الجنايات لمجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ: 24/10/2010، وعليه فإن وضعه هذا يجعله لا يستطيع ممارسة حق الزيارة وفقا للحكم القاضي بها، الأمر الذي يجعل من طلب الجد والجددة من زيارة حفيدهما لا يتعارض مع حق الأب للأسباب المذكورة أعلاه، فضلا وأن ذلك يخدم مصلحة المحضون، وأن قضاة المجلس وبقضائهم كما فعلوا قد خالفوا فعلا القانون، ولم يسببوا قرارهم تسببا كافيا وعرضوه للنقض والإبطال"¹.

كما جاء في قرار آخر لها ما يلي: "لكن حيث أن الأجداد يؤول لهم الحق في رؤية الأحفاد حال عدم وجود الأبوين، ويستمدون هذا الحق من الابن أو البنت في حالة وفاتها أو غيابهما، باعتبارهم أصولا يحلون محل الفرع، فضلا عن أن الولد هو في حاجة إلى رعاية وحنان الجد والجددة، وأن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف القاضي بحق الزيارة للجد والجددة، قد أعطوا لقرارهم الأساس القانوني وسببوه التسبب الكافي، كون الطاعنة في الوجه الثاني لم تذكر الدفوع التي أثارها، ولم يتم الرد عليها، حتى يمكن النعي على القرار بقصور التسبب، مما يجعل الوجهين غير مؤسسين"².
وقضت في قرار بأن: «لخلالة حق الزيارة لأن القانون رتبها في المرتبة الثالثة³ بالنسبة لمن يستحقون حقوق الحضانة.

ومتى كان كذلك فإن لها الحق في الزيارة مما يجعل القرار المطعون فيه قد وفق فيما قضى"⁴.

¹ - قرار بتاريخ: 2017/03/08، ملف رقم: 1064910، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2017، ص 167.

² - قرار بتاريخ: 2018/06/06، ملف رقم: 1272554، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2018، ص 89.

³ - كانت الخالة في المرتبة الثالثة ثم بعد تعديل 2005 أصبحت في المرتبة الخامسة.

⁴ - قرار بتاريخ 2001/01/23، ملف رقم: 25849، المجلة القضائية، ع 02، س 2001، ص 100.

ثانيا: مراعاة المبادئ المرتبطة بالزيارة

قد حددت المحكمة العليا بعض المبادئ التي لا يجوز مخالفتها في ممارسة حق الزيارة ومنها عدم التضييق والتقييد في ممارسة هذا الحق، بالإضافة إلى عدم مخالفة أحكام الشرع في ممارسته، وهذا ما يتضح من خلال الآتي:

قضت في قرار لها أنه: «من المستقر عليه فقها و قضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيد به القانون، فزيارة الأم أو الأب للولد حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة، فالشرع والقانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء يما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتها بشرط ألا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»¹.

وقضت بأنه: «من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة في المطلق بيت 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 جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة»².

1- قرار بتاريخ: 1990/04/30، ملف رقم: 79891، المجلة القضائية، ع 01، س 1992، ص 55.
2- قرار بتاريخ: 1998/12/15، رقم القرار: 214590، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 194.

وقد نص الفقه على وجوب التمكين من زيارة المحضون ورؤيته، وذلك بإخراجه إلى مكان يمكن رؤيته فيه حسب تقدير مصلحة المحضون¹.

كما جاء في قرار للمحكمة العليا المحكمة العليا ما يلي: «... فضلا على أن قضاة الموضوع حددوا بداية حق الزيارة عند بلوغ المحضون سن 04 سنوات، رغم أن الشخص لا يقيد إلا بما قيده القانون وزيارة الأب حق لابنه بمجرد إسناد الحضانة لغيره وليست مقيدة أو مرتبطة بمدة معينة الأمر الذي يتعين معه القول أن الوجهين مؤسسين في الحالتين المذكورتين فقط مما يتعين نقض القرار المطعون فيه جزئيا»².

ثالثا: مواعيد الزيارة

فقد استقر قضاء المحكمة العليا على أن يكون مرة كل أسبوع على الأقل. حيث جاء في قرار لها ما يلي: «متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة كل أسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم. ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»³.

كما أقرت المحكمة العليا حق الزيارة كل يوم خميس وجمعة من كل أسبوع وكذا أيام الأعياد الدينية والوطنية وهذا ما تبين من حيثيات إحدى قراراتها⁴.

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 740 - 741.

2- قرار بتاريخ: 2006/01/04، رقم القرار: 350942، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2006، ص 455.

3- قرار بتاريخ: 1990/04/16، ملف رقم: 59784، المجلة القضائية، ع 04، س 1991، ص 126.

4- قرار بتاريخ: 2007/11/14، ملف رقم: 5408248، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2011، ص 244.

ولعل قضاء المحكمة العليا استقر على ما جاء في الفقه الحنفي والمالكي على العموم، حيث ذهب الفقه الحنفي إلى حق الرؤية كل يوم، وكحد أقصى كل أسبوع مرة، أما الفقه المالكي ففرق بين الطفل الذي لم يبلغ سن التربية والتعليم فيحق زيارته كل يوم، والطفل الذي بلغ تلك السن فلأمه الحق في زيارته كل أسبوع، ولأبيه زيارته من أن لآخر¹.

الفرع الرابع: القرارات الصادرة في تمديد الحضانة

جاء في قرار للمحكمة العليا الآتي: "حيث أن القرار المطعون فيه طبق أحكام المواد 64 65 66 70 من قانون الأسرة تطبيقاً سليماً في إسناد حضانة الطفل (ه.ب) إلى أبيه، ذلك أن هذا القرار أثبت في حيثياته أن الطفل المحضون تجاوز سن العاشرة من عمره، فانقضت مدة حضانتها التي لا يمكن تمديدها إلى سن السادسة عشر إلا بالنسبة للأم فقط، وليس الشأن كذلك في هذه القضية التي تطالب فيها أم الطفل بإسناد حضانة ولدها المذكور إلى جدته لأمه، كما نوه القرار المطعون فيه أن أم الطفل المطلوب حضانتها تسكن مع هذه الجدة، وقد أشار في حيثياته إلى أن الأم لم تتكرر أنها تسكن مع أمها، جدة الطفل، وهي متزوجة بشخص غير محرم، وفضلاً عن ذلك فقد أكد القرار المطعون فيه، على أن جدة الطفل لم تكن طيلة مدة التقاضي متدخلة أو مدخلة في الخصام، كما لم تكن طرفاً فيه، وأن الحضانة حتى على فرض توفر شروطها في الجدة، لا تسند إليها ما لم تكن طرفاً في النزاع أو متدخلة أو مدخلة فيه، فالحضانة لا تسند إلا لمن طبعها قانوناً.

هذا، وأن الأولويات في إسناد الحضانة المنصوص عليها في المادة 64 من قانون الأسرة، إنما تخص المحضونين الذين لم يبلغوا سن العاشرة من الذكور، فيما عدا الأم التي يمكنها تمديد مدة الحضانة إلى سن السادسة عشرة، مع مراعاة الشروط المطلوبة

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 03، ص 740.

بالمادة 65 من قانون الأسرة، وهي أنه لا تتزوج ثانية بغير ذي محرم، فالقرار المطعون فيه بقضائه كما فعل لم يخرق القانون، ولم يخطئ في تطبيقه، كما لم يتجاوز قضائه السلطة المخولة لهم قانونا، وتوفر على أسباب شرعية وكافية وأساس قانوني ويرفض الوجه¹.

وقضت المحكمة العليا بما يلي: «تتقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج، دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها»²،

وجاء في قرار آخر ما مفاده: "حيث إنه بالرجوع إلى المادة 65 من قانون الأسرة يتبين أنها تحدد مدة الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه سن 10 سنوات وللقاضي أن يمدد الحضانة إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، مما يعني أن شرط التمديد مقيد بأن تكون الحاضنة أما دون غيرها ممن لهم الحق في الحضانة كالجدة والخالة والعمة، وأن المصلحة الواجب مراعاتها في انتهاء الحضانة وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة المذكورة هو مقرون بكون الحاضنة أما، وبالتالي فمتى كانت الحاضنة جدة أو خالة أو عمة فإن الحضانة بالنسبة لهؤلاء وغيرهم من الأقربين تنتهي ببلوغ الذكر 10 سنوات، في مواجهة الأب، وأن قضاة المجلس بتمديدهم الحضانة للجدة من 10 سنوات إلى 16 سنة قد أخطأوا في تطبيق القانون، وجاء قرارهم منعدم الأساس القانوني، فضلا عن كونه مشوبا بقصور التسبيب، مما يجعل الوجهين سديدين"³.

يستفاد من القرارات السابقة أن تمديد الحضانة خاص بالمحضون الذكر الذي انقضت حضانته ببلوغ 10 سنوات، فتمدد إلى 16 سنة، والقيد الوارد على التمديد هو أن تكون الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، أما الأنثى فتتقضي حضانتها ببلوغ سن الزواج ولا يمكن تمديد حضانتها، وهذا تطبيقا للمادة 65 من قانون الأسرة التي نصت على

¹ - قرار بتاريخ: 10/ 12/ 1990، ملف رقم: 66552، المجلة القضائية، ع 02، س 1995، ص 89.

² - قرار بتاريخ: 04/ 01/ 2006، ملف رقم: 347914، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2006، ص 449.

³ - قرار بتاريخ: 15/ 01/ 2015، ملف رقم: 0842551، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 1015، ص 231.

أنه: «تتقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمام لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون».

المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي الصادر في المسائل المرتبطة بسقوط الحضانة

يشمل هذا المطلب مجموعة من المسائل التي صدر بشأنها قرارات من المحكمة العليا، أولها مسألة تنازل الأم عن الحضانة (الفرع الأول)، ومدى إمكانية عودة الحق في الحضانة بعد سقوطها (الفرع الثالث)، والحالات التي تؤدي إلى سقوط الحضانة (الفرع الثالث)، والحالات التي لا تؤدي إلى ذلك (الفرع الرابع)، ومسألة حضانة الأم المقيمة في بلد أجنبي (الفرع الخامس).

الفرع الأول: القرارات الصادرة في تنازل الأم عن الحضانة

يشمل هذا الفرع مسألتين مهمتين تتمثلان فيما يلي:

أولاً: القيود الواردة على تنازل الأم عن الحضانة

استقر قضاء المحكمة العليا على أن تنازل الأم عن الحضانة مشروط بعدم الإضرار بمصلحة المحضون.

وهذا ما جاء في القرار الذي قضى بأنه: «من المقرر قانوناً أنه يسقط حق الحضانة بالزواج... وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون».

ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها، رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضاً يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»¹.

وبالرجوع إلى موقف الفقه فإن المفتى به عند الحنفية وقول الشافعية والحنابلة والمشهور عند المالكية أن الأم لا تجبر على الحضانة إذا امتنعت إلا إذا تعينت لها الحضانة لسبب من الأسباب، كأن لم يقبل الطفل الرضاع من غيرها أو لم يوجد غيرها للحضانة²، وبالتالي فلأم حق إسقاط الحضانة إذا لم يتضرر الطفل من ذلك. وهذا ما طبقه الاجتهاد القضائي السابق، باعتبار أن حالة البنت تستوجب حضانة الأم لا غير.

كما قضت المحكمة العليا بوجوب إلغاء شروط الاتفاق في الطلاق بالتراضي في حالة تعارضها مع مصلحة المحضون، ومنها مسألة تنازل الأم على حضانة الطفل الذي لا يمكنه الاستغناء عنها، إذ جاء في قرارها الصادر سنة 2015 ما يلي: «عن الوجه الوحيد المأخوذ عن مخالفة القانون والذي جاء فيه أن المشرع الجزائري في نص المادة 66 من قانون الأسرة راعى مصلحة المضحون في حالة التنازل، وأضافت الطاعنة أن المحضون عمره سبعة عشر شهرا فأمه أولى به، والمادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منحت القاضي أن يلغي أو يعدل في شروط الاتفاق إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد، والمحضون في قضية الحال لم يتجاوز حتى مرحلة الرضاعة ومصالحته مع أمه.

حيث أن المادة 427 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نظمت إجراءات الطلاق بالتراضي والمادة 431 بينت بوضوح كيفية أداء القاضي لدوره عند حضور الطرفين أمامه ومحاولة الصلح بينهما، وينظر معهما أو كلاهما في الاتفاق، وله أن يلغي أو يعدل في شروط ذلك الاتفاق إذا كانت تتعارض مع مصلحة المحضون أو خالف النظام العام.

1- قرار بتاريخ: 1989/07/03، ملف رقم: 54353، المجلة القضائية، ع 01، س 1992، ص 45.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 733.

وحيث إن إسناد الحضانة يجب أن يراعي فيه مصلحة المحضون كما تنص على ذلك المادة 64 من قانون الأسرة.

وحيث أنه تبين بالرجوع إلى الحكم محل الطعن بالنقض، أن المحكمة لم تراعى كل ذلك، واعتبرت دورها قاصرا على الإشهاد على الطلاق بالتراضي وعلى تنازل الطاعنة عن حضانة الابن، وكان دور القاضي دورا توثيقيا لإبرام عقد بين الطاعة والمطعون ضده، فضلا عن أنه لو كان دوره كذلك، فإنه ملزم بأن يبين للطرفين أبعاد الاتفاق مع مراعاة احترام ذلك الاتفاق للقانون.

وعليه فإن هذا الوجه مؤسس، وينجر عنه نقض الحكم محل الطعن جزئيا فيما يخص التنازل عن الحضانة»¹.

ثانيا: عدم إمكانية عودة الحق في الحضانة في حالة التنازل

استقر قضاء المحكمة العليا على عدم إمكانية عودة الحق في الحضانة للأب في حالة التنازل عنها اختياريا.

حيث جاء في قرار ما يلي: «من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا تقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء بارجوع 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»².

1- قرار بتاريخ: 2015/02/12، ملف رقم: 605248، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2015، ص 247.

2- قرار بتاريخ: 1989/03/27، ملف رقم: 53340، المجلة القضائية، ع 03، س 1990، ص 85.

وقد طبق القرار السابق رأي المالكية الذين قالوا بعدم عودة حق الأم في الحضانة في حالة إسقاطه من طرفها¹.

الفرع الثاني: القرارات الصادرة في مدى إمكانية عودة حق الأم في الحضانة بعد زوال سبب سقوطها

يتضمن هذا الفرع صورتين، سيتم تفصيلهما بما يلي:

أولاً: زوال سبب السقوط الاختياري

جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 1990 ما يلي: «إن قضاة الموضوع قد فسروا المادة 71² من قانون الأسرة تفسيراً سيئاً، إذ أن الأم المحكوم لها بالحضانة في الدرجتين كان لها حق الحضانة، غير أنه سقط بزواجها بأجنبي³، ومن المعروف في جميع الشرائع أن الزواج يكون بالرضا والاختيار وأنها لم تكن مجبرة على الزواج، وبزواجها أسقطت حقها في الحضانة لابنتها باختيارها للزواج بأجنبي، وأن المادة 71 من قانون الأسرة صريحة واضحة لا تحتاج إلى 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 أسقطت حقها بتزوجها بأجنبي وباختيارها دون إكراه مادي، لذا فإن القرار المنتقد أسس على فهم لا يتماشى والمادة 71 من قانون الأسرة، الأمر الذي يستوجب نقضه»⁴.

وقد استند المشرع الجزائري في نص المادة 71 على المذهب المالكي الذي قرر أنه إذا تزوجت الحاضنة بأجنبي غير محرم ودخل بها... ثم طلقت أو توفي عنها زوجها، فلا تعود إليها الحضانة بعد زوال المانع، لأن سقوط الحضانة كان باختيارها،

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 078، ص 733.

2- تنص المادة 71 على ما يلي: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

3- تطبيقاً لنص المادة 66 من قانون الأسرة: "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

4- قرار بتاريخ: 1990/02/05، ملف رقم" 58812، المجلة القضائية، ع 04، سنة 1992، ص 58.

فلا تعذر على عكس الجمهور، الذين يرون عودة الحق في الحضانة إلى صاحبها في حالة زوال المانع سواء كان اضطرارياً أو اختيارياً¹.

لكن القرار الصادر عن المحكمة العليا الصادر سنة 1998 وقع في خطأ في تفسير سبب السقوط غير الاختياري، حيث قضى بما يلي: « بدعوى أن القرار المنتقد قد لاحظ بأن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه، ورغم ذلك أسند لها حضانة البنت، مع أن حقها في الحضانة قد زال طبقاً للمادة 71 من قانون الأسرة لكن وحيث أن القرار المنتقد قد أجاب الطاعن بأن المادة 71 من قانون الأسرة تسمح بعودة الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، مما يعني أن المادة التي يحتج بها الطاعن ليست في صالحه بل لصالح المطعون ضدها. وعليه فالوجه غير مؤسس، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن»².

وهو ما سار عليه قضاء المحكمة العليا في القرار الصادر سنة 2000 الذي جاء فيه: " حيث جاء في القرار المنتقد بأن مجرد زواج الطاعنة قد أسقط حقها في الحضانة، دون أن يناقش قضاة الموضوع الدفع الذي أثارته الطاعنة من أن الزواج المحتج به قد انتهى بالطلاق الواقع في فيفري 1998.

حيث أن المادة 71 من قانون الأسرة تقضي بعودة الحق في الحضانة، إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، لأن سقوط الحضانة المدعى به من طرف المطعون ضدها لم يكن اختيارياً، بل كان بسبب زواج الطاعنة؟، رغم علمه بطلاقها، وعليه فالوجهين مؤسسين، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة³.

وقد سبق توضيح أن الزواج يعد مانعاً اختيارياً يترتب عليه عدم عودة الحق في الحضانة في حالة زواله كما في هذه القضية، الأمر الذي يؤكد وقوع قضاة

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 733.

2- قرار بتاريخ: 1998/07/21، ملف رقم: 201336، اجتهاد قضائي، ع خاص، سنة 2001، ص 178.

3- قرار بتاريخ: 2000/11/21، ملف رقم: 252308، المجلة القضائية، ع 02، سنة 2001، ص 248.

الموضوع والقانون في خطأ في تفسير النص القانوني، على عكس القرار الصادر سنة 1990 المشار إليه سابقا.

ثانيا: زوال سبب السقوط الاضطراري

قضت المحكمة العليا في قرارها التالي بما يلي: " لكن حيث إن المادة 71 من قانون الأسرة تنص على أن الحق في الحضانة يعود إلى من كان له الحق فيها إذا زال سبب السقوط غير الاختياري، وأنه 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: 23 / 01 / 2013، وأثبتوا في حيثيات قرارهم أن الطاعنة كانت متواجدة بفرنسا بعد قرار الطلاق الصادر عن مجلس تيارت، واستنبطوا من ذلك قرينة اضطرارها للعودة إلى فرنسا مؤقتا، وانتهوا إلى أنه من حقها استعادة حقها في حضانة البنت بعد العودة النهائية لأرض الوطن، وانتهاء مدة صلاحية بطاقة الإقامة المؤقتة، فإنهم يكونون بذلك قد طبقوا صحيح القانون وسببوه التسبب الكافي، لأن لقضاة الموضوع السلطة المطلقة في استنباط القرائن من وقائع الدعوى وتصريحات الشهود والأوراق المقدمة، واستخلاص ما يروونه سائغا يشكل سقوطا اضطراريا، مما يجعل الوجهين غير سديدين

حيث إنه بذلك يصبح الوجهان غير مؤسسين ويتعين معه رفض الطعن"¹.

يستفاد من القرار السابق اعتبار الإقامة بالخارج لسبب مشروع مانعا اضطراريا يضاف إلى الموانع التي ذكرها الفقهاء والمتمثلة في المرض والعجز، والتي يؤدي زوالها إلى عودة الحق في الحضانة.

¹ - قرار بتاريخ: 2017/04/05، ملف رقم: 1067582، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2017، ص 153.

الفرع الثالث: القرارات الصادرة في حالات عدم سقوط الحضانة
تتمثل الحالات التي لا تسقط بموجبها الحضانة في الآتي بيانه:

أولاً: عدم وجود سبب جدي

قضى المجلس الأعلى في قرار له بما يلي: « إسقاط حضانة الحاضن لا يكون إلا لأسباب جدية واضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته ولا يكون لأبسط الأسباب التي تحدث لأي محضون عند أي حاضن. وعليه فتغيب الولد لمدة ثلاثة أيام عن الدراسة وتسليم شهادة به للطاعن من المدرسة التي يدرس فيها ليس دليلاً على إهماله من قبل أمه، والتسليم بوقوعه من قبل المجلس وعدم أخذه به لا يفيد أي تناقض، فالتغيب حسب الشهادة المدرسية حاصل ولكنه ليس كافياً وحده لإسقاط الحضانة ولا يعد دليلاً على الإهمال»¹.

ثانياً: عمل الأم الحاضنة

استقر قضاء المحكمة العليا على عدم سقوط حق الأم العاملة في الحضانة ابتداء من سنة 2000، حيث قضى القرار بما يلي: « من المستقر عليه 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 أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبب وانعدام الأساس القانوني، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه»².

وهو ما قضى به القرار الصادر سنة 2002 الذي جاء فيه مايلي: « حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن دافع الطاعن لا مبرر لها شرعاً وقانوناً في إسقاط حضانة الولد عن أمه المطعون ضدها التي مازالت متمسكة بحقها في الحضانة

1- قرار بتاريخ: 1988/11/07، ملف رقم: 50270، المجلة القضائية، ع 03، س 1991، ص 48.
2- قرار بتاريخ: 2000/07/18، ملف رقم: 245156، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 188.

مما يجعل قضاة الموضوع لما قضاوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي برفض الدعوى يكونون طبقوا صحيح القانون وعليه فالوجه غير مؤسس ويتعين رفضه»¹.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الاجتهاد القضائي كان ممهدا لتعديل نص المادة 67 من قانون الأسرة سنة 2005، التي أصبحت تنص على أنه: «تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه.

ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون».

ويستفاد من المادة السابقة النص صراحة على عدم اعتبار عمل المرأة سببا مسقطا لحقها في الحضانة إعمالا لما استقر عليه الاجتهاد القضائي المشار إليه سابقا.

ثالثا: السفر والتردد على الخارج

جاء في قرار المحكمة العليا: "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 لشؤونها بنفسها فقط، وعدم مفارقتها إياه، وإنما يمكن إشراك غيرها 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، وإنما هو الضياع والإهمال، فإذا ما ترتب على 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 أخطأوا في تطبيق

1- قرار بتاريخ: 2002/10/23، ملف رقم: 295996، نشرة القضاة، ع 57، س 2006، ص 219.

القانون وجاء قرارهم مشوباً بقصور التسبب ومنعدم الأساس القانوني، مما يجعل الوجه سديداً¹.

يستفاد من القرار السابق أن السفر والتردد على الخارج لا يشكل سبباً لسقوط الحضانة، قياساً على العمل والدراسة، لأن المعيار أو المناط في السقوط هو إهمال المحضون وتضييعه، وليس مجرد العمل أو السفر أو التردد على الخارج، ويمكن أن يستشف هذا الإهمال من خلال مرض المحضون أو رسوبه أو جنوحه.

رابعاً: اكتساب الأم الحاضنة لجنسية بلد أجنبي

قضت المحكمة العليا في اجتهاد لها بما يلي: «متى اكتسبت المطعون ضدها الجنسية الفرنسية دون أن ترتد عن الدين الإسلامي 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 لأهمهم يكونون قد طبقوا صحيح القانون»².

يتبين من القرار إصابته فيما قضى به، لأن العبرة في سقوط الحضانة بثبوت الردة عن الإسلام، وليس مجرد اكتساب الجنسية الفرنسية.

خامساً: رفض المحضون الالتحاق بالحاضن

قضت المحكمة العليا بالآتي: "لكن حيث إنه يتبين بالرجوع إلى القرار محل الطعن بالنقض أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم تأسيساً قانونياً سليماً، وسببوه تسبباً كافياً، لما اعتبروا أن المطعون ضدها أولى بحضانة أبنائها وأنها أسندت لها الحضانة بموجب حكم مؤيد بقرار، وبالتالي فلا تسقط عنها الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها قانوناً، والتي لا تتوفر في دعوى الطعن الحالي، ما دامت سعت إلى تنفيذ الحكم المؤيد

¹ - قرار بتاريخ: 2018/06/06، ملف رقم: 1265504، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2018، ص 85.

² - قرار بتاريخ: 2008/09/10، ملف رقم: 457038، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2008، ص 313.

بالقرار الذي أسند لها الحضانة، وبالتالي فإن رفض الأبناء الالتحاق بوالدتهم المطعون ضدها، لا يصلح أساسا لإسقاط الحضانة عنها، وبإمكان الطاعن اللجوء إلى القضاء فيما يخص الالتزامات المحكوم بها عليه لصالح المطعون ضدها، ما دام يدعي أن الأبناء المحضونين رفضوا البقاء مع والدتهم المطعون ضدها .
وعليه فإن هذين الوجهين غير مؤسسين ويتعين رفضهما ورفض الطعن¹.

سادسا: الفرقة بسبب اللعان

جاء في القرار الصادر سنة 2019 الآتي نصه: " 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 القضاء هو عين الصواب، مما يستوجب رفض الوجهين معا، وبالنتيجة رفض الطعن²."

الفرع الرابع: القرارات الصادرة في حالات سقوط الحضانة

يشمل سقوط الحضانة الحالات التالية:

أولا: ارتكاب الأم الحاضرة لجريمة الزنا

استقر قضاء المحكمة العليا على إسقاط حق الأم الزانية في الحضانة، ما لم يكن المحضون صغيرا لا يمكنه الاستغناء عن أمه، مراعاة لمصلحته.
حيث قضى القرار الصادر سنة 1997 بأنه: « إن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة شرعا وقانونا إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الاستغناء عن أمه³».

¹ - قرار بتاريخ: 2015/10/14، ملف رقم: 1038904، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2015، ص 162.

² - قرار بتاريخ: 2019/07/03، ملف رقم: 1291270، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2019، ص 84.

³ - قرار بتاريخ: 1997/09/30، ملف رقم: 171684، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص 169.

كما جاء في القرار الصادر سنة 2010 ما يلي: « حيث أن الطاعن يعيب على قضاة المجلس مخالفتهم لأحكام المادة 62 من قانون الأسرة، وذلك بقضائهم بإسناد حضانة البنت إلى والدتها المطعون ضدها بالرغم من ارتكابها لجريمة الزنا. لكن حيث أن الحضانة وإن كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة، 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 تقتضي بقاءها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغن 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 جعل هذا الفرع هو الأخير غير مؤسس، ويتعين عدم الاعتداد به، والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن»¹.

وبالرجوع إلى الموقف الفقهي في هذه المسألة فإن الفقهاء وضعوا شرطا عاما لإسناد الحضانة، سواء كان الحاضن رجلا أو امرأة يتمثل في الأمانة على الأخلاق، فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه، كالفاسق رجلا أو امرأة من سكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام، لكن قيد ابن عابدين الفسق المانع من حضانة الأم بكونه فسقا يضيع به الولد، فيكون لها حق الحضانة ولو كانت معروفة بالفجور، ما لم يصبح الولد في سن يعقل فيها فجور أمه، فينتزع منها، صونا لأخلاقه من الفساد لأنها غير أمينة، أما الرجل الفاسق العصبية فلا حضانة له².

ثانيا: تعريض المحضون للخطر

يمكن أن يعرض المحضون للخطر في صورتين:

1- قرار بتاريخ: 2010/07/15، ملف رقم: 654787، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2010، ص 262.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 727.

1-تعريض أخلاق المحضون للخطر

جاء في حيثيات الاجتهاد القضائي الصادر سنة 1989 ما يلي: « حيث أن مجلس قضاء سطيف أصدر بتاريخ 1986/06/1 الغرفة الجزائية حكما بالسجن لمدة ثلاثة أشهر حبسا نافذا بتهمة جنحة تعريض خلق الأولاد للخطر طبقا للمادة 03/350 من قانون العقوبات.

حيث جاء في قول الشيخ خليل ج 02، ص 474 من شروط الحضانة أمانة الحاضن ولو أبا وأما في الدين، فلا حضانة لفاسق كشارب ومشتهر بزنا ولهو محرم، كما أن المادة 62 تنص على أن الحضانة ... والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، وما دامت الأم فاسدة في أخلاقها، لذلك تعين نقض القرار المطعون فيه ودون إحالة»¹.

2 - تعريض صحة وحياة المحضون للخطر

جاء في حيثيات قرار المحكمة العليا ما يلي: " عن الوجهين الأول والثاني لتكاملهما وارتباطهما : المأخوذ من سوء تطبيق المادة 64 من قانون الأسرة وقصور التسبيب، ومفادهما أن الوثائق المدفوعة أمام قضاة الموضوع وبالأخص الشهادات الطبية والصور الفتوغرافية تؤكد كلها أن المطعون ضدها غير قادرة على رعاية وحماية أطفالها، هذا وقد حكم عليها جزائياً بسبب الضرب والجرح المسلط على الطفل (ا) ، وأن القرار المطعون فيه قام بتفسير خاطئ للمادة 64 من قانون الأسرة، كما أن قضاة الموضوع لم يجيبوا ولم يردوا على دفع الطاعن فيما يخص مأساة الطفل (ا) واكتفوا بالقول أن واقعة النظاف هي حادثة مفاجئة، وهو ما يعد قصورا في التسبيب.

حيث إنه من المقرر قانوناً أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، وعليه فإن قضاة المجلس الذين

1- قرار بتاريخ: 1989/05/22، ملف رقم: 53578، المجلة القضائية، ع 04، س 1991، ص 99.

أسسوا قرارهم في رفض دعوى إسقاط الحضانة عن الأم، استنادا إلى أن هذه الأخيرة أولى بحضانة ولدها، في حين أن النزاع كان قائما على أساس وأن المطعون ضدها لم تسهر على حماية المحضون، ولم تحفظ صحته بعد أن تركت في متناوله قارورة النظاف، ومكث بسببها بالمستشفى، كما أنها لم تلتزم بالإرشادات الطبية وإخضاعه لحمية غذائية، وتركته يتناول مواد غذائية خطيرة لتتفاقم حالته ويمكث مرة أخرى في المستشفى، فإن قضاة المجلس الذين لم يبحثوا ولم يحققوا في موضوع النزاع المطروح عليهم يكونون قد كما فعلوا خالفوا القانون ولم يسببوا قرارهم تسببا كافيا، وعرضوه للنقض والإبطال¹.

الفرع الخامس: القرارات الصادرة في مسألة حضانة الأم المقيمة في بلد أجنبي

ظل الاجتهاد القضائي مستقرا على سقوط حضانة الأم المقيمة بالخارج إلى غاية سنة 2008 بصدور القرار الذي جاء فيه « عن الوجه الثاني المأخوذ من انعدام الأساس القانوني والذي جاء فيه أن المجلس لم يبرر إسناد ممارسة الحضانة بفرنسا ولم يوضح الأساس القانوني لاسيما وأن المحكمة العليا قررت في العديد من القضايا أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الحق في الزيارة يعد مبررا لسقوط الحضانة إن كان يحول دون ممارستها بشكل عاد.

لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسندوا حضانة الأبناء للأم المطعون ضدها المقيمة لمصلحتهم ولأنهم يدرسون بفرنسا وحيث أن هذا التسبيب كاف ما دامت مراعاة مصلحة المحضون تكون في المقام الأول عند إسناد حضانتهم، كما تنص على ذلك المادة 64 من قانون الأسرة، فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه².

¹ - قرار بتاريخ: 2016/10/05، ملف رقم: 1016157، مجلة المحكمة العليا، ع 02، ص 2016، ص 203.

² - المحكمة العليا بتاريخ 2008/03/12، ملف رقم 426431، مجلة المحكمة العليا، سنة 2008، ع 01، ص

وكمثال على استقرار الاجتهاد القضائي الصادر قبل هذا القرار على سقوط الحضانة على الأم المقيمة بالخارج نذكر القرار الصادر سنة 1995 الذي جاء فيه: « من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة 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 لعبد المسافة»¹، وكذا القرار الصادر سنة 2005 الذي قضى بما يلي: « من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تستند على أساس مصلحة المحضون لوحده وأن إسنادها لأم تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم الذي له حق الرقابة والزيارة والتربية على دينه يتعارض مع المبدأ الذي أقرته المادة 64 من قانون الأسرة والاجتهاد القضائي، وبفصل قضاة الموضوع كما فعلوا يكونون فعلا أخطأوا في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي المعمول به، مما يترتب على ذلك نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الحضانة»².

ويلاحظ أن القرار الصادر سنة 2008 جانب الصواب بمخالفته للاجتهاد القضائي المستقر في المسألة والمستند على أحكام المذهب المالكي وهو موافق لرأي بقية المذاهب الفقهية- حيث يسقط حق الأم في الحضانة في حالة انتقالها بالمحضون إلى بلد أجنبي بغرض الإقامة فيه لاحتياج المحضون إلى رعاية الولي³.

ولعل سبب تغير اتجاه الاجتهاد القضائي يرجع إلى منح الولاية للشخص الذي أسندت له حضانة الطفل تطبيقا لأحكام المادة 03/87 من قانون الأسرة -بموجب تعديل 2005- التي تنص: « وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد»، وهذا ما يفسر استبعاد طرح مسألة الرقابة والإشراف الذي كان يستند عليها الاجتهاد القضائي السابق، الأمر الذي يجعل القرار الصادر سنة 2008

1- قرار بتاريخ: 1995/11/21، ملف رقم: 111048، نشرة القضاة، ع52، س1997، ص 102.

2- قرار بتاريخ: 2005/10/12، ملف رقم: 334543، نشرة القضاة، ع 62، س 2008، ص 381.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 730 و739.

المؤسس على مراعاة مصلحة المحضون - دون تحديد أساس واضح- متناقضا مع هذا المبدأ المتمثل في مصلحة المحضون، بسبب عدم مراعاة حق الولي في الإشراف والرقابة الذي يمثل ويشكل عنصرا من عناصر مصلحة المحضون.

المطلب الثالث: الاجتهاد القضائي الصادر في سكن ممارسة الحضانة

يتضمن استقراء وعرض القرارات الصادرة فيما يخص ضوابط توفير السكن الخاص بممارسة الحضانة (الفرع الأول)، ومكان ممارسة الحضانة (الفرع الثاني)، وضمن حق الحاضنة في سكن لممارسة الحضانة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: القرارات الصادرة في ضوابط توفير السكن

تتمثل أهم هذه الضوابط فيما يلي:

أولاً: توفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة يحول دون المطالبة ببدل الإيجار

جاء في الاجتهاد القضائي الصادر سنة 2010 ما يلي: « إن الطاعن وعبر مراحل التقاضي أكد أنه مستعد لتوفير سكن للمطعون ضدها لممارسة الحضانة، وقضاة الموضوع لم يتطرقوا لذلك وذهبوا مباشرة إلى بدل الإيجار خلافا للمادة 72 من قانون الأسرة التي تشترط توفير السكن للحاضنة وفي حالة عدم وجود سكن يلجأ القاضي إلى الحكم ببدل الإيجار.

حيث أنه يتبين فعلا بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن الطاعن أبدى استعدادا لتوفير مسكن للمطعون ضدها لممارسة الحضانة، بينما طالبت برفع بدل الإيجار المحكوم لها بموجب الحكم المستأنف.

وحيث أن المادة 72 من قانون الأسرة تنص على أنه: « في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وحيث أنه لذلك يجب على قضاة المجلس التطرق إلى عرض الطاعن فيما يخص سكن ممارسة الحضانة، لأن الإلزام الأول الواقع على الطاعن المطلق هو توفير سكن

للممارسة الحضانة وفي حالة تعذر ذلك عليه ينتقل الإلزام إلى بدل الإيجار ولا يحكم إلا بواحد منهما وليس بالخيار.

وعليه فإن هذا الفرع مؤسس وينجر عنه نقض القرار جزئياً فيما يخص بدل الإيجار المحكوم به»¹.

وما ذهب إليه هذا القرار هو التفسير الصحيح لنص المادة 01/72 المذكورة في صلب القرار المذكور أعلاه.

وعليه فإن هذين الوجهين غير مؤسسين ويتعين رفضها ورفض الطعن".

ثانياً: الأحكام الصادرة في السكن أو بدل الإيجار ذات حجية مؤقتة

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر سنة 2009 الآتي نصه: « حيث أن السكن وأجرته، يعدان طبقاً لأحكام المادة 78 من قانون الأسرة، من مشتملات النفقة، ومن ثم فإن المطالبة بأحدهما مع المطالبة بمراجعة النفقة الغذائية للبنات المحضونة بموجب دعوى واحدة لا يشكل أية مخالفة للقانون، كما أن النفقة ومشتملاتها تعد طبقاً لأحكام المادة 57 مكرر من قانون الأسرة، من التدابير المؤقتة التي يمكن المطالبة بها في أي وقت وفي أية مرحلة من مراحل التقاضي، وبالتالي فإن الأحكام الصادرة بشأنها لا تكتسب إلا حجية مؤقتة، الأمر الذي يجعل الوجه المشار في هذا الشأن، غير مؤسس، يتعين عدم الاعتداد به، والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن»².

ثالثاً: ضمان الحق في بدل الإيجار في حالة ثبوت عدم ملائمة السكن الموفر

جاء في قرار المحكمة العليا ما مفاده: " لكن حيث خلافاً لما ينعاه الطاعن، وبمراجعة القرار المطعون فيه يتبين منه أن قضاة المجلس أسسوا قضاءهم، وأن المطعون ضدها سعت لتنفيذ القرار الصادر بتاريخ: 12 / 03 / 2007، القاضي بجعل بدل الإيجار المحكوم به بموجب الحكم الصادر بتاريخ: 18 / 11 / 2006، يكون في حالة تعذر

1- قرار بتاريخ: 16/09/2010، ملف رقم: 566381، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2010، ص 268.

2- قرار بتاريخ: 15/04/2010، ملف رقم: 554808، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2010، ص 241.

توفير سكن لممارسة الحضانة، وأن المطعون ضدها استصدرت محضرا محررا من قبل المحضر القضائي بتاريخ: 2007 / 11 / 17، يثبت أن السكن الذي خصصه الطاعن غير صالح للسكن ولا يتوفر على ضروريات الحياة، واعتبروا في خلاصة قضائهم أن المطعون ضدها لا يمكن لها أن تسكن في هذا السكن، وهو ما جعلهم يستجيبون لطلبها الرامي إلى تمكينها من بدل الإيجار، مما يتعين رفض الوجهين معا لعدم التأسيس¹.

رابعاً: توفير السكن أو بدل الإيجار مقيد بممارسة الحضانة في الجزائر

جاء في الاجتهاد القضائي الصادر سنة 2011 ما يلي: « عن الوجه المتعلق ببديل الإيجار فإنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة المجلس قضوا بإلزام الطاعن بتوفير المسكن لممارسة الحضانة وفي حالة التعذر يكون ملزماً بدفع بدل الإيجار بالدينار الجزائري، والحال وأن الأب إذا كان ملزماً بتوفير السكن الملائم لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار وفقاً لنص المادتين 72 و 78 من قانون الأسرة، فإن ذلك مقيد بأن تمارس الحضانة في الجزائر لا في الخارج، ومتى كانت الحضانة تمارس بفرنسا، فإن الأب لا يكون ملزماً لا بتوفير السكن ولا ببديل الإيجار مما يجعل الوجه سديداً في هذا الشق ويجب له فيه»².

الفرع الثاني: القرارات الصادرة في مكان ممارسة الحضانة

يشمل هذا الفرع مسألتين في غاية الأهمية هما على التوالي:

أولاً: الضوابط المعتمدة في تحديد مكان السكن

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر سنة 2010 ما يلي: « حيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله لأن المادة 72 من قانون الأسرة إذا كانت توجب على الأب أن يوفر السكن الملائم لممارسة الحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع

1- قرار بتاريخ: 2013/03/14، ملف رقم: 0729230، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2013، ص 276.

2- قرار بتاريخ: 2011/05/12، ملف رقم: 622754، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2011، ص 304.

بدل الإيجار وأنها لم تحدد المكان الذي يجب توفير السكن فيه، ويبقى مكان توفير السكن مرتبطاً بمكان ممارسة الحضانة الذي يتحدد إما بمكان بيت الزوجية قبل الطلاق أو بمكان تواجد أهل الحاضنة، ومن ثم فطالما أن الحاضن وفر المسكن في المكان الذي يقيم فيه، وهو مكان بيت الزوجية قبل الطلاق، فإنه لا يمكن إلزامه بتوفير السكن في مكان آخر تختاره الحاضنة، خاصة أن المكان الأول يحقق مصلحة المحضون من باب رعاية الأب له، وتفقد أحواله، الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه مشوباً بالقصور ويتعين معه نقض القرار»¹.

وبالبحث في الموقف الفقهي في المسألة فإن الفقه الحنفي والمالكي حدد مكان ممارسة الحضانة للمطلقة بمكان إقامة والد المحضون²، وهو المكان الذي ركز عليه الاجتهاد القضائي السابق، لكونه يحقق مصلحة المحضون من حيث الإشراف والرقابة من طرف الولي، لكن ما يلاحظ على الاجتهاد القضائي أنه في هذه القضية أسس على مراعاة مصلحة المحضون القائمة على الرعاية من طرف ولي المحضون. وهذا هو الأساس المعتبر فقهاً كذلك³، في حين أسند الاجتهاد القضائي الصادر سنة 2008 الحضانة للأم المقيمة في بلد أجنبي، مهماً بذلك الأساس المتمثل في مراعاة إشراف ورقابة الولي والذي استقر الاجتهاد القضائي الصادر قبل سنة 2008 على وجوب مراعاته وذلك بإسقاط حضانة الأم المقيمة في الخارج.

وبالتالي فالمحكمة العليا وقعت في تناقض في هذه المسألة، فكيف يركز الاجتهاد على مكان ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني بمراعاة الرقابة والإشراف،

1- المحكمة العليا، بتاريخ 2010/11/11، ملف رقم 581700، مجلة المحكمة العليا، سنة 2011، ع 01، ص 252.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 737-738.

3- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 07، ص 738.

في حين يسند الحضانة لأم مقيمة في الخارج متجاهلا لهذا الأساس الذي يشكل عنصرا مهما في مراعاة مصلحة المحضون.

ثانيا: عدم إمكانية تخصيص المسكن الزوجي مكانا لممارسة الحضانة

جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "حيث يتبين فعلا بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس منحوا للمطعون ضدها حق البقاء في السكن الزوجي حتى سقوط الحضانة استنادا إلى إسناد حضانة الأولاد القصر لها، مع أن الفقرة الثانية من المادة 72 من قانون الأسرة تقضي بأن تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن، وليس حتى سقوط الحضانة، كما جاء في القرار المطعون فيه.

وعليه فإن هذه الأوجه مؤسسة، وينجر عنها نقض جزئي للقرار المطعون فيه، فيما يخص حق البقاء في السكن الزوجي حتى سقوط الحضانة"¹.

كما ورد في قرار آخر الآتي نصه: "وحيث إنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين من الوقائع والحيثيات، أن الطاعنة ومن خلال استئنافها الفرعي طالبت بتخصيص لها مسكن الزوجية لممارسة الحضانة، وأن قضاة المجلس ناقشوا طلبها وردوا عليه بأنه يخلوا من التأسيس القانوني مادام أن المطعون ضده لم يعلن موافقته على ذلك، ولم يعرض عليها هذا السكن لتمارس فيه الحضانة وقضوا لها ببديل الإيجار مضيفين بأن الفصل في حق البقاء في هذا السكن تخرج عن اختصاص قاضي شؤون الأسرة، وبقضائهم بذلك لم يخالفوا نص المادة 72 من قانون الأسرة التي لا تشترط توفير المسكن الزوجي لممارسة الحضانة، ولا تنص على بقاء الحاضنة بالمسكن الزوجي لممارسة الحضانة، وأن قضاة المجلس قد أعطوا لقرارهم الأساس القانوني، مما يجعل الوجهين غير سديدين مستوجبين الرفض"².

1- قرار بتاريخ: 2013/03/14، ملف رقم: 0742023، مجلة المحكمة العليا، ع، 01، س 2013، ص 319.

2- قرار بتاريخ: 2016/05/0، ملف رقم: 0973124، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2016، ص 155.

الفرع الثالث: القرارات الصادرة في ضمان الحق في سكن ممارسة الحضانة

يشمل هذا الفرع مجموعة من المسائل التي يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: ضمان الحق في السكن غير مقيد بعجز الحضانة عن توفيره

جاء في الاجتهاد القضائي الصادر سنة 2005 الآتي نصه: « حيث أنه من الثابت قانوناً أن للحضانة الحق في المطالبة بمسكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار في حالة تعذر ذلك، وأنه ثبت لقضاة الموضوع أن للمطعون ضدها حكم بإسناد حضانة البنت لها وأن قانون الأسرة في مادته 72 نص على ضمان حق الحضانة في السكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة، وأن محاولة الطاعن التخلص من هذا الالتزام بدعوى أن المطعون ضدها موظفة وأن ذويها يملكون السكن لإيوائها- رغم عدم تقديم هذا الأخير للدليل على ما يدعيه- فهذا لا يعد سبباً من الأسباب القانونية التي تعفيه من هذا الواجب الذي تفرضه نص المادة المذكورة أعلاه، والتي تركز حق الحضانة في السكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة، وأن قضاة الموضوع لما صادقوا على الحكم الذي قضى للطاعنة ببديل الإيجار استناداً إلى المادة 72 من قانون الأسرة من القانون، وعليه فبقضائهم بالصورة المذكورة يكونون بذلك قد طبقوا صحيح القانون وجعلوا قرارهم المنتقد غير مستهدف للنقض والإبطال مما يتعين معه رفض الطعن»¹.

كما جاء في قرار آخر: " وبما أن الملف لم يتوفر فيه ما يفيد أن للمحضونين مال وسكن، فإن ذلك يقع على عاتق الأب، وإن لم يستطع فعليه أجره السكن لممارسة الحضانة، ولا يعفى الأب من ذلك بدعوى أن المدعى عليها في الطعن تشغل سكناً

1- قرار بتاريخ: 2005/07/13، ملف رقم: 39617، نشرة القضاة، ع 63، مس 2008، ص 343.

آل إليها من أبيها ومازال على الشيع، الأمر الذي لا يحقق الاستقرار ولا يعني بالضرورة من متطلبات الحضانة، وعليه فالوجهان غير مؤسسين ويرفضان¹.

وبالرجوع إلى الموقف الفقهي في المسألة فقد اتفق الحنفية على المختار والمالكية على المشهور على وجوب أجره مسكن الحضانة للحاضن والمحضون إذا لم يكن لهما مسكن لأن أجره المسكن من النفقة الواجبة للصغير فتجب على من تجب عليه نفقته باجتهاد القاضي أو غيره حسب حال الأب²، وبناء على ذلك يلاحظ أن الاجتهاد القضائي المذكور أعلاه أصاب عندما كرس مبدأ ضمان الحق في سكن ممارسة الحضانة، لأن المسكن أو أجرته يعدان من مشتملات النفقة الواجبة للمحضون، وهي واجبة بالدرجة الأولى على الأب طبقاً للمادة 75 من قانون الأسرة التي تنص: «نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال...»، بغض النظر عن كون الأم موظفة أو لا، لأن واجب الإنفاق لا ينتقل إليها إلا في حالة عجز الأب تطبيقاً للمادة 76 من قانون الأسرة.

ثانياً: ضمان الحق في السكن غير مقيد بعدد المحضونين

قضت المحكمة العليا في قرارين صادرين سنة 2002 بنفس المبدأ، حيث جاء في القرار الأول ما يلي: "حيث أن القرار المنتقد فعلاً خرق وخالف نص المادة 72 من قانون الأسرة، وذلك لكون القرار المطعون فيه اعتبر الحاضنة لا يحق لها أن تطالب بتوفير مسكن أو أجرته لممارسة الحضانة فيه، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين. لكن حيث لا يوجد حالياً أي نص قانوني يؤيد هذا الاتجاه، ولا يوجد أي اجتهاد للمحكمة العليا يقضي بذلك منذ تاريخ صدور قانون الأسرة.

وحيث أن النص الواجب التطبيق في موضوع توفير سكن لممارسة الحضانة للحاضنة أو أجرته هو المادة 72 من قانون الأسرة، والتي لا تشير مطلقاً إلى عدد المحضونين.

¹ - قرار بتاريخ: 1996/04/23، ملف رقم: 136604، المجلة القضائية، ع 02، سنة 1997، ص 89.

² - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 735 - 376.

وحيث أن حكم أول درجة المستأنف والصادر عن محكمة الحراش بتاريخ 03 /23 /1999، أصاب ووفق لما قضى للحاضنة ببدل إيجار مما يتعين المصادقة على قضاؤه.

وحيث أن القرار الذي سوف يصدر في قضية الحال فيما فصل فيه من نقاط لا يترك من النزاع ما يتطلب الحكم فيه، ويتعين بذلك القضاء بنقض القرار المنتقد جزئياً فيما يخص بدل الإيجار وبدون إحالة¹.

وجاء في القرار الثاني ما يفيد: " لكن حيث أن القرار المطعون فيه رفض حذف بدل الإيجار المحكوم به على أساس أن سكن المحضون أو دفع بدل الإيجار واجب شرعا وقانونا وفقا لأحكام المادة 75 من قانون الأسرة، باعتبار أن السكن أو دفع بدل الإيجار، ما هو إلا عنصر من عناصر النفقات الواجب دفعها من طرف الأب للمحضون، وبالإضافة إلى ذلك فالقانون لا يشترط أن الحاضنة يكون لها أكثر من طفلين، ولا يحدد عدد المحضونين للحكم بتوفير سكن أو دفع بدل الإيجار لممارسة الحضانة، مما يجعل الوجه غير مؤسس"².

يستفاد من القرارين السابقين تصد المحكمة العليا لقضاء الموضوع الذي قيد الحق في سكن ممارسة الحضانة بكون عدد المحضونين أكثر من اثنين، وأرسى مبدأ توفير مسكن لممارسة الحضانة أو أجرته دون النظر في عدد المحضونين ولو كان المحضون واحداً.

ثالثاً: ضمان الحق في السكن بالرغم من تنازل المطلقة عن جميع حقوقها

جاء في قرار للمحكمة العليا ما مفاده: " لكن حيث أن قضاة الموضوع استندوا في أسباب القرار المنتقد على أساس أن الطاعنة تنازلت عن كافة حقوقها المنجزة عن

¹ - قرار بتاريخ: 13/03/2002، ملف رقم: 276760، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2004، ص 267.

² - قرار بتاريخ: 08/05/2002، ملف رقم: 254635، نشرة القضاة، ع 47، س 2006، ص 209.

الطلاق، بموجب الحكم القاضي بذلك يوم: 26/ 04 /1993، ومن ثم لا يحق لها المطالبة بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار، وهو أمر صحيح بالنسبة للحقوق المتعلقة بها شخصياً، لكن لا يمكن أن يمتد تنازلها فيما يخص حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة، أو بدل الإيجار، طبقاً للمادة 72 و78 من قانون الأسرة، باعتبارها لصيقة بهم، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم خلاف ذلك قد أخطأوا تطبيق القانون، وجعلوا قرارهم بذلك عرضة للنقض جزئياً فيما يخص مسكن الحضانة، دون إحالة¹.

رابعاً: عدم إمكانية ضمان الحق في السكن للحاضنة الأم المتزوجة ثانية

جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف وإلى القرار المطعون فيه المؤيد له، يتبين وأن قضاة الموضوع قد ذهبوا إلى القول أن السكن الذي تقيم فيه المطعون ضدها ليس ملكاً لها، بل هو ملك لزوجها، وما دام أنها تنتفع بالإقامة بجزء من هذا السكن، فإن ذلك لا يعد مجاناً، مادام لا يوجد ما يثبت أنها تقيم مجاناً، وبالتالي فإن القانون أعطى لها حق السكن أو بدله لمستحقه، أينما كان وفي أي مكان يأويه، ولم يمنع من ذلك مثل هذه الحالة.

وحيث إن التسبيب السالف لا يستند على أي نص قانوني ولا أي اجتهاد قضائي، ذلك أن قرار الأب بتسليم البنت إلى والدتها بموجب محضر تنازل عن الحضانة المحرر بتاريخ: 07/ 06/ 2003، بعد أن تم القضاء بإسنادها له بموجب حكم بتاريخ: 09/ 07/ 2001 لزواج المطعون ضدها، لا يمكن أن تترتب عنه الآثار القانونية المعروفة فيما يخص توفير السكن الملائم لممارسة الحضانة أو دفع بدل إيجاره، كون ذلك يعني في الحقيقة إيجار السكن للمطلقة للعيش فيه مع زوجها، وهو ما لا يستقيم وروح المادة

¹ - قرار بتاريخ: 11/ 04/ 2007، ملف رقم: 384529، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2008، ص 291.

72 من قانون الأسرة، مما يجعل الوجه سديدا، ويتعين نقض القرار المطعون فيه فيما يخص بدل الإيجار"¹.

المطلب الرابع: الاجتهاد القضائي الصادر في نفقة المحضون

يشمل هذا المطلب استقراء القرارات الصادرة في مسائل مرتبطة بالنفقة الواجبة للمحضون، منها ما يرتبط بمشتملاتها وتقديرها (الفرع الأول)، ومنها ما يتعلق بتحديد تاريخ استحقاقه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القرارات الصادرة في المشتملات والتقدير والمراجعة

يشمل هذا الفرع المسألتين التاليتين:

أولاً: أساس تقدير النفقة واستحقاق نفقات العلاج

جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "حيث متى كان تقدير النفقات يدخل ضمن تقديرات قضاة الموضوع، فإن القرار المنتقد جاء متماشيا والقانون، مما يجعل مبلغ النفقة الغذائية الشهرية للبننت المحضونة والمحددة بمبلغ 6000 دينار ضمن القرار محل الطعن لا يعتبر قصورا في التسبيب، حسب زعم الطاعن، حيث أن الطاعن وحسب حيثيات القرار المنتقد يوجد في وضعية مالية ميسورة، لكونه صناعي يملك شركة لصناعة الأحذية بوهران، كما هو ثابت في سجله التجاري، وكذا امتلاكه لنشاطات صناعية تجارية أخرى بالدار البيضاء في المغرب.

حيث من جانب آخر حينما ذهب قضاة الموضوع في قرارهم المنتقد إلى الحكم على الطاعن بمصاريف علاج البننت المحضونة (أ) لم يخالفوا القانون في شيء، باعتبار أن ما حكم به يستند على شهادات طبية تثبت تعرض البننت المحضونة إلى أمراض

¹ - قرار بتاريخ: 2016/01/06، ملف رقم: 0931488، مجلة المحكمة العليا، ع01، س2016، ص151.

مختلفة، الشيء الذي يجعل الوجهين غير مؤسسين، يتعين رفضهما، وتبعا لذلك رفض الطعن¹.

الملاحظ أن القرار السابق طبق نص المادة 78 من قانون الأسرة التي تعتبر نفقات العلاج من بين مشتملات النفقة، وبالنسبة لتقدير النفقة فقد طبق نص المادة 77 من قانون الأسرة أي حسب القدرة والاحتياج، وهذا نظرا للحالة الميسورة للأب المكلف بنفقة البنت المحضونة.

ثانيا: مراجعة تقدير النفقة

جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: " 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 والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة كما عرفها المشرع في المادة 78 من قانون الأسرة والمادة 79 تجيز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة، مع العلم أن الحكم قضى بالنفقة 250 دج شهريا لكل واحد من الأطفال صدر يوم: 27/09/1988 والقرار محل الطعن صدر يوم: 27/05/1993، بعد سنوات عديدة، فبالأحرى أن يراجع حسب ما طرأ على المعيشة ومصاريف الأولاد المدرسية وغيرها، وهو ما قام به القضاة، وعليه فالوجهان غير مؤسسين ويرفضان².

يلاحظ أن القرار السابق أصاب فيما قضى به، لأن مبدأ حجية الشيء المقضي فيه لا يمكن الاحتجاج به في موضوع النفقة، التي تخضع لإعادة المراجعة والتقدير حسب تغير الظروف الاقتصادية، وازدياد متطلبات المحضونين ...، خاصة وأن القيد الوارد

¹ - قرار بتاريخ: 2006/11/15، ملف رقم: 372292، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2007، ص 493.

² - قرار بتاريخ: 1996/04/23، ملف رقم: 136604، المجلة القضائية، ع 0 سنة 1997، ص 89.

قانونا في المادة 79 والمتمثل في مضي سنة من صدور الحكم متوفر في هذه القضية، حيث مضت عدة سنوات.

الفرع الثاني: القرار الصادر في تاريخ بداية استحقاق النفقة

جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "حيث أنه اتضح من أسانيد القرار المطعون فيه، ومن الأوراق التي انبنى عليها أن قضاة الموضوع لم يناقشوا موضوع الدعوى بشكل قانوني وموضوعي، ولم يردوا على دفع الطاعن المتعلق بكون أن نفقة الأولاد تسري من تاريخ التحاقهم بأهمهم، ولم يبينوا أثناء حكمهم بالنفقة للأولاد هل هم لا زالوا عند أبيهم أم لا، ولم يشيروا أيضا أثناء تقديرهم للنفقة ولقيمة بدل الإيجار إلى حال الطرفين ووضعهم المالي، وأن إهمال قضاة الموضوع لهذه العناصر المشار إليها، وعدم التطرق لها بالنقاش جعل قرارهم المنتقد فاقدا للأساس القانوني وغير معلل التعليل الصحيح والمقبول، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالاته"¹.

يستفاد من القرار السابق أن استحقاق نفقة المحضون يسري من تاريخ التحاقه بالحاضن.

المطلب الخامس: الاجتهاد القضائي الصادر في اعتبار طلب منح رخصة لعلاج المحضون بالخارج من توابع الطلاق

قضت المحكمة العليا في اجتهادها الصادر سنة 2000 بما يلي: «عدم اللجوء إلى قاضي الاستعجال لا يمنع المتقاضى من تقديم الطلبات أو الإجراءات المستعجلة مع الدعوى المرفوعة أمام قاضي الموضوع المختص نوعيا للفصل في النزاع، وبالتالي فقضاة المجلس عندما فصلوا في مسألة الطلاق وتوابعه كان عليهم الفصل في طلب منح ترخيص للأُم من أجل نقل المحضون خارج التراب الوطني، لأن هذا الطلب يعتبر من توابع الطلاق خصوصا وأن المادة 69 من قانون الأسرة تعطي للقاضي إمكانية

¹ - قرار بتاريخ: 2007/01/17، ملف رقم: 377189، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2007، ص 469.

إثبات الحضانة أو إسقاطها عن الحاضن الذي يريد أن يستوطن في بلد أجنبي حفاظاً على مصلحة الولد الآخر الذي بقي داخل الوطن للاستفادة من حق الزيارة بخلاف الحالة العكسية التي توجد فيها الطاعنة والمطعون ضده اللذان اختارا السكن بسويسرا، فإن معارضة هذا الأخير نقل المحضون لهذا البلد بقصد العلاج لا يقوم على أي أساس مصلي أو قانوني، وعليه فالفرع مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئياً فيما يخص عدم اختصاصه في الفصل في طلب رخصة الخروج»¹.

وقد أصاب هذا الاجتهاد لأن المعيار المعتمد في كل ما يرتبط بالحضانة وتوابعها هو مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، والملاحظ أن هذا القرار جعل من صلاحيات قاضي الموضوع الفصل في الطلبات المستعجلة المرتبطة بالحضانة وتوابعها، وهذه الصلاحية لم تمنح لقاضي الموضوع قانوناً إلا بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005، في المادة 57 مكرر التي تنص على أنه: «يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة، ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن»، ولعل هذا الاجتهاد كان ممهداً لصدور هذا النص القانوني، الذي دعم حقوق الطفل.

1- قرار بتاريخ: 2000/11/21، ملف رقم: 349196، المجلة القضائية، ع 01، س 2004، ص 250.

خاتمة:

من خلال عرض الاجتهادات القضائية الصادرة في مسائل الزواج والطلاق، في إطار النص القانوني، وفيما لا نص فيه، تم التوصل إلى مجموعة من النتائج يمكن إجمالها في الخصائص التي تميز بها الاجتهاد في هذه المسائل، ولعل أهمها:

- استقرار الاجتهاد القضائي في بعض المسائل، منها ثبوت نشوز الزوجة.
- تذبذب الاجتهاد القضائي في بعض المسائل، كالأجل الواجب مراعاته لقبول دعوى اللعان.

- تغير اتجاه الاجتهاد القضائي في بعض المسائل، كمسألة ثبوت نسب الولد الناتج عن علاقة غير شرعية.

- وقوع الاجتهاد القضائي في خطأ جسيم عند تكييف الاغتصاب على أنه نكاح شبيهة.
وبناء على ما سبق، يوصى بما يلي:

- ضرورة الاهتمام بالتكوين الشرعي لقضاة شؤون الأسرة.

- ضرورة إنشاء قضاء أسري مستقل.

- ضرورة سن قانون إجرائي أسري.

المراجع:

أولاً: كتب الحديث وشروحه

1- أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط 01، 2002.

2- أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري بحاشية السندي، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، دون ط، 2004، ج 03.

3- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، مكتبة الصفا، القاهرة، ط 1، 2003، ج 09.

ثانياً: الكتب العامة

1- ابن حزم الظاهري، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات ويليه نقد مراتب الإجماع لابن تيمية، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 1998.

2- ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار عالم الكتب، الرياض، ط خاصة، 2003، ج 01.

3- أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، ط 01، 1997، ج 05.

4- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي بيروت، ط 1991، ج 07.

5- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة مع تعليقات فقهية معاصرة، المكتبة التوفيقية، مصر، دون ط، دون سنة، ج 03.

6- بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، دون ط، دون سنة.

7- رجب كريم عبد الله، دور البصمة الوراثية في إثبات النسب في القانون الفرنسي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2015، ص 112.

- 8- عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، دار الفضيلة، الرياض، ط 01، 2002.
- 9- فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط03، 2013.
- 10- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، دون ط، دون سنة.
- 11- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول، دار الكتاب العربي، دمشق، ط 01، 1999، ج 02.
- 12- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة بيروت، ط 01، 1993، ج 09- 10.
- 13- علاء الدين بن الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مطبعة السنة المحمدية، ط 01، 1956، ج 08.
- 14- محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، دون ط، ج 03.
- 15- السيد سابق، فقه السنة، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، ط 13، 1997، ج 02.
- 16- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 02، 1985، ج 06- 07.
- 17- تأليف جماعي، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط 01، مطابع دار الصفوة، الكويت، سنة 1992، ج 26.
- ثالثاً: الرسائل الجامعية:**
- 1- أطروحات الدكتوراه**
- أ- عبد المهدي أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني، دراسة أصولية مقارنة، دكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، س 2005.

ب- مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه أصول، جامعة وهران 01، أحمد بن بلة، س 2014 - 2015.

ج-رتيبة عياش، مدى تأثير تفويت الاحتباس على استحقاق الزوجة للنفقة، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، س 2015 - 2016.

2 - مذكرات الماجستير

-إبراهيم موسى أبو جزر، أثر سقوط العذرة والبراءة على الزواج، مذكرة ماجستي، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية غزة، س 2009.

رابعاً: المقالات والمجلات العلمية

1- مناقشات جلسة المجمع الفقهي الإسلامي في دورته 15 المنعقدة في شهر رجب 1419 هـ،

2- عبد الناصر أبو البصل، المدخل إلى فقه النوازل، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 13، ع -أ-، س 1997.

3- محمد الهواري، الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، مجلة الرائد، مجلد واحد، سنة 2002، ع 234.

4- رتيبة عياش، ضوابط العجز عن الكسب الموجب لحق الفرع في النفقة فقها وقضاء، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، ع 12، ج 01، س 2017.

خامساً: المطبوعات العلمية

-رتيبة عياش، محاضرات في مقياس الولاية على المال والنفوس، مقدمة لطلبة السنة الأولى ماستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، س 2015 - 2016.

سادساً: المجلات القضائية

1- نشرة القضاة، ع 01، س 1972.

2- نشرة القضاة، ع 02، س 1972.

- 3- المجلة القضائية، ع 01، س 1980.
- 4 - نشرة القضاة، ع 44، س 1988.
- 5- المجلة القضائية، ع 01، س 1989.
- 6- المجلة القضائية، ع 02، س 1989.
- 7- المجلة القضائية، ع 04، س 1989.
- 8- نشرة القضاة، ع خاص، س 1990.
- 9- المجلة القضائية، ع 01، س 1990.
- 10- المجلة القضائية، ع 02، س 1990.
- 11- المجلة القضائية، ع 03، س 1990.
- 12- المجلة القضائية، ع 01، س 1991.
- 13- المجلة القضائية، ع 03، س 1991.
- 14- المجلة القضائية، ع 04، س 1991.
- 15- نشرة القضاة، ع 05، س 1991.
- 16- المجلة القضائية، ع 01، س 1992.
- 17- المجلة القضائية، ع 02، س 1992.
- 18- المجلة القضائية، ع 03، س 1992.
- 19- المجلة القضائية، ع 04، س 1992.
- 20- المجلة القضائية، ع 01، س 1993.
- 21- المجلة القضائية، ع 02، س 1993.
- 22- المجلة القضائية، ع 04، س 1993.
- 23- المجلة القضائية، ع 02، س 1994.
- 24- المجلة القضائية، ع 03، س 1994.
- 25- المجلة القضائية، ع 02، س 1995.
- 26- نشرة القضاة، ع 48، س 1995.
- 27 - نشرة القضاة، ع 49، س 1996.
- 28- المجلة القضائية، ع 03، س 1996.

- 29- المجلة القضائية، ع 01، س 1997.
- 30- المجلة القضائية، ع 02، س 1997.
- 31- نشرة القضاة، ع 50، س 1997.
- 32- نشرة القضاة، ع 52، س 1997.
- 33- المجلة القضائية، ع 01، س 1998.
- 34- المجلة القضائية، ع 01، س 1999.
- 35- نشرة القضاة، ع 54، س 1999.
- 36- نشرة القضاة، ع 55، س 1999.
- 37- المجلة القضائية، ع 01، س 2000.
- 38- المجلة القضائية، ع 01، س 2001.
- 39- المجلة القضائية، ع 02، س 2001.
- 40- مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2001.
- 41- اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001.
- 42- المجلة القضائية، ع 01، س 2004.
- 43- مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2004.
- 44- مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2004.
- 45- مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2005.
- 46- مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2005.
- 47- مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2006.
- 48- مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2006.
- 49- نشرة القضاة، ع 47، س 2006.
- 50- نشرة القضاة، ع 57، س 2006.
- 51- نشرة القضاة، ع 59، س 2006.
- 52- نشرة القضاة، ع 61، س 2006.
- 53- مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2007.
- 54- مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2007.

- 55- مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2008.
- 56- مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2008.
- 57- نشرة القضاة، ع 62، س 2008.
- 58- نشرة القضاة، ع 63، س 2008.
- 59- مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2010.
- 60- مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2010.
- 61- نشرة القضاة، ع 65، س 2010.
- 62 - نشرة القضاة، ع 66، س 2011.
- 63- المجلة القضائية، ع 02، س 2011.
- 64- مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2011.
- 65- مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2011.
- 66- مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2012.
- 67- مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2013.
- 68- مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2013.
- 69- مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2014.
- 70- مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2014.
- 71- مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2015.
- 72- مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2016.
- 73- مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2016.
- 74- مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2017.
- 75- مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2018.
- 76- مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2018.
- 77- مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2019.
- 78- مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2019.

سابعا: القوانين:

- 1- المرسوم الرئاسي رقم: 20- 442، المؤرخ في: 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية، ع 82، س 2020.
- 2 - القانون رقم: 08- 09 المؤرخ في: 25 / 02 / 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، ع 21، س 2008، ص 03.
- 3- القانون المدني رقم: 75 / 58 المؤرخ في: 26/09/1975، الجريدة الرسمية، ع 78، س 1975، ص 990. المعدل والمتمم بموجب القانون رقم: 07/ 05، المؤرخ في: 13/05/2007، الجريدة الرسمية، ع 31، س 2007، ص 03.
- 4- القانون رقم: 84- 11، المؤرخ في: 09 / 06 / 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، ع 24، س 1984، ص 910. المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05 - 02، الجريدة الرسمية، ع 15، س 2005، ص 18.
- 5- القانون العضوي رقم: 11 - 12، المؤرخ في: 26 يوليو 2011، المحدد و المنظم للمحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، الجريدة الرسمية، ع 42، س 2011، ص 07.

ثامنا: معاجم اللغة

- 1- محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار الفكر، بيروت، ط 01، 2008، ج 01.
- 2- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01، 1990.

الفهرس

01.....	مقدمة.....
03.....	فصل تمهيدي: مفهوم الاجتهاد القضائي.....
03.....	المبحث الأول: تعريف الاجتهاد القضائي.....
03.....	المطلب الأول: تعريف الاجتهاد.....
03.....	الفرع الأول: تعريف الاجتهاد لغة.....
03.....	الفرع الثاني: تعريف الاجتهاد اصطلاحا.....
04.....	المطلب الثاني: تعريف القضاء.....
04.....	الفرع الأول: تعريف القضاء لغة.....
05.....	الفرع الثاني: تعريف القضاء اصطلاحا.....
06.....	المطلب الثالث: تعريف الاجتهاد القضائي.....
06.....	المبحث الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة.....
06.....	المطلب الأول: الاجتهاد في نطاق النص.....
06.....	الفرع الأول: الاجتهاد في فهم النص.....
07.....	أولاً: الاجتهاد في إطار النص المشوب بالخطأ المادي.....
08.....	ثانياً: الاجتهاد في إطار النص المشوب بالغموض.....
09.....	ثالثاً: الاجتهاد في إطار النص المشوب بالنقص.....
10.....	رابعاً: الاجتهاد في إطار النص المشوب بالتناقض.....
12.....	الفرع الثاني: الاجتهاد في تطبيق النص.....
14.....	المطلب الثاني: الاجتهاد فيما لا نص فيه.....
17.....	الفصل الأول: الاجتهاد القضائي في المسائل المرتبطة بالزواج.....
17.....	المبحث الأول: الاجتهاد القضائي المرتبط بمقومات عقد الزواج.....
18.....	المطلب الأول: الاجتهاد القضائي الصادر في الصداق.....
18.....	الفرع الأول: القرارات الصادرة في أنواع الصداق.....
19.....	الفرع الثاني: القرارات الصادرة في حالات استحقال الصداق.....
19.....	أولاً: استحقال الصداق بالخلوة الصحيحة.....

20.....	ثانيا: استحقاق الصداق بوفاة الزوج قبل الدخول
21.....	ثالثا: استحقاق نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول وعدم اعتباره تعويضا...
21.....	الفرع الثالث: القرارات الصادرة في مسقطات الصداق
22.....	الفرع الرابع: القرارات الصادرة في النزاع في الصداق
24.....	المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي الصادر في الشهادة
24.....	الفرع الأول: القرارات الصادرة في شروط الشهود
24.....	أولا: جنس الشهود
25.....	ثانيا: صفة الشهود
	الفرع الثاني: القرارات الصادرة في الشهادة المعتمد بها في إثبات الزواج العرفي
28.....	
	الفرع الثالث: القرارات الصادرة في اعتماد اليمين المتممة في إثبات الزواج العرفي
32.....	بشهادة التسامع
33.....	المبحث الثاني: الاجتهاد القضائي المرتبط بآثار عقد الزواج
33.....	المطلب الأول: الاجتهاد القضائي الصادر في حقوق الزوجين
33.....	الفرع الأول: القرارات الصادرة في حقوق الزوجة
33.....	أولا: نفقة الزوجة
38.....	ثانيا: المسكن الزوجي
40.....	ثالثا: الاشتراطات بين الزوجين
42.....	الفرع الثاني: القرارات الصادرة في حقوق الزوج
43.....	المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي الصادر في حقوق الأولاد
44.....	الفرع الأول: القرارات الصادرة في النسب
44.....	أولا: إثبات النسب بالوسائل المنصوص عنها قانونا
53.....	ثانيا: نسب الولد الناتج عن علاقة غير شرعية
56.....	ثالثا: نفي النسب
71.....	رابعا: التصدي لنفي نسب مدون في بلد أجنبي
72.....	خامسا: دعاوى إبطال التبني

73.....	الفرع الثاني: القرارات الصادرة في نفقة الولد.....
74.....	أولاً: ضوابط استحقاق نفقة الولد.....
78.....	ثانياً: المكاف بنفقة الولد.....
80....	الفصل الثاني: الاجتهاد القضائي في المسائل المرتبطة بانحلال الزواج.....
80.....	المبحث الأول: الاجتهاد القضائي المرتبط بصور انحلال الزواج.....
	المطلب الأول: الاجتهاد القضائي الصادر في انحلال الزواج بالإرادة المنفردة
80.....	للزوج.....
80.....	الفرع الأول: القرارات الصادرة في تطبيق القواعد الشرعية للطلاق.....
80.....	أولاً: مبدأ العصمة بيد الزوج.....
81.....	ثانياً: مراعاة قواعد الرجعة.....
83.....	ثالثاً: عدم إمكانية نيابة المقدم عن المحجور عليه في إيقاع الطلاق.....
84.....	الفرع الثاني: القرارات الصادرة في إجراء محاولة الصلح.....
84.....	أولاً: مدى وجوب مراعاة إجراء الصلح.....
88.....	ثانياً: ضوابط إجراء الصلح.....
90.....	الفرع الثالث: القرارات الصادرة في المستحقات المالية للمطلقة.....
90.....	أولاً: المتعة والتعويض.....
93.....	ثانياً: نفقة العدة والإهمال.....
94.....	ثالثاً: مسائل مرتبطة بالتعويض.....
96.....	الفرع الرابع: القرارات الصادرة في صور الطلاق التعسفي.....
97.....	أولاً: الطلاق في مرض الموت.....
97.....	ثانياً: الطلاق دون مبرر شرعي.....
100.....	الفرع الخامس: القرارات الصادرة في إثبات الطلاق العرفي.....
102.....	الفرع السادس: القرارات الصادرة في مسائل إجرائية خاصة.....
103.....	أولاً: عدم إرجاء الفصل في دعوى الطلاق.....
	ثانياً: عدم جواز الفصل في دعوى الطلاق دون الحكم بالحقوق المقررة للزوجة
103.....

104.....	ثالثا: المعارضة في الحكم الغيابي
المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي الصادر في انحلال الزواج بناء على طلب من	
104.....	الزوجة
105.....	الفرع الأول: القرارات الصادرة في التطليق
105.....	أولا: ضرورة إثبات إحدى الحالات المذكورة في النص القانوني
106.....	ثانيا: نماذج في وسائل الإثبات
110.....	ثالثا: نماذج للقرارات الصادرة في دعاوى التطليق
114.....	رابعا: التعويض في دعاوى التطليق
116.....	الفرع الثاني: القرارات الصادرة في الخلع
116.....	أولا: الطبيعة القانونية للخلع
119.....	ثانيا: دور القاضي في تقدير بدل الخلع
122.....	ثالثا: مدى صحة الخلع دون تحديد أو عرض البديل
123.....	رابعا: تحديد موضوع الدعوى
126.....	المبحث الثاني: الاجتهاد القضائي المرتبط بالحضانة
126.....	المطلب الأول: الاجتهاد القضائي الصادر في إسناد الحضانة
126.....	الفرع الأول: القرارات الصادرة في شروط الإسناد
128.....	الفرع الثاني: القرارات الصادرة في معيار الإسناد
128.....	أولا: مدى مراعاة ترتيب الحاضنين وتقرير المرشدة الاجتماعية
131.....	ثانيا: رعاية مصلحة المحضون
135.....	الفرع الثالث: القرارات الصادرة في مسألة الزيارة
135.....	أولا: أصحاب الحق في الزيارة
137.....	ثانيا: مراعاة المبادئ المرتبطة بالزيارة
138.....	ثالثا: مواعيد الزيارة
139.....	الفرع الرابع: القرارات الصادرة في تمديد الحضانة
	المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي الصادر في المسائل المرتبطة بسقوط
141.....	الحضانة

- 141.....الفرع الأول: القرارات الصادرة في تنازل الأم عن الحضانة.....141
- 141.....أولاً: القيود الواردة على تنازل الأم عن الحضانة.....141
- 143.....ثانياً: عدم إمكانية عودة الحق في الحضانة في حالة التنازل.....143
- الفرع الثاني: القرارات الصادرة في مدى إمكانية عودة حق الأم في الحضانة
- 144.....بعد زوال سبب سقوطها.....144
- 144.....أولاً: زوال سبب السقوط الاختياري.....144
- 146.....ثانياً: زوال سبب السقوط الاضطراري.....146
- 147.....الفرع الثالث: القرارات الصادرة في حالات عدم سقوط الحضانة.....147
- 147.....أولاً: عدم وجود سبب جدي.....147
- 147.....ثانياً: عمل الأم الحاضنة.....147
- 148.....ثالثاً: السفر والتردد على الخارج.....148
- 149.....رابعاً: اكتساب الأم الحاضنة لجنسية بلد أجنبي.....149
- 149.....خامساً: رفض المحضون الالتحاق بالحاضن.....149
- 150.....سادساً: الفرقة بسبب اللعان.....150
- 150.....الفرع الرابع: القرارات الصادرة في حالات سقوط الحضانة.....150
- 150.....أولاً: ارتكاب الأم الحاضنة لجريمة الزنا.....150
- 151.....ثانياً: تعريض المحضون للخطر.....151
- الفرع الخامس: القرارات الصادرة في مسألة حضانة الأم المقيمة في بلد
- 153.....أجنبي.....153
- المطلب الثالث: الاجتهاد القضائي الصادر في سكن ممارسة
- 155.....الحضانة.....155
- 155.....الفرع الأول: القرارات الصادرة في ضوابط توفير السكن.....155
- أولاً: توفير سكن ملائم لممارسة الحضانة يحول دون المطالبة ببديل
- 155.....الإيجار.....155
- ثانياً: الأحكام الصادرة في السكن أو بدل الإيجار ذات حجية
- 156.....مؤقتة.....156

156.....	الموفر
157.....	ثالثا: ضمان الحق في بدل الإيجار في حالة ثبوت عدم ملاءمة السكن
157.....	رابعا: توفير السكن أو بدل الإيجار مقيد بممارسة الحضانة في
157.....	الجزائر
157.....	الفرع الثاني: القرارات الصادرة في مكان ممارسة الحضانة
157.....	أولا: الضوابط المعتمدة في تحديد مكان السكن
159.....	ثانيا: عدم إمكانية تخصيص المسكن الزوجي مكانا لممارسة
159.....	الحضانة
160.....	الفرع الثالث: القرارات الصادرة في ضمان الحق في سكن ممارسة
160.....	الحضانة
160.....	أولا: ضمان الحق في السكن غير مقيد بعجز الحاضنة عن
160.....	توفيره
161.....	ثانيا: ضمان الحق في السكن غير مقيد بعدد المحضونين
162.....	ثالثا: ضمان الحق في السكن بالرغم من تنازل المطلقة عن جميع
162.....	حقوقها
163.....	رابعا: عدم إمكانية ضمان الحق في السكن للحاضنة الأم المتزوجة
163.....	ثانية
164.....	المطلب الرابع: الاجتهاد القضائي الصادر في نفقة
164.....	المحضون
164.....	الفرع الأول: القرارات الصادرة في المشتكلات والتقدير
164.....	والمراجعة
164.....	أولا: أساس تقدير النفقة واستحقاق نفقات العلاج
165.....	ثانيا: مراجعة تقدير النفقة
166.....	الفرع الثاني: القرار الصادر في تاريخ بداية استحقاق النفقة
166.....	المطلب الخامس: الاجتهاد القضائي الصادر في اعتبار طلب منح رخصة لعلاج
166.....	المحضون بالخارج من توابع الطلاق

168.....	خاتمة:
168.....	المراجع:
176.....	الفهرس: