الملتقى الوطني تطوير المنهج التكاملي في البحث الفقهي

المعاصر والعلوم القانونية الاقتصادية

المنعقد بكلية الشريعة والاقتصاد

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة

وبالشراكة مع مخبر الدراسات الشرعية

يوم 5 ديسمبر 2018

مشاركة بورقة بحثية بعنوان:

التوظيف المقاصدي في قانون الأسرة

في المنازعات القضائية

د/نادية رازي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة

ملخص

إن الاجتهاد القضائي في المنازعات الأسرية يمثل السلطة التقديرية التي تمنح للهيئة القضائية في إصدار الأحكام والقرارات في كثير من القضايا والمنازعات في نطاق معطيات وظروف جديدة لا يواكبها النص التشريعي، مما تضطر إلى الاحتكام إلى المصالح المناسبة لمقاصد التشريع التي تفرض تبعا تغير الأحكام القضائية بتغيرها الدائم وتكييفها وفقها حسب النتائج المتوقعة بمقتضى احتكاك الجهات القضائية عادة بواقع المجتمع الجزائري وإدراكه التام لمشكلاته وهي تعد بذلك بمثابة التشريع المكمل للنص القانوني، حيث تسد ثغراته بعدم تلازمه مع المتغيرات المستجد على الدوام وهذا ما يفسر اعتبار الاجتهادات القضائية كمصدر من مصادر التشريع، واعتمدها المشرع في تعديل قانون الأسرة.

مقدمة:

لقد استند المشرع الجزائري إلى الاجتهادات القضائية في كثير من التعديلات لقانون الأسرة المعدل والمتمم بأمر 05- 02، مع البلوى التي ذاعت في الآونة الأخيرة في كثير من القضايا المتعلقة بالأسرة، كالزواج العرفي (الزواج بالفاتحة)، الولاية في تزويج المرأة، ترخيص القاضي بتعدد الزوجات وفق شروط معينه أو حقه في منعه، والشروط الوضعية من الطرفين في عقد الزواج التي نجم عنها غالبا ضياع حقوق المرأة بالدرجة الأولى، التعويض عن الضرر المادي والمعنوي عند التطليق والطلاق التعسفي والخلع .....وغيرها من القضايا التي أنيطت بمطبات قد تسببت في تعطيل كثير من المبادئ والأساسيات التي تمثل روح عقد الزواج الشرعي بما يمليه من مصلحة الاستقرار والطمأنينة والسكينة والألفة والمودة والتعاضد والتعاون، قصدها الشارع الحكيم من وضعه ابتداء، والتي بدورها تسعى إلى تحقيق المقصد الأكبر له وهو حفظ النسل في واقع الحياة المتجددة، كل ذلك أحوج الهيئات القضائية في الجزائر إلى التكييف الشرعي المناسب لمثل هذه القضايا وفق مقاصد التشريع الإسلامي باعتبار أن المصدر الرئيس لقانون الأسرة الجزائري الشريعة الإسلامية التي تمتاز بالمرونة والسعة واستيعاب متطلبات الحياة ومقتضيات واقعها باعتبار مقاصدها التي عدّها الشارع الحكيم أساس التشريع، ما دعا المشرع الجزائري إلى توظيفها مع التعديلات الأخيرة للقانون.

وهذا المنهج قد مهد أكثر للهيئات القضائية ممارسة الاجتهاد المطلوب بمجابهة تحديات الواقع الجزائري بتأثيراته الاجتماعية والاقتصادية التي تهدد الاستقرار الأسري، بمحاولة التوفيق بين تلك المؤثرات وبين مقاصد التشريع الأسري وسنحاول فصل ذلك من خلال المحورين الآتيين:

المحور الأول: التوظيف المقاصدي في نصوص قانون الأسرة الجزائري

المحور الثاني: التوظيف المقاصدي في تكييف نصوص قانون الأسرة الجزائري والاجتهاد فيها في المنازعات القضائية

المحور الأول: التوظيف المقاصدي في نصوص قانون الأسرة الجزائري

لقد نصت المادة الثالثة من قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 يوليو 1984م المعدل والمتمم بأمر رقم 05- 02 سنة 2005م على أن الأسرة في حياتها تتأسس على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة، والتربية الحسنة، وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية على أن لا يخرج في مواده عما نص عليه الدستور الجزائري[1] في المادة 2 منه على أن الإسلام دين الدولة، باعتبار أن المشرع عدّ الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع والدولة بموجب المادة 2 من القانون المذكورأعلاه.

وهذا يستلزم ضرورة التقيد بالنصوص التشريع الإسلامي ومقاصدها وقواعدها الكلية في تنظيم العلاقات بين الأشخاص التي تجمعهم صلة الزوجية وصلة القرابة، وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة 222 من القانون المذكور أعلاه " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، بمقتضى أن مواد القانون قد لا تواكب الوقائع والحوادث المستجدة، وهذا يستلزم الرجوع إلى الأحكام الخارجة عنه فيما نصت عليه الاتجاهات الفقهية وأقرته بما تمليه مصلحة الأسرة الجزائرية بما يوافق مقاصد الشارع الحكيم التي قصدها ابتداء من وضعه للأحكام الخاصة بتنظيم العلاقات في نطاق الأحوال الشخصية من مصلحة الاستقرار والطمأنينة والسكينة والمودة، والتعاضد والتماسك نحو تحقيق المقصد العام في حفظ التناسل.

وهو ما نوه إليه المشرع أيضا في المادة 4 " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب". كما حث المشرع في المادة 36 على وجوب مراعاتها، حيث جاء فيها بصريح عبارته: " يجب على الزوجين: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام، والمودة، ورحمة، والتعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، التشاور في تسيير شؤون الأسرة .....".

[1]- القانون رقم 16 - 01 المؤرخ في 6 مارس 2016، الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016م.

فالملاحظ على المشرع في قانون الأسرة أنه اهتم كثيرا بتحقيق مقاصد التشريع على نطاق الأسري، وأكد على الزوجين مراعاتها في تكوين الأسرة، وهذا ما دفعه في كثير من مواضع التقنين إلى عدم التقيد بالمذهب المالكي السائد في الجزائر، وانتهج منهج التلفيق والجمع بين مختلف الاتجاهات والمذاهب الفقهية للحاجة والمصلحة.

وفيما يلي تحليل بعض مواد القانون التي تقر فيما اتجهنا إليه:

– التعويض عن الضرر المادي والمعنوي إذا ترتب على أحد الطرفين عند العدول عن الخطبة حيث جاء في نص المادة 5 (معدلة): " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض " عملا بالقاعدة المقاصدية لا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال.

كما أخذ المشرع الجزائري برأي الحنفية في عدم تغريم قيمة الهدايا القابلة للاستهلاك عادة عند عدول أحد الطرفين عن الخطبة، كاللباس، والمأكولات خلافا لما اتجه إليه المالكية في القول بلزوم دفع قيمتها عند استهلكها [1]، وهذا من باب التيسير ورفع الثقل والحرج عن الطرفين في لزوم التعويض مع عموم البلوى في العدول عن الخطبة، جاء في نص المادة المذكور أعلاه: " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد من للخاطب ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمته".

– عدم اعتداد المشرع بالفاتحة زواجا أثناء الخطبة إلا إذا اقترن بمجلس العقد إذا توفر ركنه وشروطه، وإن خالف في ذلك العرف، لما تعارف عليه المجتمع الجزائري من اعتبار الفاتحة زواجا وهذا حماية لمصلحة المرأة في إمكانية إثبات الزواج العرفي إذا ما اقترن بمجلس العقد مع انتشار ظاهرة إنكار هذا النوع من الزيجات من طرف الزوج غالبا مع فساد الذمم هذا الجهة ، ومن جهة أخرى لم يعتد بها المشرع كعقد من باب التيسير ورفع الثقل لما يرتبه الزواج الشرعي عادة من التبعات القانونية على غرار الخطبة، حيث نص في المادة 6 (معدلة) من قانون الأسرة: " إن اقترن الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن اقترن الفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توفر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون والمعدلة، والتي جاء فيها: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، حيث جعل صيغة العقد هو ركن الزواج، أما شروطه حسب ما هو منصوص في المادة 9 مكرر(جديدة)، يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق الولي شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

– تحديد السن القانوني للزواج للرجل والمرأة بتمام 19 سنة، حيث اعتبر المشرع طبيعة التكوين الجسماني والعقلي في أهلية الزواج التي تساهم بشكل كبير في تحقيق الأهداف والمقاصد المنشودة من الزواج الشرعي، مع منح للقاضي السلطة التقديرية للترخيص بالزواج قبل السن المذكور فيما إذا اقتضت المصلحة أو الضرورة لذلك بمقتضى

[1]– راجع: محمد محدة، الخطبة والزواج، ص63.

الأوضاع الاجتماعية والظروف الشخصية والنفسية، حيث جاء في نص المادة 7 المعدلة: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

– ضرورة إجراء فحوصات وتقديم وثائق طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر قبل عقد الزواج، تثبت سلامة الطرفين من أي مرض أو أي عامل يخل بمقاصد الزواج، سواء تعلق الأمر بالأمراض المعدية التي قد تلحق بأحد الطرفين ضررجسدي المخل لمقصد النفس، أو الأمراض التي تعيق التوالد والتكاثر المخل بمقصد النسل بموجب نص المادة 7 (معدلة) " يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر ذلك في عقد الزواج.

– تقييد تعدد الزوجات بترخيص من رئيس المحكمة حسب الحاجة والضرورة متى وجد المبرر الشرعي لذلك، والقدرة على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية بموجب نص المادة 8 (معدلة) " يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي، وقدرته على توفير العدل، والشروط الضرورية للحياة الزوجية"، وهذا تماشيا مع ما تعارف عليه المجتمع الجزائري في أسلوب إيقاعه بصوره المتعددة رتب آثار سلبية عادت على أصل الزواج ومقاصده بالإبطال، يقول ابن عاشور: " إذا لم يقم تعدد الزوجات على قاعدة العدل بينهن اختل نظام العائلة، وحدثت الفتن، ونشأ عقوق الزوجات أزواجهن، وعقوق الأبناء آباءهم بأذاهم في زوجاتهم وفي أبنائهم، فلا جرم أن كان الإذن في التعدد لمصلحة يجب أن تكون مضبوطة غير عائدة على الأصل بالإبطال "[1]

– انعقاد الزواج يتم مباشرة من المرأة بصيغتها مع حضور الولي الدال على رضاه فيما إذا كان الزوج كفأ لها جاء في نص المادة 11 (معدلة): " تعقد المرأة الراشدة زوجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره "، حيث جعل لها المشرع بنص المادة الأهلية الكاملة في عقد زوجها بعبارتها مع حضور وليها الذي يشركها برضاه، وهو بذلك قد قارب رأي الحنفية في إعطاء للمرأة الولاية الكاملة في إبرام عقد زواجها، ويتوقف إجازته بعد ذلك على رضا الولي وإذنه بحضوره[2]، حيث أقر الحنفية أيضا بجواز فسخه من الولي فيما إذا رأى هذا الأخير عدم توفر الكفاءة في الزوج، فهو وإن كان صحيحا على رأيهم، فهو يقع بذلك موقوفا على إجازة الولي[3]، وهذا خلافا لرأي المالكية والشافعية والحنابلة الذي أقروا الولاية لولي المرأة وليس للمرأة أن تعقد زوجها بنفسها[4]، وهذا في نظر المشرع فيه حماية

---

[1]- ابن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، 226/4.

[2]– المرغيناني، الهداية، 213/1 – 214. ابن عابدين، رد المحتار، 153/4.

[3]– الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 318/2.

[4]– النووي، المجموع شرح المهذب، 146/16. ابن قدامى، المغني، 337/7. المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف 66/8. الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، 264/2.

أكثر لمصلحة المرأة من العضل والتعسف الواقع من الولي في منعه من تزويجها ممن تراه كفأ لها أو بتزويجها ممن لا تراه كفأ لها، وهو ما قد يخل بمقاصد الزواج التي شرع لأجلها من السكينة والطمأنينة والاستقرار إلا أنه ما يعاب على التشريع منح المرأة السلطة المطلقة في اختيارها للولي دون تحديد الشروط القانونية لمن يكون مؤهلا شرعا لمثل هذه الولاية، والإجراءات المتبعة لذلك ، بحيث يمنح على الأقل للقاضي السلطة التقديرية في إقرار الولاية له على المرأة فيما إذا تعرضت للتعسف من الولي الأقرب، وكأن القاضي يحل محله باعتبار أن الشارع جعل حاكم الدولة ولي لمن لا ولي له التي قد تسقط بثبوت التعسف من الولي الأقرب، وهذا حماية لمصلحة المرأة.

وإذا اعتبارنا صحة العقد أساسا بحضور الولي الدال على إذنه ورضاه، فهو يقارب أكثر رأي ابن شبرمة، ومحمد بن الحسن الحنفي، وأبو الثور الشافعي الذين يرون بصحة الزواج بصيغة المرأة وعبارتها مع لزوم استئذان وليها وتوفر رضاه الذي يتحقق بحضوره عند مباشرتها للعقد بموجب نص المادة[1].

– منع الولي من إجبار القاصرة على الزواج ودون موافقتها عملا برأي جمهور الفقهاء[2] وخلافا لرأي المالكية[3] الذي يرون بجواز الإجبار، جاء في نص المادة 13 (معدلة) " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقته"، وهذا حماية لمصلحة المرأة القاصرة ومصلحة الأسرة تبعا باعتبار أن الإجبار في الزواج سيؤدي حتما إلى مناقضة المقاصد الشرعية المبتغاة من الزواج من السكينة والاستقرار في حالة غياب التوافق النفسي والروحي والفكري.

– للطرفين في عقد الزواج الحق في وضع الشروط التي تخدم مصالحهما الضرورية ما لم تخالف أحكام قانون الأسرة بموجب نص المادة 19 (معدلة)، حيث جاء فيها: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لا حق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"، ومراعاة المصالح الضرورية للزوجين مما أقره الشارع الحكيم في مقاصد عقد الزواج وأهدافه كما ألغى المشرع الشروط المنافية لمقتضاه ولمقاصده، كإسقاط النفقة أو السكن والمبيت التي تعد من الحاجيات الضرورية للمرأة، والإخلال بها إخلال بمقاصد الزواج، فعد مثل هذه الشروط باطلة في نظر القانون مع بقاء العقد صحيحا، حيث جاء في نص المادة 35: " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"، وهذا عملا برأي جمهور الفقهاء الذي يرى أن عقد الزواج الذي يتم على شرط يناقض ما يقتضيه من آثار شرعية زواج صحيح مع إلغاء الشرط المناقض ومثلوا له بأن يشترط الزوج أن لا ينفق على زوجته أو يشترط أن تنفق عليه، أو تشترط عليه الزوجة

---

[1]- راجع: محمد محدة ، الخطبة والزواج، ص207. عبد الكريم حامدي، التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الاسرة الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية ص213 .

[2]– الكاساني، بدائع الصنائع، 241/2. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، 429/2. المرداوي، الأنصاف، 52/8.

[3]– الحطاب، مواهب الجليل، 50/5– 51.

أن لا يطأها أو يقسم لها أقل من قسم صاحبتها أو أكثر، أو لا يكون عندها في جمعة إلا ليلة أو شرط لها النهار دون الليل، نصوا على هذا بصريح عبارتهم وببطلانها في نفسها لمنافاتها ومقتضى العقد، وتضمنها معاني زائدة لا يستلزم ذكرها في العقد[1]. وهذا خلافا للمالكية الذي يرى بفسخه قبل الدخول وثبوته بعد بمهر المثل[2].

وإن نص المشرع على إبطال العقد فيما إذا اقترن بمانع أو شرط يتنافى ومقتضياته الشرعية في حالات لم يحددها بموجب المادة 32 معدلة: " يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد ".

– لزوم توثيق عقد الزواج بموجب نص المادة 22 (معدلة) " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة" وهذا حماية للحقوق وقطع النزاع، إذ قد يترتب في حالة عدم توثقيه ضياع الحقوق، كالصداق المؤخر، الإرث، وإثبات النسب، والنفقة، وحق الخلع والتطليق....، ما قد يسبب ذلك إحداث النزاعات في إثبات الحقوق، مع عموم البلوى في فساد الأخلاق والذمم، الذي أفضى كثيرا إلى إنكار الزواج، والمحاكم الجزائرية تشهد ذلك في الآونة الأخيرة، وقد استفحل مع تقييد قانون الأسرة الجزائري للتعدد بالحصول على موافقة الزوجة الأولى طبقا للمادة 8 من قانون الأسرة المذكور أعلاه، فأضحى المتزوج يعقده في الغالب عرفيا وسرا، حماية لأسرته الأولى، فيلزم توثيق عقد الزواج من باب السياسة لصالح العام، يقول يوسف القرضاوي: " في هذه الحالة إذا صدر أمر القانون من ولي الأمر الشرعي بإيجاب التوثيق تصبح طاعته لازمة شرعا"[3]

– إعطاء للزوجة الحق في النفقة قبل رفع دعوى لمدة لا تتجاوز سنة بموجب المادة 80 " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع دعوى"، وهذا طبقا لما اتجه إليه الحنفية الذين يرون بسقوط النفقة إذا مضت عليها مدة دون المطالبة بها[4]، وكأنها فرضت بسلطة القاضي بعد المطالبة بها، فتتقيد من تاريخ المطالبة ورفع الدعوى، وهذا خلافا للمالكية الذين يرون بعدم سقوطها ولو طالت المدة[5]. وهذا قد يصبح ذريعة لسكوت الزوجات لمدة طويلة قصد إرهاق الأزواج بما في ذمتهم لمدة طويلة[6]، فقيدت النفقة بمدة السنة سدا لتلك المفسدة هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجعل الزوجة في حالة الاطمئنان في الحصول على حقها لمدة سنة كاملة، ما قد لا يدفعها إلى التسرع للجوء إلى القضاء، ما قد يفتح مجالا للصلح والتراضي[7]. كما فيه تخفيف ثقل

---

[1] – الشافعي، الأم، 107/5. النووي، روضة الطالبين، 589/5. ابن الهمام، شرح فتح القدير، 232/3. ابن قدامى، المغني، 450/7. العيني، البناية شرح الهداية، 166/5. المرداوي، الإنصاف، 344/6. الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، 195/2 – 196.

[2] – الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، 195/2 – 196.

3– يوسف القرضاوي، الزواج العرفي، حلقة على الأنترنت، بتاريخ: 1998/04/18م، http://www.aljazeera.net/

4– السرخسي، المبسوط، 204/5.

5– الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، 741/2.

6– عبد الكريم حامدي، التلفيق بي المذاهب الفقهية ، ص 214.

7– عبد الكريم حامدي، التلفيق بين المذاهب الفقهية ، ص 214.

على الزوج، إذ إطلاق حق النفقة من غير تقيدها بمدة سيؤدي ربما إعساره[1]. والتضييق عليه تماشيا مع أحوال المعيش في الجزائر.

– التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي والتطليق بموجب المادة 52 (معدلة) " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وفي المادة 53 " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وهذا طبقا لما اتجه إليه الحنفية والحنابلة في لزوم المتعة عن الطلاق مطلقا مقابل الضرر اللاحق بالزوجة[2]، وهذا خلافا للمالكية الذين يرون باستحبابها[3].

المحور الثاني: التوظيف المقاصدي في تكييف نصوص قانون الأسرة الجزائري والاجتهاد فيها في المنازعات القضائية

لم يختلف الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية عما اتجه إليه المشرع الجزائري في اعتبار مقاصد التشريع الإسلامي في تكييفه للنصوص القانونية والاجتهاد فيها في المنازعات القضائية، ويعد أساسا من مهام المحكمة العليا في الجزائر باعتبارها المراقبة لمدى تطبيق قضاة الموضوع للنصوص التشريعية ومقاصدها أثناء الفصل في المنازعات القضائية على مستوى المحاكم العادية، والتي تعود في مسائل الأحوال الشخصية إلى الشريعة الإسلامية فلها بذلك السلطة التقديرية في إعطاء حلول للوقائع والمشكلات من خلال تكييفها للنصوص القانونية، وتفسيرها تماشيا مع أبعادها المقاصدية في نطاق مرجعيتها الأساسية، وهو التشريع الإسلامي في أسسه العامة وقواعده الكلية، لذا تجدها بدورها تستند إلى أحكام الفقه الإسلامي فيما لم يرد فيه نص دون التقيد بالمذهب المالكي على نهج المشرع في ظل مقتضيات الأعراف والعوائد المتجددة في واقع الجزائر بموجب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري 1984م المعدل والمتمم بأمر رقم 05- 02 سنة 2005م " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، لذا أقرت في اجتهاداتها في غرفة الأحوال الشخصية: " إن القرار الذي لا يكون معتمدا على أي أساس قانوني أو شرعي يكون مشوبا بالانعدام في الأساس القانوني"[4]، كما أقر فيها " أن لا حكم يعلو على الشريعة"[5]، واعتبار المقاصد في وضع الأحكام والقوانين من مقرراتها، لذا تسري وفقها في قرارتها باعتبار الأحوال المتغيرة حيث تتغير المصالح واحتياجات المجتمع بتغيرها، تستند في ذلك أيضا إلى العرف كمصدر احتياطي أقره المشرع في غياب النص التشريعي بموجب المادة 1 من القانون المدني، كما لها السلطة في التنسيق والجمع بين النصوص عند التعارض بما يتلائم ومقاصد التشريع.

1- محمد محدة، الخطبة والزواج، ص 371.

2- السرخسي، المبسوط، 108/6. الحجاوي، الإقناع ، 219/3.

3- المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، 411/5.

4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص، 2001، ص 312.

5- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص، 2001، ص 305.

فهي لا تتقيد بحرفية النصوص كالقضاء العادي، لذا تعد اجتهاداتها القضائية بمثابة التشريع المكمل للنص القانوني حيث تسد الثغرات ومواطن الفراغ التشريعي بعدم مواكبة نصوصه لجميع الأحداث والمعضلات، وإلمامها الدقيق بمعطياتها.

وبتتبع القضايا التي حكمت فيها المحكمة العليا منذ صدور قانون الأسرة 11/84 سنة 1984م والتي استندت فيها إلى مقاصد التشريع تجدها قليلة بالمقارنة مع القضايا التي تقيد فيها بالنصوص وقد أنيطت أغلبها بمسألة صداق المثل، أو النفقة، أو إثبات الزواج العرفي...، ولعل مرد ذلك تقارب وتناسب الواقع الجزائري مع ما أفتى فيه المتأخرون في المذهب المالكي، حيث استقر أغلبهم في المغرب العربي، وهذا ما دفع بالمشرع إلى الاستناد إلى آرائهم في تقنين قانون الأسرة 1984م التي راعوا فيها المصلحة المتطلبة بناء على مقتضيات واقعهم، وهذا لم يمنعه من إجراء التعديل على القانون بأمر رقم 05- 02 الصادر سنة 2005م، والخروج عن المذهب المالكي إلى المذاهب الفقهية الأخرى بتغير واقع المجتمع الجزائري مستندا في ذلك أصلا لقرارات المحكمة العليا من خلال اجتهاداتها القضائية في الحقبة الأخيرة والقول بهذا طبعا لا ينفي تأسيس ذلك أيضا على صفة الثبات التي تتسم بها أحكام الأحوال الشخصية على الغالب ومع ذلك هناك متطلبات وإشكالات دقيقة في واقعنا في ظل المتغيرات المستجدة ، ما يدعو توقع حدوثها، ومع ذلك لم أجد لها وقائع تم الفصل فيها على مستوى الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا على حد علمي، كالمسائل المتعلقة بالخلع والشروط التي اتفق عليها الطرفان أثناء إبرام العقد، والولاية والحضانة.....

وفيما يلي نماذج عن الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا في المنازعات الأسرية التي تم الفصل فيها، وخالف فيها قرارات المحاكم العادية تأسيسا على مقاصد التشريع:

- الخطبة المقترنة بالفاتحة زواجا متى توافر الأركان والشروط المقتضية للعقد طبقا للمادة 9 من قانون الأسرة المذكور أعلاه، وغير ذلك يعتبر وعدا بالزواج، وعدّ قرار قضاة الموضوع في اعتباره وعدا بالزواج خرقا للقانون[1] فنقض الحكم حماية لحق المتضرر فيما إذا اعتبرت الخطبة وعدا بالزواج من حيث أنه قد يتخذ ذريعة للتفلت والتملص من موجباته وآثاره الشرعية خصوصا مع حدوث الانفصال بعد الدخول، وهذا تأسيسا على العرف السائد في الجزائر من اقتران الخطبة بالفاتحة غالبا تتم عادة بتوفر أركان الزواج وشروطه، الدافع بعد ذلك إلى اعتبار المحكمة الشهود الذي أثبتوا توفر أركان الزواج وشروطه، وهذا المنحى الذي أخذ به القضاء الجزائري هو الذي فرض على المشرع إجراء التعديل على المادة 6 من قانون الأسرة التي جاء فيها: إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا والشروط الزواج المنصوص عليها ".

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 111876 ، قرار بتاريخ 1995/04/04م.

– إثبات الزواج العرفي بعد الدخول مع عدم حضور الولي وانعدام في الأساس القانوني واعتبرت المحكمة العليا رفض قضاة الموضوع لإثبات العقد في الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي بصداق المثل مخالفة للقانون[1] طبقا للمادة 22 الذي لا بد أن يثبت في حالة عدم تسجيله بحكم قضائي مع مراعاة المادة9، وأيضا من خلال تفسيرها للمادة 33 من قانون الأسرة 1984م والذي وافق أيضا المعدل والمتمم بأمر رقم 05- 02 سنة 2005م، حيث نصت بإبطال الزواج إذا تم بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول، ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، ومحل الشاهد " الولي في حالة وجوبه"، حيث استثنت الثيب، فلا يجب في حقها الولاية عملا برأي الحنفية[2]، وهذا حماية لمصلحة المرأة المتضررة في هذه الحالة في إثبات عقد زواجها خصوصا أنه غلب في مجتمعنا الدخول بالزواج بالفاتحة، وبالذات في المناطق الريفية في حقبة من الزمن المتزامنة مع صدور القرار.

– الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[3]. فالظاهر من قرار المحكمة أنها جعلت الخلع حق خالص للزوجة دون اعتبار رضائية الزوج، وقد أيدت قاضي الموضوع في الاستجابة لطلبها للخلع دون أن يراعي إرادة الزوج مع تعذر الصلح والوفاق بين الطرفين، أراد بذلك رفع الضررعنها الذي قد يزيد ويستفحل مع بقاء الرابطة الزوجية عملا بالقاعدة المقاصدية الضرر يزال، والضرر يزال قدر الإمكان، وهو بدل التطليق للضرر الذي صعب على الكثير من النساء اليوم إثباته في المنازعات القضائية، مع طول مدة إجراءاتها، حيث تستغرق وقتا طويلا للفصل والبت فيها، وقد سلك المشرع مسلك قضاء المحكمة العليا في التعديل الأخير؛ حيث ألغى رضائية الزوج في الإقرار بالخلع بموجب المادة 54 " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

– إبقاء المطلقة ساكنة مع مطلقها يخل بمقصد من مقاصد الشريعة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الشرعية، ولما كان ثابتا في قضية الحال، إن قضاة الاستئناف قضوا بإبقاء المطلقة ببيت السكن الذي يسكن فيه مطلقها، وقد صارت عنه أجنبية طبقا للمادة 50 فإنهم بقضائهم هذا خالفوا المقاصد الشرعية، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون به[4].

– تقدير النفقة قضاء حسب حال المعيش، جاء في قراره: " من المقرر فقها وقضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين، يسرا أو عسرا، ثم حال المعيشة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة

1– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 253366، قرار بتاريخ: 01/23/ 2001م.

2– ابن عابدين، رد المحتار، 153/4.

3– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 216239، قرار بتاريخ 1999/03/16م.

4– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 33130، قرار بتاريخ 14 ماي 1984.

للقواعد الشرعية، ولما كانت جهة الاستئناف في قضية الحال قضت بتخفيض المحكوم بها للزوجة ابتدائيا دون أن تبحث عن دخل الزوج، وحالة معيشة الزوجة، ودون حساب مستوى المعيشة السائدة في المكان الذي يعيش الزوجان، فإنها بقضائها خالفت القواعد الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1]، وهذا طبقا للمادة 79 من قانون الأسرة: " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعيش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، فعلى القاضي بموجب نص المادة، وقرار المحكمة أن يراعي الوضع المادي للزوج، فتتحدد وفقه مقدر النفقة التي يمكن بها توفير الحد الضروري اللازم، من باب التيسير ورفع الحرج والثقل عن الزوج وعدم تكليفه بما لا يطاق، وهو ما يتوافق وروح التشريع الإسلامي.

– تنازع القوانين حكم أو قرار أجنبي مخالف للنظام العام لا يجوز تنفيذه، ومن المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرر يستوجب رفضه لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة طالبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين اللذين اسندا حضانة البنتين إلى أمهما، فإن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطاعنة الرامي إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين لكون بقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما فضلا عن أن الأب له الحق للرقابة وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق. فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[2]. فالمحكمة هنا راعت مقصد الدين في إقرار الحكم بعدم منح الأم حضانة البنتين خشية الافتتان في الدين إذا ما تواجدا في دولة غير إسلامية.

الخاتمة:

خلاصة القول إن ما نستشفه بتتبع واستقراء نصوص قانون الأسرة الجزائري، والاجتهادات القضائية للمحكمة العليا في تفسيرها وتكييفها لها في إطار المهام المنوط بها، أنهما كثيرا ما راعا مقاصد التشريع الإسلامي في معالجة وقائع وأحداث المجتمع الجزائري، وبما يتناسب والأعراف والعوائد المتجددة فيه مراعاة لمصالحه، واحتياجاته الضرورية المتطلبة التي تستدعيها الحياة الأسرية المعاصرة بمستجداتها، وبما تمليه من مصلحة الاستقرار والطمأنينة والسكينة والمودة والتعاضد والتعاون نحو تحقيق المقصد العام في حفظ التناسل، وقد كانت لتلك الاجتهادات بمقتضى احتكاكها بالواقع أثرا كبيرا

1– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 44630، قرار بتاريخ 09/02/ 1987م.

2– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 52207، قرار بتاريخ 1989/01/02م.

في التعديل الأخير لقانون الأسرة بأمر 05- 02، حيث انتهج المشرع في نطاق حيثياته منهج التلفيق بين الاتجاهات الفقهية في انتقاء الرأي المناسب دون التقيد بالمذهب المالكي مراعيا في ذلك أصول التشريع وثوابته.

قائمة المصادر والمراجع

- الحجاوي: موسى بن أحمد، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ت: عبد اللطيف محمد السبكي، دار المعرفة بيروت، لبنان.
- الحطاب: شمس الدين أبو عبد الله الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل شرح مختصر الخليل ت: زكريا عميرات دار عالم الكتاب، 1423هـ - 2003م.
- الخرشي: أبو عبد الله محمد بن عبد الله، الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار صادر، بيروت.
- السرخسي: محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ- 1993م.
- الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط: 1 1413هـ- 1993م.
- الشوكاني: محمد بن علي، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ت: محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت.
- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية.
- الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف.
- ابن عابدين: محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، ت: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط: 1، 1418هـ - 1997م
- ابن عاشور: محمد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية، تونس، 1984م.
- عبد الكريم حامدي: التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الاسرة الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد السابع عشر، نوفمبر 2009م.
- العيني: محمود بن أحمد بن موسى، البناية شرح الهداية، ت: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، لبنان بيروت، ط: 1، 1420هـ– 2000م .
- ابن قدامى: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت، 1403هـ- 1983م.
- الكاساني: علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م.
- محمد محدة : الخطبة والزواج، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، ط:2، 1994م.

- المرداوي: علاء الدين أبي الحسين علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، لبنان بيروت، ط:1 1418هـ – 1997م .
- المرغيناني: أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر الرشداني، الهداية شرح بداية المبتدأ، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط: 1 1410هـ – 1990م.
- المواق: محمد بن يوسف الغرناطي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية ط:1 1416هـ – 1994م.
- النووي: أبو زكريا محي الدين يحي بن شرف، روضة الطالبين، ت: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت.
- النووي: أبو زكريا محي الدين يحي بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر.
- ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي لبنان، بيروت.
- يوسف القرضاوي: الزواج العرفي، حلقة على الأنترنت، بتاريخ: 1998/04/18م /http://www.aljazeera.net

القوانين والقرارات

- قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 يوليو 1984م، المعدل والمتمم بأمر رقم 05- 02 سنة 2005م.
- القانون رقم 16 – 01 المؤرخ في 6 مارس 2016، الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016م.
- قرارات المحكمة العليا لغرفة الأحوال الشخصية.

https://1biblothequedroit.blogspot.com