جامعة عبد الرحمان ميرة ـ بجاية ـ
كليّة الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

عنوان المذكرة

أثر قرارات المحكمة العليا في تعديل قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص القانون الخاص

من إعداد الطالبة:

❖ بن غربي مونيرة

تحت إشراف الأستاذة:

❖ إقروفة زبيدة

أعضاء لجنة المناقشة

- الأستاذ(ة) :عيسات اليزيد.....رئيسا.
- الأستاذ(ة) : إقرورفة زبيدة.....مشرفة.
- الأستاذ(ة) :أيت مولود ذهبية.....ممتحنة.

السنة الجامعية 2020/2019

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

نشكر الله سبحانه وتعالى أولا أن يسر لنا أمرنا في انجاز هذا العمل،

كما نتقدم بأسمى عبارات الشكر والعرفان للأستاذة " **إثروفة زبيدة**" التي طالما كانت حريصة على توجيهنا وتزويدنا بالمعلومات، أجازها الله عنا كل خير،

و إلى كل الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة، بالأخص" **الأستاذ لفقيري عبد الله** "،

والأستاذ عيسات اليزيد وإلى جميع أساتذتنا الأفاضل،

ولا يفوتنا الشكر الجزيل لكل طاقم جامعة بجاية وبالأخص كلية الحقوق

والعلوم السياسية التي تشرفنا بالانتساب إليها.

إهداء

الحمد الله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين.

أهدي هذا العمل إلى:

من ربتني وأنارت دربي وأعانتني بالصلوات والدعوات،

أمي الغالية أطال الله في عمرها.

إلى من عمل بكد في سبيلي وعلمني

أبي الكريم أطال الله في عمره.

إلى إخوتي: زوزو وبلعيد وكاتية.

إلى أعمامي سعدي وصالح وبناته رب يحفظهم.

إلى روح جدي يوسف رحمه الله.

إلى من سهرت الليالي من أجل إنجاز هذا العمل أختي وصديقتي الحبيبة

نايت يحي نصيرة

إلى كل عائلة بن غربي وكل أصدقائي خاصة جوهرة، باهية، وردة، كاتية

إلى من لم تبخل بنصائحها وتوجيهاتها الدكتورة إقروفة زبيدة.

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

ج: جزء.

ع: العدد.

ط: الطبعة.

مج: مجلد

د.س.ن: دون سنة النشر.

د.ط: دون طبعة.

ص: صفحة.

ج ر: جريدة رسمية

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

مقدمة

مقدمة

مقدمة

تعّد الأسرة الخلية الأساسية في المجتمع واللّبنة المحورية لتطوره وتماسكه وصلاحه، حيث إنّ أساس تكوينها الزّوجين، وبذلك تتشكّل الشعوب والقبائل، حيث قال الله تعالى:"**يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا**" [1].

يعّد الزواج في القانون عقد يبرم بين الزوجين ينتج حقوقا وواجبات لكلا الطرفين، ولأهمية هذه العلاقة فقد حظيت بحماية إلهية وقانونية، حيث وضعت عدة أحكام لتنظيمها، ويتجلى ذلك من خلال قانون الأسرة الجزائري[2].

وبالرغم من اجتهاد المشرع عند وضعه للقانون 11/84، إلاّ أنه مازالت بعض المسائل المتصلة بالزواج والطلاق محل جدال واسع، ومن تلك المسائل: الولاية في الزواج، حق الزوجة في طلب فك الرابطة الزوجية، مسألة تعدد الزوجات وكذلك الأمر بالنسبة للآثار المترتبة عن الطلاق والتي ما تكون عادة المطلقة وأولادها ضحايا لها سيما ما تعلق بالحضانة وبالنفقة وسكن ممارسة الحضانة.

ونظرا للصعوبات التي يواجهها القاضي في تقرير الحكم في بعض القضايا بسبب الفراغ القانوني، أعطى المشرع الجزائري سلطة تقديرية لقاضي شؤون الأسرة بالاجتهاد وصياغة أحكام تتماشى مع الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأول للأحوال الشخصية، وذلك وفقا لنص المادة 222(ق.أ.ج) التي تنص على أنه: "**كل مالم يرد النص عليه في القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"، ومنها العدول عن الخطبة، دعاوى انحلال الرابطة الزوجية والتعويض للطرف المتضرر.

وتماشيا مع هذا النص فإن القاضي ملزم أن يبحث عن حكم القضية المعروضة عليه في النصوص الواردة في قانون الأسرة، وفي حالة إذا لم يجد يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والملفت للانتباه هو أنّ المشرع الجزائري قد فتح باب الاجتهاد عند انتفاء النص التشريعي على

---

[1] سورة الحجرات، الآية 13.

[2] القانون رقم 11/84، المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24 الصادر في 12 يونيو 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، ج ر، ع15 الصادر في 27 فبراير 2005.

مصراعيه، بحيث لم يقيد القاضي بمذهب معين بل للقاضي الجزائري أن يبحث عن الحل الأنجح في أي مذهب من المذاهب السنية لانتفاء النص التشريعي، وهذا يدل أن الاجتهاد القضائي في قضايا شؤون الأسرة له وظيفة بالغة الأهمية، مكملة للنص القانوني، وموجهة للعمل القضائي.

إنّ طبيعة شؤون الأسرة الخاضعة لقانون الأسرة والمستمدة أحكامها من الشريعة الإسلامية والمرتبطة بالخلية الأساسية للمجتمع، جعلت اجتهاد المحكمة العليا يتنوع بين الرقابة على تطبيق القضاة لنصوص قانون الأسرة من جهة، وعدم مخالفة قواعد الشريعة والإستجابة لإحتياجات المجتمع هذا من جهة، ومن جهة أخرى دفع المشرع إلى طرح قانون الأسرة للنقاش والإثراء من جديد، ليقرر بعد نقاش حاد ومثير تعديل بعض أحكام القانون 11/84 وتتميمها بموجب الأمر 02/05، رغم التعديلات المدخلة على هذا القانون لم تمس إلا بعض أحكام الكتاب الأول والمادة 87 من الكتاب الثاني المتعلقة بالولاية فقط، لذلك ستقتصر دراستنا على أحكام قانون الأسرة التي تضمنها الكتاب الأول في ضوء التعديلات التي أدخلها بموجب الأمر 02 / 05 مشفوعا بقضاء المحكمة العليا .

تكمن أهمية دراسة الموضوع في بيان بعض المسائل التي تم تعديلها سنة 2005 ومدى استئناس واستناد المشرع إلى القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في تعديل قانون الأسرة ليتماشى ومستجدات واقع المجتمع، كما تتجلى أهميته في تصدي الإجتهاد القضائي في تكملة القصور أو النقص الواقع في نصوص قانون الأسرة.

تنحصر الأسباب والدوافع الذاتية والموضوعية في اختيار موضوع: "أثر قرارات المحكمة العليا على تعديل قانون الأسرة الجزائري" محلا لهذه المذكرة هي الرغبة الشخصية، فالموضوع يدخل في إطار القانون الخاص، وقانون الأسرة من فروعه، ونجد رغبة البحث في هذا التخصص منذ مسارنا الدراسي نظرا لطبيعة مواضيعه ومصدرها.

إضافة إلى الرغبة في تأصيل الحماية القانونية لحفظ نظام الأسرة في ظل التعديل الجديد لقانون الأسرة والعمل القضائي، لمعرفة مدى قدرته على استيعاب مستجدات وتطلعات الأسرة الجزائرية وقضاياها بما يضمن حفظها، حيث لم تعد الاتجاهات التقليدية في القانون قادرة على استيعاب ما تفرضه حماية الأسرة، مع إبراز دور الاجتهاد القضائي ومبادئ المحكمة العليا في مسايرة المسائل المستجدة في مسائل الأسرة، حيث نصت على أهم الأحكام التي تحفظ كيان

الأسرة من التشويه وتضمن استقراره ورعايتها، في ظل المستجدات الطبيّة والاجتماعية والاقتصادية، وبيان مدى مساهمة قرارات المحكمة العليا التي تمثل مبادئ قضائية يمكن الرجوع إليها في حل مشاكل الأسرة و سد الفراغ التشريعي.

وأخيرا المساهمة في إثراء المكتبة الفقهية والقانونية الجزائرية في مجال الأسرة، حتى يتسنى ويسهل الرجوع إليها من طرف المعنيين بمثل هذه الأبحاث.

وقد تخللت فترة إعداد هذه المذكرة بعض المشاكل التي قد يواجهها أي باحث، وأخص بالذكر تعذر الحصول على المراجع نظرا لغلق جميع المكتبات الخاصة والعامة، انعدام وسائل النقل، وصعوبة الحياة الريفية، ونقص فعالية الوسائل الحديثة للتواصل مع المشرفة، ما أثر على البحث.

استدعت طبيعة هذه الدراسة النقدية والمركبة بطبيعتها استخدام عدة مناهج، اعتمدت على المنهج الإستقرائي إحصاء مجمل النصوص التي مسها التعديل بموجب الأمر 05-02، والتي تجلى فيها تأثير الاجتهاد القضائي، بهدف محاولة إستنباط الخطة العامة للمشرع في معالجته لهذا الموضوع، وهذا من خلال تجميع كل النصوص القانونية المعدلة.

كما إستعنت بالمنهج المقارن كأساس في الدراسة المقارنة بين الأحكام القضائية الصادر عن المحكمة العليا، ونصوص قانون الأسرة قبل وبعد التعديل، بالإضافة إلى المنهج التحليلي كأساس لدراسة النصوص القانونية الجزائرية، مستعينة بقرارات المحكمة العليا وفي بعض الأحيان بالفقه، نظرا للتماثل في أغلب الأحيان سواء من حيث الصياغة، أو من حيث المضمون، ومعرفة مضمون وعمق ما ذهب إليه الفقه وقانون الأسرة والاجتهاد القضائي، وتمحيص النصوص ومناقشتها وبيان الأساس الذي بنيت عليه بغرض الوصول إلى مقصودها، وتحليل الأحكام القضائية وإظهار دورها في حل القضايا المطروحة على المحكمة العليا، وما توصل إليه الاجتهاد القضائي، وما تقتضيه هذه الأحكام التي صدرت في مختلف القضايا ويراها هي الأصوب، بالإضافة إلى ملاحظات تثري موضوع البحث، غير أنه كما سبقت الإشارة فإن طبيعة هذا الموضوع تستدعي التركيب بين عدة مناهج علمية للاستفادة منها بحسب ما يخدم البحث.

انطلاقا من الأهمية التي تكتسيها هذه الدراسة، التركيز الكبير في البحث على دور القضاء في حماية كيان الأسرة الجزائرية من خلال عرض العديد من القرارات المنشورة وغير

المنشورة للمحكمة العليا، وما توصل إليه الاجتهاد القضائي إضافة إلى مبادئ وأحكام تحمي حقوق الأسرة، وقع الحرص على إختيارها من منطلق إشكالية محورية تتحدد **في مدى تأثر التعديلات الجديدة في قانون الأسرة الجزائري بالقرارات الصادر عن المحكمة العليا؟**

للإجابة عن هذه الإشكالية قمت بتقسيم البحث إلى فصلين رئيسين حيث خصصت:

الفصل الأول لأثر قرارات المحكمة العليا على الرابطة الزوجية وآثارها، يضم مبحثين يتناول المبحث الأول أثر قرارات المحكمة العليا على إنشاء الرابطة الزوجية، أما تناولنا في المبحث الثاني أثر قرارات المحكمة العليا على أثار عقد الزواج.

وجاء الفصل الثاني بعنوان أثر قرارات المحكمة العليا على فك الرابطة الزوجية وآثارها، ويشمل على مبحثين يتناول المبحث الأول أثر قرارات المحكمة العليا على فك الرابطة الزوجية. أما المبحث الثاني يتناول أثر قرارات المحكمة العليا على أثار فك الرابطة الزوجية.

وذيل البحث أخيرا بخاتمة استوفت أهم النتائج والتوصيات المتوخاة من هذا المبحث.

الفصل الأول

أثر قرارات المحكمة العليا على إنشاء الرابطة الزوجية وآثارها

وضع الإسلام نظاما محكما للزواج يقوم على أقوى المبادئ والقيم التي من شأنها تحقيق الاستقرار الأسري، فأضفى عليه قدسية تجعله فريدا بين سائد العقود الأخرى، لما يترتب عنه من آثار خطيرة لا تقتصر على عاقديه ولا على الأسرة التي توجد بوجوده، بل تمتد إلى الأسلوب الذي اختاره الله تعالى للتوالد والتكاثر، واستمرار الحياة بعد أن أعد كلا الزوجين وهيأهما بحيث يقوم كل منهما بدوره الإيجابي في تحقيق هذه الغاية، فجعل اتصال الرجل بالمرأة اتصالا كريما مبنيا على رضاهما وعلى إيجاب وقبول كمظهرين لهذا الرضا، وعلى إشهاد أن كلا منهما أصبح للأخر، فهو أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته، لذلك تولاه الشارع بالرعاية من حين ابتداء التفكير فيه إلى أن ينتهي بالموت أو الطلاق .

ومن ثم سنتطرق في هذا الفصل إلى أثر الاجتهاد القضائي في تعديل النصوص القانونية المتعلقة بالزواج وأثاره، والملفت للانتباه هو أن المشرع الجزائري قد فتح باب الاجتهاد عند انتفاء النص التشريعي على مصراعيه، بحيث لم يقيد القاضي بمذهب معين حين انعدام النص، بل للقاضي أن يبحث عن الحل الأنجع في أي مذهب من المذاهب الفقهية لانتفاء النص التشريعي طبقا للمادة 222 من (ق.أ.ج)، هذا كله من أجل الحفاظ الغاية من حدوث الزواج.

والمتفحص للنصوص القانونية التي تحكم الزواج وأثاره، يجد أن المشرع الجزائري اعتمد في عدد من مسائلها على قرارات المحكمة العليا عند التعديل الوحيد لقانون الأسرة الجزائري سنة 2005، وهو ما يتم دراسته في هذا الفصل من خلال مبحثين:

المبحث الأول: أثر قرارات المحكمة العليا على إنشاء الرابطة الزوجية.

المبحث الثاني: أثر قرارات المحكمة العليا على أثار عقد الزواج.

المبحث الأول

أثر قرارات المحكمة العليا على إنشاء الرابطة الزوجية

شرع الله عز وجل الزواج وجعله عقدا مؤيدا تسود فيه المودة والرحمة بين الزوجين، ونظرا لأهمية العلاقة الزوجية في تكوين الأسرة الصالحة والمصلحة، فإنّ المشرع الجزائري أدخل عدّة تعديلات على أحكام الزواج متأثر باجتهادات المحكمة العليا ومن أجل مواكبة تغيرات الواقع المعاش.

أثناء دراستنا لنصوص قانون الأسرة الجزائري في شقها المتعلق بأحكام الزواج، تبين أن المشرع تأثر في صياغة بعض مسائله بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، ويتجلى ذلك فيما يخص مقدمة الزواج وبالذات موضوع الخطبة والعدول عنها (مطلب أول)، ومسائل متعددة في إنشاء الرابطة الزوجية (مطلب ثاني).

المطلب الأول

أثر قرارات المحكمة العليا على الخطبة والعدول عنها

يكتسي الزواج أهمية بالغة في المجتمع عامة والأسرة خاصة، لهذا جرت العادة والعرف أن يسبق هذا الأخير فترة خطوبة، وهي غير ملزمة حيث يجوز العدول عنها، غير أنه يحدث وأن يتبادل الخاطبين الهدايا فيما بينهم ما يطرح تساؤل حول مصير تلك الهدايا، ويجعل القضاة أمام إشكاليات متعددة، مما دفع المشرع الجزائري إلى إدخال تعديلات على المادتين 05و06 من قانون الأسرة متأثرا في صياغتها باجتهادات قضائية، وهذا ما نعرضه في هذا المطلب.

الفرع الأول

أثر قرارات المحكمة العليا على الخطبة

نتعرض قبل البحث عن أثر(ق.م.ع) على موضوع الخطبة إلى تعريفها وطبيعتها القانونية.

أولا: تعريف الخطبة لغة واصطلاحا

تعريف الخطبة لغة: الخِطْبة هي مصدر الفعل "خَطَبَ" بفتح حروفه الثلاثة، وخطب المرأة يخطبها خطبا وخطبة بكسر الخاء: أي طلبها للزواج، قال الله عز وجل "**وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاء**"[1].

تعريف الخطبة اصطلاحا: هي التماس الزواج من امرأة معينة تكون خالية من الموانع الشرعية، وذلك بالتقدم لها أو لوليها للتفاهم في أمر العقد، وإذا أجيب طلبه بالقبول تمت الخطبة بينهما[2].

من هنا يمكننا تعريف الخطبة على أنها تقدم الرجل لطلب يد امرأة خالية من الموانع الشرعية[3].

أما مفهوم الخطبة في مجتمعنا الجزائري اليوم فهي عبارة عن اتفاق يسبق قراءة الفاتحة، ويقع غالبا بين والدي المخطوبين أو أوليائهما، وينتهي بإيجاب وقبول المصاهرة بين العائلتين، دون إبرام أي عقد، وقد تكون الخطبة بطلب المرأة التزوج من الرجل، وهذا ما نجده في السيرة النبوية الشريفة، حيث ثبت قيام خديجة رضي الله عنها بطلب الزواج من الرسول صل الله عليه وسلم [4] .

ثانيا: الطبيعة القانونية للخطبة

نص المشرع الجزائري في المادة 5 من الأمر 05-02 على أن: "**الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة**"، وبالتالي فإنه قد اكتفى بتبيان طبيعة الخطبة بأنها وعد بالزواج، ولم يتطرق إلى تعريفها تاركا ذلك إلى الفقه، وهذا الوعد غير ملزم لأي طرف فله التراجع بمبرر أو دون مبرر لأن الغرض هو التقارب والتشاور.

---

[1] سورة البقرة، الآية 235.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر،1992، ص85.

[3] جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج، الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 20.

[4] القرطبي محمد بن أحمد ، الجامع لأحكام القرآن، ج3، دار الحديث، مصر، 1416هـ، ص188.

وجاء في المادة الأولى من مجلة الأحكام الشرعية الجزائية الصادرة عام 1907 أن الوعد بالنكاح في المستقبل مجرد قراءة الفاتحة بدون إجراء عقد صحيح لكل منها لا ينعقد به النكاح، وللخاطب العدول عمن خطبها وللمخطوبة أيضا رد الخاطب الموعود بتزويجه منه [1].

يفهم من هذا النص أن الوعد بالزواج في حد ذاته لا يمكن عدّه زواجا ولا ينعقد به النكاح، وإنّما يعتبر بمثابة شبه عقد مبدئي رضائي على الزواج.

الفرع الثاني

أثر قرارات المحكمة العليا على اقتران الخطبة بالفاتحة

قبل تعديل 2005 كانت الخطبة والفاتحة وعد بالزواج سواء كانت الخطبة قد وقعت قبل الفاتحة أو وقعتا معا في مجلس واحد زمانا ومكانا أو منفصلين في مجلسين مختلفين من حيث الزمان والمكان إذ أخضعها للحكم واحد حيث يجوز للطرفين العدول عنها في أي وقت شاء قبل إبرام عقد الزواج بصفة رسمية أمام موظف بالحالة المدنية[2].

غير أن الحكم الذي كان يتبناه المشرع في هذا الصدد لا يتماشى مع العادات والتقاليد الجزائرية إذ اقتبسه من دول الشرق الأوسط ومنها خاصة سوريا، أما ما هو موجود في المجتمع الجزائري فإن قراءة الفاتحة تكيف على أساس أنها زواج، وذلك نظرا لاشتمالها على جميعا أركان وشروط عقد الزواج.

بالرجوع للاجتهاد القضائي في تعريف الفاتحة وحكم اقترانها بالخطبة نجد هناك تذبذب في قراراتها إذ يعتبرها عادة مجرد قراءة سورة الفاتحة من باب التبرك والدعاء وأنها ليست ركنا من أركان الزواج أو شرط لصحة الخطبة، إلاّ أنها في بعض القرارات تعتبرها عقد زواج عند توافر أركان وشروط العقد، وعند النظر في القرار الصادر بتاريخ 17-03-1997 تحت رقم فهرس 811/92 نجده أخضعت فيه المحكمة العليا اقتران الخطبة بالفاتحة لأحكام المادة 5معتبرة إياها وعد بالزواج لا أكثر، إذ جاء القرار كما يلي: "**حيث أنه بالفعل فان الشهود الذين وقع الاستماع إليهم سواء أمام قاضي أول درجة أو أمام العضو المقرر، يذكرون حضورهم لوليمة الخطبة أو فاتحة الخطبة وأن المحققين لم يضبطوا الأسئلة التي تساعد**

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص192.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص42.

على التفريق بين ما حضره الشهود هل هي مجرد خطبة بمعنى المادة 5من (ق.أ.ج)، أم أنهم قد حضروا مجلس العقد بمعنى المادة 9من نفس القانون، بينما الفاتحة ليست ركنا من أركان الزواج وليست شرط لوقوع الخطبة وإنما هي من باب التبرك والدعاء ولذلك يجب التفريق بين الفاتحتين"[1].

من خلال مناقشة القرار يتبين لنا أن المحكمة تميز بين الفاتحتين بمعنى فاتحة الخطبة التي هي عبارة عن قراءة سور الكتاب أثناء قيام حفل إعلان الخطبة وهي مرادفة للخطبة، وفاتحة هي مجلس العقد المستوفي لركنه وجميع شروط الزواج بمعنى المادة 9من (ق.أ.ج).

وإعتبرت المحكمة العليا في قرار أخر لها أن إقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد زواج شرعي ومستوفي لأركانه إلاّ أنّه غير مسجل بالحالة المدنية أهم ما جاء فيه:**"من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها لمدة غير محددة ومن المقرر أيضا انه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقرر شرعا، ومتى تبين في قضية الحال أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد، وأنه تم اقتران الخطبة بالفاتحة وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول،لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة وعد بالزواج[2].**

وفي قرار أخر صادر بتاريخ1984/11/19جاء في حيثياته أنه:" **من المقرر أن الأصل في الخطبة أنّها مقدمة للزواج وليست زواجا غير أنّها قد ستجاوز مرحلة التماس النكاح إلى النكاح الشرعي، وأصبح فعلا زواجا شرعيا إذ واكبها تحديد شروطه وتحقيق أركانه وهذا باشتماله على الإيجاب والقبول حاملين لصيغة الزواج، وحضور شهود وتولى الأب نكاح إبنته"[3] .**

---

[1]قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 81129 مؤرخ في 1992/03/17، قضية (ب. ع م) ضد (م. ه)، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 30.

[2]قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 81877 صادر بتاريخ 1992/04/14، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 33.

[3]قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، صادر بتاريخ1984/11/19، المجلة القضائية، ع1، 1990، ص67.

يستخلص من مناقشة قرارات المحكمة العليا أن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تأخذ حكم الزواج الصحيح إذا توافرت أركانه طبقا للمادة التاسعة من قانون الأسرة، وهذا متطابق مع أحكام الشريعة الإسلامية إذ أنّه زواج شرعي يستوجب الاعتراف به نظرا لما يترتب عليه من آثار تختلف عن مرحلة الخطبة، خاصة ما يتعلق منها بأثار تلك الرابطة.

لذا أدخل المشرع الجزائري تعديل على نص المادتين 5و6 من (ق.أ.ج) بموجب الأمر رقم 02/05المؤرخ في 27 فبراير 2005حرصا منه على وضع حد للإشكاليات التي كانت تثور حول مسألة إقتران الخطبة بالفاتحة، حيث نصت المادة 6 من (ق.أ.ج)على ما يلي:"**إن إقتران الفاتحة بالخطبة لا يعّد زواجا**".

بالرجوع إلى مضمون المادة السادسة من الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري نجد أن حكم الفاتحة إذن له معينين، إذ يفهم من خلال الفقرة الأولى من المادة 6 أن إقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا بل هو تبارك متبوع بالدعاء للطرفين حتى يتم الله هذه الرابطة بما فيه من خير وبركة تسود به المحبة والمودة بين الطرفين، أما في الفقرة الثانية من نفس المادة فقد كيّف المشرع الجزائري اقتران الفاتحة بالخطبة على أنّها عقد شرعي إذا توفر فيها ركن الرضا المادة 05من الأمر 02-05 وكذا شروط عقد الزواج المنصوص عليها في المادة التاسعة مكرر من نفس الأمر.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد كرسّ في قانون الأسرة المعدل في المادة 6 لاجتهادات المحكمة العليا المتعلقة بالطبيعة القانونية لإقتران الفاتحة، إذ وصفها بمثابة عقد زواج صحيح متى توفرت أركانه وشروطه في مجلس العقد إلاّ أنّه غير مسجل بالحالة المدنية.

الفرع الثالث

أثر قرارات المحكمة العليا على العدول عن الخطبة

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف العدول وحكمه، وفي الأخير أثار العدول عن الخطبة.

أولا: تعريف العدول وحكمه

أ-معنى العدول

العدول لغة: مشتق من عدل عدلا وعدولا أي مال ويقال عدل عن الطريق بمعنى حاد وعدل إليه، أي رجع[1].

العدول اصطلاحا: لم يعرف الفقهاء القدامى ولا المعاصرين العدول عن الخطبة، لذلك يمكن أن نعرّف العدول بأنه: هو رجوع أحد الطرفين أو كليهما عن الخطبة وفسخها بعد إتمامها وحصول الرضا منهما[2].

ب-الحكمة من تجويز العدول وإباحته: الحكمة هو تمكين طرفي الخطبة من تفادي الارتباط بزواج لا يحقق الغاية المقصودة والمرجوة منه.

وقد نص قانون الأسرة الجزائري على ذلك بوضوح في المادة 2/5 منه حيث نصت أنّه: "**يجوز للطرفين العدول عن الخطبة** "، ويتبين من هذا النص جواز العدول مطلقا لأنّ القانون لا يجبر أحد على الزواج إذا لم يرده، لأنّ في الإجبار على تنفيذ الزواج مساس بالحرية الشخصية التي صانها الدستور وهو ما أكده القضاء الجزائري حيث قرر بأنّه يجوز لكل من الخاطبين حق العدول عن الخطبة باعتبارها وعدا بالزواج[3].

ثانيا: الآثار المترتبة عن العدول عن الخطبة

يترتب على انقضاء الخطبة عدة أثار شرعية وقانونية تطرق إليها قانون الأسرة في المادة الخامسة تتمثل في حكم الهدايا والمهر المقدمان في فترة الخطبة، والضرر المترتب عن العدول الذي ينشأ حقا لصاحبه في المطالبة بالتعويض أمام القضاء.

أ-حكم الهدايا المقدمة في فترة الخطوبة

قبل تعديل قانون الأسرة الذي صدر سنة 2005 وضع المشرع الجزائري حكم واحد لمسألة استرجاع الهدايا عند العدول عن الخطبة وذلك في الفقرة 3و4من المادة الخامسة والتي تنص على أنه: "**لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه أن كان العدول منه وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك** "، ويتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري

[1]ابن منظورجمال الدين، لسان العرب، مج 1، دار صادر، بيروت 2001، ص361.

[2]ابن منظورجمال الدين، المرجع نفسه، ص361.

[3]عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص45.

قد فرق بين الحالة التي يكون فيها العدول من الخاطب بناء على إرادته، والحالة التي يكون فيها العدول من جانب المخطوبة وبإرادتها، حيث إذا كان العدول عن الخطبة قد صدر من جانب الخاطب فلا حق له أن يطالب باستردادها ما قدمه من الهدايا بغض النظر عما إذا كانت قد استهلكت أو لازالت قائمة، أما إذا كان العدول عن الخطبة قد صدر من جانب المخطوبة فإنّه يجب عليها أن ترد ما أخذته من هدايا إذا كانت قائمة سواء كانت قابلة للاستهلاك كالمأكولات، العطور، الملابس...أو غير قابلة لذلك، أما إذا كانت الهدايا قد استهلكت فلا يجب عليها ردها ولا يحق للخاطب المطالبة بها[1].

كما لم يبيّن النص القانوني من المتسبب في العدول، لأنه قد يقدم الخاطب هدية ذات قيمة معتبرة، وقد تكون بطلب من المخطوبة نفسها، ثم تتصرف بشكل لا يرضيه لتتعمد الخصام معه، وتدفعه للعدول عن الخطبة حتى تتجنب إرجاعها للهدايا بادعائها أمام القضاء أنّها قد استهلكت بالرغم من أنّها هي المتسببة الوحيدة في العدول عن الخطبة.

وتبعا لهذا فإن إدعاء المخطوبة أمام القضاء عند عدولها عن الخطبة بأنّ الهدايا المقدمة من طرف الخاطب قد استهلكت أو تصرفت فيها، سيجعل القاضي يرفض طلب الخاطب لأنّ القانون هنا لا يلزم المخطوبة بإرجاع ما استهلك.

إذ أن نص المادة 5 يفتح الباب أمام المخطوبة للتحايل لأنّ لفظ الاستهلاك موجه للمخطوبة بقول المشرع"**فعليها رد ما لم يستهلك** "، وهذا ما يثير الغموض بحيث لا يفهم المقصود بالاستهلاك فهل اتجهت نية المشرع إلى عدم رد الهدايا التي تستهلك بطبيعتها كالطعام والملابس لقلة قيمتها، أو غير ذلك من الأمثلة لأن لفظ الاستهلاك مصطلح اقتصادي يطلق على الأشياء والمنقولات بعد مرور مدة زمنية من الاستعمال.

بالنظر إلى نص المادة الخامسة فإن المشرع الجزائري لم ينظم الهدايا التي تقدم من طرف المخطوبة للخاطب وكيفية استردادها والتي تخضع حسب رأي بعض الفقهاء إلى نفس حكم الهدايا التي يقدمها الخاطب للمخطوبة، وذلك لاتحاد العلة بينهما، والمتمثلة في إمكانية الجمع بين الضررين[2].

---

[1]بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، رسالة دكتوراه، 2008-2009، ص306.

[2]محده محمد، سلسلة فقه السنة الخطبة والزواج، ج1، ط2، باتنة، 1994، ص 81.

أما عن موقف الاجتهاد القضائي من المسألة فإننا نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/03/16نص على ما يلي: "**من المقرر قانونا أنّه يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه، متى تبين –في قضية الحال– أن الطرفين جرت بينهما خطبة الزواج، ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب، فإنّ القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف والقاضي برفض إتمام الزواج وإلزام المدعي عليها بردها إلى المدعي ما قدمه لها من هدايا وحلي ونقود واعتبروها صداقا دون الرد على دفوع الطاعنة أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه**"[1] .

يظهر من هذا القرار أنّه طبق النص القانوني الوارد في الفقرة 4من المادة الخامسة بهذا الشأن، حيث لا يمكن للخاطب أن يسترد شيئا مما أهداه للمخطوبة إذا كان العدول منه، إلاّ أن قضاة الموضوع قضوا برد المخطوبة –المدعي عليها– ما قدمت لها من هدايا وهذا يشكل خرقا للنص القانوني المذكور مما عرض قرارهم للنقض وعلى خلاف هذه القضية.

أما بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر رقم 05-02 فإن المشرع نظم المسألة في المادة الخامسة الفقرة الثالثة تحسم أمر القضية المطروحة في القرار حيث نصت على أنه إذا كان العدول من الخاطب، فإنه لا يسترد شيئا مما أهداه للمخطوبة لكونه أخل بالتزامه وإن كانت المخطوبة هي التي قدمت له هدايا، فإنه يلتزم برد ما لم يستهلك أو قيمته نقدا، وإن كانت الهدايا مما تستهلك كالحلويات إلخ...فإنه لا يردها[2]، وترد بعينها إن كانت قائمة أو بقيمتها إذا استهلكت أو أتلفت، وكان يستوجب على المشرع أن ينص كذلك على المثلية، أي أن يرد العادل ما يماثل الهدية التي أستهلكت أو أتلفت قيمتها يوم القبض.

ومن الواضح إذن أن (ق.أ.ج) المعدل قد فرق بين الحالة التي يكون فيها العدول من الخاطب وبناء على إرادته ورغبته وحده.وبين الحالة التي يكون فيها العدول من المخطوبة وبناء

[1] بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966 – 2006)، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر،2007، ص28.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكم العليا، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص27.

على رغبتها وإرادتها وحدها، كما فرق بين ما إذا كان موضوع الهدايا مما يستهلك ووقع استهلاكه فغلا وبين ما إذا كان ما زال لم يستهلك.

ب-أثار العدول عن الخطبة في الصداق

يقصد بالصداق ما يبذله الرجل من مال في سبيل الجهاز وقد يكون معجلا أو يكون بعضه مؤجلا.

إلاّ أنّه لا يجوز عقد النكاح إلا بالمهر، وفقد نصت المادة 14من قانون الأسرة الجزائري على أنّه: "**الصداق هو ما يدفعه نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء**".

فالصداق واجب وأبرز دليل على ذلك قوله تعالى:"وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا " [1].

وكذلك قول الرسول صل الله عليه وسلم: "**إلْتَمِسْ ولو خَاتِم مِنْ حَدِيدْ**"[2].

الحكمة من الصداق هو تكريم المرأة وإظهار الرغبة في الزواج بها، فهو شرط من شروط عقد الزواج، ولا يجوز الاتفاق على إسقاطه، ويظهر جليا في الفقرة الأولى من المادة 15 من (ق.أ.ج) يصرح بوجوب تحديد الصداق سواء كان معجلا أو مؤجلا:"**يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا** "، غير أنّه إذا تم العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة أو المشتركة للخطيبين ففي هذه الحالة يثور نزاع حول مصير ما تم دفعه من صداق ومدى أحقيته استرداده [3].

وقد يتفقا الزوجان على مقدار الصداق في عقد الزواج فيكون هذا الواجب، وإما أن لا يتفقا عليه فيكون الواجب هو صداق المثل[4].

لقد كرس القضاء الجزائري في إحدى الاجتهادات القضائية في نزاع بشأن الصداق في العدول عن إتمام الزواج من طرف المخطوبة، وجاء فيه ما يلي:"**من المقرر قانونا أنّه على**

---

[1] سورة النساء، الآية 4.

[2] البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الصداق، ط1، مكتبة الصفا، القاهرة، 2003، ص120.

[3] شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري وفقا للتعديلات: "دراسة فقهية ونقدية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص37.

[4] عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام المرأة المسلمة، ج6، موسوعة الرسالة، لبنان، 1993، ص50.

المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا غيرها، و لا تستحق الزوجة نصف المهر إلا عند الطلاق قبل الدخول، و لما ثبت في قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج، وبدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن و الحالة هذه تحميل –المطعون ضده– بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك، و أن دفع الطاعن المتعلق بأحقيتها في نصف المهر إنّما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم ويتوجب رفض الطعن[1].

وهذا ما لم يتعرض له المشرع في قانون الأسرة الجزائري، وبهذا يتضح أن الصداق يتوجب استرداده أو رده في جميع أحوال الخطبة لأنها ليست زواجا استنادا إلى الفقه الإسلامي، حيث أن المهر شرط في الزواج وليس في الخطبة.

جـ – التعويض عن الضرر

إنّ المشرع الجزائري نص صراحة على التعويض عن الأضرار المعنوية الناتجة عن العدول عن الخطبة، وذلك من خلال نص المادة الخامسة في فقرتها الثالثة من الأمر رقم 05–02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري حيث تنص على أنه:" **إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض** ".

وقد استندت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 1989، حيث أقرت مبدأ التعويض عن الأضرار بنوعيها المادية والمعنوية موضحة بأن الاعتراف بالخطبة أمام القضاء يعد إقرارا قضائيا، ومادامت المخطوبة قد اعترفت أمام القضاء بذلك وأن العدول عن الخطبة كان من فعلها، وحيث أنه من المقرر أيضا أنه إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو أدبي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض، وإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون [2].

لا يجوز إجبار أي من الخطيبين على إتمام الخطبة والسير فيها إلى غاية إبرام عقد الزواج، كما أن العدول يعد ذاته حقا لكلا الخطبين يستعمله كل منهما متى شاءا ومن يستعمل

[1] المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 92714، صادر بتاريخ 1993/07/13 قضيته (م و) ضد (دم. ه)، المجلة القضائية، ع1، 1996، ص 128.

[2] محده محمد، المرجع السابق، ص 81.

حقه بدون تعسف لا تجوز مقاضاته، ومطالبته بالتعويض عن أي ضرر يكون قد لحق بالغير، إلا أنه استثناء على هذه القاعدة يمكن القول أنه إذا كان العدول لا يرتب ذاته المطالبة بالتعويض، فإنه إذا رافقته أو نتجت عنه ظروف أخرى مستقلة كان من شأنها إلحاق الضرر بالطرف الأخر فإنه يلزم بالتعويض[1].

أما فيما يتعلق بتقدير التعويض فإنه وكما يستشف من نص المادة 5 في فقرتها الثالثة من الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري فقد ترك للقاضي فهو يحدده بناء على سلطته التقديرية التي تنبني على حكم تقديري للظروف الملابسة للعدول.

المطلب الثاني

أثر قرارات المحكمة العليا على أركان عقد الزواج والاشتراط فيه

عمد المشرع الجزائري إلى جملة من التعديلات بخصوص عقد الزواج، ومن جملتها ما يتعلق بالأركان والتي نذكر أهم التعديلات التي منها:

الفرع الأول

أثر قرارات المحكمة العليا على أركان عقد الزواج

لقد كانت المادة التاسعة من قانون الأسرة قبل التعديل تنص على يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين، وصداق، ولما وقع تعديل هذه المادة بموجب الأمر رقم 05-02 سنة 2005 قسمت هذه المادة إلى ثلاثة مواد هي المادة 9، ونصت على أن ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين، والمادة 9 مكرر، ونصت على أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: وهي أهلية الزواج، الصداق، الولى، الشاهدين، انعدام الموانع الشرعية والمادة 11 التي جاء فيها أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليهان وهو أبوها أو أحد أقاربها، أو بحضور أي شخص تختاره ؟

أولا: الرضا كركن من عقد الزواج

وعليه فمن محاولة تحليل نصوص هذه المواد تحليلا إجماليا ومبسطا يمكن أن نستنتج أن التعبير عن رضا كل واحد من الزوجين في الاقتران بالأخر رضا علنيا تاما دون غش أو إكراه أو تهديد هو أمر لابد من توفره صراحة لإمكانية قيام عقد الزواج وسلامته، وبدون توفر عنصر

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 88.

الرضا في عقد الزواج يكون العقد منعدم الركن الأساسي لانعقاده، وسيكون عقدا باطلا، ويجوز لكل واحد من الزوجين أن يدفع ببطلانه[1].

وهذا ما كرسته المحكمة العليا في إحدى قراراتها أنه:"...**أن القرار المنتقد اعتبر –واقعة الدخول– ركنا من أركان الزواج، في حين أن الدخول لا يعدّ كذلك لأنّ المادة 09 من قانون الأسرة التي حصرت أركان الزواج، لم تجعل الدخول ركنا له**"[2].

أما بعد التعديل فإنّ المشرع رجع للرأي الغالب في الفقه، والذي يعتبر أركان الزواج تقتصر على رضا الزوجين وفيما عدا ذلك يعتبر من الشروط وهي الأهلية والصداق والوليّ والشاهدين وكذا انعدام الموانع الشرعية للزواج.

نستنتج أن المشرع في تعديله للمادة التاسعة من قانون الأسرة ألحوا على وجوب توفر رضا الزوجين كركن لانعقاد الزواج، ولكنهم سكتوا عن ذكر الطريقة التي يعبر بها الطرفين عن إرادتهما ورضاءهما بالزواج، حيث لم يذكر إذا كان يجب إن يكون التعبير عن الرضا شخصيا في مجلس العقد، أو يمكن أن بواسطة الولي.

ثانيا: الولي وأهلية الزواج كشرطين من شروط عقد الزواج

نصت المادة 9 مكرر من قانون الأسرة أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: وهي أهلية الزواج، الصداق، الولى، الشاهدين، انعدام الموانع الشرعية، بعد التعديل أصبح الولي شرط لصحة عقد الزواج وليس ركانا.

نصت المادة 11 قبل تعديلها على:"**أن يتولى عقد الزواج المرأة وليها، وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، إن القاضي ولي من لا ولي له**"، وبعد تعديلها بموجب الأمر 05-02 على أن:"**المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها. وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص أخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 07من هذا القانون**".

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد– أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل– ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص36.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 474897، صادر بتاريخ 14 يناير 2009، المجلة القضائية، ع1، 2009، ص259.

وهذا ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا :"...**حيث أن وليّ الزوجة لا يشترط أن يكون أباها شخصيا، بل قد يكون أخوها أو عمها في حالة وجود مانع لوالدها أو بتكليف منه**"[1].

فان المشرع جعل الأهلية حرية شخصية، فالمرأة أن تختار ما تشاء .وعند التأمل في هذه العبارة "**تعقد**" يفهم أن المشرع أسند الفعل للمرأة، بينما عبارة "**بحضور وليها** "يفهم منها مجرد الحضور الشكلي من باب المشاركة لا غير، وذريعة لمخالفة لأحكام الشريعة.

لكن قد يفهم البعض أن الولي يمكن أن يمثل أيضا دور أحد الشهود، أما المحكمة العليا استقرت على عدم جواز اعتبار الولي كأحد الشهود في عقد الزواج.

حيث يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، أن قضاة المجلس وبعد التحقيق الذي أجروه أسسوا قرارهم المذكور على أنه وقع فعلا زواج عرفي بين الطاعن والمطعون ضدها، وأن الزواج يتم عادةً بحضور الأقارب وأن والد الزوجة المطعون ضدها وخالها يعتبران شهودا في محضر التحقيق وتؤخذ أقوالهما كشهود بغض النظر عن صفتهم في مجلس العقد.

وحيث أن هذا في هذا التسبيب خلطا بين الولي من جهة والشاهدين من جهة أخرى، الواجب حضورهما مجلس العقد، واستند قضاة المجلس إلى شخصين لإثبات زواج عرفي، مع أن أحدهما وهو الولي وأب المطعون ضدها لا يجوز اعتباره أحد شاهدي عقد الزواج وألا اعتبر ذلك مخالف لنص المادتين المذكورتين (9 و9 مكرر) ما دام لم يبيّن تاريخ الزواج العرفي في العقد حتى يمكن تطبيق القانون الواجب، لأنه إذا كان الزواج المطلوب إثباته قد تم قبل سريان الأمر رقم 05 – 02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، فان أحكام المادة 09 من ذلك القانون هي التي تطبق، خصوصا وأنا الشاهد (م.م) صرّح بأن الإمام الثاني الذي التجئوا إليه وهو (ب.ع) قام بقراءة الفاتحة، وكان بإمكان قضاة المجلس سماعه كشاهد.

وعليه فإن هذا الوجه مؤسس، وينجر عنه نقض القرار المطعون فيه دون حاجة لمناقشة الوجه الثاني"[2].

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 38188، صادر بتاريخ 14 /2007/02، المجلة القضائية، للمحكمة العليا، ع2، 2007، ص486.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 600991، صادر بتاريخ 10 فيفري 2011 ،المجلة القضائية، ع2، 2011، ص276.

الفرع الثاني

أثر قرارات المحكمة العليا على الاشتراط في عقد الزواج

سمح المشرع الجزائري للمقبلين على الزواج أن يشترطوا بعض الشروط المتعلقة بتنظيم حياتهم الأسرية بمقتضى المادة 19 معدلة من قانون الأسرة، و التي تنص على أنه "**للزوجين أن يتشرطا في عقد الزواج أو في عقد لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون**"، نستنتج أنه يجوز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات، واشتراط الزوجة إكمال دراستها وممارسة عملها، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون [1] .

أولا: اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها

إذا كان المشرع الجزائري أقر بحق الإشتراط من قانون 11/84، إلا أنه مراعاة منه على أن هذه المادة شبه معطلة عمليا، ارتأى إدخال تعديلات عليها، إذ جاءت المادة المعدلة بموجب الأمر 05-02 عامة في الشروط، ومخصصة لهذا العموم بتحديد على وجه الخصوص أحقية المرأة في الإشتراط على زوجها ألا يتزوج عليها، وهذا ما جعل المشرع الجزائري محل انتقاد خاصة قبل التعديل من قبل بعض رجال القانون على أساس أن تضمين عقد الزواج بالشرط المانع للتعدد خرق لأحكام الشريعة الإسلامية، في حين أن الأغلبية الأخرى يرون أنه لا وجود لأدنى تناقض يمكن الوقوف عليه[2] وذلك لأن هذا التعارض ربما ظاهري فقط لأن كلمة (يسمح) يعني أنه مباح وليس واجب يقابله حق من الحقوق، وبالتالي يمكن الإتفاق على مخالفته.

إذ يقول الأستاذ لوعيل لمين إن حق الإشتراط المقرر للمرأة فيما يتعلق بعدم إعادة الزواج عليها يتنافى مع القانون[3]، إذ يرى أن القانون أباح تعدد الزوجات، وبالتالي يعتبر اشتراط عدم الزواج ثانية مخالف لأنه يتنافى مع أحكام هذه المادة .

---

[1] عبد العزيز سعد، (قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، المرجع السابق، ص 73.

[2] بدرية عبد الله العوضي، "وضعية المرأة العربية في قوانين الأحوال الشخصية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، ع2، 1987، ص472.

[3] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006 ، ص62.

وكذلك هذا ما ذهب إليه الأستاذ عبد العزيز سعد إذا اشترطت أن لا يتزوج عليها كان الشرط باطلا لأنه مخالف لأحكام قانون الأسرة، ويتنافى مع نصوص المادة08 التي تسمح بتعدد الزوجات[1]، إلا أنه في الحقيقة يمكن القول أنه لا يوجد أي تعارض بين اشتراط عدم التعدد الوارد في المادة19 والتعدد المسموح به في المادة8 من هذا القانون، مادام أن هذا الحق "اشتراط أن لا يتزوج عليها" حق مقرر بموجب أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي فإن المشرع أكد على حق ثابت وجائز شرعا، وأضفى عليه صبغة قانونية كي لا يكون مدعاة للقول بمخالفته لأحكام قانون الأسرة.

ومن ثم يكون إدراج المشرع وإقراره بحق الزوجة في اشتراط عدم الزواج عليها من باب التأكد على حقوق الزوجة بإعتبارها الطرف الذي يحتاج إلى حماية، حيث نص المشرع في المادة 08 مكرر المضافة بعد التعديل أنه:"**في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق**"،وهذا ما كرسته المحكمة العليا في إحدى قراراتها:"**حيث أن ادّعاء الطاعن بأن المطعون ضدها كانت تعلم بزواجه الثاني، بدليل أنّها لم تقم بنشر دعواها إلا بعد ستة أشهر من إبرام زواجه الثاني، لكن حيث أن الطاعن لم يثبت رضا المطعون ضدها بهذا الزواج، لأنّ العلم به شيء والرضا به شيئا أخر، والمادة 08 من قانون الأسرة سمحت للزوجة سواء السابقة أو اللاحقة برفع دعوى قضائية ضد الزوج تطلب فيها التطليق في حالة عدم الرضا بزواجه الثاني...**"[2].

لكون الشرط أيضا تتجاذب به حقوق متباينة، فالتعدد حق للزوج، وعدم التعدد فيه مصلحة للمرأة[3]، هذا من جهة ومن جهة أخرى هذا الإشتراط من شأنه أن يريح الكثير من النساء حتى يطمأنن على مستقبلهن خاصة النساء الغيورات، وهو مخرج سليم لتفادي إضرار الزواج الثاني، ووجود ضرة تشاركها الزوجة حياتها عموما .

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص172.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 334060، صادر بتاريخ 19 يناير 2005، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2005، ص328.

[3] العشي نوارة، "الشروط الاتفاقية في عقد الزواج في قانون الأسرة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع1، 2013 ،الجزائر، ص369.

ثانيا:اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية

وإذا كانت الزوجة لا ترغب في أن يسافر بها زوجها ويخرجها من بلدها إلى بلد أجنبي أو بعيدا جدا من أهلها إلا برضاها، فلها أن تشترط ذلك، كما أن لها أن تشترط أن يسكنها بعيدا عن ضرتها، أو بعيدا عن أهل الزوج لأسباب مشروعة، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في إحدى قرراتها التي نصت أنّه: "**من المستقر عليه قضاء أن للزوجة الحق في سكن مستقل عن أهل الزوج**"[1] .

وجاء في نشرة القضاة ما يلي: "**حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي يكون لها فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حراما أو تحرم حلالا وبشرط أن لا تناقض روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزوج 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 التي التزم بها الزوج مما يترتب عليه فك العصمة** "[2].

وجاء في المجلة القضائية:"**من المقرر قانونا وشرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده بالبقاء بزوجته بالعاصمة، يكونون بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيدا هو مخير فيه، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه**"[3].

فنلاحظ أن حكم القضية الأولى يتناسب الذين ألزموا الوفاء بالشروط مالم تتناف ومقتضيات عقد الزواج، ومن ثم كان للزوجة الحق في المطالبة بفسخ عقد الزواج متى أخل

[1] بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966 – 2006)، المرجع السابق، ص96.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، صادر بتاريخ 1971/03/03، النشرة القضائية، ع2، 1972، ص 27.

[3] بلحاج العربي، قانون الأسرة(مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا)، المرجع السابق، ص25.

الزوج بوفائه للشرط، أما بالنسبة للقضية الثانية فحكمها يتناسب مع الذين كرهوا هذا النوع من الشروط لما فيه من التضييق على الزوج ومن ثم فهو غير ملزم بالوفاء لأنهم فرضوا عليه قيدا هو مخير فيه، وهذا إن دل على شيء فإنّما يدل على عدم التزام القضاة بتطبيق النصوص القانونية الواردة في قانون الأسرة تطبيقا دقيقا، وأن للقاضي الحق في إصدار الحكم المناسب لما له من سلطة تقديرية تبعا للقضايا المطروحة وتبعا للمصلحة المتوخاة، بما توفر لديه من أسباب ومعطيات.

ثالثا: اشتراط الزوجة إكمال دراستها وممارسة عملها

إذا كانت الزوجة تعمل أو تتابع الدراسة لها أن تشترط على الزوج أن تبقى تمارس عملها أو تتابع دراستها، وهذا ما أجاز المشرع الجزائري في عمل المرأة كأصل عام بدليل أنه اعترف بعمل المرأة ضمن نصوص قانون الأسرة في مادتين 19 و67من (ق.أ.ج) منه[1]، إذ أن هذه الأخيرة أقرت أن عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة.

ويعد شرط عمل المرأة من الشروط التي استحدثها المشرع بموجب تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05، إذ جاء القانون 11/84 المؤرخ في 9يونيو 1984المتضمن قانون الأسرة نجد أنه لم يشر إليه إذ جاء النص كالتالي "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية". أما نص المادة 19المعدل بالأمر 02/05 أضاف ما يلي: "....لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون" .

وهذا ما كرسته المحكمة العليا حين نصت:"حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط أن لا تحلل حراما أم تحرم حلالا وبشرط أن لا يتناقض روح العقد"[2].

[1] تنص المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في العمل".

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، صادر بتاريخ 1971/03/03، النشرة القضائية، ع2، 1972، ص39.

نستنتج أن المشرع بتعديله لنص المادة 19 من قانون الأسرة كان يقر بحق المرأة في العمل، إلا أنه أضاف نصا من شأنه أن يوفر لها الحماية أكثر في حال، بإعطائها الحق في تضمين عقد الزواج بشرط العمل بعد الزواج إن كانت تعمل، أو الإلتحاق بأي عمل بعد الزواج، وعليه متى قبل الزوج بالشرط عموما كان من الواجب أن يفي به، باعتباره شرط فيه منفعة، ولا يمنع مقصود الزواج.

إنّ التعديلات التي أدخلت على قانون الأسرة والتي توسعت في فتح باب الاشتراط في عقد الزواج في كل النواحي بما فيه الناحية المالية وذلك بنص المادة 37 من (ق.أ.ج) "**غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو أي عقد لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول كل واحد منهما**".

بيّنت الحكم النهائي في المسألة فإذا تم الاتفاق على شرط من إلى الشروط، مثل عدم تعدد الزوجات أو السماح للزوجة بالعمل، وأخل الزوج بالتزاماته التعاقدية، فإنه واستنادا لأحكام الفقرة التاسعة من المادة 53 من(ق.أ.ج) التي تنص على الأسباب التي تسمح للزوجة المطالبة بالتطليق، فنصت الفقرة 9 على مخالفة الشروط المتفق عليها في العقد، ويتم التطليق بحكم قضائي رغم معارضة الزوج، وهذه المادة تقر حق المرأة مقابل حقه في حل عقد الزواج بإرادة منفردة[1].

كما أضاف المشرع الجزائري المادة 53 مكرر من(ق.أ.ج) التي تعطي للمطلقة حق التعويض عن الضرر اللاحق بها في حالة الحكم لها بالتطليق فقال:"يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ".

وهذه المواد مجتمعة تشكل نظاما خاصا بالاشتراط في عقد الزواج، ويمكن من خلاله المساهمة في استقرار الأسرة، والتقليل من المشاكل الناتجة عن التنازع والاختلاف حول القضايا المستحدثة في المجتمعات الإسلامية المعاصرة خاصة بعد غياب الوازع الديني وانحراف الأسرة عن مسارها الطبيعي في تحقيق أهدافها السامية التي تأسست لأجلها وأن لها أيضا أن تشترط في عقد الزواج نفسه أو في منفصل أن يكون الطلاق بيدها تمارسه عندما يلحقها الضرر،

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص74.

حيث يبدو أن مثل هذه الشروط لا تحل حراما ولا تحرم حلال وأنها لا تلمس بحقوق الغير ولا تضر أحدا[1].

[1]عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص 76.

المبحث الثاني

أثر قرارات المحكمة العليا على أثار عقد الزواج

تعد آثار عقد الزواج هي الآثار المترتبة على العقد، وهي الحقوق والواجبات التي تثبت لكلا المتعاقدين للآخر إذا ما نشأ العقد صحيحا، وأثار عقد الزواج تلحق الرابطة الزوجية وأولادهما وأثريهما.

وسنعرض أهم هذه الآثار، حيث نتطرق في هذا المبحث إلى أثر قرارات المحكمة العليا على النفقة كأثر لعقد الزواج في المطلب الأول، أما المطلب الثاني نخصصه لأثر قرارات المحكمة العليا على إثبات النسب ونفيه بالطرق العلمية.

المطلب الأول

أثر قرارات المحكمة العليا على النفقة

نعالج في هذا المطلب تعريف النفقة وحكمها وشروطها، مشتملاتها، وكذا تأثير الاجتهاد القضائي عليها.

الفرع الأول

تعريف النفقة وحكمها

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف النفقة لغة واصطلاحا وقانونا ثم حكمها.

أولا: تعريف النفقة

تعريف النفقة لغة: النفقة اسم من المصدر نَفْق، يقال: نَفَقَت الدراهم نَفْقاً: أي نفدت، وجمع النفقة: نِفَاق، مثل رَقَبَة ورِقَاب، وتجمع على نَفَقَات[1]، وهي الإدرار على شيء بما فيه بقاؤه.

تعريف النفقة اصطلاحا:النفقة الزوجية هي ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزم لها حسب ما تعارفه الناس[2].

وعرفها الأستاذ فضيل سعد بأنها: مجموعة الوسائل الضرورية لضمان حياة الشخص وحفظ صحته وكرامته[1].

---

[1]ابنمنظورجمال الدين، لسان العرب، مج13، ط10، دار الكتب العلمية، د.س.ن، ص357.

[2] محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، لبنان، 1983، ص 437.

ثانيا: حكم النفقة

النفقة عامة ونفقة الزوجة خاصة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أ- أدلة وجوبها من القرآن الكريم:قال تعالى : "**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا**"[2]، ومعنى الآية المولود له بمعنى الوالد أو الأب إن كان موجودا.

قوله تعالى:"**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ**"[3] وجه الاستدلال: أن الله تعالى بيّن أنه فضّل الرجال على النساء وجعلهم أهل قيام عليهن بسبب "سَوْقهم إليهنّ مهورهن، وإنفاقهم عليهن أموالهم، وكفايتهم إياهن مُؤَنهن، وذلك تفضيل الله تبارك وتعالى إياهم عليهن"، فدل على مشروعية النفقة على الرجل لزوجته.

ج-أدلة وجوبها من السنة: عن عائشة رضي عنها أن هند بنت عتبة قالت: **يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلاّ ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف "**[4] فهذا الحديث يدل على أن النفقة واجبة على الزوجة وعلى الأبناء وإلاّ لما أمرها الرسول صل الله عليه وسلم بأن تأخذ من ماله وهولا يعلم.

وقد سار المشرع الجزائري في قانون الأسرة على نهج الفقه الإسلامي فأوجب النفقة على الزوج لزوجته وأولاده وأصوله، حيث تنص المادة 74 من (ق.أ.ج) أنه: "**تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببيته مع مراعاة أحكام المواد 78.79.80من هذا القانون**".

والمادة 75 من قانون الأسرة الجزائري: "**تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولة للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب**".

---

[1] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1986، ص182.

[2] سورة البقرة، الآية322.

[3] سورة النساء، الآية 34.

[4] البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب النفقات، رقم الحديث 5072، دار الفكر للنشر والطباعة والتوزيع، القاهرة، 1994، ص958.

الفرع الثاني
حالات استحقاق النفقة

قانون الأسرة الجزائري لم يتخذ موقف واضحا من حالات استحقاق الزوجة للنفقة ولكن بالرجوع إلى نصوصه يمكن أن نستخلص منها كمايلي:

1-الزوجة المدخول بها :ويقصد بذلك أن يكون عقد الزواج مستوفيا لجميع أركانه وشروطه المنصوص عليها في المادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، وعليه فإن الزوجة المعقود عليها فقط دون الدخول بها فلا نفقة لها على زوجها إلا في حالة واحدة وهي الحالة التي يتم فيها العقد بصفة رسمية صحيحة، ويتباطأ الزوج في الدخول بها لسبب غير معروف أو غير شرعي، وللمحكمة أن تقضي لها بالنفقة إذا طلبتها وقدمت أدلة وبيانات تثبت طلبها[1]، ومن خلال قراءة نص المادة 74 من قانون الأسرة والذي نص فيه على ما يلي: "**تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78،79، 80 من هذا القانون**" نجد أنها تنص بشكل واضح على أن الزوجة تستحق النفقة من تم الدخول بها بموجب عقد الزواج، أو دعوتها إليه فإذا رفضت الدخول رغم دعوتها إليه فإن حقها في يسقط النفقة[2]، كما أن النفقة لا تجب بمجرد العقد بل هناك شروط معينة زيادة على العقد كالدخول بها لتستحق هذه النفقة[3] .

2-الزوجة العاملة :يمكن لها من خلال استقرائنا لنص المادة 19 من قانون الأسرة نجد أن الزوجة يمكن أن تشترط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لا حق شرط العمل كل ما تراه ضروريا[4]، لأنه حق من حقوقها، وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا بقرار لها أن الزوجة العاملة لا يسقط حقها في النفقة رغم يسارها لأنه بالرجوع إلى القواعد الفقهية نجد أن النفقة

---

[1] سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الطلبة، الجزائر، 2010، ص 96.

[2] المادة 74 من القانون رقم 84 -11، المرجع السابق.

[3] بلباقي عبد المؤمن، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري رسالة ماجستير ، دار الهدى ، ط 2000 ، ص 7.

[4] دلاندة يوسف، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 126.

الزوجية واجبة على الزوج اتجاه زوجته العاملة إذا رضي بعملها خارج البيت ولا يطلب منها تركه[1].

3-زوجة الغائب: بالرجوع إلى قانون الأسرة يتبين لنا أن الزوجة التي غاب عنها زوجها، وكان غيابه طبق للشروط التي حددتها المادة 110 من قانون الأسرة يمكنها أن تطلب من القاضي أن يفرض نفقة لها لأن النفقة تجب عليه سواء كان حاضرا أو غائبا فإذا كان له مال ظاهر في يد الزوجة فرض لها القاضي نفقة مناسبة بعد أن يسمع القاضي دعواها ودليل قيام زوجيتها مع الغائب[2].

الفرع الثالث

مشتملات النفقة

1-الطعام والكسوة للزوجة قانونا :يظهر أن موقف المشرع الجزائري وتأرجح بين رأيين فأخذ برأي الإمام الشافعي الذي يراعي حالة الزوج يسراً أو عسراً وذلك في المادة 37 من قانون الأسرة القديم التي تنص على أنه: "**يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلاّ إذا ثبت نشوزها** "[3]، وأخذ برأي الجمهور في اعتبار حال الزوجين معا وظروف المعاش في تقدير نفقة الزوجة وذلكً في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه:" **تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة**"، إن الزوجة تأكل مما يأكل زوجها كما هو الحال في عرف الناس، لكن إذا أخل الزوج بواجبه وقصر في الإنفاق عليها، أولم تكن مقيمة معه، كان لها أن تطلب من القاضي أن يقدر لها ذلك.

وعلى القاضي أن يجتهد في تقدير الكفاية للزوجة مراعيا في ذلك حال الزوجين وظروف المعاش[4]،وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 10 من قانون الأسرة التي تنص على أنه:"**يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل**

---

[1]قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 237148، صادر بتاريخ 2000/02/22، المجلة القضائية، ع1،2001، ص 284.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري –الزواج والطلاق، المرجع السابق، 358.

[3]المادة 37من القانون رقم84-11، المرجع السابق.

[4]فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص182.

مضي سنة من الحكم"، أو على القاضي أن يقدر غذاء الزوجة نقودا لأنّ ذلك أنفع لها، وأن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إلاّ إذا ثبت نشوز الزوجة، ومن المقرر أيضا أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة[1].

لقد اعتمد المشرع الجزائري الاتجاهين فيما يخص أساس تقدير النفقة، أخذا بعين الاعتبار حالة الزوج في المادة37 (النص القديم) من قانون الأسرة وحالة الزوجين في المادة79 بأن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، وعليه يجب صياغتها من جديد على الشكل التالي: "يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب المادة79 من هذا القانون إلاّ إذا ثبت نشوزها"، إلاّ أن المشرع تدارك هذا الأمر كله بعد ذلك وألغى هذه المادة كلية من قانون الأسرة [2].

2-الكسوة والعلاج الواجب للزوجة قانونا: يجب على الزوج أن يكسو زوجته بالملابس الضرورية في العرف والعادة[3]، وحسب قدرته المادية وحالته الاجتماعية، وقد جسد القضاء الجزائري ذلك بأنه من المقرر شرعا وقانونا، أن تقدر النفقة حسب وسع الزوج إلاّ إذا ثبت نشوز الزوجة، ومن المقرر أيضا أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، وألاّ يراجع تقديره للنفقة قبل مضي سنتين من الحكم، ومن ثم القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة، لم يحدث في القضاء الجزائري أن القاضي فرض على الزوج شراء ملابس لزوجته، وإنما يكون في الغالب الحكم بمبلغ مالي للزوجة وهي التي تشتري الملابس المناسبة لها من النفقة الغذائية، وعليه إذا وقع نزاع بين الزوجين حول الكسوة يحق للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي، فإذا ثبت تقصيره فرض عليه الكسوة الواجبة لها حسب العرف والعادة بالمعروف طبقا للمادة 78 من قانون الأسرة الجزائري أو يفرض عليه مبلغا ماليا، وتتولى الزوجة شراء الثياب المناسبة لها، وكرسته المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ1986/02/10 أنه:**"من المتفق**

---

[1]قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم51715، صادر بتاريخ 1989/01/16، المجلة القضائية، ع2، 1992، ص55.

[2] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص184.

[3] المادة 78 من الأمر 05-02 تنص على أنه: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

عليه فقها وقضاء أن الحكم بنفقة الزوجة المريضة مدة سنة يتوقف على تحديد أجل العلاج، ويتوقف كذلك على ضرورة بقائها في بيت الزوجية ولو حكما، وللقضاء بما يخالف ذلك استوجب نقض القرار الذي بعد أن صرح بالتطليق بطلب من الزوجة بسبب مرضها بدفع نفقة لها لمدة سنة"[1].

يستنتج من القرار أنه الزوجة المطلقة بطلب منها بسبب مرضها على الزوج نفقة علاجها لمدة سنة.

3-السكن ولوازمه: على الزوج أن يهيئ لزوجته مسكنا يليق بها ،بحيث تؤمن لو خرج عنها على نفسها ومالها مسكنا مستوفيا للشروط الشرعية، سواء أسكنها في المملوك أو المستأجر أو المستعار لقوله تعالى:**"أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ" [2].**

لم يرد النص في قانون الأسرة الجزائري على السكن لكن الاجتهاد القضائي مستقر على منح الحق للزوجة في المطالبة بإسكانها في سكن منفرد وهذا ما تؤكده القرارات القضائية التالية:حيث قضت المحكمة العليا حاليا أنه:**"من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله، ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم، فإن القضاء بما يخالف هذه الأحكام يعد خرقا لما أوردته من مبادئ، وعليه يستوجب نقض القرار الذي ألزم باستئناف الحياة الزوجية مع زوجها بمنزل أهله بسبب أزمة السكن السائدة في العاصمة[3].**

وقضى بأنه: **"من المقرر فقها وقضاء أن إسكان الزوجة بعيدة عن أقارب زوجها من حقوقها، وأن تمادي الزوج في رفض طلب توفيره لها يخول له الشرع إجبارها على العودة إلى السكن الذي يسكنه أقاربه وخاصة مع الضرة، ولو لم تثبت الضرر لها بمشاجرة ونحوها ومن**

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، صادر بتاريخ1986/02/10،المجلة القضائية، ع1، 1989،ص111، نقلا عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966 – 2006)، المرجع السابق، ص429.

[2]سورة الطلاق، الآية 06.

[3]قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، صادر بتاريخ 1971/02/03، المجلة القضائية، ع2، 1972، ص 37، نقلا عن: نصر الدين مبروك قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر،2004، ص52.

ثم فإن النهي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض[1] .

وقد سار القضاء الجزائري في نفس الاتجاه لما قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بأن : **"من المقرر شرعا أنه يحق للزوجة أن تطلب منفردا عن أهل الزوج، وذلك لقول خليل في مختصره في باب "النفقة" ولها أن تمتنع من أن تسكن مع أقاربه ،ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما حكموا في قضية الحال بعدم إمكانية تلبية طلب الزوجة في الانفراد بالسكن من عائلة زوجها الذي يعتبر بمثابة حق لها فإنهم خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية" [2].**

واعتبر القضاء الجزائري في إحدى قراراته أن القضاء للزوجة بالمعاش المستقل عن أهل الزوج دون السكن يعد خرقا ومخالفة للقانون، حيث قررت المحكمة العليا أنه :**"من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في السكن المستقل عن أهل الزوجة وذلك لقول خليل :(ولها الامتناع أن تسكن مع أقاربه) ومتى تبين في قضية الحال أن القضاة لما قضوا بأن الطاعنة الحق في المعاش المستقل عن أهل الزوج دون المسكن المستقل ،فإنهم خالفوا القانون ألن الزوجة الحق شرعا في السكن المستقل عن الزوج، ولهذا يتعين نقض القرار المطعون فيه"[3]**، وظهر جليا تاثر المشرع بقرار المحكمة العليا حين عدّل المادة 19حين أقر للزوجة حق الاشتراط مسكن مستقل عن أهل الزوج.

لقد قدم المشرع الجزائري العلاج على السكن بأن نفقة تطبيب الزوجة وثمن عالجها يقع على عاتق زوجها بالقدر المعروف[4].

إذن نستنتج من كل ما سبق أن المشرع الجزائري في المادة 78من قانون الأسرة أن النفقة تشمل ما يلي: الطعام الشراب، الغذاء، اللباس، الكسوة، المسكن الصالح أو أجرته على حسب يسار الزوج، العلاج بالقدر المعروف الضروريات في العرف والعادة.

---

[1]قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 39390 صادر بتاريخ 1986/01/13، المجلة القضائية، ع2، 1990، ص62.

[2]قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 159732 صادر بتاريخ 1997/05/13، المجلة القضائية، ع2، 1997، ص100.

[3]قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 189339 صادر بتاريخ 1998/05/19، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، عدد خاص ،2001، ص 216.

[4]بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق) ، المرجع السابق،ص173.

ولا شك في أن تعداد عناصر النفقة في هذه المادة إنما ورد على سبيل المثال لا الحصر بدليل أن المشرع قد قرر أنه يمكن أن يضاف إليها كل شيء يعتبر ضروريا في عرف الناس وعاداتهم، ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما نص أنه يدخل في النفقة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة في إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية.

المطلب الثاني

أثر قرارات المحكمة العليا على إثبات النسب ونفيه بالطرق العلمية

يعرف النسب لغة بأنه يطلق على معاني عدة أهمها القرابة، فالنسب واحد الأنساب، والنَسبَة مثله ويراد به القرابة والصلة، ونسبة فلان إلى أبيه، أي أنسبه ونسبة إذا رفعت في نسبة الى جده الأكبر وذكرت نسبه.

و إنتسب إلى فلان أي ادعى أنّه نسيبه أي قريبه، و بينهما مناسبة و نسب أي مشاركة و قرابة و هذا يناسب هذا أي يقاربه شبها و النسب يكون من قبل الأب و من قبل الأم[1] .

أما في الاصطلاح فالنسب لم يحدد بتعريف جامع ومانع، غير أنه لا يخرج عن معناه اللغوي فهو رباط الدم الذي يربط الإنسان بأصوله و فروعه و حواشيه[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد بين في القانون المدني [3] المقصود بقرابة النسب بأنها الصلة القائمة بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل مشترك حيث تنص المادة 32 من القانون المدني الجزائري على أنه: "**تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه، و يعتبر من ذوي القربي كل من يجمعهم أصل واحد**".

يعدّ النسب أثر من أثار عقد الزواج، فقد نصب المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:"**يثبت النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبنية أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج ثم فسخه بعد الدخول طبقت للمواد 34، 33، 32 من هذا القانون، يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب**"، وتجدر الإشارة إلى أن التعديل كان يثبت ما جاء في الفقرة

---

[1] الجوهري إسماعيل، تاج اللغة وصحاح العربية، ج1، ط3، دار العلم للملايين، لبنان، 1984، ص 224.

[2] أحمد حمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، ط1، دار العلم، الكويت، 1403 هـ، ص17.

[3] القانون رقم (05-10)المؤرخ في 13جمادى الأول عام 1426هـ الموافق 20يونيو سنة 2005 المعدل والمتمم بالأمر رقم (75-58)المؤرخ في 20رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم الجريدة الرسمية ،ع31 ، السنة26 يونيو2005م.

الأولى من المادة 40 أعلاه وثم استبدال المشرع الجزائري "الواو"بـ "أو" وهذا حتى يتزن اللفظ والمعنى، أي كانت تجتمع كل الطرق الثبات النسب أما بعد التعديل يكفي أن تتوافر إحدى الطرق، وأضاف الفقرة الثانية جواز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وبناء على هذا سنتطرق في هذا المطلب إلى إثبات النسب ونفيه بالطرق العلمية.

الفرع الأول

أثر قرارات المحكمة العليا على إثبات النسب بالطرق العلمية

ولقد كان المشرع الجزائري متأثرا فيما سبق ذكره أثناء سنه لقانون الأسرة في 1984، إذ لم يعتمد سوى بالطرق الشرعية لإثبات النسب الواردة في المادة 40 فقرة 01 من نفس القانون رافضا استعمال الطرق العلمية كوسيلة لذلك، وهو ما كان قد كرسه القضاء الجزائري فعلا مكتفيا بجمود النص القانوني الذي لا يقبل أي تأويل أو اجتهاد، والمشرع الجزائري بدوره قرر مسايرة هذه التطورات العلمية والفقهية في مجال إثبات النسب ،وفي هذا المجال صدر سنة 2005 القانون 02/05 المؤرخ في 27/02/ 2005المعدل والمتمم لقانون الأسرة، فقد أصبحت المادة 40 من قانون الأسرة تنص في فقرتها الثانية على ما يلي "**يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب**".

أولا: نظام البصمة الوراثية

البصمة لغة: وهي مشتقة من البصم وهو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر يقال ما البصم وفارقتك شبرا ولا فترا ولا عتبا ولا رتبا ولا بصما ورجل ذو بصم أي غيظ والبصمة أثر الختم بالإصبع[1] .

الوراثة: من مصدر ورثة، يقال ورث أباه يرثه ورثا ووراثة وإرثا ورثه بكسر الكل، وتعني الانتقال والبقاء، وأورثه الشيء أعقبه إياه وتركه له[2] .

البصمة الوراثية اصطلاحا: هي ما يتوارثه الأبناء عن أبائهم من صفات تحدد هو يتهم بدقة والبصمة الوراثية هي تميزهم عن غيرهم فهي الجينات الوراثية التفصيلية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه والتي تتحكم في صفات الشخص الجينية التي يختص بها كل فرد دون

[1] ابن منظور جمال الدين، المرجع السابق، ص210.

[2] الفيروز آبادي محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ج1، دار الجيل، لبنان، د. س. ن، ص 182.

سواه[1]، بيولوجيي والتحقق من وهي الوسيلة التي تمتاز بالدقة في التحقق من النسب لا الشخصية ولا يمكن للبصمة الوراثية للشخص أن يتشابه فيها مع غيره بل لا يتشابه حتى في أصابع الشخص الواحد وهي التي تحدد هوية الشخص عن طريق تحليل جزء أو أجزاء وهي المادة أو الشفرة الوراثية التي يحملها الإنسانADN من الحمض المعروف ب (أي دي أن) بالوراثة عن أبيه وأمه في خليته الجينية [2].

موقف المشرع الجزائري من البصمة الوراثية قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 لم يتضمن نصا خاصا بالبصمة الوراثية. ولكن اكتفي فقط بما هو متعارف عليه في الفقه الإسلامي كطرق أو كوسائل الإثبات النسب حسب م 40 من (ق.أ.ج).

وعليه فإن المشرع الجزائري أباح اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب، وفقا للمادة 2/40 (ق.أ.ج) مضافة عام 2005، وأن يطبق هذه الوسيلة للإثبات النسب، حيث أن نص المادة ورد بصيغة التخيير يجعل الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي وإحالة الخصوم إلى إجراء الاختبارات الجينية على عينات لهم أو الفصل في القضية عند ظهور النتائج ولكن تبقى السلطة التقديرية للقاضي بأخذ هذه النتائج أم لا [3].

لكن المشرع الجزائري بخصوص الفقرة الأخيرة من المادة 40 (ق.أ.ج) حصر الاستعانة بالأساليب العلمية ومنها البصمة الوراثية في إثبات النسب فقط دون حالات النفي، وهذا ما يستنتج بمفهوم المخالفة، أي يبقى الأسلوب القانوني المعهود لنفي النسب هو اللعان، ولكن حسب ما جاء في نص المادة 41 من (ق.أ.ج)، يفهم أن المشرع فتح مجال للنفي النسب بلفظة "**ولم ينفه بالطرق المشروعة**" أي أن المشرع الجزائري لم يحدد هذه الطرق المشروعة ولكن تركها مفتوحة وعامة، مما يمكن دخول طرق أخرى غير اللعان في نفي النسب[4]، كما أن القضاء قد استقر عدّه كذلك، ولم ينكر أي أسلوب أخر سواه كما هو واضح من قرارات

---

[1] إقرورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، ط1، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص241.

[2] بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2013، ص 663.

[3] إقرورفة زبيدة، المرجع السابق، ص308.

[4] إقرورفة زبيدة، المرجع نفسه، ص309.

المحكمة العليا "حيث أنه بالفعل فإنّ أقل مدة الحمل هي ستة أشهر طبقا للمادة42 من قانون الأسرة، كما أنّ المادة41 من نفس القانون تقضي بأنّ الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة وهو اللّعان"[1].

أما من الناحية العملية ونظرا لحداثة هذه التقنية البصمة الوراثية" ولغياب نصوص قانونية تنظم هذه المسألة، فإننا ورغم بحثنا في الاجتهادات المحكمة العليا لم نجد أي قرار استعان به القضاء بالبصمة الوراثية في قضايا النسب، بل اكتفينا بقرار المحكمة العليا في قضية إثبات النسب عن طريق تحليل الدم، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1999/02/15[2].

ويفهم من هذا أن القضاة تجاوزوا سلطتهم ويعرض قرارهم للنقد لأنهم لم يثبتوا النسب بالطرق الشرعية وذهبوا مباشرة إلى تحليل الدم من أجل معرفة النسب.

وربما نظرا لكثرة دعاوى إثبات ونفي النسب التي يطالب فيها أحد الخصوم الخبرة الطبية دفع المشرع لإدراج تقنية الوسائل العلمية للإثبات.

ومنه نستخلص أن المشرع الجزائري، لا يزالون متوجسين من البصمة الوراثية ويرون أنها محل ظن وتخمين لا ترقى أبدا لمستوى الدلالة، وهذا كله ليس في حد ذاتها ولكن الظروف المحيطة بها من تلوث وتلف العينة وتهاون الخبراء وخلط العينات وكل هذا دليل على لبس المعلومات

والنتائج المتحصل عليها من تحليل البصمة الوراثية عكس الطرق الشرعية التي يعود إلى الأصل ألا وهو"**الولد للفراش وللعاهر الحجر**" أي أن إثبات النسب يكون بالفراش وهو الأصل [3].

---

[1]قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 172379 صادر بتاريخ 1997/10/28، المجلة القضائية، عدد خاص، 1997، ص71.

[2]شامي أحمد،"الولي من ركن إلى شرط وجوب في عقد الزواج"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر،ع 3، جوان 2017، ص189.

[3] سنوسي علي، تحديد النسب بالبصمة الوراثية (مدى حجية البصمة في إثبات النسب: دراسة تأصيلية وقانونية)، مجلة الثقافية الشهرية، الجزائر، 2013، ص235.

ثانيا: نظام فصائل الدم:ABO

يوجد في الدم العديد من الصفات الوراثية الموروثة من عند الأب والأم، بحيث يأخذ الطفل نصف الصفات من أبيه الحقيقي والنصف الآخر من أمه، وذلك عن طريق الحيوان المنوي للرجل وبويضة المرأة، ومن العلامات الوراثية الموجودة في دم الإنسان نجد فصائل الدم الرئيسية، وتعتمد طريقة (ABO).

وتعد طريقة تحليل فصائل الدم أقدم طريقة علمية لإثبات النسب فقد ظهرت في بداية القرن 20م، غير أن طريقة تحليل فصائل الدم دليل لا تشكل دليل إثبات قطعي للنسب، فحسب أغلب الخبراء في هذا المجال نسبة إثبات النسب طبقا لهذه الطريقة لا تتجاوز 40 بالمائة، وذلك باعتبار أنه قد يشترك أشخاص كثيرون في فصيلة الدم الواحد مما قد يخلق تشابه وإشكالات عديدة[1].

ثالثا: الإشكالات التي تطرحها الطرق العلمية في مجال إثبات النسب

إن استعمال الطرق العلمية من أجل إثبات النسب يطرح العديد من العوائق والإشكالات في الجزائر تتمثل أهمها فيما يلي:

– المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري لم تحدد نوع الطرق العلمية التي يمكن أن يلجأ لها القاضي من أجل إثبات النسب، هل القاضي يستعمل طريقة تحليل فصائل الدم أم طريقة البصمة الوراثية أم طرق علمية أخرى من أجل إثبات النسب؟

1-حيث أن صمت المادة 40 من قانون الأسرة تجاه هذه المسألة قد يخلق عدة مشاكل أمام الجهات القضائية، فقد يحدث تضارب بين الجهات القضائية في تحديد الطريقة العلمية لإثبات النسب، فيلجأ قاضي لطريقة تحليل فصائل الدم، بينما يلجأ قاضي آخر إلى طريقة البصمة الوراثية، وربما قد يحدث هذا التضارب بين قاضي الدرجة الأولى وقاضي الدرجة الثانية، أي أن قاضي المحكمة الابتدائية يقرر اللجوء إلى طريقة تحليل فصائل الدم بينما قاضي الاستئناف يقرر إلغاء هذا الحكم والاعتماد على البصمة الوراثية، وبالتالي نعتقد أنه من مصلحة المتقاضي توحيد الطرق العلمية

[1]البشير كوثر، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون خاص معمق، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، 2018، ص81.

لإثبات النسب كالاعتماد على البصمة الوراثية باعتبارها الأكثر دقة في تحديد النسب[1]، ونشير أنه لاحظنا لجوء أغلب المحاكم لطريقة البصمة الوراثية، وقد صدرت قرارات عن المحكمة العليا تؤكد ذلك، كالقرار الصادر بتاريخ 2006/03/05 جاء فيه حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف[2]، يتبين بأن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص– م) للمطعون ضد باعتباره أبا له كما أثبته الخبرة العلمية.

2 – اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب مسألة جوازية للقاضي وليست إلزامية، فالمادة 40 من قانون الأسرة منحت القاضي سلطة تقديرية في هذا المجال، فالقاضي يمكنه رفض طلب اللجوء إلى الطرق العلمية[3]، وهذا حسب اعتقادنا أمر غير مقبول، فكل مواطن جزائري له الحق في أن يتأكد من نسبة عن طريقة الوسائل الحديثة التي تحدد ذلك بدقة عالية، فالطرق العلمية هي الأكثر نزاهة ومصداقية مقارنة بالطرق القديمة المستعملة في إثبات النسب كالإقرار ونكاح الشبهة.

المصاريف اللازمة لإجراء الخبرة العلمية المثبتة للنسب باهظة جدا، كما أن المراكز المختصة في إجراء هذه الخبرة العلمية قليلة جدا فكلها تابعة لجهاز الشرطة القضائية، وبالتالي نرى أنه يستوجب على السلطات الرسمية بناء المزيد من المراكز العلمية المختصة في إجراء تحاليل البصمة الوراثية، فهي ضرورة ملحة ليس فقط في مجال النسب، فالكشف عن البصمة الوراثية أصبحت ضرورية في مجالات عديدة علمية وجامعية وغيرها[4]، و يجب كذا أن تكون مصاريف هذه الخبرة العلمية معقولة لكي تكون في متناول المتقاضي، وهذا يعد تكريس لحق المواطن في اللجوء إلى القضاء .

---

[1]عبد القادر مسيكة، إثبات النسب ونفيه بالطرق الحديثة في التشريع الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور بالجلفة كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، 2016، ص31.

[2]بلحاج العربي، قانون الأسرةومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966 – 2006)، المرجع السابق، ص171.

[3]http://droit-tlemcen.over-blog.com/article-_-60701314.html

[4]عشاري عبد العالي،بن قوية سامية ، "اثبات ونفي النسب على ضوء قانون الأسرة الجديد"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع2، جامعة مسيلة، الجزائر،2016، ص 1804.

3 – هل نتائج الخبرة العلمية في مجال إثبات النسب ملزمة للقاضي أم لا؟ المادة 40 من قانون الأسرة التي أجازت للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية من أجل إثبات النسب لم تجب عن هذا السؤال، وبالرجوع إلى القواعد العامة في مجال الخبرة العلمية وبالتحديد المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] يتبين لنا أن القاضي غير ملزم بنتائج الخبرة العلمية، و هذا حسب اعتقادنا في مجال إثبات النسب أمر غير مقبول [2]، فالقاضي يمكنه طلب خبرة مضادة إذا رأى ضرورة في ذلك و لكنه في النهاية يجب أن يصادق على نتائج الخبرة العلمية .

4 – وجود تعارض بين ما يسمى باللعان وبين الطرق العلمية، واللعان هو اتهام الزوج لزوجته بالزنا في ظل انعدام الشهود، حيث أن المحكمة العليا ترى أن الوسيلة الوحيدة التي يمكن من خلالها للزوج أن ينفي نسب الطفل هي اللعان، أي أنه لا يمكن للزوج اللجوء إلى الطرق العلمية من أجل نفي النسب[3]، فوفقا للمحكمة العليا الطرق العلمية هي وسيلة للإثبات وليس وسيلة نفي.

الفرع الثاني

أثر قرارات المحكمة العليا على نفي النسب بالطرق العلمية

نص المشرع في المادة 41 من (ق.أ.ج) أن النسب ينفى بالطرق المشروعة، ولكن لم يحدد هذه الطرق المشروعة لنفي النسب، وبتطبيق أحكام المادة 222 نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي حددت الطريق الشرعي لنفي النسب المتمثل في اللعان لكن هل أن اللعان هو الوسيلة الوحيدة لنفي النسب؟

[1] القانون رقم (09 / 08) المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية ع21، المؤرخ بتاريخ 23 أبريل 2008.

[2] عبد القادر مسيكة، المرجع السابق، ص 39.

[3] عشاري عبد العالي، بن قوية سامية، "إثبات ونفي النسب على ضوء قانون الأسرة الجديد"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المرجع السابق، ص 1810.

أولا: تعريف اللّعان وإجراءاته

أ- تعريف اللّعان

يعرف اللّعان لغة بأنه مشتق من اللّعن، وهو الطرد والإبعاد من الخير، يسمى بذلك لأن الزوج يلعن نفسه في الشهادة الخامسة، أو لأن أحد الزوجين عرضة للطرد والإبعاد من رحمة الله بسبب كذبه وافترائه.

والملاعنة بين الزوجين: إذا قذف الرجل امرأته أو رماها برجل أنه زنى بها، واللّعنة في القران الكريم هي العذاب، واللعنة الله بلعنة معناه عذّبه[1] .

أما اللّعان اصطلاحا: حلف الزوج على زنا زوجته،أو نفي حملها اللازم له،وحلفها على تكذيبه إن أوجب توكلها حدها بحكم قاص[2] .

ويكون اللّعان إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا أو نفي نسب ولدها إليه ولم يكن له بيّنة على دعواه ولم تصدّقه زوجته وطلبت إقامة حد القذف، أمره القاضي بملاعنتها[3] .

والمشرع الجزائري لم يورد عبارة اللّعان صراحة في المادة41 من قانون الأسرة غير أن عبارة اللعان وردت في المادة 138"**يمنع من الإرث اللّعان والرّد**"[4]، فيستخلص من عموم عبارة "لم ينفه بالطرق المشروعة" أنه رغم الحالات المذكورة في المادة40 من نفس القانون لثبوت النسب إلا أن المشرع أجاز للزوج نفيه بالطرق المشروعة قطعا للقواعد والأحكام الشرعية العامة، حين يظهر حمل الزوجة وتبيّن للزوج أنه زنا زوجته، يحق له أن يدعى هذا الحمل ليس منه، أما إذا مضى وقت طويل نسبيا بعد الحمل أو الوضع فإنه لا يقبل منه نفي نسبه وعلى هذه المبادئ سار القضاء الجزائري في أحكامه.

ب-إجراء الملاعنة بين الزوجين: فانه إذا تبين للزوج احتمال خيانة زوجته له ويريد نفي المولود الذي أتت به بين أدنى وأقصى مدة الحمل أثناء قيام الزوجية فليس له إلا أن يرفع

---

[1]ابنمنظور جمال الدين، المرجع السابق، ص387.

[2]بن الصغير محفوظ ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02/05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر،2013،ص439.

[3]بومجان سولاف، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة بعنوان إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة، سنة2008، ص36.

[4]المادة 41 من الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

دعوى اللعان أمام المحكمة وبعد تعيين جلسة سرية يحضرها الزوج والزوجة ويعرض كل منهما حججه وادعاءاته وإذا أصر الزوج على اتهام الزوجة بالزنا فان القاضي يأمره بالملاعنة وهي أن يحلف ويقول أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به ويكرر هذا أربع وفي الخامسة يقول أن لعنة عليه أن كان من الكاذبين، ثم يأمر الزوجة بعد ذلك أن تحلف وتقول أشهد بالله أنه لمن الكاذبين وتكررها أربع مرات وفي المرة الخامسة تقول: "**أنه غضب الله عليها إن كان من الصادقين**" وبعد الانتهاء من هذه الصيغة الشرعية يثبت القاضي ذلك في حكمه ويقرر التفريق بينهما حالا بطلقة بائنة وينفى نسب الولد من الزوج[1]، وقد جاء في قرار المحكمة العليا: "**اللّعان لا يتم أمام المحاكم بل مكانه المسجد العتيق ولا يصبح من غيره ولا يصبح في غيره من المساجد، وفي أجل لا يتجاوز8 أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه، وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا**" [2].

وخلاصة القول أنّه إذا كان العقد الفاسد يعتبر كالعقد الصحيح فيما يخص إثبات النسب فان المنطق يقتضي أن يعامل كالعقد الصحيح من حيث احتساب مدة الحمل وهي من تاريخ إبرام العقد مع إمكان الدخول أو الاتصال على حد تعبير المشرع الجزائري وفي قرار مشهور للمحكمة العليا في 1999/06/15 ملف رقم 222674، **حكمت بأنه يثبت النسب بكل نكاح ثم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من قانون الأسرة ومتى يثبت أن قضاة الموضوع لما قضوا بتبين خبرة طبية، قصد تحليل الدم للوصول إلى معرف النسب، خالفا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا و قانونا طبق لأحكام المادة 40 قانون الأسرة وما بعدها، فإنهم بقضائهم حكما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض**[3] .

هذا الاجتهاد صائب يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تصت على ثبوت النسب في الزواج الفاسد ذا ثم الدخول بالفعل، احتياطا لإحياء الولد وعدم ضياعه، ووجوب العّدة على المرأة في النكاح الفاسد، لأن الشبهة عند الدخول في هذه الحالة قوية فإنّه لا يجوز شرعا

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في القانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص22.

[2] بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966 – 2006)، المرجع السابق، ص174.

[3] طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط1، 2009، ص 34.

الاعتماد الخبرة الطبية، بما فيها البصمة الوراثية وتحليل الحمض النووي في نفي النسب وتقديمه على اللّعان، وذلك لأن الطريق الشرعي والقانوني لنفي النسب هو اللّعان، بشروطه وإجراءاته المحددة شرعا وقانونا.

ثانيا: تقديم الطّرق العلمية على اللّعان في نفي النسب

يرى هذا الفريق من الفقهاء أنّه يمكن للطّرق العلمية أن تكون بديلا للّعان فيستغنى عنه بنتائجها إثباتا ونفيا، وأنّ اللّعان يلجأ إليه الزّوج في حالة انعدام الشّهود، أمّا إذا كان للزوج بيّنة كالبصمة الوراثية تشهد لقوله أو تنفيه فليس هناك موجب للّعان أصلا لاختلال الشّرط انعدام الشّهود، فضلا على أنّ الآية التي نصت على اللّعان ذكرت درء العذاب ولم تذكر نفي النّسب، فيمكن أن يلاعن الرّجل ويدرأ عن نفسه العذاب ولا يمنع أن ينسب الطّفل إليه إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية[1].

وتقول الدّكتورة إقرورفة زبيدة بخصوص موقع البصمة الوراثية من اللّعان: "أنّ البعض قد قصرها على حالة إثبات نتائجها البنوة بخلاف أقوال الزوج فيعمل بهذا دون اللعان وهو قول الشّيخ صر فريد واصل والدّكاترة علي محي الدّين القرة داغي وعبد الله محمد عبد الله وذهب الدّكتور محمد سليمان الأشقر على القول" **إذا ثبت باختبارات البصمة الوراثية أنّ الزّوج هو الأب الطّبيعي للمولود فإنّ ذلك يمنع نفي الولد عنه، لكن لا يسقط حقه في إجراء اللّعان، لأنّ المرأة ربما حملت من زوجها ثم زنت، أو زنت ثم حملت من زوجها"**[2].

وأنّ إلحاق نسب الطّفل بأبيه مقصد عظيم من مقاصد الشّريعة الإسلامية فإذا أثبتت الطّرق العلمية نسب الطّفل، وأراد الأب لأوهام وشكوك أو للتهرب من النّفقة أو لغيرها من الأسباب، فإنّ العدل يقضي أن يلحق الطّفل بأبيه، ولا يمكن الأب من اللّعان لئلا يكون سبب في ضياع الطّفل، فيقول الدّكتور عبد المعطي بيومي في هذا المجال والذي يعتبر من المؤيدين لهذا المذهب:" أنّ اللّعان لا يجدي في زمن فسدت فيه كثير من الأمم، وضعف فيه الوازع الدّيني، وأنّ الأخذ بالوسائل العلمية خاصة تحليل DNA بوصفها شهادة قاطعة للنزاع

[1] حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي و النّسب، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2010، ص58 .

[2] إقرورفة زبيدة، المرجع السابق، ص332.

ومنصفة للأبناء ومحققة لمصلحتهم، وواضعة للعدالة موضع صحيح، تردع المتطاولين على الشّرف وتحفظ الأنساب[1].

أما موقف القضاء الجزائري لم يعترف بالطرق العلمية كوسيلة لنفي النسب وأقر أنّه بإمكان أخذها كوسيلة لإثبات فقط حيث جاء في إحدى قراراتها أنه:"لكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، يتبين قضاة المجلس أشاروا في حيثيات قرارهم إلى أن المطعون ضدها حبلى من الطاعن في الشهر الرابع، وألزموا الطاعن بمصاريف العلاج ومتابعة الفحوصات الطبية، وبقضائهم بذلك فإنهم أجابوا ضمنيا على طلب الطاعن بخصوص نفي النسب بتحاليل الحمض النووي وانتهوا إلى رفضه ضمنيا، وطبقوا في ذلك صحيح القانون أن النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللّعان فقط، وهو الطريق المشروع الذي قصدته المادة 41 من قانون الأسرة، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان بناءا على طلب الزوج، وأن المادة 40 / 2 من قانون الأسرة مقررة للإثبات وليس للنفي، والحال أن النسب هذا ثابت بالفراش مما يجعل الوجه غير سديد ومستوجب الرفض"[2].

وبالرجوع للمادة 41 من قانون الأسرة فإنّ المشرع الجزائري نص على أنّه ينسب الولد لأبيه متى كان الزّواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطّرق المشروعة، إلاّ أنّه لم يحدد المقصود بالطّرق المشروعة، الأمر الذي يتعين معه الاحتكام للشّريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من نفس القانون، والتي جعلت الطّريق الوحيد لنفي النّسب هو اللّعان، وبذلك فإنّ المشرع الجزائري كرس الطّرق العلمية لإثبات النّسب في قانون الأسرة، بينما جعل اللّعان هو الطّريق الوحيد لنفيه.

[1] حسام الأحمد، المرجع السابق، ص59.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 1717، صادر بتاريخ 2012/14/13، غير منشور.

الفصل الثاني

أثر قرارات المحكمة العليا على فك الرابطة الزوجية وآثارها

إنّ فك الرابطة الزوجية قد يتم بالطلاق إذا صدر من الزوج، كما يتم بالتطليق والخلع إذا طالبت بها الزوجة، هذا وإن كان كل من هذه الطرق مشروعة، إلاّ أن لها آثار وخيمة على الأسرة والمجتمع، ما دفع بالمشرع إلى محاولة العمل على الحد منها، فوضع إجراءات تقي من وقوع الطلاق وهي الصلح والتحكيم بين الزوجين قبل أن يفترقا، كما وضع وسائل علاجية بعد الطلاق تتمثل في التعويض عن الضرر وحماية حقوق المحضونين.

ما يهمنا في هذا الفصل هو أثر قرارات المحكمة العليا على تعديل المواد المتعلقة بفك الرابطة الزوجية وأثارها، وهو ما يتم دراسته في هذا الفصل من خلال مبحثين:

المبحث الأول: أثر قرارات المحكمة العليا على فك الرابطة الزوجية.

المبحث الثاني: أثر قرارات المحكمة العليا على أثار فك الرابطة الزوجية.

المبحث الأول

أثر قرارات المحكمة العليا على فك الرابطة الزوجية

إن الشريعة الإسلامية قد ساوت مركز الزوجة بمركز الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية، وكذا القانون الذي منح للزوج حق الطلاق وهو حق إرادي يمكن استعماله في أي وقت وفي مقابل ذلك أعطى للزوجة حق التقدّم إلى القضاء بطلب من أجل تطليقها من زوجها الذي أضر بها ولكن بقيود تضمنتها المادة 53 (ق.أ.ج)، كما منحها أيضا حق مخالعة نفسها من زوجها على مال تدفعه له (المادة 54 ق.أ.ج).

وهذا ما سنتطرق إليه في (المطلب الأول) الطلاق بطلب من الزوجة وهو ما يسمى بالتطليق، وفي (المطلب الثاني) الطلاق بواسطة الخلع.

المطلب الأول

أثر قرارات المحكمة العليا على الطلاق والتطليق

لقد وسع المشرع في تعديله للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري[1] من الأسباب التي تستند اليها الزوجة لطلب التطليق من القاضي الذي تبقى له السلطة التقديرية في قبول طلبها أو رفضه.

وعليه سنتطرق إلى تعريف الطلاق والحكمة من مشروعيته في(الفرع الأول)، وإلى التطليق والحالات المستحدثة لطلب التطليق في(الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

نتعرض في هذا الفرع إلى تعريف الطلاق والحكمة من مشروعيته، وكذا موقف القضاء منه.

أولا: تعريف الطلاق والحكمة من مشروعيته

1-تعريف الطلاق

لغة: الطلاق مشتق من الإطلاق، وهو الإرسال، ومنه أطلقت الناقة من وثاقها، أي أرسلها[2].

---

[1] المادة 53من الأمر 05-02، المرجع السابق.

[2] ابنمنظور جمال الدين ، المرجع السابق، ص225.

وفي الطلاق هذا المعنى: لأنّ المرأة تذهب به عن الزوج، والزوج يرسلها من وثاق عصمته.

ويطلق "الطلاق" على رفع القيد سواءٌ كان هذا القيد حسيا أو معنويا، فيقال: أطلقت البعير من عقاله، ويقال: طلقت المرأة أي فككت عصمتها[1].

شرعا: هو إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو معناها صراحة أو دلالة.

إذن الطلاق هو رفع الزوج أو من يقوم مقامه قيد النّكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص[2].

قانونا: نصت المادة 48 من (ق.أ.ج) على أن "**الطلاق هو حل عقد الزواج أو بطلب من الزوجة**".

واستعمل القانون كلمة "حل" لتعم جميع طرق انحلال الزواج سواءً كان بالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو بواسطة الحكم القضائي[3].

نلاحظ أن القانون الجزائري من خلال هذا النص ساوى بين الرجل والمرأة في إيقاع الطلاق.

2-الحكمة من مشروعية الطّلاق: هي أنّ الزواج في الأصل هو رابطة بين الرجل والمرأة، شرعه الخالق لمقاصد سامية أهمّها تكوين الأسرة لكن هذه الخلية قد تتعرض لخلافات بين طرفيها، وتسوء نتيجة لذلك العلاقة الزوجية وقد يستحيل الصلح بسبب الشقاق لهذا، فلا بدمن إيجاد مخرج لسوء التفاهم بين الزوجين ويكون بأخف الأضرار المتمثّل في الفرقة والطّلاق، ومن الواضح أنّ إباحة الطّلاق في الشرع الإسلامي إنما تكون حين تصل درجة التباغض بين الزوج وزوجته درجة تتعذّر معه الحياة الزوجية، والحقيقة أنه ليس أشّق على النفس البشرية من أن تعاشر شخصا تبغضه رغما عنها، كما أنّ العنف والخلافات والمشاحن

[1] ذيب أحمد، قواعد الطلاق وضوابط الفراق (قواعد وضوابط مذيّلة بالشرح والتدليل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 16.

[2] ذيب أحمد، المرجع نفسه، ص18.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج والطلاق)، المرجع السابق، ص208.

بين الزوجين، تؤثّر تأثيرا سيئا في نفسية الأولاد وسلوكهم ولن يساعد هذا الجو على ترتيبهم وبلوغ المستوى المطلوب كما يحدث النزاع صعوبات في تكيّفهما الاجتماعي[1] .

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، حيث أباح فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج ولكن أحاط هذا الحق بضوابط لحماية المرأة، حيث جعل إيقاع الطّلاق تحت رقابة القضاء، حتى لا يتعسف الزوج في استعمال هذا الحق، كما أنّ الحكم بالطّلاق لا ينطق به القاضي إلاّ بعد فشل محاولة الصلح[2].

ثانيا: موقف القضاء من الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

مادام أن الطلاق بيد الزوج فدور القاصي هنا يكون الكشف عن إرادة الزوج وليس له السلطة في رفض هذه الرغبة أو الإرادة وذلك لاعتبار أنها غير مبررة في حالة ما إذ يقدم الزوج أي سبب أو عذر لهذا الطلاق أو لأنه فضل السكوت على التلويح والترجيح فالقاضي هنا ملوم بأن يحكم للمطلقة بالتعويض المناسب وهو ما قضت به المحكمة العليا في قراراها بتاريخ 1999/06/15 بقولها: "**من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومن ثم فإن النهي عن القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس محله ومتى تبين في قضية الحال للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون**"[3].

الفرع الثاني

التطليق

إذا كان المشرع قد أعطى للزوج حق طلب الطلاق في أي وقت ومتى شاء دون أن يقيد طلبه بقيد معين لأن العصمة الزوجية بيده، فإنه بالنسبة للزوجة التي تريد طلب التطليق فقد قيدها بحالات معينة ورد النص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة[4].

---

[1] العربي بختي، أحكام الطّلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، كنوز الحكمة، الجزائر، ط12، 2013، ص10 .

[2] ناجي بلقاسم العلالي، الطّلاق في المجتمع الجزائري، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 60.

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 223019، صادر بتاريخ 06/15/ 199، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 10.

[4] المادة 53 من الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

أولا: تعريف التطليق

تعريف التطليق لغة: التطليق ماخود من الفعل طلق، يطلق، طلاقا وتطليقا، فهو ماخود من الإطلاق ومعناه الترك[1].

تعريف التطليق اصطلاحا: هو طلاق بناءا على الإرادة المنفردة لزوجة يتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة، ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف، والتطليق يكون بطلب من الزوجة وبموافقة القاضي، وتدخل القاضي هنا لأن العصمة ليست بيد الزوجة وتبعا لذلك فهي لا تملك أن تطلق نفسها بنفسها من زوجها، ولذا أجازت لها الشريعة الالتجاء إلى القضاء لإنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج[2].

قانونا: الطلاق يكون ملك الزوج دون الزوجة كما هو معروف، غير أن الزوجة إن لم تجد سعادتها في الحياة الزوجية يمكن لها أن ترفع الأمر للقاضي ليفرق بينها وبين زوجها، وهذا ما يسمى بالتطليق ويتم بحكم قضائي بناءا على طلب الزوجة، وذلك شرط أن يكون هذا الطلب أمام القضاء وأمام المحكمة واستنادا إلى القانون[3].

يمكننا تعريف التطليق بأنه رغبة الزوجة في حل الرابطة الزوجية القائمة بينها وبين زوجها لسبب من الأسباب المذكورة في المادة 35 من قانون الأسرة [4]، والتطليق يكون بحكم قضائي رغم معارضة الزوج، وهذا طبقا للمادة 35 المذكورة أعلاه[5].

إذن التطليق هو وسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية للزوجة، وهو يؤسس على توافر الضرر الذي يصيبها من خلال تقاعس الزوج عن أداء واجباته الزوجية مما يفسح المجال أكثر لتأسيس دعوى التطليق وهذا ما ينتج للزوجة فك الرابطة الزوجية.

يختلف التطليق عن الطلاق كون أن الطلاق يقع بإرادة الزوج وذلك لأن العصمة بيد الرجل، أما عن التطليق فيكون بطلب من الزوجة وبإرادة القاضي، ويتدخل القاضي في هذه

---

[1] عيسات اليزيد، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة بن عكنون، الجزائر،2003، ص6.

[22] معاشي سميرة، "أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة"، مجلة المنتدى القانون، ع6، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2009، ص202.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص273.

[4] فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة، مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة طالب، الجزائر،2008، ص53.

[5] –لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص،18.

الحالة لأن العصمة ليست بيد الزوجة وهي لا تملك أن تطلق نفسها من زوجها لذا أجاز لها القانون والشريعة حق اللجوء إلى القضاء لإنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج.

ثانيا:أثر قرارات المحكمة العليا على حالات التطليق المستحدثة في تعديل ق.أ

إذا كانت حكمة الشريعة قد قضت أن يكون الطلاق بيد الزوج، فقد اقتضت عدالتها أن تمنح الزوجة حق المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها، وأوجبت على القاضي أن يجيبها إلى طلبها، متى كان مؤسسا على سبب يدعو إلى ذلك، هذه الأسباب أوردها المشرع الجزائري على سبيل الحصر، بنص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على ما يلي:" **يجوز للزوجة أن تطلب الطليق للأسباب الآتية:**

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

2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من دون زواج.

3. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

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

5. الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه.

7. ارتكاب فاحشة مبينة.

8.الشقاق المستمر بين الزوجين.

9. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10. كل ضرر معتبر شرعا ".

والجديد في المادة المعدلة، مقارنة مع المادة السابقة في ظل القانون **11/ 84**أن الشرع أضاف 03 أسباب أخرى لطلب الطليق، أو بالأحرى هما سببين،ذلك أن الفقرة 10 كانت محتواة ضمنيا في نص الفقرة 06 سابقا، من قانون 84-11وهذه الأسباب المستحدثة هي:

1- الشقاق المستمر بين الزوجين.

2- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

3- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه.

وبغية التوفيق في معالجة هذه التعديلات التي جاء بها قانون الأسرة المعدل والمتمم ارتأيت إلى تقسيمه هذا العنصر إلى:(أولا) الشقاق المستمر بين الزوجين، وأتحدث (ثانيا)على مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، و(ثالثا)مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه.

1-التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

والشقاق هو استحكام الخلاف والخصام، الذي يعرض الحياة الزوجية للضياع والانهيار. ونص المشرع الجزائري على التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب من أسباب التطليق الخاصة بالزوجة، وبالتالي أكد المشرع حق الزوجة في الحكم لها بالتطليق إذا طال الخصام وإشّتد وعجز الحكمان عن الصلح[1].

إذا رجعنا إلى المادة 56 من قانون الأسرة فإننا نفهم ضمنيا أن إشّتداد الخصام هو سبب من أسباب التطليق لأنها جاءت بعد الحديث على الطالق في المواد 47 إلى 52، ثم التطليق في المادة 53 والخلع في المادة 54 ثم التطليق للنشوز في المادة 55 وبالتالي التطليق لطول الخصام في المادة 56.

سواء قصد المشرع ذلك بالنسبة للزوجين أولا فالمهم هو إشارته إلى الشقاق المستمر بين الزوج ينفي المادة 53 كسبب موجب لطلب التطليق من طرف الزوجة.

خلاصة القول فيما يخص ما إذا كان للقاضي التطليق وفقا للمادة 56 أولا فإن إضافة الشقاق في المادة 53 كسبب موجب للتطليق يعني أنه إذا ثبت للقاضي الشقاق والخلاف المستمر بين الزوجين فما عليه إلا التطليق لانّ المادة واضحة، ومثلما هو الأمر بالنسبة للأسباب الأخرى .

فإذا ثبت مثال العيب في الزوج حكم القاضي بالتطليق وكذلك الأمر إذا ثبت هجره للزوجة وكذلك عدم الإنفاق بالشروط المنصوص عليها، ونفس الأمر إذا ثبت الشقاق، أما المادة 56 فإنها لا تشير إلى التطليق في حالة استمرار الخصام، فالقاضي يحاول الإصلاح ويعين الحكم وقد لا يحكم بالتطليق حتى وإن فشل الحكمان في مهمتهما خاصة إذا كان المتسبب في الشقاق هو الزوجة.

[1]عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص138.

إن مصدر الفقرة08 من المادة53 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005 كان الاجتهاد القضائي لاسيما المحكمة العليا وتجديد ذلك فعليا في بعض القرارات منها القرار المؤرخ في 1999/06/15 والذي جاء فيه ما يلي :"**من مستقر عليه القضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا معتبرا شرعا ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول 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 بتطليق الزوجة لطول الخصام، وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون**"[1].

فالقرار إذا اعتبر إن طول الخصام بين الزوجين والثابت بموجب أحكام قضائية سابقة ألزمت الزوج بتوفير مسكن منفرد، وعدم تنفيذ لما جعل من الخصام طويل الأمد ومعه يتعين اعتبار الزوجة متضررة جزاء عدم إمتثال الزوج للأحكام الصادرة، مما جعل طلبها الرامي للتطليق مؤسسا ومعتبرا شرعا ومتى تبين في قضية الحال :"**أن الزوجة تضررت لمدة طول 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 بتطليق الزوجة لطول الخصام، وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون**"[2].

2- طلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في العقد

يظهر موقف المشرع الجزائري من الشروط نصت المادة 19 بعد التعديل بالأمر 02/05 المؤرخ في2005/02/27 للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في أي عقد رسمي الحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولقد نصت المادة 32 من قانون الأسرة:" **يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد**".

[1] بلحاج العربي، ، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966 – 2006)، المرجع السابق، ص265.

[2] بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966 – 2006)، المرجع نفسه، ص266.

وأما القضاء الجزائري فقد إستقر على هذا الموقف، حيث جاء قرار للمجلس الأعلى في 1971/03/03 بأنه:" **حيث انه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط أن لا تناقض روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع 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 التي إلتزم بها، مما يترتب عليه فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي، ويعتبر الوجه غير السديد ثم صدر بعد ذلك الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة ليجعل من هذا الاجتهاد القضائي نصا قانونا ملزما بموجب الفقرة 9 من المادة 53 من قانون الأسرة**"[1].

غير أن حق الاشتراط لا يجب أن يؤخذ على إطلاقه، وإلا أصبحت الزوجة متعسفة في استعماله مما قد يعود بالضرر على الزوج، فلو اشترطت ألا يخرجها من بلدها، أو قيدت حريته باشتراطها عدم سفره، فإن هذا الشرط قد لا يكون في صالح الزوج ولو قبيل ابتداء، لأنه قد يجد نفسه مضطرا إلى مغادرة بلدة زوجته لصدور أمر إداري بتحويله إلى بلد آخر لممارسة وظيفته، فيكون عندئذ أمام خيارين، إما أن يحافظ على أسرته وأولاده من الضياع باحترام الشرط ويتحمل فقدانه لمصدر رزقه، وإما أن يخالف الشرط ويحافظ على مصدر رزقه، الأمر الذي قد ينجم عنه وقوع الطلاق[2].

نستنتج أنّه في حقيقة الأمر فإنه يجب أن يكون الغرض من احترام الوفاء بالشروط والعهود هو تحقيق منفعة مقصودة للزوجين، والمساعدة على تحقيق ترابط الأسرة، ولهذا فيجب ألا يؤثر الوفاء بالشروط على التضامن الزوجي عند انتفاء المصلحة المرجوة من الزوجة وتعذر الوفاء بالشرط من جانب الزوج لظهور مصلحة جديدة يتعين على الزوجين السعي نحو تنفيذها بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

[1] بلحاج العربي، ، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966 – 2006)، المرجع السابق، ص264.

[2] فضيل سعد، المرجع السابق، ص299.

3- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من الأمر05-02

أجازت المادة 53 من الفقرة السادسة للزوجة المطالبة بالتطليق حال مخالفة الزوج أحكام المادة 08 من (ق.أ.ج) يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، فالمقصود بذلك هو الزواج بأكثر من واحدة، فإذا تزوج أكثر من واحدة حسب الضوابط التي نصت عليها المادة ثامنة[1]، كان عليه إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وإن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية، يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية وتنص المادة 08 مكرر من قانون الأسرة أنه في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

نستخلص من هذه النصوص أن القانون قد سمح بالزواج بأكثر من واحدة، لكنه فرض جملة من الضوابط والإجراءات، لا يمكن إبرام الزواج من دونها وهذه الضوابط .

يعبر شرط وجود مبرر شرعي أي وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى، وهو معيار مرن وشخصي، وواسع، كان من باب التمثيل عقم الزوجة الأولى، ورغبة زوجها في الإنجاب، مع تعلق كل واحد مع بأخر ومرضها وعدم القدرة على القيام بشؤون البيت، كما قد تصبح المرأة غير صالحة للاختلاط الجنسي لإصابتها بمرض أو غيره ، ويرى زوجها من الوفاء أن لا يتركها فريسة للحياة السيئة، وأن يبقيها تحت رعايته[2].

ومن زاوية القضاء فقد إستقر اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر على إعتبار عدم رضا الزوجة بالتعدد سببا للتطليق حتى قبل صدور الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، الذي يوجب في مادته الثامنة وجوب موافقة الزوجة الأولى حتى يتسنى للزوج الاقتران بامرأة ثانية وهذا ما أقرّ في قرار الصادر بتاريخ 2009/02/11[2].

---

[1] الجندي أحمد نصر، الطلاق والتطليق وآثارهما، ط1، دار الكتب القانونية، مصر،2004، ص221.

[2] شامي أحمد ،السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2014/2013، ص195.

المطلب الثاني

أثر قرارات المحكمة العليا على الخلع

كما أباح المشرع للزوج أن يوقع الطلاق إذا دعت الحاجة إليه، أباح للزوجة أيضا حق الانفصال عن زوجها إن هي كرهته ولم تطق العيش في كنفه لكن لا تستحق ذلك إلاّ عن طريق القضاء، وقد أجاز قانون الأسرة في مادته 53 الحق للزوجة في طلب التطليق بإرادتها المنفردة وهذا إنصافا لها ورفعا لكل ظلم عليها وأنّ الحالات المذكورة في المادة السابقة هي على سبيل الحصر، كما خول لها مسلك آخر قد تلتجئ إليه لتقتدي به نفسها وتتخلّص من الرابطة الزوجية.

الفرع الأول

تعريف الخلع

أولا: تعريف الخلع لغة: الخلع هو النزع والإزالة، يقال خلع الرجل ثوبه مثل نزعه، وخلع فلان زوجته خَلعاً وخُلعاً إذا أزال زوجيتها[1]، وقد خص العرف استعمال الخلع بضم الخاء في إزالة الزوجية .

ثانيا: تعريف الخلع اصطلاحا: لقد اختلف الفقهاء في بعض الجزيئات إلى أنهم اتفقوا حول المعنى العام للخلع وهو حصول الفرقة بين الزوجين وبرضاهما بعوض تدفعه الزوجة لزوجها ،وهو بذلك يختلف عن الطلاق والذي يكون بالإرادة المنفردة للزوج وتنحل به الرابطة الزوجية دون عوض[2].

كما عرفه بعض فقهاء القانون على أنه:

عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجين، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر لرغبة الزوجة، مقابل مال مقوم شرعا تدفعه الزوجة فيتفقان على نوعه ومقداره في جلسة حكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم[3].

---

[1] ذيب أحمد، المرجع السابق، ص186.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص262.

[3] ديابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى الجزائر، 2007، ص60.

نلاحظ أن كل التعاريف ركزت على مبدأ الرضائية في مسألة الخلع، إلا أنه وبتفحصنا لما جاء به بعض الفقهاء نلاحظ أن مسألة الرضائية ليست ضرورية حيث يمكن للزوجة أن

تخالع زوجها دون حاجة لرضاه حيث كرهت العيش معه لكن بشرط تقديم العوض وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الأسرة من خلال الأمر 05/ 02 حيث نستخلص من المادة54 منه بأن الخلع عقد معاوضة بين الزوجين شرع لمصلحة الزوجة لغرض إنهاء الحياة الزوجية وبإرادتها المنفردة ودون موافقة الزوج مقابل عوض أو مبلغ من المال تقدمه لزوجها.

الفرع الثاني

مشروعية الخلع

نستمد مشروعية الخلع بين الزوجين من القرآن الكريم ومن السنة النبوية.

1-القرءان الكريم

لقد ثبتت مشروعية الخلع في القران الكريم ومنه قوله تعالى: "...**وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**"[1].

يستشف من الآية الكريمة أنه إذا تشاقق الزوجان ولم تقم الزوجة بحقوق الرجل وأبغضته ولم تقدم على معاشرته، فلها أن تفتدي منه بما أعطاها ولا حرج عليها في بذلها له ولا حرج عليه في قبول ذلك منه.

2-**السنة النبوية:** أنَّ إمرأةَ ثابتِ بنِ قيسٍ أتتِ النَّبيَّ صلَّى اللَّهُ عليهِ وسلَّمَ، فقالَت: **يا رسولَ اللَّهِ! ثابتُ بنُ قيسٍ، أما إنِّي ما أعيبُ عليهِ في خُلُقٍ ولا دينٍ، ولَكِنِّي أكْرَهُ الكُفرَ في الإسلامِ، فقالَ رسولُ اللَّهِ صلَّى اللَّهُ عليهِ وسلَّمَ: أترُدِّينَ عليهِ حديقتَهُ؟**

3-**قالَت: نعَم قالَ رسولُ اللَّهِ: اقبَلِ الحديقةَ وطلِّقها تَطليقةً**[2]، وفي رواية أمره بطلاقها وهذا أول خلع في الإسلام.

---

[1] سورة البقرة، الآية 229.

[2] ناجي بلقاسم علالي، المرجع السابق، ص112

ومعنى قولها: أكره الكفر في الإسلام: أي أكره الإقامة عنده أن أقع فيما يقتضي الكفر والمراد ما يضاد الإسلام من النشوز وبغض الزوج وعدم إقامتها لواجباتها الزوجية.

ومن هنا نستخلص بأن الجدل الفقهي الذي كان سائدا حول مسألة الخلع على مستوى كل الجهات القضائية بمختلف مستوياتها قد زال إلى الأبد، وإن إرغام الزوجة وإكراهها على معاشرة زوج أصبحت تنفر معاشرته إلى درجة قد تؤدي بها إلى معصية أو إلى أزمات نفسية أو

عصبية بالغة الخطورة لا يحمد عقباها، بسبب تمسك قاض باعتقاده أن الخلع عقد رضائي[1]، يتوقف الحكم به على موافقة وقبول الزوج، قد زال هو بدوره دون رجعة، ولكن هل في إباحة الخلع مطلقا مصلحة للأسرة الجزائرية، خاصة أننا نلاحظ منذ صدور الأمر 02/05 تهافت الزوجات على المحاكم طالبين فك الرابطة الزوجية بتلك الوسيلة؟ الأصل لا اجتهاد مع صراحة النص.

ولكن ينبغي أن يكون لقاضي شؤون الأسرة دور إيجابي في معالجة كل حالة بحكمة وتبصر، سيما وأن المشرع أعطى له تلك الإمكانية أثناء محاولات الصلح (على الأقل 3 محاولات) الواجبة قانونا.

وأن يسعى (دون تقييد حق الزوجة في طلب الخلع) في الحد من تلك الظاهرة كما هو الشأن –بطبيعة الحال– بالنسبة لطلب الزوج الطلاق، ويتعين عليه أن يحد من استعمال الخلع استهتارا بالمعاني والأهداف السامية للأسرة، وأن يتوصل رغم ما يكلفه الأمر من جهد إلى الصلح بين الزوجين وتراجع الزوجة عن طلب الخلع.

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية للخلع

لقد جاءت المادة 54 من قانون الأسرة بصيغة عامة لا يفهم منها اشتراط موافقة الزوج على الخلع أو عدم موافقته، مما أدى إلى تناقض وتعارض اجتهادات المحكمة العليا في هذا الموضوع، وسكوت المشرع الجزائري عن تحديد طبيعة الخلع كحق أو عقد رضائي جعل

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 51728 صادر بتاريخ /21/ 11/ 1988، المجلة القضائية، ع3، 1990، ص 72...(ونص هذا القرار على : الحكم بالتطليق على أساس الخلع بدون موافقة الزوج مخالفة لقاعدة فقهية).

بن ملحة الغوتي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2005.

الشراح والقضاة ينهلون من آراء الفقهاء، طبقا لما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة، والتي نصت على أنّه: " **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"[1].

والرأي الذي كان سائدا هو اشتراط اتفاق الزوجين على مبدأ الخلع، وقد تجلى ذلك بشكل واضح في قرارات المحكمة العليا التي أسست ذلك على أساس أن العصمة بيد الزوج، وبالتالي فلا بد من رضاه بالخلع حتى يتم[2].

لكن المشرع الجزائري تدارك هذا الغموض بموجب التعديل الجديد الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005، حيث أصبحت المادة 54 المذكورة أعلاه تنص على ما يلي: "**يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للمبلغ يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم...**".

وبموجب هذا التعديل تم توضيح المسألة بدقة حيث أصبح الخلع يقع بدون موافقة الزوج، والذي تتم الموافقة عليه إنما هو البدل فقط أو تعويض الزوج، فإن لم يتفقا على شيء يقضي القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم دون تقييد بموافقة الزوج.

فهو إذن كالطلاق لما كان بيد الرجل فإنه لا ينظر فيه إلى موافقة الزوجة أو عدم موافقتها في ذلك، فكذلك الخلع بالنسبة للرجل فلا يعتد بعدم موافقته، وأن هذا المنهج وجيه إذ أنّه يحقق الغاية من الخلع، ويعطي الحق للزوجة للتخلص من زواج جلب إليها الشقاء و جعلها تعيش في جحيم قد لا تطيقه، وأن الزوج أبى عليها الطلاق، فمن الحكمة أن يعطى لها هذا الحق[3].

إن المادة 54 من قانون الأسرة رقم 84-11 كانت غامضة ومبهمة مما أدى إلى تناقض اجتهادات المحكمة العليا، فهناك من الاجتهادات القضائية التي كانت تعتبر الخلع عقد

---

[1] ديابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص73.

[2] الخلع في الفقه المالكي هو طلاق بعوض أو هو طلاق على المال، ولا فرق بينهما أو هما شيء واحد، ولا يصبح الخلع لازما إلا إذا تم فيه الإيجاب والقبول وقبل إتمامه يجوز لكل من الطرفين الرجوع عن الإيجاب في المخالعة قبل أن يقبل الآخر.

[3] لم يمنع الإمام ابن رشد من تبني الرأي القائل بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها حيث قال: والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من طلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة (أي كره المرأة)، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل (أي كرهته).

رضائي، ومنها كانت تعتبره غير رضائي أي يتم دون حاجة إلى موافقة الزوج، وهذا التناقض وقع قبل صدور قانون الأسرة الجديد الأمر رقم 05 /02.

وسنتطرق إلى بعض الاجتهادات للمحكمة في هذا الموضوع، ومنها :

القرار الصادر بتاريخ 23 /1991/04 والذي يقضي: "**من المقرر قانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون**"[1].

وكذلك القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 والذي ينص: "**من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم، وإن المادة المذكورة عن قانون الأسرة تسمح للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدرة، 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 فقضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون**"[2].

وكذلك القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 والذي يقضي: "**أن عدم موافقة الزوج على مبدأ الخلع يعتبر تطبيق صحيح للقانون، إذ مما جاء في 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**"[3].

ونتيجة لهذا التناقض في اجتهادات المحكمة العليا، جاء التعديل الأخير لقانون الأسرة ووضح حد الغموض الذي كانت تتضمنه المادة 54، وأصبح للزوجة الحق في مخالعة زوجها دون حاجة إلى رضاه.

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية، ع2، سنة 1993، ص 55.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة الصادرة عن المحكمة العليا، عدد خاص، 2001، ص 134.

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 138.

نستخلص أن المرأة في قانون الأسرة الجزائري لها الحق في تخليص نفسها من الزوجية مثلها مثل الرجل سواء كانت لها أسباب لفعل ذلك أم لا، مما يجعلها تتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها الرجل عند فك الرابطة الزوجية، وبهذا يكون هذا القانون قد حقق نوعا من تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة عند فسخ الزواج.

يتجلى لنا وبوضوح تحول رأي القضاء الجزائري في مسألة الخلع إذ بعد أن كان يعتبر رضاء الزوج واجب، والحكم بالخلع دون رضائه مخالف لأحكام القانون والشريعة الإسلامية،

هاهو الآن يتحول من اعتبار أن الخلع رخصة للزوجة تتوقف في استعمالها على الزوج إلى اعتبار أن الخلع حق أصيل للزوجة وذلك ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا، إلى غاية صدور الأمر 02/05 الذي أزال الغموض عن نص المادة 54 من قانون الأسرة.

خلاصة القول إن انتقال المشرع الجزائري في قانون الأسرة، من اعتبار الخلع رخصة للزوجة يتوقف قيامة على موافقة من يرخصه ويجيزه وهو الزوج، إلى اعتباره أي الخلع حق أصيل للزوجة تستعمله على طلاقته دون قيد ولا شرط، لم يكن محض صدقه بل كان نتيجة لاختلاف فرضته قرارات القضاء المتناقضة، بسبب الغموض الذي كان يكتنف نص المادة54 من قانون الأسرة، ليتدخل المشرع من خلال الأمر 02/05 بتعديله لنص المادة وإزالة الغموض والنص صراحة على ثبوت الحق الأصيل للزوجة.

المبحث الثاني

أثر قرارات المحكمة العليا على أثار فك الرابطة الزوجية

يترتب على فك الرابطة الزوجية بمختلف صوره آثار مالية منها ما يتعلق بحق المطلقة والأولاد المشتركين الناتجين عن الزواج كالنفقة والحضانة ومنها ما هو متعلق بطرفي عقد الزواج كالتعويض عن فك الرابطة الزوجية الممنوح للطرف المتضرر حسب الأحوال المقررة قانونا.

لقد ذكر المشرع الجزائري النتائج القانونية التي تترتب على انحلال عقد الزواج أو إنهاء الرابطة الزوجية، من المواد 58إلى80 من قانون الأسرة الجزائري.

حيث نتعرض في (المطلب الأول) التعويض عن الضرر الناجم عن فك الرابطة الزوجية، وفي (المطلب الثاني) أثر قرارات المحكمة العليا على الحضانة وتوابعها.

المطلب الأول

أثر قرارات المحكمة العليا على التعويض عن الضرر الناجم عن فك الرابطة الزوجية

يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ولا يمكن التحكم في إرادته ولو تبين للقاضي أنه ظلم زوجته وأولاده باستعماله هذا الطلاق، وكذلك الحال بالنسبة للزوجة عند استعمالها لحقها في الخلع، ولا يملك القاضي سلطة مراقبة طلب فك الرابطة الزوجية إلا في حالة التطليق.

يحق للطرف المتضرر من الطلاق طلب التعويض سواء كان هذا الطلاق بطلب من الزوجة أو من الزوج على حد سواء، وبالتالي هو حق مقرر للزوجة وللزوج حسب الأحوال المحددة قانونا، وبهذا سنتطرق بداية إلى تعويض المطلقة بسبب التطليق (الفرع الأول)، ومن ثم إلى تعويض للمتضرر في حالة الطلاق بسبب النشوز (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أثر قرارات المحكمة العليا على التعويض عن التطليق

حسب المادة 53 مكرر من (ق.أ.ج) يمكن للقاضي عند حكمه بالتطليق، أن يحكم للزوجة بالتعويض عما أصابها من ضرر.

والتعويض هو ما يعطى للمضرور لجبر الضرر الذي لحق به، أو هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على الغير[1].

غير أن حكم القاضي بالتعويض للزوجة، يكون على أساس الضرر الذي يلحق بها من زوجها، وعلى الزوجة أن تثبت الضرر الذي لحق بها بكافة وسائل الإثبات، حتى يحكم القاضي لها بالتعويض عنه، وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري حيث جاء في قرار المحكمة العليا رقم 135435 بتاريخ 1996/04/23 "**من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا على وجود ضررمعتبر شرعا، ولما ثبت – في قضية الحال – أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة 5 سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها، ويبرر التعويض الممنوح لها مما يتعين رفض الطعن**"[2].

وأساس الحكم بدفع التعويض للزوجة يكون على أساس الضرر الناشئ عن إرادة الزوج، وطالما لم يكن الإرادة الزوج أي دخل فيما أصاب الزوجة من ضرر لا يحكم القاضي لها بأي تعويض، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 2011/01/13حيث جاء فيه: "**من المقرر قانون أن مرض العقم وعدم القدرة على الإنجاب، وإن كان فعلا يشكل سببا من أسباب التطليق، 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، ومن ثمة فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإلزام الطاعن بدفع مبلغ 80000 دج تعويضا عن التطليق للمطعون ضدها استنادا فقط إلى مجرد الضرر الناتج عن ذلك العقم بغض النظر عن مصدره سواء كان بإرادة الطاعن أم بغير إرادته، يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون وعجزوا عن إعطاء تسبيب مقنع القرارهم، الأمر الذي يعرض قرارهم للنقض جزئيا فيما يخص مسؤولية التطليق والتعويض عنه**"[3].

---

[1] عبد العزيز سعد، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري–الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص307.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 135435 الصادر بتاريخ 1996/04/23 ، المجلة القضائية، ع1، 1998، ص 129.

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 596191، الصادر بتاريخ 2011/01/13 ، المجلة القضائية، ع2، 2011، ص 271.

نستخلص أنّه لم يرد في قانون الأسرة قبل التعديل أي نص يعترف للزوجة بالحق في التعويض عند طلبها التطليق، مما أدى إلى صدور أحكام قضائية متعارضة منها من يعترف لها بهذا الحق، ومنها من يعتبر الحكم بالتطليق كاف لرفع الضرر عنها، مما دفع بالمشرع إلى إزالة ذلك التعارض والفصل في الأمر أثناء تعديله لقانون الأسرة أعطى للزوجة التي حكم لها القاضي بالتطليق تعويضا عن الأضرار التي لحقها بها الزوج.

كما أن المشرع الجزائري لم يسن في أي نص قانون مسألة مبلغ التعويض، وهذا ما يتحتم على القاضي إعمال سلطته التقديرية لتحديده، ويكون التقدير مبني على أسس ثابتة بأوراق الدعوى المعروض عليه التي تبين مدى حجم الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت بالزوجة والقاضي يعتمد في تقديره على حجم الضرر الحاصل على أساس معيار الشخصي الذاتي، لأنه يختلف من شخص إلى أخر ولهذا القاضي له صلاحية في تحديد التعويض عن الضرر الناجم عن التطليق.

الحكم بالتعويض للمطلقة في حالة التطليق (م 53 مكرر) : لقد كان القضاة قبل صدور القانون 84/11، وفي ظل هذا القانون قبل تعديله يحرمون المطلقة من التعويض عند الاستجابة إلى طلب الزوجة في فك الرابطة الزوجية بطريقة التطليق حيث يعتبرونه في حد ذاته جبرا للأضرار التي كانت المطلقة تعيش في ظلها قبل الطلاق [1].

ولقد تفطن المشرع إلى تلك الحالة التعسفية وأجاز للقاضي بموجب نص المادة 53 مكرر أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها والذي دفعها إلى طلب التطليق، ولقد رفع بذلك الغبن عنها.

الفرع الثاني

أثر قرارات المحكمة العليا على التعويض في حالة النشوز

نص المشرع على أن نشوز أحد الزوجين يمنح الحق للطرف المتضرر في الحصول على التعويض، وبالتالي يجوز للمطلق في حالة ثبوت نشوز الزوجة أن يطلب التعويض.

وعليه لدراسة الموضوع يتعين بداية تحديد تعريف لنشوز (أولا) ومن ثم الأساس القانوني للتعويض عن النشوز (ثانيا).

[1] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 53017، صادر بتاريخ 27/ 03/ 1989، المجلة القضائية، ع1، 1991، ص 56 (... وجاء في هذا القرار: إن الحكم بالتطليق للزوجة والتعويض لها فهم سيئ للقانون...).

أولا:تعريف النشوز

النشوز لغة: يعرف النشوز بأنه جمع نشز ويطلق على المكان المرتفع، ويقال: نشزت المرأة على زوجها فهي ناشز وناشزة، إذا عصت عليه، وخرجت عن طاعته.

المشرع الجزائري لم يعرف الناشز ولا النشوز، ولكن بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي تبين فعل النشوز، فالمرأة الناشز هي التي ترفض الرجوع إلى بيت الزوجية بعد صدور حكم الرجوع وتمتنع عن تنفيذه، أما إذا امتنعت عن الرجوع بسبب طلبها سكنا مستقلا فلا تعد ناشزا.

ثانيا: التعويض بسبب النشوز

أما عن التعويض للطرف المتضرر التي نصت عليه المادة 55 من قانون الأسرة، وكما ذكرنا سابقا أن النشوز هو عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج، ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك، مثل عدم التحاق الزوجة ببيت الزوجية أو مغادرته دون سبب مشروع، وكذا مغادرة الزوج لبيت الزوجية أو عدم تو فيره للسكن الشرعي أو التماطل في إرجاع زوجته بعد الحكم عليه بذلك، فهنا لأي من الزوجين أن يطلب التطليق مع التعويض عن الضرر اللاحق به .

لكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، يتبين بأن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه من طرف الزوج، الأمر الذي يجعله مبالغا في التعسف في إلحاق الضرر، فالتطليق وحده لا يكفي لجبر الضرر[1]، وتعويضها مقابل هذا الضرر متروك تقديره لقضاة الموضوع تأسيسا على المادة 55 من قانون الأسرة التي تجعل الأمر بيد القاضي في تقدير التعويض للطرف المتضرر من الزوجين، ولما كان الزوج في قضية الحال مبالغا في إلحاق الضرر فاستحقت التعويض طبقا للمادة 55 أعلاه وبذلك يكون القرار مسببا تسبيبا كافيا، الأمر الذي يجعل الوجهين غير مؤسّسين ويتعين معهما رفض الطعن...

أما الاجتهاد القضائي فقد بذل مجهودات جبارة في محاولة لنفي النشوز عن الزوجة وجعله في حكم الاستثناء بدلا من القاعدة، فامتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية لا يعتبر نشوزا بصفة آلية حسب الاجتهاد القضائي، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في عديد قرارتها، ومن تلك القرارات ما يلي: "**إن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد**

[1] بلحاج العربي ، قانون الأسرة(مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر، 2004، ص44.

إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده قد سبق وأن رفع دعوى طلاق الطاعنة على اعتبار أنها مريضة عقليا، ثم تراجع عن ذلك وطلب رجوعها من جديد لتجنب مسؤولية الطلاق، فإن امتناعها عن الرجوع بعد إهانتها لا يعتبر

نشوزا وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد حكم المحكمة القاضي بالطلاق وتعويض الزوج لنشوز الزوجة دون مناقشة الدفع الذي أثارته الطاعنة، فبقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 55 من (ق.أ.ج) ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

المطلب الثاني

أثر قرارات المحكمة العليا على الحضانة

يعتبر الحق في الحضانة من أهم الحقوق التي أقرتها القوانين الوضعية للطفل، فهو في حاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه وبكل ما يحفظ حياته ويحقق مصالحه لأن طبيعة الأطفال وظروفهم تستوجب رعايتهم رعاية كاملة بحسب نموهم وتسلسل فترات حياتهم لما بهم من العجز عن التكفل بأنفسهم والقيام بحوائجهم لذلك فهم بحاجة إلى من يرعاهم ويتولى شؤونهم وذلك بإسنادهم إلى من هم أجدر وأقدر بها.

الفرع الأول

تعريف الحضانة وشروط استحقاقها

أولا: تعريف الحضانة

الحضانة لغة: الحَضَانَة بفتح الحاء وكسرها، مأخوذة من الحُضْن وهو الجَنْبُ، فالحَاضِنَةُ ترد إليه المَحْضُونْ، وتنتهي في الصغر بالتمييز، ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشيء وجعله في حُضْنِكِ، كما تحتضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها، وحضن الطائر بيضه؛ أي ضمه الى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها، والحاضن والحاضنة هم الموكلان بالصبي، يحفظانه ويربيانها [2].

[1] بلحاج العربي ، قانون الأسرة(مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا)، المرجع نفسه، ص45.

[2] ابنمنظور جمال الدين، المرجع السابق، ص123.

والحَاضِنُ اسم فاعل، والحَاضِنَة الموكلة بالصبي تحفظه وتربيه، وحَاضِنَةُ الصبي التي تقوم عليه في تربيته، والحَضَانَةُ: مصدر الحاضن والحاضنة، وهي التربية [1].

وتتمثل الحضانة حسب المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري: "**رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا**"، ويستنبط هذا التعريف من أحكام الشريعة الإسلامية[2].

قانونا: لم يختلف تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي عن تعريفها في قانون الأسرة، حيث عرفها المادة 65 بأنها " **الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا**"، فالمشرع الجزائري لم يخرج إجمالا عن التعريف الفقهي الشرعي للحضانة سوى أنه استعمل لفظ الولد بدال عن الصغير، ويبدو أن اختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصغير والصغيرة الذين لم يبلغا بعد، ذلك أن قانون الأسرة في المادة 62 منه قد حدد سن الحضانة بالنسبة للذكر ب ستة عشر والأنثى ببلوغها سن الزواج[3].

ثانيا: شروط استحقاق الحضانة

نص المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة أن:" **الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشرط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك**"، حيث يتبين من هذه المادة أن المشرع لم يبين بوضوح الشروط التي يجب توفرها في الشخص الذي يمكن أن تسند له المحكمة حق الحضانة كما أنه أجملها في عبارة واحدة "أن يكون أهلا لذلك" .

وبما أن تربية الطفل ورعايته تتطلب عناية خاصة وقدرة معينة[4] فإنه يشترط في استحقاقها شروط باجتماعها يمكن الوصول إلى التربية المنشودة وتحقيق المصلحة المراد الوصول إليها، ولتحديد هذه الشروط التي لم يبيّنها المشرع صراحة ينبغي اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية

---

[1] ابن‌منظور جمال الدين ، المرجع نفسه، ص124.

[2] الحضانة وهي حفظ الولد والقيام بمصالحه، أ هي: تربية الطفل أو كل من لا يستقل بفعل ما ي صلحه، ورعايته والقيام بجميع شؤونه ومصالحه من تدبير طعامه وملبسه ونومه، والاهتمام بنظافة ممن له حق تربيته شرعا.

[3] خليفي سارة، حق الحضانة في السكن، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية، كليه الحقوق جامعة بسكرة، 2014، ص 51.

[4] عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمّه لخضر الوادي، 2015/2014، ص20.

طبقا لما نصت عليه المادة (222) من قانون الأسرة التي جاء فيها:**"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"**، وكذا الى الاجتهاد القضائي في هذه المسألة.

- **العقل والبلوغ:** يشرط في الحاضن أن يكون عاقلا فلا حضانة لمجنون أو معتوه والدليل على هذين الشرطين أن كال من الصغير والمجنون والمعتوه في حاجة إلى من يحضنه ويقوم على شؤونه فمن باب أولى لا يحضن غيره ولا يقوم على شؤونه، لا خلاف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوافر أهلية الحضانة، لأن الحضانة جزء من الالتزامات التى لا يصح أن يقوم بها إلاّ مكتمل بالغ[1] .

أما المشرع الجزائري فإنه حدد السن 19سنة ليكون الشخص أهلا لممارسة الحضانة وذلك في المادة40 من القانون المدني، كما خصص نصا منفردا لأهلية الزواج في قانون الأسرة حيث نصت المادة 7منه على أنه:" **تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام19 سنة**".

فلإذن القضائي دور هام ووقائي إذ سيؤكد إمكانية تحمل تكاليف الزواج وآثاره قبل السن المحددة له قانونا فإن وقع الطلاق يفصل القاضي في شأن الحضانة للأم في هذه الحالة حتى ولو لم تبلغ سن 19 سنة.

أما القضاء فهو يراعي بالدرجة الأولى مصلحة المحضونين ويعتبرها الركيزة الأساسية لإسناد الحضانة وتحقيق المصلحة إنما يرتبط ارتباطا وثيقا بسالمة الحاضن عقليا، هذا ما ظهر جليا في العديد من الأحكام والقرارات القضائية، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى من **"المقرر شرعا بأن الحكم بالحضانة يجب أن يراعى مصلحة المحضون، وكذا مراعاة شروط جدية تكون متوفرة في الشخص إلي يكلف بالحضانة ومن جملتها أن تكون الحاضنة غير مسنة وسليمة في صحتها البدنية والعقلية"** [2].

- **القدرة:** أما شرط القدرة على الحضانة فلأنها ولاية حفظ ورعاية للمحضون وغير القادر يضيعها فيضيع المحضون، وشرط تحقق الولاية هو تحقق الحفظ فيها، وعلى لذلك لا حضانة لأعمى وأصم وأخرس ومريض، وكذا لمقعد وعاجز لكبر سنه، لعجزهم في حق نفسهم،

[1] بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966– 2006)، المرجع السابق، ص224.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ع1، سنة 2012، ص313.

ولأنفسهم، ولا تثبت الحضانة إذا كان الحاضن أو الحاضنة عاجزا عن القيام بتربية المحضون[1].

أما موقف القضاء الجزائري حول شرط القدرة فيظهر في العديد من القرارات ومنها " **عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية** "[2].

نستخلص مما سبق أن توفر شرط القدرة في الحاضن هي مسألة تقديرية تعود لسلطة القاضي فهو الذي يتحقق من مدى توفرها عن طريق دراسة الحالة المعروضة عليه وفحص وقائعها لمعرفة مدى استطاعة وقدرة الحاضن على تولي الحضانة.

- **الأمانة:** ولقد تشدد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة شرطا جوهريا في الحاضن وتكريس ذلك في العديد من أحكامه وقراراته، إذ يرى أنّ الحاضنة التي لا تقيم وزنا للأخلاق ولا تراعي حرمة للشرف لا تكون أهلا للحضانة لأنها غير أمينة على نفس الطفل وأدبه وخلقه، إذ ينشأ على طريقتها ومتخلقا بأخلاقها[3]. وهذا ما كرسه الاجتهاد القضائي في القرار الصادر بتاريخ 2010/10/14 أنّه:"**من المقرر قانونا أنه يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون**"[4].

- **الإسلام:** أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فقد أكدت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أن يربى الطفل على دين أبيه، ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة.

ديابي باديس، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض –نفقة– عدة – حضانة – متاع)، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص181.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 274207، بتاريخ، 2002/07/03، المجلة القضائية، ع1، 2004، ص 270.

[3] –ديابي باديس، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض –نفقة– عدة – حضانة – متاع)، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص58.

[4] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 457038، صادر بتاريخ 2010/10/14، المجلة القضائية، ع1،2011، ص 248.

والواضح من خلال تفحص أحكام وقرارات القضاء الجزائري أنه تمسك بوقف الإمام مالك رضي الله عنه حيث ساوى بين الأم المسلمة والغير[1]. كما أنّه أسقطت الحضانة عن أم مسيحية والمسلمة في استحقاق الحضانة لأنها حاوت تربية إبنها وفق مبادئ دينها.

وما موقف القضاء الجزائري حول شرط الأمانة فيظهر في العديد من القرارات ومنه **القرار الصادر** بتاريخ 2008/09/10أنه: **"حيث متي اكتسبت المطعون ضدها الجنسية الفرنسية دون أن ترتد عن الديانة الإسلامية ولا يوجد أمام الجهة القضائية ما يفيد تخليها عن الدين الإسلامي فإن ذلك لا يسقط حقها في الحضانة لكونها أولى بحضانة أطفالها وفق المادة 64 من قانون الأسرة"**[2].

- **عدم زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون:** يشترط في الحاضنة لكي تكون أهلا لممارسة الحضانة ألا تتزوج بغير قريب محرم للمحضون، وقد نصت المادة 66 من قانون الأسرة على أنه: " **يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم**".
- **شرط أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من الصغير:** يقصد بشرط أن تكون الحاضنة رحما محرما للمحضون كأن تكون أمه أو أخته أو جدته، فلا حق لبنات العم وبنات العمة وبنات الخال وبنات الخالة بحضانة الذكور، ولهن الحق في حضانة الإناث ولا حق لإبن إبن العمة في حضانة إبن العم وإبن الخالة وإبن الخال في حضانة الإناث، ولكن لهم الحق في حضانة الذكور[3].
- **شرط أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون** يعد سكن الحاضنة مع من يبغض الصغير أو يعرضه للأذى والضياع سببا مسقط الممارسة الحق في الحضانة، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع ابنتها إذا تزوجت إلا إذا انفردت بسكن آخر عنه[4].

---

[1] شريقي نسرين، بوفرورة كمال، قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار بلقيس، الجزائر،2013، ص110.

[2] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 457038، صادر بتاريخ2008/09/10 ، المجلة القضائية، ع2، 2008، ص 313.

[3] شريقي نسرين ، بوفرورة كمال ، المرجع السابق،ص110.

[4] شريقي نسرين ، بوفرورة كمال ، المرجع، نفسه،ص 112.

الفرع الثاني

ترتيب المستحقين للحضانة

إنّ المادة 64 من قانون الأسرة قبل التعديل كانت تعطي الأولوية للأم التي تكون أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم .ومن خلال ذلك الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك[1]، تبين أن قانون الأسرة الجزائري كان يعطي الأولوية للأم ثم لجهة النساء وجعل الأب في آخر مرتبة .

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد أعطت أولوية الحضانة للأم فهذا اعترافا بدورها في حماية المحضون، ويؤكد على أن الشريعة الإسلامية هدفت إلى حماية مصلحة المحضون قبل الحاضن، و قد جعلت مصلحة المحضون لدى المرأة و هذا تكريما لها وإعترافا بها للمرأة منذ ولادة المولود[2].

وقضت المحكمة العليا بتاريخ 2011/03/10بأنه: "**تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع**"[3].

إن المشرع الجزائري أعطى الحق في حضانة الولد لأمه بموجب المادة 64 من القانون 11/84 أدرك أن مصلحة المحضون تكمن عند أمه، لأنّها أعطف الناس على صغيرها، وأكثرهم تحملا للمتاعب، وإذا انصرفت لها فلا يسقط حقها في الحضانة إلا بموجب تخلف أحد شروطها أو ثبوت عدم قدرتها على ممارستها وإذا انتقلت إلى من يليها في الترتيب يجب مراعاة مصلحة المحضون، وقضت المحكمة العليا في قرار صادر 1993/02/23 والذي جاء فيه"**من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من (ق.أ.ج) بالنسبة للحاضنين إلا إذا بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون**"[4].

---

[1] بن ملحة الغوتي، المرجع السابق، ص133.

[2] بن عيسى لخضر، حقوق المرأة بين قانون الأسرة الجزائري والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير حقوق الإنسان، جامعة وهران،2007، ص108.

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الملف رقم313469، قرار صادر بتاريخ 2011/03/10، ع2، 2012،ص 285.

[4] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، الملف رقم 89672، صادر بتاريخ 1993/02/23، المجلة القضائية، العدد خاص،ص166.

وقد دافع القضاء في الجزائر عن مكانة الأم في ممارسة حقها في الحضانة، بل واعتبر حق تنازل الأم عن الحضانة لا يمكن الأخذ به رغم تنازلها الصريح ما دام ذلك يؤثر سلبا على حال المحضون النفسية، وأن إسناد حضانة لشخص أخر يجعل من القرار مجانب للصواب.

نلاحظ أن المشرع في ترتيبه للحواضن أنه يميل إلى جهة أنوثة أكثر من الرجال، وهذا الأمر طبيعي لما يتمتعن به رحمة وشفقة على رعاية المحضون، كما أنه أعطى أولية الحضانة لجهة الأم وأقربائها أكثر من جهة الأب وأقربائه.

المشرع الجزائري في الفقرة الرابعة من مادة 64 في ترتيب الأقربون درجة، وهذا في حالة عدم وجود من يقوم بحضانة الصغير لوجود مانع أو تخلف أحد الشروط أو كان غير مؤهلا للقيام بالحضانة، دون ذكر أي ترتيب أو ذكر أوصافهم هنا نكون أمام غموض لهذه الفقرة ونطرح التساؤل منهم الأقربون درجة؟

إن الترتيب المنصوص عليه سابقا يمكن مخالفته وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا:"**إسناد حضانة جميع الأبناء إلى الوالد الحاضن بعد وفاة الزوجة الأم إعمالا لمبدأ عدم تجزئة الحضانة**"[1] .

نصت المادة 64بعد التعديل بأمر 02/05 ما يلي:"**الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة** " .

ومعنى ذلك أن المشرعين الجزائريين الذين وضعوا تعديل المادة 64 من قانون الأسرة قد جاءوا بترتيب جديد خلافا للنص القديم حيث قدموا حق الأب على أم الأم، وعلى الخالة أخت الأم، ثم احتفظوا بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال وهذا يعني أن مصلحة الطفل المحضون فوق كل اعتبار، ومن شأنها أن تغير ترتيب حقوق الحاضنين، بحيث يمكن أن يتيح حق الحضانة إلى الخالة التي هي المرتبة الخامسة إذا طلبتها، وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون، صحيا، وأخلاقيا، وتربويا ودينيا وعاطفيا[2].

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 274683، بتاريخ 2001/12/26، المجلة القضائية، ع1، 2004، ص 347، عن ديابي باديس، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 62.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 140.

خلاصة القول أن تعديل 2005/02/27 وإن خرج عن المذهب المالكي وبقية المذاهب في مسألة ترتيب الحاضنين[1]، فإنه حاول أن يساوي بين جهة الأم والأب إن أبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب، إلا أنه أقر بمبدأ التداول وفي اعتقادنا أنه حسنا ما توجه إليه.

إن الترتيب المنصوص عليه سابقا يمكن مخالفته وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا:" **إسناد حضانة جميع الأبناء إلى الوالد الحاضن بعد وفاة الزوجة الأم إعمالا لمبدأ عدم تجزئة الحضانة"[2]**، ويظهر جليا أن القاضي له دور محوري وسلطة واسعة لتحقيق مصلحة المحضون، كما يلزم القاضي عند إصدار حكم إسناد الحضانة لمستحقها، أن يحكم بحق الزيارة لكي لا يحرم الحاضن المحضون(الولد)من أهله تعسفا منه.

الفرع الثالث

مسقطات الحضانة

أولا:سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر

يتضح موقف المشرع الجزائري، من خلال نص المادة 68 من قانون الأسرة، بقولها: **"إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة، مدة تزيد عن سنة بدون عذر، سقط حقه فيها"[3]**.

فيرى الأستاذ عبد العزيز سعد، أن حق الحاضن في هذه الحالة يسقط بقوة القانون ولا يطلب من القضاء إذا قدمت الدعوى على مستواه، إلا أن يقر هذا السقوط، بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة[4].

نستخلص أنه رغم هذا فإن السقوط لا يحدث تلقائياً في ذلك مصلحة المحضون، وجود حالة من حالات الإسقاط، مراعيا فمرور السنة دون المطالبة بالحضانة، هي حالة نص عليها القانون صراحة، ولكن مع هذا فالقاضي هو الذي يقدر الأسباب التي أدت للتأخير بعذر، حتى لا يسقط الحق في الحضانة، أما بدون عذر فيسقط هذا الحق، وللعلم أن هذا الحق لا يسقطه القاضي من تلقاء نفسه، إلا إذا طلب من له المصلحة بهذا الحق.

---

[1] ديابي باديس، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص149.

[2] ملف رقم 613469، قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، ع1، 2012، ص285 نقلا عن: شريقي نسرين ، بوفرورة كمال، المرجع السابق، ص106.

[3] المادة 68 من الأمر 05-02، المرجع السابق.

[4] سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص301.

ولا شك أن القضاء مع غموض النص التشريعي الذي لم يشر إلى تاريخ بداية سريان مدة السنة، يجد نفسه مضطر إلى سد الثغرات، فهو المخاطب بتفسير المادة 68، من قانون الأسرة. إلاّ أنّ المبدأ الذي إستقر عليه الاجتهاد القضائي، هو أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا له يمارس ذلك الحق من خلال السنة.وجاء في إحدى قراراتها أنه: "حيث أن طلب المطعون ضدها المتعلق باستناد حضانة البنتان (ف.ز)و(ف)، جاء متأخرا لمدة طويلة، حيث أن تاريخ الحكم الذي قضى بإعطاء الحضانة لوالدهما كان يوم 1975/05/20 وأن الجداة للأم لم تحرك ساكنا إلى شهر ديسمبر 1980، وهو التاريخ التي عقدت فيه العزم على طلب الحضانة محل هذا الخصام، وحيث أن قضاة الاستئناف كانوا على خطأ حكمهم، وخالفوا مبادئ الشريعة الإسلامية في مادة الحضانة، الأمر الذي يجعل قرارهم عرضة للبطلان"[1].

ويبقى للقاضي أن يقدر الظروف إذا كان التأخير يعني به أن تجب له الحضانة قد تنازل عليها أو لم يتنازل عنها، وهذه السلطة استمدت بالخصوص من عبارة بدون عذر والتي توسع من سلطة القاضي ولهذا فإنه لا يمكن أن نقول بأن حق الحاضن يسقط بقوة القانون إذا لم يطالب بالحضانة في أجل قدره سنة[2].

وقد كان للقاضي سلطته التقديرية، حينما وضع مصلحة المحضون في عين الاعتبار وأخذ في الحسبان بعبارة العذر، التي جاءت في أخر المادة 68.

وخلاصة القول: أن سقوط الحق في الحضانة، بسبب مرور سنة كاملة أو يزيد، هو نص صريح جاءت به قانون الأسرة الجزائري، إلا أن الغموض الذي يعتري هذا النص، هو تاريخ بداية سريان هذه المدة، لنجد الحل في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تحيلنا إلى المذهب المالكي الذي إستعان به القضاء في تفسير هذا النص.

ثانيا: إختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من ق أ

أين أوجب المشرع ضرورة مراعاة مصلحة المحضون عند الحكم بسقوط الحضانة لاختلال أحد الشروط التالية:

- الأهلية اشترط المشرع في الحاضن السلامة العقلية والجسدية.

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم32820، صادر بتاريخ، 29 يوليو 1984، المجلة القضائية، ع1،1990، ص62.

[2] شريقي نسرين، بوفرورة كمال، المرجع السابق، ص100.

- الالتزامات المتعلقة بالحضانة (التربية، الرعاية الصحية والخلقية).

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ2010/07/15:"**يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون**"[1].

كما أن المشرع الجزائري قد أخرج عمل المرأة من مسقطات الحضانة، فالمرأة العاملة لها حق ممارسة الحضانة إذا ما أسندت إليها، ولكن احتياطيا ربط هذا الشرط بمصلحة المحضون، وهذا يعني أنه حتى ولو كان عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في الحضانة كمبدأ عام فإنه كاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحاضنة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرها مما يخل بمصلحة المحضون[2].

هذا ما كرسه الاجتهاد القضائي أن: "عمل المرأة الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها مالم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية"[3].

ثالث:أسباب سقوط الحق في الحضانة الواردة في المادة 66 من ق أ

نصت المادة 66 من الأمر 05-02 أنه:"**يسقط حق الحاضنة بالزواج بغير قريب محرم، وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون**".

- **زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون:** ويمكن اعتبار حالة زواج الحاضنة بغير قريب محرم كسبب لسقوط الحضانة يندرج ضمن اختلال شرط القدرة، إذا أنها إن فعلت فيؤدي ذلك إلى إنشغلاها بزوجها الأجنبي على حساب الصغير وبالتالي ضياعه. والمشرع الجزائري أخذ هنا بمذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد في المشهور عنه القائل بأن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى[4]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم564787، قرار بتاريخ2010/07/15، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2010، ص262.

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 142.

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 274207، صادر بتاريخ، 2002/07/03، المجلة القضائية، ع1، 2004، ص 27.

[4] لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، ط3، دار هومه، الجزائر، 2011، ص224.

في قرارها الصادر بتاريخ 2005/07/13"**إذا كان القاضي قد أعطى الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها، إلا أنه نص أيضا على إسقاط هذا الحق بزواجها بقريب محرم**"[1].

- **التنازل عن الحضانة:** وتسقط الحضانة أيضا بتنازل عن الحضانة بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون ويبقى للقاضي سلطة التقديرية في قبول التنازل من عدمه، وهذا الاستقصاء من السبب الحقيقي للتنازل مع مراعاة مصلحة المحضون في كل الحالات[2].

حيث أن تنازل الحاضنة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة لها، إذا مصلحة المحضون تتطلب ذلك، وهذا تطبيقا لأحكام المادتين 66 و67 من قانون الأسرة، وبالتالي فقضاة المجلس باعتمادهم فقط على تنازل المطعون فيه عن الحضانة دون مراعاة مصلحة المحضون قد أخطئوا في تطبيق القانون مما جعل الفرع مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة، ودون حاجة إلى مناقشة الوجه الثاني، وهكذا فإن مراعاة مبدأ مصلحة المحضون يجد ذروته حتى فيما إذا تعلق الأمر بالتنازل عن الحضانة بسبب ما يحققه من صيانة الحقوق وبسبب رعاية المصالح العليا للمجتمع، إذ أن أطفال اليوم هم جيل المستقبل[3].

فالمشرع الجزائري أقر للحضانة حق التنازل عن الحاضنة إذا لم يكن ذلك مضرا بمصلحة المحضون بشرط وجود حاضن آخر تسند له الحضانة ويكون أهلا لذلك ،وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 1989/03/27 بأنه " من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة، ولما كان من الثابت -في قضية الحال- إن المطعون ضدها حكم لها بمقتضى حكم الطلاق بالحضانة بناء على طلبها ولأجل ذلك منحت السكن الزوجي لتحضن فيه الأولاد فإن قضاة المجلس الذين قضوا بإسقاط حضانة الأولاد عن أمهم بناء على طلبها وإلزام الأب بأخذهم وهو ليس حاضنا مباشرا بل يحضن بغيره من النساء

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 341320، صادر بتاريخ 2005/07/13، نشرة القضاة، ع 62، 2008، ص393.

[2] لحسين بن الشيخ أث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص77.

[3] قمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دط، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 128.

(زوجته الثانية) التي ليست أكثر حنانا من أمه فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام الحضانة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

رابعا:سقوط الحق في الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي

نصت المادة 69 من قانون الأسرة على أنه:"**إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون**".

راعى المشرع مصلحة المحضون في حالة ما إذا أراد الشخص الموكل له الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، حيث أعطى للقاضي السلطة التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، وقضت المحكمة العليا بتاريخ 2008/03/12 بأنه" **يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم"[2].**

الفرع الرابع

آثار الحضانة

يترتب على الحكم بالحضانة آثار تتمثل في أنه ينشئ التزام للأب بتخصص مسكن للحاضنة لممارسة الحضانة، وكذلك دفع كل النفقات اللازمة لضمان حياة ملائمة للمحضون.

أولا: النفقة ومشتملاتها

نصت المادة79من قانون الأسرة الجزائري في مسألة تقدير النفقة على ما يلي:"**يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقدير قبل مضي سنة من الحكم**"، إنّ هذه المادة تحدد معايير النفقة بين الزوجين، إلا أنه يمكن الاعتماد عليها لتقدير نفقة المحضون[3].

[1] قرار صادر من المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/03/27، في الملف رقم 53340، المجلة القضائية،1990،ع3، ص85.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 2008/03/12، في الملف رقم426431، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2008، ص271.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري–الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص438.

وعلى هذا الأساس فإن القاضي وحده هو الذي له صلاحية تقدير النفقة المستحقة للأطفال، فليس للحاضنة أن تفرض على الأب مبلغا معينا كما أنه ليس لألب أن يدفع مبلغ الذي يحدده هو بنفسه، ومع ذلك بإمكان الأب إن كان مقتدرا أن يمنح لأبنائه أكثر من المبلغ المحدد قضاءا ولكن ليس له أن يمنحهم أقل منه.

وبالرجوع إلى أحكام القضاء نجدها في مجملها تأخذ بعين الإعتبار حال الزوج عند تقدير النفقة حيث قضى المجلس الأعلى سابقا المحكمة العليا حاليا أنه: "**من المقرر قانونا أن عدم الاطلاع على الوضعية المادية والاجتماعية للزوج وعلى مرتبه الشهري وإغفال ذكر السندات التي اعتمدت عليها في تقدير مبلغ النفقة يجعل القرار يستوجب النقض**"[1].

نستخلص أن المتضرر من عدم دفع النفقة، هم أولا وقبل كل شيء الأطفال فكان لابد من إيجاد آلية جديدة، تمكن من دفع هذه النفقة، وتجعل الأطفال في منأى عن الحاجة.

جاء إصدار القانون 15/01 المؤرخ في 04 جانفي 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة[2]، الذي أستند المشرع الجزائري، على مبدأ مسؤولية الدولة في توفير النفقة الغذائية

باعتبارها حقا من الحقوق الأساسية للمواطنين، حيث يحل هذا الصندوق محل الملزم بدفع النفقة في حالة توقفه عن دفعها شرط إتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون.

كان قضاة المحاكم قبل تعديل قانون الأسرة بعد أن يحكموا بالطلاق يحكمون مباشرة بحق الزيارة أي زيارة المحضون للزوج الأخر، الذي تسند إليه الحضانة وذلك تطبيقا لمضمون المادة64 من قانون الأسرة، أما بعد تعديل أضاف المشرع المادة 57 مكرر وكذا نص المادة442من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، فقد أصبح من حق أي واحد من مستحقي الحضانة بما فيهم الأب و الأم أو غيرهما أن يتقدم بطلب في شكل عريضة مبينة وموقعة إلى

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص 108.

[2] قانون 15/01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق ل 04 يناير سنة 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج ر، ع1، الصادر بتاريخ 2015.

[3] المادة 442 من القانون 09/08 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

قاضي شؤون الأسرة قصد استصدار أمر على عريضة، فيفصل القاضي بموجب أمر ويمنح حق الزيارة المؤقت للطرف الذي لم تسند له الحضانة[1].

حيث جاء نص مادة 64 السالفة الذكر أن الجملة الأخيرة أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وأن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة، ومنطق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ما هو مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن تنقطع عن أهله نهائيا[2].

إذا كان الولد عند حاضنه أو حاضنته أو غيرهما، فليس من حق من تقررت الحضانة لمصلحته أن يمنع الزوج الأخر أو من له لحق من رؤية وزيارة الأولاد، غير أنها لا تجبر على إرساله إلى مكان إقامته، بل يكفي إخراجه إلى مكان يمكن من رؤيته[3].

وقد تكرس حق الزيارة في عدة قرارات للمحكمة العليا نذكر منها القرار الصادر تاريخ2006/01/04[4]، يلتزم الحاضن بتسليم الولد المحضون في أوقات الزيارة المحددة في الحكم القضائي لمن له الحق في ذلك، ويعد الامتناع عن تنفيذ مقتضيات الحكم في هذا الجانب جريمة يعاقب عليها القانون وذلك وفقا لأحكام المادة 328 من قانون العقوبات التي تنص على أنه" **يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000دينار الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به**[5].

نستنتج أن القضاء الجزائر يقد جسد هذا المبدأ في الكثير من أحكامه وذلك بتقرير حق الانتفاع بالإيجار للزوج الحاضن، وهذا ما أكده المشرع من خلال المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري حين ركز على أجرة السكن في حالة عدم قدرة الأب على توفير مسكنا ملائما لهم.

---

[1] بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة، وفقا لتشريع والقضاء الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2018، ص262.

[2] ديابي باديس، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 159.

[3] بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 262 .

[4] قرار صادر عن مجلس قضاء وهران، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 530942، صادر بتاريخ04 /2006/01، قضية (ح،س)ضد (ق.ر)، قرار غير منشور.

[5]القانون رقم(23/06)المؤرخ في2006/12/24 المعدل والمتمم بالأمر(156/66) ، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، عدد(84)، الصادر في 2006/12/24

إلى جانب النفقة هناك حق آخر متمثل في المنح العائلية التي تعتبر حقا خالصا للطفل، بموجب نصوص قانونية، وبمجر فك الرابطة الزوجية، يؤول هذا الحق لمن له الولاية والحضانة، فإذا أسندت الحضانة إلى الأم وهذا ما يقع غالبا، فلها أحق في مطالبة الأب بالمنح العائلية وفقا لإجراءات قانونية معينة.

كما تشمل النفقة المنح العائلية فهي حق من حقوق الأبناء، فهي عبارة عن مبالغ مالية تمنحها الدولة إلى الزوج العامل أو الموظف لأبنائه القصر، وفي حالة الطلاق تؤول هذه المنحة، لمن له حق الحضانة.تجدر بالإشارة هنا، أن مبلغ المنح العائلية، لم يتم مراجعته قصد رفعه، منذ1965 رغم أنه حق من حقوق لا طفل، فعلى الدولة السهر على تحسينه بالزيادة، حسب متطلبات الحياة ومستوى معيشة الفرد .

تاح المشرع للمطلقة أن تلجأ إلى الضمان الاجتماعي مباشرة أو إلى المؤسسة أو الإدارة التي يعمل بها طليقها، وتقدم ملف يثبت صفتها، ويتم تحويل المنح العائلية الخاصة بأبنائها إلى رصيدها عن طريق حوالات بريدية أو عن طريق تحويلها إلى رصيدها البنكي أو البريدي.ويرجع الحق في قبض هذه المنحة العائلية لمن له حق الحضانة باعتبارها حق للطفل، إذ تكفلت الدولة بدفع هذه المبالغ بموجب مرسوم رئاسي وبناء عليه، فإن الحق في قبض المنح العائلية التي تعد حقا للمحضون ويرجع إلى الحاضنة، هذا حسب ما نصت عليه المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2006/03/15على أنه: "المنح العائلية حق للمحضون يقبضها من له الحق في الحضانة"[1]، حيث أنه يجب تذكير المطعون ضده أنه من المعمول به قانونا أن المنحة العائلية تدفع بقوة القانون للأم الحاضنة لأبنائها ولا يوجد نص قانوني يحرمها في ذلك مهما كان مبلغ النفقة الذي تتقاضاه طالما هي حاضنة لأن المنحة العائلية شرعت لفائدة الأبناء قصد الترفيه عنهم والزيارة والإنفاق عليهم، ولا يجوز بأي وجه من الأوجه حرمانهم من هذا الحق ما دام قد تبين من المعطيات التي تتوفر عليها القضية أن الأب كان يتقاضى المنحة العالية للأبناء دون أن يدفعها لهم فهو بذلك قد حرمهم من حق أقره المشرع لفائدتهم قصد الترفيه عنهم وأن التحليل الذي تبناه قضاة المجلس

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 35600، صادر بتاريخ2006/03/15، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2006، ص485.

ثانيا: مسكن ممارسة الحضانة

لقد تضمن قانون الأسرة في صياغته الأولى موضوع سكن المحض، وذلك في المادتين 52 و72، وهما مادتان لم تعرفا انسجاما ولا تكاملا، فبالنسبة للمادة 52 فقد رتبت في فصل الطلاق، وتكلمت عن الطلاق التعسفي في فقرتها الأولى وخصصت الفقرات الموالية للحضانة[1].

أما المادة 72 من قانون الأسرة، تعلقت بموضوع الحضانة، فجعلت حق السكنى للمحضون لو كان واحدا بلا اشتراط أن يكون المحضونين ثلاثة ولا أن يكونوا اثنين، كما ألزمت الأب بتوفير هذه السكنى أو على الأقل أجرته، الشيء الذي لا نجده في المادة 52 من قانون الأسرة، بل هذه الأخيرة تضع شروطا صعبة التحقيق لكي تحصل الأم على مسكن تمارس فيه الحضانة .

وفي هذا الصدد تنص الفقرة الثانية من المادة 52 على أنّه: "**وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها، يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج**".

حسب هذه الفقرة الأخيرة يجب على الحاضنة أن تثبت للقاضي بأن وليها يرفض إيواءها، أو تفقد لولي تلجأ إليه، رغم أن إلتزام الولي هو التزام طبيعي في الأساس بعد زواج إبنته وليس إلتزاما قانونيا، لأن نفقة البنت على أبيها تجب عليه إلى حين دخول زوجها بها لا بعده، كما يرى البعض أن هذا الشرط فيه إجحاف في حق المرأة وفي حق وليها، ولقد أثبتت التجارب عند تطبيق هذا النص أن الولي لا يقبل إيواء المطلقة وربما يدفع المرأة الأم إلى التنازل عن حضانة الطفل لأن الولي يقبل سكن وليته عنده ولكن مع أولادها فهذا صعب[2].

وما يعاب أيضا على الفقرة الثانية من المادة 52، أن المشرع الجزائري إستعمل مصطلح " يضمن" مع عبارة " حسب وسع الزوج" وهما عبارتان لا تتطابقان لا من الناحية القانونية ولا من الناحية اللغوية، لأن إستعمال كلمة " يضمن" معناه الشيء موجود ومتوفر وبغض النظر

[1] المادة 52 من الأمر 05-02، المرجع السابق.

[2] حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، تلمسان، سنة 2004 -2005، ص 130.

فيه عن حالة الشخص وإمكانياته المادية، ذلك ما لا يستقيم مع اشتراط وسع الزوج في آن واحد .

ويلاحظ كذلك على هذه الفقرة أنها لم تحدد بدقة عدد المحضونين، الذي لأن من أجله تستطيع الحاضنة الأم الاستفادة من السكن لممارسة الحضانة كلمة "محضونيها" التي تضمنتها الفقرة السابقة قد يقرأها البعض إما بصيغة الجمع أو بصيغة المثنى.

ومما لا شك فيه أن القضاء الجزائري نفسه صنع هذه التفرقة، إذ اشترط يكون العدد أكثر من واحد يكون موقفه لا يتماشى ومصلحة المحضون، لأن المبدأ يقتضي حماية المحضون سواء كان واحدا أو أكثر، وبخصوص الفقرة الثالثة من المادة 52 من قانون الأسرة دائما قبل تعديلها، إستثنت من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيداً من العدل أن يعفى الزوج المطلق من توفير سكن للحاضنة حتى تتولى تربية ورعاية الأطفال المحضونين، بحجة أنه يملك سكنا وحيدا[1].

إن التعبير المستعمل من قبل المشرع والمتعلق بـ "مسكن الزوجية" وهو مصطلح في غير محله لأن مسكن الزوجية يطلق حال قيام الحياة الزوجية التي لم تنتهي بالطلاق.

وبهذا تكون المادة 52 من قانون الأسرة بفقرتيها الثانية والثالثة قد أثارت كثيرا من الانتقادات بحكم أنها كانت مجحفة في حق المرأة الحاضنة، مما دفع البعض إلى المطالبة بإعادة النظر فيها بشكل يضمن للمرأة حقها في ممارسة الحضانة .

وأمام هذا الوضع، اضطر المشرع الجزائري إلى إعادة النظر في مضمون المادة 52 من قانون الأسرة، حيث قام بإلغاء فقرتيها الثانية والثالثة وحتى الرابعة، وبالمقابل أدخل بعض التعديلات على المادة 72 من نفس القانون، حيث جاءت تنص على ما يلي: " **في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن**".

وأخيراً، يمكن القول أن المشرع بموجب التعديل الجديد الذي صدر بموجب المر رقم 05-02 بتاريخ 27 فبراير 2005، يكون قد رفع نهائيا التعارض الذي كان بين نص المادة 52 والمادة 72 من قانون الأسرة، فلم تعد المادة 52 المعدلة من قانون الأسرة الجديد تشترط عدد

[1] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكم العليا، المرجع السابق، ص239.

المحضونين ولا عدم وجود ولي يقبل إيواء الحاضنة لأن نفقة المحضون وسكناه تقع شرعا على أبيه وليست على عاتق جده لأمه عند أي مذهب من مذاهب الفقه الإسلامي ومدارسه، وهو ما يتوافق مع المادة 72 من نفس القانون ويلغي التعارض الذي كان من قبل.

وحتى تقوم الحاضنة بكامل مسؤولياتها على أكمل وجه برعاية وتربية محضونها يجب أن يتوفر في مسكن الحضانة شروطا أو مواصفات خاصة للمحافظة على الأبناء وصحتهم وخلقهم، وهي مستخلصة من نصوص القانون كالتالي:

- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحد أو أكثر .
- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، فلو كان من أسندت المحكمة إليه الحضانة هو الجدة أو العمة مثال كان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو العمة لتمارس فيه حق الحضانة وال يحتاج أمر إلى توفير سكن للحاضنة .
- أن يكون لألب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقه لتمارس فيه حق حضانة ولده آو أولاده ذلك أنه إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فان في هذه الحالة عليه أن يدفع لها قيمة إيجار سكن لمثل سكنه ويكون ملائما لها[1].

إستقر القضاء على أن طلب الحاضنة للمسكن يحكم به في الوقت الذي يحكم به بالطلاق والحضانة، ولا يتقرر للمطلقة الحاضنة هذا الحق دون إثبات وفق المادة 25 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل، وقد ألزمت المحكمة العليا أب المحضونين يدفع بدل الإيجار متى حصلت الأم على الحضانة[2].

كما يعود الإختصاص في الحكم بالسكن للقاضي الذي يفصل في دعوى الطلاق، وهذا المبدأ أكده المجلس الأعلى بتاريخ 1984/15/31 بقوله: " **متى كانت أحكام المادة 467 من القانون المدني صريحة في النص على اختصاص القاضي الذي يفصل في دعوى الطالق بالفصل في موضوع سكن الحضانة، وتقديم الانتفاع بحق الإيجار، نتيجة لذلك فإنه ليس للقاضي أن يحكم من جديد بتقرير حق الانتفاع بالسكن أو استبداله، ومراجعة الحكم الذي فصل فيه القاضي الذي قضى بالطالق خاصة وإن حكم تقرير السكن كان أثرا من آثار**

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص145.

[2] قرار صادر عن المجلس الأعلى، في 2005/06/16، المجلة القضائية، ع1، 2005، ص315.

الطلاق"، ومن ثم فإن القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لأحكام المادة المشار إليها أعلاه وخرقا لمبدأ قوة الشيء المقضي فيه، وتجاوزا للسلطة في نفس الوقت، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي صادق على حكم بإشهاد المدعية بتمتعها بالسكن الزوجي الكائن بوهران في حين أن الحكم الذي قضى بعدم التصريح يمنح المطلقة السكن الكائن بعين تيموشنت، فإن المجلس القضائي بقضائه هذا أصبح نهائيا وصار له قوة الشيء المقضي فيه أحكام المادة 46 من القانون المدني[1]، وخرق مبدأ أحجية الشيء المقضي فيه، وتجاوز سلطته في نفس الوقت، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[2].

ومن هنا فإنه بمجرد وقوع الطلاق ينظر القاضي في الآثار القانونية المترتبة عليه، وأهمها ما يتعلق بحقوق الأبناء، وهي أحكام الحضانة قد فصل القاضي إلى من له شؤون الحضانة مراعيا مصلحة المحضون، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي ينص على" **يتكفل قاض شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر"**[3] وبما أن الطلاق لا يثبت إلاّ بحكم قضائي طبقا لنص المادة49 من قانون الأسرة فإن حق المحضون في السكن يحكمه في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق وبالحضانة وهو من اختصاص قاض شؤون الأسرة وهو مستقل على باقي النفقات الذي يحكم بها لفائدة الأولاد والمحضونين، فهو يحسب من تاريخ رفع الدعوى إلى يوم انتهاء مدة الحضانة[4].

توفير سكن ملائم للأم لممارسة الحضانة يحول دون مطالبتها ببدل الإيجار، حيث أن المادة 72 من قانون الأسرة تنص بأنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وحيث أنه لذلك يجيب

---

[1] المادة 46 من القانون رقم (10/05)، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم، المرجع السابق.

[2] قرار صادر من المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34849، صادر بتاريخ 1984/15/31، قضية: (ح د. م) ضد(ب.ع)، المجلة القضائية، ع4، 1984، ص111.

[3] القانون رقم(09/08)المؤرخ في 18صفر 1429الموافق ل:25فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الصادر ج ر، ع21، المؤرخ بتاريخ 23أبريل 2008.

[4]لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكم العليا، المرجع السابق، ص246.

الالتزام الأول الواقع على الطاعن المطلق هو توفير سكن لممارسة الحضانة، وفي حالة تعذر ذلك عليه ينتقل الإلزام إلى بدل الإيجار ولا يحكم بواحد منهما وليس بالخيار[1].

ويستخلص مما سبق أن الالتزام بالدفع بدل الإيجار ليس التزاما إختياريا بل هو يأتي في الدرجة الثانية بعد توفير مسكن ملائم للحضانة، فالمشرع أراد التأكيد على أهمية المسكن بالنسبة للحضانة أولا يمكن الأب أن يتذرع بأي سبب للتخلص من واجب توفير المسكن وعليه فإذا لم يكن لديه مسكن ثاني غير مسكن الزوجية لممارسة الحضانة فإنه يلتزم بدفع بدل الإيجار، وهذا كله تحقيق لمصلحة المحضون.

وانتهوا بالقول بأن المحكمة غير مختصة وأن المستأنفة قامت بتسوية الوضعية وأنها تحصلت على مقرر إداري هو تحليل خاطئ ولا يتماشى مع أحكام القانون وروحه على اعتبار أن تلك المنحة التي تقاضاها المطعون ضده أصبحت دينا مترتبا في ذمة المطعون ضده وهو ملزم بدفعها وجوبا للأم الحاضنة، وإنهم لما قضوا بخلاف ذلك وبالصورة المذكورة يكونون قد أقاموا قضاءهم على أساس غير صحيح من الواقع القانوني الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون وإحالته.

[1] قرار صادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 566318، صادر بتاريخ2010/09/06، قضية (م، ك)ضد (ز.ح)، المجلة القضائية، ع2، 2010، ص268.

خاتمة

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع أثر قرارات المحكمة العليا على تعديل قانون الأسرة، وبعد تطرقنا إلى الجانب التشريعي والقضائي، حيث ركزنا بالدرجة الأولى على دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي هو أساس هذا البحث، ومدى مراقبة المحكمة العليا للأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم والمجالس القضائية لتطبيق القانون في مجال حماية الأسرة من الناحية المادية والمعنوية، وعليه تم استخلاص مجموعة من النتائج:

- إنّ المشرع الجزائري ألغى الولي (الأب) كركن واعتبره شرطا في عقد الزواج، إلا أن وجوده أصبح وجودا شكليا، وأصبحت المرأة البالغة لا تحتاج على موافقته مادام أن لها حرية اختيار أي شخص ليكون وليها.
- تغيير مركز الولي من ركن في عقد الزواج إلى اعتباره شرطا، وتقليص دوره لجعل حضوره شكليا يتناقض مع مبادئ المجتمع الجزائري، لذا فمن الأجدر إعادة النظر في نص هذه المادة على نحو يسمح بتأكيد دور الولي في عقد زواج موليته، كما ينبغي أيضا تحديد القاضي المختص الذي يتولى تزويج من لا ولي لها، وبيان الإجراءات المتخذة في سبيل ذلك.
- إنّ التعديلات التي أدخلت على قانون الأسرة توسعت في فتح باب الاشتراط في عقد الزواج في كل النواحي المالية والمعنوية، ومنح المشرع حرية الاشتراط للزوجين في عقد الزواج بما يريانه ضروري، أو في عقد لاحق.
- تتحقق حقوق الولد بثبوت نسبه الذي يترتب عنه حقه في الحضانة والنفقة والميراث ، سواء من جهة والديه أو الأقارب، ولهذا قررت المحكمة العليا أن عدم تصريح الزوجة بالحمل أثناء الطلاق لا يعد سببا لإنكار نسب الطفل المولود في المهلة القانونية المنصوص عليها في المادة 60 من قانون الأسرة.
- استقرت المحكمة العليا في قراراتها أن الزوج أو المطلق لا يملك الحق في حال نفي نسب ولده بالطرق المشروعة، أن يلجأ إلى الطرق العلمية، لأن المادة 2/40 من قانون الأسرة مقررة لإثبات النسب وليس لنفيه، و توافق القضاء مع توصيات المجمع الفقهي المنعقد بوهران فيما يخص عدم جواز نفي النسب بالبصمة الوراثية، ولا يمكن جعل هذه الأخيرة وسيلة لتأكد من نفي الحمل.

خاتمة

- أعطى المشرع الجزائري سلطة واسعة للقاضي في إسناد الحضانة واسقاطها، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال، واستقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بدوره في إسناده الحضانة أو سقوطها على مصلحة المحضون.
- عدّل المشرع ترتيب الحاضنين الوارد في المادة64 من (ق.أ.ج)، وللقاضي السلطة الكاملة في مراعاة الترتيب من عدمه حسب مصلحة المحضون.
- لم ينص المشرع على مكان ممارسة الحضانة، وضم الطفل المحضون بعد إنتهاء سن الحضانة، عكس الاجتهاد القضائي الذي تطرق في قرارته عن إسناد الحضانة داخل التراب الوطني أما خارج التراب الوطني ترجع لمصلحة المحضون، والسلطة التقديرية للقاضي في تقدير هذه المصلحة، فإن المبدأ المستقر عليه قضاء تمنح للمستقر بالجزائر من الأبوين، ولكن كإستثناء أحيانا يمنحها القاضي للأم خارج التراب الوطني، كما أن ميلاد المحضون بالخارج وإقامته وتمدرسه هناك، إذا رأى مصلحة المحضون تقتضي ذلك، ولا تعدّ الإقامة في بلد غير مسلم سببا مسقطا للحضانة لعدم الاختلاف في الدين.
- استقر القضاء على أن سريان المدة المذكورة في المادة 68 من قانون الأسرة بخصوص اسقاط الحضانة يبدأ من تاريخ علم والد المحضون بزواج الحاضنة بأجنبي.
- استقر الاجتهاد القضائي على أن السكن أو بدل الإيجار حق للمحضون، ولا يشترط لمنحه سند، أو وصل الإيجار، أو عدد الأطفال، والحاضنة غير ملزمة لاستعمال سكنها الخاص لممارسة الحضانة، ولها الحق في بدل الإيجار حتى لو كانت تملك سكنا، لأن الأب ملزم قانونا بتوفير السكن لأولاده.
- اعتبر القضاء المنح العائلية من مشتملات نفقة المحضون، والتي يحق للحاضنة المطالبة بها، ويترتب عن عدم دفعها متابعة جزائية.
- ما دام القضاء أقر بأن المنح العائلية من حق المحضون والامتناع عن دفعها للحاضنة يترتب عليه عقوبة جزائية، فلا بد من تقنين هذا الحق في قانون الأسرة.
- يجب مراجعة حكم الهدايا المقدمة في فترة الخطوبة عند العدول أحد الخطيبين، وذلك بربط حق إسرتجاع الهدايا بسبب العدول لا بالعدول في حد ذاته.

خاتمة

- المشرع أغفل حكم المهر المقدم في فترة الخطبة، مما يستوجب تدخل القانون لحسم النزاع مثل ما فعل بالنسبة للهدايا، لأن القضاة عادة ما يضفون صفة الهدايا على المهر، بحجة أن النزاع كان في فترة الخطبة، رغم أن قرارات المحكمة العليا واضحة في ذلك.
- يجب تحديد الضرر الموجب للتعويض وجعله يقتصر على الأضرار الناتجة عن التعسف في إستعمال أحد الخطيبين لحقه في العدول من أجل إخراج الأضرار الناتجة من مجرد العدول من دائرة التعويض.
- بناء على هذه الدراسة يمكن القول بأن الاجتهاد القضائي هو المرجع الرئيسي لملأ الفراغ التشريعي في قانون الأسرة، وكذا إزالة اللبس والغموض والإبهام عند تفسير نصوصه.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع

القرآن الكريم

الكتب

1- ابن منظورجمال الدين لسان العرب، مج1، دار صادر، بيروت، 2001.

2- _____، لسان العرب، مج 13، دار صادر، بيروت، د س ن.

3- أحمد حمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، ط1، دار العلم، الكويت، 1403 هـ.

4- إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، ط1، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

5- البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب النفقات، دار الفكر للنشر والطباعة والتوزيع، القاهرة، 1994.

6- _____، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الصداق، ، ط1، مكتبة الصفا، القاهرة، 2003.

7- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

8- _____، في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

9- _____، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966 – 2006)، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر،2007.

10- _____، قانون الأسرة (مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر،2004.

11- بن الصغير محفوظ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02/05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

12- بن ملحة الغوتي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

13- بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة، وفقا لتشريع والقضاء الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2018.

14- جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج، الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

15- الجندي أحمد نصر، الطلاق والتطليق وآثارهما، ط1، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

16- الجوهري إسماعيل، تاج اللغة وصحاح العربية، ج1، ط3، دار العلم للملايين، لبنان، 1984.

17- حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنّسب، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

18- دلاندة يوسف، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2011.

19- ديابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى الجزائر، 2007.

20- _____، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض –نفقة– عدة – حضانة – متاع)، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2008.

21- ذيب أحمد، قواعد الطلاق وضوابط الفراق (قواعد وضوابط مذيّلة بالشرح والتدليل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.

22- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الطلبة، الجزائر، 2010.

23- شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري وفقا للتعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

24- شريقي نسرين، بوفرورة كمال، قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار بلقيس،الجزائر،2013.

25- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط1، 2009.

26- عبد العزيز سعد قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد– أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل– ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.

27- _____، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر،1992.

28- عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام المرأة المسلمة، ج6، موسوعة الرسالة، لبنان، 1993.

29- العربي بختي، أحكام الطّلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، ط12، كنوز الحكمة، الجزائر، 2013.

30- فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة، مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة طالب، الجزائر،2008.

31- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

32- الفيروزآبادي محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ج1، دار الجيل، لبنان، د. س.ن.

33- القرطبي محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، ج3، دار الحديث، مصر، 1416هـ .

34- قمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2008.

35- لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، ط3، دار هومه، الجزائر، 2011.

36- _____، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكم العليا، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.

37- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006.

38- مبروك نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر،2004.

39- محده محمد، سلسلة فقه السنة الخطبة والزواج، ج1، ط2، باتنة، 1994.

40- محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، لبنان، 1983.

41- ناجي بلقاسم العلالي، الطّلاق في المجتمع الجزائري، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ. الرسائل الجامعية

1- بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، باتنة، 2008-2009.

2- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، تلمسان، سنة 2004-2005.

3- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2014/2013.

ب. المذكرات الجامعية

1- البشير كوثر، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون خاص معمق، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، 2018.

4-بلباقي عبد المؤمن، "التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري" رسالة ماجستير، دار الهدى، طبعة 2000.

5- بن عيسى لخضر، حقوق المرأة بين قانون الأسرة الجزائري والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير حقوق الإنسان، جامعة وهران، 2007 .

6- بومجان سولاف، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة بعنوان إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة، سنة 2008.

2- خليفي سارة، حق الحضانة في السكن، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية، كليه الحقوق جامعة بسكرة، 2014.

7- عبد القادر مسيكة، إثبات النسب ونفيه بالطرق الحديثة في التشريع الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور بالجلفة كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، 2016.

8- عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمّه لخضر الوادي، 2015/2014.

9- عيسات اليزيد، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2003.

رابعا: المقالات والمداخلات

1- بدرية عبد الله العوضي، "وضعية المرأة العربية في قوانين الأحوال الشخصية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، ع2 ، 1987.

2- سنوسي علي، تحديد النسب بالبصمة الوراثية، تحديد النسب بالبصمة الوراثية (مدى حجية البصمة في إثبات النسب: دراسة تأصيلية وقانونية، مجلة الثقافية الشهرية، الجزائر، 2016.

3- شامي أحمد،"الولي من ركن إلى شرط وجوب في عقد الزواج"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ع3، جامعة الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر، جوان 2017.

4- عشاري عبد العالي، بن قوية سامية، "اثبات ونفي النسب على ضوء قانون الأسرة الجديد"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع2، جامعة مسيلة، الجزائر،2016.

5- العشي نوارة، "الشروط الاتفاقية في عقد الزواج في قانون الأسرة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع1، 2013، الجزائر.

6- معاشي سميرة، "أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة"، مجلة المنتدى القانون، ع6، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2009.

خامسا: النصوص القانونية

1- القانون رقم 11/84 المؤرخ في09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ:09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم (02/05)المؤرخ في 27فيفري2005، صادر بالجريدة الرسمية ع (15)، المؤرخ بتاريخ 2005/02/27.

2- القانون رقم(23/06)المؤرخ في2006/12/24 المعدل والمتمم بالأمر(156/66)، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، ع(84)، صادر في 2006/12/24.

3- القانون رقم(09/08)المؤرخ في 18صفر 1429، الموافق ل:25فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، صادر بالجريدة الرسمية، ع21، المؤرخ بتاريخ 23أبريل 2008.

4- القانون رقم (05-10) المؤرخ في 13جمادى الأول عام 1426هـ الموافق 20يونيو سنة 2005م، المعدل والمتمم بالأمر رقم (75-58)، المؤرخ في 20رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم الجريدة الرسمية، ع31، السنة26 يونيو2005م.

5- القانون 15/01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق ل 04 يناير سنة 2015، المتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية، ع1، الصادر بتاريخ 2015.

سادسا:القرارات والأحكام القضائية

1- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1971/02/03، المجلة القضائية، ع2، 1972.

2- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، صادر بتاريخ 1971/03/03، النشرة القضائية، ع2، 1972.

3- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 51728 صادر بتاريخ21/ 11/ 1988، المجلة القضائية، ع3، 1988.

4- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ1986/02/10، المجلة القضائية، ع1، 1989.

5- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، صادر بتاريخ1984/11/19، المجلة القضائية، ع1، 1990.

6- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم32820، صادر بتاريخ، 29 يوليو 1984، المجلة القضائية، ع1، 1990.

7- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 39390 صادر بتاريخ 1986/01/13، المجلة القضائية، ع2، 1990.

8- قرار صادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1989/03/27، في الملف رقم 53340، المجلة القضائية، ع3، 1990 .

9- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 53017، صادر بتاريخ 27/ 03/ 1989، المجلة القضائية، ع1، 1991.

10- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم51715، صادر بتاريخ 1989/01/16، المجلة القضائية، ع2، 1992.

11- قرار المحكمة العليا، غرفة الأول الشخصية، الملف رقم 89672، صادر بتاريخ 1993/02/23، المجلة القضائية،ع خاص، 1993.

12- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية، ع2، سنة 1993.

13- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 92714، صادر بتاريخ 1993/07/13 قضيته (م و) ضد (د م ه)، المجلة القضائية، ع1، 1996.

14- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 159732 صادر بتاريخ 1997/05/13، المجلة القضائية، ع2،1997.

15- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 172379 صادر بتاريخ 1997/10/28، المجلة القضائية، عدد خاص، 1997.

16- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 135435 الصادر بتاريخ 1996/04/23، المجلة القضائية، ع1، 1998.

17- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم 81877، الصادر بتاريخ 1992/04/14، المجلة القضائية، ع1، 2001.

18- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث المجلة القضائية، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.

19- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم 81129 مؤرخ في 1992/03/17، قضية (ب. ع م) ضد (م. ه)، المجلة القضائية، ع خاص، 2001.

20- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 237148، صادر بتاريخ 2000/02/22، المجلة القضائية، ع1 ،2001.

21- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 189339 صادر بتاريخ 1998/05/19، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، عدد خاص ،2001.

22- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 274207، صادر بتاريخ، 2002/07/03، المجلة القضائية، ع1، 2004.

23- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 274207، بتاريخ، 2002/07/03 ، المجلة القضائية، ع1، 2004.

24- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 274683، بتاريخ 2001/12/26، المجلة القضائية، ع1، 2004.

25- قرار صادر عن المجلس الأعلى، في 2005/06/16، المجلة القضائية، ع1، 2005.

26- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 334060، صادر بتاريخ 19 يناير 2005، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2005.

27- قرار المحكمة العليا، غرفة الأول الشخصية، ملف رقم 35600، صادر بتاريخ2006/03/15، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2006.

28- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 38188، صادر بتاريخ 14 /2007/02، المجلة القضائية، للمحكمة العليا، ع2، 2007.

29- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 341320، صادر بتاريخ 2005/07/13، نشرة القضاة، ع 62، 2008.

30- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 457038، صادر بتاريخ 2008/09/10 ، المجلة القضائية، ع2، 2008.

31- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 474897، صادر بتاريخ 14 يناير 2009، المجلة القضائية، للمحكمة العليا، ع1، 2009.

32- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم480240، صادر بتاريخ، 2009/02/11، المجلة القضائية، ع1، 2009.

33- قرار صادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 566318، صادر بتاريخ2010/09/06، قضية (م، ك)ضد (ز.ح)، المجلة القضائية، العدد2، 2010.

34- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم564787، قرار بتاريخ2010/07/15، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2010 .

35- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 457038، صادر بتاريخ 2010/10/14، المجلة القضائية، ع2011،1.

36- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 596191، الصادر بتاريخ 2011/01/13، المجلة القضائية، ع2، 2011.

37- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 600991، صادر بتاريخ 10 فيفري 2011، المجلة القضائية، للمحكمة العليا، ع2،2011.

38- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الملف رقم313469، صادر بتاريخ 2011/03/10، ع2، 2012 .

39- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع1، سنة 2012.

40- قرار صادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34849، صادر بتاريخ 1984/15/31، قضية: (ح د م) ضد (ب ع)، المجلة القضائية، ع4، 1984. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 1717، صادر بتاريخ 2012/14/13،غير منشور.

41- قرار صادر عن مجلس قضاء وهران، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 530942، قرار صادر بتاريخ 04 /2006/01، قضية (ح،س) ضد (ق.ر)، قرار غير منشور.

سابعا: المواقع الإلكترونية

1- http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/montada-f13/topic-t485.html
اطلع عليه يوم2020/05/05 على الساعة 14:54.
2- http://droit-tlemcen.over-blog.com/article-_-60701314.html
اطلع عليه يوم2020/08/07 على الساعة 23:14.

الفهرس

الفهرس

الموضوع **الصفحة**

مقدمة 1

الفصل الأول:أثر قرارات المحكمة العليا على إنشاء الرابطة الزوجية وآثارها 6

المبحث الأول: أثر قرارات المحكمة العليا على إنشاء الرابطة الزوجية..... 8

المطلب الأول: أثر قرارات المحكمة العليا على الخطبة والعدول عنها..... 8

الفرع الأول: أثر قرارات المحكمة العليا على الخطبة..... 8

أولا: تعريف الخطبة لغة واصطلاحا 9

ثانيا: الطبيعة القانونية للخطبة 9

الفرع الثاني: أثر قرارات المحكمة العليا على اقتران الخطبة بالفاتحة..... 10

الفرع الثالث: أثر قرارات المحكمة العليا على العدول عن الخطبة 12

أولا: تعريف العدول وحكمه 13

ثانيا: الآثار المترتبة عن العدول عن الخطبة..... 13

المطلب الثاني: أثر قرارات المحكمة العليا على أركان عقد الزواج والاشتراط فيه..... 18

الفرع الأول: أثر قرارات المحكمة العليا على أركان عقد الزواج..... 18

أولا: الرضا كركن من عقد الزواج 18

ثانيا: الولي وأهلية الزواج كشرطين من شروط عقد الزواج 19

الفرع الثاني: أثر قرارات المحكمة العليا على الاشتراط في عقد الزواج..... 21

أولا: اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها 21

ثانيا:اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية..... 23

ثالثا: اشتراط الزوجة إكمال دراستها وممارسة عملها 24

المبحث الثاني: أثر قرارات المحكمة العليا على أثار عقد الزواج 27

المطلب الأول: أثر قرارات المحكمة العليا على النفقة..... 27

الفرع الأول: تعريف النفقة وحكمها..... 27

أولا: تعريف النفقة 27

ثانيا: حكم النفقة..... 28

الفرع الثاني: حالات استحقاق النفقة 29

الفرع الثالث: مشتملات النفقة 30

المطلب الثاني: أثر قرارات المحكمة العليا على إثبات النسب ونفيه بالطرق العلمية 34
الفرع الأول: أثر قرارات المحكمة العليا على إثبات النسب بالطرق العلمية 35
أولا: نظام البصمة الوراثية 35
ثانيا: نظام فصائل الدم:ABO 38
ثالثا: الإشكالات التي تطرحها الطرق العلمية في مجال إثبات النسب 38
الفرع الثاني: أثر قرارات المحكمة العليا على نفي النسب بالطرق العلمية 40
أولا: تعريف اللّعان وإجراءاته 41
ثانيا: تقديم الطّرق العلمية على اللّعان في نفي النسب 43
الفصل الثاني: أثر قرارات المحكمة العليا على فك الرابطة الزوجية وآثارها 45
المبحث الأول: أثر قرارات المحكمة العليا على فك الرابطة الزوجية..... 46
المطلب الأول: أثر قرارات المحكمة العليا على الطلاق والتطليق 46
الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج 46
أولا: تعريف الطلاق والحكمة من مشروعيته 46
ثانيا: موقف القضاء من الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج..... 48
الفرع الثاني: التطليق 48
أولا: تعريف التطليق 49
ثانيا:أثر قرارات المحكمة العليا على حالات التطليق المستحدثة في تعديل ق.أ 50
1-التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين..... 51
2- طلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في العقد 52
3- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من الأمر 05-02 54
المطلب الثاني: أثر قرارات المحكمة العليا على الخلع..... 55
الفرع الأول: تعريف الخلع 55
الفرع الثاني: مشروعية الخلع..... 56
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للخلع..... 57
المبحث الثاني: أثر قرارات المحكمة العليا على أثار فك الرابطة الزوجية 61
المطلب الأول: أثر قرارات المحكمة العليا على التعويض عن الضرر الناجم عن فك الرابطة الزوجية..... 61

الفرع الأول: أثر قرارات المحكمة العليا على التعويض عن التطليق 61
الفرع الثاني: أثر قرارات المحكمة العليا على التعويض في حالة النشوز 63
أولا:تعريف النشوز 64
ثانيا: التعويض بسبب النشوز 64
المطلب الثاني: أثر قرارات المحكمة العليا على الحضانة..... 65
الفرع الأول: تعريف الحضانة وشروط استحقاقها 65
أولا: تعريف الحضانة..... 65
ثانيا: شروط استحقاق الحضانة 66
الفرع الثاني: ترتيب المستحقين للحضانة..... 70
الفرع الثالث: مسقطات الحضانة 72
أولا:سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر 72
ثانيا: إختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من ق أ 73
ثالث:أسباب سقوط الحق في الحضانة الواردة في المادة 66 من ق أ 74
الفرع الرابع: آثار الحضانة..... 76
أولا: النفقة ومشتملاتها 76
ثانيا: مسكن ممارسة الحضانة..... 80
خاتمة..... 85
قائمة المصادر والمراجع..... 89
الفهرس..... 100

الملخص باللغة العربية

الدراسة تناولت موضوع أثر قرارات المحكمة العليا على تعديل قانون الأسرة الجزائري، حيث تطرقنا أولا الى أثر قرارات المحكمة العليا على الرابطة الزوجية وأثارها، وكانت النتيجة أن المشرع أدخل عدّة تعديلات على أحكام الزواج متأثراً بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

أما ثانيا درسنا أثر قرارات المحكمة العليا على فك الرابطة الزوجية وأثارها، توصلنا أن المشرع أدخل بعض تعديلات على فك الرابطة الزوجية، مع إعطاء السطلة التقديرية للقاضي للفصل في مسائل التطليق والخلع والتعويض عن الضرر الناجم عن فك هذه الرابطة.

ختمت الدراسة بمجموعة من النتائج والتوصيات التي استقرأناها من البحث.

Le Résumé en Français

L'étude portait sur la question de l'impact des décisions de la Cour suprême sur la modification du droit de la famille Algérien, où nous avons d'abord abordé l'impact des décisions de la Cour suprême sur le lien matrimonial et ses effets, et le résultat a été que le législateur a introduit plusieurs amendements aux décisions de mariage influencés par la jurisprudence de la Cour suprême.

Deuxièmement, nous avons étudié l’effet des décisions de la Cour suprême sur la dissolution du lien matrimonial et ses effets. Nous avons conclu que le législateur avait introduit quelques modifications à la dissolution du lien matrimonial, tout en donnant au juge le pouvoir discrétionnaire de statuer sur les questions de divorce et de divorce et d’indemniser les dommages résultant de la dissolution de ce lien.

L'étude s'est terminée par un ensemble de résultats et de recommandations que nous avons extraits de la recherche