

إسهام الاجتهاد القضائي في حماية الأسرة

د/ مصطفى العربي باشا

كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية. جامعة وهران-أحمد بن بلة 1-

ملخص:

تناول هذا البحث مسألة بالغة الأهمية كونها متعلقة بالأسرة ألا وهي: بيان إسهام الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في حماية الأسرة؛ حيث تضمن ذكر نماذج تطبيقية في درء التعارض بين الحلول القضائية، وكان المثال في ذلك حول متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي، ثم أردفته بذكر نماذج في تغيير الاجتهادات القضائية بسبب المصلحة، وكان المثال في ذلك حول ترتيب الحواضن والتفريق بين الزوجين للعيب، ثم أنهيته بذكر نماذج تطبيقية في مخالفة المرجعية الوطنية، وكان ضرب المثال فيه حول نفقة العدة، وانتهاء مدة الحضانة وكذا الاشتراط في عقد الزواج، كما تحللت هذه الجزئيات الإشارة إلى ما جاء في في شأنها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ثم ختمت بخاتمة تضمنتها أهم النتائج المتوصل إليها.

الكلمات المفتاحية: الاجتهاد القضائي. المحكمة العليا. القرار. الفقه. قانون الأسرة.

Abstract

The present study revolves around a very important matter related to family. It is the contribution of the jurisprudence of the Supreme Court in protecting the family. It cites some applied models in avoiding the conflict between judicial solutions. This idea was illustrated by the joy of divorce and the compensation for arbitrary divorce, followed by some models in changing jurisprudence due to interest. The example was the arrangement of the incubation and the separation of couples for defect. The concluding idea was about citing some applied models in the violation of the national reference with the example of the expense of El-Idda, as well as the expired period of the nursery, in addition to the requirement in the marriage contract. In these sub-parts, we referred to what was mentioned in Islam and the Algerian law family. At the end of the whole process, the final findings were discussed.

Key words: the jurisprudence, the High Court, the decision, El-Fiqh, family law.

مقدمة:

إنَّ البحث في قضايا الأسرة يعدُّ من المواضيع الجديرة بال طرح والتساؤل، كون بعض مسائلها تتأثر بالمتغيرات الحاصلة في الواقع المعيش، تبعا لتجدد الظروف والأحوال لاسيما في عصرنا الحالي.

لقد سعت ولا زالت تسعى كثير من الدول العربية والإسلامية ومنها الجزائر إلى حماية الأسرة من خلال سنِّ التشريعات والدفع بأجهزتها إلى القيام بهذا الدور، ومن أبرز تلك الأجهزة التي تتحمل العبء الأكبر في ذلك جهاز القضاء وعلى رأسه المحكمة العليا، والتي أنيط بها القيام بدور الرقابة في مدى تطبيق القوانين ومنها تلك المتعلقة بالأسرة، وذلك قصد حلحلة المشاكل، وتذليل العقبات، والاستجابة لتطلعات ومتطلبات الأسرة، ومن هنا يمكن طرح هذا التساؤل: هل قامت المحكمة العليا بهذا الدور المنوط بها؟.

قصد الإجابة عن هذا التساؤل المطروح كان لنا هذا البحث وعلى وفق الخطة التالية.

المبحث الأول: نماذج تطبيقية في درء التعارض بين الحلول القضائية وتغيير الاجتهادات القضائية.

المبحث الثاني: نماذج تطبيقية في مخالفة المرجعية الشرعية.

خاتمة.

المبحث الأول: نماذج تطبيقية في درء التعارض بين الحلول القضائية وتغيير الاجتهادات القضائية.

إنَّ الواقع العملي يجعل الكثير من الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية مختلفة بشأن قضايا متشابهة ومماثلة، ومما لا شك فيه أن المحكمة العليا تتحمل جزءا من المسؤولية في اختلاف الحلول التي تقدمها الجهات القضائية، كونها أحيانا تكون متذبذبة في قراراتها واجتهاداتها، ومهما قيل في هذا الشأن- تذبذب القرارات- فإن المهمة الأساسية المنوطة بها توحيد الاجتهاد القضائي ودرء التعارض بين الحلول القضائية، وكثير هي النماذج التطبيقية الدالة على أن المحكمة العليا قامت بهذا الدور الأخير.

المطلب الأول: متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على استحقاق المطلقة للمتعة جبرا لوحشتها بعد الطلاق في مواد القانون، لكن تضمنت مواد-المادة 222- الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، مما يعني الأخذ بقول أحد المذاهب الفقهية، وبخاصة المذهب المالكي كونه المعتمد والمرجعية في الجزائر.

ومن الناحية العملية فقد أقرت المحكمة العليا في قراراتها منح الزوجة المطلقة متعة الطلاق صراحة، وأن تقديرها يندرج ضمن سلطة القاضي التقديرية، ومن ذلك القرار الصادر بتاريخ 1991/06/18 قوله: «من

المستقر قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة يرجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل¹.

وفي قرار آخر لها صادر بعد التعديل بتاريخ 2007/04/11 أيدت فيه المحكمة العليا قرار المجلس القضائي، والقاضي بإقرار مقدار المتعة صراحة بقولها: «فك الرابطة الزوجية بين الزوجين وعلى الطاعن أن يؤدي للمطعون ضدها مبلغ 30.000 دج نفقة عدة و 50.000 دج متعة طلاق و 2000 دج نفقة ابتداء من 2003/01/18 إلى غاية النطق بالحكم»².

إن الملاحظ على هذا القرار أن كلا من المجلس القضائي والمحكمة العليا قد منحا المطلقة متعة الطلاق صراحة وقدرت بـ 50.000 دج، وكذا نفقة العدة وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية، ولم يتضمن مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي.

لكن الملفت في هذا القرار أن مقدار هذا التعويض مؤسس ومبني صراحة على المادة 52 من ق.أ والتي تنص على أنه: «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»، فهل هذا يعني اعتبار متعة الطلاق هي الوجه الثاني للتعويض عن الطلاق التعسفي؟.

للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول: بأن الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا فيها نوع من التضارب ظاهرا، ففي القرارات السابقة صرحت بمقدار المتعة دونما الإشارة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي، وفي قرارات أخرى أشارت إلى مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي دونما الإشارة إلى مقدار المتعة، ومن هذه القرارات القرار الصادر بتاريخ 2010/10/14 قوله: «القضاء من جديد بتطبيق المستأنفة (ت.ك) من (م.ه) للضرر، وإلزام المستأنف عليه بأدائه المستأنفة تعويضا قدره 60.000 دج، ونفقة عدة قدرها 10.000 دج، وإسناد حضانة الابن إلى الأم على نفقة أبيه بمبلغ 2000 دج»³.

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 2010/09/19 قوله: «وتحميل الطاعن مسؤولية الطلاق وإلزامه بأن يدفع للمطعون ضدها مبلغ 90.000 دج تعويضا عن الطلاق التعسفي،

1- مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 18/06/1991، ملف رقم 75099، العدد 01/1999، ص 65.

2- مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 11/04/2007، ملف رقم 390091، العدد 01/2008، ص 245.

3- مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 14/10/2010، ملف رقم 581222، العدد 01/2011، ص 249.

ومبلغ 10.000 دج نفقة عدة، ومبلغ 3000 دج شهريا نفقة إهمال، ومبلغ 5000 دج بدل إيجار يسري من تاريخ صدور الحكم¹.

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 2008/01/16 قوله: «والإزام المطلق بأن يدفع لمطلقاته مبلغ 90.000 دج تعويضا عن الطلاق التعسفي، ومبلغ 15000 دج نفقة عدة، ومبلغ 2500 دج نفقة إهمال تسري من تاريخ رفع الدعوى»².

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 2013/02/14 قوله: «والإزام المستأنف عليه بدفعه للمستأنفة مبلغ 70000 دج تعويضا عن الطلاق التعسفي»³. وكثير من هذه القرارات التي أشارت إلى التعويض دونما الإشارة لمقدار المتعة.

إن هذا التضارب بين ذكر مقدار المتعة أحيانا دون ذكر مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي، وذكر مقدار التعويض دون ذكر مقدار المتعة عائد في تقديرنا إلى سببين رئيسيين هما:
-عدم وجود النص القانوني الخاص بمتعة الطلاق.

-اعتبار المشرع التعويض عن الطلاق التعسفي هو الوجه الثاني لمتعة الطلاق، وهذا هو الذي نميل إليه؛ لأن القرار السابق الذي أشار لمقدار متعة الطلاق مؤسس على المادة 52 من قانون الأسرة، والتي يشير إلى الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي إذا تبين للقاضي ذلك.

وعلى ضوء هذا الاعتبار-الثاني- فإن الاجتهاد القضائي يريد أن يسلك بذلك مسلكا وسطا في هذه المسألة دارئا للتعارض بين المسألتين محققا بذلك مصلحة الطرفين معا، وذلك من خلال الحكم بالتعويض للمطلقة جبرا لخاظرها المنكسر جراء الطلاق، ومن جهة أخرى عدم إرهاب كاهل الزوج بمطالبته بتعويضين معا في آن واحد هما: متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي.

المطلب الثاني: ترتيب الحواضن

1-مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2010/09/16، ملف رقم 566381، العدد 2010/02، ص 269.

2-مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2009/01/16، ملف رقم 417622، العدد 2009/01، ص 303.

3-مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2013/02/14، ملف رقم 728882، العدد 2014/01، ص 305.

قد يستقر الاجتهاد القضائي في مسألة معينة على مبدأ قضائي، واستقرار الاجتهاد هو نتيجة حتمية لاستقرار موجبات الأحكام، وعند تغير الموجبات التي تتضمنها الأحكام القضائية تتغير معها الأحكام القضائية، لأنها من الناحية التطبيقية تُعد من تعليل الأحكام وحقيقة هذا التغير والعدول ليس معناه تبدل التشريع أو تغيير الأحكام بالأهواء، وإنما يحصل هذا التغير نتيجة لتغير علل الأحكام، وسواء أكان بالمصلحة أو العرف أو غيرهما من الموجبات. فالكثير من نصوص قانون الأسرة الجزائري جعلت المصلحة عللاً لها - كمواد الحضانة والترخيص بالزواج دون السن القانوني وغيرهما -، وفيما يلي ذكر لتغير بعض الاجتهادات القضائية بناء على المصلحة.

نصت المادة 64 على المستحقين للحضانة قولها: «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».

كمقارنة بسيطة بين ما جاء في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة يتضح أن المشرع الجزائري قد خالف ترتيب الحواضن على النحو الموجود في الفقه الإسلامي عدا مرتبة الأم.

إن الإتيان بهذا الترتيب يطرح التساؤل هل هذا الترتيب يعد مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية؟ بالرجوع إلى ما ورد في المذاهب الفقهية فإن ترتيب الحواضن بعد الأم ليس محل اتفاق بينهم، وأن مبناه مراعاة مصلحة المحضون.

يقول القفال الشاشي: «وجملة الأقوال تدور على النظر للصغار وتقديم الأرفق بهم في حضانتهم، وهذا موافق للعقول، وإن اختلفت أقوال العلماء في التفصيل فإن كلامهم إنما قصد وجهها واحدا»¹.

وبالعودة إلى الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا من خلال القرارات الصادرة عنها نجد أنها تدعو صراحة أو ضمناً - على أقل تقدير - إلى أن هذا الترتيب للحواضن لا يعتبر أمراً وجوبياً لا بد من التقيد به وعدم المحيد عنه، فمتى وجدت مصلحة المحضون تقتضي تجاوز الأب إلى غيره قُضي وحُكم بذلك، ويدخل ذلك ضمن سلطة القاضي التقديرية، وهو الأمر الذي أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر

1- محاسن الشريعة، القفال الشاشي، دار الكتب العلمية، ط 1 (1428/2007) ص 388.

بتاريخ 2011/03/10 قولها: «تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع»¹.

وفي قرار آخر لها صادر بتاريخ 2009/05/13 قولها: «مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة»².

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 2009/09/16 حيث اعتبرت المحكمة العليا الحضانة من آثار الطلاق والوفاة بالرغم من أن قضاة الموضوع اعتبروها من آثار الطلاق فقط قولها: «تطبق المادة 64 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة (أمر 02-05) على حالة الطلاق والوفاة»³، وهذا ما جعل الالتزام بهذا المبدأ سببا في عدم احترام ترتيب الحواضن الوارد في نص المادة 64.

انطلاقا من القرارات السالفة الذكر للمحكمة العليا-وغيرها- واجتهاداتها نجدها تدعو إلى تغيير الاجتهاد في مسألة ترتيب الحواضن بناء على المصلحة وعدم التقييد بالنص، فقد يكون التقييد به-المادة 64- سببا في تفويت مصلحة المحضون.

ومما يقوي ساعد الاجتهاد القضائي في تغيير الحكم في هذه المسألة-ترتيب الحواضن-، عدم وجود نص شرعي قطعي الدلالة فيها. قال ابن عثيمين في شرحه على زاد المستقنع تعليقا على خلاف الفقهاء في مسألة الترتيب بعد الأم فيقول: «ولهذا اختلف العلماء في الترتيب في الحضانة على أقوال متعددة، ولكنها كلها ليس لها أصل يعتمد عليه»⁴.

المطلب الثالث: التفريق بين الزوجين للعيب

لقد تطرق المشرع الجزائري للتفريق بسبب العيب في المادة 2/53 قولها: «يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج».

فالمأمل في نص المادة يجد أن المشرع لم يحدد نوع العيوب الموجبة للتفريق، بل ولم يضرب لها مثالا ولم يحدد طبيعتها.

1- مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2011/03/10، ملف رقم 613469، العدد 2012/01، ص 285.

2- مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2009/05/13، ملف رقم 497457، العدد 2009/01، ص 297.

3- مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2009/09/16، ملف رقم 511644، العدد 2010/01، ص 228.

4- الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح العثيمين، دار ابن الجوزي، ط1 (1427). ج 13، ص 535.

لقد أحسن المشرع صنعا عندما «لم يحدد هذه العيوب على سبيل الحصر، وإنما توسع فيها مشترطا فقط تأثيرها على الحياة الزوجية تأثيرا بالغاً»¹، ولا يمكن الصبر عليها إلا بتحمل الضرر.

فإذا وجد بالزوج عيب واكتشفت الزوجة ذلك، وحال هذا العيب دون تحقيق العلاقة الجنسية بين الزوجين كالخضاء أو العنة أو الجب والعقم، أو كل ما من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من زوجها كالجذام والبرص والصرع وغير ذلك كان من حقها طلب التفريق دفعا للضرر عن نفسها².

لقد فتح المشرع الجزائري الباب واسعا أمام قضاة الموضوع، قصد إعمال سلطتهم التقديرية في معرفة أنواع العيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج، وذلك من خلال الاستعانة بالخبرة الطبية.

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجده قد اعتبر العقم سببا يوجب طلب التفريق، وهذا ذهبت إليه المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها القضائية مؤكدة ما ذهب إليه قضاة الموضوع في القرار الصادر بتاريخ 2014/01/13 قولها: «حيث أن مرض العقم وعدم القدرة على الإنجاب، وإن كان فعلا يشكل سببا من أسباب التطلاق، طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، ويحول للزوجة الحق في المطالبة»³.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ بقول جمهور الفقهاء القائلين بالتفريق للعب، إلا أنه خالفهم في عدم حصر العيوب، وجعل من كل عيب لا يحقق أهداف الزواج مناطا للتفريق.

المبحث الثاني: نماذج تطبيقية في مخالفة المرجعية الشرعية

إن من أعظم حسنات قانون الأسرة الجزائري تقييده للقاضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص القانوني عليه طبقا لنص المادة 222، وما دامت الجزائر من الدول التي انتشر فيها المذهب المالكي، بل وصار مرجعية شرعية لها، نجد أن المشرع لقانون الأسرة قد حاد في كثير من مواده عن هذه المرجعية إلى مرجعية أخرى، كالأخذ بالمذهب الحنفي أو الحنبلي تارة وتارة الجمع بين مذهبين في مسألة واحدة تعددت فروعها، وعليه فهل هذا الخروج والعدول عن المذهب المالكي إلى أقوال في مذاهب أخرى في بعض المسائل قد وجد فيهم الحلول المناسبة للقضايا المطروحة؟.

بناء على ما تقدم سنعرض بعض النماذج التطبيقية التي أظهرت مخالفة المرجعية المالكية.

1- شرح قانون الأسرة المعدل، بن شويخ الرشيد، دار الخلدونية، ط1 (2008/1429) ص194.

2- الزواج والطلاق، عبد العزيز سعد، دار هومة، ط3 (1996) ص261.

3- مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2011/01/13، ملف رقم 596191، العدد 2011/02، ص272.

المطلب الأول: نفقة العدة

لقد تناول المشرع الجزائري نفقة العدة في نص المادة 61 من ق.أ.ق. لها: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها النفقة في عدة الطلاق".

ما يتضح لنا من هذا النص أن المشرع منح لكل مطلقة، أو متوفى عنها زوجها الحق في النفقة طيلة مدة العدة دونما تفريق بين كون الطلاق رجعي أو بائن، كما أنه ليس للزوج أو غيره أن يخرجها من السكن العائلي إلا في حالة الفاحشة المبينة، وبهذا يكون "المشرع قد أخذ في مسألة المطلقة البائن بمذهب الحنفية"¹، أما فيما يتعلق بسكنى المتوفى عنها زوجها فقد أخذ بالمذهب المالكي، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد جمع بين مذهبين في مسألة واحدة.

إن أخذ المشرع الجزائري بمذهب الأحناف في هذه المسألة-نفقة المعتدة من طلاق بائن-، وخروجه عن المذهب المالكي مبني على أساس رعاية مصلحة المعتدة، ذلك أنها خلال هذه المدة تكون ممنوعة شرعا من الارتباط بالغير حفظا للنسب من الاختلاط والاشتباه، ولا ريب أن هذا مقصد عظيم جاءت الشريعة الإسلامية لحفظه من ناحية الوجود والعدم.

كما أن استحقاق نفقة العدة مرهون بمكوث المعتدة في السكن العائلي؛ أي يسقط متى خالفت المعتدة ذلك.

ولقد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2007/04/11 على استحقاق المعتدة النفقة بقولها: "نفقة المطلقة ومنها المسكن أثناء العدة على عاتق الزوج"².

أما فيما يتعلق بتحديد مقدارها، فإن ذلك يدخل في إطار سلطة القاضي التقديرية، حيث يراعي حالة وظروف كل من الزوجين، وهو الأمر الذي أكدت عليه المحكمة العليا في القرار السابق قولها: "لكن حيث إن العبرة في صحة الحكم هي بصدوره موافقا للقانون، ومادام أن المجلس اعتبر أن المبلغين المحكوم بهما

1- أحكام الأسرة، عبد القادر داودي، دار البصائر، (دت) ص 343.

2- مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2007/04/11، ملف رقم 390091، العدد 01/2008، ص 245.

للمطعون ضدها غير مقدرين وفقا لما استقر عليه رأي الغرفة، فإن هذا كاف ما دام تقدير التعويض ونفقة العدة يدخلان في إطار السلطة التقديرية لقضاة الموضوع¹.

ومن تقديرات نفقة العدة ما ذكر في القرار الصادر بتاريخ 2010/09/16 قوله: «وتحميل الطاعن مسؤولية الطلاق وإلزامه بأن يدفع للمطعون ضدها مبلغ 90.000 تعويضا عن الطلاق التعسفي ومبلغ 10.000 دج نفقة عدة ومبلغ 3000 دج شهريا نفقة إهمال، ومبلغ 5000 دج بدل إيجار يسري ابتداء من تاريخ صدور الحكم»².

المطلب الثاني: انتهاء مدة الحضانة وتمديدها

من البديهي والمسلم به أن للحضانة مدة معينة تؤول وتنهي عندها، ومن الطبيعي أن تختلف مدتها باختلاف الجنس، نظرا لتباين تركيبتهما النفسية والعقلية والجسدية، وعلى هذا الاعتبار حدد المشرع الجزائري فترة انتهاء الحضانة بالنسبة للذكر والأنثى، حيث نصت المادة 65 من قانون الأسرة على ذلك بقولها: «تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج³، وللقاضى أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهاؤها مصلحة المحضون»⁴. وبهذا يكون المشرع قد تبني الأخذ بالمذهب المالكي⁴ فيما يتعلق بالذكر وخالفه في حق الأنثى. أما فيما يتعلق بتمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون فقد «سجل بعض الفقه أن مدة حضانة الطفل من أشد المسائل إثارة من جانب الأوساط النسائية، كما أنها من أكثرها جدلا بين الفقهاء من جهة، والمصلحين الاجتماعيين من جهة أخرى»⁵.

ونظرا للأهمية البالغة التي يكتسبها هذا الموضوع، فقد رأى المشرع إمكانية تمديد سن الحضانة إلى (16) سنة، وخص بذلك الذكر دون الأنثى، وذلك «بحجة أن مدة حضانة الفتاة، حسب رأينا طويلة

1- القرار السابق، ص 247.

2- مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2010/09/16، ملف رقم 566381، العدد 2010/02، ص 269.

3- أي 19 سنة طبقا لنص المادة 07 قولها: «تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة...».

4- المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب، ت: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، (دط). ج 1، ص 941.

5- مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، حميدو زكية، جامعة تلمسان، السنة الدراسية (2004/2005)، ص 62.

مقارنة مع مدة حضانة الفتى، إذ أن هذا الأخير قد لا يستغني عن حاضنته وهو في سن العاشرة¹، وبهذا يكون المشرع قد خالف المذهب المالكي في مسألة تمديد الحضانة إلى سن(16).

وبالرجوع إلى الاجتهادات القضائية نجد أن المحكمة العليا قضت بهذا التمديد المخالف لرأي المالكية في مدة انتهاء حضانة الذكر في قرارها الصادر بتاريخ 2011/02/10 قولها: «حيث أن الصفة تبقى قائمة للحضنة في إقامة الدعاوى الخاصة بشؤون المحضون، ما دامت الحضانة سارية لم يوضع لها حد بحكم قضائي، لأن الحضانة بالنسبة للذكر فضلا على أنها قابلة للتمديد إلى 16 سنة، فإن الحكم بانتهائها يراعى فيه مصلحة المحضون»².

المطلب الثالث: الاشتراط في عقد الزواج

لقد نص المشرع الجزائري على الاشتراط في عقد الزواج في المادة 19 من ق.أ. والتي جاء فيها: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون».

من خلال نص هذه المادة، نجد أن المشرع الجزائري قرر كقاعدة عامة الأخذ بمبدأ حرية الاشتراط، وأن العقد شريعة المتعاقدين، و هذه الشروط تعد عوامل مساعدة على استقرار الأسرة، حيث أجاز للزوجين اشتراط ما شاءا من الشروط أثناء إبرام العقد، أو بعد ذلك في عقد رسمي لاحق منفصل عن عقد الزواج، و في ذلك تأكيد على ضرورة الالتزام والوفاء بهذه الشروط، لكن شريطة ألا تتصادم مع نصوص هذا القانون. ومما يمكن ملاحظته وإضافته إلى ما سبق قوله، نجد أن المشرع الجزائري لم يجعل حق الاشتراط مقتصرًا أو حكرا لطرف دون آخر، بل جعله حقا يتمتع به كل من الرجل والمرأة على حد سواء، وبذلك يكون المشرع قد كرس مبدأ المساواة بين الجنسين فيما يتعلق بالاشتراط، إلا أننا نلمس في تقديرنا تغليب جانب المرأة على الرجل كونها الحلقة الأضعف في هذا العقد، وبرهان ذلك ما ضربه من أمثلة للشروط التي يمكن اشتراطها، بل والتركيز عليها بعبارة "لا سيّما"، وهي شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة، وكل هذا من أجل حماية حقوق المرأة وضمانا لها من تعسف الزوج في تقديره.

1- المرجع نفسه.

2- مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 2011/02/10، ملف رقم 599850، العدد 01/2012، ص 283.

ومما يمكن للمرأة إضافته كذلك من الشروط أثناء إبرام العقد أو في عقد لا حق منفصل كإتمام دراستها واشتراط مسكن منفرد عن أهل الزوج، أو أن يكون الطلاق بيدها تمارسه عند لحقوق الضرر بها¹، وغير ذلك من الشروط التي يمكن التوسع فيها بحسب البيئات والأزمنة، ما لم تتصادم مع ما نص عليه المشرع في هذا القانون.

وفي حالة عدم الالتزام والوفاء بالشرط فقد أجاز المشرع للزوجة طلب التطلق من القضاء طبقا لنص المادة 53 الفقرة 09 قولها: يجوز للزوجة أن تطلب التطلق^(بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج).

إلا أن هذا ليس على إطلاقه إذ يملك القاضي سلطة تقديرية في الشرط الذي لم يوف به الزوج². وبعد بيان موقف المشرع الجزائري من مسألة الاشتراط وإطلاقه لسلطان الإرادة للزوجين في الاشتراط، فإنه لم يتقيد بما جاء في المذهب المالكي³، بل إن موقفه هذا يتماشى مع مذهب الحنابلة⁴ من ناحية حرية الاشتراط ومن ناحية عدم الوفاء به.

خاتمة

من خلال تناولنا لهذه النماذج التطبيقية للاجتهادات القضائية في بعض مسائل الأسرة، تبين لنا أن الاجتهاد القضائي الأسري ومن ورائه قانون الأسرة يسعى لإيجاد الحلول المناسب لعدد المسائل الأسرية، ويُلَمَس هذا الأخير من خلال تغيير الاجتهاد في المسألة، والخروج عن المرجعية الوطنية-المذهب المالكي-إلى

1- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، دار هومة، ط4 (2013)، ص75.

2- التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة-، شامي أحمد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية (2009)، ص213.

3- يرى المالكية أن الأصل في الشروط المنع، فلا يجوز تقييد العقد بأي شرط من الشروط، إلا إذا قام الدليل على جوازه. المقدمات، ابن رشد، دار الغرب الإسلامي، ط1 (1988/1408)، ص482. مواهب الجليل، الخطاب، دار الكتب العلمية، ط1 (1995/1416)، ج4، ص373.

4- القواعد النورانية، ابن تيمية، ت: أحمد بن محمد الخليل، دار ابن جزي، ط1 (1422)، ص261.

- آراء فقهية أخرى سعيًا منه البحث عن الحلول والبدائل قصد الاستجابة للمتطلبات الأسرية، ومسايرة المستجدات، وفي نهاية هذا البحث تم الخلوص إلى النتائج الآتية.
- سعي الاجتهاد القضائي البحث عن الحلول والبدائل قصد الاستجابة لمتطلبات الأسرة.
- تذبذب الاجتهاد القضائي في كثير من المسائل، وهذا ما يحول دون توحيده.
- عدم الالتزام بالمرجعية والتقييد شضبها إذا كان الحل أو البديل موجودا في غيرها من المذاهب.

-قائمة المصادر والمراجع.

- 1-أحكام الأسرة، عبد القادر داودي، دار البصائر، (دت).
- 2-الزواج والطلاق في قانون الأسرة، عبد العزيز سعد، دار هومة، ط3(1996).
- 3-شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، دار الخلدونية، ط1(2008/1429).
- 4-الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح العثيمين، دار ابن الجوزي، ط1(1427).
- 5-محاسن الشريعة، القفال الشاشي، دار الكتب العلمية، ط1(1428/2007).
- 6-قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، دار هومة، ط4(2013).
- 7-القواعد النورانية، ابن تيمية، ت: أحمد بن محمد الخليل، دار ابن جزي، ط1(1422).
- 8-المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب، ت: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، (دط).

-الرسائل الجامعية.

- 1-مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، حميدو زكية، جامعة تلمسان، السنة الدراسية (2005/2004).

-المجلات القضائية.

- 1-مجلة المحكمة العليا، العدد01(1999).
- 2-مجلة المحكمة العليا، العدد01(2008).
- 3-مجلة المحكمة العليا، العدد01(2009).
- 4-مجلة المحكمة العليا، العدد02.01(2010).
- 5-مجلة المحكمة العليا، العدد02.01(2011).
- 6-مجلة المحكمة العليا، العدد01(2012).

7-مجلة المحكمة العليا، العدد02(2014).

-القوانين.

- 1-قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم: بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005 (ج ر مؤرخة في 27 فبراير 2005).