مدى اعتماد المشرع الجزائري على أحكام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري

The extent to which the Algerian legislator relies on the provisions of jurisprudence in amending the Algerian Family Code

علي غريبي [1] *، بعاج فوزية [2]

[1] مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة الأغواط (الجزائر)، a.ghribi@crsic.dz

[2] جامعة عمار ثليجي الأغواط (الجزائر)، fouziabaadj5@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2022-09-02 تاريخ القبول: 2022-10-07 تاريخ النشر: 29-10-2022

الملخص:

إن البحث في قضايا الأسرة وأحكامها تعتبر من أهم المواضيع الفقهية المتجددة في بعض مسائلها تبعا لتجدد الحوادث والوقائع وتغير الظروف والأحوال بما تشهده الحياة المعاصرة من تطور في مختلف المجالات لذا نجد أن الاجتهاد القضائي هو الآخر أسهم في حركة الإصلاحات والمراجعات المتعلقة بنظام الأسرة في الجزائر وهو ما يظهر جليا من خلال تعديل قانون الأسرة 84-11 بموجب الأمر 05_02.

الكلمات المفتاحية: الاجتهاد القضائي؛ قانون الأسرة؛ الأحكام القانونية.

* المؤلف المرسل

Abstract:

Research on family issues and their rulings is one of the most important topics of jurisprudence renewed in some of its issues depending on the renewal of accidents and facts and the change of circumstances and conditions with the development witnessed by contemporary life in various fields. This is evident in the amendment of Family Law 84-11 pursuant to Ordinance 05-02.

Keywords: jurisprudence ; family law; legal provisions.

مقدمة:

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

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

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

وسبب هذه القوة الإلزامية هو الحرص على الالتزام بنفس الاجتهاد في القضايا المماثلة بما يحفظ استقرار الأحكام القضائية، تطبيقا للمادة 179 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

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

والإشكال الذي يمكن طرحه بهذا الصدد يتمثل في الآتي:

كيف ساهم الاجتهاد القضائي في الجزائر في تعديل قانون الأسرة؟

المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد القضائي

يمكن تعريف الاجتهاد القضائي بأنه: "استفراغ القاضي وسعه وطاقته لتحصيل ظن بحكم شرعي فاصل في الخصومة في واقعة متنازع عليها وملزم لأطرافها".

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

المطلب الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة

أولا: الاجتهاد القضائي في نطاق النص

1- الاجتهاد في إطار النص المشوب بالغموض

يكون النص مشوبا بالغموض أو الإبهام إذا كانت عبارته غير واضحة ومحتملة للتفسير والتأويل ويمكن أن يستنتج منها أكثر من معنى واحد، ومهمة القاضي في هذه الحالة اختيار المعنى الأكثر صحة والأقرب إلى الصواب.[1]

مثال ذلك ما نصت عليه المادة 54 من قانون الأسرة قبل تعديلها بموجب الأمر رقم 05-02: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها بمقابل مالي...".

حيث أن نص المادة السابقة جاء غامضا ولم يوضح طبيعة الخلع القانونية، هل هو عقد رضائي تتوقف صحته على رضا الزوج، أم هو حق خالص للزوجة، ولا يشترط فيه رضا الزوج؟

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

والقرار الصادر سنة 1991 الذي جاء فيه: "إن المادة 54 من قانون الأسرة تشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، ولا يمكن للقاضي فرضه عليه".[3]

لكن ابتداء من سنة 1992 كرس القضاء الجزائري حق الزوجة في الخلع دون موافقة الزوج.

وهذا ما تجلى في عديد القرارات، منها القار الصادر سنة1992 الذي قضى بأنه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقها على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم".

إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي

لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا.

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

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.[4]

وهذا المبدأ الذي كرسه القضاء الجزائري منذ سنة 1992 فرض على المشرع تعديل نص المادة 54 من قانون الاسرة سنة 2005 الذي أصبح كما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

2- الاجتهاد في إطار النص المشوب بالنقص

يكون النص القانوني ناقصا في حالة خلو عباراته من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها[5]، وكمثال على ذلك نصت المادة 103 من قانون الأسرة على أنه: "يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر".

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

حيث أنه إذا كانت دعوى الحجر بسبب الجنون أو العته، فإن الأصل هو الاستعانة بخبرة طبية، أما إذا كان السبب هو السفه، فإن القاضي لا يحتاج إلى خبرة طبية وإنما يمكن له الأمر

بإجراء تحقيق قضائي، بالإضافة إلى سماع أقوال من يرى القاضي فائدة في سماعهم من أقارب السفيه ومن يتعامل معه معاملة تجارية.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر سنة 2002 حيث قضت بأنه: "يثبت المرض العقلي الذي يبطل التصرف بموجب خبرة طبية صادرة عن طبيب مختص وليس بشهادة الشهود".[6]

والمرض العقلي ينصرف إلى الجنون والعته.

ثانيا: الاجتهاد فيما لا نص فيه

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

كما اشتملت نصوص القرآن والسنة على مجموعة من المبادئ والقواعد العامة التي يمكن للمجتهد أن يرجع إليها في استنباط أحكام المستجدات من القضايا والنوازل.[7]

والدليل على مشروعية الاجتهاد فيما لم يرد فيه نص ما رواه البخاري عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه سمع النبي ﷺ يقول: ﴿ إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، واذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر﴾.[8]

واجتهاد القاضي يكون في المسائل التي تعرض عليه سواء أكانت جديدة لم تقع من قبل، أو وقعت وتكررت وبذلك يكون الاجتهاد شاملا لمسألة لم يكن لأحد من العلماء السابقين فيها قول ولا فتوى.[9]

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

يستفاد من المادة السابقة ما يلي:

- منح المشرع للقاضي الحق في الاجتهاد في كل مسألة لم ينص عليها في القانون الأسرة.
- عدم تقييد المشرع للقاضي في المسكوت عنه قانونا بالرجوع إلى مذهب معين، كما فعلت بعض التشريعات العربية المقارنة، بل وسع له دائرة الاجتهاد في إطار أحكام الشريعة الإسلامية بوجه عام حسب ما يراه القاضي محققا للمقصد الشرعي والتشريعي.

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

بالرجوع ورفضت وحرر محضر بذلك بعد إجراءات عملية التنفيذ ولما ثبت نشوز المطعون ضدها ورفضها الرجوع إلى البيت الزوجية دون مبرر شرعي، فإن حقها في النفقة يسقط...".[10]

المبحث الثاني: الاجتهاد القضائي في المسائل المرتبطة بالزواج

المطلب الأول: الاجتهاد الصادر في الصداق

أولا: القرارات صادرة في أنواع الصداق

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

كما أجاز المشرع الجزائري بناء على المادة السابقة أن يكون الصداق مؤجلا.[11]

وقد قررت المحكمة العليا –حتى قبل تعديل 2005- ثبوت صحة عقد الزواج دون تحديد المهر وتسميته، حيث قضت في إحدى قراراتها بما يلي: "إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عدن النزاع يقضى للزوجة بصداق المثل.

ومتى تبين –في قضية الحال- أن الشهود الذين وقع سماعهك قد أكدوا توافر أركان الزواج العرفي ما عدا الصداق بقي مؤجلا حسب عادة المنطقة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبيب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[12]

ثانيا: القرارات صادرة في نزاع الصداق

قضت المحكمة العليا بأنه: "من المقرر قانونا أنه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

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

ومتى كان كذلك استوجب تقض القرار جزئيا".[13]

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

وحيث إن عدم حضور الطاعن – المدعي آنذاك– لا يعفي المحكمة من تطبيق أحكام المادة 17 من قانون الأسرة لتي تنص على أنه في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما، وليس لأحدهما بينة، وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، واذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين، ومن ثم كان على قضاة المجلس توجيه اليمين طبقا للمادة 17 المذكورة، لأن عدم حضور الطاعن لا يمنع المجلس من توجيه اليمين بموجب قرار، طبقا لنص المادة 189 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وعليه فإن هذه الأوجه مؤسسة فيما يخص تطبيق أحكام المادة 17 من قانون الأسرة، وينجر عن ذلك نقض جزئي للقرار المطعون فيه فيما يخص مؤخر الصداق".[14]

يستفاد من القرارين السابقين أنه في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين، استقر قضاء المحكمة العليا على تطبيق أحكام المادة 17 التي تنص على أنه: " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"، وهذا يعد إعمالا لقول المالكية في هذه المسألة[15]، وفي حالة غياب الزوج الذي من المفروض أن توجه إليه اليمين، فإنها توجه إليه بقرار تطبيقا لنص المادة 189 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي الصادر في الشهادة

أولا: القرارات الصادرة في شروط الشهادة

يمكن إجمال أهم ما يتعلق بشروط الشهود فيما يلي:

1- جنس الشهود

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

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن القرار المطعون فيه جاء خاليا من أية حجة أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية ومخطئا في فهم أنواع الشهادات في الفقه، ومتى كان كذلك المطعون استوجب نقض القرار المطعون فيه".[16]

اشترط الاجتهاد القضائي السابق الذكورة في شهود عقد الزواج، تطبيقا لرأي جمهور الفقهاء غير الأحناف، وذلك لما رواه أبو عبيد عن الزهري أنه قال: مضت السنة عن رسول الله ﷺ أنه لا يجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق.[17]

بينما قضت المحكمة العليا في القرار الصادر سنة 2007 بأن: "شهادة شاهد وامرأتين وهما قريبتان للطاعنة مقبولة شرعا وقانونا وفق أحكام قانون الإجراءات المدنية".[18]

ومن خلال هذا القرار يلاحظ تغير اتجاه قضاء المحكمة العليا والاعتماد على مذهب الأحناف الذين يجيزون شهادة رجل وامرأتين في عقد الزواج[19]، لكن هذا الاجتهاد جاء مخالفا لما استقر عليه الاجتهاد السابق في اشتراط ذكورة الشهود إعمالا لرأي الجمهور، كما خالف ما جرى عليه العمل في إبرام عقود الزواج.

2- صفة الشهود

تتمثل أهم المسائل المرتبطة بصفة الشهود في الآتي بيانه:

أ- عدالة الشهود

قضى المجلس الأعلى في قرار له بأن: "الزواج لا يثبت إلا بشهادة شاهدين عدلين، وأن كل امرأة تدعي أن فلانا تزوج بها، فلا بد أن تثبت ذلك بشهادة الشهود، والطاعنة لم تأت بأي شاهد يشهد بأنه حضر العقد وسمع الإيجاب والقبول، وأن الأشخاص الذين أتت بهم إلى الموثق لم تكن شهادتهم كافية لإثبات الزواج".[20]

يلاحظ اشتراط الاجتهاد القضائي لعدالة الشهود، اعتمادا على رأي جمهور الفقهاء في أرجح الروايتين عن أحمد وفي الصحيح عند الشافعية، وهذا على خلاف الأحناف الذين لا يعتبرونها شرطا في الشهود، ويقصد بالعدالة الاستقامة واتباع تعاليم الدين ولو في الظاهر بأن يكون مستور الحال غير مجاهر بالفسق والانحراف.[21]

ب- شهادة الأقارب

قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بما يلي: " من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق، ومتى تبين -في قضية الحال- أن المستأنفة أتت بشهود أكدوا

واقعة الزواج مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي وشهود وصداق، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإثبات الزواج العرفي طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[22]

كما قضت في قرار آخر بالآتي نصه: "بما أن القضية متعلقة بحالة الأشخاص فكان على قضاة المجلس الاعتماد على شهادة أقارب الطاعنة الذين أكدوا أثناء التحقيق أنها تزوجت فعلا بالمدعى عليه في الطعن وهذا بحضور أشقائها ومنهم شقيقها بصفته ولي أمرها والذي صرح بدوره أو زواج أخته تم مع المدعى عليه طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية وبرضائهما وحدد الصداق ... وهذا بحضور الشاهدين (ط.س) و(ح.م) الذي تم بين الطاعنة وبين المطعون ضده، ومن ثمة فأركان الزواج المنصوص عليها متوفرة، وبالتالي فالقرار المطعون فيه الذي قضى بإلغاء الحكم القاضي بتثبيت الزواج خالف أحكام قانون الإجراءات المدنية، مما يجعل الوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة ".[23]

يستفاد من القرارين السابقين اعتماد شهادة الأقارب في عقود الزواج، والملاحظ على القرارين عدم تحديد الأقارب الذين يمكن قبول شهادتهم والاعتداد بها، لكن المشرع وسع في دائرة الأقارب الذين تقبل شهادتهم في عقود الزواج التي تعد من قضايا الحالة في المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة مباشرة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم.

- لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه ولو كان مطلقا.
- لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم.

غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق".[24]

وتجدر الإشارة إلى استبعاد المشرع لشهادة الفروع، وهذا هو مذهب الحنابلة[25]، ووجه عند الشافعية.[26]

الخاتمة:

من خلال عرض الاجتهادات القضائية الصادرة في مسائل الزواج، في إطار النص القانوني، وفيما لا نص فيه، تم التوصل إلى مجموعة من النتائج يمكن إجمالها في الخصائص التي تميز بها الاجتهاد في هذه المسائل، ولعل أهمها:

- استقرار الاجتهاد القضائي في بعض المسائل، منها ثبوت نشوز الزوجة.
- منح المشرع للقاضي الحق في الاجتهاد في كل مسألة لم ينص عليها قانون الأسرة.
- ضرورة الاهتمام بالتكوين الشرعي لقضاة شؤون الأسرة.
- ضرورة إنشاء قضاء أسري مستقل.
- ضرورة سن قانون إجرائي أسري.

– قائمة المراجع:

الكتب:

- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته، وتوضيح مذاهب الأئمة، مع تعليقات فقهية معاصرة، المكتبة التوفيقية، القاهرة، دون ط، دون تاريخ، ج03.
- السيد سابق، فقه السنة، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، ص 13، 1997، ج02.
- محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت، دون ط، دون تاريخ، ج 03.
- علاء الدين بن الحسن بن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مطبعة السنة المحمدية، ط01، 1956، ج08.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط02، 1985، ج06-07.

أطروحات الدكتوراه:

- مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي بغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، جامعة وهران 01، أحمد بن بلة، 2014-2015.

المقالات والمجلات العلمية:

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

المجلات القضائية:

- المجلة القضائية، ع 03، س 1989.
- نشرة القضاة، ع05، س1991.
- المجلة القضائية، ع01، س 1992.
- المجلة القضائية، ع 04، س 1992.
- المجلة القضائية، ع 02، س 1993.
- نشرة القضاة، ع 55، س 1999.
- اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001.
- المجلة القضائية، ع 01، س 2003.
- نشرة القضاة، ع61، س 2006.
- مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2007.
- مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2013.

الهوامش:

[1] مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي بغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، جامعة وهران 01، أحمد بن بلة، 2014-2015، ص28.

[2] قرار بتاريخ: 1989/19/06/11، ملف رقم: 33652، المجلة القضائية، ع 03، س 1989، ص38.

[3]قرار بتاريخ: 1991/04/23، ملف رقم: 73885، نشرة القضاة، ع05، س1991.

[4]قرار بتاريخ: 1992/07/14، ملف رقم: 83603، اجتهاد قضائي، ع خاص، س 2001، ص134.

[5]مطروح عدلان، المرجع السابق، ص31.

[6]قرار بتاريخ: 2002/02/13، ملف رقم: 273529، المجلة القضائية، ع 01، س 2003، ص289.

[7]عبد الناصر أبو البصل، المدخل إلى فقه النوازل، ملة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 13، ع-أ-، س 1997.

[8]رواه البخاري، كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، رقم: 7352، ص1814.

[9]عبد الناصر أبو البصل، المرجع نفسه، ص125.

[10]قرار بتاريخ: 2005/10/12، ملف رقم: 345125، نشرة القضاة، ع61، س 2006، ص332.

[11]تنص المادة 15 على ما يلي: "يحدد الصداق سواء كان معجلا أو مؤجلا.
في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل".

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

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

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

[15]محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت، دون ط، دون تاريخ، ج 03، ص 300.

[16]قرار بتاريخ: 1989/12/15، ملف رقم: 43889، المجلة القضائية، ع 02، س 1993، ص37.

[17]السيد سابق، فقه السنة، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، ص 13، 1997، ج02، ص144.

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

[19]أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته، وتوضيح مذاهب الأئمة، مع تعليقات فقهية معاصرة، المكتبة التوفيقية، القاهرة، دون ط، دون تاريخ، ج03، ص152.

[20]قرار بتاريخ: 1989/11/27، ملف رقم: 56249، المجلة القضائية، ع01، س 1992، ص 51.

[21]وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط02، 1985، ج06-07، ص75.

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

[23]قرار بتاريخ: 1997/10/28، ملف رقم: 188707، نشرة القضاة، ع 55، س 1999، ص175.

[24]القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، ع21، س2008، ص03.

[25]علاء الدين بن الحسن بن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مطبعة السنة المحمدية، ط01، 1956، ج08، ص105.

[26]أبو زكريا محي الدين يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 1991، 03، ج07، ص46.