

الملتقى الدولي المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية
بجامعة جلفة وجامعة اسطنبول المدينة
حول الحماية القانونية للأسرة في التشريعات الجزائرية
والتركية وفي المواثيق الدولية
بمقر جامعة جلفة
يومي 10 – 11 نوفمبر 2018

مشاركة بورقة بحثية بعنوان:

أثر العرف كمصدر من مصادر الاجتهاد القضائي في حل المشكلات الأسرية المعاصرة
في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
- نماذج عن الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا -

د/ نادية رازي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة

الملخص:

الاجتهاد القضائي باعتباره منهج عملي من مناهج الاجتهاد الفقهي المعاصر في الحكم على الحوادث والقضايا التي تعرض على المحاكم، وضرورة تكييفها من القاضي وفق معطياتها في نطاق السلطة التقديرية الممنوحة له شرعا وقانونا، فلا بد أن يتأسس على قواعد التشريع الإسلامي في غياب إمكانية مواكبة نصوصه للوقائع والمشكلات وفض النزاعات القضائية فيها في مجال الأحوال الشخصية التي تعد المصدر الرئيس لها في تقنين قانون الأسرة الجزائري، والتي تهدف أساسا عند وضعها من الشارع الحكيم إلى مراعاة مصالح الناس وحاجياتهم، وأعرافهم وعوائدهم، مما يتطلب اعتبارها كمصدر من مصادر الاجتهاد القضائي في حل المشكلات وفض النزاعات القضائية، وهو الدور المنوط باجتهاد المحكمة العليا باعتبار مهامها الرئيسي في مراقبة مدى تطبيق نصوص القانون لاسيما إذا أنيط الأمر في تكييف القضايا وفق معانيها ومقاصدها في نطاق المستجدات العرفية الخارجة عن مقتضيات النص، لذا تهدف هذه الدراسة إلى بيان مدى اعتبار العرف كمصدر من مصادر الاجتهاد القضائي في ممارسة التكييف الفقهي والقانوني في معالجة القضايا والمشكلات الأسرية المعاصرة، وبمناذج تطبيقية.

Summary

Jurisprudence as a practical approach to the jurisprudence of modern jurisprudence in the ruling on the incidents and issues that are brought before the courts, and the need to adapt the judge according to the data within the scope of discretion granted to him and the law, it must be based on the rules of Islamic legislation in the absence of the possibility to keep up with the texts of the facts and problems And the resolution of judicial disputes in the area of personal status, which is the main source of legislation in the Algerian family law, which aims primarily at the development of the wise street to take into account the interests of people and their needs, customs and returns, which requires to be considered as a source of sources The role of the High Court of Justice as its main task in monitoring the application of the provisions of the law, especially if it is necessary to adapt the cases according to their meanings and purposes within the scope of the customary developments beyond the requirements of the text. Consider custom as a source of jurisprudence in the practice of adapting jurisprudence and legal in the treatment of contemporary family issues and problems, and applied models.

إن الاجتهاد القضائي يمثل في حقيقته السلطة التقديرية التي تمنح للقاضي في إصدار أحكام القضايا التي تغطي منطقة الفراغ التشريعي في النصوص التشريعية في كثير من الفروع والجزئيات بمقتضى احتكاكه بالمجتمعات

وإدراكه التام للوقائع والمشكلات لاسيما في نظام التعامل والعلاقات والأعراف السائدة المتجددة التي تفرض تبعا
تغير الحكم القضائي بتغيرها الدائم، وهذا ما يفسر اعتبارها كمصدر من مصادر التشريع، يستند إليها المشرع في
كثير من التعديلات التي تسري حليا في مختلف القوانين في مجالات عدة، وبما أن قانون الأسرة
يعد من أولويات البحث في مجال الاجتهادات القضائية، وذلك بسبب البلوى التي دأبت في
كثير من المسائل المتعلقة بالأسرة، كالزواج العربي (الزواج بالفاتحة)، اختيار الولي في النكاح، رخصة القاضي في
تعدد الزوجات وحقه في منعه، وزواج من الأجانب، والشروط الجعلية في عقد النكاح التي ترتب ضياع حقوق
المرأة، وغيرها من المسائل التي أنيطت بمشاكل ومطبات التي تسببت في تعطيل كثير من الركائز والمعايير التي تمثل
روح العقد الشرعي لما تجلبه من معاني جوهرية من السكنينة والاستقرار والأنس والمودة، والتي بدورها تعمل على
تحقيق المقصد الأكبر له وهو حفظ النسل في واقع الحياة المتجددة، كل ذلك أحوجنا إلى التكييف الشرعي
المناسب لمثل هذه القضايا باعتبار أن المصدر الرئيس لقانون الأسرة الجزائري نصوص التشريع الإسلامي التي تمتاز
بالمرونة والسعة واستيعاب متطلبات الحياة المعاصرة ومقتضيات واقعها.

وهو ما يمهد بيسر ممارسة الاجتهاد القضائي المطلوب لمجابهة تحديات العصر بتأثيراته الاجتماعية
والاقتصادية التي تهدد تماسك الأسرة في الجزائر، بمحاولة التوفيق بين ضغوطها وبين نصوص الشريعة القائمة على
رعاية المصالح العامة في نطاق المتغيرات العرفية والعلمية والبيئية، مع ما لدور الاجتهاد القضائي في فرض الحماية
القانونية للأسرة الجزائرية خصوصا مع التعديلات التي سرت عليها في الآونة الأخيرة لمقتضيات الواقع
المعاصر، والتي تجدها قاصرة لما يترتب على تطبيقها من آثار سلبية تخل بتماسك الأسري، ومن هذا المنطلق
سنحاول معالجة الموضوع من خلال المحاور الآتية:

**المحور الأول: العرف كمصدر من مصادر الاجتهاد القضائي في معالجة المشكلات الأسرية في
الفقه الإسلامي.**

**المحور الثاني: العرف كمصدر من مصادر الاجتهاد القضائي في معالجة المشكلات الأسرية
في قانون الأسرة الجزائري.**

**المحور الثالث: نماذج عن الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا في الجزائر في القضايا الأسرية
المحور الأول: العرف كمصدر من مصادر الاجتهاد القضائي في معالجة المشكلات الأسرية في
الفقه الإسلامي.**

ويقصد باعتبار العرف كمصدر من مصادر الاجتهاد القضائي الاعتراف به في تكييف الأحكام
والقرارات على نمط الوقائع في معطياتها وملابساتها في نطاق الأعراف والعادات السائدة والمتجددة في مجتمعها،
فتوجه وفق مجرياتها ومقتضياتها مراعاة لمقصود الشارع ابتداء من وضعه للوسائل والأحكام القائمة على التيسير

ورفع الحرج عن البشرية بما لا يتعارض وأساسياته في التشريع، وهو منهج أهل الاجتهاد وأئمتهم، ومن مارسوا القضاء في نطاقه عبر مراحل التاريخ الإسلامي، حيث أسسوا اجتهاداتهم في القضايا التي كانت تعرض عليهم، وفصلوا في النزاعات التي تستشكل عليهم في غياب النص التشريعي، وفق التصور التام والدقيق للأوضاع والأعراف الجارية عندهم، والفقهاء العميق لمستجداتها، وبناء على قواعد ومناهج أصولية ذات ارتباط وثيق بفقهاء التنزيل الذي يبني عليه أساسا الاجتهاد القضائي في التشريع الإسلامي، حيث يؤسس بها عملية الاستنباط من النصوص التشريعية في ضوء مقاصدها وكلياتها، كالمصالح المرسله والاستحسان وسد الذرائع، والخروج عن ذلك يعد غلط عظيم على التشريع.

وما أحوجنا إلى هذا المنهج في الاجتهاد لا سيما في واقعنا المعاصر بعاداته وأعرافه المتجددة بما فيها من التشابك والتعقيد، ما يدعو إلى لزوم التكيف معه عند الحكم على القضايا والفصل في النزاعات بما يحقق مصالح البشرية ومتطلباتها الضرورية ومقاصد الشارع الحكيم في آن واحد، وهذا ما نوه إليه العلامة ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين، حيث عقد فصلا في تغير الفتوى بتغير الأزمنة، والأمكنة، والأحوال، والعوائد، وعد الخروج عن ذلك نوع من الجمود فيه من الحرج وتكليف ما لا سبيل إليه، حيث قال: " هذا فصل عظيم النفع جدا، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به"¹، لذلك اعتبره شرطا أساسيا من الشرطين اللذين لا بد للمفتي أو الحاكم أن يلتزم بهما عند الإفتاء أو الحكم في قوله: " ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم: أحدهما: فهم الواقع والفقهاء فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما"²، ويقول أيضا: " نوعان من الفقه للحاكم منهما: فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به بين الصادق والكاذب، والمحقق والمبطل، ثم يطابق بين هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفا للواقع"³.

ونص القرآني أيضا بلزوم اعتبار العوائد والأعراف المتغيرة عند الاجتهاد والإفتاء، وعدم الجمود على المسطور في الكتب، واعتبر الخروج عن ذلك خرقا للإجماع وجهلا بالمقاصد حيث قال: " فمهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمتك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك، وأسأله عن عرف بلده، وأجره عليه، وافته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء

¹ - ابن القيم، إعلام الموقعين، 87/1.

² - ابن القيم، إعلام الموقعين، 87/1.

³ - ابن القيم، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، ص4.

المسلمين والسلف الماضي¹، وقال في موضع آخر: " إنّ إجراء الأحكام التي مدرکہا العوائد مع تغير تلك العوائد: خلاف الإجماع وجهالة في الدين"⁽²⁾، وهو ما ذكره أيضا ابن عابدين في قوله: " كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد"⁽³⁾.

واعتمادهم للأعراف والعوائد عند الاجتهاد تعلق الأمر بالإفتاء أو الحكم أو القضاء لإمكانية التوصل بها إلى الكشف عن المصالح والمفاسد المتوقعة عن الأحكام الاجتهادية المناطة بقضاياها بالفصل فيها في نطاقها، بمقتضى أنها الضابط الذي يحكمها ويشكلها، حيث تشكلها الأوضاع والأعراف المتغيرة زمانا ومكانا باعتبار ما تؤول إليه من نتائج ومآلات تكون مناطات لتلك الأحكام، والتي تتبعها في الإقدام أو الإحجام أو التقييد، يقول القرافي: " كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد: يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة"⁽⁴⁾، ويقول عبد المجيد النجار: " إن معنى ذلك أن تأصيل الضروريات المصلحية لا يستند فيه الباحث على مجرد مقررات الشرع، بل لابد له من الالتفات إلى الظروف المتباينة التي تنزل فيها تلك المقررات"⁽⁵⁾.

لذا يتطلب على الدوام نظرا جديدا، وتقديرا مناسبا كما يقول أحمد الريسوني: " لا يمكن إنكار أن هناك مصالح كثيرة ومفاسد تتأثر باختلاف الأحوال، وتغير الظروف، فتتغير أوضاعها وسلم أولوياتها، وتغير نفعها أو ضررها مما يستدعي نظرا جديدا، وتقديرا مناسبا ووسائل مناسبة وكل هذا يؤثر على الأحكام تأثيرا ما، ينبغي أن ينظر فيه ويقدر بقدره بلا إفراط ولا تفريط"⁽⁶⁾.

وهذا النوع من الاجتهاد قد عالج عدة قضايا ومشكلات وسجلت لها حلول شرعية بما يتناسب والأعراف السائدة في نطاقها، وما يميز الاجتهاد القضائي كنوع من أنواعه أن يعالجها بما يحقق المصلحة العامة للمجتمع ككل، وستتناول البعض منها في مجال الأحوال الشخصية والأسرية لارتباطها الوثيق بمسألة الأعراف والعوائد، إذ تشكل عادة وتسري في الواقع وفقها وتتجدد بتجددها، كما أنها محور البحث، ومن القضايا الأكثر طرحا في هذا النطاق، وفي هذا العصر الحالي بالذات، وفصل فيها اعتمادا بالعرف:

¹ - القرافي، الفروق، 314/1.

² - القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ص 218.

³ - ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مجموعة رسائل ابن عابدين، عالم الكتب، 125/2.

⁴ - القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص 218.

⁵ - جمال الدين عطية، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، ص 79.

⁶ - الريسوني، نظرية المقاصد، ص 288.

- قضية الولاية على المرأة في التزويج وإن رجح رأي الجمهور الفقهاء⁽¹⁾ في إثبات الولاية على المرأة في التزويج لقوة أدلتهم، خلافا للحنفية⁽²⁾، وإن استحسّن هذا الأخير وجود الولي أثناء إبرام العقد نيابة عنها، إذ لا يليق بمحاسن العادات أن تقتحم مجالس الرجال، كما جعل زواجها موقوف على رضاه وله حق الاعتراض فيما تبين له عدم كفاءة الزوج لموليته إلا أن بعض أهل العصر أقر خلاف ذلك مراعاة للواقع والعرف أيضا، فقد أقر المجلس الأوروبي للبحوث والإفتاء من " أن الحرص على موافقة الولي عند إجراء عقد الزواج مطلوب دينيا واجتماعيا، لكن إن اقتضى الحال تزويج المرأة بدون ولي لظروف معينة كتعذر إذنه أو كعضله، فلا بأس من العمل بقول من لا يشترط الولي لابتداء العقد، وأما إذا تم العقد دون ولي فإنه عقد صحيح، مراعاة لقول المخالف.... وأنه ليس كل قريب يصلح أن يكون وليا للمرأة لعقد نكاحه، بل من توفرت فيه مجموعة الشروط المعتبرة، ومن أهمها أن يكون تصرفه نافعا لها لا ضارا بها"⁽³⁾.

- وأقر أيضا فقهاء العصر⁽⁴⁾ زواج المسيار على رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة مع إلغاء إلغاء الشروط المناقضة لمقتضى العقد⁽⁵⁾ خلافا للملكية الذي حكم بفسخه قبل الدخول وبمضي بمهر المثل بعد الدخول⁽⁶⁾، وهو نوع من الزواج الذي تتنازل فيه المرأة عن بعض حقوقها في نطاق الشروط التي يتفق عليها الطرفان أثناء إبرام العقد مع كراهته، وهذا اعتبارا للعرف، حيث انتشرت صورته اليوم في معظم المجتمعات الإسلامية كتنازل المرأة عن النفقة، وعن السكن، والقسم عند تعدد الزوجات، ولأسباب عدة ترتبط عادة بغلاء المهور وتكاليف الزواج، واستفحال ظاهرة العنوسة، وكثرة المطلقات والأرامل، وانتشار البطالة بين الشباب وغلاء المعيشة، وقد عمل المشرع الجزائري برأى الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة، وما مال إليه أهل العصر في

-
- 1- مالك، الموطأ، 165/2. الشافعي، الأم، 22/5. النووي، المجموع شرح المذهب، 146/16. ابن قدامي، المغني، 337/7. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 66/8. الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، الشوكاني السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، 264/2.
 - 2- المرغيناني، الهداية، 213/1 - 214. ابن عابدين، رد المختار، 153/4.
 - 3- المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، الدورة الرابعة عشرة، بمقره بدبلن، في الفترة من: 14 - 18 محرم 1426/الموافق 23 - 27 فبراير 2005، قرار بشأن الولاية في النكاح، رقم: 14/3. <http://www.e-cfr.org>
 - 4- المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثامنة عشر، بمكة المكرمة، في الفترة من 10-14/3/1427هـ الموافق 8-12/4/2006م، قرار بشأن عقود النكاح المستحدثة، رقم: 5. <http://www.themwl.org> ومن المعاصرين: يوسف القرضاوي، وهبة الزحيلي. عبد العزيز بن باز، عبد العزيز بن عبد الله آل الشيخ، عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، إبراهيم بن صالح الحضير، محمد السيد الطنطاوي نصر فريد واصل، عبد الله بن منيع، أحمد المحجي الكردي، انظر: القرضاوي، زواج المسيار، 02 جمادى الأولى 1422هـ- الموافق 21/07/2001م، <http://www.zuhayli.com>، الزحيلي، محمد فتاوى، <http://www.qaradawi.net>
 - 5- الشافعي، الأم، 107/5. النووي، روضة الطالبين، 589/5. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ابن قدامي، المغني، 450/7. العيني، البناية شرح الهداية، المرادوي، الإنصاف، 344/6. الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، 195/2 - 196..
 - 6- الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، 195/2 - 196.

المادة 35 من قانون الأسرة الجزائري 1984م المعدل والمتمم بأمر رقم 05-02 سنة 2005م⁽¹⁾ أنه " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

- لزوم توثيق عقد الزواج قبل الدخول عند أهل العصر⁽²⁾ وإن استحسنه جمهور الفقهاء القدامى ابتداء في زمنهم ولو انعقد شرعا بتوفر أركانه، وهذا حماية للحقوق وقطع النزاع، إذ قد يترتب في حالة تركه ضياع الحقوق كالصداق المؤخر مع التعارف على إيقاعه مؤخرا الإرث، وإثبات النسب، والنفقة، وحق الخلع والتطليق....، ما قد يسبب ذلك إحداث النزاعات في إثبات الحقوق، لما يقتضيه واقع الحال في توثيق العقود في أحوال الناس مع فساد الأخلاق والذمم وغياب الأمانة والصدق خصوصا في واقعا، الذي أفضى كثيرا إلى إنكار الزواج والمحاكم الجزائرية تشهد ذلك في الآونة الأخيرة، وقد استفحل مع تقييد قانون الأسرة الجزائري للتعهد بالحصول على موافقة الزوجة الأولى، وترخيص من رئيس المحكمة طبقا للمادة 8 من قانون الأسرة المذكور أعلاه، فأضحى المتزوج يعقده في الغالب عرفيا وسرا، حماية لأسرته الأولى، فيلزم توثيق عقد الزواج من باب السياسة لصالح العام، يقول يوسف القرضاوي: " في هذه الحالة إذا صدر أمر القانون من ولي الأمر الشرعي بإيجاب التوثيق تصبح طاعته لازمة شرعا"⁽³⁾.

- تقييد تعدد الزوجات تماشيا مع ما تعارف عليه الناس في أسلوب إيقاعه والآثار الناجمة عنه، ووفق الحاجة المتوقعة، يقول ابن عاشور: " إذا لم يتم تعدد الزوجات على قاعدة العدل بينهن اختل نظام العائلة، وحدثت الفتن، ونشأ عقود الزوجات أزواجهن، وعقوق الأبناء آباءهم بأذاهم في زواجهم وفي أبنائهم، فلا جرم أن كان الإذن في التعدد لمصلحة يجب أن تكون مضبوطة غير عائدة على الأصل بالإبطال"⁽⁴⁾، وفي قرار من المجلس الأوربي للبحوث والإفتاء حول ترخيصه للتعدد بمقتضى الواقع: "إنما أباح الإسلام ذلك لأنه دين واقعي..... فالزواج الثاني قد يحل مشكلة عند الرجل الذي لا تنجب امرأته، أو تطول عندها فترة الحيض، وهو قوي الشهوة، أو يصيبها المرض، ويستمر معها، ولا يريد أن يطلقها إلى غير ذلك وقد يحل مشكلة عند المرأة الأرملة التي يموت زوجها ولا تطمع في الزواج من شاب لا زوجة له، ومثلها المطلقة وهي شابة، وخصوصا لو

1- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

2- أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، ط:1، 1420هـ - 2000م ص 133-136.

3- يوسف القرضاوي، الزواج العربي، حلقة على الأنترنت، بتاريخ: 18/04/1998م، <http://www.aljazeera.net>

4- ابن عاشور، محمد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية، تونس، 1984م، 226/4.

كان لها طفل أو أكثر وقد يحل مشكلة عند المجتمع كله، عندما يزيد عدد النساء الصالحات للزواج عن عدد الرجال القادرين على النكاح، وهذا قائم باستمرار، ويزداد تفاقما بعد الحروب ونحوها"⁽¹⁾.

المحور الثاني: أثر العرف كمصدر من مصادر الاجتهاد القضائي في معالجة المشكلات الأسرية في قانون الأسرة الجزائري

وهو لا يختلف عما اتجه إليه الفقه الإسلامي باعتباره المصدر الأصلي في تقنين قضايا الأسرة في الجزائر، ولا في منهجه وفق قرارات المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية في منح السلطة التقديرية للقاضي في إعطاء حلول من خلال تكييفه للنص القانوني مع الوقائع والمشكلات بمتطلباتها في نطاق الأعراف والعوائد السائدة في الجزائر، وتفسيره تماشياً مع روح النص وأبعاده المقاصدية في نطاق مرجعيته الأساسية، وهو التشريع الإسلامي في قواعده ومبادئه الكلية، كما له فيما سارت عليه المحكمة العليا في اجتهاداتها بموجب ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري 1984م المعدل والمتمم بأمر رقم 05-02 سنة 2005م من الرجوع إلى الفقه الإسلامي فيما لم يرد فيه نص، ومن خلال الاستناد إلى جميع الاتجاهات الفقهية دون ضرورة الالتزام بالاتجاه المالكي فقط، مستندا في ذلك إلى العرف كمصدر احتياطي أقره المشرع في غياب التشريع بموجب المادة الأولى من القانون المدني، كما للقاضي أيضاً التنسيق والجمع بين النصوص عند التعارض بما يتلائم وأعرافنا.

فتقع بذلك الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا بمثابة التشريع المكمل للنص القانوني، حيث تسد الثغرات القانونية ومنطقة الفراغ المفترضة عادة في التشريع بعدم مواكبة نصوصه وقوانينه لجميع الوقائع والأحداث، وإحاطتها التامة بملابساتها ومعطياتها، حيث يعد العرف جزءاً من حيثياتها، فهو بذلك يكون المشرع قد جعل مهامها متنوع بين الرقابة على تطبيق القضاة للقانون، وعدم مخالفة أحكام التشريع الإسلامي، ومراعاة الأعراف وتلبية احتياجات المجتمع، ينحو في ذلك المشرع الجزائري إلى تحقيق مقاصد التشريع الأسري، بما تمليه من مصلحة الاستقرار والطمأنينة والسكينة والألفة والمودة، والتعاقد والتعاون نحو تحقيق المقصد العام في حفظ التناسل، جاء في قرار المحكمة العليا عن اجتهاداته: " إن القرار الذي لا يكون معتمداً على أي أساس قانوني أو شرعي يكون مشوباً بالانعدام في الأساس القانوني"⁽²⁾، كما أقر " أن لا حكم يعلو على الشريعة"⁽³⁾، والاعتداد بالأعراف في وضع الأحكام والقوانين من مقرراتها.

¹ - المجلس الأوربي للبحوث والإفتاء، الدورة الرابعة بالمركز الثقافي الإسلامي ببدلن بايرلندا، في الفترة الممتدة من 18-22 رجب 1420هـ/الموافق 27-31 أكتوبر 1999م، قرار بشأن رخصة الزواج من أربع نسوة وسوء استخدامها، رقم: 4/4.

² - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 312.

³ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 305.

لذا تجد المحكمة العليا قد اعتبرها في اجتهاداتها في مواضع عدة، كتوريث المطلقة في مرض الموت عملا بنقيض مقصوده على رأي المالكية اعتبار للعرف السائد في الواقع الجزائري، وعاداته في حرمان المرأة من الميراث لا سيما في القرى، وأيضا لزوم النفقة على الرجل في حق الزوجة بالدخول على رأي المالكية بمجارة للعرف في بلادنا، حيث يستقبح الناس عادة مطالبتها بما قبل الدخول، وما فرضه أيضا العرف والواقع في توزيع أثاث البيت بعد الطلاق بين الزوجين، لما تعارفنا عليه اليوم من مساهمة المرأة العاملة في اقتنائها للأثاث المشتركة بمالها الخاص، حيث يتقاسمها مع اليمين سواء تعلق بالمتاع الخاص بالرجل أو المرأة على ما هو معهود عليه سابقا، كالفراش، الأرائك...، طبقا للمادة 73 من قانون الأسرة الجزائري المذكور أعلاه، كما أعطى المشرع الجزائري في نطاق هذه المادة السلطة التقديرية للقاضي في تحديد المتاع الخاص بالطرفين حسب ما هو المتعارف عليه عند النزاع وعدم وجود البينة، فالقول بصريح المادة للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثتها مع اليمين في المعتاد من الرجال، وهو ما أكده قرار المحكمة العليا في اجتهاداته: "من المقرر قانونا أن المشتركات بين الزوجين في الأمتعة يتقاسمها مع اليمين وتحديد ما يعد للنساء وما يعد للرجال مسألة واقع يختص بتقديرها قضاة الموضوع"⁽¹⁾.

ومع اعتداد المحكمة العليا للعرف كمصدر تشريعي في غياب النص أو الحكم الفقهي أو عند التناقض مع ما قرره المحاكم العادية باعتبارها المراقبة لمدى تطبيق هذه الأخيرة للقوانين، فإنه يبقى الإشكال المطروح اليوم على نطاق اجتهاداتها وفق أعرافنا وعوائدنا فيما مدى مراعاة مقاصد التشريع الإسلامي بقواعدها باعتباره مصدر التشريع الأسري بصريح عبارتها كما سبق الذكر.

المحور الثالث: نماذج عن الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا في الجزائر في القضايا الأسرية

من خلال تتبع واستقراء لغالب القضايا التي حكمت فيها المحكمة العليا في مجال الأحوال الشخصية منذ صدور قانون الأسرة 84 / 11 سنة 1984م، والتي تستند إلى العرف، قليلة جدا، أنيطت أغلبها بمسألة صداق المثل، أو النفقة، أو إثبات الزواج العربي... بعيدا عن مقتضيات العرف، وهذا الأمر لعله راجع إلى الصفة الثبات التي تتميز بها أحكام الأحوال الشخصية عادة، إذ لا تخضع للتغير إلا في النادر، ومع ذلك هناك متطلبات وإشكالات دقيقة في واقعنا في نطاق العوائد المستجدة، ما يدعو توقع حدوثها، ومع ذلك لم أجد لها وقائع تم الفصل فيها على مستوى اجتهادات القضائية للمحكمة العليا على حد علمي، كالمسائل المتعلقة بالخلع والشروط التي اتفق عليها الطرفان أثناء إبرام العقد، والحضانة....

ومن أهم القرارات التي اعتبر فيها الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا للعرف السائد في الجزائر:

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 222651، قرار بتاريخ 18/ 05 /1999م.

- الحكم بخلع الزوجة بمقابل مبلغ مالي الذي طعن بالنقض، لأن الحكم بالخلع منوط بموافقة الزوج، الذي لم يرض بالمبلغ المقابل الذي فصلت فيه المحكمة، ورفض الطعن: إن الخلع يحكم فيه القاضي دون اشتراط الزوج، وعند الاختلاف في مبلغ التعويض بحكم القاضي فيما لا يتجاوز قيمة المثل⁽¹⁾، وهو هنا استند اجتهاد المحكمة إلى العرف في اعتبارها عند التنازع بقيمة مهر المثل المتعارف في مجتمعنا، وهو خاضع للتغير على الدوام بتغير العرف في تحديد قيمته، وهو لم يخرج عما أتجه إليه جمهور الفقهاء.

- موضوع إثبات الزواج العرفي بعد الدخول مع عدم حضور الولي وانعدام في الأساس القانوني، واعتبرت المحكمة العليا رفض قضاة الموضوع لإثبات العقد في الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي بصداد المثل مخالفة للقانون⁽²⁾ طبقا للمادة 22 الذي لا بد أن يثبت في حالة عدم تسجيله بحكم قضائي مع مراعاة المادة 9، وأيضا من خلال تفسيرها للمادة 33 من قانون الأسرة الجزائري 1984م، والذي وافق أيضا المعدل والمتمم بأمر رقم 05-02 سنة 2005م، حيث نصت بإبطال الزواج إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول، ولا صدق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدق المثل، ومحل الشاهد " الولي في حالة وجوبه"، حيث استثنت الثيب، فلا يجب في حقها عملا برأي الحنفية استنادا لما اعتيد من المرأة الثيب أن لها من الوعي والخبرة والتجربة عدم الاغترار في انتقاء الشريك المناسب عكس المرأة التي لم يسبق لها الزواج، وهذا حماية لمصلحة المرأة المتضررة في هذه الحالة في إثبات عقد زواجها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إثباته للعقد العرفي لما غلب في مجتمعنا الدخول بالزواج بالفاتحة خصوصا في المناطق الريفية.

- اعتبار الخطبة المقترنة بالفاتحة زواجا متى توافر أركانه طبقا للمادة 9 من قانون الأسرة المذكور أعلاه، وغير ذلك يعتبر وعدا بالزواج⁽³⁾، وعد قرار قضاة الموضوع في اعتباره وعدا بالزواج خرقا للقانون، ونقض الحكم تأسيسا على العرف السائد في الجزائر من اقتراح الخطبة بالفاتحة غالبا التي تتم عادة بتوفر أركان الزواج الدافع بعد ذلك إلى اعتبارها الشهود الذي أثبتوا توفر أركان الزواج.

- تقدير النفقة قضاء حسب حال المعيش، جاء في قراره: " من المقرر فقها وقضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين، يسرا أو عسرا، ثم حال المعيشة، ومن ثم فإن القضاء

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 52278، قرار بتاريخ 02/01/1989م.
2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 253366، قرار بتاريخ 23/01/2001م.
3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 111876، قرار بتاريخ 04/04/1995م.

بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية⁽¹⁾، وهذا طبقا للمادة 79 من قانون الأسرة: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعيش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، فعلى القاضي بموجب نص المادة وقرار المحكمة أن يراعي الحالة المادية للزوج، وقدرته الشرائية، ومستلزمات النفقة مما تعارف عليه أفراد المجتمع أنها من الضروريات الواجب اقتناؤها، وتقدير هذه الضروريات يختلف من مجتمع لآخر، ومن زمان لآخر، فما يصنف من الكمالي في مكان وزمن قد يصنف من الضروري في مكان وزمن آخر، ووفق ذلك يتحدد مقدر النفقة، وهو ما ينسجم وروح التشريع.

- تقدير التعويض عن الضرر، فقد اتجهت المحكمة العليا في قرارها أن تقدير التعويض عن الضرر يرجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع بمعاينة الوقائع التي تحدد حجم الضرر دون أن يخضعوا في ذلك لرقابتها، ويكفي تحديد طبيعة الضرر مادي أو معنوي، لمنح التعويض المقدر الأساس القانوني، والتي ستتحدد حتما في نطاق الأحوال والأعراف والعوائد، جاء في قرار المحكمة العليا: "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل"⁽²⁾، وأسباب تحديد مبالغ التعويض ترتبط أساسا بطبيعة الضرر، والكشف عن حقيقته المنوط بواقع الحال ومقتضياته بأعرافه وعاداته.

الخاتمة:

خلاصة القول أن الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائري يرتبط أساسا بالاجتهاد الفقهي المعاصر في معالجة قضايا ومشكلات واقع الجزائر في مجال الأحوال الشخصية ومستجداته وفق أعرافه وعوائده، والذي لا بد أن يقوم على قواعد التشريع الإسلامي ومقاصدها في غياب النص التشريعي أو تكييفه وفقها، وهذا من خلال انتقاء الرأي المناسب من آراء الاتجاهات الفقهية القديمة أو المعاصرة بما يتناسب والأعراف السائدة في المجتمع الجزائري مراعاة لمصالحهم، واحتياجاتهم الضرورية المتطلبة وفق تلك الأعراف، وبما يخدم مقاصد التشريع الإسلامي، ودون الخروج عن أصوله وثوابته.

وهذا الأمر يتطلب حتما التوصية بضرورة إنشاء مجمع فقهي في الجزائر تابع للمحكمة العليا، يتكون من المختصين في مجال الفقه الإسلامي والقانون وعلم الاجتماع، لمعالجة الإشكالات الأسرية المستجدة، والمطروحة على مستوى المحكمة العليا المختصة أساسا في مراقبة مدى تطبيق القانون بأبعاده المقاصدية، والذي سيكون

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 55116، قرار بتاريخ 09/02/1989م.

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 95029، قرار بتاريخ 18/06/1991م.

له دورا كبيرا بعد ذلك في تكوين منظومة قانونية جديدة في مجال الأحوال الشخصية، تساهم في سد الثغرات القانونية ومنطقة الفراغ التشريعي المفترضة عادة بعدم مواكبة نصوصه وقوانينه لجميع الوقائع والأحداث، والإنفاذ بأحوالها وظروفها، التي تستجد على الدوام، حيث يعد العرف جزء من حيثياتها، ما يجعله مصدرا للاجتهاد الفقهي والقضائي.

قائمة المراجع

- الخرشبي: أبو عبد الله محمد بن عبد الله، الخرشبي على مختصر سيدي خليل، دار صادر، بيروت.
- الزحيلي: محمد فتاوى، <http://www.zuhayli.com>
- الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط: 1، 1413هـ - 1993.
- الشوكاني: محمد بن علي، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ت: محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت.
- ابن عابدين: محمد أمين بن عمر، رد المختار على الدر المختار، ت: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط: 1، 1418هـ - 1997م.
- ابن عابدين: محمد أمين بن عمر، مجموعة رسائل ابن عابدين، عالم الكتب.
- ابن عاشور: محمد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية، تونس، 1984م
- عطية، جمال الدين، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، دار الفكر، دمشق، ط: 1، 1422هـ - 2001م.
- العيني: محمود بن أحمد بن موسى، البناية شرح الهداية، ت: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط: 1، 1420هـ - 2000م.
- ابن قدامي: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان بيروت، 1403هـ - 1983م.
- القرافي: شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، دار البشائر الإسلامية، لبنان، بيروت، ط: 2، 1416هـ - 1995م.
- القرافي: شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس، الفروق، ت: محمد أحمد سراج على جمعة محمد، دار السلام، مصر، القاهرة، ط: 1، 1421هـ - 2001م.
- القرضاوي: يوسف، الزواج العربي، حلقة على الأنترنت، بتاريخ: 1998/04/18م.
[/http://www.aljazeera.net](http://www.aljazeera.net)

- القرضاوي: يوسف، زواج المسيار، 02 جمادى الأولى 1422هـ- الموافق 2001/07/21م،
<http://www.qaradawi.net>
 - ابن القيم: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، ت: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت،
 - ابن القيم: أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن أبي بكر أعلام الموقعين عن رب العالمين ت: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، 1973م.
 - مالك: أبو عبد الله مالك بن أنس، الموطأ، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، مصر.
 - مجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث. <http://www.e-cfr.org>
 - مجمع الفقهي الإسلامي. <http://www.themwl.org>
 - المرادوي: علاء الدين أبي الحسين علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت ط: 1، 1418هـ - 1997م.
 - المرغيناني: الهداية، المرغيناني: أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر الرشداني، الهداية شرح بداية المبتدأ، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط: 1 1410هـ - 1990م.
 - النووي: أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين، ت: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت.
 - النووي: أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر.
 - ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بيروت.
 - القوانين والقرارات
 - قانون رقم 84- 11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
 - قرارات المحكمة العليا لغرفة الأحوال الشخصية.
- [/https://1biblothequedroit.blogspot.com](https://1biblothequedroit.blogspot.com)

