

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ألكل مآند أولآآ - البوبرة
كلية الآقوق والعلوم السلسلسة
قسم: القانون الآص



بآآ بعنوان

آور الآآآآ الآضائى فى آكرىس الآمالة القانونفة للنفقة فى الآزائر

مذكرة آكملفة لنفل شهادة الماسآر فى القانون الآص

آآصص: قانون الأسرة

إشراف:

الذكآور آآاآى فؤاد

إعداد الطالبلن:

• يعقوبى كهبلنة لوبزة

• العلوانى سمفر

لآنة المناقشة:

رئفسا

مشرفا ومقررا

مماآنا

الأستاذ: عثمانى الآسفن

الأستاذ: د. آآاآى فؤاد

الأستاذ: د. لعمفرى ياسفن

السنة الارسفة: 2019/2018.

نوقشت فوم: 2019/10/03.

إهداء

﴿... رَبِّ ارْحَمهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾

إلى روح والديا رحمهما الله وطيب ثراهما.

إلى زوجتي الفاضلة التي لم تبخل علي بتشجيعاتها.

إلى أولادي فلذة كبدي.

إلى إخوتي وكل أفراد عائلتي.

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل.

إلى هؤلاء جميعا أهدي هذا العمل.

إهداء

أهدي هذا العمل إلى والدي حفظه الله وأطال في عمره،

و إلى والدتي العزيزة رحمة الله عليها،

إلى إخوتي، إلى زوجي و رفيق دربي، وإلى فلذة كبدي زينب،

إلى كل زملائي و زميلاتي في قسم قانون الأسرة.

إلى كل أساتذة و طلبة كلية الحقوق بجامعة البويرة.

إلى كل طالب علم...

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أماننا على إتمام هذا العمل

نتوجه بالشكر إلى كل الأساتذة الذين ساهموا في إكمالنا

إلى هذه المرحلة العلمية، كما نخص بالشكر الأستاذ الفاضل: نجاتي فؤاد

الذي لم يبخل علينا بالنصائح والتوجيهات ولا يفوتنا أن نتقدم بالشكر إلى كل

من ساعدنا في إنجاز هذا العمل من قريب ومن بعيد، كما نتقدم بجزيل الشكر

إلى أعضاء لجنة المناقشة، الذين تكرموا بمناقشة هذه المذكرة

قائمة أهم المختصرات

قائمة أهم المختصرات:

أ: أستاذ.

د: دكتور

ص: صفحة.

غ.أ.ش: غرفة أحوال شخصية.

غ.ج: غرفة جزائية.

ق أ ج : قانون أسرة جزائري.

ق.ع.ج :قانون عقوبات جزائري.

م.ق:مجلة قضائية.

م.ع:محكمة عليا.

ج.ر:جريدة رسمية.

مقدمة

مقدمة:

لقد اهتم المشرع الجزائري بالأسرة وأحاطها بجملته من النصوص القانونية لحمايتها وصيانة حقوقها من الناحية المدنية و الجنائية،ومن هذه الحقوق:حقوق الطفل في النفقة،حق الزوجة في النفقة ،والتي كرسها المشرع في المواد 74،75،76،77،78 من قانون الأسرة الجزائري ، بحيث حدد في هذه المواد مضمون النفقة والأشخاص الملزمين بها ،وكما انشأ صندوق النفقة بمقتضى قانون رقم 15-01 المؤرخ في 2015/01/04 الذي يتولى دفع نفقة الطفل المحضون ونفقة الزوجة عند امتناع المدين عن دفعها ،ثم أضفى صفة التجريم على فعل عدم دفع النفقة لأصحابها،إذ فرضت عقوبات على القائمين بهذه الجريمة على لسان المادتين 331و332 من قانون عقوبات.

إن المشكلة التي تواجه المتخصصين في مجال القانون ولاسيما القضاة والمحامين ، تتمثل أساسا في تفسير قانون ساري المفعول وتحديد الحل المناسب لقضية معينة ويتولى عملية الاجتهاد في الجزائر المحكمة العليا التي تعطي حلا لقضية معروضة أمامها في حالات عدم وجود النص القانوني واجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته ،فمن المؤكد انه لا يجوز للقاضي أن يلجأ إلى الاجتهاد حين وجود نص واضح.

فعندما يجد القاضي نفسه أمام قضية و يقابلها نص غامض فعليه القيام بعملية تفسيره، أما إذا انعدم النص القانوني الذي يفترض أن ينظم الواقعة القانونية المطروحة أمام القاضي فيحكم هذا الأخير بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية وهذا طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري،تحت طائلة اعتباره منكرا للعدالة.

والنفقة الأسرية من المواضيع التي حضرت باهتمام الفقه الإسلامي،فأفرد له مساحة هامة،فكانت جل الاجتهادات والبحوث مرجعيتها مصادر الشريعة الإسلامية،أما التشريع الجزائري أعطى تنظيمًا خاصاً لأحكام النفقة،من ذلك :قانون الأسرة.

أهمية الموضوع:

- تكمن أهمية الموضوع في دراسة كيفية مساهمة الاجتهاد القضائي في سد النقص في النص القانوني وغموضه في موضوع النفقة.
- بيان مدى مساهمة قرارات المحكمة العليا في حل المسائل المتعلقة بالنفقة.
- الأهمية التطبيقية التي تتمثل في معرفة تعامل القضاء مع خصوصية النفقة في ظل عدم وضوح النص القانوني أو عدم وجوده أصلاً.

الإشكالية:

- كيف ساهم الاجتهاد القضائي الجزائري في سد ثغرات التشريع الخاص بالنفقة؟
وتتدرج تحت هذه الإشكالية عدة تساؤلات:
- ما هي أهم اجتهادات المحكمة العليا في مسائل النفقة التي كملت القصور أو النقص في قانون الأسرة؟
- ما قيمة قرارات المحكمة العليا التي تمثل مبادئ الاجتهاد القضائي الوضعي الخاص بالنفقة؟
- وهل تعتبر هذه الاجتهادات كافية في سد العجز التشريعي؟ أم سببا في تعديل التشريعات؟

أسباب اختيار الموضوع:

أسباب ذاتية:

- ميولنا للمواضيع ذات الطابع العملي من خلال الممارسة القضائية خاصة الاجتهاد القضائي في القضايا الأسرية.
- الرغبة الملحة لمعالجة المواضيع المتعلقة بالنفقة والاجتهادات القضائية الخاصة بها.

أسباب موضوعية:

- لم وجمع مختلف الاجتهادات القضائية الخاصة بالنفقة، المتفرقة في مختلف المراجع، وجعلها في مدونة واحدة لتسهيل مهمة البحث للطلبة الجامعيين والدراسات العلمية المستقبلية.
- عدم إمكانية تصور قواعد قانونية شاملة كاملة وافية في موضوع النفقة، مما يجعل ضرورة تدخل الاجتهاد القضائي لسد الفراغ القانوني وضرورة تخصص القاضي الجزائي، وإمامه بعلم الفقه، لارتباط روح القواعد القانونية بأحكام الشريعة الإسلامية السمحة.

الدراسات السابقة:

- بعد قراءتنا لما يتصل بالموضوع من حيث اطلاعنا على مختلف الجوانب النظرية والتطبيقية المتعلقة بالنفقة، وبيان أهم الاجتهادات القضائية في قانون الأسرة الجزائري، لم نعر على دراسات وبحوث علمية أكاديمية متميزة تناولت بصفة خاصة الاجتهاد القضائي في النفقة- في حدود علمنا - إلا أن الملاحظ على مجمل الكتابات والإشارات الواردة حول الموضوع جاءت عامة لعدم تخصيص باب أو محور متعلق بالاجتهادات القضائية في النفقة بل ذكرت على سبيل محدد في وجه واحد أو وجهين على الأكثر.
- نذكر على سبيل المثال: الدكتور بلحاج العربي " الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" الذي أشار فقط إلى بعض الاجتهادات القضائية في النفقة.
- الأستاذ: بوبشير محند أمقران "تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق" الذي لم يتطرق ولو بإشارة بسيطة إلى تجسيد الاجتهاد القضائي في موضوع النفقة.
- وعلى هذا جاءت هذه الدراسة محاولة للوقوف على مدى إمكانية المحكمة العليا مساندة ما يطمح إليه المشرع الجزائري من وراء وضعه للقوانين الخاصة بالنفقة، خاصة في حالات نقص في النص أو غموضه أو عدمه.

أهداف الدراسة:

- إبراز دور الاجتهاد القضائي و مدى قدرته في استيعاب مستجدات النفقة بما يضمن حفظها.
- يطمح البحث إلى بيان مدى تناسق واستقرار الاجتهاد القضائي في موضوع النفقة.
- معرفة مدى مساهمة قرارات المحكمة العليا التي تمثل مبادئ قضائية يمكن الرجوع إليها في حل مشاكل النفقة وسد الفراغ التشريعي.
- إثراء المكتبة الجزائرية وإفادة الطلبة الجامعيين وذلك بتحليل موضوعنا والتعرض للجزئيات.
- إجراء دراسة تحليلية لمسائل صدرت بشأنها نصوص قانونية وقرارات من المحكمة العليا تمثل اجتهادات قضائية تفسيرية

المنهج المتبع:

- المنهج التحليلي بالاستعانة بالفقه والقضاء ومناقشة النصوص والأحكام القضائية.

خطة الدراسة:

لقد اخترنا لدراسة وتحليل موضوعنا الخطة المنهجية التالية: الفصل الأول الذي عنوانه بماهية الاجتهاد القضائي والنفقة، وقسمناه إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول الجانب المفاهيمي للاجتهاد القضائي، أما في المبحث الثاني تطرقنا فيه لمفهوم النفقة، والفصل الثاني من الدراسة خصصناه لتبيان الاجتهاد القضائي في الحماية المدنية (المبحث الأول) والجزائية (المبحث الثاني) للنفقة في الجزائر، وسنأتي إلى تفصيل ما تقدمنا به كما يأتي:

الفصل الأول

ماهية الاجتهاد القضائي والنفقة

تمهيد:

للاجتهاد أهمية كبيرة في التشريع الإسلامي منذ زمن الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته الكرام والتابعين، وتابعيهم إلى عصرنا الحاضر، فهو الميدان الرحب للمستنبطين للأحكام، وذوي الفكر الاجتهادي. وهو مناط للأحكام وأصل للفقهاء وعمدة للإجماع والنبع الثري للفقهاء والمتفقه، وبه تعرف أدلة التشريع وتدرج أسرار الشريعة ودقائقها. وكلما تطورت العصور وتغيرت الأحوال زادت الحاجة للاجتهاد والنظر، حتى تتأكد الصلاحية المطلقة في كل زمان ومكان فقها وقضاء، وإلى هذا المعنى أشار الشافعي - رحمه الله - بقوله: >> كل منزل بمسلم فقيه حكم لازم أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة، وعليه إذا كان فيه بعينه حكم بإتباعه، وإذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد<<¹.

وبنوه وهبة الزحيلي بضرورة الاجتهاد بقوله: "وتضاعفت الحاجة إلى الاجتهاد في العصر الحاضر بسبب تعقد المعاملات، وانعزال الدين عن المجتمع، وطرود أنظمة جديدة للحياة لم تكن موجودة، وحدث انقلاب تام في الأوضاع أصبحت معها المسائل الفقهية المدونة قليلة الشبه في الحياة الواقعية، وتغيرت التصورات الاجتماعية للنظام القانوني والجناي وغيرهما"². ولما كان منصب القضاء يختص بالنظر في قضايا الناس التي لا تنتهي لاسيما في الأمور المستجدة والحوادث النازلة وجب على القاضي أن يكون مؤهلاً لاستنباط الأحكام الشرعية لها، ووجب أن يكون ذا قدرة على النظر والاجتهاد كما ذكر الماوردي³. أن شروط ولاية القضاء >> العلم بالأحكام الشرعية<<⁴.

1. محمد بن ادريس الشافعي؛ الرسالة، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار التراث، بيروت، لبنان، ط2 1979 ص 477 بتصرف.
2. وهبة الزحيلي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية (ضمن مجموعة بحوث باسم الاجتهاد في الشريعة الإسلامية)، إدارة الثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ط4 1984، ص 175-176.
3. هو علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن الماوردي، ولد سنة 364هـ وتوفي سنة 451 هـ، كان أقضى قضاة عصره، من العلماء الباحثين، ولد في البصرة وانتقل إلى بغداد، من مؤلفاته، أدب الدنيا والدين، النكت والعيون. الزركلي: الاعلام دار العلم للملايين، بيروت، 327/4.
4. الماوردي: الأحكام السلطانية، تحقيق أحمد مبارك البغدادي، مكتبة دار ابن قتيبة، الكويت، ط 1، 1989، ص 89.

وتعتبر النفقة اللبنة الأساسية التي يقوم بها كل كيان أسري، ولذلك يتعين على الملتزم بها أن يؤديها إلى أصحابها لما لها عظيم الأشراف حفظ هذه الأسرة من التفكك والتشتت وستر العورات وصيانة الحرمات وتحقيق كل الكفاية للعاجز والفقير حتى لا يصبح عائلة على المجتمع يتكفل الناس.

ولما كان للنفقة من أهمية تتطلب المحافظة على الحياة الإنسانية وضع المشرع لها ضوابط قانونية جاء بها مقتضيات قانون الأسرة الجزائري، والذي خصص لها الفصل الثالث من الباب الثاني تحت عنوان انحلال الزواج.

وللتوضيح أكثر في هذا الموضوع ارتأينا إلى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين وهما:

- المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي.

وسوف نبين في هذا المبحث تعريف الاجتهاد القضائي وأهميته ومجالاته وحكمه ومحلّه.

- المبحث الثاني: مفهوم النفقة.

وسنتطرق في هذا المبحث إلى تعريفها ودليل وجوبها وأقسامها وموجباتها؟

المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

لا يقتصر عمل القاضي على تطبيق النصوص تطبيقاً آلياً وإنما يحتاج في كثير من الأحيان إلى تفسير التشريع، وتحديد معناه في يكون حكمه على الوقائع صحيحاً، وبهذا يتبين أن اجتهاد القاضي في تطبيق النصوص، وتفسيرها لا يقل أهمية عن التشريع نفسه، ذلك أن الاجتهاد القضائي يضيف على التشريع طابعه التطبيقي والعملي وهذا ما سيتم تناوله في هذا المبحث الذي قسمنا إلى 3 مطالب.

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد القضائي وأهميته.

المطلب الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي.

المطلب الثالث: حكم الاجتهاد القضائي ومحلّه.

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد القضائي وأهميته

الاجتهاد القضائي مركب إضافي من كلمتين، لتعريفه لابد من تعريف مكوناته

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي.

أولاً: تعريف الاجتهاد

أ. الاجتهاد لغة: افتعال من "جَهْدٌ يَجْهَدُ" إذا تعب، والجَهْدُ والجُهدُ: الطاقة.

وقرى {والذين لا يجدون إلا جهدهم} و{جهدهم}¹

وقيل: الجَهْدُ: المشقة، والجُهدُ: الطاقة، والاجتهاد والتجاهد: بذل الوسع والمجهود في طلب الأمر وهو افتعال من الجهد الطاقة²، وفي حديث معاذ لما أراد النبي صلى الله عليه وسلم أن يرسله قاضياً إلى اليمن قال "كيف تقض ي إذا عرض لك قضاء قال: أقض ي بكتاب الله، قال: "فإن لمتجد في كتاب الله" قال: فبسنة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: "فإن لم تجد في سنة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ولا في كتاب الله" قال: أجتهد رأيي ولا ألو، فضرب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- صدره وقال "الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله"³.

1. سورة التوبة، آية 79.

2. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون- بيروت، محمود خاطر ج 1 ص

119، محمد بن مكرم بن منظور المصري، لسان العرب دار صادر... بيروت، الطبعة الأولى، ج 3 ص 133.

3. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، باب اجتهاد الرأي في القضاء، دار الكتاب العربي، بيروت،

ج 3 ص 330، قال شعيب الأرنؤوط إسناده ضعيف لإبهام أصحاب معاذ وجهالة الحارث بن عمرو، لكن مال إلى

القول بصحته غير واحد من المحققين من أهل العلم منهم الفخر البيروني في "أصوله" والجويني في "البرهان"، وأبو

بكر بن العربي في "عارضة الأحوذى"، والخطيب البغدادي في "الفقه والمتفقه"، وابن تيمية في "مجموع الفتاوى،

وابن كثير في مقدمة: تفسيره"، وابن القيم في "إعلام الموقعين"، سنن أبي داود، تحقيق شعيب الأرنؤوط.. محمد كامل

قره بللي، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، 1430 هـ .. 2009م.

ب. الاجتهاد اصطلاحاً

- عرفه الشوكاني¹ : بأنه بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط² .
- وعرفه الرازي³ بقوله: استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع استفراغ الوسع فيه⁴ .
- وعرفه العز بن عبد السلام⁵ بقوله: <<الاجتهاد هو بذل الجهد والطاقة في النظر في الأدلة الدالة على مطلوب المجتهد>>⁶ .

1. الشوكاني: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني؛ فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، من أهل صنعاء ولد بهجرة شوكان (من بلاد خولان، باليمن) ونشأ بصنعاء، وولي قضاءها سنة 1229هـ، ومات حاكماً بها، له 114 مؤلف منها " نبل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار - ط" ثماني مجلدات، و" البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع - ط" مجلدان، و"الأبحاث العرضية في الكلام على حديث حب الدنيا رأس كل خطبة- و" فتح القدير-ط" التفسير خمسة مجلدات، و"إرشاد الفحول-ط" في أصول الفقه، وغير ذلك، خير الدين بن محمود الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر - 2002م، ج 6 ص 298.
2. محمد بن علي بن محمد الشوكاني إرشاد الفحول دار الكتاب العربي، الطبعة: الطبعة الأولى 1419 هـ - 1999م، تحقيق الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق، ج 2 ص 205.
3. أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي التيمي البكري الطبرستاني الأصل الرازي المولد، الملقب فخر الدين، المعروف بابن الخطيب ، الفقيه الشافعي، فاق أهل زمانه في علم الكلام والمعقولات وعلم الأوائل، له التصانيف المفيدة في فنون عديدة منها تفسير القرآن الكريم، وكتاب البيان والبرهان في الرد على أهل الزيغ والطغيان، وكتاب تحصيل الحق وكتاب الزبدة والمعالم، وغير ذلك، وفي أصول الفقه المحصول والمعالم، وكانت ولادة فخر الدين في الخامس والعشرين من شهر رمضان سنة أربع وأربعين، وقبل ثلاث وأربعين وخمسمائة، بالري، وتوفي يوم الاثنين، وكان عيد الفطر، سنة ست وستمائة بمدينة هراة، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بنخلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر - بيروت، الطبعة الأولى، ج 4 ص 252.
4. محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول للرازي، تحقيق طه جابر فياض العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض، الطبعة الأولى، 1400، ج 6 ص 7.
5. عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي، عز الدين الملقب بسليمان العلماء: فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد، ولد ونشأ في دمشق، وزار بغداد سنة 599 هـ فأقام شهراً، وعاد إلى دمشق، فتولى الخطابة والتدريس براوية الغزالي، ثم الخطابة بالجامع الأموي، وتوفي بالقاهرة، من كتبه " التفسير الكبير " و " الامام في أدلة الأحكام " وقواعد الشريعة - الفوائد - قواعد الأحكام في إصلاح الأنام فقه، و " ترغيب أهل الإسلام في سكن الشام " وغير ذلك الزركلي، مرجع سابق، ج 4 ص 21.
6. أبو محمد عز الدين ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ص 33.

أما من المعاصرين فقد عرفه الإمام أبو زهرة فقال: >> استفراغ الجهد وبذل غاية الوسع، إما في استنباط الأحكام الشرعية، وإما في تطبيقها<<¹.

كما عرفه فتح الدريني فقال: >> بذل الجهد العقلي من ملكة راسخة متخصصة لاستنباط الحكم الشرعي العملي من الشريعة نصا و روحا، والتبصر بما عسى أن يفسر تطبيقه من نتائج على ضوء قواعد أصولية مشتقة من خصائص اللغة و قواعد الشرع أو روحه العام في التشريع<<².

يلاحظ أن الاجتهاد جهد فكري يقوم به المجتهد حتى يشعر من نفسه العجز عن مزيد بحث في المسألة بطريق الاستنباط حتى لا يلحقه لوم بسبب التقصير في النظر، وأما المعاني المستفادة من ظواهر النصوص فلا تسمى اجتهادا لتساوي العقول في إدراكها. ويلاحظ أيضا أن التعريف الشرعي أخص من التعريف اللغوي، حيث أن التعريف الشرعي يتعلق ببذل الوسع والطاقة لاستنباط حكم شرعي من دليله، أما التعريف اللغوي فيشمل بذل الجهد والطاقة لبلوغ أمر مطلقا شرعيا كان أم غير ذلك.

وأما التعريفات الشرعية فهي متقاربة في معانيها إلا أن الإمام أبا زهرة قسم الاجتهاد على اجتهاد استنباط الأحكام واجتهاد في تطبيقاتها، وهو مسبوق في هذا التقسيم من الإمام الشاطبي³ كما سنرى في المبحث الثاني مجالات الاجتهاد.

1. محمد أبو زهرة، أصول الفقه دار الفكر العربي، بدون سنة النشر والطبعة، ص379.
2. محمد فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1997، ص.
3. أبو اسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي نشأ رحمه الله في عصر مضطرب، وظروف قاسية، فقد عاش في مدينة غرناطة في عهد ملوك بني الأحمر، قد اختلف في سنة ولادته فقيل سنة 730 هـ، لم يغادر غرناطة بل أخذ الفقه والأصول عن أكابر علماء عصره، صنف تصانيف نفسه أهمها الموافقات، وكتاب الاعتصام توفي ف شعبان 790 هـ، الموافقات ص9، 10.

ثانياً: تعريف القضاء

أ. القضاء لغة

الحكم والفصل، وأصله من قضاي، لأنه من قضيتاً لأن الياء لما جاءت بعد الألف همزت¹، ومنه قوله تعالى
 {وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا
 إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا
 أُفٌ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا} ²

وهو في اللغة يأتي بمعنى الفراغ تقول قضيت حاجتي، والوصية ومنه قوله تعالى:

{وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ لَتُفْسِدُنَّ فِي الْأَرْضِ مَرَّتَيْنِ وَلَتَعْلُنَّ عُلُوًّا كَبِيرًا} ³،
 أي عهدنا، والصنع والتقدير ومنه قوله تعالى: { فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ وَأَوْحَىٰ فِي
 كُلِّ سَّمَاءٍ أَمْرَهَا وَزَيْنًا السَّمَاءِ الدُّنْيَا بِمَصَابِيحٍ وَحِفْظًا ذَلِكَ تَقْدِيرُ الْعَزِيزِ الْعَلِيمِ} ⁴.

ب. اصطلاحاً

عرفه الخطيب⁵: القضاء شرعاً الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى⁶.

1. ابن منظور، مرجع سابق، ج15- ص186، محمد بن أبي بكر الرازي، مرجع سابق، ج1 ص560

2. سورة الإسراء، آية 23.

3. سورة الإسراء، آية 4.

4. سورة فصلت، آية 12.

5. محمد بن أحمد الشربيني، شمس الدين: فقه شافعي، مفسر، من أهل القاهرة. له تصانيف، منها (السراج المنبر -

ط) بأربعة مجلدات، في تفسير القرآن، و(الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع-ط) مجلدان، و(شرح شواهد القطر-ط)

و(مغني المحتاج-ط) أربعة أجزاء، في شرح منهاج الطالبين للنووي، فقه، و(تقريرات على المطول-ط) في البلاغة،

و(مناسك الحج-ط) الزركلي، مرجع سابق، ج6 ص6.

6. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج4 ص372.

وعرفه الدردير¹: الإخبار بالحكم على وجه الإلزام لما فيه من فصل الخصومات، رفع الهرج وإقامة الحدود ونصر للمظلوم².

وعرفه الكاساني³: هو الحكم بين الناس بالحق، والحكم بما أنزل الله عز وجل⁴.

يلاحظ أن التعريفات الشرعية متقاربة وهي الفصل والحكم على الواقعة المتنازع فيها إذا كان القضاء شرعياً، أو حكم القانون إذا كان بخلافه إذا كان القضاء بخلافه، وأما علاقة التعريفات الشرعية باللغوية، أن التعريف اللغوي أعم فيشمل الحكم والفصل في الخصومة وغيرها، ويشمل معاني أخرى متغايرة كما بينها علماء اللغة.

ثالثاً: تعريف الاجتهاد القضائي

يمكن تعريف الاجتهاد القضائي في مجال القانون بأنه بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية.

فالاجتهاد القضائي كمصدر للقانون هو مجموعة المبادئ القانونية التي تستخلص من الأحكام التي تصدرها المحاكم في المسائل التي تفصل فيها.

1. الدردير هو أحمد بن محمد العدوي، أبو البركات الشهير بالدردري، فاضل من فقهاء المالكية، ولد في بني عدي (بمصر) سنة 1127 هـ، وتعلم بالأزهر، وتوفي بالقاهرة سنة 1201 هـ، من كتبه "أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك" و "منهج القدير" مجلدان في شرح مختصر خليل، و "تحفة الإخوان في شرح البيان"، الزركلي، مرجع سابق، ج1- ص244.
2. أحمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، دار التفكير، ج2 ص174.
3. الكاساني هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاشاني أو الكاساني، يروى بكليهما، علاء الدين فقيه حنفي من أهل حلب له: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في سبع مجلدات، السلطان المبين في أصول الدين، توفي بحلب، الزركلي، مرجع سابق، ج2- ص70.
4. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، سنة النشر 1982، رقم الطبعة الثانية، ج7 ص2.

الفرع الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي

الاجتهاد القضائي لا يكاد يقل أهمية عن التشريع نفسه، لأنه يضيف على القانون طابعه العملي الحي، لأن دور القاضي هو تطبيق النصوص العامة المجردة على الوقائع الخاصة، لأهمية هذا الاجتهاد اعتبر في الدول الأنجلوسكسونية من المصادر الرسمية للقواعد القانونية، حيث تعتبر الأحكام القضائية فيها بمثابة قواعد واجبة التطبيق في القضايا المماثلة إلا أن النظم القانونية اللاتينية ومنها تأثر المشرع الجزائري لا تعتبر الاجتهاد القضائي من المصادر الرسمية، بل من المصادر التفسيرية، ولعل الذي حمل هذه الدول على ذلك الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، فكما أنّ السلطة التشريعية لا يمكنها أن تتولى مهمة الفصل بين الوقائع، كذلك لا تستطيع السلطة القضائية أن تضع القواعد القانونية العامة، ولكل من السلطتين حدود، الأولى: تضع القواعد القانونية اللازمة، والثانية ليس لها إلا تطبيقها فإذا وجدت غموضاً عند التطبيق لجأت إلى تفسيرها وتوضيحها¹.

وإذا كان الاجتهاد القضائي لا يستطيع من الوجهة النظرية إنشاء قواعد قانونية عامة، فإن باستطاعته من خلال تطبيقه لهذه القواعد إلى إيجاد ثروة قانونية غزيرة.

ويتمتع هذا الاجتهاد القضائي من الناحية العملية بقوة إلزامية لا تكاد تقل أهمية عن تلك القوة التي تتمتع بها المصادر الرسمية للقانون، وبالرغم من أنه لا يعتبر ملزماً من الوجهة النظرية إلا بالنسبة للقضايا التي يفصل فيها.

وهذا ما نصت عليه المادة 152 من دستور 96 قبل التعديل وتوافقها المادة 171 بعد تعديل دستور 96: تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم. يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية².

1. هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، مطبعة الإسكان العسكرية، سوريا، ص241.

2. القانون رقم 01-16 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق ل 6. 3. 2016 يتضمن تعديل الدستوري.

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون¹.

وهو ما أكدته المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 90-141 المؤرخ في 19 ماي 1990-الملغى بموجب مرسوم تنفيذي رقم: 268/12 المؤرخ في: 23 يونيو 2012، يحدد شروط وكيفيات نشر القرارات والتعليقات والأبحاث القانونية والقضائية للمحكمة العليا، ج.ر.رقم: 39- المتضمن تنظيم مجلة المحكمة العليا بقولها: (إن موضوع مجلة المحكمة العليا هو التعريف بتطبيق القانون بهدف توحيد الاجتهاد القضائي للمجالس القضائية والمحاكم) ولذلك تستعمل القرارات عبارة " ما استقر عليه قرار المحكمة"، " لما جرى به العمل القضائي " أو عبارة " من المبادئ المستقر عليها قضاء"².

وعلى هذا فإن الاجتهاد القضائي إذا استقر بالنسبة لموضوع من المواضيع فإن المحاكم تحاول عمليا أن تتقيد به في أحكامها وتعتبر نفسها ملزمة ب إتباعه في جميع القضايا التي تعرض عليها، وإن كان هذا الاجتهاد غير ملزم كما سبق ذكره من الناحية النظرية إلا بالنسبة للقضايا التي صدر بشأنها.

وإذا كان للاجتهاد القضائي هذه القوة الإلزامية من الوجهة العملية، فليس معنى ذلك أن هذا الاجتهاد لا يمكن تعديله قط أو الخروج عليه، بل من الممكن أن تعدل المحاكم من اجتهادها إذا وجدت أن هنالك ضرورة تدعوها إلى ذلك، وهذا التعديل إذا كان صادرا عن المحكمة العليا، يصبح هو الاجتهاد الجديد الذي تحاول سائر المحاكم أن تتقيد به لأنه يمثل الاتجاه الأخير لتلك المحكمة³.

وعلى هذا نجد أن الاجتهاد القضائي يحقق عاملي الاستقرار والمرونة في آن واحد، فهو يحقق عامل الاستقرار لأن المحاكم تحاول أن تلتزم به وأن تتبعه بصورة مطردة في القضايا

1. مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق ل 7 ديسمبر سنة 1996، يتعلق بإصدار

نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 76.

2. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، دار جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، سنة 2007، ص 225.

3. هشام القاسم، المرجع السابق ص 243.

المتماثلة، وهو يحقق عامل المرونة لأن من الممكن تعديله وتطويره كلما دعت الحاجة إلى ذلك.

المطلب الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي

تتمثل مجالات الاجتهاد القضائي في : الاجتهاد في نطاق النص والاجتهاد فيما لا نص فيه .

الفرع الأول: الاجتهاد في نطاق النص

الاجتهاد في نطاق النص ينقسم إلى قسمين: الاجتهاد في فهم النص، والاجتهاد في تطبيق النص.

أولاً: الاجتهاد في فهم النص

لما كانت النصوص ليست على درجة واحدة من الوضوح والغموض احتاج الفقيه للاجتهاد وبذل الجهد لرفع الغموض على هذه النصوص للوصول إلى الحكم الشرعي من دليله التفصيلي، وقد قسم جمهور الأصوليين (المتكلمين) النص الشرعي من حيث الوضوح والغموض إلى ثلاثة أقسام: نص، وظاهر، ومجمل.

النص: وقد عرفه الغزالي¹: بأنه اسم مشترك يطلق في تعاريف العلماء على ثلاثة أوجه:

الأول: ما أطلقه الشافعي - رحمه الله - فإنه سمي الظاهر نصاً وهو منطبق على اللغة.

1. محمد بن محمد بن محمد الإمام حجة الإسلام زين الدين أبو حامد الطوسي الغزالي ولد بطوس سنة خمسين وأربعمائة أخذ عن الإمام الجويني ولازمه حتى صار أنظر أهل زمانه وجلس للإقراء في حياة إمامه وصنف، توفي في جمادى الآخرة سنة خمس وخمسمائة ومن تصانيفه البسيط وهو كالمختصر للنهاية والوسيط ملخص منه وزاد فيه أموراً من الإبانة للفوراني ومنها أخذ هذا الترتيب الحسن الواقع في كتبه وتعليق القاضي الحسين والمهذب واستمداده منه كثير كما نبه عليه في المطلب ومن تصانيفه أيضاً الوجيز وغير ذلك، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، 1405هـ / 1985م.

الثاني: وهو الأشهر ما لا يتطرق إليه احتمال أصلا لا على قرب ولا بعد، كالخمسة مثلا ، فإنه نص في معناه لا يحمل الستة والأربعة.

الثالث: ما يتطرق إليه احتمال مقبول ناشئ عن دليل، أما الاحتمال الذي لا يعضده دليل فلا يخرج اللفظ عن كونه نصا.

وقد مال الغزالي إلى الإطلاق الثاني¹، ومن هنا جاء في المن قول كما نقل الزركشي² قوله: <<المختار عندنا أن النص لا يتطرق إليه تأويل>>³.

وعرفه ابن قدامة⁴ بقوله: ما يفيد بنفسه من غير احتمال له لقوله تعالى: { تلك عشرة

كاملة }⁵، مع تقرير أن اسم النص قد يطلق على الظاهر ولا منه، فإن النص في اللغة بم غى الظهور واستشهد على ذلك بقول امرء القيس:

وجيد كجيد الريم بفاحش إذا هي نصته ولا بمعطل⁶.

1. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المستصفى في علم الأصول، تحقيق: محمد بن سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1417 هـ / 1997م، ج1 ص196.
2. الزركشي رحمه الله هو العلامة أبو الحسن الشيخ بدر الدين الزركشي نفعه على بعض أصحاب الدميري وبرع في المذهب حتى فاق على أهل زمانه ولقبوه بالسبكي لثاني وله تصانيف منها بداية المحتاج في شهر المنهاج مات رحمه الله سنة إحدى وثلاثين وتسعمائة، أبو إسحاق الشيرازي، طبقات الفقهاء، تحقيق إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت- لبنان، الطبعة: 1، تاريخ النشر: 1970، ج1 ص 279-280.
3. بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية بيروت سنة النشر: 1421 هـ- 2000م، ج1 ص 375.
4. ابن قدامة أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدم بن نصر المقدسي الجماعلي ثم الدمشقي الصالحي الحنبلي صاحب المغني مولده بجماعيل من عمل نابلس سنة إحدى وأربعين وخمس مئة في شعبان وهاجر مع أهل بيته وأقاربه وله عشر سنين وحفظ القرآن ولزم الاشتغال من صغره وكتب الخط المليح وكان بحور العلم، صنف المغني عشر مجلدات والكافي أربعة والمقتنع مجلدا والعمدة مجلدا والقنعة في الغريب مجلد والروضة مجلد... إلخ، وانتقل إلى رحمة الله يوم السبت يوم الفطر ودفن من الغد سنة عشرين وست مئة وكان الخلق لا يحصون توفي بمنزله بالبلد قال وكننت فيمن غسله، الذهبي، مرجع سابق، ج 22-165-171.
5. سورة البقرة، آية 190 .
6. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، روضة الناظر تحقيق: د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، جامعة الإمام محمد بن سعود- الرياض، الطبعة الثانية، 1399، ج1 ص177.

فالنص إذا هوما لا يتطرق إليه احتمال التأويل والتوضيح لقوله تعالى: { وأحلّ الله البيع وحرم الربا }¹، وإذا كان كذلك فلا يعدل عنه إلا بنسخ زمن النص، فلا يحتاج إلى اجتهاد فيه.

الظاهر: عرفه الشوكاني بأن لفظه يغني عن تفسيره².

وعرفه الباقلاني³: >> بأنه لفظة معقولة المعنى لها حقيقة ومجاز فإن أجريت على حقيقتها كانت ظاهراً، وإن عدلت إلى جهة المجاز كانت مؤولة<<⁴.

وعرفه ابن قدامة: هو ما يسبق إلى الفهم منه عند الإطلاق مع تجويز غيره أو هو ما احتمل معنيين هو في أحدهما أظهر⁵.

مثال الظاهر مطلق صيغ الأمر فهي ظاهرة في الوجوب مؤولة إلى الندب كقوله تعالى: { يا أيها الذين ءامنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وأشهدوا إذا تباعتم }⁶ فالأمر بالكتابة عند المداينة، ومثله الأمر بالإشهاد عند البيع ظاهرة الوجوب، ولكنه عند الجمهور خلاف لابن حزم للندب، ودليل التأويل قوله تعالى: { فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أمانته وليتق الله ربّه }⁷.

1. سورة البقرة، آية 275.

2. الشوكاني، مرجع سابق، ج2 ص 31.

3. القاضي أبو بكر محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر بن القسم، المعروف بالباقلاني النصري المتكلم المشهور، كان على مذهب الشيخ أبي الحسن الأشعري، ومؤيداً معتقده وناصراً طريقته، وسكن بغداد، وصنف التصانيف الكثيرة المشهورة في علم الكلام وغيره، وكان في علمه أوجد زمانه وانتهت إليه الرياسة في مذهبه، وتوفي القاضي أبو بكر المذكور آخر يوم السبت، ودفن يوم الأحد لسبع يقين من ذي القعدة سنة ثلاث وأربعمائة ببغداد، ابن خلكان، مرجع سابق، ج4 ص 269-270، الزركلي، مرجع سابق، ج6 ص 176-177.

4. الزركشي، مرجع سابق، ج1 ص 376.

5. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، مرجع سابق، ج1 ص 178.

6. سورة البقرة، آية 282.

7. سورة البقرة، آية 283.

ومنها حمل مطلق صيغ العموم في اللغة على عمومها، فحملها على وجه الخصوص مؤول، ويمثل العلماء لذلك بحديث لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل، فلفظه صيام نكرة في سياق النفي، والنكرة في سياق النفي تفيد العموم¹.

فحمل الصيام على وجه العموم بحيث يشمل التبييت كل أفراد الصيام: من فرض، ونقل، وقضاء، ومنذور: هو الظاهر.

أما تخصيصه بإخراج بعض الصور منه: فهو المؤول، وعلى كل لا يخرج من العموم، إلا من قام الدليل على أنه لا يشترط في التبييت².

حكم الظاهر وجوب العمل بما دلت عليه ظواهر النصوص، ولا يعدل عن الظاهر إلى غيره إلا بدليل قوي للتأويل، فيعمل بالعام ولا يعدل عنه إلى التخصيص، والمطلق ولا يعدل عنه للمقيد إلا بدليل.

فالمجتهد يجتهد في بيان مراد الله من النص هل هو الظاهر أم خلافه، فإذا كان الظاهر فلا يحتاج إلى دليل لدلالة اللغة على ذلك، وأما إذا أول فالأمر يتوقف فيه على الدليل.

قال ابن قدامة: >> فحكمه أن يصار إلى معناه الظاهر ولا يجوز تركه إلا بتأويل والتأويل صرف اللفظ عن الاحتمال الظاهر إلى احتمال مرجوح به لإعتضاده بدليل يصير به أغلب على الظن من المعنى الذي دل عليه الظاهر إلا أن الاحتمال يقرب تارة ويبعد أخرى وقد يكون الاحتمال بعيدا جدا فيحتاج إلى دليل في غاية القوة وقد يكون قريبا فيكفيه أدنى دليل وقد يتوسط بين الدرجتين فيحتاج دليلا متوسطا<<³.

المجمل: عرفه الشيرازي بقوله: هو ما لا يعقل معناه من لفظه وتفتقر في معرفة المراد إلى غيره⁴.

1. محمد أديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي، الطبعة الخامسة، سنة النشر 2008، ص 183.

2. نفس المرجع.

3. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 1 ص 178.

4. أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، اللع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى، 1405 هـ، 1985م، ص 25.

وعرفه الجويني¹: هو المبهم والمبهم هو الذي لا يعقل معناه و لا يدرك مقصود الالافظ ومبتغاه من قولهم أبهت البئر إذا سدته و ردمته².

وعرفه الأمدي³: هو ما له دلالة على أحد أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر بالنسبة إليه⁴.

وعرفه القرافي⁵: والمجمل هو الدائر بين احتمالين فصاعدا إما بسبب الوضع وهو المشترك أو من جهة العقل، فكل مشترك مجمل وليس كل مجمل مشتركاً⁶.

1. عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين: أعلم المتأخرين، من أصحاب الشافعي، ولد في جورين (من نواحي ليسابور) ورحل إلى بغداد، فمكة حيث جاور أربع سنين، وذهب إلى المدينة فأفتى ودرس، ثم عاد إلى نيسابور، فبني له الوزير نظام الملك " المدرسة النظامية" فيها. وكان يحضر دروسه أكابر العلماء، له متصنفات كثيرة، منها " العقيدة النظامية في الأركان الإسلامية-" و "البرهان- في أصول الفقه، و"الورقات-ط" في أصول الفقه، توفي بليسابور، الزركلي، مرجع سابق، ج4 ص160.
2. عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعاني، البرهان في أصول الفقه تحقيق: د. عبد العظيم محمود الديب، دار الوفاء- المنصورة- مصر، الطبعة الرابعة، 1418،، ج1 ص 281.
3. علي بن محمد بن سالم التغلبي، أبو الحسن، سيف الدين الأمدي أصولي، باحث، أصله من أمد (ديار بكر) ولد بها، وتعلم في بغداد والشام، وانتقل إلى القاهرة، فدرس فيها واشتهر، وحسده بعض الفقهاء فتعصبوا فيها واشتهر، وحسده بعض الفقهاء فتعصبوا عليه ونسبوه إلى فساد العقيدة والتعطيل ومذهب الفلاسفة، فخرج مستخفياً إلى " حماة" ومنها " دمشق" فتوفي بها، له نحو عشرين مصنفاً، منها " الإحكام في أصول الأحكام-ط" منتهى السؤل-ط"، الزركلي، مرجع سابق، ج4 ص 332، ابن خلكان، مرجع سابق، ج3 ص 293.
4. علي بن محمد الأمدي أبو الحسن، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق د. سيد الحمبلي دار الكتاب العربي- بيروت، الطبعة الأولى، 1404، ج3 ص13.
5. أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجي القرافي من علماء المالكية نسبته إلى قبيلة صنهاجة (من برابرة المغرب) وإلى القرافة (المجلة المجاورة فقير الإمام الشافعي) بالقاهرة، وهو مصري المولد و المنشأ والوفاة، له مصنفات جليلة في الفقه والأصول، منها (أنوار البروق في أنواع الفروق-ط) أربعة أجزاء، و (الاحكام في تمييز الفتاوي عن الاحكام وتصرف القاضي والإمام-ط) و (الذخيرة-) إلخ الزركلي، مرجع سابق، ج1 ص95.
6. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب، بيروت، سنة النشر: 1994م، ج1 ص102.

سبب الإجمال: بين الشيرازي أن سبب الإجمال قد يرجع إلى وجوه متعددة:

أ. أن يكون اللفظ لم يوضع لدلالة على شيء بعينه كقوله تعالى: {كلوا من ثمره

إذا أثمر و ءاتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا إنه لا يحبّ المسرفين }¹.

بينت الآية وجوب إخراج حق الله تعالى يوم حصاده لكن كم مقداره هذا من قبل المجل الذي يحتاج إلى بيان، فجاءت السنة فبينت هذا المجل فيما سقت السماء العشر.

ب. أن يكون اللفظ في الوضع اللغوي مشتركا بين شيئين : كالقراء يقع على الحيض ويقع على الطهر فيفتقر إلى بيان.

ج. ومنها أن يكون اللفظ موضوعا لجملة معلومة إلا أنه دخلها استثناء مجهول² كقوله تعالى: {يا أيها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد }³، فإن ما أحل من بهيمة الأنعام قد صار مجملا لما دخله الاستثناء⁴.

ومنها أن يفعل صلى الله عليه وسلم فعلا يحتمل وجهين احتمالا واحدا كالجمع بين الصلاتين في السفر فهو مجمل لأنه يحتمل السفر الطويل والقصير فلا يجوز أن يحمل على أحدهما إلا بدليل⁵.

ومثال آخر قوله تعالى: {وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفوا الذي بيده عقدة النكاح وأن تعفوا أقرب للتقوى وى تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير}⁶.

1. سورة الأنعام، آية 141 .

2. أبو اسحاق الشيرازي، اللع في أصول الفقه ،مرجع سابق ص 26.

3. سورة المائدة، آية 1 .

4. أبو إسحاق الشيرازي، المرجع نفسه، ص 26.

5. الزركشي، مرجع سابق، ج 3 ص 48.

6. سورة البقرة، آية 237.

فعقدة النكاح مترددة بين الزوج والولي لذلك اختلف الصحابة في المعنى المراد على قولين فقال سيدنا علي الزوج وهو اختيار أبي حنيفة والشافعي في أصح قوليه، وقال سيدنا ابن عباس الولي¹.

الإجمال في الأفعال: أوضح الشيرازي أن الإجمال كما يكون في الأقوال يكون في الأفعال. ومما جعله من المجمل في الأفعال أن يقضي النبي صلى الله عليه وسلم في عين تحتل حالتين احتمالاً واحداً مثل أن يروى أن رجلاً أفطر فأمره النبي صلى الله عليه وسلم. بالكفارة فهو مجمل فإنه يجوز أن يكون أفطر بجماع، ويجوز أن يكون أفطر بأكل فلا يجوز حمله على أحدهما دون الآخر إلا بدليل².

فالمجمل لا يعمل به إلا بعد البيان، وترجيح إحدى المعني المتساوية على الأخرى، وهذا يفتقر إلى قرائن خارجية عن النص التي لولاه ماتبين المعنى المراد.

أما المتشابه: فقد اختلف فيه الجمهور هل هو من قبل المجمل أو مما استأثر الله بعلمه ولم يطلع علمه لأحد من الخلق، وقد أورد الشيرازي القولين معاً عند عرضه للمتشابه فقال: وأما المتشابه فاختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: هو والمجمل واحد، ومنهم من قال المتشابه ما استأثر الله بعلمه ولم يطلع عليه أحداً من خلقه ومن الناس من قال المتشابه هو القصص و الأمثال والحكم والحلال والحرام ومنهم من قال المتشابه الحروف المجموعة في أوائل السور المص والمر وغير ذلك³، ورجح القول الأول فقال: والصحيح هو الأول لأن حقيقة المتشابه ما اشتباه معناه وأما ما ذكره فلا يوصف بذلك⁴.

وهو ما اختاره الجويني فقال: المختار عندنا أن المحكم كل ما علم معناه وأدرك فحواه، والمتشابه هو المجمل⁵.

1. القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي: أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة: الثالثة،

1424هـ - 2003م، ج 1 ص 293-294.

2. أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ص 26.

3. المرجع نفسه.

4. المرجع نفسه، ص 27.

5. الجويني، المرجع السابق، ج 1 ص 284.

فالمتشابه إذا كان من قبيل المجمل فيندرج تحته، وإذا كان مما استأثر الله بعلمه عن الخلق و لا مطمع للمجتهد في معرفة مراده، والمتشابه بهذا التعريف لا وجود له في الأحكام الشرعية.

فعمل المجتهد أو الفقيه أو القاضي دائر بين الظاهر والمجمل، وأما النص فلوضوحه لا يفتقر إلى بيان وتفسير واجتهاد، ولذلك قرر العلماء القاعدة لا اجتهاد مع النص.

أما بالنسبة للقانون: فإن التشريع عبارة عن قواعد عامة مجردة من قبل المشرع لتطبق على الحالات الخاصة التي تتناولها أحكامها فحين تعرض على القاضي مثلاً قضية من القضايا يكون من واجب هذا القاضي أن يبدأ فيبحث في نصوص التشريع عن القاعدة التي يمكن تطبيقها على القضية المعروضة عليه، ثم يصدر حكمه في الواقعة، غير أن عمل القاضي لا يكون عادة على مثل هذا القدر من السهولة فالقواعد التي يتضمنها التشريع ليست واضحة دوماً كل الوضوح وليست خالية من كل عيب أو نقص، بل كثيراً ما يجد القاضي نفسه مضطراً إلى أن يبين مضمون القاعدة التشريعية وتفسيرها ليستخلص الحكم المطلوب لتطبيقه على الواقعة.

والحالات التي يلجأ القاضي فيها إلى الاجتهاد والتوضيح والتفسير هي الخطأ المادي، الغموض أو الإبهام، النقص أو السكوت، التناقض أو التعارض¹.

أ. **الخطأ المادي:** يعتبر الخطأ المادي في التشريع إذا كانت العبارة التي ورد بها

هذا النص تتضمن خطأ فادحاً في بعض ألفاظها بحيث لا يستقيم معنى النص إلا بتصحيحها، وهذا النوع من العيوب هو أن أبسطها وأقلها شأنًا، لأنه في الواقع لا يستوجب تفسيراً ولا توضيحاً ولا اجتهاداً في النص المعيب، وإنما تصحيحه فقط، والتصحيح في هذه الحالة لا يثير أي خلاف حوله لبداهته ووضوحه².

ب. **الغموض أو الإبهام:** يعتبر النص مشوباً بالغموض أو الإبهام إذا كانت عبارته غير واضحة بحيث تحتمل التفسير والتأويل، ويمكن أن يستنتج منها أكثر من معنى

1. أبو إسحاق الشيرازي، المرجع نفسه ص 27.

2. هشام القاسم، مرجع سابق، ص 141.

واحد، ومهمة القاضي في هذه الحالة هي أن يختار من بين المعاني المختلفة التي يحتملها النص المعنى الأكثر صحة، والأقرب إلى الحق والصواب¹.

مثال: جاء في المادة 54 من قانون الأسرة قبل التعديل: يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم.²

فالنص القانوني لم يبين الطبيعة القانونية للخلع هل هو عقد رضائي يشترط لصحته رضا الزوج أو لا، لذلك اختلفت القضاة في تفسير هذه الطبيعة القانونية، فمنهم من اعتبره عقد رضائي وجاءت بعض القرارات القضائية تؤكد هذا كما جاء في قرار بتاريخ 1984/06/11 مايلى:

متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع.

إذا كان الثابت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع، وبتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق على ذلك بين الزوجين، وكان الزوج غير راض بمبلغ الخلع المحكوم به وإن الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك، فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائيا انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي³.

وجاء في قرار بتاريخ 1985/02/25 مايلى:

من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية، ولا يعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سببا لتطليقها منه.

1. هشام القاسم، مرجع سابق، ص 141: د- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 237.

2. القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة.

3. قرار رقم 33652 بتاريخ 11-6-1984، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989،

العدد الثالث ص38.

والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ الشرعي يستوجب نقض القرار الذي يقضي بتطليق الزوجة إذا ما تأسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها¹.

ومنهم من لم يعتبره عقدا رضائيا وإنما هو حق للمرأة أعطي لها في مقابل ما أعطي الزوج من الطلاق لافتداء نفسها إذا كرهت البقاء مع الزوج فجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1992/07/21 مايلي:

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.

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 اتفاقها 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 و التعسف الممنوعين شرعا.

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

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن².

وجاء في قرار بتاريخ 1996/07/30 ما يلي:

من المقرر قانونا وشرعا أنّ الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء ليس عقدا رضائيا.

1. قرار رقم 35891 بتاريخ 25-2-1985، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989، العدد الأول، ص 80.

2. قرار رقم 83603 بتاريخ 21-7-1992، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001، عدد خاص، ص 134.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضاوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية، ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة. ومتى كان ذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه¹.

ج. **النقص:** يعتبر هناك نقص في النص إذا جاءت عبارته خالية من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها²، مما يستدعي اجتهادا من القاضي في تقدير محذوف ليكون تطبيقه صحيحا.

مثال: جاء في المادة 9 مكررا من قانون الأسرة: يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج.³

يلاحظ أن المشرع لم يبين جنس وصفة الشهود، وهذا نقص واضح في التشريع يحتاج إلى تفسير وبيان، وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد أنهم فسر هذا النص بما ذهب عليه أغلب الفقهاء من اشتراط الذكورة والعدالة في شهادة الشهود في الزواج، وهو ما أكدته القرار رقم 43889 بتاريخ 15-12-1986 جاء فيه: من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاه أحدهما، وأنكره الآخر فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد، أو السماع الفاشي، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكريين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية⁴.

د. **التناقض أو التعارض:** يكون التناقض أو التعارض بين نصين إذا كان الحكم الذي يدل عليه أحدهما يخالف تماما الحكم الذي يمكن أن يستنتج من الآخر، ومهمة

1. قرار رقم 141262 بتاريخ 30-7-1996، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ

1998، العدد الأول، ص 120.

2. هشام القاسم، مرجع سابق ص 142، د- بوضياف، مرجع سابق، ص 238.

3. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة الجاري المعدل والمتمم.

4. قرار رقم 43889 بتاريخ 15-12-1986، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ

1993، العدد 2، ص 37.

القاضي في هذه الحالة أن يحاول التوفيق بين النصين فإذا تعذر ذلك رجع أحدهما على الآخر¹.

جاء في قانون الأسرة المادة 7: <تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج>.

يصبح لمن بلغ هذا سن 19 أن يباشر جميع التصرفات القانونية إذا توافرت بقية الشروط، أما في الزواج فلا يصح لهما إبرام العقد استقلالا دون ترخيص من القاضي كما نصت عليه المادة 144 من قانون العقوبات: <يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين كل من أهان قاضيا أو موظفا أو قائدا أو أحد رجال القوة العمومية بالقول أو الإشارة أو التهديد...>².

ولكن بالانتقال إلى قانون الإجراءات المدنية وإلى نص المادة 31 الفقرة 4 نجدها قضت بعقوبة مخالفة للأولى في ذات الفعل إذ جاء فيها: وفي حالة إهانة القاضي أو الإخلال الجسيم بواجب الاحترام له يحرر القاضي محضرا بما حدث ويجوز له أن يحكم على الشخص بالحبس مدة لا تتجاوز ثمانية أيام.

فبين النصين المنظمين لفعل واحد تناقض إذ حدد قانون العقوبات جريمة إهانة ولو لفظا بالحبس إلى غاية سنتين بينما اكتفت الأولى بحبسه ثمانية أيام على أقصى تقدير.

و لتفسير التشريع اتجاهات ثلاث:

أ. اتجاه المدرسة التقليدية أو مدرسة الشرح على المتون: تقوم على التقيد بنصوص التشريع تقيدا تاما وعدم الخروج عنها مطلقا، وقد ظهرت هذه المدرسة في فرنسا مطلع القرن التاسع عشر.

1. هشام القاسم، مرجع سابق، 143، د- بوضياف، مرجع سابق، ص 239.

2. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

والسبب الرئيسي في ظهور هذه المدرسة وانتشارها هو صدور عدد من التشريعات في فرنسا في مطلع القرن التاسع عشر، وبصورة خاصة صدور القانون المدني الفرنسي في عهد نابوليون، وهو أضخم قانون عرف في ذلك العصر، ومن شأن التشريعات الحديثة أن تحتل في نفوس رجال القانون منزلة خاصة حتى ليكادون يحسبون أحيانا أنها بلغت مرحلة الكمال وأن فيها كل ما قد يحتاجون إليه من القواعد القانونية فيؤدي بهم هذا الاعتقاد إلى التقييد بها تقيدا تاما وإتباع نصوصها إتباعا دقيقا¹.

أما المبادئ التي نادى بها هذه المدرسة في تفسير التشريع فيمكن إيجازها في ما يلي:

- على القاضي أن يستمد أحكامه كلها من نصوص التشريع، لأن التشريع يتضمن كل ما تدعو الحاجة إليه من القواعد القانونية.
 - ليس على القاضي أن يتوقف في تفسيره للتشريع عند ألفاظه، بل عليه أن يبحث عن نية المشرع التي تبدو من خلال عباراته.
 - هذه النية على القاضي أن يبحث عنها لدى المشرع الذي أصدر التشريع وفي الزمن الذي أصدره فيه، وإذا لم يكن من الممكن معرفة نية المشرع الذي وضع التشريع بالنسبة لأمر من الأمور فعلى القاضي أن يفترض هذه النية افتراضا.
- ب. **اتجاه المدرسة التاريخية:** إن الفكرة الرئيسية التي تقوم عليها المدرسة التاريخية فيما يتعلق بتفسير التشريع هي ضرورة تفسير هذا التشريع تفسيراً جريئاً واسعاً، فلا تتبع بالنسبة إليه دوماً إرادة المشرع نفسه الذي صدر عنه، بل تراعى فيه ضرورات المجتمع والتطور الحالي، لأن النصوص لا يجب أن تجمد عند إرادة واضعها الأصلي وإنما عليها أن تتبع الزمن في تطوره وسيره².

فالمدرسة التاريخية تجعل نقطة انطلاقها في التفسير نصوص التشريع ذاتها، وهي لا تستطيع إلا أن تبدأ من هذه النصوص لأن التشريع واجب الاحترام دوماً ولا يمكن للقاضي قط أن يهمله أو يمتنع عن تطبيقه، ولكنها وهذا هو وجه اختلافها الرئيسي مع المدرسة التقليدية، لا ترى أن تفسر هذه النصوص دوماً وفقاً لإرادة المشرع الذي صدرت عنه و أن يتمسك بهذه

1. هشام القاسم، مرجع سابق، ص 144، د-بوضياف، مرجع سابق، ص 227.

2. هشام القاسم، مرجع سابق، ص 144، د-بوضياف، مرجع سابق، ص 228.

الإرادة مهما تغيرت الظروف، أو مر عليها من الزمن، بل هي تعتبر أن النصوص القانونية بعد صدورها عن المشرع تصيح ذات وجود مستقل قائم بذاته منفصل عن إرادة المشرع نفسه بحيث يمكن تكييفها وتفسيرها وفقا للتطورات المختلفة التي تطرأ على المجتمع.

ج. **اتجاه المدرسة العلمية:** يعتبر مؤسس هذه المدرسة الفقيه الفرنسي " جني " وقد حاول فيها أن يرفق إلى حد ما بين نظريات المدرستين السابقتين وأن ينشئ مذهباً جديداً في التفسير قائم على أساس علمي.

ومن أهم مبادئ المدرسة العلمية التي نادى بها جني ما يلي:

على القاضي أن يتمسك أولاً بالنصوص ثم يفسرها وفقاً لإرادة المشرع الذي نتجت عنه، وهذا المبدأ يتفق إلى حد بعيد مع وجهة نظر المدرسة التقليدية.

ولكن البحث عن إرادة المشرع الذي وضع التشريع لا يمكن أن يستمر بصورة مطلقة بل هناك ظروف وحاجات متجددة لا بد من الاعتراف معها بأن نية المشرع غير معلومة بالنسبة إليها، وعندئذ ليس على القاضي أن يجهد نفسه في البحث عن هذه النية أو يفترضها افتراضاً قد يكون مصطنعاً في أغلب الأحيان، بل هو يستطيع أن يطبق على هذه الحالات الجديدة الحكم الذي يرى أنه أدعى إلى المصلحة والصواب وأكثر ملاءمة لهما دون الاستناد إلى أي نص تشريعي¹.

طرق التفسير: ويقوم القاضي عملياً بتفسير التشريع واستنتاج الحكم الصحيح منه الذي سيقضي بموجبه إلى عدد من الوسائل و الطرق التي تساعد في تفسير هذا النص، ونقتصر على بيان بعض الطرق التي اعتمدها بصورة رئيسية المدرسة التقليدية، وأخذت بها وأبرزت أهميتها، وهي على نوع: طرق داخلية، وطرق خارجية.

أولاً: طرق التفسير الداخلية: وتقوم هذه الطرق على تحليل النص تحليلاً منطقياً و استنتاج الحكم المطلوب منه مباشرة، دون اللجوء لإيضاحه إلى وسائل، ومستندات أخرى خارجة عنه.

ومن أهم طرق التفسير الداخلية: الاستنتاج بطريق القياس، الاستنتاج من باب أولى، الاستنتاج بمفهوم المخالفة.

1. هشام القاسم، المرجع السابق، ص 148.

الاستنتاج بطريق القياس: ويلجأ إليه لتطبيق حكم وارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها في التشريع، وذلك لوجود الشبه الأكيد بين الحالتين، أو لوجود ما يسمى بالاتحاد بينهما في السبب والعلة¹.

الاستنتاج من باب أولى: ويلجأ إليه لتطبيق حكم وارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها في التشريع، لا لأن علة الحكم الوارد بشأن الحالة الأولى أو سببه متوفران في الحالة الثانية فحسب كما هو الأمر بالنسبة للاستنتاج بطريق القياس، ولكن لأنهما أكثر توافراً في هذه الحالة الثانية منهما في الأولى².

الاستنتاج بمفهوم المخالفة: ويلجأ إليه لتطبيق عكس الحكم الوارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها في التشريع، لأن الحالة الثانية تختلف كل الاختلاف عن الأولى بحيث تعتبر معاكسة لها تماماً³.

فطريقة الاستنتاج بمفهوم المخالفة هي عكس الاستنتاج بطريق القياس.

ثانياً: طرق التفسير الخارجية: ونعني بذلك مجموع الأدلة والوثائق والوسائل التي يستعين بها القاضي على تفسير النص التشريعي وبيان معناه.

ومن أهم الطرق الخارجية التي يستعين بها القاضي على تفسير التشريع: حكمة التشريع وغايته، الأعمال التحضيرية، المصادر أو السوابق التاريخية.

حكمة التشريع وغايته: لا شك أن المشرع حين يضع نصاً من النصوص لا يفعل ذلك بصورة عفوية أو اعتباطية، وإنما هو يختار هذا النص سعياً وراء غاية يحرص عليها أو تحقيقاً لحكمة يراها⁴.

فمعرفة غاية النص التشريعي والحكمة التي يتضمنها تساعد إذن على تفسير هذا النص حين غموضه وعلى استنتاج الحكم الصحيح منه.

1. هشام القاسم، مرجع سابق، ص 150، د-بوضياف، مرجع سابق، ص 234.

2. المرجع نفسه.

3. هشام القاسم، مرجع سابق، ص 151، د-بوضياف، مرجع سابق، ص 235.

4. هشام القاسم، مرجع سابق، ص 153، د-بوضياف، مرجع سابق، ص 244.

الأعمال التحضيرية: يقصد بالأعمال التحضيرية مجموعة الوثائق التي تبين مختلف المراحل التي مر بها النص وتتمثل في مشروع أو اقتراح القانون مع بيان أسبابه ومختلف التقارير اللاحقة له كالتقرير التكميلي والتمهيدي¹.

فالتشريع قبل أن يقر بصورة نهائية يمر بمراحل و أدوار متعددة يناقش فيها وتدرس نصوصه، ويكون من شأن هذه الدراسات والمناقشات التي تسبق إقراره أن تزيد معناه جلاء ووضوحا.

المصادر أو السوابق التاريخية: يقصد بالمصادر أو السوابق التاريخية المصادر التي أخذ عنها التشريع قواعد واستمد منها أحكامه، فالتشريعات الأجنبية تعتبر بمثابة مصادر تاريخية لأغلب تشريعاتنا الحديثة التي استمدت أحكامها منها فمثلا القانون المدني المصري والفرنسي مصدران تاريخيان لكثير من نصوص القانون المدني الجزائري، كما أن الشريعة الإسلامية تعتبر أيضا المصدر التاريخي لقانون الأسرة².

فبإمكان القاضي حين يجد نفسه أمام نص تشريعي غامض، أن يرجع إلى المصدر الأصلي الذي استمد منه التشريع أحكامه وأن يفسر النص في ضوءه.

ثانيا: الاجتهاد في تنزيل النص أو تطبيقه

الاجتهاد في تطبيق النص لا يقل أهمية عن الاجتهاد في فهم النص بل اعتبر الشاطبي أن هذا النوع من الاجتهاد لا ينقطع إلا بانقطاع التكليف جاء في قوله: الاجتهاد على طريقتين أحدهما لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع التكليف وذلك عند قيام الساعة، والثاني يمكن أن ينقطع قبل فناء الدنيا.

فأما الأول: فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط وهو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله ومعناه أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكن النظر في تعيين محله³.

1. -د-بوضياف، مرجع سابق، ص 242.

2. هشام القاسم، مرجع سابق، ص 155، -د-بوضياف، مرجع سابق، ص 243.

3. الشاطبي، المرجع السابق، ص 725.

قال ابن القيم¹: لا يمكن 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، والثاني فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه، أو على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم في هذا الواقع، ثم تطبيق أحدهما على الآخر².

فالمجتهد لا يعتمد إلى النصوص فيطبقها بشكل آلي، ولكنه ينظر في الواقع الذي يريد تنزيل النص عليه، ولذلك قال الشاطبي: أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي ويبقى النظر في تعيين محله³.

وقال الشاطبي أيضا: الأفعال لا تقع في الوجود مطلقة، وإنما تقع معينة مشخصة فلا يكون الحكم واقعا عليها، إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يشمل ذلك المطلق، أو ذلك العام، وقد يكون ذلك سهلا، وقد لا يكون، وكله اجتهاد⁴.

فالاجتهاد في النص تفهما وتعقلا بتحليله، والتعرف على أسراره ومقاصد الشارع منه، هو السبيل الصحيح لتطبيقه.

مثال على ذلك قوله تعالى: { إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمَوْلَىةَ قُلُوبِهِمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ }⁵.

فآلية توجب إعطاء المولفة قلوبهم نصيبهم من الزكاة إلا أن عمر في عهده منعهم ذلك وحجة عمر في اجتهاده أن الحاجة لتأليف القلوب منتفية في زمنه بسبب عزة الإسلام، ومنعته فتخلفت بذلك الصفة التي كان يعطى لأجلها هؤلاء، فلم يستحقوا الزكاة، وهذا الاجتهاد من عمر هو الاجتهاد في تحقيق مناط الحكم.

1. محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله شمس الإسلام من أركان الإصلاح الإسلامي مولده 691 هـ ووفاته 751 هـ بدمشق، تتلمذ لشيوخ الإسلام ابن تيمية حتى كان لا يخرج عن شيء من أقواله، من مؤلفاته أعلام الموقعين، أحكام الذمة وغيرها، الزركلي، مرجع سابق، ج 6 ص 56.
2. ابن القيم، نفس المرجع، ص 87، 88.
3. الشاطبي، نفس المرجع، ص 725.
4. المرجع نفسه، ص 727.
5. سورة التوبة، آية 60.

ومثال آخر ما جاء في المادة 53 من قانون الأسرة، الفقرة الثانية: يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج...

بناء على هذا النص حكم قاضي المجلس بتطلاق الزوجة بسبب عيب الزوج في عدم الإنجاب واعتبر أن العقم مانع من تحقيق هدف الزواج وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا رقم 87301 بتاريخ 1992/12/22: من المقرر قانونا وقضاء أنه يجوز للزوجة طلب التطلاق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج كتكوين أسرة وتربية الأولاد، ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطلاق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد استنادا للنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية، ماعدا ما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض مما يتوجب نقضه جزئيا في هذا الجانب لانعدام حالة التعسف¹.

مثال آخر: جاء في المادة 43 من قانون الأسرة: <<ينسب الولد لأبيه إذا وقع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة>>.

تنص المادة على أنه في حالة وفاة أو طلاق فإن النسب ينسب لأبيه إذا وقع الحمل خلال أقصى مدة وهي عشرة أشهر من تاريخ الوفاة أو الطلاق، أما إذا لم يتم الطلاق أو لم تحدث الوفاة فإن هذه المدة لا تحتسب ولو دام الخلاف بينهما والشقاق طويلا ما لم ينف الزوج بالطرق المشروعة وهو اللعان، لإمكانية حدوث اللقاء بينهما في أي وقت بسبب قيام الرابطة الزوجية بينهما، وهذا ما أكدته قرار رقم 222674 بتاريخ 15 / 6 / 1999 من المقرر قانونا أن يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا ومن المقرر أيضا أنه ينسب الولد لأبيه إذا وقع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وأن عدة الخامل وضع حملها وأقصى مدة 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

ومتى تبين من قضية الحال أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين، وأن الانفصال الواقع كان إثر خلاف بينهما ولم يكن لا في حالة الطلاق ولا في حالة الوفاة حتى يخضع لأحكام المادتين 43-60 من قانون الأسرة ومن ثم فإن

1. قرار رقم 87301 بتاريخ 1992-12-22، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ

1995، العدد الثاني، ص 92.

العصمة بينهما قائمة والزواج الشرعي وثبت نسب التوأمين لأن الطاعن لم ينفيه بالطرق المشروعة أي الملائمة.

وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا مما يستوجب رد الوجه الأول لعدم التأسيس. ومن المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 قانون الأسرة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون.

ومتى تعين من قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأكيد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

الفرع الثاني: الاجتهاد فيما لا نص فيه

جاء في المادة 222 من قانون الأسرة: >> كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.<<. فقد نص المشرع الجزائري بناء على هذه المادة أن كل ما لم ينص عليه القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة.

ونلاحظ هنا ملاحظتين:

الملاحظة الأولى: أطلق المشرع للقاضي ولغيره العنان في الاجتهاد في كل ما لم ينص عليه صراحة، وذلك أن جزئيات القضايا أو المسائل لا يمكن أن تعد أو تحصر بتشريع معين فكان لازما من الاجتهاد في إطار الكليات العامة.

1. قرار رقم 222674 بتاريخ 15 / 6 / 1999، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ

1999، العدد الأول، ص 126.

قال الشهرستاني¹: والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية وما لا ينتهي لا يضبطه ما ينتهي علم قطعا أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد².

وبهذا يضيء المشرع على القانون صفة المرونة وعدم الجمود.

الملاحظة الثانية: أن المشرع لم يقيد القاضي بالرجوع فيما سكت عنه القانون إلى مذهب معين كما هو الحال في بعض التشريعات العربية، كالتشريع السوري الذي يقيد القاضي بالرجوع إلى مذهب الحنيفة حصرا، أما المشرع الجزائري فأطلق له التصرف ليبحث في ظل أحكام الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين ما يراه محققا للمقاصد.

ويعد هذا مندوحة للتشريع الجزائري دون غيره في فتح مجال لاجتهاد القاضي من غير تقيد لحريته.

ومثال على ذلك أجره الحضانة، فهل تستحق الحاضنة أجره على ممارسة الحضانة في التشريع الجزائري أم لا؟

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى بيان ذلك بل سكت عنه وبالرجوع إلى أحكام الشريعة وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة، نجد أن الفقهاء اختلفوا في المسألة على قولين بسبب اختلافهم في طبيعة الحضانة، هل هي حق أم واجب، ورجع قضاة المحكمة العليا القول الثاني دون الأول من عدم استحقاق المرأة أجره على الحضانة بناء على قول من يرى أن الحضانة حتى للمحضون واجب على الأم، ولا يستحق من ممارسة الواجب أجره.

جاء في القرار رقم 35912 بتاريخ 8-4-1985 الحاضنة لا تستحق أجرا على الحضانة، والمجلس إذا وافق على الحكم الذي جعل على الأب 500 دج يدفعها كأجره

1. محمد بن عبد الكريم بن أحمد، أبو الفتح الشهرستاني، من فلاسفة الإسلام، كان إماما في علم الكلام ولد في شهرستان (بين نيسابور و خوارزم) وانتقل إلى بغداد سنة 510 هـ فأقام ثلاث سنين، وعاد إلى بلده وتوفي بها، من كتبه (الملل والنحل-ط) ثلاثة أجزاء، و (نهاية الأقدام في علم الكلام-خ) و (الارشاد إلى عقائد العباد) و (تلخيص الأقسام لمذاهب الأنام) و (مفاتيح الاسرار ومصابيح الابرار-خ) في التفسير، منه نسخة كتبت سنة 667 هـ في خزانة مجلس الشورى الوطني بطهران، الزركلي، مرجع سابق، ج 215.

2. محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد الشهرستاني، الملل والنحل، تحقيق: محمد سيد كيلاني دار المعرفة-بيروت، 1404، ج 1 ص 197.

للمحاضنة على الحضانة هو على هذا خلاف الشرع، وأما الاستشهاد بقوله تعالى: **{ فَإِنَّ أَرْضِعْنَ لَكُمْ فَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ }¹**، فليس ظاهراً في القضية، وقد جاء في كتاب البهجة على شرح التحفة أنه لا أجره للحاضن على الحضانة، إذ الإنسان لا يأخذ أجراً على فعل شيء واجب عليه، ومخالف لما يجري عليه العمل القضائي مما يعرض قراره للنقض في هذا الجانب².

مثال آخر: لم يتطرق المشرع الجزائري في موانع الإرث إلى مسألة اختلاف الدين، وبناء عليه فسر القضاة المسكوت عنه بما ذهب إليه أحكام الشريعة الإسلامية أخذاً بالمادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل كل ما لم ينص عليه في هذا القانون إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

فجاء القرار رقم 123051 بتاريخ 25-7-1995 كما يلي:

من المقرر قانوناً أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة في كل مالم يرد فيه نص في قانون الأسرة، ومن الثابت شرعاً أن لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر، ولا يتوارث أهل الملتين شيئاً.

ولما تبين من قضية الحال أن الطاعن لم يعتنق الإسلام، ولم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك، إلا بعد وفاة أمه المسلمة فإنه لا توارث بينهما مثلما ذهب إليه قضاة الموضوع في قرارهم، ويتعين بذلك رفض الطعن³.

مثال آخر قانون الأسرة لم يتطرق لموضوع المتعة كله تاركاً تفصيلاً إلى الشريعة الإسلامية وفق المادة 222 منه، حيث نجد أن العمل بتقدير المتعة للمطلقة جاري في المحاكم، والمجالس، والمحكمة العليا، وفق الشروط التي قررها الفقهاء كما هو موضحاً من خلال هذه القرارات.

1. سورة الطلاق، آية 6.

2. قرار رقم 35912 بتاريخ 8-4-1985، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية، الصادرة بتاريخ 1989، العدد 1، ص 89.

3. قرار رقم 123051 بتاريخ 25-7-1995، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية، الصادرة بتاريخ 1996، العدد الأول، ص 113.

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 21-5-1991 مايلى:

إن تحديد نفقات العدة، والمتعة، والنفقة الغذائية للزوجة، والمطلقة وأولادها المحضونين، وحق الحاضنة في السكن تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي حولها لهم القانون، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك¹.

وجاء في قرار المحكمة العليل بتاريخ 18-6-1991 مايلى:

من المستقر عليه قضاء أنّ 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.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة، والتعويض، والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التعليل.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه².

المطلب الثالث: حكم الاجتهاد ومحلّه

سوف نتطرق في هذا المطلب عن حكم الاجتهاد هل هو مطلوب طلبا عينيا فيلزم جميع المجتهدين في كل واقعة من البحث عن حكمها، أم مطلوب طلبا كفاثيا إذا قام به البعض سقط الإثم على البقية، وهل كل نص يقبل الاجتهاد فيه أم لا؟

الفرع الأول: حكم الاجتهاد

الأصل في الاجتهاد أنه واجب على كفاثي عند تعدد المجتهدين، فإذا قام به البعض برئت ذمة الجميع.

1. قرار رقم 72602 بتاريخ 21-5-1991، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية، الصادرة بتاريخ

1995، العدد 47، ص 149.

2. قرار رقم 75029 بتاريخ 18-6-1991، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية، الصادرة بتاريخ

1994، العدد الثاني، ص 65.

والأصل فيه قوله تعالى: { وداود وسليمان إذ يحكمن في الحرث إذ نقشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين }¹.

ويكون الاجتهاد واجبا عينيا إذا لم يوجد غيره، أو خيف فوات المسألة، أو تعلق الاجتهاد به لعدم جواز تقليد غيره، بل يجب عليه أن يعمل بما غلب على ظنه.

والمجتهد إذا أداه اجتهاده إلى الحكم في قضية باجتهاده ثم بدا له الرجوع عن ذلك الاجتهاد فلا ينقض حكم الاجتهاد الأول بالاجتهاد الثاني، إنما يمضي اجتهاده على ما وقع، ويكون الاجتهاد الثاني هو المعتمد فيما سيقع، لأن كلا من الاجتهادين وقع بالنظر الراجح في نظر المجتهد، وكان هو المتعين في وقته، ودليله ما رواه ابن أبي شيبة عن ابن مبارك، عن معمر، عن سماك بن الفضل، قال: سمعت وهبا يحدث، عن الحكم بن مسعود، قال: شهدت عمر أشرك الإخوة من الأب والأم مع الإخوة من الأم الثلث، فقال له رجل: قد قضيت في هذه عام الأول بغير هذا، قال: وكيف قضيت؟ قال: جعلته للإخوة للأم ولم تجعل للإخوة من الأب والأم شيئا، فقال: ذلك على ما قضينا، وهذا على ما نقضي².

وهذا حكم الاجتهاد بالنسبة للفقهاء المفتي، أما بالنسبة للقاضي فيتعين في حقه الاجتهاد، لأنه لا يتسن له الحكم في الواقعة سواء أكان الحكم المنصوص عليه أم لا، وفي كليهما يحتاج إلى اجتهاد الأول في فهم النص لأن النصوص الغالب فيها أنها ليست من قبيل النص أو المفسر، الاجتهاد التنزيلي فيما لا نص فيه، ولا يقبل منه أن يتخلى عن الحكم في الواقعة لعدم فهمه مراد المشرع، بل له أن يؤجل النطق بالحكم إلى حين الوصول حكم في الواقعة.

الفرع الثاني: محل الاجتهاد

سبق أن ذكرنا أن النصوص ليست على درجة واحدة من الوضوح فمنها ما هو من قبيل النص، أو الظاهر أو المجمل، فمحل الاجتهاد ما تعلق بالظاهر أو المجمل، أما النص الواضح البين في دلالته فلا اجتهاد فيه، لذلك تقررت هذه القاعدة فقها وقانونا وقضاء، أنه لا

1. سورة الأنبياء، آية 78.

2. أبو بكر ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض الطبعة: الأولى،

1409، ج 6 ص 247.

اجتهاد مع النص، أي القطعي في دلالاته، فكل محاولة للتفسير أو الاجتهاد مع وجود النص هي من قبيل لي النصوص وإخراجها عن دلالتها وسياقها، لأن الواضح، والمفسر لا يفسر.

ومثال على ذلك ما جاء في المادة 69 من قانون الأسرة: <<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 >>.

فالنص يدل صراحة على أن انتقال الحاضن بالمحضون في دائرة الدولة، أو الوطن لا يسقط حقه فيها، لأنه قيده بالبلد الأجنبي، فكل اجتهاد في تحديد مسافة إذا تجاوزها الحاضن في دائرة الدولة مسقط لحقه فيها هو اجتهاد مصادم للنص، ولا عبرة به كما جاء القرار رقم 43594 بتاريخ 09-22-1986.

من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ستة برد، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ومن كان الثابت في قضية الحال أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة و ولي المحضونين عن ألف كيلومتر فإن قضاء المجلس بإسنادهم حضانة الأطفال إلى أمهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

فهذا الاجتهاد القضائي يناقض صريح القانون الذي دل بمفهوم المخالفة على ثبوت الحضانة للأُم أو لغيرها مهما بعدت المسافة ما دامت في حدود الدولة، ولم تخرج إلى بلد أجنبي، ولا يقال إن الأخذ بأقوال الفقهاء في المسألة من باب تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة، لأن المادة 222 من نفس القانون تنص على الرجوع إلى أحكام الشريعة فيما لم ينص عليه القانون صراحة، أما ما نص عليه صراحة كما هو الحال هنا، فلا يصح الرجوع لما فيه من نقض لإرادة المشرع وخروج عن دائرة الاجتهاد ومحلّه.

1. قرار رقم 43594 بتاريخ 09-22-1986، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية، الصادرة

بتاريخ 1992، العدد الرابع، ص 41.

المبحث الثاني: مفهوم النفقة

تعد النفقة من بين الحقوق التي تثبت للإنسان بمجرد ولادته حيا و للكبار العاجزين عن الكسب وللقارب الفقراء، وبضمان هذا الحق لأصحابه تستمر الحياة البشرية وتكون قادرة على تحقيق ثمراتها، وعليه لمعالجة هذا الموضوع لابد أولا أن نتطرق إلى تحديد مفهوم النفقة ومعرفة أقسامها ودليل وجوبها وهذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول: تعريف النفقة ودليل وجوبها

لا يمكننا دراسة موضوع النفقة إلا إذا تمكنا من معرفة معناها اللغوي والاصطلاحي الذي يزيل نوعا ما بعض الغموض حول هذا الموضوع وهذا ما سيتم تبينه من خلال هذا المطلب

الفرع الأول: تعريف النفقة**أ. تعريف النفقة لغة:**

النفقة في اللغة مأخوذة أما من النفوق، وهو الهلاك، تقول من هذا المعنى نفقت الدابة تنفق نفوقا أي هلكت، وإما من النفاق، وهو الرواج، تقول من هذا المعنى نفقت السلعة تنفق نفاقا، إذا راجت بين الناس، والنفقة ما أنفقت واستنفقت على العيال ونفسك، ونفق الشيء، فني، يقال نفقت نفقة القوم وأنفق الرجل افتقر أي ذهب ما عنده¹، ومنه قوله تعالى: { إِذَا لَأْمَسْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ }².

والنفقة اسم من الإنفاق وهو بذل المال في وجه من وجوه الخير وسميت بذلك لأنها مشتقة من النفوق وهو الهلاك يقال نفقت الدراهم أي نفذت ونفقت الدابة نفوقا أي ماتت ونفقت المرأة أي كثر خطاياها وأنفق المال افتقر وذهب ماله، وأهل اللغة يستعملون كلمة النفقة اسما لعين المال الذي ينفقه الإنسان على عياله³.

1. محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، دار البازوري العلمية الأردن عمان، سنة

2010، ص 17

2. سورة الإسراء، آية 100.

3. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية لبنان، سنة 2005،

ص 192.

ب. تعريف النفقة إصطلاحاً:

عرفت النفقة بتعريفات عدة، فمن الفقهاء من عرفها بأنها، الشيء الذي يبذله الإنسان فيما يحتاجه هو أو غيره من الطعام والشراب وغيرهما، وهذا تعريف عام للنفقة لكونها شاملة لما ينفقه الإنسان على نفسه وعلى غيره، وقريب من هذا التعريف بعضهم للنفقة بأنها، إخراج الشخص مؤونة من تجب عليه نفقته، وقد أخرج هذا التعريف شخص المنفق نفسه فقصر النفقة على ما يصرفه الإنسان على غيره من تجب عليه نفقته، وهذا التعريف أدق مما سبقه من الناحيتين الشرعية والقانونية، ذلك لأن النفقة التي تخضع للقضاء هي إنفاق الشخص على غيره لا على نفسه، ولذلك فإن التعريف الذي يفضل هو أن النفقة، اسم لما يجب على الشخص صرفه لمن يعوله من زوجته وأقاربه¹، وعرف الحنفية النفقة بقولهم، { وهي الطعام والكسوة والسكنى }، وعرف المالكية النفقة بقولهم، { مابه قوام معتاد حال الأدمي دون سرف }، و عرف الحنابلة النفقة بقولهم، { هي كفاية من يمونه خبزاً زاداً وكسوة ومسكناً وتوابعها }²، والتعريف الشامل لكل أنواع النفقة هو ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن، وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج³.

ج. تعريف النفقة عرفاً:

أهل العرف يستعملون كلمة النفقة استعمالين، فهم يطلقون هذه الكلمة أحياناً ويريدون بها خصوص الطعام، وذلك أنهم يعطفون عليها السكنى والكسوة، فيقولون مثلاً يجب على الزوج لزوجته النفقة والكسوة والسكنى، والأصل في العطف أن يكون المعطوف غير المعطوف عليه لا نفسه ولا بعضه، ويطلقونها مرة أخرى على ما يشمل ثلاثة أنواع الطعام، والسكنى، والكسوة، وقد اشتهر عن محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة تفسير النفقة بأنها الطعام، والكسوة، والسكنى⁴، وهي الطعام والطعام يشمل الخبز و الشرب والكسوة والستر

1. محمد خضر قادر، نفس المرجع، ص 18.

2. جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 221.

3. نسرين شرقي وكمال بوفورورة، قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس الجزائر، سنة 2013، ص 117.

محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 192.

والغطاء، والسكنى تشمل، البيت ومتاعه ومرافقه من ثمن الماء واجرة النور وآلة التنظيف والخدمة ونحوها بحسب العرف.¹

الفرع الثاني: دليل وجوبها

أولاً: من الكتاب:

أ. نفقة الزوجة

قال تعالى: **{وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ، لَا تُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بَوْلِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ}**²، والمولود له هو الزوج الذي ينسب إليه الولد، ومنها قوله تعالى: **{ أَسْكَنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ، وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لَتَضِيقُو عَلَيْهِنَّ }**³، وهذه الآية تدل على إيجاب سكنى للزوجة على الزوج، وعلى إيجاب إطعامها، ولأنها لا تستطيع أن تصل بنفسها إليها يقوتها إلا بالخروج السعي والاكتساب، وقد وجب على الرجل أن يسكنها، والإسكان يستلزم حبسها على الخروج، وفي قوله سبحانه: **{ لِيَنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ، وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيَنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ }**⁴، اوجب عليه الإنفاق بكل حال، فدل على أنها لازمة لا مفر منها.⁵

ب. نفقة الأقارب

وأما نفقة الوالدين والأولاد وسائر القربان، فالدليل على وجوبها منها قوله تعالى: **{ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا }**⁶، ولا شك أن الإنفاق عليهما حال حاجتهما وفقهما من أحسن الإحسان، ومثله قوله سبحانه **{ وَصِينَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا }**⁷، ومنها قوله جل

1. رمضان محمد الشرنباصي، جابر الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، طبعة الولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2007، ص 613.

2. سورة البقرة، آية 233.

3. سورة الطلاق، آية 6.

4. سورة الطلاق، آية 7.

5. محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 193 194.

6. سورة الإسراء، آية 23.

7. سورة الأحقاف، آية 15.

ذكره { أن اشكر لي ولوالديك إلي المصير }¹، وشكر الوالدين معناه مكافأتهما على صنيعهما معه بأن يمد إليهما يد العون حين يكونان في حاجة إلى المعونة.

ج. نفقة الملك

وأما دليل وجوب النفقة على المماليك، فقوله سبحانه: { واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً، وبالوالدين إحساناً، وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت أيمانكم }²، عطف سبحانه قوله: { وما ملكت أيمانكم } على قوله تعالى { وبالوالدين إحساناً } وقد بينا في صدر هذه الكلمة أن قوله سبحانه { وبالوالدين إحساناً } يدل على وجوب النفقة للمماليك، لأن العطف يقتضي اشتراك المعطوف والمعطوف عليه في الحكم.

ثانياً: دليل وجوب النفقة من السنة

أ. نفقة الزوجة

وأما السنة فأحاديث، منها قوله عليه الصلاة والسلام في خطبة الوداع (اتقوا الله في النساء، فإنهن عندكم عوّا ر لا يملكن لأنفسهن شيئاً ولهن عليكم كسوتهن ورزقهن بالمعروف) ومنها ما رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن إلا الترمذي أنه صلى الله عليه وسلم قال لهند بنت عتبة بن ربيعة امرأة أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية (خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف)، ووجه الاستدلال بهذا الحديث انه أمرها أن تأخذ من مال زوجها من غير إذنه قد رما يكفيها وولدها³، فلوا لم تكن نفقتها ونفقة ولدها منه واجبة على زوجها لما أذنها في أن تأخذ ماله بغير إذنه، لأنه لا يأمر بالاعتداء على أموال الناس، ومنها ما رواه أبو داود والنسائي وابن ناجه والحاكم وابن حبان أن معاوية القشيري قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت ما تقول في نسائنا؟ فقال: (أطعموهن مما تاكلون، وأكسوهن مما تكتسون، ولا تضربوهن، ولا تقبحوهن).

1. سورة لقمان، آية 14 .

2. سورة النساء، آية 36 .

3. محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 194 196.

ب. نفقة الأقارب:

وما روى عن جابر ابن عبد الله أن رجلا جاء إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، ومعه أبوه فقال: إن أبي يريد أن يأخذ مالي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم (أنت ومالك لأبيك) واللام في اللغة العربية تدل على المَلِكِ فإن لم تدل في هذا الحديث على أن الأب مالك لمال ابنه مطلقا، محتاجا إليه أو غير محتاج إليه ، فلا اقل من تدل على انه يملكه عند الحاجة إليه، كما تعين في أحاديث أخر منها ما رواه الترمذي والحاكم أبو عبد الله من انه عليه الصلاة والسلام قال: (إن أطيّب ما يأكله الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه، فكلوا من كسب أولادكم اذا احتجتم إليه بالمعروف)، ومنها ما رواه مسلم من انه الرسول عليه الصلاة والسلام قال: (ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شريء فإلهك، فإن فضل عن أهلك فلذي قرابتك)¹.

ج. نفقة الملك:

وما رواه أنس رضي الله عنه قال: كان أخر وصية لرسول الله صلى الله عليه وسلم حين حضرته الوفاة (الصلاة وما ملكت أيمانكم)، وجعل صلى الله عليه وسلم يغرغرها في صدره وما يقبض بها لسانه، ومنها ما رواه مسلم من قوله عليه الصلاة والسلام (للمملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل ما لا يطيق)، وم نها ما رواه مسلم أيضا من قوله صلى الله عليه وسلم: (كفى بالمرء إثما أن يحبس عن مملوكه قوته)، ومنها ما روي من انه عليه الصلاة والسلام كان يوصي، بالمملوك خيرا، ويقول: (أطعموهم مما تأكلون، واكسوهم مما تلبسون، ولا تكلفوهم ما لا يطيقون، فإن الله تعالى يقول: لا يكلف الله نفسا إلا وسعها).

1. محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 194، 196.

ثالثا: دليل وجوب النفقة من الاجماع

أ. نفقة الزوجة:

لقد انعقد إجماع عالمين على

وجوب نفقة الزوجة على زوجها من عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلى الآن لم يخالف فيها أحد¹ وبما أن الزوجة تكون بعقد الزواج محبوسة لأجل الزوج فتقوم بشؤون البيت ورعاية الأولاد وتربيتهم، كان عليه أن ينفق عليها.²

ب. نفقة الأقارب:

وقد انعقد إجماع علماء الشريعة الإسلامية على وجوب النفقة على الأقارب، وإن اختلفوا في تحديد القربات التي توجب الإنفاق.

ج. نفقة الملك:

وقد انعقد إجماع علماء الشريعة الإسلامية على أنه يجب على الإنسان أن ينفق على ممتلكاته.

رابعا: دليل وجوب النفقة من العقل

أ. نفقة الزوجة

وأما العقل فإنه يقضي بذلك، لأن الزوجة محبوسة في بيت زوجها لحق زوجها، وهي ممنوعة بسبب حقه عليها من الخروج للاكتساب والسعي، فكانت كفايتها واجبة عليه، لأن منفعة استقرارها في داره عائدة إليه، والغرم بالغنم، ولو لم تجب عليه كفايتها مع أننا نلزمها بالقرار في داره وعدم الخرج إلا بإذنه لهلكت جوعا، وهذا أمر لا يقره عقل، ولا ترضى به مرؤة ولا إنسانية.

ب. نفقة الملك:

1. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، سنة 1975 ص 232.

2. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية بيروت، سنة 1983، ص 439.

إن العقل يرشد إلى وجوب النفقة على المماليك، من قبل أنهم لا يقدرّون على تحصيل نفقات أنفسهم إلا بترك مالك رقابهم والسعي لأنفسهم، وهم مكلفون أن يقضوا حياتهم كلها في العمل له، إلا أن يأذّنهم في ترك ذلك، ثم إن جميع ما يحصل في أيديهم من المال ملك لسيدهم، فلو لم نوجب عليه أن ينفق عليهم مع ذلك لظنّ لعرضناهم لهلاك محقق، لا شك فيه.¹

المطلب الثاني: أقسام النفقة

بعدما تمكنا من معرفة معنى النفقة والذي فهمنا منها أن الإنسان يجب عليه أن ينفق على غيره، والآن سنبين أقسام النفقة والتي تنقسم إلى قسمين وهما نفقة الإنسان على نفسه، ونفقته على غيره وهم الزوجة، الأقارب، المماليك، وهذا ما سنعرضه في هذا المطلب.

الفرع الأول: نفقة الإنسان على نفسه

وهي واجبة عليه إذا قدر عليها ويجب أن يقدمها على نفقة غيره، والدليل على ذلك ما روي عن جابر رضي الله عنه قال: رسول الله صلى الله عليه وسلم (ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شريء فلاًهلك).

الفرع الثاني: نفقة الإنسان على غيره

ويجب على الإنسان أن ينفق على غيره بأحد ثلاثة أسباب:

الأول: الزوجية، وبهذا السبب وجبت نفقة الزوجة على زوجها، التي تزوجها بعقد صحيح، فلو تزوجها بعقد فاسد لم تجب نفقتها عليه، فإن أنفق عليها وهو لا يعلم بطلان العقد ثم طهر له بعد ذلك بطلانه رجع عليها بما أخذته من النفقة، إن كان قد أنفق عليها بإنفاق القاضي، وإنما وجبت نفقة الزوجة على الزوج لأن الزوجة محبوسة في دار زوجها لمنفعته، وكل إنسان حبس لأجل إنسان آخر وجبت نفقته على من كان حبسه لأجله، ومن أجل ذلك وجبت في بيت مال المسلمين نفقة القاضي، والوالي، والمفتي، ومدرسي علوم الدين، بقدر ما يكفيهم، ويكفي من تجب عليهم نفقته، لأنهم محبسون لمصلحة المسلمين عامة.²

1. محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 195، 197.

2. محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 192.

الثاني: القرابة، وبهذا السبب وجبت على الإنسان نفقة أولاده الصغار الفقراء، والكبار العاجزين عن الكسب، ونفقة والديه، ونفقة كل ذي رحم محرم إذا كان أنثى مطلقاً، أو ذكراً بشرط أن يكون إما صغيراً وإما كبيراً عاجزاً عن الكسب¹.

الثالث: الملك، وبهذا السبب وجب على الإنسان أن ينفق على ممتلكاته، وعلى سائر ما يملكه من حيوان وغيره²، وأضاف المالكية الالتزام على أنه سبب من أسباب وجوب النفقة، وهو ما يلزم به الإنسان نفسه من النفقة³.

المطلب الثالث: موجبات نفقة الأصول والفروع والحواشي ومسقطاتها

لقد عرفنا مما سبق أنه يجب على المنفق أن ينفق على فروع وأصوله وذوي قرابته، إلا أن جمهور الفقهاء اختلفوا في من تجب له النفقة وفي الشروط التي يجب توافرها في الشخص المنفق والمنفق عليه وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث

الفرع الأول: موجبات نفقة الأصول والفروع والحواشي

لقد انقسمت آراء الفقهاء في من تجب له النفقة إلى أربعة مذاهب، وسنعرض رأي كل مذهب والأدلة التي احتجوا بها وما هو الرأي الراجح فيها وموقف المشرع الجزائري منها، يقول جل شأنه { وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف... }... وعلى الوارث مثل ذلك⁴ وفي آية أخرى يقول تعالى: { واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً والوالدين إحساناً وبذي القربة }⁵، وقال جل ثناؤه: { وآت ذا القربى حقه }⁶، وقال جل شأنه: {جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا }⁷ نزلت في الأبوين الكافرين والمصاحبة بالمعروف كما فسرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بحسن العشرة بأن يطعمهما إذا جاعا، ويكسوهما إذا عريا.

1. محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع نفسه، ص 193.

2. محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 193.

3. جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 222.

4. سورة البقرة، آية 233.

5. سورة النساء، آية 36.

6. سورة الإسراء، آية 26.

7. سورة لقمان، آية 15.

أما السنة، فالأحاديث كثيرة نكتفي ببعض منها، ما رواه النسائي عن طارق المحاربي قال¹: قدمنا المدينة فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يخطب الناس ويقول: (يد المعطي العليا وأبدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك).

وما رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حيدة القشري قال: (قلت يا رسول الله من أبر؟ قال أمك، قلت ثم من؟، قال أمك، قلت ثم من؟ قال أمك، قلت ثم من قال أباك، ثم الأقرب فالأقرب).

فهذه النصوص توجب النفقة للأقارب تتحصر في جملتها، ولما كانت دلالتها متنوعة منها القطعي والظني، كما أن منها ماصح عند بعض الأئمة بينما لم يصح عند الآخرين لذلك اختلف الأئمة في من تجب له هذه النفقة على أراء.

فالإمام مالك يرى أن نفقة الأقارب تتحصر في قرابة الولادة المباشرة، فتجب للأب والأم على الولد ذكرا كان أم أنثى، وتجب على الأب لأولاده، ولا تجب على الأم نفقة لأولادها، ولا تجب لغير هؤلاء نفقة على أحد من أقاربهم، ودليله على وجب النفقة للوالدين الآيات التي أوجبت ذلك صراحة من قوله تعالى { وبالوالدين إحسانا }²، قوله { وصاحبهما في الدنيا معروفا }³، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (انت ومالك لأبيك)، أما وجوبها للأولاد فبقوله تعالى { وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف }⁴، ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (خذي ماكيفك وبنيك بالمعروف) قالوا: فهذه النصوص صريحة في ذلك فيقتصر على مورد النص، أما غير هؤلاء فلا يصلون إلى مرتبتهم فلا يقاسون عليهم.

1. محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 821، 822.

2. سورة النساء، آية 36.

3. سورة لقمان، آية 15 .

4. سورة البقرة، آية 233.

فالإمام الشافعي يذهب إلى أن النفقة تجب للأصول على الفروع وبالعكس، فالقربة الموجبة هي قرابة الولادة مطلقا مباشرة وغير مباشرة، ودليله على ذلك الأدلة السابقة بتوسع في معنى الوالدين ليشمل الأجداد، والأولاد ليشمل أولاد الأولاد لأن الأجداد آباء، وأولاد الأولاد أولاد،¹ ولا تجب لغير هؤلاء، أما قوله تعالى **{ وعلى الوارث مثل ذلك }**²، فلا يدل على وجوب النفقة على القريب الوارث لأنه معطوف على قوله تعالى **{ لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده }**، لا على قوله **{ وعلى المولود له رزقهن }**، ولكننا نقول إن هذا مجرد احتمال لأن الظاهر أنه معطوف على الأول، لأن الأحاديث صرحت بوجوب النفقة للأقارب غير الأصول والفروع كقول الرسول صلى الله عليه وسلم (وأخاك وأختك ثم أدناك أدناك) بعد قوله أمك وأباك³.

وزهد الحنفية إلى القرابة الموجبة للنفقة هي القرابة المحرمة للزواج فتجب على الشخص لكل قريب تربطهما قرابة محرمة، وهي تشمل الأصول والفروع والمحامر من الحواشي كالأخوة والأخوات وأولادهم، والأعمام والعمات والأخوال والخالات، أما القريب غير المحرم فلا تجب له نفقة كأولاد العم والعمه وأولاد الخال والخالة، ولكنهم قيدوا الوارثين بالمحامر بما روي أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه كان يقرأ آية البقرة **{ وعلى الوارث مثل ذلك }**، بزيادة ذي الرحم المحرم وهي وإن لم تثبت قرآنيته لعدم تواترها إلا أنها تعتبر تفسيراً وبياناً مسموعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن القرابة المحرمة قرابة قوية تستحق العناية والمحافظة عليها من القطعية بإيجاب النفقة لها دون غيرها، ولهذا كانت سببا في تحريم الزواج عند وجودها لما في الزواج من بسط سلطان الزوج على زوجته مما قد يؤدي إلى قطع الرحم، فاقترن إيجاب النفقة على من اتصف بها دون من هو أدنى منه قرابة.

والحنابلة يذهبون إلى أن وجوب نفقة القريب على قريبه يدور مع الإرث وجودا وعدما، فإذا كان القريب وارثا وجبت له النفقة لا فرق بين أصل وفرع ولا بين محرم وغيره وسندهم في ذلك قوله تعالى **{ وعلى الوارث مثل ذلك }**⁴، فإنها أوجبت على الوارث مثل ما أوجبه الآيه في

1. محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 822، 823.

2. سورة البقرة، آية 233 .

3. محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 823 .

4. سورة البقرة، آية 233 .

أولها على الأب من النفقة وذلك لأن القرابة التي تجعل القريب أحق بتركة قريبه وهو غنم تقتضي أن يقابله غرم وهو وجوب النفقة على الوارث، ولذلك شرطوا اتحاد الدين بين من تجب له النفقة ومن تجب عليه حتى ولو كان من الفروع والأصول، في الرواية الراجحة في المذهب. وفي رواية أخرى يشترط في غير الأصول والفروع، وهذه الرواية في نظري هي التي تتفق مع صريح النصوص لأنها مطلقة لم تفرق بين المنفقين في الدين والمخالفين فقوله تعالى {وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف}¹، مطلق في كل مولود له وقوله {وصاحبهما في الدنيا معروفا}²، نزل بخصوص الوالدين الكافرين، وكذلك أدلة وجوب النفقة للأولاد المطلقة، وأما قوله تعالى {وعلى الوارث مثل ذلك}، فظاهرها أنها في الأقرباء الآخرين.

وبهذا العرض للمذاهب نجد أن مذهب المالكية أضيق المذاهب في نفقة الأقارب، وأن أوسعها مذهب الحنابلة وأنه أصلحها للعمل لما فيه من توسيع دائرة النفقة للأقارب وأعد لها من جهة اشتراط اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه الذي يحصر الأنفاق بين المتوارثين إذا ما قصرنا هذا الشرط على الأقارب من غير الأصول والفروع وأخذنا بالرواية التي لا تشترط اتحاد الدين بالنسبة للأصول والفروع، ولو افترضنا عدم وجود هذه الرواية فإننا نستطيع إلغاء هذا الشرط بالنسبة لهم نظرا للجزئية التي توجب النفقة للفروع على الأصول، والمصاحبة بالمعروف التي تقتضي بإيجاب النفقة للأصول على الفروع³.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 77 من قانون الأسرة على أنه (تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث)، بمعنى أن المشرع مثلما أوجب نفقة الآباء على الأبناء فقد أوجب في المقابل نفقة الأبناء على الآباء وهذا في حال عجز الوالدان لفقرهم أو عدم كفاية حاجتهم وذلك حسب يسر الأبناء ودرجة القرابة في الإرث فالأبناء أولى بالنفقة من الأحفاد على الوالدان⁴.

1. سورة البقرة، آية 233 .

2. سورة لقمان، آية 15 .

3. محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 823، 824، 825، 826.

4. نسرين شرقي وكمال بفرورة، مرجع سابق، ص 122.

الفرع الثاني: مسقطات نفقة الأصول والفروع والحواشي

أولاً: سقوط النفقة بمضي الزمن

تسقط نفقة الأصول والفروع وسائر الأقارب بمضي مدة شهر فأكثر دون أن يتقاضاها المحكوم له، عند الفقهاء الثلاثة الحنفية والشافعية والحنابلة لأن هذه النفقة وجبت لدفع الحاجة وحتى لا يتعرض من فرضت له للهلاك أو سؤال الناس، وليست بابا لجمع المال على حساب المحكوم عليه، ومضى مدة شهر فأكثر دون أخذ النفقة معناه اندفاع حاجته في هذه المدة فيسقط متجمدها، كما أنه صلة محضة فلا يتأكد وجوبها إلا بالقبض أو الاستدانة التي تقوم مقامه وعلى ذلك إذا حكم القاضي بنفقة قريب ومضى مدة شهر على استحقاقها لا يطالب بنفقة الشهر الذي مضى ولكن يطالب بالشهر الحاضر، أما إذا كانت المدة التي مضت تقل عن شهر فإنها تعتبر ديناً بالقضاء ولا تسقط النفقة فيها، لأنه لا بد من مثل هذه المدة ليتمكن القريب من المطالبة بالنفقة، فلو سقطت النفقة بالمدة اليسيرة لما أمكن استيفاؤها ولم يكن للقضاء فائدة ولو سقط كل ما مضى لما أمكن استثناء شيء منها أما إذا كان المنفق قد أذن للقريب باستدانة النفقة أو أذن له القاضي بذلك، واستدانها القريب لا تسقط بمضي شهر فأكثر وتعتبر ديناً في ذمة القريب لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، وتتعلق بتركته بعد موته لأن الاستدانة كانت بالنيابة عنه إن كانت بأمره وأمر القاضي كأمر المنفق لأنه رأى ذلك طريقاً لحمله على أداء ما يجب عليه، أما إذا أذن للقريب بالاستدانة وأم يستدن النفقة بالفعل، فإنها تسقط بمضي شهر فأكثر، والقاضي لا يأذن باستدانة النفقة من تلقاء نفسه وإنما يجب أن يطالب طالب النفقة الإذن بالاستدانة، وقد ذهب رأي في الفقه الحنفي رجحه البعض إلى استثناء نفقة الصغير من حكم سقوط النفقة بمضي شهر فأكثر من تاريخ فرضها رضاً أو قضاء وجعلها في حكم نفقة الزوجة، وذلك تقديراً لعجز الصغير والرأفة به¹.

1. محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية موسوعة الفقه والقضاء، الجزء الثالث، دار محمود، د ط، ص 323-

ثانيا: سقوط النفقة بالموت

تسقط نفقة الأقارب في الراجح من مذهب الحنفي بموت المحكوم له وبموت المحكوم عليه، ما لم يكن قد أذن باستدانتها واستدينت بالفعل، فإنها تستوفى من تركه المحكوم عليه، لأن نفقة الأقارب صلة والصلات تبطل بالموت كالهبة قبل القبض وعلى ذلك إذا توفى القريب المفروض له النفقة والذي لم يؤذن باستدانتها كان المحكوم عليه رفع دعواه بكف يد ورثته عن المطالبة بالنفقة لا بإبطالها لأن الإبطال إنما يرد على ما هو قائم، وقد سقطت النفقة بالموت¹.

1. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 326.

الفصل الثاني

الاجتهاد القضائي في الحماية المدنية

والجزائية للنفقة في الجزائر

تمهيد:

رغم وجود انتقادات لقاضي الأحوال الشخصية في النظام القضائي في الجزائر و التي تصب في عدم وجود مؤهلات علمية في هذا القاضي وبحكم تخصصه في القانون أساسا لا يملك أهلية الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية واستقاء الأحكام، منها عدم وجود نص قانوني وذلك راجع لضعف تكوينه العلمي وتخصصه في علوم الشريعة الإسلامية التي تحكم قضايا الأسرة¹، إلا أن الاجتهاد القضائي الجزائري كرس اجتهادات مختلفة ومتنوعة في موضوع النفقة، فنجدته يتدخل في كل حالة يكون النص التشريعي غامضا أو ناقصا أو عدم وجوده أصلا، فهذه هي مهمة القاضي، إذ يلجا إلى أحكام الشريعة الإسلامية قصد استنباط الأحكام الشرعية لتجاوز الإشكال المطروح أمامه على شكل نزاع في موضوع النفقة، فيحدد الدائن بالنفقة والمدين وتقدير النفقة...، وهذا ما نسميه بالاجتهاد القضائي في الحماية المدنية للنفقة.

وفي حالة عدم إنفاق الدائن على أصحابها وامتنع عنها وفقا للشروط المحددة شرعا وقانونا، يتدخل القاضي الجزائري لفرض عقوبات صارمة على المعتدي، وفرض اجتهاده في حالة قصور النص التشريعي أو غموضه أو عدمه وهذا ما نسميه بالحماية الجزائية للنفقة وهذا ما سنتناوله بنوع من الشرح في هذا الفصل.

نستشف من خلال استقراءنا لنصوص المواد الأولى والثانية والثالثة من القانون رقم: 01/15 المؤرخ في: 04 جانفي 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة على أنه صندوق احتياطي يتولى دفع مستحقات النفقة للطفل المحضون تقبضه الحاضنة بعد تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للحكم القضائي الملزم بالنفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته².

1. أ.د. محفوظ بن صغير، اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال الأحوال الشخصية، مجلة

الدراسات والبحوث العلمية، العدد السادس، ص104.

2. قانون 01-15 المؤرخ في: 13 ربيع الأول عام 1463 الموافق ل 04 يناير سنة 2015، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 1، بتاريخ: 07 يناير 2015.

المبحث الأول:

الاجتهاد القضائي في الحماية المدنية للنفقة

لقد لعب الاجتهاد القضائي الجزائري- في موضوع النفقة- دورا هاما في تسيير وتوجيه الإشكالات الناتجة عن قصور النص التشريعي أو غموضه أو عدم وجوده أمام قاضي شؤون الأسرة، الخاص بالحماية المدنية للنفقة، خاصة ما تعلق بنفقات: الأولاد، الأصول والزوجة، مما يتعين التعرض لأهم الاجتهادات الواردة في هذا الموضوع كما يلي: المطلب الأول: الاجتهاد القضائي في وجوب النفقة، المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي في النفقات المستحقة للمطالبة.

المطلب الأول:

الاجتهاد القضائي في وجوب النفقة

إن لاستحقاق النفقة أسباب لقد أوردها المشرع الجزائري في المواد 74 إلى 77 من ق.أ.ج و هي ثلاثة أسباب موجبة للنفقة هي الزوجية والأبوة والبنوة .

الفرع الأول : نفقة الأولاد (البنوة) : من حق الولد على والده أن ينفق عليه، فإله سبحانه وتعالى خلق الإنسان في طفولته وهو في حالة من الضعف والعجز، لا تساويها طفولة أي من المخلوقات الأخرى على الأرض، ففترة الطفولة عند الإنسان طويلة نسبيا، فهي تساوي تقريبا 6/1 حياة الإنسان الذي متوسط عمره 60 سنة والطفل خلال هذه المدة يعتمد كلياً في تلبية حاجاته المادية و العاطفية على والديه، أو من يقوم برعايته .

فالقرباة بالولادة أو البنوة من الأسباب الموجبة للنفقة، على أساس أن الأب هو الذي تسبب في وجود أولاده، فهم جزء منه وهذه الجزئية هي الرابطة التي تجمع بين الأب و أبنائه، وعلى أساسها أوجبت الشريعة الإسلامية نفقة الأولاد على الأب، فنفقة الصغير حق له تثبت بثبوت النسب .

قد نصت المادة 75 ق.أ.ج على وجوب نفقة الوالد على ولده حيث قررت أنه " تجب نفقة الولد على أبيه ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر

في حالة ما إذا كان الولد عاجز لآفة عقلية أو بدنية أ ومزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب¹.

ومن خلال نص المادة:75 من قانون الأسرة الجزائري، يستخلص أن هناك مجموعة من الشروط لوجوب نفقة الأولاد وهي:العجز واثبات النسب .

- طلب العلم : وهو شرط استثنائي، فإذا كان الولد من شغلا بالتعليم، وكان طلب العلم يشغله عن الكسب وجبت نفقته على أبيه ولو كان قادرا على الكسب والعمل لأن طلب العلم قد يكون واجبا في بعض الحالات وقد يكون مندوبا في بعضها وهو على الوجه العموم فرض كفاية، فلو ألزم طلبه العلم بالاكتمال لتعطل سير الأمة وفات عليها الكثير من المصالح².

نستخلص مما سبق أن الأب تجب عليه نفقة أولاده إذ اكانوا صغارا، لأن الأطفال عندما يكونوا صغارا لا تكون لديهم القدرة على الكسب وتنتهي هذه النفقة ببلوغ الذكور وزواج الإناث، ولكن في بعض الأحيان تجب على الأب النفقة على أولاده الكبار نظرا لعجزهم على الكسب ويسار الأب، ويكون عجزهم إما لمرض أو لطلب العلم أو الأثوثة، ولكن التساؤل الذي يثور في حالة ما إذا كان الأب عاجزا عن النفقة .

فعلى من تجب نفقة الأولاد خاصة في حالة يسار الأم إما لأنها تعمل أو لديها تركة ؟

و في هذا الخصوص أكدت المادة 76 من قانون الأسرة على أنه : " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك " .

كما جاء في قرار للمحكمة العليا ملف رقم 179126 قرار بتاريخ 1998/02/17 : " من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب ومتى ثبت - في قضية

1. عبدالحليم بن مشري، الجرائم الأسرية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، (أطروحة شهادة الدكتوراه علوم في القانون الجنائي)، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2008، ص391.

2. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقا لأحدث التعديلات، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط 1 ،الأردن، 2009، ص276.

الحال- أن الولد المنفق عليه معوق ويتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"¹.

أما بالنسبة للإناث لقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا رقم 189258 بتاريخ:16/02/1999 من المقرر قانونا أن الأنثى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على كسب ومتى تبين - في قضية الحال - أن القضاة لما قضاوا بحرمان البنيتين من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه في حكمهم، مع أن نفقة البنت تبقى على عاتق والدها إلى أن تنتقل إلى بيت الزوجية أو حصولها على كسب، وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام المادة 75 من قانون الأسرة من قانون الأسرة الجزائري، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص النفقة"².

الفرع الثاني: نفقة الأصول (الأبوة) :

جاء في المادة 77 من قانون الأسرة أنه: " تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث " ، وما يفهم من هذه المادة هو أنه إذا كانت المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري توجب نفقة الوالدين على أولادهم أي الأصول المباشرين على الفروع المباشرين، فالمادة 77 وسعت مجال النفقة لتصبح واجبة على كل الأصول وان علو حسب قدرة الأصول واحتياج الفروع مع مراعاة درجة القرابة في الإرث فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى كما تجب عليه النفقة يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"³.

1. محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة

والنشر، الجزائر، ط1، سنة 2001، ص98.

2. نفس المرجع، ص96-97.

3. نفس المرجع، ص98.

نستشف مما سبق على أنه كما استوجب القانون على الأب النفقة على الابن فإن للابن أيضا عند عجز أبيه وقدرته على الإنفاق أن ينفق عليه وعلى أمه أيضا، والجد أيضا لديه الحق في النفقة وأحسن مثال على ما يوجب النفقة على الجد هو في حالة وفاة الأب فإن النفقة على الابن توجب على الجد إذا فالجد بمثابة الأب فهذا يعني أنه على الابن أن ينفق على جده.

الفرع الثالث: الاجتهاد القضائي في نفقة الزوجة

النفقة الزوجية واجبة للزوجة على زوجها، فهي حق من الحقوق الناتجة عن العقد الصحيح. فتجب بمقتضى العقد وسواء في ذلك أكانت الزوجة غنية أو فقيرة، وهذا هو الشرط الأول المنصوص عليه في المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري والذي يشترط لصحة الزواج توافر ما يلي: الأهلية، الولي، الشاهدين، انعدام الموانع الشرعية، الشهادة الطبية، كما تكون هذه النفقة واجبة مقابل الاحتباس المشروع المؤدي إلى مقاصد الزواج أو ما عبر عنه المشرع الجزائري بالدخول بها أو دعوتها إليه وهو الشرط الثاني .

أولا: الزواج الصحيح: تنص المادة: 09 من قانون الأسرة على انه: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين . وتضيف المادة : 09 مكرر من نفس القانون على انه: «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج

- الصداق

- الولي

- الشاهدان

- انعدام الموانع الشرعية للزواج

أما المادة: 07 من نفس القانون فاشتترطت على المقدم للزواج أن يقدم شهادة طبية.

إن من اجتهادات المحكمة العليا في مسألة شروط عقد الزواج نذكر انه لا يثبت هذا الأخير إلا بشهادة الشهود، وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا على انه لا نكاح إلا بولي وصادق وشاهدي عدل والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون وأحكام الشريعة الإسلامية¹.

ثانياً: يسار الزوج: من نص المادة: 74 السالفة الذكر يظهر لنا جلياً بان نفقة الزوجة واجبة على زوجها سواء كان غنياً موسراً أو فقيراً معسراً، ومن حق الزوجة أن تطالبه بها في كل وقت². ما دامت في عصمته شرعاً، وما دام عقد الزواج قائماً ولم يصدر حكم قضائي بانحلاله

غير انه يجب على الزوجة ألا ترهق زوجها، وألا تطالبه بما لا يقدر عليه، الأمر الذي أدى بالمشروع الجزائري إلى أن يخضع تقدير النفقة إلى قاض مختص بحسب حالة الزوج يساراً أو عسراً وهذا على أساس مراعاة الحالة المالية للزوج وتغيير الأسعار في الأسواق وظروف المعيشة على أن يراعي في هذا أن لا تقل النفقة عن الحاجات الضرورية مهما كان وضع الزوج في العسر. ذلك أن الزوجة بتزوجها المعسر قد رضيت بالنفقة التي يقدر عليها، وهي نفقة الإعسار ولو كانت موسرة، وقد صدر حكم محكمة سيدي أمحمد بتاريخ 1984/11/11 جاء فيه على الخصوص: « بان نفقة المنفق لهم واجبة شرعاً مع مراعاة الظروف المادية والاجتماعية للمنفق وحاجة المنفق عليهم، والحال أن المدعي مويسر وقد كانت الآية صريحة في تحديد حال الزوج وأخذه بعين الاعتبار لقوله تعالى: { لينفق ذو سعة من سعته }³.

ومن هنا يجوز زيادة النفقة ونقصها بتغير حال الزوج، غير انه لا يسمح دعوى الزيادة أو النقصان قبل مضي سنة على فرضها. وهذا ما ذهب إليه المشروع في المادة: 80 من قانون الأسرة الجزائري وما استقر عليه القضاء في قرار صادر بتاريخ: 1989/01/16⁴.

1. قرار رقم: 34438 الصادر في: 1984/09/24، عن المحكمة العليا، نقلاً عن بلحاج العربي، قانون الأسرة

مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة

1994، ص11.

2. الإمام محمد أبو زهرة، كتاب الأحوال الشخصية، دط، دار الفكر العربي، بيروت، 1950، ص239.

3. سورة الطلاق الآية: 07.

4. قرار رقم: 51715 بتاريخ: 1989/01/16، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية: قسم الوثائق، سنة

1992، العدد2، ص52.

المطلب الثاني:

الاجتهاد القضائي في النفقات المستحقة للمطلقة:

نتطرق في هذا المطلب إلى نفقة العدة في فرع أول، ونفقة المتعة في فرع ثان، ونفقة الإهمال.

الفرع الأول: الاجتهاد القضائي في نفقة العدة

من الأحكام التي ألزمها المشرع على المرأة المطلقة هي احترام الأجل الذي أوجبه الشارع لانقضاء ما بقي من آثار الزواج، ولهذا يجب لها على مطلقها النفقة خلال فترة العدة التي تختلف عدتها باختلاف سببها، كما أن هناك حالات لاستحقاق هذه النفقة وحالات أخرى تسقط فيها نفقة العدة ولها الحق في الإرث خلال هذه الفترة.

أولاً: تعريف نفقة العدة وأنواعها

(1) **العدة لغة:** عدته، أحصاه من باب رد، والاسم (عدد) والعديد يقال عددت الشيء عدة، أي أحصيته إحصاء، وعدة المرأة ما تعده من أيام إقرائها، ويقال اعتدت المرأة وانقضت عدتها.¹

وعليه يحمل قوله تعالى: { وأحصوا العدة }².

(2) **العدة اصطلاحاً:** عرفت بتعريفات كثيرة نذكر منها ما يأتي: **العدة:** تربص المرأة مدة يعرف فيها براءة رحمها بإقراء أو أشهر أو وضع الحمل³، **العدة** اسم لأجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح⁴.

1. محمد أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، د. ط، مجلد 1، ص 175.

2. سورة الطلاق، الآية 1.

3. إبراهيم البيجوري، حاشية البيجوري، ج 2، دط، مصر، 1285 هـ، ص 180-181.

4. أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي علاء الدين بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الأول، دار كتب

العلمية، ص 300.

والمراد بنفقة العدة ما تستحقه المعتدة من نفقة أثناء العدة والتي تجب في بعض الحالات دون الأخرى وحسب نوع الفرقة إذا كانت عدة طلاق أو فسخ أو عدة وفاة وفي كلتا هذه الحالات تختلف العدة بحسب ما إذا كانت المعتدة حاملا أم لا، من نوات الحيض أم لا، فالعدة أنواع، عدة القروء وعدة الأشهر وعدة الحامل.

ومن أحكام العدة، يتمتع على المطلقة الزواج في فترة العدة برجل أجنبي ولها ذلك بعد انتهاء العدة، أما خلال فترة العدة فالحق في الزواج مخول لزوجها الذي طلقها إذا كان طلاقه رجعيا طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، أما من الناحية القانونية فيمكن للزوج أن يراجع زوجته أثناء محاولة الصلح ولا يحتاج إلى عقد جديد ويراجعها بعد صدور الحكم بالطلاق، وهنا لا بد من عقد جديد¹، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها: "من المقرر قانونا أنه بعد صدور الحكم بالطلاق، فإن المراجعة لا تتم إلا بعقد جديد ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلقت بسبب الضرر الحاصل من الزواج طبقا للمادة: 6/53 ق أ ج .

فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الزوجة طبقوا صحيح القانون، وفي هذه الحالة تكون مراجعة الزوج بعقد جديد، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"²، ما يفهم من القرار أن للزوج الحق في إعادة زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق ويكون ذلك بعقد جديد فالقانون يسمح له بإعادة زوجته وهذا طبعا قد يخالف أحكام الشريعة الإسلامية خاصة في مسألة فوات مدة العدة الشرعية، وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1998/05/19 وذلك بقولها: "من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل وأقصاها 10 أشهر"، ومتى تبين في قضية الحال -أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدة الحمل وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وان قضاء الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت الزوج الثاني اعتمادا على قاعدة الولد للفراش، مع أن الزواج الثاني باطل شرعا.

1. المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ألغيت بأمر رقم: 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، ج. ر. 15.

2. محكمة عليا، غ أش، بتاريخ: 2000/02/22، ملف رقم: 239349، م ق، عدد خاص، 2001، ص 107.

فإن بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة¹.

ما يستخلص من القرار أنه يحرم على الزوجة الزواج في فترة العدة وأن كل زواج يتم خلال هذه المدة يعتبر باطلا، أما بخصوص أنساب البنت إلى الزوج الثاني مخالف لأحكام الشرع والقانون، لأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر وهذا يدل على أن المرأة كانت حامل وقت الطلاق، وبالتالي يجب أن تنسب البنت إلى الزوج الأول طبقا للمادة 43 من قانون من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: حالات استحقاق نفقة العدة:

إن تناول نفقة العدة يوجب علينا في بداية الأمر التمييز بين عدة الوفاة و عدة الطلاق²، فالمتوفي عنها زوجها لا نفقة لها على زوجها المتوفي سواء كانت حاملا أو حائلا لأنه لا سبيل لفرض نفقة على زوج توفي وانتهى ملكه بالوفاة وأصبحت زوجته وارثة في تركته، بالإضافة إلى أن الوفاة تنهي الزوجية فلم يعد سبب الوجود قائما³، فالفقهاء متفقون على عدم استحقاق المرأة المعتدة من الوفاة النفقة، ويخالفهم في ذلك الإمام مالك رضي الله عنه بشأن حق السكن، إذ أعطاه ذلك سواء كانت حامل أم غير حامل⁴.

أما المعتدة من الطلاق قد تكون معتدة من طلاق رجعي، وقد تكون معتدة من طلاق بائن، اتفق الفقهاء على أن المعتدة من طلاق رجعي تستحق النفقة والسكن بعد الطلاق الرجعي، لأن هذا الطلاق لا يرفع النكاح ولا يزيل الحل، فتبقى المطلقة رجعيًا خلال أجل العدة زوجة حكما، لها ما لغيرها من الزوجات، والله سبحانه وتعالى يؤكد ذلك في قوله: **{ وبعولتهن أحق بردهن }**⁵.

1. م.ع، غ أش، بتاريخ: 19/05/1998، ملف رقم: 193825، م ق، عدد خاص، 2001، ص 73.

2. سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 361.

3. أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع و القانون، دارالكتب القانونية، مصر، 2004، ص 150.

4. فضيل سعد، المرجع السابق، ص 361.

5. سورة البقرة الآية 228 .

أما المشرع الجزائري في المادة 61 من قانون الأسرة نص على المطلقة بصفة عامة ما يفهم منه أنه أعطى للمطلقة الحق في النفقة والسكن في فترة العدة دونما تمييز بين ما إذا كانت مطلقة من طلاق رجعي أم من طلاق بائن، لأنه كما سبق القول أن المشرع لا يأخذ إلا بالطلاق الصادر بموجب حكم قضائي والذي يعتبر طلاق بائن. أما بخصوص قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن فنجد أنها قررت نفقة العدة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، وهذا ما جاء في قرارها الصادر بتاريخ: 1984/10/22 "من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء وما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرق الأحكام الشرعية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف أيدوا الحكم المستأنف فيما قضى به ومن ذلك تقرير نفقة عدة الزوجة، فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا وأنه من المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية، يكون مقبول فيما ذهب إليه حول حرمان المطلقة من نفقة العدة، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"¹.

طبقا لهذا القرار نستنتج أن القضاء اعترف بحق المطلقة في نفقة العدة سواء كانت ظالمة أو مظلومة، كما رأى أن اعتراف الزوجة بارتكاب فاحشة الزنا لا يسقط حقها في نفقة العدة. فإذا كانت هذه هي حالات استحقاق نفقة العدة فهناك حالات تسقط فيها هذه النفقة.

ثالثا: حالات سقوط نفقة العدة: تسقط نفقة العدة عن الزواج في الحالات الآتية:

1) إذا كان الزواج فاسدا² أو كان الدخول بشبهة، فإن نفقة العدة تسقط عن الرجل، ويكمن ذلك في أن سبب استحقاق نفقة العدة معتبر فيه حال الزواج الصحيح وخلال فترة العدة تكون الزوجة محبوسة شرعا لحق الزوج. أما بخصوص الزواج الفاسد والدخول بشبهة، فإنهما لا يكونان سبب في احتباس الرجل للمرأة، إذ يجب عليهما أن يتفارقا فوراً و بالتالي لا تستحق المرأة نفقة العدة في هذه الحالة³

1. محكمة عليا، غ أش، 1984/10/22 ملف رقم: 34327، م ق، 1989، عدد 3، ص 69.

2. محكمة عليا، غ أش، 1984/10/22 ملف رقم: 34327، م ق، 1989، عدد 3، ص 69.

3. أحمد نصر الجندي، الحضانة و النفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مطبعة أطلس، القاهرة، مصر،

1995، ص 150.

- (2) أن تكون العدة بسبب وفاة الزوج¹.
- (3) المعتدة من فرقة جاءت من قبل الزوجة بسبب محذور شرعا كارتدادها عن الإسلام².
- (4) كذلك الزوجة لا تخالع نفسها من نزوجها³ مقابل نفقة العدة المقرر لها شرعا وقانونا، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى بقوله: "حيث أن كل مطلقة بعد البناء عليها أن تعتد وهي أثناء هذه المدة محبوسة من أجل الزوج، وعلى كل مطلق أن ينفق على مطلقاته، فالنفقة حق ثابت شرعا من حقوق الزوجية يتعين على القاضي الحكم بها طلبتها أم لم تطلبها ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعا أو سمحت فيها الزوجة صراحة بخلع، والمجلس له الحق في الحكم بها إذا أغفلها القاضي الأول، فالوجه غير سديد ويتعين رفضه⁴، يستخلص من هذا القرار (رقم: 656259 بتاريخ: 2011/09/15) أنه أقر واجب العدة للمطلقة بعد البناء كما اعتبرها أثناء هذه الفترة محتسبة لزوجها، ولذا يجب عليه أن ينفق عليها طيلة هذه المدة لأن نفقة العدة من الحقوق الشرعية للمطلقة، ولذا يتعين على القاضي عند إصداره للحكم بالطلاق أن يحكم بها ولا تسقط هذه النفقة إلا في الأحوال المحددة شرعا، أو إذا سمحت بها الزوجة صراحة بالخلع فمن خلال هذا القرار نجد أن القضاء قد سمح للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها مقابل إسقاط حقها في نفقة العدة والقضاء قد ساير الفقهاء في صحة الخلع مقابل إبراء المرأة زوجها من نفقة العدة.
- بالرجوع إلى المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري وبالأحرى إلى كلمة "مقابل مالي" فنجد أنها تبرهن أتم البرهان أن المخالعة لا تجوز ولا ترتب آثارها إلا إذا كان مقابلها مال⁵ ومادامت نفقة العدة هي عبارة عن مبلغ مالي فبالتالي هي جائزة لأن تكون بدل أو مقابل خلع الزوجة نفسها من زوجها.

1. أحمد محمد الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد و الأقارب،" دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الإسلامي"، دار الجامعية، بيروت، 1987، ص 127.

2. رمضان علي السيد الشرنباطي، المرجع السابق، ص 82.

3. CF.ch benmelha, droit algérien de la famille, édit, o. p. u Alger, 1993

4. المجلس الأعلى، غ ق ج، 10/02/1971، نقلا عن بلحاج العربي مبادئ الاجتهاد....، المرجع السابق، ص 110.

5. زكية تشوار حميدو، "الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة"، المجلة الجزائرية للعلوم

القانونية والاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، عدد 2، 2003، ص 17.

الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي في نفقة المتعة

وسنتطرق إلى تعريف نفقة المتعة ودليل مشروعيتها, ثم نتطرق إلى موقف القانون والقضاء من المتعة ثم التعويض وعلاقته بالمتعة.

أولاً: تعريف نفقة المتعة و دليل مشروعيتها:

المراد بالمتعة شرعا ما تتمتع به الزوجة وتعطاه تعويضا لها عن الفرقة بينها وبين زوجها من الثياب التي تلبسها المرأة للخروج عادة أو ما يعادلها من مال أو أي عوض.

وفي اللغة هي الشئ تبلغ به ويستعان به على ترويح الحال في الدنيا¹.

والمتعة كما عرفها بعض الفقهاء هي ما يقدمه الزوج لزوجته جبرا وترفيها وتخفيفا بما يصيبها من أسف وحسرة ووحشة, بسبب استعمال الرجل حق الطلاق الذي منحه الله إياه على سبيل الاستثناء, وحرمها إياه², وعرفه المالكية³ بأنه الإحسان إلى المطلقات حين الطلاق بما يقدر عليه المطلق بحسب ما له في القلة والكثرة.

أما دليل مشروعية المتعة مستنتج من القرآن الكريم في قوله تعالى: { لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين }⁴.

ثانيا: موقف القانون و القضاء الجزائري من المتعة:

أ. موقف القانون الجزائري من المتعة: إن المشرع الجزائري لم ينص على نفقة المتعة بالنسبة للمطلقة قبل الدخول أو بعده.

ب. موقف القضاء الجزائري من المتعة: لقد اعتبر القضاء الجزائري المتعة عبارة عن تعويض في بعض الأحكام: « إذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر للزوج التي طلقها

1. احمد فتحي بهنسي, نفقة المتعة بين الشريعة و القانون, ط1, دار الشروق, 1988, ص29.

2. معوض عبد التواب, المرجع السابق, ص906.

3. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي, موطأ الإمام مالك, ط2, المكتبة العلمية. دس ن, ص199.

4. سورة البقرة 239.

زوجها متعة تعطي لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا¹، واعتبر المتعة مبلغا ماليا يختلف عن التعويض في أحكام أخرى، ولقد اختلفت الآراء حول المتعة و التعويض فمنهم من يرى بأنها شيء واحد ما دام الهدف منها جبر الضرر².

ومنهم من يرى الاختلاف من حيث المصدر، مصدر التعويض هو القانون بينما مصدر المتعة هو الشرع³ ومنهم من يرى بأن التعويض مرتبط بتعسف الزوج باستعمال حق الطلاق ومنه استبعاد التعويض إذا أحسن الزوج في استعمال حقه في الطلاق، لكن المتعة ترفيها وتخفيفا من ألم الطلاق سواء أحسن الزوج أو أساء استعمال حقه⁴، ومنهم من رأى أن فكرة التعويض عن الطلاق فكرة دخيلة على الشريعة الإسلامية، ترجع إلى فكرة التعويض عن الضرر طبقا للقانون المدني المادة 124 التي تنص على أنه: « كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض »⁵.

من خلال ما تقدم لا يمكن القول بأن التعويض و المتعة شيء واحد.

يلاحظ أن موقف المحكمة العليا بشأن الجمع بين التعويض و المتعة قد ساد نوع من التردد، حيث قضت في قرارها الصادر في: 1986/04/07 بأنه: (من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض عن الطلاق التعسفي)⁶ وخلافا لهذا الموقف جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى في: 1985/04/08 بأنه: « إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية لذلك

1. المحكمة العليا، غ أش، قرار رقم: 35912، بتاريخ: 1985/04/08، منشور بالمجلة القضائية، عدد 1، سنة 1989، ص 89.

2. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، ج 1، المرجع السابق، ص 233.

3. لاتي محمد، "المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري"، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2001-2002، ص 72.

4. عبدالفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط 1، عام 1998، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ص 181.

5. هجيرة دنوني، مركز المرأة في التشريع الجزائري، مجلة الشرطة، عدد 40 لشهر افريل 1989، ص 20.

6. م ع، غ أش، ملف رقم: 41560، م ق 1986، عدد 2، ص 69.

يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض». وعليه فهذا القرار القضائي يضع الحد بين إمكانية الجمع بين المتعة و التعويض.

2- تقدير نفقة المتعة في القانون: لو رجعنا إلى القضاء الجزائري نجد القرار الصادر بتاريخ: 1984/04/02 والذي محتواه كالآتي: "من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببيه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا عن غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، إذا كان من الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا على الإشارة إلى حال الطرفين وطبقتهما الاجتماعية دون اعتبار كذلك المقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يعطى عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية، فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبب وإعطاء شيء غير مألوف دون الاستناد على أي قاعدة شرعية، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة".¹

3- معيار تقدير التعويض:

أقر المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1986/05/05 والذي جاء محتواه كالآتي: "حيث أن فيما يرجع للمحكمة العليا ممارسة رقابتها في شأن ذلك، وحيث أن هذا الوجه مؤسس فيما يرجع إلى التناقض الموجود فيه"² فتقدير التعويض خاضع لسلطة قضاة الموضوع وهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا إلا إذا كان مجحفا بأحد الزوجين إجحافا غير

1. المجلس الأعلى، غاش، 22/04/1984، ملف رقم: 32779، م ق 1989، عدد 2، ص 91.

2. المجلس الأعلى، غ أش بتاريخ: 05/05/1986، ملف رقم: 41703، غير منشور، نقلا عن بلحاج العربي،

مبادئ الاجتهاد،.....المرجع السابق، ص 77.

مألوف بالنسبة لحالتهما¹ ، فليس هناك حد أقصى أو حد أدنى للتعويض عن الضرر الذي لحق المطلقة، وإنما هو مرتبط بنسبة التعسف ودرجته.

الفرع الثالث: الاجتهاد القضائي في نفقة الإهمال:

ذهب جمهور الفقهاء بما أخذ به المذهب الحنفي فالزوج ملزم بأداء نفقة زوجته ابتداء من تاريخ امتناعه عن أدائها ، ولما كان وجوب الإنفاق على الزوجة ثابت بمصادر الشريعة الإسلامية الغراء وبنصوص التشريع الجزائري على وجه الخصوص، وعليه فإنه من ضمن حقوق المطلقة الحق في النفقة طالما وإنها لا زالت في عصمة زوجها، فنفتقتها بعد النطق بالطلاق والى غاية انقضاء عدتها تسمى نفقة العدة كما سبق توضيحه وبيانه، أما ما تعلق بنفتقتها قبل النطق بالطلاق تسمى نفقة إهمال وفيها في أغلب الأحيان تغادر الزوجة مقر الزوجية، حيث تبقى مدة زمنية عند أهلها دون الإنفاق عليها مما يترتب عن هذا طرح قضية الطلاق على الجهة القضائية المختصة².

فبالرجوع إلى قانون الأسرة المادة (80) من قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أنها صريحة وواضحة في هذا الصدد حيث جاء فيها ما يلي: (تستحق النفقة من تاريخ الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى).، إن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو هل أن المشرع يشترط وجود بيينة على عدم الإنفاق لتمكين القضاء من الحكم للزوجة بالنفقة لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع الدعوى؟

إن القضاة في الميدان العملي يعتمدون على شهادة الشهود خاصة الجيران الذين يشهدون أن الزوج غادر بيت الزوجية وأنه لا يسأل عن زوجته وأبنائه أو أن الزوجة عند أهلها منذ مدة

1. المجلس الأعلى، غ أش بتاريخ: 1986/02/24، ملف رقم: 39689، نقلا عن بلحاج العربي مبادئ الاجتهاد، المرجع نفسه، ص 96.

2. عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية و التشريعية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، 2012.

معينة وهو لا يسأل عليها, ولا يأتي على الإطلاق لترقب أحوالها وما تتطلبه الضروريات نحوها , فقد يثبت الزوج عكس ذلك حيث يقدم وصلات بريدية تثبت أنه كان يرسل لها المبالغ المالية عندما كانت متواجدة في بيت أهلها¹.

قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1986/02/24 حيث نصت على أنه(من المقرر فقها وقضاء بأن نفقة العدة تمنح لكل زوجة مطلقة في جميع الحالات لأنها مقررة شرعا)².

أما نفقة الإهمال فعلى الزوجة أن تطالب بها فلا يستطيع القاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه.

وعليه فالدعوى التي قصدها المشرع هي دعوى الطلاق، ولكن كان الأجدر بالمشرع لقطع كل لبس أن يعدل المادة (80) من قانون الأسرة بالشكل التالي: (...قبل رفع دعوى الطلاق).

1. عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة ...، المرجع السابق، ص242.

2. المرجع نفسه، ص243-244.

المبحث الثاني:

الاجتهاد القضائي في الحماية الجزائية للنفقة

لا تقبل دعوى النفقة إلا إذا توافرت على شروط مجموعة، منها شرط خاص بالدعوى وشرط الاختصاص المحلي، وشروط أخرى متعلقة برفع الدعوى، كالأهلية في النقاضي واثبات علاقة الزواج بال عقد إذا كانت الدعوى متعلقة بالمطالبة بالنفقة الزوجية أو ببطاقة الحالة المدنية إذا كانت الدعوى متعلقة بالمطالبة بنفقة الأبناء وهذا من أجل تحقق المحكمة من الهوية ووجود علاقة قانونية تبرر الالتزام بالنفقة، وهذا ما سنتعرض إليه في النقطتين التاليتين

المطلب الأول:

الاجتهاد القضائي في شروط وأركان جريمة عدم دفع النفقة المقررة قضاء

من أعظم الحقوق التي يجب أن تكفل للمحضون، الحق في النفقة وهي من أهم الحقوق، لأنها تصان بها حياته وتوفر له الأمن المادي وحرصا على توفير الرعاية المادية اللازمة والملائمة للمحضون أحاطها المشرع بتجريم من شأنه عدم الإخلال بها، فجريمة الامتناع عن تسديد النفقة من الجرائم التي تتعلق بالتخلي عن الالتزامات التي تفرضها العلاقة الزوجية أو القرابة، وذلك بتهرب الملمزم بدفعها من تحمل أعباء المسؤولية المالية بدافع حب المال أو التملص من القيام بالواجب و الاستهتار بحقوق الغير، وعليه فإن الامتناع عن القيام بهذا الواجب يترتب آثارا سلبية وللحد من هذه الآثار تدخل المشرع الجزائري ورتب الجزاء على من لا يدفع النفقة المقدره في ذمته وهذا حسب المادة (331) من قانون العقوبات.

إن فما هي أركان هذه الجريمة؟ وما هي الإجراءات المتبعة في المتابعة؟ وما هو الجزاء المقرر قانونا لهذه الجريمة؟ وما هي الاجتهادات القضائية الواردة في النص القانوني الجزائي المتعلق بالنفقة ؟

الفرع الأول: الاجتهاد القضائي في شروط قيام جريمة الامتناع عن تسديد النفقة:

هذه الجريمة منصوص عليها في المادة (331) من قانون العقوبات "يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات وبغرامة من 50000 إلى 300000 دج كل من إمتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعهم، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم، ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإدعاء الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أي حالة من الأحوال.

دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد (37) و (40) و (329) من قانون الإجراءات الجزائية، يختص أيضا بالحكم في الجح المذكورة في هذه المادة، محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة ويضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية."

من خلال قراءة نص المادة (331) من قانون العقوبات يمكن أن نستخرج العناصر المطلوبة قانونا لقيام جريمة الامتناع عن دفع وتسديد النفقة أو الإعانة المقررة قضاء.

يتبين أنها تتطلب وجود حكم أو قرار قضائي قابل للتنفيذ، وأن يكون مضمون الحكم إلزام بنفقة وأن مدة الامتناع تجاوزت (02) الشهرين كاملين وأن الامتناع كان عمدا أو أكيدا¹.

سنحاول أن نفصل ذلك بالتطرق إلى الشروط الأولية ثم إلى الأركان التأسيسية.

أولا / الشروط الأولية : جريمة الامتناع عن دفع نفقة طبقا للمادة (331) من قانون العقوبات تتعلق بعدم تنفيذ دين مالي ذي طابع غذائي قرره العدالة وعليه لتسليط عقوبة جزائية على المدين لابد من

1. عبد العزيز سعد، جرائم الاعتداء على الأموال العامة والخاصة، دار هومة، الجزائر، 2005، ص179.

توافر شرطين : وجود دائن بالمال أي النفقة الغذائية يستمد حقه من حكم قضائي و المستفيد من الدين.

قيام دين غذائي: يمتاز الدين الغذائي بالخصائص الآتية بيانها:

أ. **دين مالي:** تتحدث عنه المادة (331) ق.ع.ج عن النفقة الغذائية ومن ثم يكون المشرع الجزائري قد حصر الدين المالي في النفقة الغذائية دون سواها.

علما أن النفقة كما هي منصوص عليها في المادة (78) من قانون الأسرة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، كما أن القضاء يطلق عليها النفقة الغذائية حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ: 1991/05/21 بقولها "إن تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين وحق الحاضنة تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك) ، كما أن بدل الإيجار يعتبر ضمن الدين المالي وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا أنه "يترتب عن عدم تسديد بدل الإيجار باعتباره من مشمولات النفقة المحكوم له لممارسة الحضانة قيام جريمة عدم دفع النفقة والمعاقب عليها بالمادة 331 من قانون العقوبات¹.

أما المنح العائلية لا تعتبر من مشمولات النفقة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 2005/06/01، بقولها " لا تندرج المنح العائلية ضمن مشمولات النفقة ولا يشكل عدم تسديدها جريمة الامتناع العمدي عن تسديد النفقة"².

ب. المستفيد من الدين: ففي الحالة الأولى يكون المستفيد من الدين الزوجة والأصول والفروع وذلك بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة حيث تنص المادة (37) من قانون الأسرة على أنه " يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت

1. المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ: 2006/04/26، ملف رقم: 380958، مجلة المحكمة

العليا، 2007، العدد 2، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح والمخالفات، ج

8، المرجع السابق، ص 1569.

2. المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ: 2005/06/01، في الملف رقم: 302917، مجلة المحكمة

العليا، 2006، العدد 1، ص 589، جمال سايس: المرجع السابق، ص 1500.

نشوزها "وعليه فنفقة الزوجة هي واجبة على الزوج، وهي حق من حقوقها بمقتضى عقد الزواج الصحيح وتجب في كل حالة كانت الزوجة ذات مال أو فقيرة، كما تنص المادة (74) من قانون الأسرة على "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتها إليه ببيينة مع مراعاة أحكام المواد: 78، 79، 80 من هذا القانون".

فالنفقة واجبة على الزوج من تاريخ العقد الصحيح بشرط وجود الاحتباس وهو التسليم والاحتباس الواجب للنفقة شريطة أن يكون وسيلة إلى حق مقصود ومستحق بالعقد الصحيح، وأن تكون الزوجة صالحة لتحقيق أغراض الزوجية وكذا القيام بواجباتها و ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بدون مبرر شرعي وسبب ليس من جهته¹.

كما تطرق المشرع الجزائري إلى نفقة الأصول والفروع وذلك في نص المادة : 75 ق.أ " 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 مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب "نص في المادة (77) من قانون الأسرة بقوله "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

وفي الحالة الثانية أي عند فك الرابطة الزوجية يكون المستفيد من النفقة الزوجة والأولاد القصر وذلك عملا بأحكام المواد: 61، 74، 75 ق.أ² ، فنفقة الزوجة واجبة على زوجها منذ الدخول بها (74) ق.أ و تستمر إلى ثلاثة أشهر بعد الطلاق حسب نص المادة 58 ق.أ و تستمر للحامل إلى تاريخ الوضع حملها (60) من ق.أ، أما نفقة الأولاد يمكن أن نستخلص أن نفقة الولد واجبة على والده كمبدأ عام ولا تسقط عنه إلا إذا ثبت أن لهذا الولد مال يمكن أن ينفق منه على نفسه وذلك بقطع النظر عن كون الوالد موسرا أو معسرا وعليه فإذا كانت نفقة الولد واجبة على

1. محمد كمال الدين ،محمد أحمد سراج، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات

الجامعية، بدون بلد النشر، 1999، ص48.

2. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص160.

والده بحكم الشرع والقانون مادام هذا الولد عاجزا عن الكسب وفقيرا فإن هذا الواجب سيسقط عن كاهل الأب إذا تبين أن لولده غنى وله مال يستطيع أن يصرف منه على نفسه، وينتج عن ذلك أن الأب لم يعد ملزما بالإنفاق على ابنه ولو كان صغيرا أو مريضا ويمكن أن يكون هذا الولد غنيا أو موسرا إذا كان له مورد رزق مرصود لحسابه الخاص من تبرعات وغيرها مثل الهدايا والهبات و الوصية¹ ، هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 2002/07/03 بقولها "لا يحق للأب الحاضنة التنازل عن نفقة الأولاد مادامت النفقة حقا للمحضون، وحيث أن هذا النعي بوجهيه الأول والثاني سديد ذلك أنه يتبين من ملف الدعوى أن الأولاد لم يكن لهم مال ولما كان ذلك فإن الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله ومن ثم فإن شهادة عدم العمل بأجر التي يتذرع بها الطاعن لا تعفيه من النفقة على أولاده هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد² .

نستخلص مما سبق أن النفقة الغذائية المنصوص عليها في المادة (331) من قانون العقوبات مؤسسة على واجب عائلي،، مثال الإنفاق على الولد ذي مال (مادة 1/75 من قانون الأسرة)، أو الإنفاق على البنت المتزوجة أو الابن الراشد (مادة 02/75 من ق.ا.ج)³

ثانيا/الشروط الأساسية:

1 -وجود حكم قضائي: تقتضي جنحة عدم تسديد نفقة وجود حكم قضائي يأمر المدين بأداء نفقة غذائية للمستفيد ويشترط أن يكون هذا الحكم نافذا.

أ- ضرورة صدور حكم قضائي : إن ثاني عنصر من عناصر قيام جنحة الامتناع عن دفع نفقة المقررة قضاء هو أن يكون منطوق الحكم الممتنع عن تنفيذه اشتمل على نفقة واجب

1. عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص225.

2. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ: 2002/07/03، في الملف رقم: 264458، نقلا

عن: نبيل صقر، عز الدين قمراري، المرجع السابق، ص142.

3. مكي دردوس، المرجع السابق، ص133.

دفعها إلى الزوجة أو إلى أحد الأصول أو الفروع¹ ، والحكم المطلوب له مفهوم واسع فقد يكون حكما صادرا عن محكمة ابتدائية أو قرارا صادر عن مجلس استئناف أو الأمر الصادر عن رئيس المحكمة² .

قسم الأحوال الشخصية قبل البت في دعوى الطلاق، وذلك حسب ما نصت عليه المادة 57 مكرر من قانون الأسرة أين يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن، لأنه غالبا ما تطول إجراءات دعوى الطلاق وتستمر فترة غير قصيرة وفي معظم الأحيان تغادر الزوجة بيت الزوجية أو تجبر على مغادرته وتلجأ إلى أهلها بعد النزاع، وأثناء إجراءات دعوى الطلاق تحتاج إلى مال تتفقه على نفسها وعلى أولادها ومن هنا كان لها الحق في أن تلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة بقصد استصدار أمر على ذيل العريضة يتضمن القضاء لها ولأولادها بمبلغ من المال كنفقة تشمل الغذاء والكسوة وغيرهما من مستلزمات الحياة ريثما يصدر حكم قضائي في موضوع دعوى الطلاق³ ، وعندما يتحقق قاضي الأمور المستعجلة من جدية قيام دعوى الطلاق ومبررات الطلب يستطيع أن يصدر أمرا إستعجاليا تجاه الزوج بأن يقدم إلى الزوجة مبلغا كنفقة مؤقتة لها أو لأولادها تستمر إلى غاية صدور حكم في موضوع دعوى الطلاق⁴ ، وللوصول إلى ذلك يتعين على الزوجة طالبة النفقة أن تقدم طلبا بذلك ضمن عريضة مبررة وموقعة منها أو من محاميها أمام المحكمة المختصة التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن الدائن بالنفقة وذلك تطبيقا لنص المادة 426 ق.ا.م.ا، وفي هذا الصدد صدر عن غ.ج.م.م.ع قرار بتاريخ: 1995/04/16 بقولها "من المقرر قانونا أن يتحمل المسؤولية الجزائية كل من امتنع عمدا ولمدة تفوق الشهرين عن تقديم المبالغ المالية المقررة قضاء لإعالة أسرته، ويبقى الافتراض عن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ومتى ثبت صدور أمر قضائي استعجالي يلزم المتهم بدفع النفقة فإن قضاة المجلس قد خرقوا القانون

1. أ. عبدالعزيز سعد، جرائم الاعتداء على الأموال العامة والخاصة، المرجع السابق، ص 180.

2. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 160.

3. أحمد شامي، المرجع السابق، ص 280.

4. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 157.

عندما قضا بالبراءة لصالحه بدعوى أنه لا يوجد حكم أو قرار نهائي في النزاع مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المنتقد "وجاء في معرض تأسيسه "حيث تفسر كلمة الحكم بمفهومها الواسع أي حكم أو قرار أو أمر استعجالي نهائي مما يتعين نقض وإبطال القرار المطعون فيه لخرقه المادة 331 من قانون العقوبات والخطأ في تطبيقها¹ .

كما قد يكون أساس متابعة المتهم بجنحة عدم تسديد النفقة هو حكم صادر عن المحكمة الابتدائية وأستأنف في المدة المحددة قانونا، وذلك حسب نص المادة (57) من قانون الأسرة بنصها "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادة تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف"، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها الصادر في: 1991/03/20 بقولها "من المقرر قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف، ما عدا جوانبها المادية و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون"² أما آجال الاستئناف فبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص المادة 336 منه "يحدد أجل الطعن بالاستئناف بشهر واحد (1) (إبتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته"³،، وقضى المجلس الأعلى في هذا الشأن بتاريخ: 1979/10/29 بقوله "حيث بالرجوع إلى تلاوة القرار المطعون فيه يتبين أن القضاة حكموا بعدم قبول الإستئناف شكلا لوقوعه خارج الأجل القانوني معتمدين على ملاحظة كاتب الضبط بهامش الحكم الابتدائي من دون أن يتأكدوا من استيفاء التبليغ للشروط التي تتطلبها المادة المشار إليها

1. المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ: 1995/04/16، في ملف رقم: 124384، المجلة القضائية، 1995، العدد 2، ص 192، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح والمخالفات، ج 6، المرجع السابق، ص 808.

2. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ: 1991/03/20، في الملف رقم: 72858، المجلة القضائية، 1994، العدد 1، ص 57، نقلا عن: العربي بلحاج قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05، المرجع السابق، ص 314.

3. المادة 102 من قانون الإجراءات المدنية.

وذلك بالرغم من احتجاج المستأنفة بأنها لم تتلق أي تبليغ كان ومن هنا فإنهم بقضائهم المقدم أساؤوا تطبيق القانون ولذلك يتعين نقض القرار¹، وقد يكون هذا الحكم صادرا عن جهة قضائية أجنبية ومهورا بالصيغة التنفيذية وفق الأشكال وطبقا للشروط المبينة في المادتين 320 و325 ق.ا.م ومن ثم لا يؤخذ الحكم الصادر عن المحاكم الأجنبية إلا إذا قضت إحدى جهات القضاء الجزائرية بتنفيذه دون الإخلال بما تنص عليه الاتفاقية الدبلوماسية من أحكام مخالفة، وإذا ما قضت جهة قضائية وطنية بتنفيذ حكم صادر عن جهة قضائية أجنبية، قضى في فرنسا بأن الطعن الذي يرفعه المحكوم عليه في هذا القرار لا يوقف تنفيذه، وفي هذا الشأن قضت م.ع بتاريخ: 2005/02/23 بقولها "لا يجوز للقضاء الجزائري الحكم بالنفقة مرة ثانية في حالة سبق حكم القضاء الأجنبي"²، وفي قرار آخر م.ع في: 2006/04/12 قضى بأنه "لا يعد مخالفة للقانون منح الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي قضى بالنفقة بالعملة الصعبة لحاضنة أولاد في بلد أجنبي"³، أو أن يكون قد تضمن أمرا بالنفاذ أو التنفيذ المعجل طبقا لنص المادة 40 ق.ا.م⁴، أما إذا صدر أم مسبق يقضى بالنفقة ثم تبعه حكم في الموضوع بعد فترة من الزمان يقضى بإلغائها فلا يمكن من كان مدينا بها وتخلي عن دفعها أن يحتج بإلغائها لإسقاط جريمة المادة 331 ق.ع التي كان ملاحقا من أجلها ذلك أن الحكم الثاني متى كان نافذا هو حكم تأسيسي ينشئ حقا أو يسقط حقا ولكن بدون أثر رجعي في ما فاتته من قيام الجريمة⁵، وتبقى

1. المجلس الأعلى للقضاء، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ: 1974/10/29، في الملف (رقم غير موجود)، نشرة القضاة، 1975، العدد 5، ص 45. نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، المرجع السابق، ص 126.
2. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ: 2005/12/23، في الملف رقم: 331696، مجلة المحكمة العليا، 2005، العدد 1، ص 302، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، المرجع السابق، ص 1276.
3. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ: 2006/04/12، في الملف رقم: 355718، نقلا عن: نبيل صقر، عز الدين قمرابي، المرجع السابق، ص 118.
4. عبد العزيز سعد، الجرائم الإعتداء على الأموال العامة والخاصة، المرجع السابق، ص 180.
5. مكيدر دوس، المرجع السابق، ص 134.

النفقة واجبة الأداء إلى أن يصدر حكم يقضي بإلغائها ما لم يزل سببها كما لو بلغ الإبن سن الرشد أو تزوجت البنت، وهكذا قضى في فرنسا بأن الحكم القاضي على الوالد أداء نفقة غذائية لفائدة ابنه القاصر تظل سارية في حالة عدم تحديد أجل لأدائها، إلى حين الحكم بإلغائها¹.

وهكذا قضت المحكمة العليا في: 1996/07/09 بقولها "من المقرر قانونا أنه يجب نفقة الولد على ما لم يكن له مال، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بالإفناق على من لا يستحق النفقة كالبنات المتوفية أو البنات اللواتي يعملن ولهن كسب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه"².

أ. حكم قضائي مبلغ للمعني بالأمر: يتعين أن يصل الحكم إلى علم المدين عن طريق التبليغ حسب الأشكال ووفق الشروط المقررة في قانون الإجراءات المدنية، لأنه لكي يمكن قيام جريمة الإمتناع عن تسديد النفقة المقررة قضاء يجب أن يثبت هذا الحكم أو القرار الذي قضى بالنفقة قد وقع تبليغه إلى المعني تبليغا صحيحا وفقا لإجراءات التبليغ المنصوص عليها في القانون³.

وتكمن الحكمة من التبليغ في كونه السبيل الأوثق للتأكد من علم الخصوم بمضمون الأحكام والقرارات والأوامر، ولأجل ذلك لم يكتف المشرع بمجرد العلم حتى ولو كان قطعيا فأوجب القيام به حتى ولو تعلق الأمر بالأحكام الحضورية فالتبليغ إجراء يسبق كل تنفيذ والقضاء بما يخالف هذا يعد خطأ في تطبيق القانون⁴.

1. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص161.

2. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ: 1996/07/09، في ملف رقم: 138958، المجلة

القضائية، 1998، العدد 1، ص123. نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال

الشخصية، ج6، المرجع السابق، ص896.

3. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص161.

4. عبدالرحمن بريارة، المرجع السابق، ص313.

عرفت المادة (406) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التبليغ الرسمي بأنه التبليغ الذي تم بموجب محضر يعده المحضر القضائي¹. بناء على طلب الشخص المعني أو ممثله القانوني و الإتفاقي ويتعلق التبليغ الرسمي إما بعقد قضائي أو عقد غير قضائي أو أمر أو حكم أو قرار ويجوز التبليغ الرسمي بتسليم نسخة منها إلى المطلوب تبليغه أينما وجد .

وكان القضاء الفرنسي لا يشترط التبليغ إذا ما اعترف المدين بأنه على دراية بالحكم القاضي بالنفقة أو إذا كان من الشائع إثبات ذلك ثم تراجع عن موقفه فشدد على ضرورة تبليغ الحكم على أن يتم التبليغ وفق الشروط القانونية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية ومن جهة أخرى ترى محكمة النقض الفرنسية أنه من الجائز تنفيذ الحكم ليس على من بلغ به فحسب بل وأيضا على من بادر بتنفيذ الحكم عن طواعية وهكذا قضى بقيام جنحة عدم تسديد النفقة في حق من بدأ في دفع النفقة عن طواعية قبل تبليغه الحكم القاضي بها، ثم توقف عمدا عن دفعها².

الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي في الأركان المكونة لجنحة عدم تسديد النفقة:

تتكون هذه الجنحة من ركن مادي وركن معنوي، ويتوافر هذه الأركان تتم الجريمة.

1-الركن المادي :يقوم الركن المادي للجريمة على عنصرين وهما:

أ-عدم دفع المبلغ المالي كاملا: يلزم المشرع المدين بدفع مبلغ النفقة المحكوم به كاملا وعليه فإذا تخلف منه جزء في ذمته فلا يعفى من العقوبة ذلك ما نستخلصه من نص المادة 331 ق.ع "من امتنع عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة "وعليه فإن سلوك الجاني في هذه الجريمة هو سلوك سلبي يتحقق في امتناعه عن دفع مبلغ النفقة المحكوم به عليه لمدة تتجاوز الشهرين وقد اعتبرت المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غ.ج.م.في:2008/06/04 "إن جريمة عدم تسديد النفقة تبرز في ركنها المادي المتمثل في الإمتناع عن تسديد النفقة الملزم بها

1. إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص302.

2. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص161،162.

لمدة تزيد عن شهرين وركنها المعنوي المتمثل في الإمتناع عمدا¹، وقد أوجب المشرع الجزائري أن يتم الوفاء بكامل قيمة النفقة المحكوم به، فالوفاء الجزئي لا ينفي وقوع الجريمة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر عن ج.م. في: 1982/06/01 بقولها "إن جريمة الإهمال العائلي هي جنحة مستمرة فالمتهم الذي تماطل عن دفع النفقة المحكوم بها لصالح زوجته وأولاده يبقى مرتكبا لجريمة الإهمال العائلي إلى حين التخلص التام من المبالغ التي عليه"².

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ: 1990/01/23 "لما كان ثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع طبقوا مقتضى المادة 331 ق.ع تطبيقا سليما لما لاحظوا أن المتهم دفع النفقة بعد انقضاء المدة القانونية المحددة في المادة المذكورة واعترافه بمماطلته وعدم تسديده لافتقاره القدرة على الوفاء بالتزامه نتيجة ظروفه الاجتماعية الصعبة ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن"³. وعليه فالتذرع بالإعسار لا ينفي جريمة إمتناع عن دفع النفقة.

أما القضاء الفرنسي فقد تشدد في تطبيق العقوبة مادامت النفقة لم تسدد كاملة فهو من جهة أخرى لا يقبل المقاصة فيما يخص الدين الغذائي فقد أتيح له أن يرفض طرح مبلغ دفعه زوج كأجرة لسكن أجره لفائدة زوجته من مبلغ النفقة الغذائية المحكوم لها⁴، كما قضى برفض ما دفع به الزوج كونه وهب زوجته وأطفاله عقارا فهذه الهبة لا تعفي الزوج من سداد النفقة الغذائية المقررة لزوجته لأولاده⁵.

1. المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ: 2008/06/04، في الملف رقم: 4127364، نشرة

القضاة، 2012، العدد 67، ص 295، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 8، المرجع السابق، ص 1826.

2. المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ: 1990/01/23، في الملف رقم: 59472، غير

منشور، نقلا عن: العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05، المرجع السابق، ص 437.

3. المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ: 1990/01/23، في الملف رقم: 59472، المجلة

القضائية، 1992، العدد 3، ص 230، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال

الشخصية، ج 6، المرجع السابق، ص 616.

4. مكي دردوس، المرجع السابق، ص 134.

5. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 162.

ب- انقضاء مهلة (02) شهرين: يشترط لقيام جريمة الإمتناع عن تسديد قيمة الإعانة أو النفقة المقررة قضاءا هو مرور أكثر من (02) شهرين كاملين ابتداء من تاريخ إستحقاق هذه الإعانة أو النفقة ومن الواجب تحديد معالم هذه المدة الزمنية وذلك من حيث بدأ سريان هذه المهلة وكذلك من حيث توصلها و انقطاعها وكذلك من حيث تأثير ظهور عناصر جديدة بعد إنقضاء المهلة.

أما فيما يخص بدأ سريان المهلة فقد جرى على أنه يجب تبليغ الحكم الملزم بأداء النفقة إلى المحكوم عليه والتبليغ المقصود هو التبليغ الذي يقوم به المحضر القضائي طبقا لنص المادة (330) من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على أن القائم بالتنفيذ يقوم بتبليغ المحكوم عليه بالحكم محل التنفيذ ويكلفه بتسديد النفقة في مدة عشرين يوما، ويبدأ حساب (02) شهرين عمليا من يوم الإمتناع الصريح أو الضمني وأن إثبات الإمتناع أو تاريخ بداية الإمتناع سيكون بموجب محضر إمتناع يحرره المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ بعد أن يكون المحكوم عليه قد تم تسليمه نسخة من الحكم أو القرار التنفيذي ومضى أكثر من (02) شهرين بعد إعداره ومنحه لمهلة العشرين يوما للتنفيذ الطواعي وانتهت دون جدوى¹، أي يبدأ سريان المهلة بمضي (20) عشرين يوما من تاريخ تبليغ الحكم النهائي القاضي بالنفقة الغذائية على يد محضر قضائي ولا يكون الحكم نهائي إلا إذا بلغ في مرحلة أولى و إنتهت مهلة الاستئناف فيه أو المعارضة وهي شهر بالنسبة للحكم و (15) خمسة عشر يوما بالنسبة للأمر²

وفي هذه الشأن قضت المحكمة العليا عن غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ: 2000/01/18 بقولها " إن القضاء بإدانة المتهم بدفع النفقة الغذائية للمطعون ضدها دون توافر محضري الإلزام بالدفع وعدم الامتثال بالملف يعد خطأ في تطبيق القانون³،، وجاء في معرض تأسيسه " عن الوجه الأول لوحده الرامي إلى الطعن المأخوذ من مخالفة الأشكال

1. عبد العزيز سعد، جرائم الاعتداء على الأموال العامة والخاصة، المرجع السابق، ص 181.

2. مكي دردوس، المرجع السابق، ص 135.

3. المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ: 2000/01/18، في الملف رقم: 229680، المجلة

القضائية، 2001، العدد 1، ص 364، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح

والمخالفات، ج 2، المرجع السابق، ص 1026.

الجوهرية في الإجراءات بدعوى أن القرار المطعون فيه أدان المتهم بدفع النفقة الغذائية للطرف المدني على أساس أحكام المادة (331) من قانون العقوبات في حين أن الملف خالي من محضري الإلزام بالدفع وعدم الامتثال".

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ: 1998/02/17 قضت أنه "من المقرر قانونا أنه يعاقب بالحبس كل من إمتنع عمدا لمدة تتجاوز (02) شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم ولما ثبت - في قضية الحال - أن الطاعن إمتنع عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أبناءه بسبب أنهم كانوا يعيشون تحت كفالته و قدم محضرا يثبت فيه ذلك،و أن قضاة الموضوع لما استبعدوا هذا المحضر كون الحضانة لازالت في ذمة المحضون ضدها و ألزموا المتهم بدفع مبلغ النفقة مع معاقبته بعقوبة جزائية لم يخالفوا القانون" ¹.

نستخلص أنه لا يمكن إعتبار جريمة الإمتناع عن دفع الإعانة أو النفقة المقررة قضاء قائمة وثابتة إلا بعد مرور أكثر من (02) شهرين كاملين وبعد أن يكون المكلف بالتنفيذ قد أمهله مدة 20 عشرين يوما كاملة ليقوم بالتنفيذ التلقائي، وبعد إثبات الإمتناع بموجب محضر إمتناع يحرره العون المكلف بالتنفيذ.

أما فيما يخص تواصل المهلة و إنقطاعها إذا كان المدين يؤدي النفقة بانتظام ثم توقف عن أدائها يثار التساؤل حول ما إذا كان من اللازم أن تكون مهلة (02) الشهرين متصلة أو أنه من الجائز أن تكون منقطعة؟ والمشرع قد التزم الصمت حيال هذه المسألة، يرى بعض الفقهاء أن مهلة (02) الشهرين المطلوبة لا يشترط فيها أن تكون متواصلة ولا أن تكون منقطعة ففي الحالتين تقوم الجريمة، كما في هذا الصدد، فمسألة بداية حساب مهلة (02) الشهرين هل تحسب من تاريخ تقديم الشكوى أم من تاريخ المتابعة؟ لم يجب القضاء الجزائري على هذا التساؤل أما القضاء الفرنسي فقد تطور موقفه إزاءها حيث قضت محكمة النقض

1. المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ: 1998/02/17، في الملف رقم: 228139، (نقل عن: نبيل

صقر، قانون الأسرقتن صا وفقها وتطبيقا، المرجع السابق، ص 265.

الفرنسية بادئ الأمر بأن تاريخ تقديم الشكوى هو الذي يؤخذ بالاعتبار لحساب مهلة (02) الشهرين وليس تاريخ المتابعة القضائية ثم تراجع عن هذا الموقف واستقرت على أن مهلة (02) الشهرين يبدأ حسابها من يوم المتابعة القضائية وليس من تاريخ تقديم الشكوى¹ وفي كل الحالات تقوم الجريمة بانقضاء مهلة شهرين ولا يهم بعد ذلك إن صدر حكم جديد يقضي بإلغاء الدين الغذائي أو كون المدين استأنف التسديد وأخيرا كون الحكم النهائي القاضي بالطلاق قد منح الحضانة إلى الأب بعد ما كانت مسندة إلى الأم بمقتضى أمر أثناء سير الدعوى، أو كون الدائن بالنفقة قد تنازل عنها أو كون الطرفان الدائن والمدين قد تصالحا فيما يخص النفقة² وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1998/02/17 بقولها "من المقرر قانونا أنه يعاقب كل من إمتنع عمدا لمدة تجاوز (02) شهرين عن تقديم مبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعها وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم، ولما ثبت في قضية الحال أن الطاعن إمتنع عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أبنائه بسبب أنهم كانوا يعيشون تحت كفالته وقدم محضرا يثبت فيه ذلك وأن قضاة الموضوع لما استبعدوا هذا المحضر كون الحضانة مازالت في ذمة المطعون ضدها وألزموا المتهم بدفع مبلغ النفقة مع معاقبته بعقوبة جزائية لم يخالفوا القانون"³.

وعليه فتقديم محضر يثبت بقاء الأولاد مع أبيهم لا يؤثر على قيام جريمة عدم دفع النفقة.

2. الركن المعنوي: ويتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى عدم دفع النفقة مع علمه بصدور الحكم الواجب النفاذ وفي أجل محدد⁴، فهذه الجنحة هي جريمة عمدية تقتضي قصدا جنائيا يتمثل في الإمتناع عمدا عن أداء النفقة مدة تفوق (02) الشهرين شرط

1. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص165.

2. مكي دردوس، المرجع السابق، ص135.

3. المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ: 1998/02/17، في الملف رقم: 144741،، نقل عن: نبيل

صقر، عزالدين قمرأوي، المرجع السابق، ص150.

4. المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ: 1998/02/17، في الملف رقم: 144741، نقل عن: نبيل

صقر، عز الدين قمرأوي، المرجع السابق، ص150.

عدم الالتزام بما قضى به تبليغ الحكم القضائي بالنفقة تبليغا صحيحا وذلك وفق الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات.

فعدم تنفيذ الحكم القاضي بالنفقة قصدا يعتبر تحديا للسلطة القضائية وإضرار بمن هو مستحق للنفقة مع الإشارة أنه لو كان للدافع الإمتناع عن دفع النفقة ليس للاستهانة بالحكم القضائي أو عدم الاكتراث به، بل لعذر شرعي مقبول كالإشكال في التنفيذ، أو الخطأ في الحكم مثلا فإن عنصر الإمتناع المتعمد لم يعد قائما وأن الجريمة لم تعد متوفرة العناصر أو الأركان ويمنع عن المحكمة تبعا لذلك أن تقضي بإدانة المتهم ومعاقبته وذلك بسبب عدم توفر نية العمد أو القصد المطلوب لقيام جريمة الإمتناع عن نفقة¹ ، ، وسوء النية مفترضة في جنحة عدم تسديد النفقة كما يتبين ذلك من الفقرة الثانية من المادة 331 من قانون العقوبات وكما يبدوا أيضا من قبل عبئ الإثبات إذ لا يقع على عاتق النيابة العامة إثبات توافر سوء النية وإنما يتعين على المتهم إثبات أنه لم يكن سيء النية والإعسار هو السبب الوحيد الذي يمكن قبوله فعلا مبررا لعدم تسديد النفقة ومن ثم لإثبات حسن نية المتهم على أن يكون الإعسار كاملا² في نفس السياق، فقد رفض القضاء دفع من كان يبرر إعساره عن دفع النفقة بكونه كان يعيش هو نفسه عالة على أهله، وكذلك دفع من كان يحتج بأعباء إضافية ترتبت على إعادته الزواج بامرأة ثانية³، وفي القضاء الفرنسي أمثلة كثيرة عن عدم قبول الإعسار عذرا وهكذا لا يؤخذ بهذا العذر إذا كان المتهم محل تسوية قضائية وثبت أن لديه من الموارد ما يكفي لتسديد النفقة كاملة ، وكذا المتهم الذي نظم إعساره، كما رفض لمن ادعى أنه بدون موارد في الوقت الذي يملك سيارة فخمة وينتقل في الطائرة لممارسة حق زيارة أولاده⁴ .

وخلاصة القول في هذا المجال أن المشرع الجزائري لم يجعل من عنصر العمد في هذه الجريمة عنصرا واجب الإثبات وإنما جعله عنصرا مفترضا لا لزوم لقاضي النيابة العامة ولا

1. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص32.

2. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص166.

3. مكّي دردوس، المرجع السابق، ص136.

4. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص167.

لقاضي الحكم البحث عن وجوده وتوفره لتحقيق الإمتناع بقيام جريمة الإمتناع عن النفقة أو الإعانة المقررة قضاء¹.

المطلب الثاني

الاجتهاد القضائي في إجراءات المتابعة

والآثار المتعلقة بجريمة عدم تسديد النفقة

إن الإمتناع عن أداء النفقة الشرعية عمدا يعتبر جريمة ضد الأسرة متمثلة في جريمة الإمتناع عن تسديد النفقة، وهي نوع من الإهمال العائلي الذي يرتكبه الشخص ضد أسرته ولكن المشرع الجزائري كان له بالمرصاد، من خلال توقيع الجزاء اللازم و عليه سنتطرق إلى إجراءات المتابعة ثم إلى الجزاء المقرر لهذه الجريمة.

الفرع الأول: الاجتهاد القضائي في إجراءات المتابعة على جريمة عدم تسديد النفقة:

1- المحكمة المختصة بالفصل في جنحة الإمتناع عن النفقة :حيث يعود الإختصاص بالنظر في هذه الجنحة حسب المادة:03/331 من قانون العقوبات لمحكمة موطن أو محل إقامة المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة، وهو خروج عن القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية فيما يخص الاختصاص المحلي، إذ في غير موضوع المادة (331) من قانون العقوبات يعود الاختصاص المحلي للنظر في الجرح إلى المحكمة التي تقع في دائرتها الجريمة أو التي يوجد فيها مقر إقامة المتهم أو التي ألقى فيها القبض عليه مادة (329) من قانون العقوبات ،أي المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن أو مسكن المدعى المطالب بالنفقة²، كما للمستفيد من الإمتياز الذي جاءت به الفقرة الثالثة من المادة (331) من قانون العقوبات الجزائري وحده الحق في التمسك دون سواه أي بمعنى آخر لا يجوز لأحد عدا المستفيد من النفقة الدفع

1. عبد العزيز سعد، جرائم الإعتداء على الأموال العامة والخاصة، المرجع السابق، ص181.

2. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص108.

بعدم الإختصاص إذا توبع المدين أمام محكمة موطنه¹، وهو ما خلصت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها إذ جاء فيها "إن المشرع أتى بالفقرة الأخيرة من المادة (331) من قانون العقوبات في صالح مستحقي النفقة لأن هؤلاء يكونون في الغالب من العجزة كالزوجة والأولاد وكذلك الوالدين عند كبرهما، وذلك لكي لا يتحتم عليهم التنقل المتعب إلى جهات قضائية بعيدة عن سكناتهم وعلى هذا فلهؤلاء المستفيدين من هذه الفقرة وحدهم الحق في التمسك بهذا الدفع دون غيرهم." وعلى كل حال فإن الإختصاص الذي تشير إليه المادة (331) من قانون العقوبات لا يعمل به إلا في صورة ما إذا كان الدائن يقيم بالجزائر، أما إذا كان يقيم بالخارج فإن الأحكام المستمدة من المادة (329) ق.ا.ج هي الأولى بالتطبيق².

1. لا يشترط في المتابعة تقديم شكوى من طرف الدائن بالنفقة بل يصح لوكيل الجمهورية مباشرة إجراءات المتابعة تلقائياً، بل تعدى الأمر بالمشرع إلى إعتبار أن سحب الشكوى أو التنازل عنها في جنحة عدم تسديد النفقة لا يؤدي إلى إنقضاء الدعوى العمومية بإعتبار أن الشكوى ليست شرطا للمتابعة وهذا ما قضت به م.ع.غ.ج.م بتاريخ: 1998/07/21 بقولها "من المقرر قانوناً أنه تنقضي الدعوى العمومية في حالة سحب الشكوى إذا كانت شرطا لازماً للمتابعة"، ولما ثبت في قضية الحال أن الجريمة تتعلق بجنحة عدم دفع النفقة وأن سحب الشكوى أو التنازل عنها في قضية الحال لا يفضي إلى إنقضاء الدعوى العمومية باعتبار أن الشكوى ليست شرطا لازماً للتنفيذ علماً أنه عند مراجعة أوراق الملف تبين أن الطرف المدني لم يسحب شكواه بل طالب بتأييد الحكم المستأنف فيه³.

ومن ثم فإن نعي الطاعن على الوجه المثار في غير محله مما يستوجب رفض الطعن."

1. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص168.

2. مكي دردوس، المرجع السابق، ص137.

3. المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ: 1998/07/21، في الملف رقم: 164848، المجلة القضائية، 1998، العدد 2، ص150، نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح والمخالفات، ج6، المرجع السابق، ص919.

كما يصح للطرف المضرور أن يتأسس طرفا مدنيا في الدعوى القائمة طبقا للأحكام العامة للمطالبة بالتعويض عن كافة الأضرار التي لحقت من جراء إمتناع مدينه عن التسديد¹،، لكن يتعين لإمكانية قبول الإدعاء المدني أمام المحكمة الجزائية من أجل طلب التعويض عن الضرر الناتج عن دفع النفقة أن تلتزم المدعي مراعاة الإجراءات الواجب إتباعها والمنصوص عليها في المواد (240) وما بعدها من قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة بطرق تأسيس المضرور كمدعي وبأوضاع الطلب ولاسيما ما نصت عليه المادة (242) من ذات القانون من أنه إذا حصل تأسيس المضرور كمدعي مدني بالجلسة فإنه يتعين عليه أن يعلن عن تأسيسه للمطالبة بالتعويض قبل أن تبدي النيابة العامة مرافعتها في الموضوع وإلا فإن الطلب بعد ذلك سيكون غير مقبول²

2-تكتسي هذه الجريمة طابع الجريمة المتتالية الذي يجعلها تختلف في عناصرها عن الجريمة التي سبقتها والتي صدر فيها حكم وهكذا قضت المحكمة العليا " بأن جنحة عدم تسديد النفقة جنحة مستمرة ومن ثم فإن المتهم الذي تماطل في دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاء لصالح زوجته وأولاده يبقى مرتكبا لهذه الجنحة إلى حين الوفاء التام بالدين الواجب بالأداء"³

3-ولإثبات جريمة الامتناع عن تسديد النفقة بقصد متابعة المحكوم عليه وتسليط العقاب عليه يتحقق ذلك بوجود ثلاث أمور حددها القانون وهي:

- وجود نسخة من حكم قضائي وطني أو أجنبي حائزا لقوة الشيء المقضي فيه⁴.

نسخة من محضر تبليغ المعني وإعطائه مهلة (20) عشرين يوما المحددة إذا لم يكن الحكم معجل النفاذ وهذا ما ذهبت إليه الممارسات القضائية، حيث جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ:1982/11/23 أنه "إذا كان مؤدى نص المادة (331) من قانون العقوبات الحكم جزائيا بالحبس والغرامة على كل من إمتنع عمدا أو لمدة تجاوز (02) شهرين عن دفع

1. مكي دردوس،المرجع السابق،ص137.

2. عبد العزيز سعد،جرائم الإعتداءعلى الأموال لعامة و الخاصة،المرجع السابق،ص195.

3. أحسن بوسقيعة،المرجع السابق،ص167.

4. عبد الباقي بوزيان،المرجع السابق،ص177.

النفقة المحكوم بها عليه قضاء لصالح من حكم لهم بها، فإنه يشترط للمتابعة الجزائية بهذا الجرم أن يكون المحكوم عليه قد بلغ قانونيا الحكم القاضي بالنفقة وأن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون"¹

- محضر الإمتناع محرر من المحضر القضائي يثبت فيه مرور (02) شهرين أو أكثر من تاريخ إستحقاق الدفع، وفي هذا الشأن إعتبرت المحكمة العليا أن عدم وجود محضر الإمتناع عن التنفيذ ضمن الملف يؤدي إلى بطلان المتابعة على أساس جنحة عدم تسديد النفقة وهذا في قرارها المؤرخ في: 2000/11/18 بأنه "يتعرض للنقض القرار الذي أدان المتهم بجنحة عدم تسديد النفقة دون أن يكون ضمن أوراق ملف الدعوى محضر الإلزام بالدفع وعدم الإمتثال لما قضى له"²

- وجوب تقديم وثيقة مستخرجة من كتابة الضبط بالجهة القضائية التي أصدرت الحكم تتضمن بيانا بعدم الطعن في هذا الحكم بالمعارضة أو الإستئناف.

وعليه فإذا توافرت هذه الوثائق فإنها تشكل دليل إثبات للامتناع عن دفع النفقة المقررة قضاء، وتستوجب إدانة المتهم والحكم عليه وفقا لما هو منصوص عليه في القانون³.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا بتاريخ: 1996/06/30 حيث جاء في قرارها "تقضي جنحة عدم تسديد النفقة المقررة قضاء توافر الشروط الآتي بيانها التي يتعين إبرازها في قرار الإدانة:

1. المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ: 1982/11/23، في الملف رقم: 23194، نقلا عن : أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2005، ص 198.
2. المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ: 2000/11/18، في الملف رقم: 229680، المجلة القضائية: 2001، العدد 1، ص 364، نقلا عن: العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05، المرجع السابق، ص 442.
3. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 27، 28.

- وجود سند قضائي يقضي بأداء نفقة معينة للزوج أو الأصول أو الفروع.
- أن يكون السند القضائي قابلا للتنفيذ.
- القيام بإجراءات التنفيذ.
- أن يتمتع المحكوم عليه عن دفع كامل النفقة المقررة قضاء لمستحقها لمدة تفوق الشهرين¹.

الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي في الآثار المترتبة عن الامتناع عن دفع النفقة: عقوبة الجاني في جريمة الامتناع عن تسديد قيمة الإعانة أو النفقة المقررة بموجب حكم قضائي هي كالتالي: يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50000 دج إلى 300000 دج. وعلاوة عن ذلك يجوز الحكم على المتهم كعقوبة تكميلية بالحرمان من الحقوق الوطنية وذلك من سنة إلى خمس سنوات وذلك حسب ما ورد النص عليه في المادة 332 ق.ع،" ويجوز الحكم علاوة على ذلك على كل من قضي عليه بإحدى الجنح المنصوص عليها في المادتين 330 و 331 هذا القانون من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر" أما ما يتعلق بتشديد عقوبة هذه الجريمة فإن من الواجب الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم عقوبة العود والمنصوص عليها في المواد 54 مكرر وما بعدها من ق.ع، أما بشأن التقادم أو سقوط الدعوى يسبق الفصل فيها فإن جريمة الإمتناع عن دفع النفقة المقررة قضاء لأحد الزوجين أو لأحد الأصول أو الفروع أو الأقارب تعتبر من الجرائم المتجددة التي يتكرر قيامها بتكرار الإمتناع عن تسديد النفقة خلال الأجل المناسب²، هذا فيما يتعلق بعقاب المشرع عن فعل الإمتناع عن تقديم النفقة المقررة قضاء حماية للطرف الدائن بها ألا وهي المطلقة الحاضنة للأبناء، وهذا ما كرسه المحكمة العليا في إجتهادها "تبقى الجريمة قائمة في حق المتهم حتى وإن كان الأبناء يعيشون تحت كفالتة ذلك أن النفقة الغذائية واجبة الدفع للوالدة التي تمارس الحضانة على

1. المحكمة العليا، غرفة الجنح، قرار بتاريخ: 1996/06/30، رقم القرار: 132862، غير منشور، نقلا عن أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء لممارسة القضائية، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص128.

2. عبد العزيز سعد، جرائم الإعتداء على الأموال العامة والخاصة، المرجع السابق، ص188.

الأطفال بموجب حكم مدني"¹ ولبسط حماية أكثر على المحضون قضت المحكمة العليا بمنح صفة التقاضي في دعوى عدم تسديد النفقة المقررة قضاء بصفته مباشرة بعد بلوغه سن الرشد، وذلك بتقديم الشكوى طبقاً لأحكام المادة (337 مكرر) من قانون الإجراءات الجزائية وتكليف المتهم مباشرة أمام المحكمة إذ قررت المحكمة العليا بأنه "لا يمكن إدانة شخص من أجل جنحة عدم تسديد النفقة بناء على شكوى من طرف أم المحضون في حين أن المحضونة بلغت سن الرشد وليست للأم الصفة والمصلحة وإذا حدث ذلك يعد خرقاً للمادة (337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية والمادة :459 من قانون الإجراءات المدنية² .

اشترط القضاء لإدانة المتهم بجنحة عدم تسديد النفقة، وجود محضر الإنذار بالدفع ومحضر عدم الامتثال وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الجرح والمخالفات بتاريخ: 2000/01/18 ملف رقم 229680 جاء فيه ما يلي: "إن القضاء بإدانة المتهم بدفع النفقة الغذائية للمطعون ضدها دون توفر محضري الإلزام بالدفع وعدم الامتثال بالملف يعد خطأ في تطبيق القانون"³.

إن جنحة عدم تسديد النفقة هي جريمة عمدية، فهي تتطلب كغيرها من الجرائم ركناً معنوياً متمثلاً في القصد الجنائي، والذي يقوم بوجه عام على العلم والإرادة، فالعلم يتعين أن يحيط بأركان الجريمة، أي أن يحيط المتهم علماً بصدور حكم قضائي نافذاً ضده بأداء النفقة المقررة للأشخاص المستحقين لها، ثم يمتنع عن الدفع رغم ذلك، وأن

1. المحكمة العليا، غرفة الجرح، قرار بتاريخ: 17/02/1998، في الملف رقم: 144741، المجلة

القضائية، 2003، العدد 4، ص 232، نقلاً عن: العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر: 02/05، المرجع السابق، ص 442.

2. المحكمة العليا، غرفة الجرح، قرار بتاريخ: 02/07/2002، في الملف رقم: 269321، المجلة.

القضائية، 2003، العدد 2، ص 366، نقلاً عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الجرح والمخالفات، ج 2، المرجع السابق، ص 1026.

3. المحكمة العليا، غرفة الجرح والمخالفات، قرار رقم 229680 مؤرخ في: 18/01/2000، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 2001، ص 364 .

تتجه إرادته إلى فعل الامتناع عن دفع النفقة أي أن تتجه إرادته إلى تحقيق النتيجة¹ وهذا ما عبرت عليه المادة 331 من ق.ع. ج عن هذا الركن بعبارة " كل من امتنع عمدا. " ولا بد من خلال ذلك أن تثبت النية الإجرامية للمتهم، عندما يحزر محضر الامتناع عن دفع النفقة ضده وهذا بعد إمهاله من تبليغه بحكم القاضي عليه بالنفقة، كذلك بمثوله أمام قاضي النيابة أو قاضي الحكم. وتعتبر سوء النية المفترضة في جنحة عدم تسديد النفقة التي نصت عليها المادة: 2/331 من ق.ع. ج " عدم الدفع العمدي " لذا فعلى الإثبات لا يقع على عاتق النيابة العامة لإثبات توفر سوء النية، وإنما يسعى المتهم على إثبات أنه لم يكن سيء النية²، كما لا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل عذرا مقبولا من المدين، أضف إلى ذلك أن الأعدار القانونية العادية يمكن العمل بها في هذا السياق كالجنون والقوة القاهرة، ففي هذه الحالات لا يمكن معاقبته طبقا للقواعد العامة.

إذ جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1990/01/23 ملف رقم 59472 مايلي " من المقرر قانونا أن الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر، لا يعتبر عذرا مقبولا لعدم تسديد نفقة الزوجة، ومن ثم فإن نعي الطاعن على القرار بالخطأ في تطبيق القانون غير سديد. لما كان الثابت -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع طبقوا مقتضى المادة 331 من ق.ع. ج. تطبيقا سليما، لما لاحظوا أن المتهم دفع النفقة بعد انقضاء المدة القانونية المحددة في المادة المذكورة، واعترافه بمماطلته وعدم تسديده لافتقاره وعدم القدرة على الوفاء بالتزامه نتيجة ظروفه الاجتماعية الصعبة، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن³.

1. محمد عبد الحميد المكي، جريمة هجر العائلة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 91-92.

2. محمد بن وارث، مذكرات في القانون الجزائري الخاص - القسم الخاص - الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 131.

3. المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم: 59472 مؤرخ في: 1990/01/23، المجلة القضائية، العدد 1992، 3، ص 230.

أولاً: سلطة النيابة العامة .

إن جنحة عدم تسديد النفقة ليست من الدعاوى المشروطة، أي أنها لا تخضع لأي قيد أو شرط، إذ لم يشترط المشرع شكوى الطرف المضرور¹ فالنيابة العامة تملك حق تحريك الدعوى العمومية متى توفرت الأسباب القانونية لذلك².

وعليه، في قانون العقوبات الجزائري قبل التعديل، إذا اشتمت الزوجة مثلاً من زوجها لعدم تسديد النفقة، وبعد ذلك تنازلت عن شكواها، فإن تنازلها لا يضع حداً للدعوى العمومية لأن الشكوى ليست شرطاً لازماً للمتابعة، كما أن الصلح بعد قيام هذه الجريمة لا يمحوها، ويبطل مبلغ النفقة المحكوم به مستحقاً.

وتتميز جنحة عدم تسديد النفقة أن لها طابع الجريمة المتتالية والجريمة المستمرة، فكلما امتنع المحكوم عليه بالنفقة عن سدادها فالجريمة تتحقق، وهذا ما قضت فيه المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ: 1982/06/01، ملف رقم: 23000 ، الذي جاء فيه ما يلي: "بأن جنحة عدم تسديد النفقة جنحة مستمرة، ومن ثم فإن المتهم الذي تماطل في دفع النفقة المحكوم بها عليه لصالح زوجته وأولاده يبقى مرتكباً لهذه الجنحة إلى حين الوفاء التام بالدين الواجب الأداء"³.

ثانياً: نوع جريمة عدم تسديد النفقة

إذا كان قانون الأسرة ومن قبله قواعد الشريعة الإسلامية قد قررا إلزام الزوج بالإنفاق على زوجته ضماناً لاحترام مبدأ التعاون والتكافل بين أفراد الأسرة الذي أقرته الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، فإن التخلي عن القيام بالإنفاق المطلوب يعتبر نوعاً من التخلي عن

1. كمال بوشليق، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة (مذكرة قضاء)، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر ، 2002، ص216.

2. ناقة نورة ، سيدهم مريم، الحماية الجنائية للأسرة، مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، 2012، ص14.

3. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص (الجرائم ضد الأشخاص الجرائم ضد الأموال وبعض الجرائم الخاصة)، المرجع السابق، ص . 173.

الالتزامات الزوجية الذي يتوجب الإثم والعقاب، ولقد تم تدعيم هذا المبدأ بالجزاء الذي تضمنته المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري.

وللإشارة أن السياسة الجزائرية تحمي كذلك الأحداث، ولعب القضاء دورا هاما في حماية الطفل في حالة خطر بموجب أمر رقم: 12/15 المؤرخ في: 2015/07/15 المتعلق بحماية الطفل¹.

ومن المعلوم أن جريمة عدم تسديد النفقة أو الإهمال العائلي، هي جنحة مستمرة إلى حين التخلص التام من دفع المبالغ المقررة على المتهم² كما أن سحب الشكوى أو التنازل عنها لا يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية باعتبار أن الشكوى ليست شرطا لازما للمتابعة³ ما لم يقم الملتزم بدفع المبالغ المقررة.

1. فاطمة الزهراء هبة، احمد بلماحل، الحماية القضائية للطفل في حالة خطر في قانون 12/15، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 49 جوان 2018، ص ص 75 - 87.

2. م. عليا، غ ج بتاريخ: 1981/06/30، ملف رقم: 21301، ق م ج ج، 1، ص 115.

3. م. عليا، غ ج بتاريخ: 1998/07/21، ملف رقم: 16448، م ق، 1998، عدد 2، ص 150.

خاتمة

خاتمة

وفي الأخير من خلال دراستنا لهذا الموضوع يمكننا القول بأن نفقة الإنسان واجبة بالكتاب والسنة والإجماع والعقل، ولا يمكن الإستغناء عنها لما تشمل عليه من طعام وكسوة و علاج وسكن وكل ما يعتبر ضروريا في حياة الإنسان لأن بها تقوم حياة الإنسان، وعليه للحصول على هذا الحق هنالك شروط يجب توافرها في الشخص المنفق والمنفق عليه كالقربة الحاصلة بين الأصل و فرعه مثلا، و إذا توفرت هذه الشروط وامتنع من أوجب بالإنفاق فقد يعرضه ذلك إلى الجزاء الذي يمكن أن تصل عقوبته إلى السجن، إلا أن هنالك بعض الحالات قد تؤدي إلى سقوط هذا الحق من أصحابها، كنشوز الزوجة أو موت الأصل، كما نؤكد على الدور الذي يلعبه الاجتهاد القضائي الجزائري في النفقة، بحيث يتجلى في مختلف الاجتهادات القضائية في الموضوعات التي تخص النفقة، مثل: الاجتهاد في وجوب النفقة على أصحابها، الذي من شأنه أن يضمن الحماية المدنية للنفقة وبالتالي السعي سواءا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في استقرار الأسرة وبالتالي استقرار المجتمع، انطلاقا من مبدأ الذي يقول: "إن الأسرة هي الخلية الأساسية لبناء المجتمع"، كما لا ننسى دور الاجتهاد القضائي في جانبه الجزائري الذي يأمل ويعمل على حماية النفقة وذلك بالتدخل عن طريق القضاء ومختلف اجتهاداته، التي تساهم في تفسير القاعدة القانونية الجزائرية الخاصة بالنفقة وكذا التدخل بالشرح الذي تعجز عنه صراحة عبارات النص القانوني الجزائري ومثال ذلك ما تفضلنا به بالشرح في موضوعنا السابق ، والذي يظهر في الاجتهاد القضائي في شروط وأركان جريمة عدم تسديد النفقة التي لا نجد نص قانوني جزائي صريح يفسر ويوضح أكثر المراكز القانونية، كما تفضل به الاجتهاد القضائي الجزائري في الحماية الجزائرية للنفقة، ونفس الشيء في الإجراءات والآثار المتعلقة بعدم دفع النفقة، فكل ما نطقت به المحكمة العليا كجهة اجتهاد يعتبر تكملة للنص القانوني الذي لا يمكن أن تحمل عبارات نصه كل معاني الحماية المدنية والجزائية للنفقة، وبالتالي تولى الاجتهاد القضائي ذلك

بكل سلاسة وهذا إن دل على شيء إنما يدل على الدور الايجابي الذي ساهم فيه الاجتهاد القضائي الجزائري في الحماية المدنية والجزائية للنفقة.

وعليه من أهم النتائج التي تم التوصل إليها من خلال هذه الدراسة ما يلي:

- إن القانون الجزائري والشريعة الإسلامية قد وضعا وسائل وطرق لحماية حق النفقة كما جعل له أيضا إمكانية المطالبة به عن طريق السلطة القضائية.
 - ما يتضح لنا من خلال هذه الدراسة أن المشرع الجزائري استمد عدة أحكام من الشريعة الإسلامية حول هذا الموضوع، وصاغها في شكل نصوص معينة أصبحت قواعد قانونية تشريعية وهذا ما يفهم من خلال إحالته إلى أحكام ومبادئ الفقه الإسلامي و آراء الفقهاء بموجب المادة: 222 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، كما نجده أيضا يستمد بعض الأحكام من قانون العقوبات في الباب المتعلق بترك نفقة الزوجة من خلال نص المادة 331 من ق.ع.ج.
 - وما يتبين لنا أيضا أن موقف القضاء قد برز جليا من خلال الأحكام والقرارات التي وردت في هذا الموضوع كما نجد انه لم يخل أي حكم من أحكامه المتعمق بالنفقة من تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية متى كانت الأحكام مخالفة لها باعتبارها المصدر الثاني والرسمي في التشريع الجزائري.
- ومن خلال ما تقدم نقترح بعض التوصيات الآتية:
- استحداث وإنشاء محكمة للأسرة للنظر في منازعات الأحوال المتعددة بين الزوجين ، وتكون بدائرة إختصاص كل مجلس ، وتزود بالوسائل التي تتناسب مع طبيعة

المنازعات الأسرة وأطرافها ، وما يقتضيه ذلك حضور الصغار الذين لهم علاقة بالمنازعات المعروضة على محاكم الأسرة ، وتسمع أقوالهم فيها ، لتمكينها من الفصل في أوجه الخلاف المتعددة ، على نحو تحقيق سرعة أفضل وعدالة أوفى ، وهذا لإحاطة المحكمة بكل عناصر النزاع.

● يجب تشريع مواد للإستعانة بخبراء عند تقدير النفقة لاسيما إذا كان الزوج من التجار أو أصحاب الأعمال الحرة ، لأن ذلك يساعد في إثبات الإعسار من عدمه.

● التوسيع في إثبات إهمال الزوجة وتاريخ استحقاق النفقة قبل رفع الدعوى بما في ذلك اليمين.

● كما يمكن مراجعة تقدير النفقة بالزيادة أو التخفيض إذا حدثت ظروف استثنائية خلال السنة التي تلي الحكم.

● تفعيل صندوق النفقة.

● ومنه أيضا اختصاص المحكمة في النظر في دعاوى ، النفقة ، المسكن وعليه فمن حيث قواعد الإجراءات المقررة لها فإن محاكم الأسرة في هذا الصدد ، تخضع لقانون إجراءات الأحوال الشخصية في هذا النطاق

ولقد حاولنا من خلال هذا البحث الوقوف على المواد القانونية المتعلقة بموضوع

النفقة وهي منصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري من المادة: 74 إلى المادة 80

وذلك من خلال إبراز نظرة القانون لموضوع النفقة سواء من الناحية المدنية أو

الجزائية، فاعتبر المشرع الجزائري النفقة من آثار الطلاق وبالتالي من الوقوف على

النقائص والثغرات التي أغفلها المشرع الجزائري وهو يسن قانون الأسرة وكذا قانون

العقوبات نخص بالذكر المادة 331 منه، ذلك أن المواد القانونية المتعلقة بالنفقة لم

يمسها التعديل رغم مساهمة الاجتهاد القضائي في كل مرة في سد الثغرات التي
تثار هنا وهناك.

قائمة المصادر والمراجع

1. المصادر والمراجع باللغة العربية

أولاً: المصادر والمراجع في الفقه الإسلامي

أ. تفاسير القرآن الكريم:

1. القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2003، الجزء الأول.

ب. الحديث:

1. أبو بكر بن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، سنة 1409 هـ، الجزء السادس.
2. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، باب اجتهاد الرأي في القضاء، دار الكتاب العربي، بيروت، الجزء الثالث.

ج. الفقه:

• الفقه الحنفي:

1. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت سنة النشر 1982م، الطبعة الثانية، الجزء السابع.
2. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، الجزء الأول.
3. محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول للرازي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، الطبعة الأولى، الجزء السادس.

• الفقه المالكي:

1. ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الشهير بالشاطبي، الموافقات، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى 2002.
2. أحمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر، الجزء الثاني.

3. شهاب الدين أحمد بن ادريس القراضي، الذخيرة، دار العرب، بيروت سنة النشر 1994، الجزء الأول.

• **الفقه الشافعي:**

1. ابراهيم البيجوري، حاشية البيجوري، ج 2، ديوان طبعة، مصر، 1285هـ.
2. أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، اللمع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى.
3. أبو إسحاق الشيرازي، طبقات الفقهاء، دار الرائد العربي، بيروت، الطبعة الأولى تاريخ النشر 1970، الجزء الأول.
4. بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة النشر 1421هـ، 2000، الجزء الأول.

• **الفقه الحنبلي:**

1. عبد الله بن أحمد قدامة المقدسي أبو محمد، روضة الناظر، جامعة الامام محمد سعود، الرياض، الطبعة الثانية، الجزء الأول.
2. علي محمد الامدي أبو الحسن، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، الجزء الثالث.

• **كتب السير والتراجم:**

1. أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، وفيات الأعيان وأبناء أبناء الزمان، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، الجزء الرابع.
2. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المستصفى في علم الأصول، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1417هـ/1997م، الجزء الأول.
3. أحمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر، الجزء الثاني.
5. محمد بن ادريس الشافعي، الرسالة، دار التراث، بيروت الطبعة الثانية 1979م.

6. محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد الشهرستاني، المثل والنحل، دار المعرفة، بيروت، الجزء الأول.

7. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفصول، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى 1999.

8. خير الدين بن محمود الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر، 2002م، الجزء السادس.

● **الفقه المقارن:**

1. وهبة الزحيلي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، إدارة الثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، الطبعة 1984م.

2. أحمد محمد الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد و الأقارب، " دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الإسلامي"، دار الجامعية، بيروت، 1987.

● **الفقه العام:**

1. أبو محمد عز الدين ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى.

2. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي.

3. محمد أديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي، الطبعة الخامسة، سنة النشر 2008م.

4. رمضان علي السيد الشرنباطي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2001.

ثانياً: الكتب القانونية

1. أحسن بوسقعية الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج1.

2. أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة لثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
3. احمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة و القانون، ط1، دار الشروق، 1988.
4. أحمد لعور، صقر نبيل، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2007.
5. أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مطبعة أطلس، القاهرة، مصر، 1995.
6. أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دارالكتب القانونية، مصر، 2004.
7. دريوسالمكي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، دون طبعة، الجزائر، 2005.
8. سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
9. عبد الرحمان بربارة، شرح قانون إم و إ قانون رقم: 08-09 المؤرخ في 23/02/2008، ط1، منشورات بغدادية، 2009.
10. عبد التواب معوض، موسوعة الأحوال الشخصية، منشأ المعارف بالإسكندرية جلال حازي وشركائه، مصر، ط7، 1997.
11. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، ط1، دار هومة، الجزائر، 2010.
12. عبد العزيز سعد، جرائم الاعتداء على الأموال العامة و الخاصة، دار هومة، الجزائر 2005.
13. عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2012.
14. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق) ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر طبعة 1999.

15. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليا) ج1، أحكام الزواج، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
16. العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1994.
17. العربي بلحاج، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
18. عمرو عبد الفتاح، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، عام 1998، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن.
19. محمد بن وارث، مذكرات في القانون الجزائري (القسم الخاص)، الطبعة الثالثة؛ دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
20. محمد عبد الحميد المكي، جريمة هجر العائلة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
21. محمد كمال الدين، محمد أحمد سراج، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، بدون بلد النشر، 1999.
22. محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، للطباعة و النشر، الجزائر، ط2001.
23. نبيل صقر، عز الدين قمرابي، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2008.

ثالثا رسائل الماجستير

1. عبد الباقي بوزيان، "الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري"، مذكرة ماجستير في العلوم الجنائية و علم الإجرام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010، 2009.
2. محمد لاتي، "المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2001-2002.

رابعا: مذكرات ومقالات

1. فاطمة الزهراء هبة، احمد بلمكاحل، الحماية القضائية للطفل في حالة خطر في قانون 12/15، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 49 جوان 2018، ص ص 75 - 87.
2. كمال بوشليق، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة (مذكرة قضاء)، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر 2002.
3. نورة تاقية، سيدهم مريم، الحماية الجنائية للأسرة، مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012 .
4. هجيرة دنوني، مركز المرأة في التشريع الجزائري، مجلة الشرطة، عدد 40 لشهر أبريل 1989 م .
5. زكية تشوار حميدو، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد 2، سنة 2003.

خامسا: المجالات القانونية والقضائية

1. المجلة القضائية، عدد 2، سنة 1986.
2. المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1989.
3. المجلة القضائية، عدد 2، سنة 1989.
4. المجلة القضائية، عدد 3، سنة 1989.
5. المجلة القضائية، عدد 1، 2، 4، سنة 1989.
6. المجلة القضائية، عدد 4، سنة 1992.
7. المجلة القضائية، عدد 2، سنة 1992.
8. المجلة القضائية، عدد 3، سنة 1992.
9. المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1993.
10. المجلة القضائية، عدد 4، سنة 1995.
11. المجلة القضائية، عدد 2، سنة 1996.
12. المجلة القضائية، عدد 1، 2، سنة 1997.
13. المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1998.
14. المجلة القضائية، عدد 2، سنة 1998.
15. المجلة القضائية، عدد 56، سنة 1999.
16. المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001.
17. المجلة القضائية، عدد 1، سنة 2001.
18. المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2003.

سادسا: النصوص التشريعية

1. أمر رقم:66-156 المؤرخ في: 18 صفر 1386هـ الموافق ل 08 يونيو 1966،المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
2. قانون11/84مؤرخ في:09جوان1984،يتضمن قانون الأسرة،معدل ومتمم،ج ر عدد 24 لسنة 1984.
3. قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم:08-09 والمؤرخ في18 صفر 1429 الموافق ل 25 فيفري 2008.
4. قانون رقم: 15-01 المؤرخ في: 13 ربيع الأول عام 1463 الموافق ل 04 يناير سنة 2015، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،العدد1،بتاريخ: 07 يناير 2015.
5. قانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437هـ الموافق ل 6. 30. 2016 يتضمن تعديل الدستوري.

II. المراجع الأجنبية:

1. -CF.Ghaouti Benmelha, droit algérien de la famille, édit, o. p. u Alger.1993.

الإهداء

شكر وتقدير

قائمة المختصرات

مقدمة

أ-هـ.....

01.....

04.....

05.....

05.....

10.....

12.....

12.....

30.....

33.....

34.....

35.....

37.....

37.....

37.....

39.....

42.....

42.....

42.....

43.....

43.....

47.....

الفصل الأول: ماهية الاجتهاد القضائي والنفقة

المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد القضائي وأهميته

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي

الفرع الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي

المطلب الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي

الفرع الأول: الاجتهاد في نطاق النص

الفرع الثاني: الاجتهاد فيما لا نص فيه

المطلب الثالث: حكم الاجتهاد القضائي

الفرع الأول: حكم الاجتهاد

الفرع الثاني: محل الاجتهاد

المبحث الثاني: مفهوم النفقة

المطلب الأول: تعريف النفقة ودليل وجوبها

الفرع الأول: تعريف النفقة

الفرع الثاني: دليل وجوبها

المطلب الثاني: أقسام النفقة

الفرع الأول: نفقة الإنسان على نفسه

الفرع الثاني: نفقة الإنسان على غيره

المطلب الثالث: موجبات نفقة الأصول والفروع والحواشي ومسقطاتها

الفرع الأول: موجبات نفقة الأصول والفروع والحواشي

الفرع الثاني: مسقطاتها

49...	الفصل الثاني: الاجتهاد القضائي في الحماية المدنية والجزائية للنفقة في الجزائر
51.....	المبحث الأول: الاجتهاد القضائي في الحماية المدنية للنفقة
51.....	المطلب الأول: الاجتهاد القضائي في وجوب النفقة
51.....	الفرع الأول: الاجتهاد القضائي في نفقة الأولاد
53.....	الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي في نفقة الأصول
54.....	الفرع الثالث: الإجتهد القضائي في نفقة الزوجة
56.....	المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي في النفقات المستحقة للمطلقة
56.....	الفرع الأول: الاجتهاد القضائي في نفقة العدة
61.....	الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي في نفقة المتعة.
64.....	الفرع الثالث: الاجتهاد القضائي في نفقة الإهمال.
66.....	المبحث الثاني: الاجتهاد القضائي في الحماية الجزائية للنفقة
66	المطلب الأول: الاجتهاد القضائي في شروط و أركان جريمة عدم دفع النفقة المقررة قضاء
67.....	الفرع الأول: الاجتهاد القضائي في شروط جريمة عدم دفع النفقة
75.....	الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي في أركان جريمة عدم دفع النفقة
81.....	المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي في إجراءات والآثار المتعلقة بعدم دفع النفقة
81.....	الفرع الأول: الاجتهاد القضائي في إجراءات المتابعة لجريمة عدم دفع النفقة
85...	الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي في آثار عدم دفع النفقة
90.....	خاتمة
95.....	قائمة المصادر والمراجع