

جامعة - الجلفة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تخصص : أحوال شخصية

السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق في التشريع الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

إعداد الطالبة:

✓ بلخيري وفاء

إشراف الدكتور:

فشار عطاء الله

لجنة المناقشة:

أ . حفيظة بشير

رئيسا

د.عطاء الله فشار

مقررا

أ. علان حرشاوي

مناقشا

الموسم الجامعي: 2013/2014



شكر و تقدير

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من لم يشكر الناس لم يشكر الله،
ومن أسدى إليكم معروفا فكافئوه فان لم تستطيعوا فادعوا له »
تطبيقا لهذا الحديث و اعترافا بالجميل أتقدم بشكري الجزيل إلى كل من
ساعدني وأعانني على إنجاز هذا العمل المتواضع وأخص بالذكر
الدكتور المشرف * فشار عطاء الله* مع دعائي له بدوام النجاح ، وكل
الشكر و التقدير إلى أعضاء اللجنة لتكرمهم بقبول مناقشة هذه الرسالة و
إثراءها بالملاحظات القيمة، وإلى كل من ساعدني ولو بابتسامة صادقة .

إهداء

إلى من صبرا ليريا نجاح أبنائهما وكانا أحن مخلوقين ولازالا رمز الحب والحنان التي تستحق التقدير والعرفان أُمي الحنون ومن شجعي لأصل إلى هاته المرحلة صاحب القلب الكبير الذي رباني و علمني أبي الغالي.
إلى أخواتي و إخوتيوهيبية، حنان، أم الخير، أحمد، أيمن، والصغير هشام و الكتكوتة لجين خلود.

إلى كل عائلتي كبيرا و صغيرا.

دون أن أنسى صديقي العزيز الذي لطالما شجعني بن الصادق عامر.

وإلى كل من ساعدني من بعيد أو قريب و لو بكلمة طيبة.

إلى كل من يحمل في قلبه بكرة حب.

إلى كل من واجه صعوبة الحياة.

و إلى كل من تفاعل خيرا و صبر و نال حسنا.

قائمة المختصرات :

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري

ق إ م إ: قانونا لإجراءات المدنية و الإدارية

ق ع: قانون العقوبات

ق م: القانون المدني

م ع : المحكمة العليا

غ أ ش: غرفة الأحوال الشخصية

غ ق خ: غرفة القانون الخاص

م ق : المجلة القضائية

ن ق : نشرة القضاة

مقدمة

مقدمة :

تشكل الأسرة اللبنة الأساسية التي يقام عليها المجتمع والتي يبدأ تكوينها عن طريق الزواج الذي يعتبر الوسيلة الشرعية والقانونية التي تنظم بواسطتها علاقة الرجل بالمرأة في إطار شرعي، بحيث تجمعهما الرابطة الزوجية التي أساسها المودة والرحمة الاستمرارية مدى الحياة غير أنه قد يعترض هذه الزوجية نشوء خلافات ومشاكل بحيث تسوء العشرة بينهما ويحصل الشقاق، ما يدفعهما للرغبة في الانفصال وطرح طلبهما أمام القضاء لتلبية رغبتهما في الافتراق، وصولاً إلى فك الرابطة الزوجية بينهما بالطلاق كحل نهائي للمعضلة، وهو الأمر الذي يمس باستقرار الأسرة والمجتمع بصفة عامة، وهي ظاهرة صارت متفشية في مجتمعنا الحالي وصارت من أكثر القضايا المطروحة أمام القضاء، حيث تدخل المشرع الجزائري لينظم أحكام هاته القضية وفق نصوص قانونية خاصة ما أدرجه في قانون الأسرة المتضمن للأحكام المتعلقة بشؤون الأسرة، لكن لصعوبة هاته الظاهرة وكثرة انتشارها وطرحها على مستوى المحاكم القضائية، فقد وضع المشرع الأمر تحت إشراف قاضي شؤون الأسرة الذي يعمل على تطبيق هاته النصوص بما يتوافق والنزاع المطروح والذي بإمكانه المساهمة في توطيد العلاقات والعمل تدريجياً على تفسير الأحكام القانونية التي يشوبها الغموض والنقص والبحث وراء الهدف المقصود من الطلاق، وتأويل الحلول الموضوعية وتقديرها بما يتوافق و النزاع المطروح أمامه مع مراعاة مصلحة الطرف المضرور من الانفصال، بما له من سلطة تقديرية.

أسباب اختيار الموضوع:

أسباب شخصية: الرغبة في الاطلاع على واقعة الطلاق على مستوى المحاكم القضائية لمعرفة مدى توافق دعاوى الطلاق بما يتماشى مع القانون، ومدى دور القاضي في أحكام الطلاق.

أسباب موضوعية: دعاوى الطلاق صارت الموضوع المطروح بكثرة على مستوى المحاكم القضائية في المجتمع الجزائري، والتي تتعدد فيه الأحكام والاجتهادات القضائية بما يتوافق وكل حالة .

أهمية الموضوع: تشغل قضية سلطة القاضي في تقدير الطلاق الكثير من الاهتمام خاصة وأن واقعة الطلاق مسألة حساسة تمس بكيان الأسرة، وبالتالي تحتاج إلى دراسات تحليلية استقرائية لأهم القرارات الصادرة عن المحاكم بشأنها .

الهدف من الدراسة: محاولة تسليط الضوء على مجالات تدخل القاضي الجزائري وفق قانون الأسرة في الأحكام الخاصة بالطلاق.

أهم الدراسات السابقة: عولجت السلطة التقديرية للقاضي في شؤون الأسرة بصفة عامة إلا أنني لم أجد موضوعا سابقا يعالج سلطته التقديرية بصفة مفصلة في الطلاق.

الصعوبات: صعوبة جمع المعلومات بما يخدم الموضوع باعتباره موضوع تطبيقي قضائي يحتاج إلى البحث على الاجتهادات و القرارات الصادرة بشأنها.

الإشكالية المطروحة: أين تتجلى سلطة القاضي التقديرية في الطلاق؟ وهل قيد المشرع الجزائري سلطته التقديرية في ذلك أم تركها على إطلاقها؟.

المنهج المتبع : إجابة على هاته الإشكالية اتبعت المنهج الاستقرائي وذلك باستقراء النصوص القانونية واستنباط أحكامها، إضافة إلى أهم القرارات القضائية الصادرة بشأن الطلاق، ومنهجها تحليليا أهدف من خلاله إلى بعض المفاهيم بما يخدم الموضوع .

الخطة المقترحة

الفصل الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي و فك الرابطة الزوجية بالطلاق

المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي

المطلب الأول: تعريف السلطة التقديرية للقاضي

المطلب الثاني: موقف الفقه القانوني من حقيقة وجود السلطة التقديرية للقاضي

المطلب الثالث: مجالات السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة

المبحث الثاني: مفهوم الطلاق

المطلب الأول: تعريف الطلاق

المطلب الثاني: صور الطلاق

المطلب الثالث: مرجعية الحق في الطلاق وغاية إسناده للقضاء

الفصل الثاني: مجال أعمال القاضي لسلطته التقديرية في الطلاق في التشريع الجزائري

المبحث الأول: دور القاضي في الإجراءات الأولية للطلاق

المطلب الأول: دور القاضي في إجراء الصلح

المطلب الثاني: دور القاضي في إجراء التحكيم

المبحث الثاني: سلطة القاضي التقديرية في صور الطلاق وفق قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير الطلاق التعسفي

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطلق

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير النشوز

الفصل الأول

مفهوم السلطة التقديرية

للقاضي وفق الرابطة الزوجية بالطلاق

تمهيد:

نظم قانون الأسرة الجزائري الأحكام المتعلقة بالأسرة هاته الأخيرة التي تنتوع وتتعدد حسب النزاعات القائمة في الأسرة الواحدة، والتي تطرح أمام المحكمة تحت إشراف قاضي شؤون الأسرة الذي يكون له دور ظاهر فيها، والذي يكون له سلطان تقدير الحلول الاجتهاد فيها بما يخدم مصلحة الأسرة والحفاظ على كيانها واستقرارها قدر المستطاع و إعطاء كل ذي حق حقه، خاصة في النزاعات المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق.

وعليه فمتى نقول أن للقاضي سلطة تقديرية؟ وما مفهوم الطلاق كواقعة لفك الرابطة

الزوجية محل إعمال القاضي لسلطته التقديرية؟

سأحاول معالجة هاته الإشكاليتين في مبحثين يتضمن المبحث الأول (مفهوم السلطة

التقديرية للقاضي) ، ويتضمن المبحث الثاني (مفهوم الطلاق).

إن القانون ليس مجرد شكل يصاغ إنما هو تعبير عن الواقع الاجتماعي والإنساني هذا الواقع الذي يكون مضمون القاعدة القانونية والتي يعمل القاضي في إطارها على محاولة التوفيق بين الواقع وهذه القاعدة، هاته الأخيرة قد تكون جامدة لا تتغير ولا تتطور من حال إلى حال، وقد تكون مرنة يضعها المشرع هاديا للقاضي يسترشد بها فيما يعرض عليه من قضايا، بحيث لا يتقيد بحل واحد بل يتغير حسب الظروف والملابسات، فالقاضي وإن لم يكن مشرعا إلا أن له من سلطان التقدير ما ييسر له جعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف، لكن لا يصل إلى حد وضع نصوص قانونية، إنما يقوم بعمل تقديري يهدف لتحديد مضمون إرادة القانون تحقيقا لغاية العمل القضائي، هذا العمل الذي ينصب على مفترضات تطبيقها على القاعدة القانونية وعلى الأثر المترتب ومتى كان للقاضي فيها حرية تقدير الحل الموضوعي الذي يتبناه نكون بصدد السلطة التقديرية. وتعدم في الأحوال أين يكون نشاط القاضي منظما من قبل القانون في جميع عناصره فماذا نعني بالسلطة التقديرية للقاضي؟ وما هو موقف الفقه القانوني من حقيقة وجودها؟

المطلب الأول: تعريف السلطة التقديرية للقاضي

سأتعرض في هذا المطلب إلى تحديد معنى مصطلح السلطة التقديرية وذلك بتحديد معناها في اللغة والاصطلاح، وفي القانون الوضعي.

الفرع الأول: تعريف السلطة والتقدير في اللغة

أولا: تعريف السلطة في اللغة

السلطة مصدر سلط والسين واللام والطاء أصل واحد والسلطة لها معان عديدة منها: القهر والقوة ومن ذلك السلاطة من التسلط وهو القهر، ولذلك سمي السلطان سلطانا.

ومنها التسلط والسيطرة والتحكم، يقال للأب: سلطة على أبنائه الصغار¹. والسلطة هي السيطرة والتحكم والسلطان هو الحجة والبرهان، ومن معاني السلطة أيضا القدرة والملك، ومنها التسليط بمعنى إطلاق السلطان وقد سلطه الله فتسلط عليهم ومنها القوة والشدة: يقال: له مكنة أي قوة وشدة². وقال أبو بكر في السلطان قولان: أحدهما: أن يكون سمي سلطانا لتسليطه، والثاني أن يكون سمي سلطانا لأنه حجة من حجج الله. وقال الفراء السلطان عند العرب حجة، وقال الليث، السلطان قدرة الملك وقدرة من جعل ذلك له وإن لم يكن ملكا: كقولك قد جعلت له سلطانا على أخذ حقي من فلان وسلطان كل شيء شدته وحدته وسطوته ويفهم منها إصدار الأوامر واتخاذ المبادرة وكذا القوة الملزمة المستمدة من السلطان ذوي الولاية العامة التي تدخل تحتها ولاية القضاء³.

ثانيا: تعريف التقدير لغة

يقال قدر كل شيء ومقداره أي مقياسه، وقدر الشيء يقدره وقدرة أي قاسه، وقادرت الرجل مقدرة إذا قاسيته وفعلت مثل فعله. وللتقدير عدة معان أحدها: التروية والتفكير في تسوية الأمر وتهيبته، والثاني تقديره بعلامات بقطعه عليها، والثالث أن تنوي أمرا بعقدك بأن تقول: قدرت أمر كذا وكذا أي نويته وعقدت عليه. ومن معانيه النظر والتدبر، وقال ابن الأثير ومنه قول عائشة رضي الله عنها: فاقدروا قدر الجارية الحديثة السن أي أنظروا وفكروا فيه ومنها تهيبته الشيء⁴.

الفرع الثاني: تعريف السلطة والتقدير اصطلاحا

¹ عقل ذياب عبد الكريم والعمري محمد علي، دراسات علوم الشريعة والقانون (السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية)، المجلد 35، العدد2، 2008، ص478.

² عقل ذياب عبد الكريم والعمري محمد علي، المرجع السابق، ص478.

³ سيفي محمد و دحماني إبراهيم، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، طبعة 1، دار القلم، الرباط، 2011، ص15.

⁴ عقل ذياب عبد الكريم والعمري محمد علي، مرجع سابق، ص478.

أولاً: تعريف السلطة اصطلاحاً

عند البحث في كتب الفقهاء عن لفظ السلطة بصورة عامة، سواء كانت سلطة ولي الأمر أم سلطة القاضي، لا نجده متداولاً ولا مشهوراً، ذلك أن الفقهاء عندما عالجوا موضوع السلطة لم يستخدموا لفظ السلطة إلا في عهود متأخرة، نظراً لما قد يوحي به اللفظ من نزعة التحكم والتسلط، إلا أن هناك تعريفات عديدة من قبل المحدثين ومعظمها تقصد سلطة ولي الأمر، أو السلطان أو صاحب الحكم، ومنها هاته التعريفات:

✓ الحكم المعترف به بوصفه حكماً شرعياً كما أنها الحكم المقبول أو المحترم.

✓ الصلاحية في الأمر والنهي وإحداث آثار قانونية بالإرادة المنفردة في مواجهة الغير.

وهناك من عرفها مضافة إلى القاضي بأنها: سلطة البت في النزاع بأكمله في عناصره جميعاً الواقعية والقانونية والحكم¹.

ثانياً: تعريف التقدير اصطلاحاً

لم يعرف الفقهاء التقدير كمصطلح مستقل، ولكن يعرف كلفظ مركب، ويلاحظ أن تعريفه اللغوي لا يخرج عن المعنى لغوياً، فيراد به التروية والتفكير في تسوية الأمر وتهيئته، كما يراد به النظر والتدبير والمقايضة، وهي معاني التقدير لغوياً².

ويمكن تعريف السلطة التقديرية على أنها أعمال ذو السلطة وهو القاضي فكره لتسوية أمر وذلك بفحصه والبحث عن كنهه تحقيقاً للحق وإقرار العدالة³.

الفرع الثالث: تعريف السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي

إن مفهوم السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي تتجلى في الأمور المطلوب من القاضي أعمال نظره وفكره فيها حسب ما تمليه عليه الظروف النازلة المعروضة أمامه اجتهداً وقضاءً، بما يرى في الأمور التي لم يرد فيها نص أو كانت النصوص ظنية تحتاج إلى

¹ عقل ذياب عبد الكريم والعمرى محمد علي، المرجع السابق، ص 479.

² نفس المرجع، نفس الصفحة.

³ سيفي محمد و دحماني إبراهيم، مرجع سابق، ص 16.

الاجتهاد. ويقول ابن فرحون: فإن لم يجد القاضي في المسألة نص ولا إجماع قضى بما يؤدي إليه النظر والاجتهاد في القياس على الأصول بعد مشورة أهل العلم فإذا اجتمعوا على شيء أخذ به، وإن اختلفوا نظر إلى أحسن أقوالهم عنده وإن رأى خلافا قضى بما رأى¹.

الفرع الرابع: تعريف السلطة التقديرية في القانون الوضعي

سلطة القاضي التقديرية في القانون الوضعي تختلف عنها في الفقه الإسلامي، وقد كان الفقه الإسلامي الأسبق من القوانين الوضعية في الاعتراف بهذه السلطة وتشريعها للقضاة إلا أن القانون الوضعي تناول هذا الموضوع على نحو تأصيلي تطبيقي، وقد تنوعت تعريفات السلطة التقديرية للقاضي بتنوع العمل الذي يقوم به القاضي².

والسلطة التقديرية للقاضي في القانون الوضعي عمل يقوم به القاضي بهدف تحقيق الغاية الموضوعية من القانون، والتي هي تحقيق العدالة ومن ثم فإنها تعد من صميم عمل القاضي فأينما وجدت السلطة القضائية يمكن الحديث عن وجود السلطة التقديرية التي يمارس من خلالها ولاية القضاء³.

ويمكن تعريفها بخصوص القاضي المدني بأنها: النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه هذا النشاط وعلى علاقته بالواقع والقانون⁴.

ويمكن تعريف السلطة التقديرية للقاضي بأنها الوسيلة القانونية التي منحها المشرع للقاضي لإعمال إدراكه ووجدانه وقناعته في البحث عن الحقيقة وإحقاق الحق وتحقيق العدالة، وذلك بتقدير مناسبة إعمال قاعدة قانونية معينة على واقع معين تلبية لضروريات المجتمع بابتداع الحلول المناسبة للقضايا المطروحة. وهي السلطة التي لم يعين مسلكها بقاعدة قانونية تسير عليها فتبقى حرة في تصرفاتها، وعليه لقضاة المحاكم الابتدائية والمجلس القضائي

¹ سيفي محمد و دحماني إبراهيم ، المرجع السابق ،ص23.

² عقل ذياب عبد الكريم والعمرى محمد علي، مرجع سابق، ص479.

³ سيفي محمد و دحماني إبراهيم ، مرجع سابق، ص24.

⁴ عقل ذياب عبد الكريم والعمرى محمد علي، مرجع سابق، ص479.

سلطة متروك لها تقدير موضوع الدعاوى، خلافا للمحكمة العليا باعتبارها محكمة نقض التي ينحصر اختصاصها في بحث المسألة القانونية¹.

المطلب الثاني: موقف الفقه القانوني من حقيقة وجود السلطة التقديرية للقاضي

لقد أصبح نشاط القاضي التقديرية من المسلمات المفترضة في مجال العمل القضائي حيث اعترف به المشرع والقضاء والفقه القانوني، إلا أنه رغم هذه الحقيقة فلا بد من تسليط الضوء على وجهة نظر الفقه القانوني التي تنقسم إلى ثلاث اتجاهات.

الفرع الأول: الاتجاه الأول

يذهب جانب من الفقه القانوني أن القاضي يمارس عمله القضائي، ويستمد ولايته من القانون الذي يحدد نطاق هذه الولاية وفقا لنصوص تشريعية قاطعة في المعنى المراد منها، ومن ثم يعد الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي إبان مباشرته لولاية القضاء من قبيل اللغو الذي لا أساس له، فالقاضي لا يملك سلطة التقدير في أن يريد أو لا يريد، وما يمكن تسميته بالسلطة التقديرية هو لخدمة السلطة القضائية، وقد حدد المشرع نطاقها بنصوص قاطعة، كما أن الهدف من منح القاضي تلك السلطة هو ممارسة الوظيفة المسندة إليه على نحو مناسب وصحيح وفقا لطرق معينة ومبادئ محددة، لا يتمتع حيالها بأي نوع من التقدير².

وعلى ذلك يمكن القول بأن سلطة القاضي أثناء مباشرته لولاية القضاء ليست سلطة تقديرية وإنما هي سلطة مقيدة بغاية العمل القضائي، أيا كان نوع العمل القضائي الذي يمارسه. ويحتج أصحاب هذا الرأي بفكرة مفادها أن القانون دائم الكمال ولا يوجد به أي نقص، وعليه فلا مجال لإعمال القاضي لسلطته التقديرية فمجال إعمال هاته السلطة يكون في حالات نقص التشريع، أما في الحالات العادية أي في إطار اكتمال النصوص

¹ سيفي محمد و دحماني إبراهيم، مرجع سابق، ص25.

² نفس المرجع، ص25.

التشريعية، فيكمن دور القاضي فيها في البحث عما تضمنه القانون ذاته ملتزما في ذلك بالحياد دون التأثر بالمصالح أو العواطف الشخصية.

ويخلص أصحاب هذا الرأي إلى القول بعدم إباحة النشاط التقديري للقاضي عند ممارسته لولاية القضاء، فذلك يؤدي إلى التضارب وعدم الاستقرار في العمل، فضلا عن إفساح المجال لتحكم القضاة مما يؤدي إلى ميل ميزان العدل¹.

الفرع الثاني: الاتجاه الثاني

هو اتجاه وسط يبيح السلطة التقديرية بقيود معللا ذلك بأن العمل القضائي وليد النظام القانوني، ولذلك يكون مقيدا بقواعد مما ينبغي استبعاد مسألة تمتع القاضي بسلطة تقديرية كاملة أو مطلقة، إذا لا تمارس إلا في الحالة التي يكون فيها القانون مجهولا ومن ثم فلا يجوز للقاضي أن يباشر سلطته التقديرية في غير الحالات التي نص عليها القانون، وإنما يباشرها إن وجدت في النطاق وبالشروط التي حددها القانون. وعليه يمكن القول بأن السلطة التقديرية للقاضي استثناء، فإذا كان العمل القضائي مقيدا، إلا أنه يتخلله سلطة تقديرية استثنائية وإذا كان العمل القضائي يقتصر على تطبيق القانون إلا أن القاضي في هذا العمل ليس مجرد آلة بل هو صاحب نشاط يصاحبه دائما جانب تقديري، بحيث يمكن القول بأن القاضي لا يتمتع بسلطة تقديرية بحتة، ولا سلطة مقيدة تقييدا كاملا، فكل عمل قضائي وإن كان عملا مقيدا أصلا إلا أن القاضي يتمتع في أدائه بسلطة تقديرية تكون مرتبطة في تقديرها بالقيم والأهداف التي توخاها المشرع، دون أن يصل القاضي في أعماله لسلطته إلى حد تكلمة النص التشريعي².

الفرع الثالث: الاتجاه الثالث

هو اتجاه يعترف بمبدأ السلطة التقديرية، وغالبية فقهاء هذا المذهب يعاكسون أصحاب المذهب الثاني، الذي ينادي باستبعاد أعمال السلطة التقديرية في النشاط القضائي الذين لهم

¹ سيفي محمد و دحماني إبراهيم، المرجع السابق ، ص27.

² نفس المرجع ، ص28.

تصور خاطئ حول السلطة التقديرية ويخلطون بينها وبين التحكم الذي يكمن في جوهره في حرية اختيار البواعث، على خلاف السلطة التقديرية في المجال القانوني والتي تعني القدرة على الاختيار بين عدة قرارات ولا تظهر إلا في نظام الدولة القانونية، وإذا لم تكن فلا مجال للحديث عن السلطة التقديرية لأننا نكون بصدد سلطة تحكمية لا تقديرية.

ولهذا فلا مناص من الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي في ممارسته لنشاطه القضائي سواء تعلق الأمر بفهم الواقع أو في أعمال القانون حيث لا يمكن إعمال السلطة القضائية دون تقدير مسبق للواقع والقانون.

ومن ثم يمكن القول أن المبدأ السائد والمعمول به حالياً، هو أن للقاضي الفصل في المنازعات بين الأفراد ويجب أن يقضي بالحل الذي يتفق وصريح القانون، وله في هذا الصدد سلطة تقديرية تخوله أن يطوع النص القانوني طبقاً لحاجة المجتمع، فلو وقع القاضي مكتوف اليدين أمام الوقائع الجديدة، والتغيرات الحاصلة في الجماعة أو اكتفى بأن يطبق عليها النصوص القديمة لقواعد دقيقة محددة لكان في ذلك ضرر عظيم¹.

المطلب الثالث: مجالات السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة

بالاطلاع على قانون الأسرة الجزائري الذي تضمن أحكام الأسرة وعالج كل ما يتعلق بأحكامها من بداية إنشاء العلاقة الزوجية إلى غاية انحلالها، فعالج أحكام الخطبة لينتقل للزواج وإثباته مروراً إلى انحلاله وما يترتب عليه من آثار، و هاته المسائل الخاصة وما يترتب عنها من نزاعات تناقش على مستوى المحاكم وتحت إشراف قضاة شؤون الأسرة. حيث يكون لقاضي شؤون الأسرة بدوره سلطات كثيرة فيما يتعلق بأحكام الأسرة، وذلك بغاية الحفاظ على حقوق كل أفراد الأسرة استناداً إلى السلطة التقديرية التي أسندها إليه المشرع².

¹ سيفي محمد و دحمانى إبراهيم، المرجع السابق، ص28، 29.

² سيفي محمد و دحمانى إبراهيم، المرجع السابق، ص49.

ففي الزواج يملك القاضي سلطة تقديرية في تزويج القاصر الذي لم يبلغ سن الزواج ضمن المادة 7 قانون الأسرة الجزائري، وأيضا في منح الترخيص والإذن بتعدد الزوجات في المواد 8-8 مكرر-8 مكرر 1 قانون الأسرة الجزائري.

أما سلطات القاضي التقديرية في الطلاق فهي الأكثر حضورا¹، وتتجلى في مختلف صوره ومتابعة وتطبيق الإجراءات الأولية له في المواد 48-57 مكرر، كما أن له تقدير الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية من نفقة وعدة وحضانة.

المبحث الثاني: مفهوم الطلاق

قد ينتهي عقد الزواج وتتحل الرابطة الزوجية وينقطع ما بين الزوجين من علاقة زوجية، ويكون هذا لأسباب قد يؤدي ذلك إلى فسخ عقد الزواج أو إلى الطلاق بين الزوجين، أما الطلاق فهو أثر سلبي من آثار الزواج بحيث ينهي العلاقة الزوجية ويقرر لأحد الزوجين على الآخر حقوقا معينة.

وسأحاول في هذا المبحث تحديد مفهوم واقعة الطلاق، وذلك بتعريف الطلاق وتعداد صوره شرعا وقانونا وتحديد مرجعية الحق في الطلاق وغاية إسناده إلى القضاء.

وعليه فما هو مفهوم الطلاق؟ وإلى من يعود الحق في إيقاعه؟ وما الغاية وراء تقييد إيقاعه أمام القضاء؟

المطلب الأول: تحديد معنى الطلاق

يتضمن تعريف الطلاق في اللغة و الاصطلاح، وذكر دليل مشروعيته والحكمة من وراء تشريع الطلاق.

الفرع الأول: تعريف الطلاق

¹ نفس المرجع ، ص49.

أولاً: تعريف الطلاق لغة

الطلاق لغة هو الترك أو المفارقة، يقال طلق البلاد أي تركها وفارقها، وطلقت القوم أي فارقتهم¹.

وجاء في القاموس المحيط، الطالقة من الإبل ناقة ترسل في الحي ترعى حيث شاءت. وجاء في المعجم الوسيط طلق طلوفاً وطلافاً أي تحرر من قيده ونحوه ويقال امرأة طالق أي محررة من قيد الزواج وناقاة أو شاة طالق أي مرسله ترعى حيث شاءت.

وفي الأحكام الشرعية: الطلاق معناه في اللغة رفع القيد مطلقاً، أي سواء كان حسياً أو معنوياً، فكما يقال في اللغة طلق المرأة أي رفعت قيد الزواج المعنوي عنها ويقال أيضاً: طلقت البعير من عقاله أي رفعت القيد الحسي عنه، وكما يقال أطلقت الأسير من قيده وأطلقت المرأة أي رفعت عنها قيد الزواج المعنوي، ولكن العرف خصص استعمال هذه المادة في رفع القيد المعنوي وهو الزواج بالتفصيل وفي رفع القيد الحسي بالأفعال فيقال عرفاً طلق فلان امرأته ولا يقال أطلقها، وأطلق فلان الدابة، ولا يقال طلقها فيكون الأول صريحاً في الطلاق، أي لا يحتاج إلى النية بخلاف الثاني فإنه كناية يحتاج إليها ولذا لو قال لزوجته: أطلقتك أنت مطلقة بسكون الطاء وتخفيف اللام فلا يقع الطلاق إلا إذا نواه بخلاف ما إذا قال لها: طلقتك أو أنت مطلقة بفتح الطاء وتشديد اللام، فإن الطلاق يقع ولو لم ينوه².

ويقال الطلاق هو التخلية والإرسال³.

ثانياً: تعريف الطلاق في الاصطلاح الشرعي

جاء في البحر الرائق وتنوير الأبصار الطلاق رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص. وفي كنز الدقائق وملتنقى الأبحر رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح، وجاء في

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، طبعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 207.

² داود أحمد محمد علي، الأحوال الشخصية، الجزء الأول والثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2009، ص 10، 11.

³ بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة حسب آخر تعديل طبعة 1، دار الخلدونية، باتنة، 2007، ص 212.

الأحكام الشرعية معنى الطلاق شرعا أي في عرف الفقهاء رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مخصوص فيرتفع قيد النكاح بالطلاق في الحال¹.

قال الحنابلة أن الطلاق شرعا حل قيد النكاح، وعرفه الشافعية بأنه حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه².

وقد عرفه الإمام "ابن عرفة" بقوله "صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين حرمتها عليه قبل زوج"³.

وجاء في الفقه المالكي تعريف الطلاق شرعا على أنه إزالة عصمة الزوجة بصريح اللفظ أو كناية ظاهرة أو بلفظ ما مع نية⁴.

وقالوا: الطلاق صفة حكمية ترفع حل منفعة الزوج بزوجته ويمكن تعريف الطلاق على أنه إنهاء عقد الزواج الصحيح في الحال أو في المآل بالصيغة الدالة عليه، أو نقول الطلاق حل الرابطة الزوجية الصحيحة في الحال أو في المآل بالصيغة الدالة على ذلك وهو التعريف المختار للطلاق⁵.

ثالثا: تعريف الطلاق قانونا

كان المشرع الجزائري متذبذبا بين التطرق للتعريف وعض النظر عنه، ففي الوقت الذي ألف ترك التعاريف القانونية للفقه للخوض فيها، لم يجسد ذلك في المادة 48 قانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة إذ نص صراحة على أن: «الطلاق حل عقد الزواج...»⁶، ثم بين بعدها الصور التي يكون عليها الطلاق، غير أن التعديل الصادر في 27 فبراير 2005 وفي

¹ داود أحمد محمد علي ، مرجع سابق، ص11.

² صقر نبيل، قانون الأسرة الجزائري (نصا وفقها وتطبيقا)، دار الهدى للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2006 ، ص14.

³ بن حرز الله عبد القادر، مرجع سابق، ص213.

⁴ داود أحمد محمد علي ، مرجع سابق، ص12.

⁵ صقر نبيل، مرجع سابق، ص114.

⁶ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة .

نفس المادة تراجع المشرع عما قام به في السابق وعزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق¹، واكتفى بالقول: «مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق...»²، والأمر هنا فيه اختلاف لأن المادة 48 المعدلة لم تعط المعنى الحقيقي للطلاق وإنما أكدت إحدى حالات انحلال الرابطة الزوجية وهو الطلاق، ولم تتطرق حقيقة إلى تعريفه، وفي ذلك محاولة من المشرع الجزائري للتملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه لإحدى التعاريف القائل بها الفقه وترك ذلك لهذا الأخير على غرار مسائل فقهية أخرى ضمنها في نص المادة 222 قانون الأسرة الجزائري³، والتي تنص على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"⁴.

الفرع الثاني: دليل مشروعيته

لقد ثبتت مشروعية الطلاق بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أولاً: الكتاب

لقد وردت آيات كثيرة في كتاب الله عز وجل بمشروعيته قوله تعالى: «الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان»⁵، وقوله عز وجل «يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن»⁶، وقوله تعالى أيضاً «ولا جناح عليكم إذا طلقتم النساء ما لم تمسوهن...»⁷ وقد وردت في ذلك عدة آيات أخرى.

ثانياً: السنة

¹ ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية، دار الهدى للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص7.

² قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

³ ذيابي باديس، مرجع سابق، ص8.

⁴ قانون 84-11 مؤرخ في يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

⁵ سورة البقرة، الآية 229.

⁶ سورة الطلاق، الآية 1.

⁷ سورة البقرة، الآية 236.

لقوله صلى الله عليه وسلم " إنما الطلاق لمن أخذ بالساق " ، وقوله عليه السلام "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"، وقال عمر " طلق النبي صلى الله عليه وسلم حفصة ثم راجعها"¹.

وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال: مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض، ثم تطهر ثم إن شاءت أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمسه، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء (متفق عليه)².

ثالثاً: الإجماع

لقد انعقد الإجماع منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم حتى اليوم على جواز الفرقة وهي محظورة أصلاً ولا تباح إلا لحاجة أو ضرورة، وإباحته مقيدة تكفل الصالح العام وتكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين وواجباتهما ذلك أن الزوجية ميثاق غليظ لا ينفصم إلا لأسباب ملحة³.

رابعاً: المعقول

إن مصالح النكاح قد تتقلب مفاصد حال اختلاف الزوجين وتباغضهما وشقاقهما ونزاعهما والتوافق بينهما قد يصير تنافراً⁴، لأن العشرة إذا فسدت بين الزوجين لم يكن في الاستطاعة دوامهما فيكون بقاء الزواج بإمسك الزوجة التي لا تطاق معاشرتها تفويتاً للهدف والغاية المنشودة من الزواج وتضييع لمصالحه التي شرع لأجلها، ومن هنا شرع الطلاق في الإسلام كنعمة يتخلص بها الزوجان المتنافران والمتباغضان من قيد تلك الرابطة فيلتمس كل منهما

¹ الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 7، طبعة 2، دار الفكر للنشر، دمشق، 1985، ص357.

² داود أحمد محمد علي، مرجع سابق، ص12، 13.

³ إمام محمد كمال، الطلاق عند المسلمين (دراسة فقهية وقانونية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص30.

⁴ داود أحمد محمد علي، مرجع سابق، ص13.

من هو خير له وأحسن معاملة وأكرم عشرة¹، لقوله سبحانه وتعالى: «وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما»².

وخلاصة القول أن الطلاق مشروع باعتباره ضرورة والضرورة تقدر بقدرها وعند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه وحرّم على الزوجة طلبه³.

الفرع الثالث: الحكمة من تشريعه

حثت الشريعة الإسلامية كلا من الزوجين على رعاية الرابطة الزوجية والمحافظة عليهما فدعت في كثير من الآيات إلى حسن المعاشرة وتحقيق المثل العليا والمقاصد السامية وعدم التأثير بها قد يعترض حبل المودة من عقبات ومشاكل نفسية ومادية، ولما كان الإسلام دينا واقعيا يعمل حسابا لكل الظروف والاحتمالات التي يتعرض لها الإنسان حرصا على وقاية الفرد والأسرة والمجتمع من كل ما يؤدي إلى الضيق والحرّج والضرر، فشرع نظام الطلاق مع شدة تقديسه للزواج ورفع من شأنه باعتباره عقد أبدي⁴. لكن قد ينشب النزاع والشقاق بين الزوجين فتتأفر قلوبهما وتنقطع المودة بينهما مما تصبح حياتهما صعبة لا تطاق، فيتولد عن ذلك إيذاء الزوجين لبعضهما، وقد ينعكس الشقاق على الأسرة تفككا وعلى الأولاد إهمالا وضياعا وقد يخطئ الإنسان اختيار الزوجة المناسبة أو قد يكشف فيها من الصفات ما يبغضه، فتصبح حياته معها لا تطاق فيجد في الطلاق خلاصا من ذلك⁵، إلى غيرها من الأسباب والخلافات التي لا يمكن معها متابعة الحياة الزوجية، فكانت الحكمة من تشريع الطلاق هي الحاجة إلى الخلاص من تباين الأخلاق وتولد البغضاء بين الزوجين. وبالتالي فالطلاق علاج حاسم وحل نهائي أخير لما استعصى على الزوجين وأهل الخير والحكمين، بسبب التنافر بينهما وتعقد مسيرة الحياة المشتركة بينهما، فيكون الطلاق منفذا متعينا

¹ بلحاج العربي ، مرجع سابق، ص209.

² سورة النساء، آية 130.

³ إمام محمد كمال ، مرجع سابق، ص30.

⁴ بلحاج العربي ، مرجع سابق، ص211.

⁵ داود أحمد محمد علي ، مرجع سابق، ص14.

للخلاص من المفسد والشور. ولقد شرع الإسلام طرقا ودية لحل ما يثور من نزاع بين الزوجين من وعظ وإرشاد وهجر في المضجع وإعراض وضرب وإرسال حكمين من قبل القاضي، إذا عجز الزوجان عن الإصلاح وإزالة الشقاق بينهما¹. وبالتالي فالإسلام شرعه علاجاً للحياة الزوجية المضطربة وحلا وسطا لتحقيق الرغبات، ذلك أن الإبقاء على الحياة الزوجية رغم ما أصابها من وهن أو ضعف وشدة، وسد الأبواب دون التخلص منها، من أعظم وأشد أنواع القسوة وعاملا من عوامل الزيغ والانحراف إلى السلوكات البغيضة².

المطلب الثاني: صور الطلاق

سأعالج صور الطلاق من خلال نقطتين: أولها شرعا حسب ما جاء به الفقهاء وقسموه وثانيها قانونا وفق ما جاء به قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: صور الطلاق شرعا

من المعلوم أن أنواع الطلاق تتعدد وتختلف حسب معيار التقسيم لها، إلا أنني سأكتفي بذكر معيارين فقط من حيث التقسيم ذلك أن أنواع الطلاق تحتاج إلى تفصيل فقهي طويل وموضوع مذكرتي لا يحتاج إلى التعمق في موضوع الطلاق و أحكامه وعليه فإن الطلاق ينقسم حسب المعيار إلى:

أولاً: من حيث الموافقة للسنة وعدمها: ينقسم الطلاق إلى طلاق سني وبدعي والسنة ما أذن الشارع فيه، والبدعة ما نهى الشرع عنه وأصل البدعة الحدث في الشيء بعد الإكمال³.

أ. **الطلاق السني:** هو ما جاء على النحو الذي أمر به الشارع⁴، وهو الطلاق الذي يقع في حال طهر الزوجة، لم يدخل بها فيه، بمعنى أن الزوج ليس حرا في استعمال حقه في الطلاق، وإنما هو مقيد بقيد زمني حيث لا يجوز له أن يطلق الزوجة في حال حيضها

¹ الزحيلي وهبة، مرجع سابق، ص 358، 359.

² بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 211.

³ بن حرز الله عبد القادر، مرجع سابق، ص 234.

⁴ طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، طبعة 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 83.

ولا بعد الدخول بها بعد الطهر، إذا هناك فترة زمنية تقع بين الحدثين، ويجب على الزوج أن لا يطلق زوجته إلا طلقة واحدة في الطهر الواحد، ويتركها حتى تنهي عدتها أو يراجعها¹. وهذا ما جاء في الصحيحين عن أبي عمر رضي الله عنهما أنه "طلق امرأته وهي حائض على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر ابن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مر فيراجعهما أو ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"، وفي الحديث دليل حرمة الطلاق في الحيض فقد أمر الرسول الله صلى الله عليه وسلم ابن عمر رضي الله عنهما بأن يردّها وألا يطلق إلا في الطهر الثاني².

ب. **الطلاق البدعي:** هو ما جاء على خلاف ما أمر به الشارع³. اتفق الفقهاء على أنه إذا طلق الزوج زوجته خارج الطريق التي رسمها الشرع فإنه يكون آثماً⁴، وله عدة حالات وهي: طلاق المدخول بها ثلاثاً سواء كانت حاملاً أم لا، تحيض أو لا تحيض والحكمة في تحريم هذا النوع هو تفويت فرصة الرجوع مما يلحق الضرر بالزوجين⁵ لقوله تعالى «وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه، لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً»⁶. وقد يكون الطلاق في الحيض أو النفاس، والعدة في تحريم الطلاق أنه يبطل العدة فتضر المرأة وتكون في تلك الفترة كالمعلقة. وهناك حالة ثالثة وهي الطلاق في طهر مسها فيه والحكمة من تحريمه تعريض الزوج للندم إذا تبين له أنها حامل والطلاق يكون بعد إشباع الحاجة وفتور الرغبة. أما الحالة الرابعة فهي الطلاق في طهر عقب

¹ زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، ENCYCLOPEDIA EDITIONS، الجزائر 2003، ص 21.

² طاهري حسين، مرجع سابق، ص 84.

³ نفس المرجع، ص 84.

⁴ زودة عمر، مرجع سابق، ص 21.

⁵ طاهري حسين، مرجع سابق، ص 84.

⁶ سورة الطلاق، الآية 1.

حيض حصل فيه طلاق والعدة في تحريمه تأثر الزوج بحالة الغضب التي أدت إلى الطلاق أثناء الحيض لقرب العهد وتأجيله لظهر آخر قد يؤدي إلى العدول عنه¹.

ثانياً: من حيث الرجعة أو عدمها: وينقسم إلى طلاق رجعي وطلاق بائن:

أ. **الطلاق الرجعي:** هو الذي يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد ما دامت في العدة، ولو لم ترضى وذلك بعد الطلاق الأول والثاني في غير البائن إذا تمت المراجعة قبل انقضاء العدة، فإذا انتهت العدة انقلب الطلاق الرجعي بائناً، فلا يملك الزوج إرجاع زوجته المطلقة إلا بعقد جديد². ويشترط في الطلاق الرجعي بعض الشروط منها: أن تكون الزوجة مدخولاً بها، ألا يكون مكملًا للثلاث أن تكون بلا عوض، أن لا يحكم به القاضي لعيب أو غياب أو حبس أو ضرر، أن يكون ذلك في وقت العدة. ويترتب عليه آثار تتمثل في توارثهما لبعضهما كما أنه يحل للزوج الاستمتاع بزوجته، وتجب للمطلقة النفقة، وثبوت نسب الولد لأبيه ينقص عدد الطلقات، كما أنه يلحقها ظهاره وإيلاؤه³.

ب. **الطلاق البائن:** وهو ما ليس للزوج فيه على زوجته سلطان، فلا ترجع إليه إلا برضاها وفي البائن الزوجية انتهت⁴. وهو نوعان:

1. **البائن بينونة صغرى:** هو الذي لا يستطيع الرجل أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد جديد ومهر، وهو الطلاق قبل الدخول أو على مال أو بالكناية عند الحنفية أو الذي يوقعه القاضي لعدم الإنفاق أو بسبب الإيلاء.

2. **البائن بينونة كبرى:** هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزواج صحيح، ويدخل بها دخولاً حقيقياً ثم يفارقها أو يموت عنها

¹ طاهري حسين، مرجع سابق، ص 85.

² بن حرز الله عبد القادر، مرجع سابق، ص 236.

³ طاهري حسين، مرجع سابق، ص 102، 103.

⁴ طاهري حسين، المرجع السابق، ص 102.

وتتقضي عدتها عنه وذلك بعد الطلاق الثلاث حيث لا يملك الزوج أن يعيد زوجته إليه إلا إذا تزوجت بزوج آخر¹.

الفرع الثاني: صور الطلاق قانونا

نصت المادة 48 قانون الأسرة الجزائري الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على ما يلي: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه ، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53، 54 من هذا القانون"، ومن خلال إستقراء المادة المذكورة أعلاه، فإن المشرع الجزائري أورد طرقا للطلاق سألخصها فيما يلي:

أولا: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

قد يجد الزوج في سلوك زوجته ما لا يستطيع البقاء معها على معاشرتها، ولذلك أبيح له الطلاق إذا كان السبيل الوحيد لحل المشكلة التي وقع فيها، وهذا بعد استنفاد جميع الوسائل التي تسبق الطلاق عادة، والمتمثلة في الموعظة الحسنة والهجر في المضجع والضرب بغرض التأديب ومحاولة الصلح، فإذا تعذرت هذه الأمور ولم يفلح الزوج فيها أمكن له استعمال حقه في الطلاق.

ولقد كفل الشارع الكريم العصمة الزوجية للزوج وحده كونه الأحصر على بقاء الزوجية التي أنفق في سبيلها من المال بمثل أو أكثر لو طلق وأراد الزواج ثانية، وعليه دفع متعة الطلاق أو ما يسمى قانونا "بالتعويض" عن إرادته في فك الرابطة الزوجية وكذا نفقة عدتها ومؤخر الصداق إذا ثبت التزامه بذلك، فيكون أكثر عقلانية وصبرا على ما يكره من المرأة، فلا يسارع إلى الطلاق بمجرد الغضب منها بما قد لا يحتمله ، على عكس المرأة الأسرع غضبا وأقل صبرا، كما أنه ليس من تبعات الطلاق ونفقاتها مثل ما عليه².

¹ بن حرز الله عبد القادر، مرجع سابق، ص 237.

² نياي باديس، مرجع سابق، ص 12.

ولقد أكد المشرع الجزائري على هاته الصورة في المادة 48 قانون الأسرة الجزائري ويتم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بأن يتقدم الزوج إلى المحكمة ويطلب من القضاء حل الرابطة الزوجية والحكم بالطلاق بينه وبين زوجته استنادا إلى أسباب شرعية وقانونية. وذلك بموجب عريضة يضعها في كتابة الضبط بالمحكمة المختصة، بعد المرور بالجلسة السرية للمصالحة، وتعيين الحكّمين للتوفيق بينهما خلال شهرين وفق المادة 56 قانون الأسرة الجزائري ، ليقوم القاضي بعدها باستدعائهما عن طريق كتابة الضبط لإجراء الصلح ثانية على ضوء تقرير الحكّمين ، اللذان عينا لتقصي أسباب النزاع و محاولة حلها، وإذا فشل يدرج ملف دعواتهما في جلسة مستقبلية لحضورهما ثم يصدر حكمه في موضوع النزاع بالطلاق¹.

ثانيا: الطلاق بتراضي الزوجين

نص المشرع الجزائري على هذا النوع من الطلاق في المادة 48 الأمر 02/05 المذكورة أعلاه، وهذا يعني أنه يمكن للزوجين بناء على رغبتهما معا، أو بناء على طلب أحدهما وموافقة الآخر حل عقد الزواج دون خصام أو نزاع، وقد عبر عنه بعض الفقهاء في فرنسا بالطلاق اللطيف أو الظريف. وعليه يمكن أن يتوجه كل منهما إلى كتابة الضبط بالمحكمة بعريضة مكتوبة تحوي على عبارات صريحة تفيد اتفاقهما على إنهاء الرابطة الزوجية بكل رضا واختيار، ويطلبان فيها من المحكمة أن تقضي بينهما بالطلاق الرضائي ممضاة من طرفهما، ولا يبقى للمحكمة في هذه الحالة سوى الحكم بالطلاق بناء على اتفاقهما ما لم يكن في اتفاقهما ما يخالف النظام العام أو يمس حقوق الآخرين، وبعد قيام المحكمة نفسها بمحاولة الصلح وفشلت².

ثالثا: الطلاق بطلب من الزوجة

¹ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 231، 232.

² ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، طبعة 1، منشورات دار طليطة، الجزائر ، 2010، ص 124، 125.

إذا تضررت الزوجة من سلوك زوجها فإنها لا تطلق نفسها بنفسها ، وإنما لها أن تطلب الطلاق من القاضي بناء على جملة من المبررات نصت عليها المادة 53 قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالتطليق والمادة 54 من نفس القانون والمتعلقة بالخلع.

أ. التطليق

1. تعريف التطليق:

التطليق من الطلاق، كلاهما سواء في المعنى لغة وشرعا غير أن المشرع الجزائري استحدثه للتفريق بينه وبين الطلاق الصادر عن إرادة الزوج ويسمى أيضا التفريق القضائي. والتطليق هو أن يفرق القاضي بين الزوجين بطلب من الزوجة، إذا ما تحقق بسبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 من الأمر 02/05¹.

2. أسباب طلب التطليق:

يبدو أن أسباب التطليق جاءت على سبيل الحصر في المادة 53 إلا الفقرة الأخيرة منها جاءت على سبيل التمثيل لا الحصر وهذه الأسباب تتمثل فيما يلي:

* **التطليق لعدم الإنفاق:** نصت الفقرة 1 من المادة 53 من الأمر 02/05 على أنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و 97 و 80 من هذا القانون"، والتطليق بعدم الإنفاق قال به المالكية والشافعية والحنابلة²، لأن الله تعالى قال: «فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان»³. وقد أخذ قانون الأسرة بما ذهب إليه الأئمة الثلاث من جواز التطليق أو التفريق لعدم الإنفاق⁴ ، استنادا لقوله تعالى «ولا تمسكوهن ضرار لتعتدوا....»⁵. ويقصد بالتطليق لعدم الإنفاق عدم إنفاق الزوج على زوجته وإهمال نفقتها، ونكون بصدد الإهمال إذا تجاوزت المدة

¹ نقس المرجع ، ص27.

² ولد خسال سليمان، المرجع السابق، ص27.

³ سورة البقرة، الآية 229.

⁴ الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الكتب القانونية ، مصر، 2009 ، ص 112.

⁵ سورة البقرة، الآية 231.

الشهرين حسب مفهوم المادة 330 قانون العقوبات التي تنص: " يعاقب بالحبس.....أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز الشهرين..."¹ ، وحسب ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، ولا يجوز للزوجة رفع دعوى تطليق إلى إذا رفعت دعوى النفقة، واكتسب الحكم الصيغة النهائية وقوة الشيء المقضي فيه، وبعد أن يتم إخطار زوجها عن طريق المحضر القضائي ويسقط حقها في التطليق إذا كانت عالمة بإعساره وقت الزواج ودليل إثبات هذه المسألة عادة هو شروط العقد أو البيئة، وتخضع للقواعد العامة للإثبات².

*التطليق للعيوب:

نصت الفقرة الثانية من المادة 53 الأمر 02/05 بقولها "العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"، وإن كان المشرع الجزائري لم يحدد العيوب فلا شك أن المراد بها هي العيوب الجنسية خاصة، وكذا الأمراض الجسمية التي من شأنها الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج³. وهي العيوب التي تحول دون تحقيق مقاصد الزواج التي شرعها الله عز وجل وأذن في ابتغاءها. والمقصود بالعيوب هي تلك التي تكون في الزوج، وهي الجب والخصاء والعنة والاعتراض ، يضاف إلى ذلك الجنون والجذام والبرص، ويدخل في ذلك كل عيب ينفر منه الطبع السليم، ولا يمكن للنفس العيش مع المصاب به⁴. ويبدو أن هذه الأمراض إذا كانت غير قابلة للزوال فرق القاضي بينهما في الحال ، أما إذا كان زوالها فإن الدعوى تؤجل لمدة لا تتجاوز السنة، فإن بقيت العلة فرق بينهما، ولكن يشترط في التطليق للعيوب شرطان:

✓ عدم العلم بالعيوب عند العقد: فكتمان الزوج للعيوب فيه يعد تدليسا، و التدليس في عيوب الزوجين أخطر وأشد منه في البيوع، وفي كلتا الحالتين فهو منهي عنه شرعا.

¹ الأمر رقم 56-156، المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في 8 جوان 1966، المعدل و المتمم بالقانون 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006،

² ولد خسال سليمان، مرجع سابق، ص 128، 129.

³ نفس المرجع ، ص 129.

⁴ الجندي أحمد نصر، مرجع سابق ص 114.

✓ عدم الرضا بعد العلم به: فإن علمت بالعيب ورضيت به سقط حقها في المطالبة بالتطليق سواء كان الرضا عند العقد أو بعده. أما إذا ظهر العيب بعد الزواج فإن في ذلك خلافا فقهي¹.

*التطليق للهجر في المضجع:

نص المشرع الجزائري على هذا السبب في الفقرة 3 من المادة 53 الأمر 02/05 إذا كان الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، ويقصد بالهجر أن لا يعامل الزوج زوجته في الفراش معاملة الأزواج و يهجرها، ويشترط أن يدوم هذا الهجر أكثر من أربعة أشهر و أن يكون عمديا مقصودا لذاته نكاية بالزوجة، وليس له ما يبرره شرعا ولا قانونا وتجدر الإشارة إلى ليس نفس الهجر الذي ورد في الآية 33 من سورة النساء في قوله تعالى: « و اللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن و اهجووهن في المضجع »، فهذا الأخير لا يهدف للإضرار بالزوجة إنما تأديبها فقط وهو هجر شرعي على خلاف الهجر العمدي بهدف الإضرار بالزوجة². ويبدو أن المشرع أخذ من الايلاء بعض أحكامه، كعدم الاقتراب منها مدة أربعة أشهر، لكنه يختلف عن الهجر المنصوص عليه قانونا في كون الايلاء يمين هدفه التأديب ، أما الهجر فيرمي إلى إلحاق الضرر بالزوجة، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه طلاق بائن بحجة أن المقصود منع دفع الضرر عن المرأة ومن هؤلاء الحنفية، وهو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري³.

*التطليق للحكم بعقوبة على جريمة:

نص عليه المشرع في الفقرة 4 مادة 53 أمر 02/05 على أنه يجوز للمرأة طلب التطليق إذا ما حكم على الزوج لجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية ، ويشترط في هذا السبب شروط هي:

¹ ولد خسال سليمان، مرجع سابق، ص 130.

² طيباوي صابرينة، السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق في أحكام قانون الأسرة حسب آخر تعديل ، مذكرة ضمن متطلبات الحصول على شهادة الليسانس، كلية الحقوق ، الجلفة ، دفعة 2009 .

³ ولد خسال سليمان، المرجع السابق، ص 130.

✓ صدور حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي فيه .

✓ أن تكون ماسة بشرف الأسرة.

✓ أن تكون الجريمة قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية وتعذر الاستمرار في

الرابطة الزوجية بما وصلت إليه من البغض والكرهية.

المشعر الجزائري ترك العقوبة مطلقة ، فقد تكون العقوبة سالبة للحرية، وقد تكون غرامة

مالية، وقد تكون قابلة للتنفيذ أو غير قابلة للتنفيذ¹.

*التطبيق للغياب:

نص عليها المشعر في الفقرة 5 المادة 53 الأمر 02/05 ،على أن الغيبة من شأنها أن

تكون سببا من أسباب التطلاق إذا ما كانت بعد مرور سنة، ويشترط في التطلاق لهذا السبب

توفر شرطين : مضي سنة فأكثر عن الغياب ابتداء من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع

الدعوى عليه.

✓ أن يكون الغياب دون عذر مقبول وسبب شرعي، بحيث يكون متعمدا إضرارها وإلحاق

الأذى بها.

✓ غياب الزوج لسنة كاملة عن زوجته، دون أن يترك لها مالا تتفقه على نفسها وعلى

أولادها.

ويبدو أن القاضي يكتفي بتوفر شرط واحد هو الغياب دون عذر ولم يفرق المشعر بين

الغائب والمفقود وجعل حكمهما واحد².

*التطبيق بسبب مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8:

نص عليها المشعر في الفقرة 6 من المادة 53 الأمر 02/05 والتي تتحدث عن تعدد

الزوجات والشروط التي تجيز ذلك قانونا، وكان على المشعر عدم حصر المخالفة في المادة

8 فقط، وإنما في المادة 8 مكرر والمادة 8 مكرر1، كما أن سبب التطلاق ينبغي أن يكون

¹ نفس المرجع، ص 131،132.

² ولد خصال سليمان، المرجع السابق، ص 133،134.

في آثار التعدد وليس بسبب التعدد في حد ذاته لأن معيار المطالبة بالتطليق هو تحقق الضرر شرعا.

*التطليق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة:

والفاحشة المبينة تكون في كل المعاصي والكبائر، وعلى رأسها الزنا والخمر والمخدرات والسرقة، ويبدو أن الفاحشة تفسر قانونا بكل ضرر قد يلحق بالأسرة واستقراء الواقع يؤكد ذلك، فكم من أب انتهك عرض فلذات كبده بسبب الخمر أم الخبائث، غيرها أنها قضاء لا تعطي الزوجة طلب التطليق، لكن المسألة تبدو مسألة تكييف تقديري ويمكن للقاضي أن يحكم بالتطليق من شارب الخمر إن طلبت ذلك الزوجة تأسيسا على أحكام الفقرة 7 من المادة 53 الأمر 02/05 وذلك بتفسير مضمون الفاحشة بالخمر وعدم قصره على الزنا، لأن قانون الأسرة نص خاص مصدره الشرع خلافا لقانون العقوبات الذي مصدره التشريع¹.

*التطليق بسبب الشقاق المستمرين الزوجين:

جاء في المادة 8/53 الأمر 02/05 النص على هذا السبب، والشقاق بين الزوجين يقصد بها الشقاق الذي لم تعد الحياة الزوجية معه تستحق أن تحرص الزوجة عليها، لما ينشأ عن ذلك من مفاسد شتى، وقد أجاز القانون للزوجة طلب التطليق على زوجها للشقاق إذا استمر بينهما وبين زوجها، وذلك حماية لها ولأولادها من النشوء في جو عائلي يسوده شقاق مستمر، فضلا عن الإبقاء على الصلة بين علاقة أهل الزوجين، وقد حدد القانون الشقاق المستمرين الزوجين كسبب يشمل عدة نواحي للضرر والضرر هو مالا يجوز شرعا، ويصدر الضرر من الزوجة تجاه زوجته وقد يكون الضرر ماديا أو معنويا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها².

¹ نفس المرجع السابق، ص 136.

² الجندي أحمد نصر، مرجع سابق، ص 120، 121.

***التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:**

تم النص عليه في المادة 9/53 الأمر 02/05 إذ أجاز القانون للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج شروطا تكون فيها فائدة ما دامت لا تحل حراما أو تحرم حلالا، وما دامت لا تنتافي ومقاصد عقد الزواج، فإذا تضمن العقد شرطا من هاته الشروط، وكان الشرط لصالح الزوجة فقد أجاز القانون لها أن تلجأ إلى القاضي طالبة التطليق على هذا الزوج ويجب أن يكون السبب من الأسباب التي أجاز الفقهاء التطليق أو الفسخ بسببها وهذه مسؤولية القاضي الذي ينظر إليها في دعوى التطليق¹.

***التطليق لكل ضرر معتبر شرعا:**

تضمنت هذا السبب الفقرة 10 من المادة 53 الأمر 02/05، حيث يجوز للمرأة طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، وهذه الفقرة بمثابة إحالة لتقدير القاضي في النظر في أي ضرر ترفع الزوجة من أجله دعوى التطليق². ويعرف الضرر بأنه مالا يجوز شرعا كهجر الزوج زوجته بلا موجب شرعي وضربها أو سبها أو سب أبيها إلى غير ذلك من الأمثلة، والضرر بالمعنى الذي وصفه القانون يدخل فيه الضرر المعنوي والضرر النفسي، أي كل ما يلحق نفس الزوجة من ألم بسبب قول غير لائق بها أو حتى تشبيهها بما لا يليق من الأمور. ويلاحظ أن الزوجة التي تطلب التطليق للضرر، إنما تعني ضررا واقعا من الزوج عليها لا من جهة غيره، وأن يكون قادرا على إيقاع الضرر الذي تدعيه الزوجة وأن يكون مقصودا إيقاعه بها³.

وما يتعلق بتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها جراء تطليقها من زوجها سنناقشه في

الفصل الثاني المتضمن مجالات إهمال القاضي لسلطة التقديرية.

ب. الخلع

¹ ولد خسال سليمان، مرجع سابق، ص 123.

² نفس المرجع، ص 138.

³ الجندي أحمد نصر، مرجع سابق، ص 123، 124.

نصت المادة 54 ق أ ج الأمر 02/05 على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"¹.

ويعرف الخلع لغة: بأنه الإزالة والنزع، يقال خلع الثوب خلعا بفتح الخاء أي إزاله عن جسده، وخلع الرجل زوجته خلعا بضم الخاء أي أزال عصمتها². يقال خالعت المرأة زوجها اختلعت المرأة من زوجها إذا افتدت منه، بحال وبذلت له مالا ليطلقها³. ويعرف الخلع شرعا: حسب المالكية أنه طلاق بعوض، ومن المعاصرين من عرفه بأنه إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغا من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها من مهر.

وهو تعريف يتوافق وقانون الأسرة الجزائري، ويمكن تعريفه كالاتي: " الخلع هو إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي مقابل مال تدفعه الزوجة بالاتفاق بينهما أو بمهر المثل، في حالة النزاع يقدره القاضي"⁴.

دليل مشروعيته:

الخلع عند الفقهاء بدون مخالف إلا ما صدر من التابعين بكر بن عبد الله المزني فإنه لم يجزه، وهناك من قال انه جائز مع الكراهة⁵.

إن مرجعية الخلع ما جاء في المصدر الشرعي¹، والذي ورد فيه قوله تعالى «فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون»².

¹ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة ، المعدل المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² ولد خسال سليمان، مرجع سابق، ص 139.

³ بن ملحّة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، جزء الأول ، طبعة 1، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2005، ص 110.

⁴ ولد خسال سليمان، مرجع سابق، ص 139، 140.

⁵ نفس المرجع ، ص 140.

وجاء في السنة: ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما: أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا في دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال صلى الله عليه وسلم أتريدن عليه حديقته؟ قالت: نعم: قال صلى الله عنه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة.

أما الإجماع فقد أجمع المسلمون على مشروعية الخلع ولم يخالف إلا بكر بن عبد الله المزني، لكن الإجماع انعقد قبل خلافه³.

الطبيعة القانونية للخلع: إن التكييف القانوني للخلع، أنه كالطلاق على مال، يعتبر يمينا في جانب الزوج، لأنه علق على طلاقها على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبيها بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال في مقابل تخليص نفسها من رابطة الزوجية وسلطان زوجها التي أصبحت لا تطبق الحياة المشتركة معه⁴.

شروط الخلع: لم يتعرض القانون الجزائري للشروط التي يجب توافرها لصحة الخلع واكتفى فقط بالإشارة إلى ضرورة وجود الاتفاق بين الزوجين حول مبدأ الطلاق بالمخالعة في المادة 54 قانون الأسرة وهي المادة الوحيدة التي تعرضت لمسألة الخلع، مما يستوجب الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي طبقا المادة 222 قانون الأسرة، غير أن المحكمة العليا في قرارها المشهور الصادر بتاريخ 12 مارس 1969 أوضحت بأن الخلع لا يتم إلا بالإيجاب والقبول بين الزوجين، وأنه يشترط لاتفاقهما على المبلغ الذي تقدمه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها. وأن عدم موافقة الزوج على المخالعة لا يؤثر على بقاء العلاقة الزوجية.

مقابل الخلع: هو ما تلزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها، وخلاص نفسها منه ويجوز أن يكون مقابل الخلع بكل ما صح أن يكون صداقا، أي مالا مقبولا. وعليه فإن الخلع شرع

¹ تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة نيل دكتوراه في الدولة في القانون، كلية الحقوق، الجزائر، دفعة 2007، ص 45.

² سورة البقرة، الآية: 229.

³ ولد خسال سليمان، مرجع سابق، ص 140، 141.

⁴ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 263، 266.

لمصلحة الزوجة، بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر لرغبة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية مقابل مال تدفعه للزوج، يتفقان على مقداره في جلسة الحكم ولا يجوز الرجوع عنه، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يسقط مقابل الخلع النفقة الواجبة من الزوج في حال العدة، ولا يبرأ الزوج من هذه النفقة إلا إذا نص صراحة في العقد على إسقاطها¹.

المطلب الثالث: مرجعية الحق في الطلاق وغاية إسناده للقضاء

سأعالج في هذا المطلب مرجعية الحق في الطلاق أي إلى من يعود الحق في الطلاق وإلى الغاية المرجوة وراء تقييد إيقاعه أمام القضاء.

الفرع الأول: مرجعية الحق في الطلاق

لما شرع الله سبحانه وتعالى الطلاق، لم يجعله حقا مشاعا بين الزوجين باعتبار أن عقد الزواج قد انعقد بإرادتين، وأن ما أنشئ بإرادتين لا تبطله الإرادة الواحدة، ولكنه بيد الرجل وحده ينفرد بإيقاعه دون التوقف على رضا المرأة وقبولها، وقصر هذا الحق على الزوج يدل على أنه حق مقيد بأصل تشريعه من الكتاب والسنة². فمن الكتاب قوله تعالى «فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره»³، وقوله تعالى: «وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف»⁴، وقوله تعالى: «يأيها النبي إذا طلقتم

¹ نفس المرجع ، ص 267، 269.

² سيفي محمد و دحماني إبراهيم، مرجع سابق، ص 152

³ سورة البقرة، الآية: 230

⁴ سورة البقرة، الآية: 231.

النساء فطلقوهن لعدتهن»¹، والخطاب في الآية موجه إلى جهة واحدة وهي عموم المسلمين.

وأما السنة فعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد الرسول صلى الله عليه و سلم، فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه و سلم عن ذلك فقال مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء، متفق عليه².

والحكمة في جعل الطلاق بيد الزوج يتناسب مع جعل القوامة للرجل على المرأة لقوله تعالى: «الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم»³، ومن مقتضيات هذه القوامة الأمر والنهي في حدود ما أمرت به الشريعة ونهت عنه، ولا بد أن تستجيب المرأة لطاعة زوجها في حدود الشرع، وقد راعى الله سبحانه وتعالى في تشريعه فطرة كل من الرجل والمرأة، فجعل الطلاق بيد الرجل يتناسب ومقتضيات قوامته ومسؤولية في الأسرة واستقرارها، فلو جعل الطلاق بيد المرأة لوقع الخلل في الأسرة، نتيجة عدم انسجام ذلك مع قوامته، ولو كان الطلاق بيدها للجأت إليه للتخلص من تلك الأوامر والنواهي والمفروضة شرعا له عليها، مما يؤدي إلى عدم استقرار الأسرة وعدم ثباتها وبالتالي هدمها⁴.

وهكذا فإن جعل الطلاق بيد الرجل هو المبدأ المنسجم مع واجباته، لكن ليس على إطلاقه حيث إذا أمسكها مع الإضرار بها فإن للزوجة طلب التطليق للضرر أو الاشتراط لنفسها حق الطلاق، إن رضي به الزوج وانعقد بهذا الشرط صار لها حق تطليق نفسها بإرادتها كما للزوج حق تطليقها بإرادته⁵.

¹ سورة الطلاق، الآية:1.

² داود احمد محمد علي، مرجع سابق، ص 27.

³ سورة النساء، الآية: 34.

⁴ داود أحمد محمد علي، مرجع سابق، ص38.

⁵ سيفي محمد و دحماني إبراهيم ، مرجع سابق، ص 155.

فإذا كان المبدأ والأصل أن الطلاق بيد الزوج فماذا عن تقييد إيقاعه أمام القضاء؟.

الفرع الثاني: غاية إسناد الطلاق للقضاء

لقد كان سوء استعمال حق الطلاق من لدن كثير من الأزواج، وإسرافهم في إيقاعه بسبب فساد أخلاقهم، وجهلهم بتعاليم الشريعة الإسلامية، سببا قويا في ظهور صيحات تنادي بتقييد الطلاق وجعل إيقاعه أمام القضاء، ولقد أثارت قضية جعل الطلاق يوقع عن طريق المحكمة في العصر العالي، الكثير من آراء العلماء المعاصرين، وانقسموا حول ذلك إلى رأيين:

أولا: الرأي المعارض

ذهب المعارضون إلى أن جعل الطلاق بيد القاضي لا جدوى منه نظرا لمصادمته مع ما هو مقرر شرعا، لأن الرجل يعتقد أن الحق له ديانة، فإذا أوقع الطلاق حدثت الحرمة دون انتظار حكم القاضي، أو لأسباب لا يستطيع القاضي الاطلاع عليها كالبعوض ونحوه مما لا يستطيع إثباته أمام القضاء، كما أن جعل الطلاق يوقع أمام المحكمة يعد فضا لأسرار الزوجية، إضافة إلى أن المصالح الزوجية ليست كالمصالح المالية حتى يستطيع القاضي أن يقدر ربحها أو خسارتها، فهي أمور نفسية وخفية لا تثبت بالدليل الظاهري، والقاضي لا يقضي إلا بما تثبته الأمارات والبيانات، كما أن النصوص الشرعية وردت مطلقة، على هذا التقييد فيجب أن تظل على إطلاقها، لأن المطلق يبقى على إطلاقه إذا لم يوجد مقيد له، فإذا أوقع الزوج على زوجته طلاقا، وتوافرت فيه الشروط المعتمدة شرعا فلا بد من وقوعه، سواء كان أمام القاضي أم كان بعيدا عنه، لأن الطلاق حق للزوج في الحدود التي رسمها الشارع¹.

ثانيا: الرأي المؤيد

ذهب المؤيدون إلى منح القاضي سلطة تقديرية في إيقاع الطلاق، واستدلوا على رأيهم بعدد حجج منها: أن مقصد الشارع الضروري والتقليل من هذا الإجراء، والتضييق على من تعمده،

¹ سيفي محمد و دحماني إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 156.

وذلك بإخضاعه لإجراءات قانونية معينة، ورقابة، وذلك ضمانا لحقوق المطلقة وأبناءها بحيث يتمكن القاضي من منع الزوج من التعسف في استعمال حق الطلاق خاصة أمام ضعف الوازع الديني لدى بعض الأزواج، ومبالغتهم في تقدير الأسباب المعركة للحياة الزوجية، بينما القاضي يكون أبعد عن المصلحة والعاطفة، ويسعى دائما للحرص على الموازنة بين حقوق وواجبات جميع الأطراف، فهو الأقدر على تحقيق العدالة من الزوج الذي هو الخصم والحكم في وقت واحد، وإقرار الطلاق القضائي كوسيلة لحل عقد الزواج ضمان لاستقرار الحياة الزوجية ووضع حد للتجاوزات في استعمال حق الطلاق¹.

وعليه فإنني في هذا الفصل بينت معنى السلطة التقديرية للقاضي بصفة عامة ومررت إلى تحديد مفهوم الطلاق محل أعمال هاته السلطة مبنية أهم أنواع الطلاق المنصوص عليها قانونا، والتي تعد محور مذكرتي في البحث عن مجال أعمال القاضي سلطته التقديرية في الطلاق وفقها وهو مضمون الفصل الثاني.

¹ نفس المرجع، ص 157

الفصل الثاني

مجال إعمال القاضي لسلطته التقديرية

في الطلاق في التشريع الجزائري

تمهيد:

تعرفنا في الفصل الأول على معنى السلطة التقديرية للقاضي، وبأنه يمكن للقاضي إعمال سلطته التقديرية أينما وجد نقصا في الحلول الموضوعية بأن لا نص في ذلك بحيث يختلف الحل الذي وصل إليه من حالة لأخرى، وخاصة في واقعة الطلاق التي تجد سلطة القاضي التقديرية فيها حضورا ملحوظا، بحيث تكون بين الإطلاق والتقييد، بين إجراءات الطلاق الأولية، وصوره المختلفة التي قد تظهر فيها بصورة مطلقة في بعض الصور وقد تتعدم في البعض الآخر بحيث لا يمكن إعمال سلطته التقديرية فيها.

ما مجال إعمال القاضي لسلطته التقديرية في الطلاق؟ وعليه هل القاضي مقيد في تقدير الطلاق أم أن له السلطة الواسعة في تقديره؟.

سأعالج هاتين الإشكاليتين في مبحثين يتضمن المبحث الأول (دور القاضي في الإجراءات الأولية الطلاق) ، ويتضمن المبحث الثاني (سلطة القاضي التقديرية في صور الطلاق).

المبحث الأول: دور القاضي في الإجراءات الأولية للطلاق

تتمثل الإجراءات الأولية للطلاق في كل من إجراءي الصلح والتحكيم، التي تعتبر في مسائل الأحوال الشخصية والنزاعات التي تنشأ بين الزوجين من أهم الإجراءات التي أوجب قانون الأسرة الجزائري على القاضي اللجوء إليها قبل الشروع في بحث موضوع النزاع وإصدار حكم بشأنه لا سيما موضوع الطلاق، مع العلم أنها إجراءات عرفها التشريع الإسلامي منذ القدم. لقوله تعالى: «وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا»¹، وعليه ما مدى ظهور سلطة القاضي التقديرية في إجراء الصلح والتحكيم؟.

وفيما يلي سأحاول التطرق لكل من الإجراءات بنوع من التفصيل، محاولة تبيان دور القاضي فيها ومدى تقديره لكل من الإجراءين، من خلال مطلبين يتضمن المطلب الأول (دور القاضي في إجراء الصلح)، ومطلب ثان في (دور القاضي في إجراء التحكيم).

المطلب الأول: دور القاضي في إجراء الصلح

نصت المادة 49 من ق أ ج في الأمر 02/05 في الفقرة الأولى منها على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاث (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"².

أوردت المادة المذكورة أعلاه نصا مبدئيا يتعلق بأن الطلاق لا يثبت إلا بموجب حكم قضائي، وأشارت إلى أنه لا يجوز للمحكمة أن تقرر الطلاق إلا بعد قيام القاضي المعروضة عليه دعوى الطلاق بعدة محاولات صلح يحاول من خلالها إقناعهما بالرجوع عن التفكير في

¹ سورة النساء، الآية: 35.

² قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

الطلاق¹. وعليه فهو من الإجراءات الهامة والأولية التي يجب على القاضي القيام بها بصفة إجبارية قبل النطق بالطلاق².

وقبل تبيان دور القاضي في إجراء الصلح بمحاولة الإصلاح بين الزوجين سأنتقل إلى مفهوم إجراء الصلح أولاً.

الفرع الأول: مفهوم إجراء الصلح

أولاً: تعريف الصلح في اللغة

الصلح في اللغة هو قطع النزاع³. وهو إنهاء الخصومة فنقول صالحه صلاحاً إذا صالحه وصالفاه، ونقول صالحه على الشيء أي سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق وصلاح الشيء إذا زال عنه الفساد⁴.

ثانياً: تعريف الصلح لدى فقهاء القانون

عرفه محمود سلامة زناتي بأنه: "اتفاق حول حق متنازع فيه بين شخصين بمقتضاه يتنازل أحدهما عن ادعائه مقابل تنازل الآخر عن ادعائه أم وقابل أداء شيء ما. أما الدكتور أحسن بوسقيعة يرى بأنه يمكن تعريف المصالحة أو الصلح بوجه عام أنها تسوية لنزاع بطريقة ودية⁵.

ثالثاً: تعريف الصلح في التشريع الجزائري

عرف المشرع الجزائري في الصلح في المادة 459 من ق م على أن الصلح: "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"⁶.

¹ سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، طبعة 2009، دار هومة للنشر والتوزيع، ص 119.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 356.

³ الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 5، طبعة 2، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، 1985، ص 293.

⁴ محسني محمد، الصلح في القانون الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 13 الجزائر، ص 14.

⁵ نفس المرجع، ص 14

⁶ قانون 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، العدل و المتمم بالأمر 07-05.

رابعاً: تعريف الصلح كإجراء

إن مفهوم الصلح في المجال المدني يختلف من فرع لآخر فهو في المجال المدني على غير المجالات الأخرى، غير أنها تشترك في كون الصلح طريقة ودية لإنهاء النزاع ويختلف باعتباره كعقد أو كإجراء، فإن كانت المفاهيم السابقة تعرفه كعقد فبالنظر إليه كإجراء كما سمي "بالصلح القضائي" فقد عرف كآتي: "هو الإجراءات التي تفرضها بعض القوانين على المتخاصمين لإلزامهم للحضور أمام القاضي ومحاولة تقريب وجهات نظرهم بعد إقامة الدعوى وخصوصاً في مسائل الطلاق والفرق"¹. وهو التعريف الذي يتوافق ومجال الأحوال الشخصية وخاصة في النزاع حول فك الرابطة الزوجين، باعتبار الصلح في هذا المجال إجراء قانونياً يعمل به.

وعليه يمكن القول أن الصلح إجراء يسعى من خلاله القاضي أو الحكمين إلى إيجاد حل ودي بين الطرفين ووضع حدا للنزاع القائم بينهما من أجل استمرار الحياة الزوجية. فهو إذن إجراء وقائي يقوم به القاضي وجوباً تحت طائلة بطلان الحكم للحيلولة دون وقوع تلك الرابطة الزوجين وعملاً بمبدأ "الصلح خير"².

الفرع الثاني: دور القاضي في إصلاح ذات البين بين الزوجين

باستقراء المادة 49 من ق أ ج الأمر 02/05 التي تنص على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر الصلح يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"³. يلاحظ على أنها تؤكد على عدم إمكانية الفصل في دعوى

¹ محسني محمد، مرجع سابق، ص 14.

² بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، 09/08، مذكرة نهائية التكوين لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 18، الجزائر، 2010.

³ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

الطلاق إلا بعد إجراء القاضي لمحاولة الصلح بين الزوجين في مدة أقصاها 3 أشهر وهي كذلك تؤكد على وجوبية إجراء الصلح. وهو الأمر الذي أشارت إليه المادة 439 من ق إ م إ التي تنص على أن: "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية"¹.

وعليه يستوجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق و إلا سيكون حكمه معيبا ومخالفا للقانون ويتحتم نقضه². وهو الأمر الذي أشارت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها، حيث جاء في قرار لها صادر من غرفة الأحوال الشخصية في 1991/06/08 ما يلي: "...من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف المبدأ بعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال- أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين، دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"³. وجاء في قرار آخر لها صادر في 2006/11/15، على أن "...محاولة الصلح في دعاوى الطلاق تتم وجوبا أمام المحكمة فقط"⁴. حيث يقوم القاضي المختص بالنظر في الدعوى باستدعاء الزوجين معا إلى مكتبه، غير أن قانون الأسرة الجزائري سكت في هذه النقطة عن إجراءات انعقاد الصلح أمام القاضي، ويرى الأستاذ عمر زودة في هذا الشأن أنه يمكن أن تتعقد جلسة الصلح بناء على رسالة مضمنة أو بواسطة محضر قضائي، أو كاتب المحكمة أو ببرقية⁵. ويكون ذلك في جلسة خاصة محددة التاريخ، حيث يقوم القاضي بإعلام كل من الزوجين بجلسة الصلح شفويا في جلسة من جلسات المحاكمة، ويشترط لانعقاد الجلسة

¹ قانون 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 357.

³ م ع ، غ أش، ملف رقم 75141، قرار بتاريخ 1991/06/18، م ق ، 1993، عدد1، ص65، منقول عن ذيابي باديس، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 42.

⁴ م ع ، غ أش، ملف رقم 372130، قرار بتاريخ 2006/11/15، م ق ، 2007، عدد 2، ص463، منقول عن ذيابي باديس، المرجع نفسه، ص 42.

⁵ زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، طبعة3، ENCYCLOPSDLA EDITION، الجزائر، 2003، ص 108، 109.

إعلان الزوجة إعلانا صحيحا يترتب عليه إيصال العلم إليها بتاريخ الجلسة، وما قيل عن الزوجة يقال عن الزوج في حالة طلب التطلق من الزوجة لأن محاولات الصلح تعد أحد العناصر الجوهرية لصحة العمل القضائي¹. واقتضت المادة 439 ق إ م إ أن يتم الصلح في جلسة سرية وذلك تفاديا لفضح أسرار الأسرة، يحضرها الزوجان حيث تتم مقابلتهما بعد استماع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا، ولا مانع لحضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح إذا طلب الزوجان ذلك وهذا وفق ما نصت عليه المادة 440 ق إ م إ². حيث يقوم القاضي بسماع مزاعم كل من الزوجين المتخاصمين، ويحاول أثناءها بالعمل على الإصلاح بينهما وذلك بإظهار مساوئ النزاع ومضار الفرقة وبيان محاسن الألفة والتفاهم والانسجام، والتسامح المتبادل وذلك من أجل ضمان حياة زوجية هادئة لصالحهما وصالح أطفالهما³. حيث يتقصى القاضي خلال الجلسة عن أسباب النزاع والشقاق، وفي هذا الصدد فإن المحكمة تتمتع بكامل الصلاحية في الوقوف على الأسباب والدوافع الزامية إلى طلب الانفصال، كما أنه يستوجب على المحكمة أن تبذل جميع مساعيها لإصلاح ذات البين بصفة مجدية بين الطرفين⁴. فحتى ولو فشل القاضي في التوفيق بينهما فعليه المحاولة عدة مرات إذا رأى إمكانية الوصول إلى إصلاح ذات البين فله الحق في إجراء عدة محاولات للصلح قبل الطلاق دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى⁵.

ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع لم يحدد عدد الجلسات التي يجريها القاضي للمصالحة بين الزوجين، غير أنه يفهم من الفقرة 2 المادة 442 ق إ م إ التي تنص على أنه: "في جميع الحالات يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى

¹ طيباوي صابرينة، مرجع سابق، ص 27.

² قويدري خيرة، حالات التطلق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص 212.

³ طيباوي صابرينة، مرجع سابق، ص 26

⁴ قويدري خيرة، مرجع سابق، ص 26.

⁵ طيباوي صابرينة، مرجع سابق، ص 26.

الطلاق" أن المشرع اكتفى بتقييد محاولات الصلح بثلاثة أشهر دون تحديد لعدد الجلسات. وأخضع تحديدها إلى سلطة القاضي التقديرية¹. حتى يتمكن القاضي من خلالها بالإلزام بملاسات القضية. وهذا ما يستشف من قرار المحكمة العليا الصادر في 16/10/1968 والذي جاء فيه: ".....إن قضاة الموضوع يتمتعون بسلطة تقديرية مطلقة، فيما يتعلق بمصالحة الزوجين"².

وعليه فعلى القاضي بذل قصارى جهده لمحاولة تقريب وجهات النظر بين الزوجين ومحاولة إزالة الخلاف بينهما، وهنا تتجلى سلطته التقديرية بصورة واسعة بحيث يقدر إذا ما كان عليه إجراء عدة جلسات لمحاولة الإصلاح بينهما أو يكتفي بجلسة صلح واحدة إذا تبين له انعدام نية الصلح بين الزوجين بحيث يتأكد القاضي من خلال الجلسة من نية الزوجين في الصلح أو انعدامها، ولكن لا يعني ذلك عدم محاولة لعدة مرات للصلح بينهما.

وسواء نجح القاضي أو فشل في الصلح، فإنه يحزر محضر بما توصل إليه من نتائج إجراء الصلح، ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، وهو الأمر الذي استدركه المشرع من خلال تعديله للمادة 49 ق أ ج من خلال الأمر 02/05. حين أغفل قبل التعديل ما إذا كان يجب على القاضي أن يحزر محضرا بما تصالح عليه الزوجان أو بفشل الصلح، وعلى ما يمكن أن يفعله بعد فشل محاولة الصلح أو نجاحها³. وذلك بإضافة الفقرة الثانية للمادة 49 بنصه على ما يلي: "يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين".

وعليه سواء كانت نتائج الصلح إيجابية أو سلبية، فإذا كانت إيجابية يذكر في المحضر الأمور التي وقع التصالح بشأنها، وإن كانت سلبية يذكر أن محاولات الصلح فشلت ويمكن

¹ بوشيبان خديجة، مرجع سابق، ص 11.

² م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ 16/10/1968، م أ، ج 1، ص 55، ن س، 1968، ص 121، منقول عن بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري وفق أحدث التعديلات، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 4، الجزائر، 2012، ص 217.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 357.

أن يشير إلى أسباب فشلها، وبعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولة الصلح يوقعه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين¹.
 لكن ماذا لو تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات الصلح؟ إن تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات محاولات الصلح دون اعتذار فإن ذلك يعتبر امتناعا متعمدا ورفضاً ضمناً لمحاولات الصلح، وفي هذا الوضع يعفى القاضي من الانتظار ومن تجديد محاولات الصلح، وتعتبر محاولات الصلح فاشلة وغير منتجة فيحرر محضراً بفشلها يشير فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر، وفي هذه الحال ينتقل القاضي بالضرورة إلى آخر دواء وهو الحكم بالطلاق إذا توفرت أسبابه².

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 23/10/1997 والذي جاء فيه:
 "إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجراءاتها عدة مرات يجعل القاضي ملزماً بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما لأن المادة 49 قانون الأسرة الجزائري تحدد مهلة لإجراء الصلح بـ 3 أشهر"³.

وعليه يظهر مما سبق مدى مساهمة القاضي في إصلاح ذات البين بين الزوجين، وفض النزاع بينهما خاصة بعد أن أكد التعديل الجديد المتضمن الأمر 02/05 لـ ق أ ج على إجبارية إجراء الصلح، وتحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج الصلح.

¹ سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 120.

² نفس المرجع، ص 120.

³ م ع، غ أش، ملف رقم 174132، قرار بتاريخ 23/10/1997، ن ق، عدد 55، ص 179، منقول عن بلحاج العربي، ق أ ج وفق أحدث التعديلات، مرجع سابق، ص 220..

المطلب الثاني: دور القاضي في إجراء التحكيم

نصت المادة 56 من ق أ ج على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يتبين الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكّمين حكّما من أهل الزوج وحكّما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقديرا على مهمتهما في أجل شهرين"¹.

الثابت من نص المادة أن التحكيم وجوبي وإلزامي في دعاوى الطلاق والرجوع إلى بيت الزوجية، وذلك في كل حالة يشتد فيها الخصام، وسيبلغ النزاع بين الزوجين ذروته ولا يثبت وجود أي ضرر يمكن أن يلحق أحدهما من جراء ذلك، وعليه فإذا توفّر شرط اشتداد الخصام وشرط عدم ثبوت الضرر فإنه يجب على القاضي قبل الشروع في دراسة موضوع النزاع ومباشرة الفصل فيه أن يعمل على إصلاح ذات البين بطريقة التحكيم². وهذا ما تضمنه القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1989/12/25 والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا، أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم، بعد محاولة الصلح من طرف القاضي. وعند نشوز أحد الزوجين، يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر، وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون"³.

غير أن المشرع في نص المادة 56 ق أ ج لم يحدد كيف تتم إجراءات التحكيم أو تعيين الحكّمين، ولم تبين المادة إذا ما كان على القاضي القيام بإجراءات التحكيم بعد فشل محاولات الصلح أو أثناءها، وعدة إشكاليات غيرها. وسأحاول فيما يلي أن أعالج إجراء التحكيم بنوع من التفصيل مع تبيان دور القاضي ومدى إعماله لسلطته التقديرية فيها.

الفرع الأول: تعيين الحكّمين والشروط الواجب توافرها

¹ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² طيباوي صابرينة، مرجع سابق، ص 28

³ م ع، غ أش، ملف رقم 57812، 1989/12/25، م ق، 1991، عدد3، ص 71.

لم يبين المشرع الجزائري في قانون الأسرة باعتباره يتضمن القواعد الموضوعية من خلال المادة 56 شروط تعيين الحكّمين التي يجب على القاضي مراعاتها، فهل يمكن إسناد هاته المهمة لأي كان، واكتفى بذكر أن يكون الحكّمين حكما من أهله وحكما من أهلها¹. وأمام هذا الفراغ في قانون الأسرة الجزائري في هذا المجال يرجع إلى أحكام المادة 222 ق أ ج والتي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وفي ذلك عدة اختلافات فقهية ويستشف من ذلك أن الشروط العامة التي تحكم كل عمل قانوني هي التي تدخل في الاعتبار وطالما أن التحكيم يعد عملا قانونيا في هذا المجال فإن الشروط الواجب توافرها في الحكّمين تبرز فيما يلي:

1. **العدالة الرشد والإسلام:** إذ يشترط في الحكّمين أن يكونا عدلين فلا يصح حكم غير العدل ولا ينفذ حكمه، سواء بطلاق أو بإبقاء حيث يشترط أن يكونا رجلين مستقيمين من ذوي السمعة الحسنة والعدالة تستلزم الإسلام وعدم الفسق، ذلك أن العدالة مهمة في دعاوى الأحوال الشخصية فالتحكيم تحقيق وبحث في أدق التفاصيل الزوجية ويستحب أن يكون من أقارب الزوجين².
2. **أن يكونا من أهل الزوجين:** حيث يقوم القاضي المختص المطروحة بين يديه القضية موضوع النزاع بتعيين الحكّمين من أهل الزوجين، سواء من تلقاء نفسه أو تطبيقا للقانون أو بناءً على طلب واختيار الزوجين وفي ذلك يجب عليه أن يراعي قرابتهم من الزوجين بحيث يعين واحدا من أهل الزوجة، كأن يكون عمها أو خالها أو جدها ويعين الثاني من أهل الزوج كأن يكون أخوه أو ابن عمه أو جده³.

¹ بوشيبان خديجة، مرجع سابق، ص 15.

² قويدري خيرة، مرجع سابق، ص 216.

³ سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في ق أ ج، مرجع سابق، ص 348.

حيث يستفسر القاضي أثناء جلسة الصلح على شخص بالعائلة يكون له صوت مسموع ورأي مأخوذ ومن كان أهلا لذلك عينه القاضي¹. وهنا تتبين سلطته التقديرية فهو من خلال اختياره للحكمين يقدر ما إذا كان الحكم أهلا للقيام بمهمة التحكيم أم لا. لكن يطرح التساؤل هنا: إذا لم يوجد في العائلة الحكم المناسب فهل يعين القاضي شخص أجنبي تتوافر فيه الصفات المذكورة؟.

يفهم من نص المادة 56 ق أ ج أن الحكمة التي قصدتها المشرع بتعيين الحكمين من أهل الزوجين هي العلم بحال الطرفين وظروف الزوجين المتخصصين فهما الأقرب لهما والأعلم بخلفيات النزاع، فيمكنهما على هذا الأساس التدخل لتهدئة الزوجين عكس الأجنبي عنهما². كما أن فيه احتمالا كبيرا للصلح لحرصهما الشديد على الإصلاح والأقدر على تفهم أسباب الشقاق وثقة الزوجين بهما بحكم القرابة، دون الحرج في إفشاء أسرارها كل إلى الحكم باعتباره قريبه ما يساعد على اكتشاف أسباب الشقاق وعلى علاجه³. وعليه لا يجوز للقاضي أن يعين شخصا ليست له مع أحدهما صفة القرابة أو المصاهرة الشرعية⁴.

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم

لم يوضح المشرع الجزائري إجراءات تعيينهما ولم يبين إذا ما كان تعيينهما يتم شفاهة أو كتابة، غير أنه يتبين من خلال البحث أنه يمكن تعيين الحكمين بموجب سند قضائي بأمر كتابي صادر عن قاضي الموضوع ويمكن كذلك أن يعينهما بموجب حكم تحضيري الذي لا يجوز استئنافه، ذلك أن موضوع التحكيم بين الزوجين يقتضي السرعة في انجاز مهمتها والتوفيق بين الزوجين وفي أسرع وقت ممكن لا يتجاوز الشهرين ويشمل السند أسماء الحكمين ودرجة قرابتهما بالزوجين، مع ذكر المدة اللازمة التي ينبغي فيها إعداد التقرير على ألا يتجاوز شهرين طبقا للفقرة 2 من المادة 56 ق أ ج، ويتم إخطار الحكمين بسند

¹ بوشيان خديجة، مرجع سابق، ص 15.

² بوشيان خديجة، المرجع السابق، ص 15.

³ قويدري خيرة، المرجع السابق، ص 216.

⁴ سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في ق أ ج، مرجع سابق، ص 348.

التحكيم عن طريق المحضر القضائي وبعد ذلك يتم استدعاءهما لأداء اليمين أمام المحكمة وهو الأمر الذي أغفلته المادة 56 ق أ ج، فلم يذكر أبدا الإجراءات الواجب إتباعها في تعيين الحكّمين ومن أهمها أداء الحكّمين اليمين أمام القاضي بعد التعيين، بحيث يترتب على عدم احترام هذا الإجراء البطلان، فيكون الحكم المبني على التقرير باطلا أيضا طالما الإجراءات المبنية على سند باطل تعد باطلة¹.

الفرع الثالث: مهمة الحكّمين

إن مهمة الحكّمين محددة من القاضي، وتتحصر في دراسة أسباب النزاع القائم بين الزوجين وظروفه و ملابساته، وتحديد مسؤولية كل واحد منهما في النزاع وفي محاولة إزالة الخلاف بين الزوجين ومحاولة الصلح والتوفيق بينهما بكل الوسائل والطرق الممكنة شرعا²، لقوله تعالى: «إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما»³، وسواء توصل الحكمان إلى حل للنزاع أم لم يتوصلا فإنه يجب عليهما أن يقدمتا تقريرا للقاضي الذي عينهما خلال مدة شهرين من تاريخ تعيينهما على أن يشتمل على النتائج التي جمعاها وعل اقتراحهما لحسم الخلاف والأسباب التي يبني عليها حكمهما⁴. وهو الأمر الذي أكدته الفقرة 5 من المادة 56 ق أ ج، ويبدو من خلال ذلك أن المشرع الجزائري أراد أن يخضع هذه الأسباب لرقابة القاضي وتقديره لينظر في مدى كفاية هذه الأسباب للوصول إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكمان في تقريرهما⁵.

والملاحظ أن قانون الأسرة لم يجعل للحكّمين حق التفريق دون القاضي بل جعل الحق للقاضي بناء على اقتراحهما وهذا فيه احتياط حيث يجعل للقاضي فرصة لمناقشة الحكّمين في قرارهما مما يؤدي إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجية⁶. وقد جاء في قرار صادر عن

¹ قويدري خيرة، مرجع سابق، ص 217.

² سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في ق أ ج، مرجع سابق، ص 348.

³ سورة النساء، الآية: 35.

⁴ سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 348.

⁵ قويدري خيرة، مرجع سابق، ص 220

⁶ طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 127.

المحكمة العليا في هذا الشأن في 11/12/1968 أن القاضي يحكم طبقا لسلطته التقديرية أي أنه غير ملزم بما جاء في التقرير¹.

وفي الأخير يمكن القول أن إجراء التحكيم إجراء مهم ومفيد يساعد في حل الخلافات الكثيرة التي قد تواجه الزوجين التي تؤدي إلى فك الرابطة الزوجية المقدسة خاصة وأن الله قد أمر به سبحانه وتعالى في الآية 35 من سورة النساء، وعلى الرغم من أهميته والتنصيص عليه قانونا إلا أنه يفتقد في الأحكام القضائية في هذا المجال ولم يعط الاهتمام لا من طرف الأسرة ولا من طرف القضاة. وقد لا حضت ذلك بالاطلاع على العديد من قرارات المحكمة العليا التي يغيب فيها اللجوء إلى إجراء التحكيم، والاكتفاء بإجراء الصلح فقط.

وقد يكون ذلك راجع ربما لصعوبة هذا الإجراء الذي يتطلب وقتا كبيرا في اختيار الحكيم وما ينجر عن عملهما ولهذا السبب يتبين من مقتضيات المادة 446 ق إ م إ التي تنص على أن: "إذا لم يتبين أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكيم اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة" أن تعيين الحكيم إجراء اختياري بالنسبة للقاضي لأن النص جاء بلفظ "جاز للقاضي"²، وهو التناقض الموجود بين نصي المادتين 56 ق أ ج والمادة 442 ق إ م إ.

المبحث الثاني: سلطة القاضي التقديرية في صور الطلاق وفق قانون الأسرة الجزائري

¹ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 02 .

² قويدري خيرة، مرجع سابق، ص 221

الأصل في الطلاق أنه حق إرادي للزوج وليس لغيره، غير أنه قد يحصل أن يتجاوز الزوج في استعماله هذا الحق بحيث يكون متعسفا ودون أي سبب مبرر، فيتدخل القاضي لحماية الزوجة بالحكم بتعويضها عن الضرر اللاحق بها وهو ما تضمنته المادة 52 ق أ ج، وقد يحصل استحالة معايشة الزوجة لزوجها لعدة أسباب تدفعها لطلب الانفصال عنه أمام القاضي هذا الأخير الذي يتجلى دوره في تقديره ما إذ كانت أسبابا موجبة للتعويض أم لا وفقا للمادة 53 ق أ ج الأمر 02/05، ويمكن أن يفترقا لنشوز أحدهما عن الآخر بحيث يعمل القاضي على تحديد و تقدير الحالات المعتبرة نشوزاً وبصفة عامة محاولته لمعرفة المقصد وراء طلب الطلاق، فيكون تدخله في ذلك وإعماله لسلطته التقديرية بين الإطلاق والتقييد. وعليه فما مدى ظهور سلطة القاضي التقديرية في كل من الطلاق التعسفي؟ وحالات التطلق؟ وكيف يقدر حالات النشوز؟

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير الطلاق التعسفي

الأصل أن الطلاق حق مباح للرجل يملك إيقاعه بحرية، هذه الأخيرة تنتهي عندما تبدأ حرية الآخرين، فالرجل إن تمادى في استعمال حقه في الطلاق بطريقة لا يراعي فيها إلا ولا ذمة بزوجه يعتبر متعسفا في استعمال حقه، مما يستوجب عليه تعويض الضرر اللاحق بزوجه التي طلقها تعسفياً¹. وعليه إذا كان الطلاق بيد الرجل في الشرع والقانون فإنه لا بد من سبب أو حاجة شرعية تدعو إليه².

¹ ناي هشام، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 17، الجزائر، 2009.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 334.

وقد قرر المشرع الجزائري في المادة 52 ق أ ج الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"¹.

وقبل التطرق إلى مدى تقدير القاضي لتعسف الزوج في الطلاق، سأعرض لمفهوم الطلاق التعسفي. فما هو الطلاق التعسفي؟ وما هي صورته؟ وكيف يقدر القاضي تعسف الزوج في الطلاق؟

الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي

أولاً: تعريف الطلاق التعسفي

قبل تعريف الطلاق التعسفي سأبين معنى التعسف في استعمال الحق بصفة عامة ثم في مجال الطلاق فيما يلي:

معنى التعسف في استعمال الحق:

التعسف لغة: هو الأخذ على غير الطريق أو سلكها على غير قصد.

أما في الاصطلاح: فيعرف على أنه: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل".

وفي استعمال الحق: يراد بالتعسف ذلك الاستعمال على الوجه غير المشروع بمعنى مجاوزة الحق حين مزاولة الإنسان له².

وبعودتنا إلى نظرية الحق في القانون المدني، فيعرف الحق بأنه سلطة الاستئثار بالشيء أي الشخص إذا اعترف له بحق ما في إحداث أثر قانون ما، فالأصل أن يمارس حقه بطلاقه ولا يلام على استعماله ولا يحمل مسؤولية استعماله لكونه يمارس حقه الطبيعي المخول له

¹ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² ناي هشام، مرجع سابق، ص 22.

قانونا غير أنه يرد استثناء على هذا المبدأ¹، مقررًا في المادة 124 مكرر من القانون المدني بنصها: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ في الأحوال التالية:

✓ إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

✓ إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

✓ إذا كان العرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"².

أي أن صاحب الحق المخول له قانونًا إذا ما استعمله في حدود ما ذكر في المادة 124 مكرر نكون أمام التعسف في استعمال الحق، وعليه يحمل المتعسف مسؤولية تعسفه ويلزم بالتعويض، غير أن الحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني، إذ أنه من طبيعة خاصة ومن مصدر آخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة أساسًا من الشريعة الإسلامية³.

ولما كان الطلاق في الشريعة والقانون هو من حيث الأساس حق شرعي من حقوق الزوج يستعمله عند الحاجة إليه، ولا يجوز أن يعاتب أو يعاقب على استعماله حقه بأي وجه من الوجوه⁴. ولما كان حقا يملك إيقاعه بإرادته المنفردة، فإنه يعد متعسفا في ذلك إذا جاوز حدود الحق، بأن أوقعه مناقضة لقصد الشارع في الطلاق والمتمثل في تجنب الزوجية المفسدة التي تتجم عما وصلت إليه علاقتهما من الشقاق وتفويت لمقاصد النكاح السامية من ألفة ورحمة وغيرها ولا يخفى ما ينجم عن ذلك من ضرر مادي ومعنوي⁵. وعليه فالتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج عن الحكمة التي اقتضت إباحته⁶.

ثانياً: صور الطلاق التعسفي:

¹ ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 21.

² القانون المدني المعدل بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

³ ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية، ص 21، 22.

⁴ سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في ق أ ج، مرجع سابق، ص 305.

⁵ ناي هشام، مرجع سابق، ص 23.

⁶ طيباوي صابرينة، مرجع سابق، ص 45.

إن للطلاق التعسفي تطبيقات وصور عديدة ومن أشهرها تلك التي نص عليها الفقهاء وأسهموا في ذكر أحكامها وهي كالاتي:

1. الطلاق في الحيض والطلاق ثلاثا بلفظ واحد:

✓ -**الطلاق في الحيض:** وتتمثل صورة التعسف فيه بتطويل العدة فتكون الحيضة التي حصل فيها الطلاق غير محسوبة من مدة العدة. وقد أجمعت الأمة على تحريم طلاق الحائض من غير رضاها.

✓ **الطلاق الثلاث بلفظ واحد:** ويظهر التعسف في مثل هذا الطلاق في إهمال الزوج للحكمة المقصودة في التفريق بين الطلقات الثلاث ومناقضة قصد الشارع في ذلك، وقد ذهب جمهور الأئمة إلى وقوع طلاق الثلاث وبينونة الزوجة به ولا تحل حتى تتكح زوجا غيره، إلا أن الكثير من الفقهاء المعاصرين يفتون باعتبار طلاق الثلاث واحدا يستيسر على الناس، وصونا للرابطة الزوجية ومراعاة لمصلحة الأولاد خصوصا في هذا الوقت الذي قل فيه الورع والاحتياط، وتهاون الناس في التلفظ بهذه الصيغة في الطلاق، وهم يقصدون غالبا التهديد والزجر.

2. **طلاق الهازل والسكران:** ويتجلى التعسف في هذا النوع من الطلاق في استخفاف الزوج بقداسة عقد الزواج، بحيث لا يعرف قصد الهازل في وقوع الطلاق، والسكران إذا كان متعديا بسكره متناولا إياه بكامل إرادته. وجمهور الفقهاء يوقعون طلاق الهازل والسكران إذا كان سكره محرما¹.

3. **طلاق المريض مرض الموت:** أو ما يسميه البعض الطلاق بقصد الحرمان من الميراث، ويقصد بمرض الموت المرض الذي اتصل به الموت وكان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة ولا تزيد عن سنة، أو هو المرض الذي يعجز الإنسان عن القيام بمصالحه خارج البيت ويحول دون قيامه بواجباته ويترتب عليه شرعا تغيير في بعض أحكام من

¹ ناي هشام، المرجع السابق، ص 23.

يصاب به حماية للغير من تصرفاته (م 408 ق م)، ومن خلال التعريف يشترط أن يتحقق في المريض مرض الموت أمران: أن يغلب فيه الهلاك عادة، وحدث الموت فعلا متصلا وبصفة مباشرة، سواء كان الموت بسببه أم بسبب آخر خارجي كالقتل أو الغرق، أو حريق....الخ. وقد أجمع الفقهاء على أن طلاق المريض مرض الموت يقع صحيحا ما دام المرض لم يؤثر على قواه العقلية، ويترتب عليه جميع الآثار التي تترتب على الطلاق الصحيح بخلاف استحقاق الإرث عند الموت بعد الطلاق، وهو ما يعبر عنه بالطلاق الفار لفرار المريض ومن في حكمه من الإرث ظاهريا¹. فالرجل في طلاقه لزوجته في مرض موته يعتبر تعسفا وفرارا من ميراث زوجته فيرد عليه قصده بتوريثها منه استنادا إلى المادة 408 ق م ج، وإلى آراء كثير من الفقهاء منهم مالك وأبو حنيفة وأحمد والجعفرية².

4. طلاق المرتد: إذا ارتد الزوج فإن الزوجة لا ترث منه لاختلاف الدين³. إلا أن الفقهاء ألحقوا المرتد بحكم المريض مرض الموت واعتبروه فارا من ميراث زوجته فيرد عليه قصده. لأن من شروط الميراث اتحاد الدين بين الوارث والموروث (م 138 ق أ ج)، ولقد نص الفقهاء على أن المرتد ترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل على رده وهي في العدة لأنه يصير فارا وإن كان صحيحا وقت رده، وجعلوا حكمه حكم المريض مرض الموت إذا طلق زوجته بقصد الفرار من إرثها له ومات وهي في عدتها⁴.

الفرع الثاني: تقدير القاضي للطلاق التعسفي

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق أ ج، مرجع سابق، ص 242، 243.

² ولد خسال سليمان، مرجع سابق، ص 122.

³ نفس المرجع، ص 123

⁴ بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق أ ج، مرجع سابق، ص 245.

نصت المادة 52 ق أ ج الأمر 02/05 على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، هذا النص أعطى للقاضي السلطة التقديرية، في الحكم على الزوج بالتعويض إذا تبين له بأن الزوج قد تعسف في الطلاق، بأن لم يقدم المبررات التي دعت له لطلب الطلاق أو تبين له بأنه طلقها بقصد الإضرار بها¹.

وعليه من خلال ما سبق كيف يمكن للقاضي تقدير تعسف الزوج في الطلاق؟ وهل حدد القانون معايير معينة يستند إليها القاضي لاعتبار الطلاق تعسفيا أم لا؟ وهل قيد المشرع مبلغ التعويض المقدر للزوجة المطلقة تعسفيا؟ أم ترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية؟.

أولاً: تقدير القاضي لأسباب الطلاق والضرر اللاحق بالزوجة

لقد قضى المشرع الجزائري فيما ورد في المادة 52 ق أ ج بالتعويض للمطلقة إذا تبين تعسف زوجها في طلاقها حيث أن تكييف طلاق الزوج بكونه متعسفا فيه أمر متروك لسلطته التقديرية، وعليه إذا طلق الزوج زوجته وتبين للقاضي أنه تعسف في طلاقه بأن كان دون سبب معقول ولحقها ضرر جاز للقاضي الحكم على مطلقها بالتعويض². ولم ينص المشرع الجزائري على معايير الطلاق التعسفي غير أنه يمكن عده في الأسباب التالية:

1. أن يقع بلا سبب ويؤدي بالمطلقة إلى الضرر كالفاقة والاحتياج.
 2. أن يكون بلا سبب معقول، أو بدون مبرر شرعي أو قانوني مقبول.
- ولقد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1982/11/22 بأنه: "للمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة، وإذا كان طلاق الزوج غير مبرر ولو كان الزواج غير مسجل بالحالة المدنية"³.

¹ بن الشويخ الرشيد، شرح ق أ ج المعدل، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، طبعة 1، الجزائر، 2008، ص 187.

² ناي هشام، مرجع سابق، ص 24.

³ ولد خسال سليمان، مرجع سابق، ص 120، 121.

وعليه يشترط لاعتبار الطلاق تعسفيا أن يقع بلا سبب أو يكون لأسباب واهية مع الإشارة إلا أن للزوج أن يوقع الطلاق بإرادته المنفردة دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى ذلك لكنه يتحمل مسؤولية هذا الطلاق¹. وهذا ما جاء في الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية: " أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنباً للحرج أو تخطياً لقواعد الإثبات وأن القضاء بالطلاق بالإرادة المنفردة دون تبرير تطبيق لصحيح القانون"².

وجاء في قرار آخر أنه : "من المقرر شرعا وقانونا، إذا كان طلاق الزوج غير مبرر فإنه للمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة"³. كما أن عدم بيان الزوج سببا للطلاق يكفي لاعتباره تعسفيا⁴. وقد تبين لي من خلال مناقشتي لمحامية معتمدة لدى مجلس قضاء الجلفة أن مجرد طلب الطلاق من الزوج يعتبر لدى قضاة الموضوع متعسفا فيه، ويلزم تبعا لذلك بالتعويض للمطلقة والذي يتوقف على تقدير القاضي للضرر ومنه التعويض

وعليه من المقرر قانونا إن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، ومن تبين في قضية الحال- أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة، وإن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة و عليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها

¹ طيباوي صابرينة، مرجع سابق، ص 45.

² الاجتهاد القضائي لـ غ أ ش ، ملف رقم 223019، قرار بتاريخ 15/06/1999، عدد خاص، ص 104، منقول عن ذيابي باديس، ق أ على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 46.

³ م ع، غ أ ش، ملف رقم 28784، قرار بتاريخ 12/11/1982، ن ق، 1986، عدد 2، ص 32، منقول عن بلحاج العربي، ق أ وفقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص 231 .

⁴ طيباوي صابرينة، مرجع سابق، ص 45.

طبقوا صحيح القانون¹. كما "إن عقم الزوجة من المسائل الخارجية في إرادتها ولا يعد سببا من الأسباب الشرعية و القانونية المخولة للزوج حق الطلاق بتظلم الزوجة"².
وعليه يظهر مما سبق أن للقاضي سلطة في تقدير ما إذا كانت الأسباب المعتمدة لإيقاع الطلاق تعسف من الزوج أم لا وما إذا كانت تسبب ضررا للزوجة أو لا.

ثانيا: تقدير القاضي لمقدار التعويض عن الطلاق التعسفي

قضت المحكمة العليا على أن: "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم"³.
وجاء أيضا: "إن منح قضاة الموضوع تعويضا للمتضرر من أي إجراء هو مسألة وقائع متروك تقديرها للقضاة وحدهم، دون رقابة عليهم"⁴.
وجاء أيضا أن: "إن تقدير التعويض خاضع لسلطة قضاة الموضوع، وهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، إلا إذا كان مجحفا بأحد الزوجين"⁵.
وعليه فإن إضافة إلى أن المشرع لم يوضح في المادة 52 ق أ ج معيار الطلاق فإنه كذلك لم يحدد حد أقصى ولا حد أدنى لتعويض الضرر اللاحق بالمطلة، ولقد أحسن صنعا عندما لم يقيد التعويض وترك للقاضي الحكم بالتعويض الذي يراه كفيلا بتعويض الزوجة المطلقة بنسبة التعسف ودرجته والحالة المالية للزوج⁶.

وعليه فإن القاضي يملك سلطة تقديرية مطلقة في تقدير مبلغ التعويض على أن القاضي يمكن أن يستعين في تقديره بأحكام المادة 79 ق أ ج والتي تنص: "يراعي القاضي في

¹ الاجتهاد القضائي لـ غ أ ش ، ملف رقم 216865، قرار بتاريخ 16/06/1996، عدد خاص، ص256، منقول عن بلحاج العربي، ق أ وفقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص 240.

² م ع ، غ أ ش، ملف رقم 373707 ، قرار بتاريخ 15/11/2006، م ق ، 2007، عدد1، ص 499.

³ م ع ، غ أ ش، ملف رقم 368660 ، قرار بتاريخ 12/07/2006، م ق ، 2006، عدد 2، ص 483

⁴ م ع ، غ ق خ، 1970/10/21، ن ق ، 1972، عدد 1، ص 58، منقول عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 230.

⁵ م ع ، غ أ ش، ملف رقم 39689 ، قرار بتاريخ 24/02/1986 (غير منشور)، منقول عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 232.

⁶ بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق أ ج، مرجع سابق، ص 238.

تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم" ورغم خصوصية النص في النفقة فالمعيار عام في التقدير، ويلاحظ أن التعويض له أسباب أحدهما قانونية تتمثل في الضرر وثانيها شرعية والمتمثلة في المتعة¹ هاته الأخيرة التي تعتبر تعويضا لجبر الضرر الذي لحق الزوجة من وقوع الطلاق عليها لقوله تعالى: «لا جناح عليكم إذا طلقتم النساء ما لم تمسوهن، أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين»² ومع ذلك وقع خلط واضطراب في المصطلحين في الاجتهاد القضائي الجزائري³. حيث جاء في قرار للمحكمة العليا "من المقرر شرعا وقضاء، أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر اللاحق بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة⁴.

وجاء في قرار آخر: "إن كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا. فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض"⁵. ويبدو أن صراحة المادة 52 ق أ ج بمصطلح التعويض كاف بوضع حد لهذا الاضطراب في الاجتهاد القضائي⁶.

¹ ولد خسال سليمان، مرجع سابق، ص 122.

² سورة البقرة، الآية : 36 .

³ ولد خسال سليمان، مرجع سابق، ص 122.

⁴ م ع ، غ أ ش، ملف رقم 39731 ، قرار بتاريخ 1986/01/27، م ق، 1993، عدد4، ص 61.

⁵ م ع ، غ أ ش، ملف رقم 43860 ، قرار بتاريخ 1986/12/29، م ق، 1993، عدد2، ص 41.

⁶ ولد خسال سليمان، مرجع سابق، ص 122.

غير أن التساؤل يطرح هنا حول أساس التعويض ما إذا كان بناء على الخطأ والتعسف أم بناء على الضرر الذي أصاب المرأة؟ وبمعنى آخر هل التعويض يكون على فعل الطلاق التعسفي أم عن الضرر الناتج عنه؟

باستقرار المادة 52 ق أ ج فإن المشرع الجزائري قد أوجب التعويض عن الطلاق التعسفي وذلك بحد توافر شرطين: أن يتبين للقاضي تعسف في استعمال الطلاق، أن يصيب الزوجة منه جراء ذلك ضرر لاحق¹، حيث جاء في قرار للمحكمة أنه "من المقرر قانوناً أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق زوجته ونتج من ذلك ضرر لمطلقاته فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به فالحكم لها بالتعويض غير شرعي ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئاً للقانون"². وعليه فتقدير التعويض متروك للسلطة التقديرية للقاضي بنسبة التعسف ودرجته عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصاب المطلقة، على أن يراعي في تقديره حالة الزوج المالية³. وعليه لا يمكن أن نضع ميزاناً واحداً نزن به مقدار الضرر وقيمة التعويض ونطبقه على كل مطلقة طلاقاً تعسفياً وعليه فالضرر يختلف من حالة لأخرى وبالتالي يختلف تقدير مبلغ التعويض، وهو ما ظهر في اجتهادات المحكمة العليا، حيث جاء في إحدى قراراتها: "فيما يرجع لما قضى به القرار المنتقد من النفقات والتعويضات فذلك يدخل في باب التقدير المخول للقضاة، ولا يسوغ للمحكمة العليا ممارسة رقابتها في شأن ذلك"⁴.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق أ ج ، مرجع سابق، ص 241.

² م ع ، غ أش، ملف رقم 53017 ، قرار بتاريخ 1989/03/27، م ق، 1991، عدد1، ص 56.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق أ ج ، مرجع سابق، ص 242.

⁴ م ع ، غ أش، ملف رقم 41703 ، قرار بتاريخ 1986/05/05 (غير منشور)، منقول عن بلحاج العربي، شرح ق أ ج وفق أحدث التعديلات، مرجع سابق، ص 233.

لما كان الطلاق ملكا للزوج دون الزوجة فإن الفقه الإسلامي وتشريع الأسرة مكنها في الأخرى من التعبير عن إرادتها المنفردة، في أن منحها حقا في استعماله متمثلا في طلب التطلاق إذا لم تجد سعادتها في الحياة الزوجية، وذلك بأن ترفع الأمر إلى القاضي ليفرق بينها وبين زوجها، ولا يتم ذلك إلا بحكم قضائي لكون المشرع قد نص على طلب التطلاق بناء على إرادة الزوجة المنفردة مقيد بحالات معينة ورد النص عليها في المادة 53 ق أ ج الأمر 02/05 حصرها في عشرة حالات¹. ولقد تطرقنا لها في الفصل الأول وسأحاول في هذا الجزء تبيان مواطن تدخل القاضي، ومدى إعماله لسلطته التقديرية في ذلك. فهل سلطة القاضي في تقدير الحالات العشرة للتطلاق واسعة مطلقة؟ أم أنها مقيدة في بعض الحالات؟ ومطلقة في الأخرى؟.

الفرع الأول : السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الضرر

من خلال استقراء الحالات العشر الموجبة للتطلاق في المادة 53 ق أ ج الأمر 02/05 فإن هناك حالات تكون للقاضي فيها سلطة تقديرية واسعة في إثبات الضرر، وقد تكون في البعض الآخر مقيدة ، وسأحاول فيما يلي تبيان ذلك :

أولاً: حالات الإخلال بالواجبات المادية

أ. حالة عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه: حسب المادة 1/53 ق أ ج الأمر 02/05

فالذي تطلب الزوجة التطلاق بعدم الإنفاق يجب توافر شرطين:

✓ أن يكون الزوج ملزما بالنفقة على زوجته بموجب أمر قضائي: إذ يجب استصدار حكم يلزم الزوج بالإنفاق ويمتنع عن تنفيذه فيحكم بعدها القاضي بالتفريق بينهما، فرغم تكلم الفقرة الأولى من المادة عن الضرر اللاحق بالزوجة جراء عدم إنفاق الزوج عليها إلا أن القضاة تحاشوا الحديث عنها، وذلك أن القاضي فيها مقيد بوجود حكم قضائي حتى

¹ تقية عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007 ، ص 50.

يمكن من إثبات الضرر لعدم الإنفاق¹. وهذا ما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا في 1995/05/02: "إن المادة 53 ق أ ج قد أجازت للزوجة طلب التطلق في حالة عدم الإنفاق عليها من طرف الزوج بشرط أن يصدر حكم بوجوب النفقة وأن تقيم الزوجة الدليل على امتناع الزوج غير المعسر عن دفع هذه النفقة رغم الحكم عليه بها"².

✓ أن لا تكون عالمة بإعساره وقت الزواج: فإن كانت عالمة بإعساره فلا يجوز لها طلب التطلق على هذا الأساس لأنه كان معسرا وتعلم به، فإن لم يقم منه ظلم لأن الله لا يكلف نفسا إلا ما آتاها، وتبقى مسألة الإثبات في علمها من عدمه مسألة موضوعية تخضع لقواعد الإثبات العامة³. ويقع عبء إثبات عسر الزوج من عدمه على عاتقها وبما أن الإعسار حالة مادية فيجوز إثباتها بكل وسائل الإثبات، لكن في هذه الحالة هل القاضي ملزم بالحكم بالتطلق بمجرد إثبات الزوجة عدم الإنفاق؟ أم أن له سلطة تقديرية في منحه مهلة لتدبير أموره؟. يرى الدكتور العربي بلحاج في هذا الصدد على أنه على القاضي إمهال الزوج مدة مناسبة ولا يطلق عليه زوجته للعسرة للوهلة الأولى، إذ لا يعد في هذه الحالة ظالما ليطلق زوجته عنه، إذ لو ثبت للقاضي أن الضائقة المالية التي يمر بها الزوج مؤقتة وأن الضرر اللاحق بالزوجة ليس جسما فله على الأقل منحه مدة معينة بدلا من تحطيم حياته الزوجية وما ينتج عنها من آثار سلبية على الزوجة وأولا دهما، أما لو كان الضرر اللاحق بالزوجة من جراء عدم الإنفاق جسيما، ولا يتنبأ بتحسن أحوال الزوج قريبا فما يبقى على القاضي إلا تطليقها منه لتضررها أكثر⁴. وهذا وفقا لما له من سلطان التقدير في إثبات الضرر اللاحق بها من جراء ذلك.

¹ حفيظ جميلة، الضرر كمعيار لفك الرابطة الزوجية، مذكرة تخرج لنيل المدرسة العليا للقضاء، دفعة 17، الجزائر، 2009، ص 36.

² م ع ، غ أش، ملف رقم: 118475، قرار بتاريخ 1995/05/02، نشرة القضاة، عدد 49، ص 241، منقول عن ذيابي باديس، ق أ ج على ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 49.

³ حفيظ جميلة، مرجع سابق، ص 40.

⁴ طيباوي صابرينة، مرجع سابق، ص 32.

ب. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج: من الملاحظ على أن المشرع الجزائري في الفقرة 2 من المادة 53 ق أ ج ذكر العيوب بصفة عامة ولم يحددها وترك أمر تحديد العيوب للاجتهادات الفقهية وهي مختلفة حسب كل حالة. وقد جاء في قرار المحكمة العليا في 16/02/1999: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا -ومتى تبين في قضية الحال- أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطلاق لتضررها لعدم الإنجاب. وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطلاق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما"¹. وعليه فإن المشرع الجزائري أحسن صنعا عند عدم تحديد العيب وترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي على أساس معيار موضوعي هل عيب يحول أم لا يحول دون تحقيق الهدف من الزواج. وعليه فأساس طلب التطلاق هو الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج وعدم رضا الزوجة بالعيب وتضررها منه².

ثانيا: حالات الإخلال بالواجبات المعنوية

أ. التطلاق للإخلال بالمعاشرة الزوجية:

1. التطلاق للهجر في المضجع: اللافت للانتباه أن دعاوى التطلاق بسبب الهجر في المضجع جد نادرة وهذا راجع لصعوبة الإثبات التي تجابه الزوجة، ويتساءل عن الفائدة من التنصيص على حالة الهجر ضمن المادة 53 ق أ ج، إذ أن أهميتها تظهر من خلال الجانب النظري فحسب ومن المستحسن اعتبار الهجر حالة من حالات الضرر، وهذا تماشيا مع المذهب المالكي وخاصة أن القاضي سيستعمل سلطته التقديرية للحكم

¹ الاجتهاد القضائي لـ غ أش ، ملف رقم 213571 ، قرار بتاريخ 16/02/1999 ، عدد خاص 2001 ، ص 116.

² طيباوي صابرينة، مرجع سابق، ص 34.

في الموضوع¹. فالقاضي هو من يحدد ما إذا كان الهجر شرعيا أم لا وما إذا كان ذلك إضرارا عمديا من الزوج تجاه زوجته أم لا، وذلك وفقا لما له من سلطة تقديرية .

2. الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة: حسب الفقرة 5 من المادة 53 ق أ ج الأمر 02/05 فحتى يحكم القاضي للزوجة بالتطليق يجب أن يكون الغياب بدون عذر شرعي ولا نفقة لأكثر من سنة، وعلى الزوجة أن تثبت أن غياب زوجها دام أكثر من سنة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى عليه². وعليه فإن سلطة القاضي مقيدة بتوفر هذين الشرطين، ذلك أن التطليق في الغيبة يقوم على أساس الضرر الواقع وليس على الضرر المتوقع فقط، ومن هنا يشترط قصد الزوج الإضرار بزوجه لأنه غاب ولم يعلمها، فيجب معاقبته بإيقاع الطلاق عليه، فإن لم يقم به قام القاضي مقامه فيه³. لكن للقاضي إعمال سلطته في تقدير ما إذا كان المبرر الذي من أجله غاب الزوج عن زوجته لأكثر من سنة شرعيا أم لا، فلو غاب الزوج مثلا لمزاولة الدراسة فحسب تقدير القضاة فمبرر غيابه شرعي، أما لو غاب من أجل رحلة سياحية مثلا لأكثر من سنة فلا يعد مبررا شرعيا، وعليه فالقاضي يقدر مدى شرعية الغياب من عدمه وفقا لمعطيات الملف وظروف الزوج وعادات وتقاليد المجتمع⁴.

ب. التطبيق لمخالفة أحكام المادة 8: اعتبر المشرع الجزائري مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 ق أ ج والمتعلق بتعدد الزوجات من الأسباب التي تسمح للزوجة بطلب التطليق حسب الفقرة 6 من المادة 53 ق أ ج، فبمجرد مخالفة شروط المادة 8 ق أ ج يجوز للزوجة المطالبة بفك الرابطة الزوجية. وحسب المادة 8 مكرر ق أ ج منه فإنه في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق⁵. فعدم وجود

¹ قويدري خيرة، مرجع سابق، ص 91، 92.

² طيباوي صابرينة، مرجع سابق، ص 36.

³ حفيظ جميلة، مرجع سابق، ص 94.

⁴ طيباوي صابرينة، مرجع سابق، ص 37.

⁵ حفيظ جميلة، مرجع سابق، ص 46.

المبرر الشرعي أو العدل بين الزوجات أو عدم إخبار إحدى الزوجات بالزواج مرة أخرى، أو عدم الحصول على الترخيص من رئيس المحكمة كلها تعتبر أسبابا تبيح للزوجة المتضررة رفع دعوى للمطالبة بالتطليق، وعلى الزوجة إثبات عدم عدل زوجها معها. مقارنة بالزوجات الأخريات، وللقاضي سلطة تقديرية في تحديد عدل الزوجة من عدمه. ومسألة وجود المبرر الشرعي يشترط وجوده عند إبرام عقد الزواج الثاني، فقد قصد المشرع من وراء هذا الشرط واقعة الزواج العرفي، فإذا تزوج الزوج بزوجة ثانية زواجا مكتمل الأركان والشروط الشرعية دون قيامه بتسجيل الزواج وانعدام المبرر الشرعي يجيز للزوجة طلب التطليق¹.

ج. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج: قد يتفق الزوجان في مجلس عقد الزواج المكتوب على شروط تعد بمثابة التزام يقع على عاتق الطرفين، ويكون كل طرف ملزم باحترام تنفيذ بنود العقد، فللمرأة أن تشتط من الشروط بحرية شرط ألا تخالف الشريعة الإسلامية. وهذا ما جاء في اجتهادات المحكمة العليا، حيث جاء في إحدى أحكامها: "من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حراما أو تحرم حلالا، وبشرط ألا تناقض روح العقد"². وقد نصت المادة 19 من ق أعلى أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هاته الشروط مع أحكام القانون"³ وعليه إذا أخل الزوج أحد الشروط المتفق عليها فإن ذلك يجيز للزوجة طلب التطليق وما على القاضي إلا أن يراقب تواجد هذا الشرط في عقد الزواج أو في عقد لاحق وعليه أن يقدر ما إذا كان يتوافق مع أحكام

¹ طيباوي صابرينة، مرجع سابق، ص 38، 39.

² م ع ، غ ق خ ، قرار بتاريخ 1971/03/03، ن ق ، العدد 72 ، ص 39 ، أنظر حفيظ جميلة، الضرر كمعيار لفك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 49.

³ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

قانون الأسرة، فإذا كان مخالفا لها فالقاضي لا يستجيب لطلب الزوجة وذلك وفقا لنص المادة 35 ق أ ج والتي تنص على أنه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"¹. فالعقد شريعة المتعاقدين وعلى كلا الطرفين احترام بنود عقد الزواج والقاضي يراقب صحة هذه البنود كما جاء في اجتهاد المحكمة العليا المذكور أعلاه.²

ثالثا: التطبيق للإخلال بشرف الأسرة

أ. التطبيق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

حسب الفقرة 4 من المادة 53 ق أ ج الأمر 02/05 فإنه يشترط لفك الرابطة الزوجية لهذا السبب توافر شرطين: أن يحكم على الزوج بعقوبة بحكم قضائي نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، ويكون سببه جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها العشرة والحياة الزوجية، والمقصود بالجرائم الماسة بشرف الأسرة تلك الجرائم الماسة بالآداب العامة، والتي يستهجنها المجتمع الجزائري كجريمة الزنا، أو هتك العرض أو النصب، أو جرائم الخيانة... إلخ، ومؤدى ذلك أن تؤدي هاته الجرائم إلى استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية بسببها والتي تؤدي إلى توتر العلاقة بين الزوجين وحصول اختلاف بينهما³. وعلى أساس الحكم على الزوج بهاته الجرائم فيحكم للزوجة بالتطليق لتضررها من ذلك، وبدون هذا الحكم لا يمكنها طلب التطليق فليس هناك ما يثبت تضررها من فعل زوجها، فتقيد سلطة القاضي هنا للحكم لها بالتطليق مع انعدام هذا الحكم، وعلى العموم بتوافر الشرطين، لكن يمكن للقاضي إعمال سلطته في تقدير ما إذا كانت الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة

¹ طيباوي صابرينة، مرجع سابق، ص 41.

² حفيظ جميلة، مرجع سابق، ص 49.

³ طيباوي صابرينة، مرجع سابق، ص 35، 36.

ويمكن معها مواصلة العشرة أم لا، وذلك بالاعتماد على عادات وتقاليد المجتمع لتحديد مدى تأثيرها على الحياة الزوجية.

ب. ارتكاب فاحشة مبنية:

إذا تبين للزوجة أن زوجها ارتكب فاحشة مبنية وصارت حياتها الزوجية لا تطاق جاز لها رفع دعوى تطليق من زوجها، وعليها أن تقدم الأدلة والحجج، لإثبات فعل الفاحشة وإقناع القاضي بذلك لتلبية طلبها بالتطليق، طبقا للفقرة 7 من المادة 53 ق أ ج وعلى ذلك فيكون على القاضي في هذا أن لا يجيبها على طلبها إلا بعد التأكد من أن الفعل المرتكب فاحش انطلاقا من سلطته التقديرية، لكن ما هو المعيار الذي يعتمد عليه القاضي ليقرر قياسا عليه ما إذا كان الفعل المرتكب من طرف الزوج فاحش أو غير فاحش؟ يمكن للقاضي اعتماد العناصر التالية لتحديد ذلك: مقتضيات العقل السليم، وكذا نظرة الدين إلى الفعل ومع ذلك تبقى للقاضي السلطة في الحكم بالتطليق¹.

رابعا: التطليق للشقاق المستمر والضرر المعتبر شرعا

أ. التطليق للشقاق: يشترط القانون على الزوجة حين تقديم طلب التطليق إثبات الضرر الواقع عليها، ويكون ذلك بكافة الطرق القانونية الممكنة حتى يتسنى لقاضي الحكم لها بالتطليق نتيجة الشقاق المستمر²، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "إن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا. إنه لما ثبت أن المطعون ضدها تضررت جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة ما نتج في إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما فإن قضاة الموضوع عندما قضوا بتطليق الزوجة لهذا السبب طبقوا صحيح القانون"³، وجاء في قرار آخر صادر في 1999/06/15: "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام

¹ حفيظ جميلة، مرجع سابق، ص 52، 53.

² نفس المرجع، ص 53.

³ م ع، غ أ ش، ملف رقم 139353، قرار بتاريخ 1996/09/24، م ق، 1997، عدد 2، ص 96.

لطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا. ومتى تبين في قضية الحال، أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها للتعويض وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة لطول الخصام و بتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون¹. وعليه نجد أن السلطة التقديرية للقاضي مطلقة للحكم بالتطليق، متى اقتنع القاضي بضرر الزوجة، من جراء الشقاق المستمر بين الزوجين.

ب. **التطليق لكل ضرر معتبر شرعا:** من خلال نص المادة 53 ق أ ج فقرة 10 اعتبر أن كل ضرر معتبر شرعا يجيز للزوجة تبعا له طلب التطليق من زوجها، ولقد جاءت عبارة كل ضرر معتبر شرعا عبارة عامة بحيث لم يتقيد المشرع بضرر معين وأن سلطة القاضي في تقدير الضرر سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة وليست مقيدة ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا². ويمكن تعريف الضرر في هذا المجال على أنه: "إيذاء الزوج زوجته، بدون وجه شرعي بالفعل أو القول أو خرق جسيم للزوجة بما لا يستطاع معه دوام العشرة وقد يكون ضرر مادي أو معنوي³. وعليه فالضرر يختلف من حالة لأخرى ويتغير حسب الظروف. كما أن تقدير القاضي للضرر يندرج ضمن معاينة الوقائع حيث تمثل إحدى المراحل التي يؤسس عليها القاضي حكمه، فضلا عن مرحلة تكييف الوقائع، وفي هذا الصدد نصت المادة 451 ق إ م إ: "يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة"⁴، فقبل

¹ الاجتهاد القضائي لـ غ أش ، ملف رقم 224655، قرار بتاريخ 15/06/1999، عدد خاص، 2001، ص 56.

² طيباوي صابرينة، مرجع سابق، ص 42.

³ قويدري خيرة، مرجع سابق، ص 172.

⁴ قانون 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الفصل في التطلاق بإمكان القاضي أن يستند إلى عدة عناصر تساعد على إبراز الأضرار إعمالاً لسلطته التقديرية الممنوحة له قانوناً¹.

وهذا ما تأكده المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1999/05/18 وجاء فيه "من المقرر أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي"²، وقد ظهرت أمثلة عديدة في الضرر المعتبر شرعاً من خلال قرارات المحكمة العليا واجتهاداتها، فقد اعتبرت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1991/02/20 "أن بقاء الزوجة مدة طويلة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوجة ولا هي مطلقة يعتبر ضرراً شرعياً يجيز للزوجة المطالبة بالتطلاق"³، كما أن تماطل الزوج في إرجاع زوجته لبيت الزوجية ووقف موقفه سلبياً يعتبر ضرراً شرعياً يجيز للزوجة طلب التطلاق وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1988/09/26⁴. كما أن ضرب الزوج لزوجته ضرباً مبرحاً يعتبر كذلك سبباً من أسباب التطلاق وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في اجتهادها القضائي الصادر بتاريخ 2000/06/20⁵. ورغم أن السلطة التقديرية للقاضي واسعة في هذا المجال إلا أنها مضبوطة بقواعد شرعية ولا بد من وجود الضرر الذي هو معيار فك الرابطة الزوجية بالنسبة للمرأة. كما جاء في قرار للمحكمة العليا في 1985/02/25: "من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق على زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية ولا تعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سبباً لتطليقها منه والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ الشرعي يستوجب النقض"⁶.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض

¹ قويدري خيرة، مرجع سابق، ص 186، 187.

² الاجتهاد القضائي لـ غ أش، ملف رقم 222134، قرار بتاريخ 1999/05/18، عدد خاص، 2001، ص 21.

³ م ع، غ أش، ملف رقم 75588، قرار بتاريخ 1991/09/20، م ق، سنة 1993، عدد 4، ص 78.

⁴ م ع، غ أش، ملف رقم 50519، قرار بتاريخ 1988/08/26، م ق، سنة 1992، عدد 2، ص 48.

⁵ الاجتهاد القضائي لـ غ أش، ملف رقم 245159، قرار بتاريخ 2000/06/20، عدد خاص، 2001، ص 259.

⁶ م ع، غ أش، قرار بتاريخ 1985/02/25، م ق، 1989، عدد 1، ص 80.

بالرجوع للقاعدة العامة فإن التعويض يكون لجبر الضرر الحاصل للطرف المتضرر وانطلاقاً من المادة 124 مكرر ق م فإن كل من أحدث ضرراً للغير بخطئه يلزم بالتعويض، وبالنسبة لتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها جراء التطلاق ، فهناك من يرى أن للقاضي أن يحكم بالتطلاق متى توافرت حالات المادة 53 من ق أ ج و يرون بأن الحكم بالتطلاق كافي لجبر الضرر اللاحق بالزوجة دون الحق في التعويض، حيث يظهر في بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا رفض المحكمة لطبها في التعويض¹، ومن ذلك قرارها الصادر في 1989/03/27 الذي جاء فيه: " كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها ليس لها الحق في المطالبة بالتعويض فعلى فرض أن زوجها أضر بها و طلب تطليقها من أجل هذا لإضرار وطلقت فهذا الإضرار هو الذي أتاح فرصة طلب التطلاق ولا تأخذ شيئاً غيره كي لا تستفيد مرتين، ولقد حددت المادة 52 ق أ أن التعويض على الزوج الذي طلق زوجته وتعسف في طلاقها وينتج ذلك ضرر بمطلقاته وليس الحال هنا كذلك كالزوجة وهي التي طالبت بالتطلاق"²، ذلك أن فرض التعويض في الطلاق التعسفي ينشأ عنه ضرر يفوق في كثير من الأحيان التعويض الذي تحصل عليه الزوجة ، وهو نفس الأمر حول التعويض عن التطلاق. كما أنه لا يمكن أن يحكم القاضي دائماً للزوجة بالتعويض لمجرد طلبها لذلك، فأحياناً تطالب الزوجة بالتعويض عن ضرر لا دخل لإرادة الزوج فيه ومع ذلك يحكم القاضي لها به، ما يستشف من قرار المحكمة العليا الصادر في 2011/01/13 والذي جاء فيه: "لا يتحمل الزوج المصاب بمرض العقم مسؤولية تعويض الزوجة الطالبة للتطلاق عن الضرر الحاصل لها بفعل عدم قدرته عن الإنجاب، ذلك أن هذا العيب لا دخل لإرادة فيه. وأن قضاة الموضوع الذين قضوا بتعويض الزوجة تعويضاً عن التطلاق استناداً فقط على الضرر الناجم عن العقم يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون"³، غير أن هناك قرارات

¹ حفيظ جميلة ، مرجع سابق ، ص 58 .

² م ع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1989/03/27، منقول عن حفيظ جميلة ، المرجع السابق ، ص 59 .

³ م ع ، غ أ ش ، ملف رقم: 596191 ، قرار بتاريخ 2011/01/13 ، م ق ، عدد 2 ، 2011 ، ص 270 .

أخرى تؤيد طلب الزوجة في التعويض، ويمكن تعويضها في حال تضررها فعلا¹، ومن ذلك أيضا ما جاء في قرار آخر لها : "من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب اللّي قلل ضرر معتبر شرعا"².

وعلى فإن مسألة التعويض عن الضرر تبقى خاضعة للسلة التقديرية للقاضي تختلف باختلاف الضرر الناجم و اللاحق بالزوجة، وهو بدوره يختلف من نزاع لآخر.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير النشوز

نص المشرع الجزائري في المادة 55 من ق أ ج أنه: "عند نشوز أحد الزوجين بحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"³، وعليه فإن النشوز قد يكون من الزوجة كما قد يكون من الزوج لكن المشرع الجزائري لم يحدد حالات النشوز ولا تعريفه وترك أمره للقاضي⁴.

الفرع الأول: تعريف النشوز

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فإن النشوز يعني الترفع ومنع أداء الحقوق كراهة وقد يكون من الزوج أو من الزوجة، أما الزوجة الناشزة فهي تلك التي خرجت في طاعة زوجها بدون حق شرعي، وخرجت من بيت الزوج دون إذنه وبدون سبب شرعي والناشزة لغة هي العاصية على الزوج المبغضة له وفي الشرع الخارجة من بيت الزوج بغير حق. أما عن نشوز الزوج فيتمثل في امتناعه عن النفقة عن زوجته وهجرها والنفور منها، أو إهمالها ماديا ومعنويا سواء بقي داخل البيت أم خارجه⁵.

الفرع الثاني: تقدير القاضي لحالات النشوز

¹ الاجتهاد القضائي لـ غ أش ، ملف رقم : 391655 ، قرار بتاريخ 20/06/2000، عدد خاص ، 2001 ، ص 259 .
² م ع ، غ أش ، ملف رقم 181648 ، قرار بتاريخ 23/12/1997 ، م ق ، عدد1، 1997 ، ص 49 .
³ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .
⁴ طيباوي صابرينة، مرجع سابق، ص 46.
⁵ نفس المرجع ، ص 47.

أولاً: بالنسبة لنشوز الزوجة

تكون الزوجة ناشزا بمجرد خروجها من طاعة زوجها سواء داخل البيت أم خارجه هذا من الناحية الفقهية، أما الناحية القانونية فإن المحاكم عادة لا تعتبر الزوجة أو حتى الزوج في حالة نشوز إلا إذا كان أحد الزوجين خارج البيت ويطلب منها أو منه الرجوع إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الزوجية خصوصا في جانبها المعنوي أي العودة إلى المعاشرة الزوجية، فإذا امتنعت الزوجة يؤدي ذلك إلى صدور حكم بالنشوز أولا انطلاقا من هذه اللحظة يثبت النشوز ويقضي القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر منه. ولعل السبب الذي جعل القضاة لا يعتبرون النشوز الزوجة إلا ما كان خارج البيت هو لمقتضيات الإثبات¹. فلو امتنعت مثلا الزوجة من الانتقال إلى منزل الزوج بدون وجه حق ودون سبب شرعي، وقد دعاها للانتقال لمسكنه أو خرجت بدون مبرر شرعي بعد انتقالها إليه ولم تعد، ففي هذه الحالة فحتى يثبت حالة نشوز الزوجة فيجب على الزوج استصدار حكم برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية ويثبت امتناعها عن تنفيذ الحكم². وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار الصادر في 1984/07/09 جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعا، أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلى بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية وبعد امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعته زوجها³.

وعليه لا يمكن اعتبار كل زوجة امتنعت عن الرجوع لبيت زوجها تعتبر ناشزا. كما أن امتناع الزوجة عن الرجوع لبيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا وهذا ما ورد في القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1998/05/19 الذي جاء فيه: "...ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده قد سبق أن رفع دعوى طلاق على الطاعنة على اعتبار أنها مريضة عقليا ثم تراجع عن ذلك وطالب برجوعها من جديد ليتجنب مسؤولية الطلاق

¹ بن الشويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 215.

² طيباوي صابرينة، مرجع سابق، ص 47.

³ م ع، غ أش، ملف رقم 3373762، قرار بتاريخ 1984/07/09، م ق، سنة 1989، عدد 4، ص 119.

فإن امتناع الطاعة عن الرجوع بعد إهانتها لا يعتبر نشوزا...¹ وهناك عدة أمثلة عن حالة نشوز الزوجة إلا أنني اقتصر على الأمثلة السابق ذكرها فقط.

ثانيا: بالنسبة لنشوز الزوج:

ويتحقق ذلك من منع الزوجة من حقوقها كترك الإنفاق عليها أو المبيت عندها أو هجرها بالمرة أو إيذائها بالضرب والسب وما إلى ذلك ضروب الإهانة والتعسف، فيصدق على الزوج ومن الناشز إذا منع زوجته من حقوقها وبسبب خلقه معها². إلا أنه لإثبات نشوز الزوج يجب على الزوجة القيام بإجراءات معينة تتمثل فيما يلي:

1. دعوى الرجوع لبیت الزوجية: حيث ترفعها الزوجة ضد زوجها، تدعوه لإرجاعها مقر الزوجية وفقا للمادة 8 ق إ م إ.

2. تبليغ الحكم: بعد صدوره ويكون حائز لقوة الشيء المقضي فيه، وناظدا وفقا للمادة 42 ق إ م إ، وتبليغه عن طريق المحضر القضائي.

3. التنفيذ: فإذا لم يسحب الزوج وامتنع عن إرجاع زوجته، جاز لزوجته إثبات ذلك عن طريق محضر عدم التنفيذ.

والغاية من إثبات النشوز يكمن فيه بأنه يعتبر قرينة قاطعة على عدم امتثال الزوج للحكم القضائي الصادر ضده³. ومن بين الأمثلة عن نشوز الزوج، هجره لأسرته ولواجباته الزوجية لمدة تتجاوز شهرين، أو عدم إنفاقه على الأسرة، وكذلك امتناعه عن توفير مطالب الزوجة المحكوم بها قضاءً يعد نشوزا منه وهذا ما ذهب إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/04/21 حين جاء فيه: "من المقرر قانونا عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها طبقا صحيح القانون⁴.

¹ الاجتهاد القضائي لـ غ أش ، ملف رقم 589324 ، قرار بتاريخ 1998/05/19 ، عدد خاص ، 2001 ، ص 147.

² طيباوي صابرينة، مرجع سابق، ص 52.

³ حفيظ جميلة، مرجع سابق، ص 42.

⁴ الاجتهاد القضائي لـ غ أش ، ملف رقم 189226 ، قرار بتاريخ 1998/04/21 ، عدد خاص ، 2001 ، ص 144.

وعليه فمهما يكن فإن النشوز يعتبر من الوقائع الموضوعية التي يتمتع قاضي الموضوع بتقييمها، وله سلطة مطلقة في تقدير عناصر ومكونات النشوز على أن يعتمد فقط على أمور مستساغة اجتماعيا ومقبولة أخلاقيا، وعليه فإذا فحص القاضي المعروض عليه طلب الطلاق بسبب النشوز بكل العناصر المقدمة إليه من المدعي وثبت له اقتناع سليم بنشوز المدعى عليه، فإن له أن يحكم بالطلاق بين الزوجين وإذا ثبت أن المحكوم له متضررا من هذا الطلاق، فإن القاضي يضمن حكمه بالطلاق الحكم على المدعى عليه أيضا بالتعويض عما أصابه المدعي من أضرار مادية ومعنوية¹.

وعليه يمكن القول أن سلطة القاضي التقديرية في كل من الإجراءات الأولية الطلاق وصوره المختلفة تتراوح بين التقييد و الإطلاق.

¹ سعد عبد العزيز، ق أ ج في ثوبه الجديد ، مرجع سابق، ص 126، 127.

خاتمه

خاتمة:

ما يمكن أن أخلص إليه مما سبق ومن أهم النقاط المعالجة، أن سلة القاضي التقديرية في الطلاق أخذت نصيبا فيها لكنها تتراوح بين الإطلاق والتقييد فعلى الرغم من أن المشرع الجزائري سمح للقاضي الحكم فيها حسب ما له من سلطان في تقدير الحلول الموضوعية إلا أنه قيدها في بعض الحالات أين يتوقف أمام صراحة النص ومعانيه الظاهرة ما لا يحتاج إلى اجتهاد فيه، وهو ما ظهر في مختلف قرارات المحكمة العليا واجتهاداتها ما سبق وعالجته في متن الموضوع أعلاه، فمن خلال الإجراءات الأولية في الطلاق تبين أن دور القاضي يظهر بشكل ملحوظ خاصة بعد تأكيد تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 على إجبارية إجراء الصلح في المادة 49 منه، بحيث يسعى من خلاله القاضي لإصلاح ذات البين بين الزوجين للحيلولة دون فك الرابطة الزوجية، مع أن الملاحظ أن أغلب القضاة يكتفون بجلسة صلح واحدة يستشفون من خلالها رغبة الزوجين في استمرارية الزوجية من عدمها رغم أهمية ذلك، وما يظهر جليا غياب اللجوء إلى إجراء التحكيم في القرارات الصادرة عن المحكمة العليا رغم أهميته ومساهمته للحيلولة دون الانفصال غير أن سلطته تظهر بصورة أوسع في تقدير مدى تعسف الزوج في طلاق زوجته التي تتضرر من جراء ذلك بحيث يسعى تبعا لذلك لتعويضها جبرا للضرر اللاحق بها، وما يظهر على مستوى المحاكم القضائية في مجتمعنا أن أغلب الدعاوى المرفوعة من طرف الزوج لطلاق زوجته، يعد فيها الزوج متعسفا في طلاقه ويلزم تبعا لذلك بتعويض زوجته بحسب تقدير القاضي لنسبة التعسف، على الرغم من أن مبلغ التعويض لا يكاد يختلف من حالة لأخرى. وفي حالات النشوز فإن الحكم تبعا لها بالطلاق يتوقف على وجود حكم بالرجوع والامتناع عن ذلك إضافة إلى مدى اعتبار القاضي الامتناع نشوزا أم لا وبالتالي التعويض للطرف المتضرر. أما عن حالات التطليق فقد كانت سلطته تتراوح بين التقييد والإطلاق وهو ما تمت ملاحظته في مختلف القرارات القضائية، غير أن الواضح من حالات التطليق المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري الأمر 02/05 أن الضرر المعتبر شرعا، كانت إن

صح القول الفقرة المحبذة لدى القضاة لما لهم من حرية إثبات الضرر، وهو الأمر الذي أفلح فيه المشرع الجزائري حينما لم يقيد الضرر بصورة معينة وترك الأمر لتقدير القضاة، بالرغم من أن كل الحالات المنصوص عليها في المادة تعتبر ضرر لاحق بالزوجة لكن المشرع جعل لكل حالة وسائل إثبات معينة، على اعتبار أن الضرر المعتبر شرعا يعد معيارا لفك الرابطة الزوجية واعتبرت هذه الفقرة الملاذ والملجأ لقضاة المحاكم لنشر أي شيء في خانة الضرر. ولا ننسى في ذلك كله أن سلطته تظهر بصورة أوسع في التعويض عن الضرر المترتب عن فك الرابطة الزوجية، خاصة للطرف المتضرر من ذلك، على الرغم من أن الضرر يتجاوز الزوجين ليصل للأولاد الطرف الأكثر تضررا منهما، بحيث يكونون عرضة لخطر التشرد في غياب الإنفاق عليهم والنزاع حول من يتولى حضانتهم بعد انفصال الوالدين، وهو القضية الثانية التي يعمل القاضي على الاجتهاد فيها وذلك في تقدير النفقة و مرجعية حضانة الأولاد التي تطرح إشكاليات أخرى يعمل القضاة على الاجتهاد فيها، والذي سيكون إن شاء الله موضوع دراسات لاحقة.

وعليه فإن سلطة القاضي التقديرية صعبة إلى حد ما، خاصة ما يطرح أمامه من نزاعات عدة حول الانفصال، لأسباب عديدة وإن صح القول لأسباب بسيطة وحتى تافهة تدفع الزوجين لفك الرابطة الزوجية وبالتالي هدم الأسرة، وذلك ليس إلا تقليلا لقدسية الزواج وعدم تشديد الجهات القضائية في مسألة الطلاق رغم خطورة هذا التصرف على استقرار المجتمع بصفة عامة، إذ لا يجب الحكم به لمجرد رغبة الزوجين في الانفصال إلا إذا كان لأسباب قاهرة وشرعية خارجة عن إرادة الزوجين وإرادته.

توصيات واقتراحات:

خاتمة

تبدو مهمة القاضي في إعمال سلطته التقديرية في ذلك صعبة ويمكن أن تسهل مهمته في ذلك إذا استعان بما يلي:

✓ أن يحكم ضميره المهني أي لا يتعامل مع مسألة الطلاق إداريا وحسب وإنما يتعايش معها لأهميتها وخطورتها، نظرا لأن القضاة يعوزهم التكوين الفقهي الكامل الشامل في كل مذاهبه الشرعية الإسلامية.

✓ أن يستعين بوكيل الجمهورية الذي أصبح طرفا أصليا في منازعات الأسرة وهو ما نصت على ذلك المادة 3 مكرر الأمر 02/05.

✓ أن يستثمر جلسات الصلح و إجراءاتها لعدة مرات لصالح الحفاظ على الأسرة حسب ما أكد عليه التعديل الأمر 02/05.

✓ يمكن له أيضا اللجوء لإجراء التحكيم والعمل على الاستعانة بتقرير الحكيم لما لهذا الإجراء من أهمية.

✓ كما أنني أقترح أن يعمل القضاة على التأكد من إرادة الطرفين في الارتباط وتكوين أسرة، لأنه إذا كانت بداية عقد الزواج صحيحة بما يوافق الشرع والقانون، فإن ذلك يحول دون فكها بسهولة إلا إذا كان ذلك لأسباب قاهرة لا يمكن الوقوف عندها و تفاديها .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم

الكتب:

1. أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، الجزء الأول والثاني، الطبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
2. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر 2009.
3. العربي بلحاج، الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائري، الجزء 1 (الزواج و الطلاق) الطبعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
4. العربي بلحاج، قانون الأسرة الجزائري (وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا بقرارات المحكمة العليا)، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012 .
5. الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، الجزء 1، الطبعة 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
6. بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
7. بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة حسب آخر تعديل، الطبعة 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
8. نيايبي باديس، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012.
9. نيايبي باديس، صور فك الرابطة الزوجية، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر 2007.
10. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
11. سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 3 دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

12. سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة 2، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
13. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 1، دار طليطة للنشر، الجزائر، 2010.
14. عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، ENCYCLOPÉDIE EDITIONS، الجزائر، 2009.
15. محمد سيفي وإبراهيم دحماني، السلطة التقديرية للقاضي في أحام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، الطبعة 1، دار القلم للنشر، الرباط، 2011.
16. محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين (دراسة فقهية وقانونية)، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1997.
17. نبيل صقر، قانون الأسرة نسا فقها وتطبيقا، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر 2006.
18. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 5، الطبعة 2، دار الفكر للنشر والتوزيع، دمشق، 1985.
19. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 7، الطبعة 2، دار الفكر للنشر والتوزيع، دمشق، 1985.
- الرسائل والمذكرات:**
1. بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد 09/08، مذكرة نهاية التكوين لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء دفعة 18، الجزائر، 2010.
2. حفيظ جميلة، الضرر كمعيار لفك الرابطة الزوجية، مذكرة نهاية التكوين لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 17، الجزائر، 2009.

3. طيباوي صابرينة، السلطة التقديرية للقاضي في بعض قضايا أحكام قانون الأسرة حسب آخر تعديل، مذكرة ضمن متطلبات الحصول على شهادة الليسانس، كلية الحقوق جامعة الجلفة، 2009.
4. عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007.
5. قويدري خيرة، حالت التطلاق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.
6. محسني محمد، الصلح في القانون الجزائري، مذكرة نهاية التكوين لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة13، الجزائر.
7. ناي هشام، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، دفعة17، الجزائر، 2009.

المقالات والمجلات:

1. ذياب عبد الكريم عقل و محمد علي العمري، دراسات علوم الشريعة والقانون(السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية)، المجلد 55، العدد2، 2008.

القوانين والأوامر:

1. الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في 08 جوان 1966، المعدل والمتمم بقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.
2. القانون المدني المعدل بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.
3. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1989 والمتعلق بقانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

4. قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25 فيفري 2008.

المجلات القضائية:

- **المجلة القضائية لسنة 1989**
 - العدد الأول
 - العدد الرابع
- **المجلة القضائية لسنة 1991**
 - العدد الأول
 - العدد الثالث
- **المجلة القضائية لسنة 1992**
 - العدد للثاني
- **المجلة القضائية لسنة 1993**
 - العدد الثاني
 - العدد الرابع
- **المجلة القضائية لسنة 1997**
 - العدد الثاني
- **المجلة القضائية لسنة 2006**
 - العدد الثاني
- **المجلة القضائية لسنة 2007**
 - العدد الأول
- **الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص لسنة 2001**

الفهرس

إهداء

شكر وتقدير

أ.....مقدمة

الفصل الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي وفك الرابطة الزوجية بالطلاق

06.....تمهيد الفصل

07.....المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي

07.....المطلب الأول: تعريف السلطة التقديرية للقاضي

07.....الفرع الأول: تعريف السلطة و التقدير في اللغة

07.....أولاً: تعريف السلطة في اللغة

08.....ثانياً:تعريف التقدير في اللغة

08.....الفرع الثاني: تعريف السلطة و التقدير في اصطلاحاً

08.....أولاً: تعريف السلطة اصطلاحاً

09.....ثانياً:تعريف التقدير اصطلاحاً

09.....الفرع الثالث: تعريف السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي

10.....الفرع الرابع: تعريف السلطة التقديرية في القانون الوضعي

11.....المطلب الثاني: موقف الفقه القانوني من حقيقة وجود السلطة التقديرية للقاضي

11.....الفرع الأول: الاتجاه الأول

12.....الفرع الثاني: الاتجاه الثاني

13.....الفرع الثالث: الاتجاه الثالث

13.....المطلب الثالث: مجالات السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة

15.....المبحث الثاني: مفهوم الطلاق

15.....المطلب الأول: تحديد معنى الطلاق

15.....	الفرع الأول: تعريف الطلاق
15	أولاً: تعريف الطلاق لغة.....
16.....	ثانياً:تعريف الطلاق في الاصطلاح الشرعي.....
17.....	ثالثاً:تعريف الطلاق قانوناً.....
18.....	الفرع الثاني: دليل مشروعيته.....
18.....	أولاً:الكتاب.....
18.....	ثانياً: السنة.....
19	ثالثاً: الإجماع.....
19.....	رابعاً: المعقول.....
19.....	الفرع الثالث: الحكمة من تشريعه.....
صور	المطلب الثاني:
21.....	الطلاق.....
21.....	الفرع الأول: صور الطلاق شرعاً.....
21.....	أولاً:من حيث الموافقة على من عدما.....
22.....	ثانياً: من حيث الرجعة على من عدما.....
23.....	الفرع الثاني: صور الطلاق قانوناً.....
24.....	أولاً:الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.....
25.....	ثانياً:الطلاق بإرادة الزوجين.....
25.....	ثالثاً:الطلاق بطلب من الزوجة.....
34.....	المطلب الثالث:مرجعية الحق في الطلاق وغاية إسناده للقضاء.....
34.....	الفرع الأول: مرجعية الحق في الطلاق.....
36.....	الفرع الثاني: غاية إسناده للقضاء.....
36.....	أولاً: الرأي المعارض.....

36.....	ثانيا: الرأي المؤيد.....
	الفصل الثاني: مجال أعمال القاضي لسلطته التقديرية في الطلاق
39.....	تمهيد الفصل.....
40.....	المبحث الأول: دور القاضي في الإجراءات الأولية للطلاق.....
40.....	المطلب الأول: دور القاضي في إجراء الصلح.....
41.....	الفرع الأول: مفهوم إجراء الصلح.....
41.....	أولا: تعريف الصلح في اللغة.....
41.....	ثانيا: تعريف الصلح لدى فقهاء القانون.....
41.....	ثالثا: تعريف الصلح في التشريع الجزائري.....
42.....	رابعا: تعريف الصلح كإجراء.....
42.....	الفرع الثاني: دور القاضي في إصلاح ذات البين بين الزوجين.....
46.....	المطلب الثاني: دور القاضي في إجراء التحكيم.....
47.....	الفرع الأول: تعيين الحكيم والشروط الواجب توافرها.....
49.....	الفرع الثاني: إجراءات التحكيم.....
50.....	الفرع الثالث: مهمة الحكيم.....
	المبحث الثاني: سلطة القاضي التقديرية في صور الطلاق وفق قانون الأسرة
51.....	الجزائري.....
52.....	المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير الطلاق التعسفي.....
52.....	الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي.....
52.....	أولا: تعريف الطلاق التعسفي.....
54.....	ثانيا: صور الطلاق التعسفي.....
56.....	الفرع الثاني: تقدير القاضي للطلاق التعسفي.....
56.....	أولا: تقدير القاضي لأسباب الطلاق و الضرر اللاحق بالزوجة.....

58.....	ثانيا: تقدير القاضي لمقدار التعويض عن الطلاق التعسفي.....
61.....	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطبيق.....
62.....	الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الضرر.....
62.....	أولا: حالات الإخلال بالواجبات المادية.....
64.....	ثانيا: حالات الإخلال بالواجبات المعنوية.....
67.....	ثالثا: التطبيق للإخلال بشرف الأسرة.....
68.....	رابعا: التطبيق للشقاق المستمر والضرر المعتبر شرعا.....
70.....	الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض.....
71.....	المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير النشوز.....
72.....	الفرع الأول: تعريف القاضي للنشوز.....
72.....	الفرع الثاني: تقدير القاضي لحالات النشوز.....
72.....	أولا: بالنسبة لنشوز الزوجة.....
73.....	ثانيا: بالنسبة لنشوز الزوج.....
76.....	خاتمة.....
80.....	قائمة المصادر و المراجع.....
85.....	الفهرس.....