



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

عنوان المذكرة :

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: أحوال شخصية

إشراف الأستاذة:

د. حجاج مليكة

إعداد الطلبة:

- عروي عبد الحميد
- بن صغير بشير

الموسم الجامعية : 2017-2018

إهداء

إلى روح والدي الطاهرة إلى كل غيور على الدين والوطن أهدى
هذا العمل المتواضع.

عبد الحميد

إهداء

إلى الوالدين العزيزين أطل الله في عمرهما وحفظهما وجعل جنة

الفردوس نصيبهما.

إلى كل من أفرح لرأياه .. إلى كل من أشعرنى بأثني لست وحيد ..

إلى كل من زرع الأمل في حياتي

بشير

شكر و عرفان

الحمد لله رب حمدا كثيرا طيب مباركا فيه على ما من به نعم لا نحصيها ، والصلاة والسلام على اشرف المرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ، عملا بقوله تعالى

" وإذ تأذن ربك لئن شكرتم لأزيدنكم "

أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير والاحترام إلى كل أساتذة جامعة زيان عاشور

عامة وأساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية خاصة وعلى رأسهم الدكتورة

"حجاج مليكة" على النصائح والإرشادات

التي قدمتها لنا ، ونسأل العلي القدير أن يجعل ذلك في ميزان حسناتها

يوم القيامة.

فشكرا جزيلا

مقدمة

المشعر الجزائري فتح مجالا واسعا للقاضي لحل النزاع المطروح أمامه بما له من سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال فالحلول القضائية وإن كانت تعبر عن إرادة المشعر و تهدف إلى ذلك إلا أن للطابع الشخصي وقدرات القاضي نصيب فيها، كما يمكن القول عنها أنها الحرية التي تركها القانون للقاضي سواء كانت صريحة أو ضمنية.

فهذه السلطة التقديرية تتمتع بالطابع المقيد وليست بالسلطة المطلقة، لأنه لا يجب على القاضي أن يتخذ أي قرار على هواه، فيجب على القاضي أن يخضع للقانون و يصدر أحكامه وفقا للمبادئ الشرعية و المساواة ولا يصدرها على هواه بل لا يخرج على غاية القانون و ذلك حسب ما نصت عليه المادة 1/8 من القانون العضوي 04-11 الذي يتضمن القانون الأساسي للقضاة كما يلي: " ذلك انه يجب على القاضي ان يصدر احكامه طبقا للمبادئ الشرعية والمساواة ولا يخضع في ذلك إلا للقانون".

المشعر أعطى للقاضي في سبيل الفصل في الدعوى المعروضة أمامه سلطة اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع، وهذه السلطة تأخذ ثلاث مستويات هي فالمستوى الأول يكون في حالة كون الحل القانوني قاعدة قانونية واضحة في هذه الأخيرة تمنح للقاضي حل قانوني واضح وبالتالي لا تفتح مجال أمامه لأي تقدير أو تفسير، فإذا خالف القاضي ذلك الحل الذي نصت عليه تلك القاعدة القانونية أو أنه فسره على خلاف مقتضياته، فإن حكمه يعتبر مخالفا للقانون و بالتالي يستوجب النقض به أمام المحكمة العليا.

أما عن المستوى الثاني يكون في حالة وجود الحل القانوني يستند إلى قاعدة قانونية غامضة ففي هذه الحالة يكون بيد القاضي السلطة التقدير و تفسير ذلك بسبب أنه قد لا يصل إلى الحل الذي تقضي به القاعدة القانونية بسهولة و ذلك لغموضها و عدم وضوحها أو قد تتناقض مع قاعدة قانونية أخرى، مما يستوجب على القاضي تفسيرها للوصول إلى الحل القانوني السليم.

أما فيما يخص المستوى الثالث تكون هذه الحالة في الحلول القانونية المتروكة لسلطة القاضي أي أن المشعر فوض للقاضي سلطة اختيار القاعدة القانونية الملائمة للوصول إلى الحلول التي تتماشى مع مقتضيات الظروف، إذن القاضي يعمل على التوفيق بين الواقع و هذه القواعد القانونية و يحدد بذلك وفق لتقديره مضمون هذه الأخيرة و ليس وضع قاعدة قانونية جديدة .

إن حل المشاكل الأسرية يختلف عن حل باقي المشاكل الأخرى لأنها مرتبطة بأمور ذات صلة بالمسائل النفسية والاجتماعية والدينية، كما تجدر الإشارة أن قانون الأسرة الجزائري جاءت معظم نصوصه مرنة تسمح للقاضي بإيجاد الحل المناسب باختلاف الظروف.

وقد اقتصرنا في دراستنا على معالجة دور القاضي في مسائل الزواج وانحلاله دون غيرها من المسائل نظرا لأهمية هذا الموضوع، إضافة إلى أن معالجة السلطة التقديرية للقاضي في كل ما ورد في قانون الأسرة يحتاج إلى مجلدات، وحتى مسائل الزواج وانحلاله فقد تطرقنا إلى النقاط التي تبين لنا أن لسلطة القاضي التقديرية أثر بالغ فيها وقد حاولنا أن نبين السبل التي يعتمد عليها القضاة في معالجة هذه النقاط وكيفية إعمالهم لسلطتهم التقديرية باعتمادنا على ما ذهب إليه المحكمة العليا في قراراتها وكذا ما ذهب إليه فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية.

إلا أننا نركز في دراستنا على السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الزواج و انحلاله،

و لمعالجته نطرح الإشكال التالي:

- كيف يمارس قاضي شؤون الأسرة سلطته التقديرية لحل النزاعات المطروحة أمامه في مسائل الزواج وانحلاله؟، و ما هي السبل التي يعتمد عليها في ذلك؟.

لمعالجة هذا الموضوع، فقد تتبعنا المنهج الوصفي التحليلي للمواد التي يتدخل القاضي فيها في مجال الزواج و انحلاله، و التي من خلاله سوف تتم الإجابة عن الإشكالية المطروحة، و ذلك خلال الفصلين:

- الفصل الأول خصصناه لسلطة القاضي عند نشوء الرابطة الزوجية و انحلالها.

-الفصل الثاني خصصناه للسلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة على نشوء الرابطة الزوجية وإنحلالها.

الفصل الأول: السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية وانحلالها.

المبحث الأول : السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية.

المطلب الأول : مجال تدخل القاضي في الخطبة.

المطلب الثاني: تحديد سن الزواج و سلطة القاضي في الإعفاء منه.

المطلب الثالث: تعدد الزوجات وسلطة القاضي في الترخيص به .

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عند انحلال الرابطة الزوجية .

المطلب الأول: دور القاضي في الصلح والتحكيم .

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق.

المطلب الثالث: تقدير القاضي للطلاق التعسفي والنشوز.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة على نشوء الرابطة

الزوجية وانحلالها.

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المالية للزواج وانحلاله.

المطلب الأول: الآثار المالية الناتجة عن الزواج وتقدير القاضي لها.

المطلب الثاني: الآثار المالية الناتجة عن انحلال الزواج وتقدير القاضي لها.

المطلب الثالث: مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في النسب والحضانة.

المطلب الأول: تقدير القاضي لثبوت النسب ونفيه.

المطلب الثاني: مجال تدخل القاضي في الحضانة.

الخاتمة

الفصل الأول

السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء

الرابطة الزوجية وانحلالها

الفصل الاول السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة على نشوء الرابطة الزوجية وانحلالها

المشروع الجزائري في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل بموجب الأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 27-04-2005، حدد أحكام الزواج التي تتمثل أساسا في مقدماته وهي :

الخطبة و العدول عنها، و تحديد سن الزواج، و تعدد الزوجات، كما حدد المشرع الطرق و الإجراءات التي يتم فيه حلّ الرابطة الزوجية، سواء تم هذا الأخير بالإرادة المنفردة لكلّ من الزوج أو الزوجة أو بالإرادة المشتركة لهما.

خلال كل ما سلف ذكره، نجد أن قواعد قانون الأسرة قواعد مرنة، لذلك كان وضع المشرع حريص من أجل التقيد بكل هذه الأحكام والإجراءات، و هو قاضي شؤون الأسرة الذي يحكم وفقاً لسلطته التقديرية، و قناعاته الشخصية و ذلك حسب ظروف كل قضية مطروحة أمامه. لعل ما يهمنا في هذا الفصل هو سلطة القاضي في إنعقاد الرابطة الزوجية و انحلالها، و عليه سنقسمه إلى المبحثين الآتيين:

* **المبحث الأول :** السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية.

* **المبحث الثاني:** السلطة التقديرية للقاضي عند انحلال الرابطة الزوجية .

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية.

يعرف عقد الزواج على أنه (عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما مدى الحياة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات)¹.
و حكم الزواج هو الجوب، لأنه وردت مجموعة من الآيات القرآنية تحت على الزواج، منها قول الله عزّ وجلّ "وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم"²، وقوله تعالى "فانكحوا ما طاب منكم من نساء مثنى و ثلاث ورباع"³، وهو من أهم العقود في حياة الإنسان نظمه المشرع الجزائري في قانون الأسرة و حدد أحكامه فأفرد الفصل الأول للخطبة والزواج من الباب الأول منه- الزواج- من الكتاب الأول- الزواج وانحلاله- من المادة الرابعة إلى المادة الحادية والعشرين منه، وقد جاءت معظم قواعد قانون الأسرة مرنة تاركة مجالاً لتدخل القاضي من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية حسب كل قضية معروضة عليه، و هذا ما سنحاول توضيحه في بعض النقاط الأساسية في إبراز هذه السلطة وتبيان دورها وهي كالاتي:

أولاً: مقدمات عقد الزواج - الخطبة -.

ثانياً: الإعفاء من سن الزواج.

ثالثاً: الترخيص بتعدد الزوجات.

المطلب الأول: مجال تدخل القاضي في الخطبة.

عقد الزواج هو عقد موضوعه الحياة الإنسانية و يبرم على أساس الدوام إلى نهاية الحياة، وقد عالج المشرع الجزائري موضوع الخطبة في المادتين الخامسة والسادسة من قانون الأسرة وذلك بأن يتقدم إليها أو إلى أهلها لطلب الزواج منها⁴.

وقد اعتاد الناس منذ القدم في أعرافهم على سلوك طريق الخطبة كإجراء تمهيدي يسبق عقد الزواج، والعلة في ذلك هو إتاحة الفرصة للخطيبين حتى يكونا مستعدين بشكل كامل لهذا العقد الهام مادياً ومعنوياً.

وسنحاول تبيان مجال تدخل القاضي في هذه المسألة من خلال الفرعين التاليين:

¹ - الإمام محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره- دار الفكر العربي- طبعة 1971- الطبعة الثانية - ص 44.

² - سورة النور، آية 32.

³ - سورة النساء، آية 04 .

⁴ - الأستاذ عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري- دار البحث- الطبعة الأولى- سنة 1986- ص 67.

الفرع الأول: تعويض الضرر المترتب على العدول عن الخطبة.

لما كان العدول عن الخطبة حق لكل طرف فإنه إذا وقع انقضت الخطبة ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء الحكم بإلزام الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة وإبرام عقد الزواج دون إرادته وإنما يجوز للطرف المتضرر أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحق به، ولا شك في أن العدول عن الخطبة قد يسبب أضراراً مادية ومعنوية للطرف المعدول عنه، إذ قد تستمر الخطبة زمناً طويلاً مما يؤدي إلى تقدم المخطوبة في السن فيسبب لها ذلك ضرراً يتمثل في تفويت الفرصة للزواج من الخاطب المناسب، أو قد تكون موظفة أو تتابع دراستها فتقدم استقالتها أو تتوقف عن الدراسة استعداداً للزواج، ثم بعد ذلك يعدل الخاطب عن الخطبة، كما أنه قد يطلب من الخاطب إعداد منزل خاص في مدينة معينة ويكلفه ذلك مبالغ باهظة ثم يحدث العدول من المخطوبة والأمثلة على ذلك كثيرة.

إضافة إلى أن مجرد العدول عن الخطبة يسبب أضراراً معنوية ولو من باب خدش الشعور وما تلوكه الألسنة عن أسباب العدول مما قد يؤدي سمعة المعدول عنه ويعرضه لكثير من الشائعات ويفتح باب التأويلات والظنون السيئة فيه¹، وبالرجوع إلى نص المادة الخامسة من قانون الأسرة في فقرتها الثانية نجد أنها نصت على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

و من خلال هذه الفقرة نلاحظ أن المشرع لم يبين بدقة سبب حدوث الضرر الموجب للتعويض أهو الضرر الناجم عن مجرد العدول أم هو الضرر الناجم عن تغيير احد الطرفين؟ وهنا يبرز مجال إعمال القاضي لسلطته التقديرية لإيجاد الحل المناسب.

¹ - الدكتورة سعاد سطحي: التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة- دورية المعيار- جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية- قسنطينة الجزائر- العدد 09- سنة 2004- ص01.

وقد انتهى القضاء في مصر إلى ثلاث مبادئ متعلقة بالتعويض على العدول عن الخطبة سردها الدكتور عبد الرزاق السنهوري¹. وهي:

- أن الخطبة ليست بعقد ملزم.
- أن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض.
- أنه إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض.

وأساس الحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة هو التعسف في استعمال الحق وهذا ما أخذ به المالكية والحنابلة، وليس مجرد العدول الذي هو حق للطرف العادل، فالقاضي يبحث عن سبب الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة فإذا كان هذا الضرر ناشئا عن مجرد الخطبة والعدول عنها فلا تعويض للطرف الذي يدعي الضرر، أما إذا كان سبب الضرر هو فعل أحد الطرفين فالقاضي يحكم بالتعويض، وما عليه إلا أن يدقق بحثه في أسباب العدول و تقدير جديتها من عدمه، وهذا معناه أنه يجوز لكل من الخاطبين التخلي نهائياً عن مشروع الزواج بالعدول عن الخطبة، فالخاطب و المخطوبة غير ملزمين بإتمام الزواج، إذ لكليهما حقاً شرعياً في العدول، ولم يعد العدول مجرد سببا لأية مطالبة قضائية وهو ما نصت عليه المادة 02/05 من قانون الأسرة المعدلة بقولها "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، غير أن الخطبة التي تنتهي من غير زواج، قد تطرح بعض المشاكل القانونية، تتعلق أساساً بمصير الصداق والهدايا التي قدمها الخاطب إلى مخطوبته فضلا عن الأضرار المادية أو المعنوية التي يمكن

1- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص.568.

أن تتجم عن العدول، و التعويض الناجم عن العدول عن الخطبة يشمل التعويض عن الضرر المادي والمعنوي كما أشرنا، والضرر المادي هو الذي يصيب الطرف المتضرر في حق ثابت أو مصلحة مالية، لهذا فالقاضي لا يجد صعوبة في تقديره والتعويض عليه¹. أما الضرر المعنوي فهو الذي يصيب مصلحة غير مالية كالتشهير وتشويه السمعة هذا ما قد يجعل القاضي يجد صعوبة في تقديره والتعويض عليه، ولتقدير قيمة التعويض يجب على القاضي أن يبحث أولاً عن المعيار الذي يعتبر معه الفعل خطأ يستوجب التعويض عن العدول عن الخطبة، وفي ذلك يرى جمهور الفقهاء أن المعيار المعمول به في هذا المجال هو المعيار الموضوعي الذي يقدر فيه بمعيار السلوك المألوف للشخص العادي إذا وجد في نفس الظروف وأدى هذا الانحراف إلى الإضرار بالطرف المعدول عنه كان مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر كما أن القاضي يراعي في تقديره للتعويض شخص المضرور والمعيار المعتمد هنا هو المعيار الشخصي.

الفرع الثاني: سلطات القاضي فيما يخص الهدايا المقدمة خلال فترة الخطوبة.

المشروع الجزائري عالج في نص المادة الخامسة من قانون الأسرة مصير الهدايا المقدمة من أحد الخطيبين بعد العدول عن الخطبة من أحدهما فجاء نصها كما يلي: "... لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إذا كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

من استقراء هاتين الفقرتين يتبين أن المشروع الجزائري أباح للطرف المعدول عنه استرجاع ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته أما الطرف العادل فليس له الحق في استرجاع شيء. ولعل في هذا الحكم الكثير من الغموض مما يفتح مجال واسع لإعمال القاضي لسلطته التقديرية.

فعبارة - ما لم يستهلك - التي أوردها المشروع توحى بأن الطرف العادل إذا استهلك الهدايا أو تصرف فيها بأي شكل من الأشكال الناقلة للملكية فإنه لا يردها لأنه لم يعد لها وجود وبالتالي

¹ - الأستاذ محمد الشرفي: كيفية تقدير الضرر المعنوي- مجلة القضاء والتشريع- تونس - وزارة العدل- مارس 1976 - ص353.

فهي مستهلكة حسب ما جاء في النص القانوني- رد ما لم يستهلك - إلا إذا قصد المشرع من وراء ذلك عدم رد الهدايا التي تستهلك بطبيعتها أو لقلّة قيمتها، كل هذا يجعل القاضي يبحث عن المعنى الحقيقي الذي قصده المشرع من هذه العبارة واستخلاص القصد السليم الذي يتماشى مع العقل والمنطق، كما أن المشرع قد أغفل نقطة في غاية الأهمية ألا وهي حكم المتسبب في العدول عن الخطبة فقد يدفع الخاطب هدايا ذات قيمة معتبرة وربما حتى يطلب من المخطوبة وبعدها تلجأ إلى التحايل بأن تقوم بتصرفات لا ترضي خطيبها أو تتعمد الخصام فتدفعه إلى العدول عن الخطبة وفي رأينا أنه يجب على القاضي قبل الحكم في مسألة كهذه أن يبحث عن المتسبب في العدول وعن الأسباب التي دفعت إليه، فإذا تبين له أن طرفاً ما قد تسبب في العدول بأن غرر بالطرف الآخر، ما دفعه إلى العدول عن الخطبة جاز له أن يقضي على الطرف المتسبب في العدول بإرجاع الهدايا ولو أن العدول كان من الطرف الآخر، إذ من المتعارف عليه أن التعبير يوجب الضمان في أحكام الشريعة الإسلامية، وقد أخذ المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة بهذا الحل في المادة الثامنة عشر من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي بوضعه للمتسبب في العدول في حكم العادل.

تبقى مسألة أخيرة شائعة الحدوث وهي تقديم المهر للمخطوبة خلال فترة الخطوبة وقبل إبرام عقد الزواج فما هو الحل إذا تنازع الخاطب و المخطوبة عند العدول فيما قدمه هل هو مهر أم هدية؟ وهل بإمكان الرجل استرداد ما قدمه؟ وما هو الحل إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو بعضه جهازاً؟

في التشريع المقارن نجد أن المشرع الإماراتي تناول هذه النقطة في المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية حيث اعتبر أنه من المهر الهدايا التي جرى العرف على اعتبارها مهراً وفي حالة عدول أحد الطرفين عن الخطبة أو وفاته يسترد الرجل المهر الذي أداه عينا أو قيمته يوم القبض إن تعذر رده عينا وفي حالة شراء المخطوبة بمقدار المهر أو ببعضه جهازاً فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء، أما المشرع الجزائري فقد أغفل هذه النقطة وترك للقاضي أعمال سلطته التقديرية والرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية وذلك اعتماداً على نص المادة 222 من قانون الأسرة التي سمحت بالرجوع لأحكام الشريعة في كل ما لم يرد النص عليه، وفي هذه الحالة يعتبر كل من الخاطب و المخطوبة مدعياً ومنكراً فأيهما أقام بينة على دعواه وأقنع القاضي حكم له وفقاً لتقديره قوة حجته وبيئته حسب الأدلة المقدمة¹.

¹ - الدكتور السيد رمضان علي الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية-س دار الجامعية - الطبعة الأولى سنة 2001-ص35.

من خلال ما تقدم لا يمكننا إلا أن نقول أن المشرع الجزائري رغم تطرقه لمقدمات الزواج في المادة 05 من قانون الأسرة إلا أنه لم يولها الاهتمام اللازم لذا وجب على القاضي بما له من سلطان التقدير أن يتحلى بالحكمة وحسن التدبير حسب ظروف كل قضية وحسب كل طرف من أطرافها وما عليه إلا أن يعتمد على نص المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية وهذه الأخيرة لم تترك كبيرة ولا صغيرة إلا وعالجتها ورغم ذلك نرى أنه من الضروري تعديل نص المادة الخامسة من قانون الأسرة وهذا عملا على استقرار العمل القضائي وحتى لا يكون هناك تضارب في الأحكام القضائية نظرا لاختلاف الحلول التي وصلت إليها مختلف المذاهب الفقهية.

المطلب الثاني: تحديد سن الزواج وسلطة القاضي في الإعفاء منه.

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية بصفة عامة في القانون المدني أما أهلية الزواج فقد نظمها في نص المادة 07 من قانون الأسرة والتي جاء نصها كما يلي "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام تسعة عشر سنة".

وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات" فهذا النص وضع شرطا جوهريا متمثلا في التأكد من قدرة الطرفين على الزواج وأعبائه إضافة إلى ترشيد القاصر فيما يخص الحقوق والالتزامات التي يرتبها عقد الزواج، حيث لا يخضع لأية وصاية في شؤون أحواله الشخصية.

وما تجدر الإشارة إليه أن كل القوانين التي سبقت التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 سواء ما صدر منها خلال فترة الاحتلال أو بعد الاستقلال كلها حافظت على الاستثناء الذي يمكن من إبرام عقد الزواج قبل اكتمال السن القانوني المحدد في القانون الحالي 19 سنة¹.

¹ - قانون 02 ماي 1932 جاء فيه "إن الأهالي من القبائل الذين لا يتمتعون بحقوق المواطنين الفرنسيين لا يمكنهم إبرام عقد الزواج قبل إتمام سن 15 سنة من عمرهم إلا بموجب إعفاء صادر عن الحاكم العام استنادا إلى أسباب خطيرة بعد أخذ رأي لجنة تتألف من مستشار لدى مجلس قضاء الجزائر وقاضي الصلح وطبيب وبعد تصريح مسبق بالخطبة أمام الموظف المختص بتلقي التصريح بالزواج وفقا لنص المادة 17 من القانون 1882/03/23. - القانون رقم 274-59 الصادر بتاريخ 1959/02/04 نصت المادة الخامسة منه : "لا يجوز للرجل قبل بلوغه 18 سنة كاملة، ولا للمرأة قبل بلوغها 15 سنة كاملة أن يتزوجا ومع ذلك لرئيس المحكمة الكلية بناء على دوافع قوية الإعفاء من شرط السن". - القانون رقم 224-63 الصادر بتاريخ 1963/06/29: نصت المادة الأولى منه: " لا يجوز للرجل الذي لم يكمل 18 سنة ولا للمرأة التي لم تكمل 16 سنة أن يعقد زواجا ويجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الكبرى أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسبابا خطيرة وذلك بعد استطلاع رأي وكيل الدولة".

وأهلية الزواج من المسائل التي تتعلق بالنظام العام حيث لا يمكن إبرام عقد الزواج بدون مراعاة السن القانوني ولو ارتضى الطرفان على ذلك قياسا على الأهلية بصفة عامة¹، وفكرة النظام العام تحدد من قبل المشرع بناء على معتقدات المجتمع وعاداته وتقاليده لذلك منع المشرع الجزائري زواج الصغار ومنح للقاضي سلطة تمكنه من تحديد سن الزواج في حالة وجود مصلحة أو ضرورة تقتضي ذلك، ولم يعامل كل الأشخاص بنفس المعاملة نظرا لاختلاف ظروف وأحوال الناس مراعيًا بذلك عادات المجتمع²، فخرج المشرع عن القاعدة العامة للسن المحدد للزواج هو خروج مقيد بتعليق الزواج دون السن المحددة على طلب إعفاء مسبق يقدم إلى القاضي المختص الذي يتعين عليه دراسة الطلب دراسة جديّة وفحصه بعناية تامة تمكنه من معرفة ما إذا كان في هذا الزواج مصلحة للزوجين أو كانت هناك ضرورة، لذلك فقد جعل المشرع الجزائري القاضي رقيباً على تزويج الأشخاص الذين لم يبلغوا السن القانونية وجعل منه ولياً غير مباشر لهم إن صح القول وأميناً على مصالحهم ومقدراً عادلاً لظروفهم الخاصة ولما يواجههم من ضرورات ومصالح تخصهم هم أنفسهم.

وما يؤخذ على نص المادة 07 من قانون الأسرة المذكور أعلاه أنها لم تحدد صراحة القاضي المختص بمنح الترخيص، إذ أنه وجد هذا الاختصاص موكل لرئيس المحكمة ضمن ما يعرف بالسلطة الولائية.

وتبدو هكذا أهمية هذا الاختصاص واضحة هنا إذ أن المسألة ليست فقط كما يعتقد البعض مسألة متصلة اتصالاً وثيقاً بالسلطات المخولة لرئيس المحكمة بل أنها تثير مشكلة اجتماعية وأن حلها لا يتم إلا إذا كان المختص بفضها عالماً وعارفاً بكل المعطيات المتصلة بها مستعملاً في ذلك خبرته الميدانية، أي أن يكون ملماً بكل المعايير المحددة لمصلحة الشخص القاصر المقبل على الزواج والذي يكون بحاجة ماسة لذلك الإذن³.

النقطة الثانية التي يمكن ملاحظتها على نص المادة السابعة من قانون الأسرة المذكور أعلاه أن المشرع لم يحدد السن الأدنى في حالة الترخيص بزواج القاصر، وترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة قد تؤدي إلى حالة زواج الصغار لأن المادة 222 من قانون الأسرة تحيل

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984: نصت المادة السابعة: "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة.

1- عيسى حداد: الأهلية في قانون الأسرة الجزائري مجلة العلوم القانونية جامعة عنابة - الجزائر العدد 09 ديسمبر 1996 ص 43.

2- الأستاذ عبد العزيز سعد- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري- مرجع سابق - ص 97.

3- الدكتور تشوار جيلالي: حماية الطفل عبر الإذن بالزواج- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية- الجزء 41 سنة 2000- ص 22.

القاضي عند انتفاء النص التشريعي إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وقد اختلف الفقهاء في مسألة زواج الصغار ممن دون سن البلوغ فذهب البعض منهم إلى منع زواج الصغار منعا مطلقا كعبد الرحمن ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصبم، بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بصحة زواج الصغار ممن دون سن البلوغ، ولكل فريق أدلته وحججه¹.

حيث نرى أن مصلحة الأطراف والمجتمع تقتضي بعدم تخويل القاصر حق الزواج إلى عند بلوغه سن معينة نتأكد من خلالها على القدرة الجسمية على تحمل التبعات التي يفرضها عليه الزواج وكذا التمتع بقدر كاف من التمييز حتى يتمكن من إدراك نتائج وعواقب ما هو مقبل عليه.

بالرجوع دائما إلى نص المادة 07 من قانون الأسرة نجد أنها تكلمت عن حالة الضرورة والتي بموجبها يمنح القاضي الإذن بالزواج للقاصر، إلا أن المشرع لم يحدد مفهوم حالة الضرورة وترك ذلك للقاضي بما له من سلطة تقديرية واسعة لأنه من أولى الأمر المختصين بتفسير القانون والبحث على نوايا ومقاصد المشرع في النصوص القانونية وما تعطيه في إزالة الإبهام وحل النزاع.

فالمصلحة أو الضرورة ركيزة أساسية بالغة الأهمية أرسيت عليها أحكام الترخيص بالزواج، كما أن المشرع لم يفصل المعايير التي تساعد القاضي في تحديد المصلحة أو الضرورة، وما يمكن قوله أن المصلحة أو الضرورة معيار نسبي يتغير بتغير الزمان والمكان والأشخاص، وعلى القاضي أن يدرس القضايا المطروحة عليه حالة بحالة، وأن يكون حذرا في تقدير المصلحة التي هي مناط الترخيص وألا يعطي هذا الترخيص إلا إذا توافرت الشروط اللازمة، كما لا يصح له بالمقابل أن يتعسف في استعمال سلطته ما دام الإذن لا يمس بمصالح المجتمع ومصالح الأطراف أنفسهم².

وفي نهاية هذا المطلب يجب أن نشير أن المشرع الجزائري حسن ما فعل في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27/02/2005 فالمادة السابعة من قانون الأسرة أضافت شرطا جوهريا كان حلقة مفقودة في قانون الأسرة 84-11 والمتمثل في قدرة الطرفين على الزواج وذلك بتعليق الترخيص بزواج القصر على شهادة طبية وهذا حتى يتأكد

¹ - الدكتور وهبة الزحلي: الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق - ص 179.

² - الدكتور تشوار جيلالي: سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري-المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية-الجزء 37 سنة 1999- ص 79.

القاضي من قدرة الطرفين على الزواج، وبهذا الشرط أصبح من الواجب على القاضي اللجوء إلى أهل الخبرة لمعرفة ما إذا كان القاصر المقبل على الزواج أهلاً لذلك أم لا، وأن لا يكتفي عند منحه للترخيص بسلطته التقديرية.

المطلب الثالث: تعدد الزوجات وسلطة القاضي في الترخيص به.

أذن الله سبحانه و تعالى بتعدد الزوجات و ذلك لمصلحة قدرها الله عزّ وجلّ للبشرية ، و ذلك بشرط العدل بينهنّ، فالتعدد ثابت في الكتاب¹، وذلك لقوله تعالى: "إن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من نساء مثنى وثلاث و رباع و إن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا"².

نص المشرع الجزائري على تعدد الزوجات في نص المادة 08 ق.أ.ج التي تنص على ما يلي: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها و أن يطلب طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لكان مسكن الزوجية"³.

من هنا نستنتج أنّ المشرع الجزائري سار على منهج الشريعة الإسلامية، وذلك بإجازة زواج الرجل من امرأة أخرى، غير أنّ المشرع قيد هذه الإجازة بمجموعة من الشروط التي تجب توفرها في الشخص المقدم على التعدد من أجل ترخيص القاضي له بذلك، و تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولاً: شرط العدد

تطبيق المادة 08 ق.أ.ج. أعلاه و إسقاطها على أحكام الشريعة الإسلامية، فإنّه نجد القاضي يرخص بالزواج بأكثر من امرأة واحدة، في حدود الشريعة الإسلامية أي لا يتجاوز أربع زوجات، إذا تجاوز هذا العدد فلا يرخص القاضي به.

¹ حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية (أحكام عقد الزواج)، د.ط، محكمة النقض لدائرة الأحوال الشخصية، د.ب.ن، 2001، ص.252.

² سورة النساء، آية 40.

³ قانون 84_11، متضمن قانون أسرة الجزائري، معدل و متمم، المرجع السابق.

ثانيا: شرط المبرر الشرعي

توفر المبرر الشرعي شرط من شروط التي يستلزم وجودها لترخيص القاضي بالتعدد، و هو أن تكون الزوجة مريضة مثلا لا تطيق الوطاء، أو أنها عاقر أو تكون مصابة بمرض يجعلها لا تستطيع القيام بواجباتها الزوجية كالعناية بالزوج، و تربية الأولاد خاصة إن كانوا قسرا، أما إذا تخلف هذا الشرط فالزواج في هذه الحالة يكون غير شرعيا لأنّ القاضي لا يرخص به و بالتالي مصيره البطلان¹.

ثالثا: شرط العدل

أجاز المشرع الجزائري للرجل الزواج بأكثر من زوجة واحدة، و ذلك بناءً على الترخيص من القاضي و هذا الأخير لا يقدمه إلا إذا توفر شرط العدل بين الزوجات، و ذلك بالإسناد إلى ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية².

يكون العدل في الأمور المادية، و في كل الأمور التي تكون المساواة فيها متوفرة في مقدرة الزوج، أما الأشياء التي لا يستطيع فيه مقدرة الزوج فإنّه ليس مجبر على العدل كالحب مثلا فلا خيار للإنسان في حب شخص أو كراهيته³.

رابعا: شرط الإعلام

ترخيص القاضي للتعدد لابدّ أن يشمل على شرط مهم، و هو إعلام الزوجة السابقة بأنّه سيقبل على الزواج بثانية، فبعد إعلامه لها أن ترضى بالتعدد و يسقط حقها في المطالبة بالتطليق كما لها أن ترفضه و يثبت لها هذا الحق.

يجب على الزوج كذلك إخبار المرأة التي يقبل على الزواج بها أنّ له زوجة سابقة، فلها أن تقبل إبرام عقد زواجها، وكما لها أن ترفض ذلك.

خامسا : شرط طلب الترخيص

يجب على الزوج الذي يرغب في التعدد أن يطلب الترخيص من قاضي الأحوال الشخصية أو رئيس المحكمة، و هذا الأخير لا يقدم ترخيص إلا بحضور الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل

¹ - أ.ث. ملويا لحسين بن شيخ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، جزء أول، دار هومه، الجزائر، 2005، 390.

² - بلعود زوبير، المرجع السابق، ص.04.

³ - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم للنشر و التوزيع،

الكويت، 1990، ص.811.

على الزواج بها، فيتأكد القاضي من مدى توفر الشروط السابقة الذكر و المنصوص عليها أعلاه في رخص به و يعتبر بذلك زواج صحيح¹.
من خلال دارستنا لتعدد الزوجات نستنتج أن المشرع أجاز هذا التعدد إلا أنها إجازة غير مطلقة مقيدة بشروط محددة صراحة في المادة 08 ق.أ.ج، يجب على القاضي مراعاتها عند تقديم الترخيص بالتعدد الزوجات².

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في انحلال الرابطة الزوجية

لقد حدد المشرع الجزائري أسباب انحلال الرابطة الزوجية، في الباب الثاني من الكتاب الأول تحت عنوان: " انحلال الزوج ". فقد منح حق فك الرابطة الزوجية للزوج بموجب الطلاق أو للزوجة عن طريق التطلق أو الخلع، حيث جعل القاضي حريصا و أمينا على ذلك، حتى لا يتعسف كل ذي حق في استعماله، كما منح له سلطة واسعة في الإصلاح بينهما، و كذا تقدير حالات التطلق و كذا تقدير تعسف الزوج في الطلاق التعسفي و النشوز.
ومن اجل ذلك سنحاول دراسة السلطة التقديرية للقاضي في محاولة الصلح بين الزوجين و كذا سلطته التقديرية في النشوز و الطلاق التعسفي من الزوج، وكذا سلطته في انحلال الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة عن طريق التطلق أو الخلع، ذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: سلطة القاضي في الصلح و التحكيم.

إن إجراءات الصلح و التحكيم في قضايا الأحوال الشخصية، من الإجراءات الأولية و الهامة حيث أوجب المشرع الجزائري القاضي قبل الفصل في النزاع و النطق بالحكم الفاصل في الطلاق، القيام بإجراء إجباري يتضمن ضرورة مباشرة و اتخاذ إجراءات الصلح و التحكيم حيث ينتقد بها القاضي في مسائل الأحوال الشخصية، فهذه الإجراءات لم تكن مجهولة لدى التشريع

¹ - أ.ث ملويا لحسين بن شيخ ، المرجع السابق، ص395 ،، 396، 893.

² - قانون 84_11، متضمن قانون أسرة الجزائري، معدل و المتمم، المرجع السابق.

في الفقه الإسلامي، إذ انه عرفه قبل ميلاد القوانين الحديثة، و دليل ذلك قوله سبحانه وتعالى "وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها إن يريدان إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيراً"¹.

ونظرا لأهمية هذه الإجراءات في قضايا الأحوال الشخصية، فسوف نحاول الحديث عن إجراءات الصلح في الفرع الأول، ثم إجراءات التحكيم في الفرع الثاني، مع تبيان سلطة القاضي في كل منهما².

الفرع الأول: سلطة القاضي في إجراءات الصلح.

نص المشرع الجزائري وفق نص المادة 49 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري، في فقرتها الأولى على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، بعد عدة محاولات الصلح التي يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدتها ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، كما نصت المادة في فقرتها الثانية، على انه يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي، ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب ضبط المحكمة و الطرفين.

نستخلص انه لا وجود للطلاق إلا بصدر حكم قضائي بذلك، وان الطلاق الشفوي و العرفي لا يعتد به قانونا، إضافة إلى انه لا يجوز للمحكمة أن تقره إلا بعد قيام القاضي بعدة محاولات الصلح قبل النطق بحكم الطلاق، حيث يحاول فيه إقناع الطرفين بالعدول عن الطلاق، بشرط أن لا تتجاوز مدة محاولات الصلح ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع دعوى الطلاق.

يستدعى القاضي المختص بالفصل في دعاوي الطلاق، الزوجين المتخاصمين إلى مكتبه بواسطة كاتب ضبط المحكمة في جلسات خاصة، يحاول فيها التوفيق بين الطرفين و إشعارهم بضرورة التسامح، والتفاهم و تبيان محاسن المحبة و الانسجام من اجل الاستقرار الأسري فبمجرد تخلف احد الزوجين عن حضور جلسات الصلح دون عذر مقبول، يعتبر رفضا ضمنيا لمحاولات الصلح و حكم القاضي بعد ذلك بفشل محاولات الصلح.

كما يستوجب على القاضي بعد إجراء محاولات الصلح، سواء كانت ايجابية أو سلبية ضرورة تحرير محضر يبين فيه ما توصل إليه من نتائج و إرفاقه بملف الدعوى، حيث إذا كانت

¹ - سورة النساء، آية 35.

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون أسرة الجزائري(الزواج و الطلاق)، المرجع السابق، ص.355.

محاولات الصلح ايجابية عليه ذكر النقاط المتفق عليه، و إذا كانت سلبية الحكم بان محاولات الصلح فاشلة، و إحالة الطرفين لحضور جلسة علنية للفصل في دعوى الطلاق. وإذا تم صدور الحكم بالطلاق، دون اتخاذ هذه الإجراءات، يعتبر الحكم الفاصل في دعوى الطلاق باطلا مخالفا للقانون¹.

تجدر الإشارة أن إجراء الصلح كرسه قانون الاجراءات المدنية و الإدارية، وذلك بموجب نصوص مختلفة فأوجب محاولات الصلح في المادة 439 التي تنص " محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية"².

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إجراءات التحكيم.

الأصل أن الجهات القضائية هي التي تقوم بالفصل في المنازعات، إلا أن القانون سمح للأطراف بأن يسلكوا طريق قصير و سريع، و ذلك بعرض قضاياهم على المحكمين وفق اجراءات بسيطة فأصل التحكيم يعود للشرعية الإسلامية وبالتحديد ما ورد في سورة النساء الآية 35 السابقة الذكر، حيث ساير المشرع الجزائري منهج الشرعية الإسلامية، فيما يخص التحكيم و هذا ما نستخلصه وفق نص المادة 56 ق.أ.ج التي تنص " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمن للتوفيق بينهما".

يعين القاضي الحكمن، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمن أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في اجل شهرين"³.

المشرع الجزائري إلى جانب نص المادة، فقد حدد المهلة التي يتم بمقتضاها تحديد الحل من الحكمن، وتقديم تقدير مفصلا للقاضي و هي مهلة شهرين.

ولكن المشرع الجزائري أغفل الطريقة التي يتم وفقها تعيين الحكمن هل يكون كتابيا أم شفويا كما تناسى جوانب هامة متمثلة في :

- موقف القضاء في حالة رفض احد الطرفين التحكيم.

- هل التحكيم يتم اللجوء إليه قبل أو بعد الصلح.

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون أسرة جزائري (الزواج و الطلاق)، المرجع السابق، ص.653.

² - قانون 08_09، مؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات

المدنية و الإدارية، ج.ر. عدد 21، صادرة في 23 أفريل 8002.

³ - قانون 84_11، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل و متمم، المرجع السابق.

ولهذه الإشكاليات يستوجب علينا الوقوف على مجموعة نقاط:

أولاً: شروط التحكيم:

يشترط للجوء للتحكيم الشروط التالية :

- اشتداد و تفاقم النزاع بين الزوجين.

- عدم ثبوت أي ضرر يمكن أن يلحق أحدهما جراء ذلك¹.

فإذا تبين للقاضي ذلك، تعين عليه قبل دراسة الموضوع و الفصل فيه، محاولة إصلاح بين الزوجين بموجب التحكيم.

ثانياً: كيفية تعيين الحكّمين:

يتم تعيين الحكّمين من القاضي المختص، الذي عرضت القضية أمامه للفصل فيها، فيكون التعيين بناء على القانون أو باختيار و طلب الزوجين، وعلى القاضي عند تعيينهما، مراعاة القرابة بينهما وبين الزوجين².

ثالثاً: مهمة الحكّمين:

مهمتهم البحث و دراسة أسباب النزاع بين الطرفين، و النظر لظروف كليهما، فمسئوليتهم محاولة إزالة الخلاف بين الزوجين و الصلح بينهما بمختلف الطرق المشروعة، فيتعين عليهم في الأخير سواء فشل أو نجح التحكيم تقديم تقرير على ذلك و النتائج المتوصل إليها للقاضي خلال المهلة المحددة لهم.

فالقاضي يحكم بذلك في ضوء ما توصل إليه الحكّمين، فلا يشترط في التحكيم أن يكون معللاً فللقاضي سلطة رفض التقرير و تعيين حكّمين آخرين، فإذا عجز الحكّمين عن التوفيق بينهما و كانت الإساءة من أحدهما و ثبت الضرر، حكم القاضي بالطلاق بينهما، و ألزم الزوج بتعويض زوجته عن الضرر اللاحق بها³.

خلاصة القول إذا توفرت كل الأسباب و الشروط الداعية لصحة التحكيم، يتعين على القاضي تأجيل الفصل في الدعوى، و إذا تبين للقاضي فشل الحكّمين عن إصلاح بين الزوجين، خلال

¹ - سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، جزء أول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائري 1988، ص. 297.

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج و الطلاق)، المرجع السابق، ص 359.

³ - سعد فضيل، المرجع السابق، ص 892.

التقرير الذي قدمه في المدة المحددة، فالقاضي غير ملزم بما تضمنه، و إذا ثبت الضرر حكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للزوجة المتضررة، وإذا لم تتمكن الزوجة بإثبات الضرر و رفضت المحكمة طلبها يجوز لها رفع دعوى ثانية لإثبات الضرر.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطلاق.

فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، يتم بطريقتين: التطلاق و الخلع، فحقها في طلب الحكم لها بالتطلاق مقيدة بضرورة توفر إحدى الأسباب الواردة ضمن نص المادة 53 ق.أ.ج أما الخلع يشترط عليها ضرورة دفع بدل الخلع لزوجها نتيجة لعدم تقصيره في حقها، فسوف نعرض كل طريقة على حدا مع تبيان سلطة القاضي فيها.

الفرع الأول: سلطة القاضي في التطلاق.

فمن الأسباب القانونية للتطلاق، تلك الأسباب المحصورة وفق نص المادة 53 ق.أ.ج المعدلة حيث منحت فيها للزوجة حق التطلاق بناءً على إرادتها المنفردة و استنادا للقانون بتوفر إحدى الأسباب المذكورة في المادة فإذا كان القاضي منح للزوج حق طلب الحكم له بالطلاق، دون قيد طلبه بقيد معين، و أن العصمة بيد الزوج دون اشتراط عليه أي شرط معين، فقد اشترط في الزوجة لطلب حقها في التطلاق ضرورة توفر إحدى الأسباب الواردة في نص المادة 53 المعدلة ق.أ.ج.¹ ، حيث تنص: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

1_عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 ، من هذا القانون.

2_العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج.

3_الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4_الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستهيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية.

5_ الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6_ مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

¹- منصور نورة، التطلق و الخلع وفقا للقانون و الشريعة الإسلامية، د.ط، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائري،

7_ ارتكاب فاحشة مبينة.

8_ الشقاق المستمر بين الزوجين.

9_ مخالفة الشروط المتفق عنها في عقد الزواج.

10_ كل ضرر معتبر شرعا¹.

فبمجرد استقراء نص المادة 53 ق.أ.ج. معدلة بالأمر 05-02، نجدها أضافت الأسباب الثلاثة الأخيرة التي نصت عليها المادة 53 معدلة مقارنة بالنص القديم، الذي حصر حق الزوجة في طلب التطلاق بضرورة توفر الأسباب السبعة الأولى المذكورة في المادة 53. فكلما توفرت إحدى الأسباب العشرة المذكورة في نص المادة 53 معدلة، يجوز فيها للزوجة طلب التطلاق وفقها، مع إثبات الضرر اللاحق بها لتمكين القاضي الحكم بتطلاقها من زوجها فسوف نتحدث عن هذه الأسباب بوضوح و إبراز سلطة في كل سبب.

أولاً: التطلاق لعدم الاتفاق .

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة 53 من ق.أ.ج. ، على انه يجوز للزوجة طلب الحكم لها بتطلاقها من زوجها، استنادا لإرادتها المنفردة في حالة عدم إنفاق زوجها عليها بعد صدور الحكم بوجوبها، و لقد تضاربت الآراء الفقهية في تحديد حكم طلب الزوجة للتفريق من الزوج بسبب عدم الإنفاق عليها، حيث نجد:

المذهب الحنفي و الظاهرية: ذهب إلى القول بعدم جواز التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق، حيث يجوز للزوجة أن تتفق على نفسها إن كان لها مال، أو تستدين على أن يكون ذلك على نمة الزوج يدفعها لاحقاً، كما انه إذا تبين للقاضي امتناع الزوج عن الإنفاق أمر بحبسه وحثهم في ذلك أن الصحابة رضوان الله عليهم كان منهم الميسر و المعسر، ولم يعرف عن احدهم أن النبي صلى الله عليه و سلم فرق بين الرجل و امرأته لعدم الإنفاق لفقره.

كذلك مذهب جمهور الفقهاء : وهم الأئمة الثلاثة : مالك و الشافعي و احمد، فيذهبون إلى القول بحق الزوجة لطلب التفريق من زوجها، متى امتنع عن الإنفاق عليها لعجزه أو امتناعه

¹- قانون 84_ 11 ، متضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل و متمم، المرجع السابق.

ظلمًا منه مع قدرته في ذلك¹، فاستدلوا في ذلك قوله تعالى "فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"².

فالمشرع الجزائري وفق المادة 53 فقرتها الأولى، أجازت للزوجة طلب تطليقها من زوجها بإرادتها المنفردة في حالة عدم الإنفاق عليها بعد الحكم بوجوبها ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج حيث بتحليل النص نستخلص الشروط الواجب توفرها لقيام حق الزوجة في طلب التطليق واستجابة القاضي لها ومن هذه الشروط نجد:

_ عدم إنفاق الزوج على زوجته عمداً و قصداً، و امتناعه عن تقديم ما تحتاجه.

_ يشترط أن يكون قد صدر حكم من المحكمة بوجوب نفقة الزوجة على زوجها، حيث يكون بذلك الزوج قد امتنع عن اتفاق على زوجته امتناعاً حقيقياً، و أقامت الزوجة دعوى أمام المحكمة فأثبتت امتناع زوجها من الإنفاق و اصدر حكم بإلزامه على النفقة.

_ عدم علم الزوجة بإعسار زوجها وقت إبرام عقد الزواج، بحيث لو اثبت الزوج علم الزوجة بذلك ورضيت بحالته فإنه لا يجوز لها طلب التطليق بسبب إعسار الزوج و كانت عالمة بها³.

_ أن تكون النفقة التي تطالب بها الزوجة نفقة مثل زوجها، بحيث يجب أن تكون النفقة التي تطالب بها تتوافق مع دخل و قدرة الزوج لها، و هي النفقة التي تشملها نص الم 78 ق.أ.ج⁴.

قد ذهبت المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية في عدة أحكام إلى وجوب النفقة على الزوجة من طرف زوجها إلا إذا صدر منها نشوز و من الأحكام نجد :

1_ "إن حق النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة ولو حكما"⁵.

2_ "من المقرر قانوناً أن امتنعت الزوجة عن استئناف الحياة الزوجية المحكوم بها بأحكام أصبحت نهائية يعتبر نشوزها منها وبالتالي تفقد حقوقها الزوجية من نفقة و غيرها"¹.

¹- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري والقانون، الجزء الاول: الزواج و الطلاق، طبعة 1967، دار الطباعة و النشر و التوزيع، لبنان 1967، ص424.

²- سورة البقرة، آية 922.

³- سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، (مدعماً بالاجتهادات القضائية)، ط3، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 1996، ص256.

⁴- الم 78 ق.أ.ج. تنص على ما يلي: "شمل النفقة : الغذاء و الكسوة و العلاج، و الكسوة و العلاج، و السكن او أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

⁵- م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 39394، مؤرخ في 10-02-1986، نشرة قضائية، عدد 44، ص151، نقلاً عن، عيسات ليزيد، المرجع السابق، ص15.

3_ "من المقرر شرعا بان النفقة حق ثابت من حقوق الزوجة يتعين على القاضي الحكم بها".
مما سبق فان المشرع الجزائري وفق نص المادة 53 في فقرتها الأولى، اخذ برأي الأئمة الثلاثة، حيث جاز للزوجة طلب التفريق من زوجها لعدم إنفاقه عليها، وهو الرأي الراجح، حيث اعتبر عدم الإنفاق ضرر وبالتالي يحق لها طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق التظليق فالسلطة التقديرية للقاضي للحكم بتظليق الزوجة بسبب تضررها من عدم إنفاقه، مقيدة بضرورة صدور حكم قضائي يلزم الزوج على الإنفاق على زوجته، وكذا يستوجب ثبوت الضرر اللاحق بها، فيكون بذلك حكم القاضي عندئذ منشأ لحق الزوجة.

ثانيا : التظليق للعيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج.

إذا كانت الحياة الزوجية تقوم على أساس التراحم و التآلف و التعاون بين الزوجين، من أهدافها إنجاب الأولاد و بناء أسرة منسجمة متوافقة، فان هناك عيوباً قد تكشف أو تتشأ بعد الزواج فتعكر الحياة الزوجية حيث يمكن أن تؤدي إلى حل الرابطة الزوجية.

واختلفت الآراء الفقهية في الحكم بالتفريق للعيوب، حيث نجد منهم الذين اقروا بجواز التفريق للعيوب، ومنهم الذين لم يجيزوا ذلك، فجمهور الفقهاء قد ذهبوا إلى جواز التفريق للعيوب، حيث أن العيوب مما يثبت خيار الفرقة، أما الظاهرية على أرسهم ابن حزم فقد قال بعدم جواز التفريق للعيوب سواء كان في الزوج ام الزوجة، حيث استدلوا انه لم يصح في فسخ الزواج لذلك أي دليل في القرآن أو السنة².

المشرع الجزائري وفق نص المادة 53 ق.أ.ج. في فقرتها الثانية قد اخذ برأي جمهور الفقهاء وهو الرأي الراجح، حيث سمحت للزوجة بطلب تظليقها من زوجها بسبب وجود عيب في الزوج لم تكن عالمة به قبل الزواج، حيث تؤدي تلك العيوب لعدم تحقق أهداف الزواج، التي تقوم على أساس الانسجام و المحبة و إنجاب الأولاد و الاستقرار الأسري.

فإذا كان القانون قد منح للزوجة حق طلب تظليقها من زوجها بسبب وجود عيب فيه فان المشرع وفق نص المادة لم يحدد العيوب الذي بموجبها يمنح لها حق التظليق أي عيوب

¹ - م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 39941، (غير منشورة)، مؤرخة في 1986-02-24، نقلا عن، المرجع نفسه، ص.15.

² - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.436.

جنسية أم غير جنسية، بل استعمل المشرع عبارة عامة تشملهما معا، فحسن ما فعل لان تلك العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج عديدة و متنوعة و من الصعب تحديدها فيبقى للمرأة الطلب من القضاء الحكم بتطليقها من زوجها لأي عيب من العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج و من أهداف الزواج الاستمتاع الجنسي، إنجاب الأولاد، إقامة المودة و الرحمة بين الزوجين، و إنشاء رابطة تعاونية تساعد بينهما¹.

فجمهور الفقهاء قد أجازوا للزوجة بطلب التفرقة بينها وبين زوجها، إذا كان العيب جنسيا أو غير جنسي كمرض معدي أو غيرها من الأمراض التي تشكل نفورا بين الزوجين، ولا يؤدي ذلك إلى تحقق أهداف الزواج²، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري وفق نص المادة السابقة ولكن اشترط في ذلك ضرورة توفر جملة من الشروط يستوجب توفرها لطلب الزوجة فك الرابطة الزوجية وفقها و تتضمن :

_ أن يكون العيب في الزوج.

_ أن يكون العيب، من العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج.

_ أن تكون العيوب دائمة ومستمرة لا يتوقع شفاؤها.

_ رفع الزوجة دعوى تطليقها للقاضي.

_ أن يتأكد القاضي بصحة دعواها ووجود عيوب في الزوج، قبل الحكم لها بتطليقها و

إثبات ذلك بشتى الوسائل، ويمكن الاستعانة بخبراء و مختصين³، كما جاء في إحدى أحكام المحكمة العليا بحق الزوجة في طلب تطليقها من زوجها في ذلك:

"من المقرر قانونا و قضاء انه يجوز للزوجة التطلق استنادا لوجود عيوب تحول دون تحقق الهدف من الزواج ، كتكوين أسرة وتربية الأولاد ، ولما أسس قاضي الموضوع قراره القاضي بالتطبيق : لعدم إمكانية إنجاب الأولاد ، واستنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت لعقم الزوج، فأنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية " ⁴.

¹- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 260 .

²- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 516 .

³- حفيظ جميلة، الضرر كمعيار لفك الرابطة الزوجية ،مذكرة التخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 17، الجزائر

200-2009 ص37.

⁴- م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم: 87301، مؤرخ في 22- 12- 1992 ، م ق ، سنة 1995، عدد 2، ص 9.

مما سبق يتضح أن المشرع الجزائري وفق نص المادة 53 فقرتها الثانية، لم يحصر العيوب التي يجوز وفقها للزوجة طلب التطليق، ولم يفرق إن كانت العيوب جنسية أم خلقية أم عقلية بل ترك سلطة تقديرها للقاضي وفقا لسلطته التقديرية، فبعد تأكد القاضي من تضرر الزوجة من العيوب الموجود في الزوج، حيث أن سلامة الزوج من العيوب كشرط ضروري للزواج، إضافة لذلك يجوز للقاضي منح الزوج مهلة بشأن تقدير العيوب إذا كانت محتمل شفائها أم لا، فإذا كان العيب ممكن استشفائه رفض طلبها في التطليق، أما إذا كان غير محتمل استشفائه حكم لها بالتطليق¹.

ثالثا : التطليق للهجر في المضجع.

إضافة للأسباب المذكورة سابقا التي بها يجوز للزوجة طلب التطليق وفقها، نجد ما نصت عليه المادة 53 في فقرتها الثالثة، حيث يجوز للزوجة أن تطالب من القاضي بتطليقها إذا هجرها زوجها في المضجع مدة تفوق أربعة أشهر، فالهجر في المضجع معناه ان يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش ولا يقوم بالالتزام المطلوب منه كزوج اتجاه زوجته ويتركها عن قصد وبدون مبرر شرعي لذلك².

فمن واجبات الزوج نحو زوجته تحصيلها و معاشرتها و مجامعتها، حيث قال فقهاء الإسلام أن الزوج مفروض عليه مجامعة زوجته، و أدنى ذلك مرة في كل طهر و إلا كان عاص، برأي الإمام ابن حزم وتبنى هذا الرأي جمهور الفقهاء، حيث اقرؤا بوجوب الزوج معاشرة زوجته ما لم يكن له عذر يمنعه من ذلك، أما الشافعية فاعتبروا معاشرة الزوج لزوجته ليس من قبيل الواجب، بل هو باب الحق، وقال احمد بن حنبل انه لا يمكن امتناعه عن ذلك مدة تفوق أربعة أشهر، ومن هنا توارث أن الزوجة كذلك لا يجوز لها الصبر عن زوجها مدة تفوق أربعة أشهر وكذا الفقه المالكي يجعل ترك الزوج للواطئ مبررا لفسخ النكاح، في كل حال حتى ولو لم يقصد الزوج من ذلك الإضرار بالزوجة³.

¹- سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.261

²- منصور نور، المرجع السابق، ص.30.

³- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.544.

وعليه فان ما ذهب إليه الفقه المالكي هو الراجح، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري وفق نص المادة 53 فقرتها الثالثة، حيث أن من حق الزوجة معاشره زوجها لها، وامتناعه عن ذلك يلحق بها ضرار.

المشرع الجزائري للاستجابة لطلب الزوجة بتطليقها من زوجها لهجرها في المضجع، اشترط ضرورة توفر ثلاثة شروط وهي :

- يستوجب أن يكون الزوج هجر زوجته ولم يعاملها معاملة الأزواج .

_ أن يدوم الهجر مدة زمنية تفوق الأربعة أشهر .

_ أن يكون هجره لها عمديا بقصد الإضرار بالزوجة.

يستوجب ان يكون هجر الزوج مستمرا مدة أربعة أشهر دون سبب مشروع، كالعلاج أو أداء الخدمة العسكرية أو غيابه بسبب بحثه عن الرزق، أو كان سبب هجره شرعيا و قانونيا كان يكون غرض الزوج في ذلك تأديب الزوجة بسبب نشوزها، بحيث لا يكون قصد الزوج الإضرار بها¹.

تعتبر سلطة القاضي في الاستجابة لطلب الزوجة بتطليقها من زوجها بسبب هجره في المضجع، سلطة مطلقة و واسعة بحيث يقوم ذلك على أساس المعيار الموضوعي، باعتبار أن الهجر في المضجع إحدى الأسباب التي يصعب على الزوجة إثباتها و تقدير القاضي لمدى تضررها من جراء ذلك، حيث إذا أثبتت الزوجة هجر زوجها لها مدة تفوق أربعة أشهر، و اقتنع القاضي بواقعة الهجر خلال مدة أربعة أشهر حكم لها بتطليقها من زوجها².

رابعا: التطليق بسبب الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة و استحليل معها مواصلة الحياة الزوجية.

بموجب الفقرة 4 من المادة 53 ق.أ.ج. أجازت للزوجة طلب تطليقها من زوجها لغيابه بسبب حبسه بحيث أن غيابه عن أسرته خاصة إذا كانت المدة طويلة يضران بالزوجة ماديا و معنويا وقد اختلف الفقهاء المسلمون في جواز تطليق الزوجة لحبس زوجها من عدمه، فمنهم من أباح تطليقها و منهم من ذهب لخلاف ذلك، فموقف الأحناف و الشافعية ذهبوا لعدم جواز تطليق الزوجة لحبس زوجها مهما طالت مدة الحبس، و يبررون موقفهم بعدم وجود دليل شرعي لذلك

¹- سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص 362.

²- حفيظ جميلة ، المرجع السابق ، ص 50 .

أما موقف المالكية و الحنابلة ذهبوا لجواز التفريق بين الزوجين لغياب الزوج، حيث صرح ابن تيمه من الحنابلة بحق زوجة المحبوس والأسير و نحوهما بالفرقة من زوجها، حيث يتعذر عليها الانتفاع منه خاصة إذا طالت غيبته، أما المالكية صرحوا بان لزوجة الأسير الحق بطلب التفريق لان معيار و مناط التفريق عندهم هو بعد الزوج عن زوجته سواء كان اختياريا أو قهرا عنه، لان الضرر يلحق الزوجة من هذا البعد¹.

المشعر الجزائري وفق نص المادة 53 في فقرتها الرابعة، أخذ بموقف المذهب المالكي، حيث أجاز لزوجة المحبوس و المسجون طلب التطلق من زوجها، حيث بعد الزوج عنها يشكل لها ضرار يجيز التفريق، ولكن المشعر الجزائري أضاف شرطا آخر كون الجريمة المعاقب بها فيها مساس بشرف و سمعة الأسرة، كما انه لم يبين مقدار العقوبة المقيدة لحرية الزوج، بل يشترط أن تكون الجريمة المرتكبة فيها مساس و مؤثرة بشرف و سمعة الأسرة و يستحيل معهما مواصلة العشرة و الحياة الزوجية، وقد قيد المشعر الجزائري استعمال هذا الحق للزوجة بضرورة توفر عدة شروط أساسية مجتمعة و غياب أحدها يؤدي لسقوط حق الزوجة في طلب التطلق و منها نجد:

- يجب على الزوجة إثباتها بالطرق القانونية أن بسبب ارتكاب زوجها جريمة معينة صدر ضده حكم قضائي نهائي، و كان الحكم نهائي غير قابل لأي طريق من طرق الطعن.
- أن تكون العقوبة شائنة و هي العقوبة التي تنفر منها النفس البشرية، و تخرج عن الأخلاق النبيلة و تخالف الشريعة الإسلامية.
- أن تكون العقوبة المقيدة للحرية أكثر من سنة فلا يجوز لها طلب التطلق إذا كانت العقوبة بعض أشهر.
- أن تكون العقوبة ماسة بشرف الأسرة، فهذا الأخير واسع المفهوم، فالنصب والاحتيال و الاغتصاب كلها من الجرائم التي تمس بشرف الأسرة و سمعتها.
- أن تكون العقوبة التي ارتكبتها زوجها قرينة على استحالة مواصلة الحياة الزوجية بحيث أن علاقة الزوجين متوترة بسبب هذا الحكم و تحول المحبة و المودة لبغض و خلافات².

¹- البكري محمد عزم، موسوعة الفكر و القضاء في الأحوال الشخصية، ط.3، دار محمود للنشر والتوزيع ، مصر 1994، ص. 420 .

²- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص198. 199 .

المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها اقرت انه: "إن التعدي على الزوجة و اهانتها و المس بكرامتها بصفة صارت علاقتهما الزوجية أمر مستحيل، هي أسباب كافية لتبرير تطليقها"¹. فتتحصّر سلطة القاضي للاستجابة لطلب الزوجة و تطليقها من زوجها، ضرورة إثبات الزوجة أن العقوبة التي قام بها الزوج تمس بكيان وشرف الأسرة، وتقدير القاضي لها عندئذ وفقا للسلطة التقديرية و وفقا للوقائع المطروحة أمامه بتكليفه للعقوبة و الجريمة في مدى تأثيرها بكيان وسمعة وشرف الأسرة.

خامسا: التطليق للغيبية.

من بين الحالات التي أجاز فيها القانون للزوجة طلب الحكم بتطليقها من زوجها، ما تضمنته الفقرة 5 من الم 53 من ق.أ.ج.، حيث اعتبر أن غياب الزوج بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة سببا من أسباب فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، فقد اختلفت الآراء الفقهية حول جواز طلب الزوجة للفرقة بسبب غياب زوجها، فنجد الأحناف و الشافعية يقرّون أن الغيبية لا تكون سببا للفرق بين الزوج والزوجة، وان طالّت مدته لانعدام ما يصلح أن يبني عليه التفريق بينهما، وحتّهم عدم وجود دليل شرعي يثبت وجود هذا الحق، أما المالكية و الحنابلة يرون بجواز التفريق لغيبية الزوج إذا طالّت غيبته، وتضررت الزوجة بسبب ذلك، حتى و لو ترك الزوج الغائب مالا تنفق منه مدة غيبته، لان إقامة الزوجة بعيدة عن زوجها مدة طويلة ومحافظة على الشرف و العفة أمر لا تتحمّله الطبيعة البشرية في الغالب.

أما المالكية أجازوا الفرقة مطلقا و لم يفرقوا بين الغيبية لعذر مطلوب كطلب العلم و التجارة وجعلوا حد الغيبية بسنة، وهو القول الراجح، و الحنابلة لا يجيزون التطليق للغيبية إذا كان العذر مقبولا، حيث إذا كانت غيبية الزوج لعذر مقبول فلا يجوز التطليق لسببها وجعلوا حد الغيبية ستة أشهر².

و موقف المشرع الجزائري وفق المادة 53 في فقرتها الخامسة، اخذ برأي المذهب المالكي حيث انه يجوز للزوجة طلب التطليق بسبب غياب الزوج فترة زمنية تفوق سنة دون عذر مشروع ولا

¹ م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 39025: مؤرخ في 86 - 2-13، نقلا عن، بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري و مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص.85.

² بد ارن أبو العينين بد ارن، المرجع السابق، ص.448.

نفقة، ولكن لا يجوز للمحكمة أن تحكم للزوجة بتطبيقها من زوجها بسبب غيابه، إلا إذا توفرت لديها الشروط التالية:

- أن يمضي على غياب زوجها سنة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى عليه.
- أن يكون الغياب وقع من الزوج دون عذر شرعي ولا قانوني، فلو كان غياب الزوج بعد مضي سنة للقيام بخدمة عامة، أو لغرض خدمة عسكرية أو التعليم في الخارج فلا يجوز لها طلب تطبيقها على أساس غياب زوجها لان سببه كان مشروع .
- أن يكون غياب الزوج دون ترك مالا لزوجته تنفق به على نفسها و أولادها، أما إذا ترك لها ما تنفق به يسقط منها هذا الحق¹.

فيستوجب أن تتوفر الشروط الثلاثة لطلب الزوجة تطبيقها و إثبات غياب زوجها و تضررها فقد قضت المحكمة العليا بأنه " يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق مع التعويض، إذا تأخر الزوج عن الدخول بها لمدة 5 سنوات، فانه لذلك يعتبر في تبرير التعويض"².

فغياب الزوج عن زوجته من أنواع الضرر الذي يقع بها، و وقوع الضرر للزوجة مخالف للقاعدة الأصولية في الإسلام "لا ضرر ولا ضرار"، فاعتبار أن التطبيق للعيوب يقوم على أساس الضرر الواقع فيشترط لاستجابة القاضي لطلبها رغبة الزوج في الإضرار بها و إيذائها و إثباتها لذلك الضرر، كما أن للقاضي سلطة في تقدير مدى وجود الضرر في الزوجة لغياب زوجها و مدى توفير شروط سابقة الذكر، فحالة الغياب تخضع لسلطة القاضي بتقديرها و التأكد منها بشتى الوسائل و النظر في أسباب غيابه³.

سادسا: مخالفة الأحكام الواردة في نص الم 8 ق.أ.ج.

وفق نص المادة 53 المعدلة في فقرتها السادسة من ق.أ.ج، أحالت القاضي إلى نص المادة 8 من هذا القانون، انه يسمح للزوج بالزواج بأكثر من زوجة واحدة، متى وجد مبرر شرعي في حدود الشريعة الإسلامية و توفرت نية العدل، حيث اتفق فقهاء القديم على تعدد الزوجات في حدود الأربعة، لقوله تعالى " و إن خفتن أن لا تقسطوا في اليتامى، فانكحوا ما طاب لكم من

¹ - سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 269 .

² - م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 135435، صادر في 24 04 1996، م ق، عدد1، 1998، ص 129 .

³ - حفيظ جميلة، المرجع السابق، ص 45.

النساء مثني وثلاث ورباع، فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت إيمانكم ذلك ادني أن لا تعدلوا"¹.

فرغم إباحتهم للتعدد إلا أنهم اسندوا ذلك لشرطين، ضرورة العدل بين الزوجات، والقدرة على الإنفاق.

المشرع الجزائري أخذ في مضمون المادة 8 أعلاه، ما هو معروف في الشريعة الإسلامية التي جعلت للزوجة أو وليها الاشتراط أن لا يتزوج الرجل عليها، فيشترط في الزوج في حالة رغبته في التعدد، إخبار الزوجة السابقة والتي يقبل على الزواج بها، ولا بد أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة مكان مسكن الزوجية، فبذلك يجوز لرئيس المحكمة الترخيص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتها، و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفر العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية².

فما قضت به المادة أن المشرع الجزائري قد أباح للزوج التعدد كمبدأ عام، ولكنه قيده بضوابط فيستوجب على الزوج مراعاتها عند رغبته في الزواج ثانية، فإذا أخل الزوج بهذا الواجب و امتنع من مراعاة تلك الضوابط الشرعية جاز للزوجة طلب التطلاق وفقها و ذلك نتيجة تضررها من فعل الزوج، و من الشروط التي اشترطها المشرع لتمكين الزوج من التزوج ثانية نجد:

- وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى، كان يكون في الزوجة مرض يمنعها من تحقيق احد أهداف الزواج كمنعها من إنجاب.

- توفر في الزوج نية العدل بين الزوجات في الحقوق و الواجبات.

- إعلام الزوجة السابقة و اللاحقة بأمور الزواج حتى لا يكون ذلك غشا، فإذا امتنع الزوج يجوز للزوجة طلب التطلاق.

كما يشترط أن يقدم الزوج ترخيص إلى رئيس المحكمة بالزواج الصحيح، وفق شروط و هي تأكد من موافقة الزوجة السابقة و اللاحقة، و كذا إثبات الزوج المبرر الشرعي و قدرته في توفير العدل بين الزوجات³ فقد يلحق الزوجة ضرار نتيجة غياب زوجها عنها بسبب إعادة زواجه ثانية حيث يجوز طلب تطلقها، والمحكمة العليا أقرت في إحدى اجتهاداتها القضائية

¹ - سورة النساء، آية 3.

² - لحسن بن الشيخ اث ملويا ، المرجع السابق، ص 390 .

³ - حفيظ جميلة، المرجع السابق، ص 32.

نذكر منها: " حيث أن القضاة استنتجوا من وقائع الدعوى بما لهم من سلطة تقديرية مطلقة لان بقاء الزوج مع زوجته الثانية بعيدا عن زوجته الأولى فيه ضرار."¹

ـ "حيث الزوج لم يقيم بواجباته الزوجية اتجاه المدعية في الطعن بمضي معظم أوقاته مع الزوجة الثانية، و بالتالي فان الزوج لم يطبق قاعدة المساواة بين الزوجتين طبقا للشريعة الإسلامية"² فوفق ما سبق يجوز للزوجة طلب تطليقها من زوجها في حالة التعدد، و ألحقها ضرر نتيجة مخالفة زوجها لشروط منصوص عليها، فيقع عبئ إثبات مخالفة الزوج لذلك على الزوجة فللقاضي السلطة التقديرية المطلقة في التأكد من مدى مخالفة الزوج للشروط الواردة في نص المادة 8 ق.أ.ج.

سابعا: التطليق لارتكاب فاحشة مبينة.

بموجب نص المادة 53 في فقرتها 7، أجاز المشرع للزوجة حق طلب تطليقها من زوجها حال ارتكابه لفاحشة مبينة، المشرع الجزائري وفق نص المادة أعلاه، لم يحدد المقصود بالفاحشة فنقول عن أمر فاحش إذا زاد عن الحد المعقول، فيقال رجل فاحش أي معتد عن القول أو يقال خسارة فاحشة أي كبيرة³، وفي غياب الآراء الفقهية حول هذا الشأن، فما بقي لنا إلا الاستدلال بخير دليل؛ ما ورد في الآيتين الكريمتين حيث تصور الفاحشة بالأمور التي تخل بالنظام العام و السلوكات الاجتماعية ونذكر منها قوله تعالى: "لا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيل"⁴ وكذا قوله تعالى: " ولا تتكحوا ما نكح أبائكم من النساء إلا ما قد سلف انه كان فاحشة "⁵. فلا وجود لخلاف في القول أن الفاحشة هي جريمة مخلة لسمعة الإنسان، وتتنحصر في الجرائم التي اقرها الله تعالى و التي تسمى بالحدود وتتمثل في: الزنا، القذف، الردة، السرقة، السكر والبغي.

وباستقراء المادة 53 فقرة 7، فان للزوجة حق طلب تطليقها من زوجها حال ارتكابه لفاحشة مبينة تضر بسمعة الأسرة، وذلك بموجب دعوى قضائية بعد إثباتها لتضرره من الفعل الفاحش

¹ م.ع، غ.ق.خ، 1971- 02- 03، نشرة قضائية 72، عدد 2، ص. 39.

² م.ع، غ.ق.أ.ش، 1986 05 05، ملف رقم 41445:، (غير منشورة)، نقلا عن، بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 44.

³ حفيظ جميلة، المرجع السابق، ص. 24.

⁴ - سورة الإسراء، آية 32،.

⁵ - سورة النساء، آية، 22.

عن طريق مجموعة حجج، فوفقا لذلك فان سلطة القاضي حين رفع الزوجة لدعوى التطلاق على أساس ارتكاب الزوج لفاحشة، فان القاضي لا يستجيب لطلب الزوجة إلا بعد تأكده من ارتكاب الزوج للفعل الفاحش، ومدى تأثر الزوجة بذلك وإلحاق الضرر بها، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة ومطلقة في تحديد المعيار الذي به يكيف الفعل أن كان فاحشا أم لا¹.

ثامنا : التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين.

إذا حصل خصام وشقاق بين الزوجين وساءت العشرة بينهما، أمكن للزوجة المتضررة اللجوء وطلب تطلقها من زوجها، وهذا ما تضمنته الم الفقرة الثامنة من المادة 53 ق ا ج. فالشقاق، هو استمرارية العداء و الخلافات و الخصومات التي تعرض الحياة الزوجية للضياع و الانهيار، فيقوم الضرر وفق هذه الحالة على عدم معرفة المتسبب فيه، وهذا بسبب سوء المعاشرة الزوجية بينهما².

والأصل في الشقاق بين الزوجين، قوله تعالى: " وان ختم شقاقا بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريد إصلاحا يوفق الله بينهما " ³.

فلما سبق الحديث عنه سابقا، فانه إذا اشتد الخصام بين الزوجين ورفع أمرهما للمحكمة فان القاضي يعرض النزاع على إجراء التحكيم، حيث يتم تعيين حكيمين لمحاولة التوفيق بينهما كما أن المحكمة العليا في إحدى قراراتها أقرت بذلك وفق ما يلي:

"من المقرر عليه قانونا، انه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة صلح من طرف القاضي وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، و إذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن اثبات الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما"⁴.

فللزوجة عند طلب التطلاق على أساس الشقاق المستمر بين الزوجين إثبات الضرر اللاحق بها، ويكون ذلك بشتى الطرق حتى يتسنى للقاضي الحكم بتطلقها، وفي حالة الشقاق المستمر دون ثبوت الضرر يتعين على القاضي تعيين حكيمين، فسلطة القاضي مطلقة للحكم بفك الرابطة الزوجية متى اقتنع بإلحاق الزوجة ضرار نتيجة الشقاق المستمر بينهما.

¹ - منصورى نورة ، المرجع السابق، ص . 59 .

² - حفيظ جميلة، المرجع السابق، ص.72.

³ - سورة النساء ، آية ، 53.

⁴ - م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم: 57812، بتاريخ 12- 1989 - 25، م ق ، عدد 3، لسنة 1989، ص 71 .

تاسعا: التظليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

إلى جانب الفقرة الثامنة للمادة 53 ق.أ.ج. التي أتت بموجب التعديل الجديد، نجد الفقرة التاسعة و العاشرة، حيث أن الفقرة التاسعة للمادة 53 ق.أ.ج المعدلة، تقضي انه يجوز للزوجة أن تطلب التظليق من زوجها في حالة ما إذا لم يوفى الزوج، ولم يلتزم بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج .

فمصدر الفقرة نص الم 19 المعدلة من ق.أ.ج، التي تنص انه : " للزوجين ان يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم التعدد وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون ¹ .

فالمشرع الجزائري وفق تعديل المادة 19 ق.أ.ج، لم يأتي بتغيير لها سوى إضافة شرطين لها هما شرط عدم التعدد وعمل المرأة، فيستوجب على الأطراف في حالة الاشتراط في عقد الزواج، أن لا يكون الشرط المنفق عليه يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا كان كذلك أعد باطلا، فإذا تم الاشتراط في عقد الزواج يستوجب على الزوج الامتثال لها وتنفيذها، و إذا لم يتم بذلك فتم الدخول فيبقى للزوجة سوى المطالبة بالتظليق مع الاحتفاظ بحقها في التعويض ² .

فللقاضي سلطة مقيدة عند رفع الزوجة طلب التظليق من زوجها، بسبب مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج، فسلطة القاضي مقيدة بالشروط التي اتفق عليها الطرفان بحيث يستوجب عليه التأكد بوجود الشرط في عقد الزواج الرسمي أو اللاحق، مع ضرورة تقدير مدى مخالفة الشرط لأحكام عقد الزواج و الشريعة الإسلامية من عدمها.

عاشرا : التظليق بسبب كل ضرر معتبر شرعا .

كما استحدث التعديل الجديد للمادة 53 الفقرة العاشرة لها، حيث تقضي انه يجوز للزوجة طلب التظليق من زوجها عن كل ضرر يصيبها، وهذا ما اقره الشرع و القانون لقوله تعالى "ولا تمسكهن ضرار لعتدوا، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه" ³، فقد أجاز الشرع و القانون للمرأة حق طلب تظليقها من زوجها، عن كل ضرر يلحق بها سواء كان ضرار ماديا أو معنويا فيشترط المشرع لطلب الزوجة التظليق بسبب إلحاقها ضرار، أن تتحقق الشروط التالية:

¹ قانون 84_11 يتضمن قانون أسرة جزائري، معدل ومتمم ، المرجع السابق.

² حفيظ جميلة، المرجع السابق، ص 50 .

³ سورة البقرة ، آية 132.

_ أن يكون الضرر الواقع على الزوجة صادر من الزوج.

_ أن يقع الضرر على الزوجة وتقوم بإثباته.

_ أن يقع الضرر متعمدا؛ حيث يكون الضرر صادر من الزوج عن قصد .

كما أن المحكمة العليا أكدت ذلك في إحدى قراراتها، حيث تقضي: " من المقرر عليه قانونا أنه يجوز أن تطلب الزوجة التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا"¹.

فمبدئيا للقاضي سلطة تقديرية واسعة، و أن الضرر المعتبر شرعا لا حدود له فيخضع لتقدير القاضي، فالضرر لا يجوز حصره حيث يختلف من زمان لمكان، فرغم أن سلطة القاضي واسعة في تقدير الضرر الذي لحق الزوجة حيث بسببه يجوز رفع دعوى التطلاق تطالب بها فك الرابطة الشرعية، فإنها مضبوطة بقواعد شرعية فلا بد من وجود الضرر الذي هو معيار فك الرابطة الزوجية بالنسبة للزوجة².

وفي الختام ما يمكن استخلاصه من السلطة التقديرية للقاضي في تقدير حالات التطلاق، فان سلطة القاضي فيها مختلفة بحسب الحالات، فقد تكون سلطته مقيدة في حالات و مطلقة في حالات أخرى، كما انه وفق التعديل الأخير لق.أ.ج بموجب نص المادة 53 مكرر، فانه يجوز للقاضي الحكم بالتعويض عند ثبوت الضرر للزوجة .

الفرع الثاني: سلطة القاضي في الخلع.

من أهداف عقد الزواج، تحقيق السكينة و الطمأنينة بين الزوجين، والمودة و الرحمة بينهما وحسن المعاشرة، وعند استحالة تحقق أهداف النكاح فمصير الرابطة الزوجية انحلالها، فالمشرع الجزائري قد جعل الطلاق بيد الزوج نظرا لخطورته، ولكن هذا لا يعني ضرورة إجبار الزوجة على استمرارية الحياة الزوجية إذا كانت أهدافها غير محققة، منح لها المشرع الجزائري طريقتين لفك الرابطة الزوجية أولهما التطلاق، سبق تناوله سابقا، و ثانيهما الخلع وهو موضوع دارستنا مع تبيان سلطة القاضي فيه³.

فبموجب المادة 54 ق.أ.ج. أباححت للزوجة أن تفارق زوجها بواسطة مخالغته، بمقابل مالي يتم الاتفاق عليه بينهما، وسبب إلزام الزوجة بدفع المبلغ هو أن الفرقة كانت من طرف الزوجة دون

¹ - م.ع، غ. أ.ش، قرار رقم: 75588، مؤرخ في 1991 - 2 - 20، م. ق، عدد4، سنة 1993، ص7.

² - حفيظ جميلة، المرجع السابق، ص.55.

³ - منصورى نورة ، المرجع السابق ، ص.100 .

تقصير من الزوج، و بالتالي يستوجب عليها تحمل نتائج هذه الفرقة، تنص المادة 54 ق.أ.ج. على ما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على مقابل الخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداقها المثل وقت صدور الحكم"¹. فطريق فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع الوارد في المادة 54 ق.أ.ج، يختلف عن فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق المنصوص عليه وفق المادة 53 ق.أ.ج، حيث أن التطلق يقوم على أساس أسباب مادية واردة صراحة في نص المادة، و يستوجب على الزوجة إثباتها أمام القضاء حتى يقضي لها بالطلاق، إضافة لحقها في طلب التعويض، أما الخلع يقوم على أساس سبب نفسي و هو الكراهية، يكفي عدم وجود الزوجة لراحتها النفسية و السكينة و هو الهدف المرجو من الزواج، حيث إذا لم تتحقق السكينة و الطمأنينة بين الزوجين فلا فائدة من الزواج².

فباعتبار ان للزوجة الحق في مخالعة زوجها، فان المشرع الجزائري يشترط في مقابل ذلك أن تدفع لزوجها مستحقته المالية مقابل الخلع، فبدل الخلع يقدم من جانب الزوجة أو غيرها للزوج فلم يحدد الشيء الذي يكون محلا أو بدلا للخلع حيث اختلف فيه الفقهاء، ولكن جمهور الفقهاء اقرروا انه كل ما يصلح ان يكون مهرا يصلح ان يكون بدلا للخلع، سوا كان مالا أو منفعة تقوم بالمال.

غير انه ليس لبدل الخلع حد أقصى على خلاف المهر، فيتحقق الخلع بأي بدل، فالبديل في الخلع ركنا لا زم كالمهر في عقد الزوج عند الحنفية و الحنابلة، حيث لو تم الخلع ولم يذكر أحدهما البديل صح الخلع ولزم العوض، أما المالكية يقع الخلع بغير عوض، و الراجح عند الحنابلة حيث أن العوض و البديل لازم في الخلع، فيعتبر ركنا فيه لا يصح الخلع من دونه³. فالمشرع الجزائري أخذ بمذهب الحنابلة وفق نص المادة 54 ق.أ.ج. ذلك ان الزوجة يجوز لها طلب من القاضي الحكم لها بمخالعة زوجها مقابل منحها له بدلا لخلعها، فالبديل شرطا أساسيا وركنا ضروريا لقبول القاضي طلبها في الخلع، و يكون تقدير المستحقات المالية إما باتفاق الطرفين أو بتقدير القاضي له وفق لسلطته التقديرية حسب نص المادة 54 ق.أ.ج. و سلطته

¹ - قانون رقم 84 - 11، يتضمن قانون أسرة جزائري، معدل ومتمم، المرجع السابق.

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.902.

³ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.764.

التقديرية، تنحصر في تحديد بدل الخلع في حالة الاختلاف بينهما و عدم الاتفاق عليه ولا تمس جوهر الخلع، فالقاضي عند تقدير بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطريف عليه، يقدره بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

مما سبق يتضح أن سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة يختلف بحسب ما إذا كان طلبها منصبا على تطليق أو خلع، حيث أن سلطة القاضي في التطليق واسعة، ذلك انه يستدعي عليه إجراء تحقيق عند دراسة الوقائع، و الموازنة بين طلبات الزوج و الزوجة، ليتسنى له الحكم لها بالتطليق أو يرفضها اعتمادا على الأسباب الواردة في نص المادة 53 ق.أ.ج. بينما سلطة القاضي في الخلع ضيقة، حيث تنحصر في تقدير بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه، بما لا يتجاوز صداق المثل و مراقبته لمدى صحة و مشروعية مقابل الخلع، حيث لا يجوز أن تكون الحضانة مثلا كبديل الخلع¹.

من خلال ما تمت دارسته في هذا الفصل، فإن الضرر المعيار الأساسي الذي يبنى عليه التعويض عند نشوء الرابطة الزوجية أو انحلالها، الذي يتم تقديره وفقا للسلطة التقديرية للقاضي، بعد دراسة الوقائع المعروضة عليه، فسلطته في ذلك قد تكون مطلقة تارة كما قد تكون مقيدة تارة أخرى، سواء في تقدير التعويض الناتجة في العدول عن الخطبة، أو تحديد مصير الصداق في حالة العدول، إضافة للاستجابة لطلب الزوجة في طلبها للتطليق وتقدير التعويض عند ثبوت الضرر، وتقديره لبديل الخلع .

المطلب الثالث: تقدير القاضي للطلاق التعسفي والنشوز.

لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما جعل فك الرابطة الزوجية يخضع لإشراف القضاة ورقابتهم مما يخول لهم منع أي تعسف في استعمال الحقوق، وجبر الضرر الذي يلحق بالطرف المتضرر ومنحه التعويض المناسب.

وقد حاولنا تبيان دور القاضي في تقديره لاعتبار الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج تعسفا أم لا. إضافة إلى توضيح المقصود من النشوز الوارد بالمادة 55 من قانون الأسرة والذي يعتبر سببا من أسباب انحلال الرابطة الزوجية وذلك من خلال الفرعين التاليين:

¹ - منصور نور ، المرجع السابق ، ص113، 951.

أولاً: تقدير القاضي لتعسف الزوج في الطلاق

ثانياً: دور القاضي في تحديد حالات النشوز

الفرع الأول: تقدير القاضي لتعسف الزوج في الطلاق.

نصت المادة 52 من قانون الأسرة على ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وعليه إذا كان الطلاق بيد الرجل في الشرع والقانون، فإنه لا بد من سبب أو حجة شرعية تدعو إليه فلو طلق الزوج زوجته من غير داع مشروع للطلاق أو سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك ضرر جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه وفقاً لسلطته التقديرية بتعويض عادل.

وقد استقر القضاء الجزائري بأن حق الطلاق بالإرادة المنفردة مخول للزوج ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها التي يراعي القاضي في تقديرها حالة المطلق المالية¹.

غير أنه إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع يدعوا إليه وجب على المطلق تعويض الزوجة المطلقة عن الأضرار التي أصابتها.

والتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج عن الحكمة التي اقتضت إباحته كالطلاق في مرض الموت لحرمان الزوجة من الميراث أو الطلاق من دون أدنى سبب معقول.

ويشترط لاعتبار الطلاق تعسفياً أن يقع بلا سبب أو يكون بأسباب واهية مع الإشارة إلى أن للزوج أن يوقع الطلاق بإرادته المنفردة دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى ذلك لكنه يتحمل مسؤولية هذا الطلاق، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15/06/1999 والذي جاء فيه "، من المقرر قانوناً أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله.

ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنباً للحرج أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير قد طبقوا صحيح القانون...²

¹ - الدكتور بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- الجزء الأول - مرجع سابق- ص 235.

² - المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 15/06/1999 ملف رقم 23019- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية- عدد خاص سنة 2001- ص 104.

كما أن عدم بيان الزوج سببا للطلاق يكفي لاعتباره تعسفيا ولا تكلف المطلقة بإثبات التعسف. و المشرع الجزائري لم يوضح في المادة 52 من قانون الأسرة معيار الطلاق التعسفي ونحن نرى أن هذا المعيار يقوم على أساسين أحدهما شخصي يتمثل في النية أو الباعث و ثانيهما موضوعي وهو الموازنة بين الحقوق والظروف التي أحاطت باستعمال الحق فالمعيار هو ضمان حالة التوازن طبقا للقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار" وهذا ما تجسده السلطة التقديرية للقاضي.

كما أن القانون لم يحدد الأسباب المعقولة التي تبيح الطلاق دون تعويض وترك تقدير ذلك للقاضي بعد دراسة ملابسات القضية وظروف وأحوال الزوجين وما أدى إلى الانفصال بينهما فإن قدر السبب وكان معقولا في نظره ردّ دعوى التعويض وإلا حكم على الزوج بالتعويض حسب وضعه المالي¹.

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع قد حدد معايير التعسف في استعمال الحق في الحالة العامة، بحيث يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا تحققت إحدى الصور التي نصت عليها المادة 124 من القانون المدني: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
 - إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
 - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".
- من خلال هذا النص يمكن للقاضي أن يستخلص معايير التعسف حتى يسهل عليه التأكد من أن الزوج عند استعمال حقه في الطلاق بإرادته المنفردة متعسف أم لا.

الفرع الثاني: دور القاضي في تحديد حالات النشوز.

نص المشرع الجزائري في المادة 55 من قانون الأسرة على أنه "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر". وعليه فإن النشوز قد يكون من الزوجة كما قد يكون من الزوج، لكن المشرع الجزائري لم يحدد حالات النشوز ولا تعريفه وترك أمره للقاضي. وحسب نص المادة 222 من قانون الأسرة التي نصت "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

¹ - الدكتور بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- الجزء الأول - مرجع سابق- ص 239.

بالرجوع إلى أحكام الشريعة نجد أن النشوز يعني الترفع ومنع أداء الحقوق كراهة قد يكون من الزوج وقد يكون من الزوجة.

بالنسبة للزوجة الناشز هي تلك التي خرجت عن طاعة زوجها بدون حق شرعي والتي خرجت من بيت الزوج بدون إذنه وبدون سبب شرعي وبالتالي قد فوتت حق الاحتباس على الزوج بغير حق¹.

والناشزة في اللغة هي العاصية على الزوج المبغضة له، وفي الشرع هي الخارجة من بيت الزوج بغير حق²، ويمكن أن نذكر بعض الحالات التي تكون فيها الزوجة ناشز:

إذا امتنعت الزوجة عن الانتقال إلى منزل الزوج بدون وجه حق ودون سبب شرعي وقد دعاها للانتقال وأعد المسكن الملائم، أو أنها خرجت منه دون مبرر شرعي بعد انتقالها إليه ولم تعد، وهنا لا بد على الزوج أن يستصدر حكماً يرجوع الزوجة إلى بيت الزوجية ويثبت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم وهذا ما ذهبت المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 1984/07/09 جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعاً أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت بأنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها ومن ثم فالنعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض"³، وهنا لا بد من الإشارة أنه يشترط أن يكون مسكن الزوجية مشتملاً على لوازم الحياة الأساسية والمرافق الكافية وألا يكون مخوفاً وموحشاً وألا يجمعها مع ضررتها بغير رضاها⁴، فمتابعة الزوجة زوجها للمسكن الشرعي وهو بيت الزوجية الذي يختاره الزوج مستوفياً للشروط الضرورية للحياة هو واجب أساسي على المرأة من واجبات الحياة الزوجية، فإذا تمردت المرأة عن متابعة زوجها دون أن يكون هناك مانع، كما لو أن الزوج لم يؤدها ما يجب تعجيله من المهر أو لم يهيئ لها المسكن الزوجي الصالح فإنها بهذا التمرد الغير معذور تسقط نفقتها الزوجية عن عاتق الزوج مدة هذا التمرد والامتناع وتعود النفقة متى أذعنت وانقادت وهذا باتفاق جمهور الفقهاء⁵، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/07/09 المذكور أعلاه وقد أكدت هذه الأخيرة -المحكمة العليا - على أنه لا يمكن اعتبار كل زوجة امتنعت عن الرجوع إلى بيت الزوجية ناشزا وذلك في القرار الصادر بتاريخ 1987/02/09 الذي جاء فيه "من المقرر شرعاً أنه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تعتبر ناشزا

¹ - الأستاذ اليزيد عيسات: التطبيق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري - رسالة الماجستير - كلية الحقوق بن عكنون- الجزائر سنة 2002- ص45.

² - الدكتور وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته- مرجع سابق- ص792.

³ - المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1984/07/09 ملف رقم 33762- المجلة القضائية لسنة 1989- العدد الرابع- ص 119.

⁴ - مشروع قانون الأحوال الشخصية - الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما- مرجع سابق- ص104.

⁵ - مشروع قانون الأحوال الشخصية - الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما- مرجع سابق- ص107.

تحرم من أجلها من حقوقها الواجبة لها شرعا من جراء طلاقه لها، ومن المقرر أيضا أن النشوز لا يعمل به شرعا إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم لها بها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدئين يعد خرقا للقوانين الشرعية¹، كما أن امتناع الزوجة عن الرجوع لبيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا وهذا ما ورد في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/05/19 الذي جاء فيه " ... ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده قد سبق وأن رفع دعوى طلاق على الطاعنة على اعتبار أنها مريضة عقليا، ثم تراجع عن ذلك وطالب برجوعها من جديد ليتجنب مسؤولية الطلاق، فإن امتناع الطاعنة عن الرجوع بعد إهانتها لا يعتبر نشوزا...² . وحتى اشتراط الزوجة لرجوعها إلى بيت الزوجية حضور الزوج إلى بيت أهلها كرد لكرامتها هو شرط ينتفي معه النشوز، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1998/02/17 حيث جاء فيه: " من الثابت شرعا وفقها أنه في حالة الخصام بين الزوجين فإن حضور الزوج لبيت أهل الزوجة وطلب رجوعها إلى بيت الزوجية مرغوب لرد كرامتها لبناء حياة زوجية صحيحة".

ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضوا بجعل مسؤولية الطلاق على عاتق الزوجة باعتبارها ناشز، فإنهم أخطئوا في تفسير القانون و الشرع لأن الزوجة لا تعتبر ناشزا، بل اشترطت لرجوعها حضور الزوج إلى بيت أهلها لرد كرامتها وهو الشرط الذي ينتفي معه النشوز بأغلبية آراء الفقهاء، فإنهم أخطئوا في تفسير القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه³.

إضافة إلى هذا فامتناع الزوجة من السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا منها وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 2000-11-21، الذي جاء فيه "إن امتناع الزوجة عن السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا وأن القضاء بإيقاع الطلاق على الطاعنة يعد تعسفا في حقها وتستحق التعويض جبرا للضرر"⁴.

تعتبر الزوجة ناشزا إذا كان الزوج يقيم معها في بيتها بإذنها ثم منعه من الدخول ولم تطلب منه الانتقال لمسكن آخر ولم تترك له فرصة للبحث عن مسكن لأن منعها له من غير طلب سابق والإمهال خروج عن طاعته⁵.

خروج الزوجة من بيت زوجها في غيبته أو دون إذنه للحاجيات التي تستدعي خروجها أو للأمر أو الزيارات المشروعة كزيارة الأهل مثلا وجدنا فيه اختلافات كبيرة بين الفقهاء في

1- المحكمة العليا - قرار صادر بتاريخ 1987/02/09-ملف رقم 45311-المجلة القضائية لسنة1990-العدد الثالث-ص56.

2- المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1998/05/19 ملف 189324- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية - عدد خاص سنة 2001-ص147.

3- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار صادر بتاريخ 1998/02/17-ملف رقم 184055-المجلة القضائية-العدد الثاني- سنة 98 - ص 85.

4- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار صادر بتاريخ 2000/11/21-ملف رقم 251682-المجلة القضائية لسنة 2001-ص290

5- الدكتور رمضان علي - السيد الشرنباصي- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية - دار الجامعة -2001-ص202.

اعتبار الزوجة ناشزا أم لا فهناك من يرى أنه ليس للزوجة الخروج من المنزل ولو إلى الحج إلا بإذن زوجها¹، وهناك رأي آخر وهو رأي فقهاء الحنفية الذين يرون أن للزوجة الحق في أن تخرج من بيت الزوجية لزيارة والديها وليس للزوج أن يمنعها من ذلك وإن كان أبوها مريضا مرضا معقدا واحتاج إليها فعليها أن تذهب إليه وإن كان غير مسلم وإن أبى الزوج، وليس للزوج منع أبويها وغيرهم من المحارم زيارتها²، كما أن الشافعية يرون أن للزوجة الخروج في غيبة زوجها إلى بيت أبيها أو أقاربها أو جيرانها ونحوها كالعبادة والتعزية، ولا يسقط هذا الخروج نفقتها لأنه لا يعد نشوزا عرفا³، ونحن نميل إلى الرأي الذي ذهب إليه فقهاء الحنفية والشافعية لكن هذا لا يعني أن تتعسف الزوجة استعمال حقها بالخروج من بيت الزوجية بين كل لحظة وأخرى نكاية في الزوج أو ما شابه ذلك ونؤكد أن الخروج لا يكون إلا للحاجات التي تستدعي خروجها وللأمور والزيارات الشرعية فالقاضي هنا هو الذي يحدد الحالات الضرورية التي تستدعي خروج الزوجة من بيت الزوجية وكذا الزيارات التي تعتبر شرعية وذلك وفقا لسلطته التقديرية باعتماده على عرف المنطقة التي يقطن فيها الزوجان أو على عادات أهليهما وتقاليدهم.

قضية سفر الزوج بزوجه وكون عدم سفر الزوجة مع زوجها يعتبر نشوزا أم لا تعددت فيها آراء الفقهاء والرأي الراجح في الفقه أن للزوج بعد أدائه كل المهر المعجل لزوجه أن يسافر بها إذا كان مأمونا عليها⁴، فإن كان الزوج غير مأمون عليها يريد نقلها من بيت أهلها ليؤذيها، أو يأخذ مالها وامتنعت عن السفر فلا تعتبر ناشزا.

وعليه فوجوب سفر الزوجة مع زوجها ومتابعتها له فيه هو الأصل ما لم تكن قد اشترطت عليه في عقد الزواج خلاف ذلك، ويترك للقاضي في غير حالة الشروط العقدية تقدير الظروف والملابسات التي تسوغ إسقاط هذا الواجب عن الزوجة، ومنع الزوج من السفر بها، فالقاضي يقدر ذلك بحسب ما يراه من الوقائع ويأخذ بعين الاعتبار أن يكون الزوج مأمونا على نفس الزوجة ومالها ولا يقصد بنقلها الكيد والإضرار بها إلى غير ذلك من الاعتبارات التي تختلف باختلاف المواطن ولا تخفى على فطنة القضاة⁵.

كل هذا عن نشوز الزوجة، أما عن نشوز الزوج فيتحقق بمنع الزوجة من حقوقها كترك الإنفاق عليها، أو المبيت عندها أو هجرها بالمرة أو إيذاؤها بالضرب والسب وما إلى ذلك من ضروب الإهانة والتعسف، فيصدق على الزوج وصف الناشز إذا منع زوجته من حقوقها، ولو في بعض منها ويسئ خلقه معها وهناك العديد من الحالات التي يعتبر فيها الزوج ناشزا

¹ الدكتور وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته- مرجع سابق- ص335.

² مشروع قانون الأحوال الشخصية - الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما- مرجع سابق- ص113.

³ مشروع قانون الأحوال الشخصية - نفس المرجع- ص133.

⁴ الدكتور وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته- مرجع سابق- ص342.

⁵ مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما- مرجع سابق- ص117

وبالتالي يمكن للزوجة أن تطلب حل الرابطة الزوجية والحصول على التعويض طبقا لنص المادة 55 من قانون الأسرة ونذكر منها:

- **نشوز الزوج عن طريق الظهار:** قد تصدر عن الزوج عبارة لا تدل على الفرقة وإنما على تحريم الحياة الزوجية، فهي تدل على بقاء العلاقة الزوجية لكنها تبقى علاقة محرمة، وذلك بأن نسب زوجته إلى إحدى محارمه فيقول لها أنت علي كظهر أمي أو نحو ذلك، والظهار هو تشبيه الرجل زوجته في التحريم بإحدى المحرمات على وجد التأبيد سواء كان ذلك بالنسب أو المصاهرة أو الرضاع¹.

- **نشوز الزوج عن طريق الإيلاء:** الإيلاء هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق القربان على ما يشق، فالحلف بالله ألا يقرب زوجته خمسة أشهر إيلاء، وإذا علق الدخول بها على عبادة فيها مشقة أو أمر فيه مشقة عليه فهو إيلاء².

الزوج الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية بغير سبب جدي، يعتبر ناشزا كما أن الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك بغير سبب جدي يعتبر ناشزا أيضا.

- **نشوز الزوج بسبب عدم الإنفاق:** إن امتناع الزوج عن الإنفاق عن زوجته دون سبب شرعي يعد نشوزا منه، وعدم الإنفاق إذا أثبت بحكم قضائي حائز لقوة الأمر المقضى فيه يعد سببا من أسباب التطلق الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة، واشتراط إثبات عدم الوفاء بالنفقة بواسطة حكم قضائي وصيرورة هذا الحكم حائز لقوة الأمر المقضى به فيه غبن للزوجة³، لذلك في رأينا أنه من الأحسن أن يكون إثبات نشوز الزوج لعدم الإنفاق طبقا للقواعد العامة للإثبات.

من خلال ما تمت دارسته في هذا الفصل، فإن الضرر يعتبر المعيار الأساسي الذي يبنى عليه التعويض عند نشوء الرابطة الزوجية أو انحلالها، الذي يتم تقديره وفقا للسلطة التقديرية للقاضي، بعد دراسة الوقائع المعروضة عليه، فسلطته في ذلك قد تكون مطلقة تارة كما قد تكون مقيدة تارة أخرى، سواء في تقدير التعويض الناتجة في العدول عن الخطبة أو تحديد مصير الصداق في حالة العدول، إضافة للاستجابة لطلب الزوجة في طلبها للتطبيق وتقدير التعويض عند ثبوت الضرر، وتقديره لبدل الخلع.

¹- الأستاذ عمر زودة طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها-مرجع سابق-ص46-

²- الإمام محمد أبو زهرة- الأحوال الشخصية-دار الفكر العربي- الطبعة الثالثة- أغسطس 1957- ص 343.

³- الأستاذ عمر زودة- طبعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها- مرجع سابق - ص48.

الفصل الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في الآثار
المترتبة على نشوء الرابطة الزوجية
وإنحلالها

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المالية للزواج وانحلاله

الأصل في عقد الزواج هو الاستمرارية و البقاء، غير أنه هناك حالات تصادف فيها العلاقة الزوجية عقبات و مشاكل تحول دون استمرارها و بالتالي يدفع بذلك إلى انحلال الرابطة الزوجية بأي طريق من طرق الحل أو الفك.

بمجرد الزواج أو انحلاله يترتب عليه نتائج و آثار تلزم بها أطراف العلاقة الزوجية بها سواء قبل فكها أو بعد الانحلال شرعا و قانونا، بما أن هذه الآثار ثابتة في الشريعة الإسلامية و كذا قانون الأسرة فإنه نجد هناك آثار مالية و أخرى غير مالية.

فالآثار المالية للزواج تتمثل في النفقة والصدّاق إلا أن هذا الأخير تم دراسته في الفصل الأول من هذه المذكرة، وعليه سنتطرق في هذا الفصل إلى النفقة دون الصّدّاق، أما عن الآثار الغير المالية فإنه نجد النسب فهو أثر غير مالي لزوج.

والآثار المالية لانحلال الرابطة الزوجية تتمثل في نفقة العدة و نفقة الإهمال، بالإضافة إلى التعويضات الناتجة عن هذا الانحلال، كذلك تقييم النزاعات القائمة حول متاع البيت، أما عن الآثار الغير المالية فنجد الحضانة التي تعتبر أثر لفك الرابطة الزوجية.

كما أننا سنتناول الآثار المالية الناتجة عن انحلال الزواج وحاولنا تبيان دور القاضي في ذلك وهذا في مطلبين اثنين.

المطلب الأول: الآثار المالية الناتجة عن الزواج وتقدير القاضي لها.

المقصود بآثار عقد الزواج هو النتائج القانونية التي تترتب على العقد بمجرد انعقاده، وتعتبر النفقة من الإنفاق، و هي الإخراج و لا يستعمل إلا في الخير، جمعها نفقات و هي لغة ما ينفقه الإنسان على عياله أما التعريف الشرعي هي كفاية من يمونه من الطعام و الكسوة و السكن، وهذا الأخير يشمل البيت و متاعه و مرافقه حسب العرف و النفقة قسمان:

- نفقة الإنسان على نفسه.

- نفقة الإنسان على غيره و أسبابها الملك، القرابة أو الزوجية، ما يهمننا في موضوعنا هي نفقة الإنسان على غيره بسبب الزوجية.

النفقة الزوجية أثر من الآثار المالية التي تترتب على نشأة الرابطة الزوجية، فبمجرد إبرام عقد زواج صحيح توجب عنه النفقة¹، كما تعتبر النفقة أثر من آثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية، لاستحقاق المطلقة نفقة العدة والمتعة¹.

¹ - العمروسي أنور، المرجع السابق، ص.191.

بمجرد العقد على المرأة بعقد زواج صحيح فإنه يفرض على الزوج الإنفاق على زوجته وأولاده و التي تسمى النفقة الشرعية، والتي تكون حسب وسعه وحكم النفقة الزوجية واجبة مادام أنّ الزوجة في طاعته.

نتعرض في هذا المطلب تدخلات القاضي في النفقة على الزوجة، كذلك النفقة على الأولاد وذلك خلال الفروع التالية:

_ الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير النفقة على الزوجة.

_ الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير النفقة على الأولاد.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير النفقة على الزوجة.

أوجب الله سبحانه و تعالى النفقة على الزوج لزوجته، سواءً كان ميسراً أو معسراً فإنه يلتزم بها اتجاه زوجته²، لأنّ الزوجة بمقتضى عقد الزواج تصبح محبوسة لحق الزوج و في طاعته و حضانة أولادها وتربيتهم فمقابل كل هذا الزوج يقوم بالإنفاق عليها³.

المشعر الجزائري قد تناول النفقة في المواد من 74 إلى 80 ق.أ.ج. المعدل بموجب الأمر رقم

02|05

فص في المادة 74 على ما يلي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها، أو بدعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون"⁴.

وفق المادة أعلاه فإنّ المشعر الجزائري ألزم الزوج بالإنفاق على زوجته وذلك إذا تمّ الدخول بها في البيت الزوجية أو متى دعت إليه⁵.

¹ - محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين (دراسة تاريخية و تشريعية و قضائية)، جزء ثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 21، ص.181.

² - محمد عاشق إلهي البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري، جزء ثاني، مكتبة الشيخ، المملكة العربية السعودية، 1991، ص.57.

³ - السيد سابق ، فقه السنة ، مجلد ثالث، دار الفتح الإعلامي العربي، مصر، 2000، ص. 110 .

⁴ - قانون 84_11، متضمن قانون أسرة الجزائري، معدل و متمع، المرجع السابق.

⁵ - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.105.

من خلال ما سبق نطرح التسائل الآتي: فيما تتمثل مشتملات النفقة و ما هي الطريقة التي يقدر بها القاضي لهذه النفقة وكيف يحدد تاريخ استحقاقها؟ فكل هذه النقاط نتعرض إليها فيما يلي:

أولاً: مشتملات النفقة

نص المشرع الجزائري على مشتملات النفقة في المادة 78 ق.أ.ج. بأنه: " تشمل النفقة: الغذاء، و الكسوة، و العلاج، و السكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة"¹.

والمشرع حدد هذه المشتملات على سبيل المثال و ليس الحصر؛ لأنّ المشرع قرر أنه يمكن أن يضاف إليها كل ما يعتبر من الضروريات في الناس و عاداتهم، و ذلك وفقاً للمستجدات التي تطرأ على المجتمع².

ثانياً: تقدير القاضي لنفقة

عند تقدير القاضي لنفقة الزوجة؛ فإنّه في هذا الصدد يطرح السؤال هل المطلوب منه أن يراعي جانب الزوج و حالته من اليسار أو الإعسار فيفرض لزوجة نفقة اليسار إذا كان الزوج ميسورا و نفقة الإعسار إذا كان الزوج معسرا، أو يراعي في فرضها حال الزوجة من فقر أو غنى، فيفرض على الزوج نفقة الفقراء إذا كانت فقيرة و هو ميسورا، و نفقة الأغنياء إذا كانت غنية و هو فقير، و أنّه يراعي حالهما معا في العسر و اليسر.

بالعودة إلى المادة 79 ق.أ.ج.³. نجد أنّ المشرع الجزائري ألزم القاضي عند تقدير النفقة أن يراعي في ذلك ظروف المعاش لكلاهما أي الزوج والزوجة و الحالة الاقتصادية و الاجتماعية⁴.

¹ - قانون 84_11، متضمن قانون أسرة الجزائري، معدل و متمم، المرجع السابق.

² - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.244.

³ - الم 79 ق.أ.ج. تنص على ما يلي: " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش ولا ي ارجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

⁴ - سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.107 .

ثالثاً: تحديد القاضي لتاريخ استحقاق النفقة

نص المشرع الجزائري على تاريخ استحقاق النفقة في المادة 80 ق.أ.ج. و التي تنص على مايلي: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءً على بيئة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"¹.

فتاريخ استحقاق النفقة يبدأ من تاريخ رفع الدعوى لمطالبة بالنفقة، وتسجيلها في كتابة ضبط المحكمة، إلى تاريخ صدور الحكم بالنفقة فلا يحق للقاضي أن يحكم بها قبل رفع الدعوى و لا بعدها، هذا هو الأصل.

غير أن هذه القاعدة ورد عليها استثناء و المتمثل في إمكانية إصدار القاضي بالحكم بالنفقة لمدة سابقة عن رفع الدعوى، و السبب في ذلك تتمثل في الظروف التي دفعت بها إلى التأخير عن رفع الدعوى و ذلك بشرط قيام و وجود دليل منها تثبت فيه عدم إنفاق زوجها، أما إذا انعدم الدليل فإن القاضي في هذه الحالة لا يطبق هذا الاستثناء².

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير النفقة على الأولاد.

أوجب الله سبحانه و تعالى نفقة الأب على الأولاد فلا تشاركه في ذلك الأم و لا أحد الأقارب و تقدر هذه النفقة حسب حال الأب من غنى و فقر و وسط، و ذلك بالمعروف أي حسب العرف و العادة المعروف بها في تلك المنطقة³، و دليل وجوبها قول الله عزّ وجلّ " و على المولود رزقهنّ بالمعروف"⁴.

فالولد إذا كان عاجزاً عن الكسب لصغره، أو لإصابته بمرض مزمن منعه عن الكسب كالجنون أو العته والشلل، أو أنه طالب العلم فنفقته تكون من أبيه⁵، هذا إن كان الأب موسراً، أما إذا كان عاجزاً، عن الإنفاق يتحول واجب الإنفاق إلى الأم القادرة⁶، هذا ما أكدته المادة 76

¹- قانون 11_84، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل ومتمم، المرجع السابق .

²- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.944.

³- البسام عبد الله بن عبد الرحمن، توضيح الأحكام من بلوغ الم ارم، جزء سادس مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، د. س. ن، ص.53_63.

⁴- سورة البقرة، آية 332.

⁵- الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ص.328_428.

⁶- سعد عبد العزيز، جرائم الاعتداء على الأموال العامة و الخاصة، ط2 .، دار هومه للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2006.

ق.أ.ج. التي تنص: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"¹.

غير أنه إذا كان غنيا و كان قادرا على الكسب، فإنّ نفقته تكون من كسبه وهذا ما أقرت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 21|04|1998²، أما فيما يتعلق بأحكام التقدير لنفقة الأولاد وكذا تاريخ استحقاقها فهي نفس أحكام نفقة الزوجة.

النفقة من المسائل الإستعجالية ذلك لما للمرأة و الأولاد من ضرورة لتلبية حاجيات المعاش و بالتالي وجب على القاضي حل قضايا النفقة في مدة معقولة و قصيرة³.

المطلب الثاني: الآثار المالية الناتجة عن انحلال الزواج وتقدير القاضي لها

الآثار المالية لانحلال الرابطة الزوجية تتمثل في النتائج القانونية المالية الناتجة عن الطلاق لعل أهم هذه النتائج نجد الضرر اللاحق بالمطلقة ونفقة العدة التي تعتبر واجبة في خلال مدة العدة، بالإضافة إلى نفقة الإهمال في حالة امتناع الزوج عن الإنفاق على الزوجة و الأولاد دون نسيان النزاع القائم حول متاع البيت الذي يعتبر كذلك أثر مالي لانحلال الرابطة الزوجية. خلال الفروع اللاحقة نحاول دراسة كل هذه الآثار و سلطات القاضي فيها و ذلك حسب الخطة التالية:

- الفرع الأول: تقدير القاضي للتعويض و المتعة.

- الفرع الثاني: تقدير القاضي لنفقة العدة.

- الفرع الثالث: تقدير القاضي لنفقة الإهمال.

1- قانون 84_11، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل و متمم، المرجع السابق.

2- م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 189258، مؤرخ في 21|04|1998، قضية (فريق ح س) ضد: (ح أ)، م.ق، عدد خاص، 2001، نقلا عن، العيش فضيل، المرجع السابق، ص.47.

3- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 156.

الفرع الأول: تقدير القاضي للتعويض و المتعة.

الطلاق يترتب أضرار لأحد الزوجين و بالتالي إذا وجد ضرر فلا بد من تقديم تعويض للطرف المضرور، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري في المواد 52، 53 مكرر و 55 ق.أ.ج.¹.

أولاً: التعويض عن الطلاق التعسفي.

الطلاق التعسفي هو الطلاق الذي لا يتوفر فيه سبب معقول و مقنع و شرعي لتوقيعه؛ غير أنه إذا كان هناك سبب مشروع يتقدم به الزوج فإنه لا يعتبر طلاق تعسفي إنما يعتبر طلاق مشروع.

يلحق الطلاق التعسفي ضرر للمطلقة كالإساءة إلى سمعتها و بالتالي يجب التعويض عن ذلك الضرر، أيضا الشريعة الإسلامية رتبت على هذا النوع من الطلاق أثر و جب عليه التخفيف لضرر اللاحق بالمطلقة و هو ما يسمى بالمتعة².

مسألة تعسف الزوج في الطلاق تعود للسلطة التقديرية للقاضي، ذلك أنه إذا ما تبين له تعسف الزوج فإنه يحكم بالتعويض للمطلقة، هذا ما أكدته المادة 52 ق.أ.ج. بأنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"³.

المادة أعلاه لم تحدد المعيار الذي يعتمد عليه القاضي ليقدر التعويض عن الطلاق التعسفي بل أنه تركه لسلطة التقديرية للقاضي الذي يحدده وفقا لدرجة التعسف و الحالة المالية للزوج⁴. الإشكال القائم هل التعويض و المتعة لهما نفس المعنى؟

المشرع الجزائري لم ينص على المتعة إلا أن القضاء الجزائري جسده في قراراته فأعتبره في بعض الأحكام مثله مثل التعويض ذلك أن الزوجة التي طلقها، فإنها تقرر لها المتعة و ذلك تخفيفا على ألم فراق زوجها و هو ما يعتبر في حد ذاته تعويضا، و هناك أحكام قضائية أخرى ترى أن المتعة و التعويض يختلفان، ذلك أنه لا يجوز الحكم بالمتعة إلا لزوجة المطلقة طلاقا

¹- قانون 11_84، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل ومتمم، المرجع السابق.

²- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.832.

³- قانون 11_84، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل و متمم، المرجع السابق.

⁴- بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص.832.

تعسفيا ذلك أنها تمنح لها مقابل الضرر اللاحق بها جراء الطلاق التعسفي، و يسقط الحكم بالمتعة في حالة إذا ما تحمّل الزوجة المطلقة بالمسؤولية¹.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في نفقة العدة.

العدة هي المدة المعلومة التي تمضي فيها المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها دون أن تتكح رجلا آخر و ذلك إلى غاية انتهاء هذه المدة²، فإن أي فرقة حصلت بين الزوجين بأي سبب غير سبب الوفاة و ذلك سواء بالدخول الحقيقي في الزواج الفاسد، أو بالدخول الحقيقي أو الحكمي في الزواج الصحيح فإنه تجب على الزوج أن ينفق على المطلقة و هي ما تعرف بنفقة العدة³.

المشعر الجزائري تناول موضوع العدة في المواد 58 إلى 61 قانون الأسرة الجزائري، و في موضوعنا نرتكز على دراسة آثار العدة و سلطة القاضي التقديرية في ذلك حيث نص المشعر في المادة 61 ق.أ.ج.على أنه: "لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من المسكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة طلاقها"⁴.

خلال استقراء نص المادة نجد أن المشعر الجزائري أعطى الحق لكل مطلقة أو المتوفى عنها زوجها في النفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها، و ذلك يعتبر من مبادئ العدل على أساس المعتدة في هذه المرحلة تكون محتبسة عند الزوج بأمر الشرع ولمصلحة النظام العام، كذلك لمصلحة الرجل الذي تعدد لصيانة النسب إليه، لذلك يجب على القاضي أن يحددها و يشير إليها في نفس الحكم الذي تقضي فيه بالطلاق، حتى و إن كان ذلك بتظلمها و ذلك للعبارة المذكورة أعلاه⁵.

¹ - قمرابي عز الدين، صقر نبيل، قانون الأسرة قانونا وتطبيقا، د. ط، دار الهدى لطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ص. 66_56.

² - محمد عاشق إلهي البرني، المرجع السابق، ص. 45.

³ - العمروسي أنور، المرجع السابق، ص. 275.

⁴ - قانون 84_11، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل و متمم، المرجع السابق .

⁵ - منصور نور، المرجع السابق، ص. 83.

هذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 22/10/1984 والذي جاء فيه بما يلي "متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة ، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"¹. نفقة العدة حق ربطه المشرع بمكوث الزوجة في البيت الزوجية؛ بمعنى أن هذا الحق يسقط في حالة تركها المقر الزوجي و لم تقضي العدة فيه دون مبرر شرعي، وتعتبر و كأنها ناشز و على القاضي أن يحكم بنفقة العدة سواء طالبت بها تلك الزوجة أو لم طلبها، و ذلك لاعتبار أن حق النفقة حق ثابت شرعا من الحقوق الزوجية التي لا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعا أو تنازلت عنها الزوجة صراحة².

القاضي عند الحكم بالنفقة فيجب عليه أن يراعي حال الطرفين عند تحديده لمبلغ النفقة، هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 18/06/1991 الذي يقر بما يلي: "إن تحديد مبالغ المتعة و التعويض و نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها"³.

الفرع الثالث: تقدير القاضي لنفقة الإهمال

إذا امتنع الزوج عن أداء النفقة لزوجته و أولاده بعد فرضها و كان قادرا على الإنفاق فلها أن تطلب من القاضي حبسه حتى ينفق، و هذا الحبس لا بد له من شروط هي:

_ أن يثبت أن الزوج قادرا على أداء النفقة.

_ أن تقدر النفقة من القاضي و تمضي مدة لا ينفق حتى يتكون دين على عاتقه⁴.

المشرع الجزائري في هذا الصدد أدخل في قانون العقوبات في المادة 1/133 التي تنص على: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50000 إلى 300000 دج كل من إمتنع عمدا و لمدة تتجاوز شهرين (2) عند تقديم المبالغ المقررة

¹ - م. ع ، غ .أ.ش، قرار رقم 34327، الصادر في 22-10-1989 م، عدد 3، ص.96.

² - منصورى نورة، المرجع السابق، ص.48.

³ - م. ع، غ.أ.ش ، قرار رقم 75029، الصادر بتاريخ 18/06/1991 م. ق، سنة 1994، عدد 2، ص.56.

⁴ - بدارن أبو العينين بدارن، المرجع السابق ، ص.491_591.

قضاءً لإعالة أسرته، و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعهم، و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم¹.
إذا امتنع الزوج عمداً و لمدة تزيد عن شهرين عن دفع المبالغ المالية المقررة قضاءً للإنفاق على أسرته و عن أداء كل النفقة سواءً للزوجة، أو الأولاد رغم إلزامه بأدائها أو بدفعها إليهم، فإنه يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، و بغرامة مالية من 50000 إلى 300000 دج².

القاضي لا يحكم بهذه العقوبة المنصوص عليها في المادة أعلاه إلا إذا توفرت الشروط التالية:

- 1_ صدور قاضي قسم الأحوال الشخصية يلزم الزوج بتقديم النفقة.
 - 2_ أن يكون الحكم الملزم للنفقة قد قضى على قوة الشيء المقضي فيه، و لا يقل الطعن.
 - 3_ إبلاغ الزوج بالحكم المسند إليه، و طلب تنفيذه وفقاً للقانون .
 - 4_ إثبات امتناع الزوج عن الإنفاق في محضر رسمي يحرره المحضر القضائي.
 - 5_ يجب أن تكون الزوجة غير عالمة بإعساره وقت الزواج³.
- خلال ما تم عرضه في هذا الفرع نتوصل إلى أن المادة 74 المذكورة سابقاً أقرت أن نفقة الزوجة واجبة ولازمة على الزوج، و ذلك بمجرد الدخول بها، غير أنه إذ لم يتم بالإنفاق عليها أي امتنع عن ذلك فيحق للزوجة أن ترفع دعوى قضائية للمطالبة بنفقة الإهمال، فيحكم القاضي بها، أما عن تقديرها تعود للسلطة التقديرية للقاضي الذي يقدرها مع مراعاة حال الطرفين⁴.

¹ - أمر رقم 66_156، مؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ، م وافق ل 08 يونيو سنة 1966، متضمن قانون عقوبات، معدل و متمم، بقانون رقم 23106، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج.ر. عدد 84، صادرة في 24 ديسمبر 2006.

² - عبد العزيز سعد، جرائم الإعتداء على الأموال العامة و الخاصة، المرجع السابق، ص.671.

³ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.563.

⁴ - منصور نورة، المرجع السابق، ص.48.

المطلب الثالث: مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت

يعتبر النزاع حول متاع البيت من الآثار المهمة لانحلال الرابطة الزوجية وقد عالجه المشرع الجزائري بنص واحد وهو المادة 73 من قانون الأسرة والتي تطرح مجموعة من الإشكالات على القاضي عند تطبيقها وفيها مجال واسع لإعمال سلطته التقديرية، وقد نصت هذه الأخيرة على أنه: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشاركات بينهما يفتسمانها مع اليمين".

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع قد وضع لنا قاعدة عقلانية يعتمد عليها القاضي في تقدير ملكية أثاث البيت بحيث أنه إذا كان لأحد المتنازعين بينة حكم له القاضي بمقتضى البينة، وإن لم تكن لأحدهما بينة على دعواه فالقول قول من يشهد له الظاهر بذلك، أي ما يصلح للرجال عادة كأدوات الصيد وأدوات التجارة وما يتعلق بمهنته، وطلبه الزوج ونازعت فيه الزوجة وأنكرت ملكيته له دون بينة، فإنه يحكم به للرجل مع يمينه، وأن ما يصلح لاستعمال النساء عادة كالحلي وأدوات الخياطة وما شابه ذلك وطلبته الزوجة دون بينة فنزاع فيه الزوج وأنكر ملكيتها له فإنه رغم ذلك يحكم به لها مع يمينها وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1992/03/17 الملف رقم 81455 وكذا القرار الصادر بتاريخ 1986/01/27 ملف رقم 39775 عن غرفة الأحوال الشخصية.

ومن خلال دراستنا وجدنا أن النزاع يثار حول ملكية المتاع الذي تجلبه الزوجة معها في عرسها والذي اشترته بالمهر المقدم لها على اعتبار أن العادات تلزم على الزوجة أن تشتري بعض الأثاث من صداقها، رغم أن هذا الصداق ملك لها، فهنا لا يجد القاضي معيارا لتحديد المشترك من الأثاث وما هو معتاد للنساء أو للرجال، حيث يمكن القول أن هذا المهر قدم للزوجة نحلة ومنه كافة الأثاث والمتاع الذي أحضرته معها واشترته من المال المقدم لها كصداق هو ملك لها وعلى القاضي أن يحكم، ما لم يثبت الزوج خلاف ذلك بالبينة، وفي حالة ما إذا كان متاع البيت المتنازع عليه يحتمل أن يصلح لاستعمال الرجل والمرأة وليس لكلاهما بينة على امتلاكه فنجد هنا رأيين:

-الرأي الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/01/16 والذي جاء فيه: "إن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت

الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه¹.

-والرأي الثاني أنه إذا وقع النزاع حول بعض متاع البيت ولم يكن لأحد الخصمين بينة ولم يتمكن القاضي من التفريق بين ما يصلح لاستعمال النساء وما يصلح لاستعمال الرجال فإن حل هذا النزاع لا يمكن أن يتم إلا بالحكم بتقسيم متاع البيت بينهما منصفة.

فمن خلال ما نلاحظه نرى أنه على القاضي أن يعمل سلطته التقديرية في تحكيم العرف ويقضي بما يقضي به عرف تلك المنطقة في المعتاد أن تأتي به الزوجة عند زواجها فيحكم لها به وإن تعذر عليه ذلك يأخذ بما جاءت به المادة 73 فقرة 2 من قانون الأسرة بأن المشتركات بين الزوجين يقتسمانها مع اليمين، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 1998/04/21 تحت رقم 189245².

ويشترط في المتاع موضوع النزاع أن يكون موجودا ومشاهدا سواء كان موجودا بمسكن الزوجية أو غيره من الأماكن، وبذلك فإنه لا يمكن إقامة دعوى على متاع غير موجود أي محل إنكار من المدعى عليه بناء على نص المادة 73 المذكورة أعلاه، كأن يقدم أحد الزوجين قائمة تكون محل إنكار من الزوج الآخر، فهنا لا بد من إقامة الدليل على هذه القائمة وإلا توجه يمين النفي للمدعى عليه.

أما في حالة عدم إنكار المدعى عليه لموضوع الدعوى ذاكرا بأن المدعية قد تسلمت أمتعتها فقد انقلب إلى مدع وبذلك فقد أصبح مطالبا بإقامة الدليل على دعواه، ويقصد بالدليل البينة أو شهادة الشهود لإثبات ملكية المتاع لأحد الزوجين وعلى القاضي أن يقدر هذه الشهادة ويسجلها في محضر، والدليل الكتابي في إثبات ملكية المتاع المتنازع عليه هو الفواتير التي تثبت الشراء، وعلى القاضي أن يطلب من المدعي تحديد قيمة الأشياء المتنازع فيها كل على حدى وإذا اختلف في تحديد قيمة الأمتعة بين الزوجين فهناك رأيان الأول يرى أن للقاضي سلطة في تحديد ذلك ولا يجوز له أن يحول سلطته إلى شخص آخر، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1988/04/11 الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه

¹ - المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 16-01-1989 ملف رقم 52212 - المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الثالث - ص 55

² - المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1998/04/21 - ملف رقم 189245 - الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية - عدد خاص لسنة 2001 - ص 242.

إذا اختلف الزوجان حول قيمة الأمتعة فللقاضي سلطة في تحديد ذلك، ولا يجوز له تحويل سلطته إلى شخص آخر ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون¹.

أما الرأي الثاني فيرى أن هذه المسألة تعود لأهل الخبرة وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/05/18 والذي جاء فيه: "تقيم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناع والتجار وليس إلى القضاة"².

ونحن نميل إلى الرأي الأخير لأن تحديد قيمة المتاع خاصة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة، مهمة لا بد من اللجوء فيها إلى أهل الخبرة ولا تكفي السلطة التقديرية للقاضي وحدها لتحديدها.

وكما تم ذكره أنه في حالة عدم وجود بينة جعل المشرع العرف دليل القاضي باعتباره المصدر الثالث للتشريع فنصت المادة 73 من قانون الأسرة على "المعتاد" فهذا اللفظ يقصد به ما جرى عليه العرف في تحديد ما يصلح للنساء من متاع البيت وما يصلح للرجال، فإذا كان المتاع ما يصلح للرجال عرفاً يحكم له به القاضي بعد أداء اليمين من الزوجة والعكس، وإن نكل فهو للزوج الآخر.

إذا تخلف الدليل لدى الزوجة لإثبات إدعائها بوجود المتاع ببيت الزوجية عليها أن تحتكم إلى ضمير زوجها وتوجه إليه اليمين الحاسمة، إلا أن للقاضي سلطة تقديرية في ذلك فيستطيع منع الخصم من إساءة استعمال هذا الحق وله أن يرفض توجيه اليمين، إذا كانت الواقعة موضوع الحلف ليست متعلقة بشخص الحالف أو ليست منتجة في النزاع.

وما لاحظناه كذلك أنه عند حضور الزوج أو ورثته أمام القاضي قد يدعون أن الزوجة أخذت المتاع من بيت الزوجية عند خروجها أي ينكرون وجوده بالبيت الزوجي فيرجع القاضي هنا للقواعد العامة للإثبات أي إثبات أن الزوجة أخذت المتاع إما بالكتابة وذلك عن طريق محضر إثبات حالة يحرره المحضر القضائي يشهد فيه بأن الزوجة سلمت متاعها، أو بشهادة الشهود ويجب أن تكون هذه الشهادة واضحة ودقيقة حتى يمكن الاعتداد بها، بأنهم شاهدوا الزوجة وهي تحمل أثاثها إلى بيت أهلها، و في حالة عدم وجود أي دليل يدعم إدعائه فيمكن

¹ المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1988/04/11- ملف رقم 49302- مأخوذ من كتاب قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بالأمر 02/05 مدعوم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث للأستاذ يوسف دلاندة- دار هومة -طبعة 2007- ص103.

² المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية-قرار صادر بتاريخ 1999/05/18- ملف رقم 222651-الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية- عدد خاص سنة 2001- ص248.

له أن يلجأ إلى آخر وسيلة للإثبات وهي توجيه اليمين الحاسمة لزوجته فإن حلفت سقطت دعواه وإن نكلت أو وردت عليه اليمين وحلفها كسب دعواه.

أما في الحالة العكسية أي في حالة إدعاء الزوجة بأنها تركت متاعها ببيت الزوجية وطالبت الزوج بإرجاعه لها، فإنها تكون بذلك هي المدعية ويقع عليها عبئ إثبات هذا الإدعاء إما بالكتابة أو شهادة الشهود إذا لم يكن للزوجة دليل كتابي أو باليمين الحاسمة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/03/16 والذي جاء فيه: "إن المدعى عليه إذا أنكر الأمتعة المطالب بها، يفرض على قضاة الموضوع توجيه اليمين له على أساس إنكاره لوجود المتاع المطالب به عنده"¹، واليمين التي يوجهها القاضي تؤدي أمامه بالجلسة وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/06/10 الذي جاء فيه: "إن اليمين المنصوص عنها ضمن المادة 73 من قانون الأسرة تؤدي بالجلسة أمام قاضي الأحوال الشخصية الفاصل في موضوع النزاع وأن الحكم بأدائها بالمسجد الكبير يعد خطأ في تطبيق القانون"² ومسألة إثارة اليمين تعد من النظام العام يمكن لأي طرف التمسك بها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى في شكل دفع ولو للأول مرة أمام المجلس القضائي ولا يمكن وصف ذلك على أنه طلب جديد، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في اجتهادها الصادر بتاريخ 1994/07/19 الذي جاء فيه: "من المقرر قانون أن الدفع المتعلق بعدم تأدية اليمين بشأن الأثاث لا يعتبر طلبا جديدا، بل هو دفع يثار في أي درجة من درجات التقاضي"³.

وإذا وجهت اليمين إلى الخصم في نزاع أوردت عليه فإن الخصم يقوم بحلف اليمين بنفسه في الجلسة ويمكن تأديتها بحضور محامي الخصم لأن حضور هذا الأخير يغني عن حضور الخصم وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1987/12/07 والذي جاء فيه: "كان مؤدى المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية أنها توجب حلف اليمين بحضور الخصم الآخر أو بعد تبليغه لحضور الجلسة، فإن حضور محاميه أثناء تأدية اليمين يغني عن حضور الخصم..."⁴.

¹ - المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1999/03/16- ملف رقم 216836 - الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية- عدد خاص لسنة 2001- ص 245.

² - المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1997/06/10- ملف رقم 163381 - الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية - عدد خاص لسنة 2001- ص 239.

³ - المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1994/07/19- ملف رقم 109595 - الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية- عدد خاص لسنة 2001- ص 236.

⁴ - المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1987/12/07- ملف رقم 47284- المجلة القضائية لسنة 1993- العدد الأول- ص 41.

وتجدر الإشارة أن اليمين التي جاءت في نص المادة 73 من قانون الأسرة هي يمين متممة تتم بداية الدليل.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في النسب والحضانة.

تعد الأسرة اللبنة الأساسية في المجتمع حيث يجب المحافظة على متانتها لقيامها على أسس منظمة ولما كان الأولاد في هذه الحياة هم عماد المستقبل، أولاهم التشريع الإسلامي عناية كبيرة وخصتهم الشريعة الإسلامية بجانب كبير من الاهتمام فشرعت كثيرا من الأحكام المتعلقة بالطفل، إبتداءا من الزواج كوسيلة لإنجابهم وإيجادهم فإذا ما ولد الطفل حافظت عليه من الذل وحضنته من الضياع وأبعدته عن العار، فأثبتت له النسب من والديه، وهذا أول حق يثبت له بعد انفصاله عن أمه، فإذا ثبت نسب الولد من والديه تفرع منه العديد من الحقوق الخاصة بالطفل مثل حقه في النفقة والميراث، ويتقدم كل هذه الحقوق حق الطفل في الحضانة لضمان تربيته ورعايته والقيام بكل شؤونه.

وتعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي أقرتها الشريعة الإسلامية، وكذا قانون الأسرة الجزائري لأجل توفير الحماية والرعاية المادية والمعنوية للطفل وذلك نتيجة الوفاة أو الطلاق الذي يمكن أن يحدث بين الزوجين والذي من شأنه أن يؤدي إلى التنازع في مسألة الحضانة بالنسبة للأطفال الناتجين عن هذه العلاقة الزوجية التي لم تستمر والمشاكل التي تطرحها حول مصيرهم ومن يكفلهم وكيفية الاعتناء بهم؟

سنركز في دارستنا على سلطة القاضي التقديرية في إثبات النسب ونفيه، وكذا تقديره للحضانة وهذا في نقطتين أساسيتين:

1- تقدير ثبوت النسب ونفيه.

2- تدخل القاضي في الحضانة.

المطلب الأول: تقدير القاضي لثبوت النسب و نفيه

تناول المشرع الجزائري موضوع النسب في الفصل الخامس من القسم الثالث من الباب الأول في الكتاب الأول من قانون الأسرة وذلك في المواد من 40 إلى 46 منه وسنحاول إبراز مجال تدخل القاضي في نقطتين أساسيتين:

- أسباب ثبوت النسب.
- طرق إثبات النسب.

الفرع الأول: أسباب ثبوت النسب.

نص المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة على أن النسب يثبت بالزواج الصحيح أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول ومن خلال نص هذه المادة فالنسب يثبت بالزواج الصحيح، فالعقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد سواء أثناء قيام الزوجية أو بعد انقضائها بالطلاق أو الوفاة متى كان الاتصال بين الزوجين ممكنا و لم يكن الزوج قد نفاه بالطرق المشروعة، و يكون العقد صحيحا إذا كان مستوفيا لجميع أركانه و شروطه التي نص عليها المشرع في المواد 09 و 09 مكرر في قانون الأسرة والزواج الصحيح يسمى في الفقه الإسلامي بالفراش، فالولد لصاحب الفراش أي الزوج.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة على أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة وتعني إمكانية الاتصال بين الزوجين حدوث التلاقي بينهما فعلا كما قال أصحاب المذاهب الثلاث المالكية والشافعية والحنبلية، كما يشترط أن يكون الزوج ممن يأتي منه الحمل بأن يكون بالغا أو مراهقا على الأقل وخاليا من العيوب التي تحول دون الاتصال بالزوجة بصفة كلية.

إضافة إلى أن المشرع الجزائري نص في المادة 45 من قانون الأسرة على جواز اللجوء للتلقيح الاصطناعي وقيده بمجموعة من الشروط لا تخالف الشريعة الإسلامية.

كما يشترط حسب نص المادة 42 من قانون الأسرة أن يولد الجنين بين أدنى مدة الحمل وهي ستة أشهر وأقصاها وهي عشرة أشهر لكن السؤال الذي يطرح نفسه، ما هي الشهور المعتمدة في حساب أقصى مدة الحمل هل هي الشهور القمرية مثلما قال به الفقهاء أم هي

الشهور الشمسية؟ لم يجب المشرع الجزائري عن هذا السؤال إلا أن القضاء الجزائري يعتد بالأشهر الشمسية وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/11/17¹. إضافة إلى شرطي إمكانية الاتصال وولادة الولد بين أدنى وأقصى مدة الحمل، أضاف المشرع الجزائري شرطا ثالثا لثبوت النسب بالزواج الصحيح وهو عدم نفي نسب الولد من قبل الزوج بالطرق المشروعة، وهذا ما نصت عليه المادة 41 من قانون الأسرة، غير أن المشرع لم يحدد الطرق المشروعة لنفي النسب لذا وجب على القاضي الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة و بالرجوع لهذه الأحكام نجد أنها حصرت نفي النسب في طريق واحد يتمثل في اللعان².

و يعرف اللعان على أنه كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق العار به أو إلى نفي الولد³، و يشترط الفقهاء لصحته أن تتوافر فيه الشروط الآتية⁴.
1- قيام الزوجية الصحيحة بين المتلاعنين، سواء دخل بها أم لا، وبذلك لا يقع اللعان إذا كان الزواج باطلا أو فاسدا.

2- أن يكون كل من الزوجين عاقلا، بالغاً، و ألا يكون هذا النفي سبقه إقرار بهذا الولد سواء كان إقرارا صريحا أو ضمنيا بالقول أو بالفعل.

3- ألا يكون للزوج بينة أخرى لإثبات زنا زوجته وأن تكون الزوجة ناكرة لذلك إنكارا صريحا واضحا، و إذا تم اللعان، يفرق القاضي بين الزوجين فرقة مؤبدة وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

¹ المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1998/11/17- ملف رقم 210478 -الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص سنة 2001-ص 85.

² الدكتور أحمد عمراني-أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي والتلقيح الاصطناعي-رسالة ماجستير في القانون الخاص جامعة وهران 2000-ص 80.

³ الدكتور وهبة الزحيلي- الفقه الإسلامي وأداته- مرجع سابق- 557.

⁴ الدكتور بلحاج العربي - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الجزء الأول - الزواج والطلاق- مرجع سابق - ص 374.

لكن ما يأخذ على نص المادة 41 من قانون الأسرة أنها لم تبين الإجراءات الواجب إتباعها في طريقة نفي الولد باللعان كما أنها لم تحدد المدة التي يتم فيها اللعان و لا المكان الذي يتم فيه بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية يتم اللعان بأن يحلف الزوج بالله أربع مرات أنه لصادق فيما يتهمها به أن الولد ليس منه، و يقول في الخامسة أن غضب الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم بعد ذلك تحلف الزوجة أربع مرات بالله أنه لمن الكاذبين فيما اتهمها به وتقول في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين¹.

أما عن مدة اللعان فقد قررت المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1989/10/20 "أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا"²، إلا أننا وجدنا قرارا آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1985/02/25 قرر "أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرجت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا"³.

ونحن نميل إلى الرأي الذي أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/08/20 حيث تعطي للزوج مدة معقولة للقيام بالإجراءات اللازمة لرفع الدعوى. بالنسبة لمكان الملاعة فقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/10/28 إلى أن اللعان لا يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق⁴.

والسؤال المطروح هل يمكن نفي النسب بواسطة الطرق العلمية للإثبات وهل تدخل هذه الأخيرة ضمن الطرق المشروعة التي نصت عليها المادة 41 من قانون الأسرة؟

بالرجوع إلى نص المادة 40 نجد أنها أجازت للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب لكنها لم تتكلم عن نفيه، فبمفهوم المخالفة لهذا النص يمكن للقاضي اللجوء للطرق العلمية لنفي

¹ - الأستاذ عبد العزيز سعد- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري- مرجع سابق- ص184.

² - المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ1998/10/20- ملف رقم 204821 -الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص سنة 2001- ص82.

³ - المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ1985/02/25- ملف رقم 35934 - المجلة القضائية لسنة1989-العدد الأول- ص89.

⁴ - المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ1997/10/28- ملف رقم 172379 -الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية -عدد خاص سنة 2001-ص70.

النسب و سنيين الطرق العلمية التي يمكن للقاضي اللجوء إليها عند تناولها لمسألة طرق إثبات النسب.

كل هذا عن ثبوت النسب عند قيام الرابطة الزوجية، أما مسألة ثبوت النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية لا بد أن نشير لمسألة ثبوت ولد المطلقة بعد الدخول فالمشرع أشار في المادة 43 من قانون الأسرة أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، وأشار في المادة 43 من قانون الأسرة أن الولد ينسب لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، في حين أن المادة 60 من قانون الأسرة أشارت أن أقصى مدة الحمل 10 عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة والسؤال الذي يطرح نفسه هل المدة القصوى للحمل يبدأ حسابها من تاريخ صدور الحكم بالطلاق أو من تاريخ الانفصال الفعلي بين الزوجين، نحن نرى أنه طبقاً للقواعد الشرعية يبدأ حساب هذه المدة من تاريخ الانفصال الفعلي بين الزوجين.

وما تجدر الإشارة إليه أنه على القاضي أن يتأكد قبل إلحاقه للنسب من توافر أركان وشروط الزواج في قضايا إثبات الزواج العرفي وإلحاق النسب.

إضافة أن نكاح الشبهة يمكن أن يثبت النسب به حسب نص هذه المادة، وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد أن المشرع كان يتكلم عن الوطئ بشبهة، فنحن نرى أن عبارة النكاح بشبهة لم تكن في محلها لأن هذا الأخير ما هو إلا صورة من صور الزواج الفاسد والذي هو أيضاً سبب من أسباب ثبوت النسب.

الفرع الثاني: طرق إثبات النسب

الإقرار هو طريق من طرق إثبات النسب ويوجد هناك الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة كأن يدعي أب أو أم بنوة ولد معين أو يقوم ولد بإدعاء أمومة امرأة معينة أو أبوة رجل معين، وهناك الإقرار في غير الأبوة والأمومة ومثال ذلك أن يقر شخص بأن شخصاً آخر أخوه أو ابن عمه، والفرق بين النوعين أن النسب يثبت مباشرة بالإقرار المجرد مادامت شروط الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير قد توافرت، أما الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير فلا يثبت به النسب مباشرة وإنما لا بد من البينة.

بالنسبة لإثبات النسب عن طريق البيئة فقد رفضت المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 15/06/1999¹ إجراء فحص الدم واعتماده كدليل لإثبات النسب وهذا معناه أنها لم تأخذ بالمعنى العام للبيئة كونه يشمل الكتابة والقرائن، وأخذت بالمعنى الخاص، أي شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، لكن بعد التعديل الأخير الذي طرأ على نص المادة 40 من قانون الأسرة أضاف المشرع الطرق العلمية كدليل لإثبات النسب.

بالنسبة لإثبات النسب بالطرق العلمية فالمشرع لم يحدد لنا هذه الطرق ولم يحصر لنا صورها علماً أن الأبحاث العلمية في هذا المجال أثبتت وجود نوعين من الطرق العلمية يتصف الأول منها بأنه ظني الثبوت ولا يقدم سوى مجرد احتمالات ومثال ذلك نظام فحص الدم وهناك طرق أخرى قطعية للإثبات كالبصمة الوراثية وهذه الأخيرة هي التي قصدها المشرع في رأينا.

والسؤال الذي يمكن طرحه في هذا الصدد، هل يوجد تعارض بين لجوء الزوجة لاستخدام الطرق العلمية لإثبات نسب مولودها من الزوج وبين طلب الزوج إجراء اللعان؟.

نحن نرى أن الإجابة على هذا التساؤل متعلقة بالقاعدتين الأصوليتين التاليتين "أن اليقين لا يزول بالشك" وقاعدة "البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر" وعليه يمكن القول أن اللعان ليس من لزومه نفي النسب، لأن اللعان يقوم بنفي النسب على الشك لا على اليقين على عكس ما تؤكد البصمة الوراثية.

بقيت مسألة غاية في الأهمية متعلقة بسلطة القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب ومدى حجيتها.

فطبقاً للقواعد العامة فالخبرة القضائية بالنسبة للقاضي من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية، فله أن يصادق على تقرير الخبير كلياً أو جزئياً كما له أن يحكم من دونه، لكن يرى البعض إمكانية الخروج عن هذه القاعدة فيما يتعلق بالخبرة العلمية في مجال إثبات النسب استناداً إلى القيمة العلمية لهذه الطرق ونتائجها القطعية كالبصمة الوراثية مثلاً، ونحن نساند هذا الرأي.

¹ - المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 15/06/1999 - ملف رقم 22274 - الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية - عدد خاص سنة 2001 - ص 88.

وفي ختام هذا المطلب لابد أن نشير أن هناك قاعدة فقهية اعتمدها المحكمة العليا في العديد من قراراتها¹، تمكّن من إثبات النسب حتى مع الشك، فعلى القاضي أن يبحث بشتى الطرق وأن يحاول إثبات نسب الطفل بذلك لأن النسب حق من حقوق الله وحتى لا نترك هذا الصغير من دون نسب لأن في ذلك آثار جد وخيمة عليه وعلى المجتمع وهذه القاعدة هي قاعدة إحياء الولد.

المطلب الثاني: مجال تدخل القاضي في الحضانة

الحضانة هي القيام بتربية الطفل الذي لا يستقل بأمره وذلك برعاية كافة شؤونه من تدبير طعامه وملبسه وتنظيفه ووقايته مما يعرضه للهلاك والضرر، وقد عرفت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بنصها "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"

وقد نظم المشرع الجزائري مسألة الحضانة كأثر من آثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الأول في قانون الأسرة الجزائري وذلك في المواد من المادة 62 إلى المادة 72.

وباستقراء مجمل نصوص هذه المواد نجد أن المشرع الجزائري فتح الباب واسعا للقضاة لإعمال سلطتهم التقديرية باعتماده أساسا على مصلحة المحضون كمعيار أساسي لمعالجة القضايا المتعلقة بالحضانة.

لذلك سنحاول إبراز دور القاضي في مسألة الحضانة وذلك في النقاط التالية:

أولاً: إسناد الحضانة

ثانياً: إسقاط الحضانة

ثالثاً: مجال تدخل القاضي في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وتنظيم حق الزيارة.

¹ المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 15/12/1998- ملف رقم 202430 - الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية- عدد خاص سنة 2001- ص 77.

الفرع الأول: دور القاضي في إسناد الحضانة.

بالرجوع إلى نص المادة 62 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه في فقرتها الثانية نجد أن المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الأهلية ولا يقصد هنا بلوغ سن الرشد أي 19 سنة. فالأهلية هنا هي القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوفة بالمخاطر تتعلق بحضانة الطفل والقاضي هو الذي يحدد الشروط ومدى توافرها في الشخص الذي تستند إليه الحضانة وذلك وفقا لما يتمتع به من سلطات واسعة في هذا المجال، والمشرع لم يحدد له شروطا ومواصفات محددة وما عليه إلا الاعتماد على نص المادة 222 من قانون الأسرة والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها فصلت في شروط الحاضن ونذكر منها: **شرط العقل:** وهذا الشرط يتمشى والمنطق فلا يعقل أن يتولى المجنون حضانة طفل لأنه في حد ذاته في حاجة إلى من يتولاه ويرعى شؤونه وبالتالي لا يكون له تولى شؤون غيره. وعليه فلا بد أن يتأكد القاضي من السلامة العقلية للحاضن وألا يحرم صاحب الحق في الحضانة منها إلا بعد إن يثبت بالدليل عدم سلامته العقلية وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/02/13 والذي جاء فيه "إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداماً في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة"¹.

شرط البلوغ: الصغير الذي لا يتولى شؤون نفسه لا يمكن الاعتماد عليه لتولي شؤون غيره لأن الحضانة مهمة شاقة وليست بالأمر الهين، لذلك يشترط في الحاضن أن يكون بالغا والمقصود بالبلوغ في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني وهو تمام 19 سنة حسب نص المادة 40 من القانون المدني.

وتجدر الإشارة هنا أن القاصرة التي تحصلت على الترخيص بالزواج من طرف رئيس المحكمة تعتبر أهلا لتحمل المسؤولية الناتجة عن الزواج ويمكنها حضانة أولادها إذا توفرت فيها باقي الشروط وهذا استنادا على نص المادة 7 من قانون الأسرة التي جاء في فقرتها الثانية "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"

¹ - المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2002/02/13. ملف رقم 265727 المجلة القضائية لسنة 2004 العدد الثاني - ص 432.

شرط الأمانة على لأخلاق: الأمانة على الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة، فالحاضن الذي لا يقيم وزنا للأخلاق لا يكون أهلا للحضانة لأنه غير أمين على نفس الطفل وخلقه، فالأم التي ترتكب جريمة الزنا مثلا تسقط حضانتها على أولادها وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/09/30 والذي جاء فيه "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

ومتى تبين - في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة"¹.
وعليه لا بد أن يتأكد القاضي من استقامة الحاضن وحسن سلوكه وأخلاقه قبل منحه الحضانة.

شرط القدرة: يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة المحضون في كل الجوانب والاعتناء بشؤونهم والسهر على سلامته الجسدية والخلقية فلا تكون الحضانة مثلا لمسن عاجز عن القيام بشؤون نفسه فما بالك بشؤون الغير أو المريض بمرض يقعه الفراش كالمشلول مثلا، أو مصاب بمرض معدي وخطير من شأنه أن يؤذي المحضون، وقد تكلم القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/7/9 عن شرط القدرة وجاء فيه "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثمة فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي.

ولما كان الثابت - في قضية الحال- أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال، قد حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ"².

¹ - المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية-قرار صادر بتاريخ 1997/9/30. ملف رقم 171684- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص سنة 2001- ص 169.

² - المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1989/07/09 ملف رقم 33921-المجلة القضائية لسنة 1989-العدد الرابع-ص76.

شرط الإسلام: أكدت المادة 62 من قانون الأسرة على أن يربي المحضون على دين أبيه والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يشترط أن يكون الحاضن مسلماً.

اختلفت آراء الفقهاء في هذه المسألة فمنهم من قال بحرمان الحاضنة من الحضانة لاختلاف الدين كالحنابلة والشافعية ومنهم من قال أن المحضون يبقى مع الحاضنة الكافرة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعاً، فإن خيف على المحضون من الحاضنة أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد وهذا الرأي هو رأي الإمام مالك¹.

ونحن نميل إلى رأي الإمام مالك، لأن مناط الحضانة هو الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين وهذا هو الرأي الذي أخذت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1989/3/13

الذي جاء فيه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إن خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشرعية والقانونية"²

من خلال هذا فالقاضي هو الذي يقدر تأثير الحاضنة على دين المحضون، فإن تبين له ذلك اسقط الحضانة عنها وإن تبين أنه لا خوف على دينه فيعطيهما الحضانة ولو كانت كافرة.

إذا كان الحاضن رجلاً يشترط أن يكون محرماً للمحضون إن كانت أنثى، لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذا الشرط إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية فصلوا فيه تفصيلاً وافياً، فقد حدد الحنابلة والحنفية سن المحضونة بسبع سنين تفادياً للخلوة بها لعدم المحرمية وإن بلغت البنت حد الفتنة لم تعط له بالاتفاق لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة لا يكون لغير المحرم حضانة البنت ومثال ذلك حضانة ابن العم لبنت عمه، وأجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم وإبقائها عنده بأمر القاضي إذا كان مأمون عليها، ولا يخشى عليها الفتنة منه³ والخوف من الفتنة أو عدمه يحدده القاضي وفقاً لمعطيات كل قضية مطروحة بين يديه.

¹ - الدكتور وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق - ص 727.

² - المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1989/03/13 ملف رقم 52221 - المجلة القضائية لسنة 1993 - العدد الأول - ص 48.

³ - الدكتور وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق - ص 732.

الفرع الثاني: سلطات القاضي في إسقاط الحضانة.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أنه حدد حالات سقوط الحضانة وسنحاول التطرق لبعض الحالات مبرزين الدور الهام الذي يلعبه القاضي في ذلك.

نصت المادة 66 من قانون الأسرة على ما يلي "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" من استقراء نص هذه المادة يمكن أن نطرح بعض التساؤلات فهل سقوط الحضانة عن الحاضنة بزواجها بغير قريب محرم يكون في كل الحالات؟ وهل يعتبر هذا الزواج تنازلاً اختيارياً عن الحضانة أم أنه غير اختياري؟ وفي حالة التنازل على الحضانة هل يمكن إجبار المتنازل عليها؟.

المشرع الجزائري لم يعطي إجابة واضحة على هذه التساؤلات وما على القاضي إلا أن يجيب عليها وفقاً لما له من سلطة تقديرية.

إن زواج الحاضنة بغير قريب محرم يعد سبباً من أسباب سقوط الحضانة وهذا حسب نص المادة 66 من قانون الأسرة وحسب العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا ومثال ذلك القرار الصادر 1986/5/5 والذي جاء فيه "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما. أخرى غيرها أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة".¹

لكننا نرى أن سقوط الحضانة يكون بزواج الحاضنة بغير قريب محرم كقاعدة عامة، إلا أن لهذه القاعدة استثناءات فالقاضي لا يحكم بسقوط الحضانة مباشرة بمجرد زواج الحاضنة وإنما عليه أن يراعي مصلحة المحضون، فلو لم يقبل المحضون غير حاضنته - أما كانت أو غيرها - وأصر على البقاء معها فهل إسقاط الحضانة عنها فيه مصلحة للمحضون، نحن نرى أنه لا مانع من عدم إسقاط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير قريب محرم إذا كان في ذلك مصلحة للمحضون وتؤكد القاضي من تمسك المحضون بالحاضنة وكان الزوج رجلاً مستقيماً محمود الأخلاق لا يخشى منه على المحضون، أو أنه ليس للمحضون حاضن غير أمه التي تزوجت بغير قريب محرم أو له حاضن آخر غير أمين عليه وهناك استثناء وضعه المالكية

¹ - المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1986/5/5 ملف رقم 40438 - المجلة القضائية لسنة 1989 - العدد الثاني - ص 75.

على سقوط الحضانة عن الحاضنة التي تزوجت بغير قريب محرم وهو أن تكون هذه الأخيرة - الحاضنة- وصية على المحضون، لأن حق الوصاية لا تسقطه الزوجية ويحصرها هذا الاستثناء في الأم الحاضنة فقط، فقد قال الإمام مالك إن المرأة الوصي على أولادها لا تسقط حضانتها بتزوجها ولا ينزع منها، وهذا هو الرأي الغالب وقال رأي بامتداد هذا الحكم ولو كانت المرأة الوصي غير الأم¹.

بالنسبة لمسألة اعتبار زواج الحاضنة بغير محرم تنازلاً اختيارياً عن الحضانة أو تنازلاً غير اختياري وبالتالي حقها في المطالبة بالحضانة بعد سقوطها عنها من عدمه مسألة لم يتطرق إليها المشرع الجزائري وحتى المحكمة العليا لم تستقر على رأي واحد فهناك قرارات تعتبر أن هذا الزواج تنازل اختياري عن الحضانة ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1990/02/25 والذي جاء فيه "... ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفاً رضائياً واختيارياً يكون قد خالف القانون"².

وهناك قرارات أخرى تعتبر أن سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها من المطالبة باستعادة الحضانة واعتبرت أن هذا الزواج هو سبب غير اختياري لسقوط الحضانة ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1998/07/21 والذي جاء فيه "من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال بسبب سقوطها غير الاختياري.

ومتى تبين - في قضية الحال- أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طالقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقاً لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون"³

من خلال هذا فهل زواج الحاضنة من غير قريب محرم يعد سبباً اختيارياً لسقوط الحضانة أم أنه سبب غير اختياري لذلك؟ وهل يحق للحاضنة التي سقطت عليها الحضانة أن

¹ - المستشار أحمد نصر الجندي: النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي - دار الكتب القانونية - طبعة 2006 - ص 129.

² - المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1990/02/025 ملف رقم 201336-الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص سنة 2001-ص178.

³ - المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1998/07/21-ملف رقم 201336 - الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص سنة 2001-ص178.

تطالب بها بعد طلاقها أو وفاة زوجها؟ طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن آراء الفقهاء اختلفت في هذه المسألة كالمالكية الذين انقسموا إلى فئتين فمنهم من قال لا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بالتزويج بعد الطلاق لها أو موت زوجها¹، وهذا لأن الحضانة حق للحاضن حسب هذا الرأي.

وهناك رأي يقول أن زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون أنما يسقط حقها في حال تزوجها فإن طلقها الزوج أو مات عنها، رجعت في ولدها لأن تزوجها ليس رضا منها بترك الولد، لأن النكاح مما تمس الحاجة إليه كالطعام والشراب فأشبهه إذا مرضت وضعفت عن الحضانة، أن الولد يأخذ منها لهذه العلة، فإذا ارتفعت العلة عادت الحضانة إليها وأخذت ولدها.²

أما عن رأي الأحناف والحنابلة والشافعية فقد اتفقوا على أن من سقطت حضانتها بالتزويج يعود إليها حقها في الحضانة إذا ارتفعت الزوجية.³

وعليه فاختلاف قرارات المحكمة العليا حول اعتبار الزواج سببا اختياريا لإسقاط الحضانة أم لا مرده الاختلاف بين الفقهاء، ونحن نرى أن الرأي القائل بحق المرأة التي تسقط حضانتها بالزواج من غير محرم في المطالبة بالحضانة بعد الطلاق أو وفاة الزوج، أكثر ملائمة للظروف التي نعيشها اليوم فليس من السهل على المرأة أن تعيش مطلقة أو أرملة دون أن يكون لها رجل يساعدها على مجابهة مصاعب الحياة كما أن هذا الرأي ليس فيه أي إجحاف لحق المرأة واتفق عليه غالبية الفقهاء.

فإذا تزوجت سقط حقها في الحضانة وإن زال هذا الزواج لسبب من الأسباب عاد لها حقها وهذا اعتمادا على القاعدة الفقهية التي تقول إذا زال المانع عاد الممنوع، والقاضي هنا له مطلق السلطة التقديرية في إعادة الحضانة للأم من عدمه فلو رأى أن المحضون كبر وترعرع في كنف أبيه بعد زواج أمه لعدة سنين مثلا، أو أن المحضون يرفض العودة لأمه والعيش من أبناء رجل آخر خوفا منهم فالقاضي هنا لا يعيد الحضانة للأم إذ قدر أن مصلحة المحضون تقتضي بقاءه مع والده، فالقاضي يصدر الحكم وفقا لمعطيات كل قضية وطبقا لمصلحة المحضون.

¹ - المستشار أحمد نصر الجندي: نفس المرجع - ص 122.

² - المستشار أحمد نصر الجندي: نفس المرجع - ص 123

³ - المستشار أحمد نصر الجندي: النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي - نفس المرجع - ص 123.

بالنسبة لمسألة إجبار المتنازل عن الحضانة عليها، فالقاعدة أن حق الحضانة يسقط إذا تنازل عنه صاحبه اختياريا ولا يقبل طلب استرجاعها وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1989/03/27 والذي جاء فيه "من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون"¹.

إلا أن لهذه القاعدة استثناءات، فلو كان في هذا التنازل إضرار بالمحضون يرفضه القاضي ويجبرها على الحضانة ومثال ذلك أن يكون المحضون رضيعا في حاجة ماسة إلى أمه أو في حالة عدم وجود حاضن آخر غير الأم وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1988/12/19 والذي جاء فيه "من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة"².

وبناء على هذا فالقاضي إذا طرحت أمامه مسألة التنازل على الحضانة فعليه أن يبحث عن الآثار المترتبة عن هذا التنازل على المحضون وله مطلق السلطة التقديرية في قبول هذا التنازل من عدمه وفقا لما يراه مناسبا لمصلحته -المحضون-.

هناك حالة أخرى منح فيها المشرع للقاضي مطلق السلطة التقديرية في إثبات الحضانة أو إسقاطها وهي حالة الشخص الموكول له حق الحضانة الذي يريد أن يستوطن في بلد أجنبي فقد نصت المادة 69 من قانون الأسرة على ما يلي "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة

¹ المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1989/03/27- ملف رقم 53340 - المجلة القضائية لسنة 1990-العدد الثالث-ص85.

² المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1988/12/19- ملف رقم 51894 -المجلة القضائية لسنة 1990-العدد الرابع-ص70.

أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".

وعليه فعلى القاضي عند النظر في هذه المسألة أن ينظر إلى رأي الأبوين وظروفهما ومصلحة المحضون، وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/06/23 والذي جاء فيه "من المقرر قانوناً أنه إذا رغب الشخص - الموكول له حق الحضانة - الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون ولما ثبت -في قضية الحال- أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة، القاضي بإسناد الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه هو نفسه يقيم بفرنسا، وعليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط، وما دام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون فإن قرارهم استوجب النقض الجزئي"¹.

كما على القاضي أن ينظر إلى الدولة التي سينتقل إليها الحاضن بالمحضون ومدى تأثير المجتمع الجديد على هذا الأخير وما إذا كانت هذه الدولة مسلمة أم لا، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/12/25 والذي جاء فيه "من المقرر قضاءً في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصماً على الأولاد في الجزائر فإنه من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة..."².

لكن هناك نقطة متعلقة بسفر الحاضن بالمحضون داخل التراب الوطني لم يتطرق إليها المشرع الجزائري ولم يبين إذا كان ذلك من أسباب سقوط الحضانة أم لا، لكن بالرجوع إلى قرارات المحكمة نجد أنها تناولت هذه المسألة في العديد من قراراتها وصدر عنها اجتهاد قضائي بتاريخ 1986/09/22 جاء فيه "من المستقر فقهاً وقضاءً أن بعد المسافة لصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود، ومن ثم فإن القضاء بما يخاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون."³

¹ - المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1993/06/23 ملف رقم 91671 - المجلة القضائية لسنة 1994 - العدد الثاني - ص 72.

² - المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1989/01/02 - ملف رقم 52207 - المجلة القضائية لسنة 1991 - العدد الثالث - ص 74.

³ - المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1986/09/22 - ملف رقم 3594 - المجلة القضائية لسنة 1992 - العدد الرابع - ص 41.

والمسافة الواردة في الاجتهاد القضائي الوارد أعلاه هي التي قال بها المالكية في أحد أقوالهم والبريد الواحد يساوي 12 ميلا، والميل عبارة عن 1852 متر فتكون الستة برود $1852 \times 12 \times 6 = 130$ كيلومتر و 400 متر.¹

كما أنه عند الرجوع إلى آراء الفقهاء نجد أنهم دائما يتشربون مسافة قريبة، والعلة في ذلك هي تمكين الأب من ممارسة حقه في رعاية ابنه والمحافظة عليه.²

ولا يغير من واقع هذه المسافة، تغير وسائل المواصلات وسرعتها فالمقصود من تحديد المسافة كما يظهر من أقوال الفقهاء هو القرب، حيث أن رؤية المحضون من قبل الأب ليست هدفا لذاتها لكنها جزء من الهدف، وإنما المقصود من الرؤية هو الإشراف والتعليم والتأديب ومتابعة مصالح الصغير، وكل هذا لا يأتي بمجرد وصول الأب ليشاهد ابنه لوقت قصير ثم يعود³ لذا يجب على القاضي قبل الفصل في مسألة إسقاط الحضانة من عدمه أن يراعي كل هذه الاعتبارات مع تركيزه على مصلحة المحضون.

الفرع الثالث: مجال تدخل القاضي في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وتنظيم حق الزيارة

لقد أورد المشرع الجزائري ترتيب الحاضنين في المادة 64 من قانون الأسرة وذلك بنصها على أن "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

وهذا الترتيب لا يجوز مخالفته إلا استثناءا وبناءا على مصلحة المحضون وقد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/03/17 ذلك والذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة إلا إذا أثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة..."⁴

¹ - المستشار أحمد نصر الجندي: النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي - مرجع سابق - الصفحة 140.

² - الدكتور محمد سمارة: أحكام وآثار الزوجية - شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية - الدار الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى 2002 - ص 404

³ - الدكتور محمد سمارة : أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية - مرجع سابق - ص 405.

⁴ - المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1998/03/17 - ملف رقم 179471 - الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية - عدد خاص سنة 2001 - ص 172.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه ماذا قصد المشرع بعبارة الأقربون درجة؟ وما هو الترتيب الذي يعتمده القاضي بينهم؟.

ما على القاضي إلا الاعتماد على نص المادة 222 والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وبالرجوع إلى هذه الأحكام وجدنا اختلافا كبيرا بين الفقهاء في هذه المسألة، فمنهم من يرى أن لذوي الأرحام حضانة، ومنهم من ينفي حضانة ذوي الأرحام، ومنهم من يقدمون الأشقاء أولا ثم الذين لأم ثم الذين لأب، ومنهم من يقدم الذين لأب على الأخوة لأم،¹ وهذا ما يجعل مهمة القاضي صعبة للغاية في تحديد معنى عبارة الأقربون درجة الواردة في المادة 64 من قانون الأسرة، ونحن نرى أن القاضي عند نظره في هذه المسألة عليه أن ينظر إلى مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، أما عن المذهب الذي يعتمده فما دام المشرع أحاله في المادة 222 من قانون الأسرة إلى الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها، فه حر في اختيار المذهب الذي يراه مناسباً وفقاً لما له من سلطة تقديرية² ونحن نميل إلى الرأي الذي أخذ به شيخ الإسلام ابن تيمية وذلك لوضوح حجته فهو يرى أن في الحضانة يقدم أقرب الأقارب من الطفل، وأقومهم بصفات الحضانة، فإذا اجتمع اثنان فأكثر، فإن استوت الدرجة قدمت الأنثى على الذكر، فتقدم الأم على الأب والجددة على الجد والعمة على العم والأخت على الأخ، فإن كانا ذكراً أو أنثيين قدم أحدهما بالقرعة عند استواء درجتهما، وعند اختلاف الدرجة إن كانا من جهة واحدة قدم الأقرب فتقدم الأخت على ابنتها وهكذا، ولا حضانة للأخ لأم بحال لأنه ليس من العصابات وكذلك الخال³.

لكن كان من الأفضل لو أن المشرع ضبط ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في مادة قانونية واضحة على غرار بعض القوانين العربية كالقانون المصري في المادة 20 والقانون السوري في المادة 139.

كما أن المشرع ألزم القاضي في نفس المادة -المادة 64- عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة لكنه لم يبين لنا كيفية ممارسة هذا الحق ولا ضوابطه.

¹ - الدكتور محمد سمارة: نفس المرجع - ص 389.

² - للإطلاع على ترتيب الحاضنين في المذاهب الأربعة أرجع إلى كتاب أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية للدكتور محمد سمارة - ص 385.

³ - الدكتور محمد سمارة: نفس المرجع - ص 389.

ونحن نرى أن كل هذا يرجع لتقدير القاضي حسب معطيات كل ملف ولا بد أن يكون تحديد حق الزيارة تحديدا مرنا وفقا لما تقتضيه حاله المحضونين، ومن المفيد الإشارة هنا إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/04/16 والذي جاء فيه " متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على القاضي حينما يقضى بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.

ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي يترتب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون"¹، كما أنه يجب على القاضي عند ترتيبه لحق الزيارة ألا يضع شروطا قد تتعارض مع الهدف من هذا الحق ومثال ذلك تحديد مكان ممارسة حق الزيارة بيت الزوجة المطلقة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/12/15"².

وبالرجوع إلى أحكام الشرعية الإسلامية فالفقهاء لم يضعوا طريقا لتنظيم حق الرؤية (الزيارة) ولذلك يجب - دفعا للضرر - أن يراعي القاضي عادات الناس وعرفهم في استعمال هذا الحق³، وأن ينظر إلى مصلحة صاحب الحق في الزيارة حتى يتمكن من مراقبة المحضون والاطمئنان على أحواله وإشباع غريزته العاطفية من التمتع برؤية ولده كما يجب عليه النظر إلى مصلحة المحضون.

كما لا بد أن نشير إلى ما ورد في المادة 65 من قانون الأسرة بخصوص المدة المحددة لممارسة الحضانة وسلطة القاضي في تمديدتها إلى 16 سنة بالنسبة للذكر إذا كانت الحاضنة هي الأم، ولم تتزوج.

والسؤال الذي يطرح نفسه هل يستطيع القاضي تمديد حضانة الذكر إلى 16 سنة إذا لم تكن الحاضنة أمه وكانت مصلحته تقتضي ذلك؟

نحن نرى أنه يمكن للقاضي ذلك وفقا لما يتمتع به من سلطة تقديرية في هذا المجال لأن الأساس الذي تقوم عليه الحضانة هو مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى.

¹ - المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية-قرار صادر بتاريخ 1990/04/16- ملف رقم 59784-المجلة القضائية لسنة 1991-العدد الرابع-ص126.

² - المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1998/12/15- ملف رقم 214290-الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص سنة 2001- ص194.

³ - المستشار أحمد نصر الجندي: النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي - مرجع سابق - ص192.

من خلال كل ما تقدم فالمتمتعن في جل مواد قانون الأسرة المتعلقة بالحضانة، وكذا أغلب إن لم نقل كل قرارات المحكمة العليا المتعلقة بنفس المسألة، يجد عبارة مصلحة المحضون واردة فيها إلا أنه لا يجد تعريفا واضحا لها.

ويمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة يصعب وضعها في إطار محدد، لكن بالرغم من ذلك فإن لهذه القاعدة مميزات وخصائص يمكن إبرازها فيما يلي:

1. قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة ذاتية شخصية، بمعنى تتعلق بكل طفل على حدى، وعلى هذا الأساس ينظر القاضي إلى حالة كل طفل بمنظار يخصه ويحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة لمن بلغ سن السادسة أو السابعة من عمره.

2. قاعدة مراعاة مصلحة المحضون قاعدة قابلة للتغير فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في وقت آخر، وعلى هذا الأساس وضع المشرع حالات من خلالها يمكن إسقاط الحضانة على الحاضن مراعاة لتغير مصلحة المحضون. وقاعدة مصلحة المحضون يحكمها عنصران أساسيان هما:

تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية للمحضون، وتحقيق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل¹.

فمناط الحضانة هو المصلحة المعنوية بالدرجة الأولى ولا يختلف اثنان على أن الطفل حتى ينمو نموا سليما سواء جسديا أو عقليا أو نفسيا لا بد أن نؤمن له الاستقرار النفسي ونلبي حاجته الفطرية للعطف والحنان.

ومن هنا فالطفل الذي يغير مسكنه من مكان إلى آخر، ويتغير حاضنه من حاضن إلى آخر سيعيش اضطرابا نفسيا حادا لا محالة، والقاضي هنا عليه أن يكون محلا نفسيا قبل أن يكون قاضيا وعليه أن يضع نصب عينيه مصلحة الصغير عند الحكم بالحضانة وخاصة عند إسقاطها عن شخص ومنحها لشخص آخر.

¹ - الأستاذة حسين عزيزة- الحضانة في قانون الأسرة- قضاء الأحوال الشخصية والفقہ الإسلامي - مذكرة ماجستير - جامعة الجزائر - كلية الحقوق - 1999-2000 - ص76.

فالمشرع الجزائري جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار وأعطى للقاضي كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون وخير دليل على ذلك الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة بتاريخ 18/02/1997 والذي جاء فيه "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون.

ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون، مما يستوجب رفض الطعن"¹.

وحتى يتمكن القاضي من تكوين قناعته وتقدير مصلحة المحضون تقديرا سليما يمكنه اللجوء إلى العديد من الوسائل قبل إصدار حكمه ونذكر منها:

- **التحقيق و المعانية:** للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع وتحديد أيهم أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما له الاعتماد على الوثائق المقدمة من الأطراف وذلك بالاستناد على نص المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية، وهذا لجمع أكبر قدر من المعلومات التي تساعده للوصول إلى القرار الصائب.

- **الاستعانة بالخبراء:** ويمكن للقاضي الاعتماد على نص المادة 47 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والتي تناولت موضوع الخبرة ومن قبيل الخبراء الذين يمكن للقاضي الاعتماد عليهم المرشدة الاجتماعية، وذلك لتحديد مصلحة المحضون بل أن تعين المرشدة الاجتماعية قد يكون إلزاميا في بعض الحالات وهذا جاء في اجتهاد المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/05/1999 الذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون.

ومتى تبين - في قضية الحال- أن الزوجة أسندت لها حضانة أبنائها الأربعة بأحكام مع الحكم على والدهم بتوفير سكن لممارسة الحضانة، وبعد ماطلة المطعون ضده (الأب) في عدم توفير السكن، أصبح يدفع بكون الطاعنة لم تسع في التنفيذ (ممارسة الحضانة) مدعيا أنه يمارس الحضانة الفعلية.

¹ - المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 18/02/1997 ملف رقم 153640 المجلة القضائية لسنة 1997 - العدد الأول- ص39.

الفصل الثاني السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة على نشوء الرابطة الزوجية وانحلالها

فإن القضاة بقضائهم بإسقاط الحضانة على الأم طبقاً لأحكام المادة 68 من قانون الأسرة وعدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة لجنس الأولاد وأعمارهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، مما يتعين نقص القرار المطعون فيه¹.

-الاستماع إلى أحد أفراد العائلة: يجوز للقاضي أن يطلب حضور، أقارب الخصوم، أو أصهارهم، أو زوج أحد الخصوم إضافة إلى أخوة وأخوات وأبناء عمومة الخصوم وغيرهم من الأقارب كل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات للتحديد الأمثل لمصلحة المحضون وهذا عملاً بأحكام المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية.

ولابد أن نشير هنا أنه من الأفضل استبعاد شهادة الأطفال المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم، إضافة إلى أن شهادتهم قد يدلون بها بنوع من الخوف أو تحت تأثير الضغط، وهذا بدوره قد يؤثر على الاختيار الموفق².

كما أن الطفل عادة يختار من يساعده على اللعب وعدم الاكتراث وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1982/10/21 نقض قرار صادر من مجلس قضاء قسنطينة والذي اعتمد على رفض المحضونين الالتحاق بأبهما وعلى رغبتهما في البقاء عند جدتهما لأبيهما، فاعتبرت المحكمة العليا هذا الموقف مخالف لقواعد الشريعة والقانون الوضعي³.

ختام هذا الفصل نقول أن السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المالية المترتبة عن الزواج وانحلاله، تقديره للنفقة الشرعية الواجبة على الزوج نحو زوجته و أولاده، وكذا كافة التعويضات الملزمة على الزوج نحو مطلقته عند انحلال الرابطة الزوجية، كما أنه ملزم بتحقيق مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة فيعتبر ذلك الهدف المرجو من الحضانة، إضافة أن طرق إثبات النسب التي تمت دراستها لا تعد في مرتبة واحدة بل أن فراش الزوجية و الزواج الصحيح هو السبب الوحيد لإثباته حيث يكون الولد حينئذ ثمرة ذلك الزواج.

¹ - المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية-قرار صادر بتاريخ 1999/05/18- ملف رقم 222655- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية- عدد خاص سنة 2001- ص 185.

² - الأستاذة حسن عزيزة: الحضانة في قانون الأسرة- قضاء الأحوال الشخصية والفقہ الإسلامي - مرجع سابق- ص 86.

³ - المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1982/10/21- ملف رقم 32594- المجلة القضائية لسنة 1989- العدد الأول- ص 77.

الخاتمة

من خلال دراستنا لهذا الموضوع يمكننا أن نستخلص أن قانون الأسرة الجزائري له العديد من المميزات التي تميزه عن باقي القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية، فهذا القانون فتح مجال واسعاً أمام القاضي يتوصل إلى الحلول القضائية التي تعبر عن إرادة المشرع، إضافة أن الطابع الشخصي و قدرات القاضي لها أهمية بالغة، حيث استتبط أحكامه من أغلب المذاهب الفقهية.

كما أنه أحال القاضي في حالة عدم وجود النص القانوني إلى الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها أيضاً، فهذا وإن كانت نقطة إيجابية تسمح للقاضي بإيجاد الحلول المناسبة للنزاعات المطروحة أمامه، إلا أنه يجعل من مهمته صعبة و معقدة للغاية، ذلك أنه إضافة إلى وجوب تفسيره للقانون بمختلف فروعها يستوجب عليه التعمق و فهم مضمون الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها، كما عليه معرفة عادات و تقاليد المنطقة التي يمارس بها مهامه، إضافة لضرورة تفسير نسيات الأطراف لمعرفة مدى إصابتهم بالضرر لتقدير التعويض عن الضرر المعنوي.

فصوص قانون الأسرة الجزائري كما أشرنا سابقاً نصوص مرنة، يشوبها الكثير من الغموض و أمثلة ذلك عديدة في هذا الموضوع، التي منها النصوص المتعلقة بالخطبة، و التحكيم في الشقاق بين الزوجين، و النشوز و ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.

كما لاحظنا على مستوى مختلف المحاكم و المجالس القضائية، في مختلف ربوع الوطن انتشاراً واسعاً لقضايا الطلاق بمختلف أنواعه، وهذا ما يستوجب على القضاة ضرورة إيجاد حلول مناسبة لهذا الخلل الذي يهدم كيان الأسرة و كيان المجتمع بصفة عامة.

إضافة لانتشار ظاهرة الزواج العرفي التي كثرت، حيث يترتب عليها العديد من المشاكل يصعب حلها، فهناك من يلغي الكثير من أحكام قضايا الأسرة التي تتمثل في وجوب ترخيص رئيس المحكمة لزواج القاصر، أو في تعدد الزوجات، فالكثير من الأشخاص يلجئون لهذا النوع الزواج، ثم بعد ذلك يرفعون دعاوي لإثبات الزواج، و ما على القاضي إلا الحكم بذلك إذا توفرت الشروط القانونية، كما أن عديد الرجال ينكرون هذا الزواج مما تعجز المرأة عن إثباته و بالتالي تضيع حقوقها و حقوق أولادها من نسب و حضانة و نفقة.

و في نقول بأنه بات من الضروري إعادة النظر في صياغة مضمون قواعد قانون الأسرة و جعلها أكثر وضوحاً لتسهيل عمل القضاة في إيجاد الحل الأنسب للنزاع المطروح أمامه.

إذن فالقاضي عند تدخله لحل النزاعات المتعلقة بالزواج و الطلاق و آثارهما، فإنه يستند إما لتفسير قواعد قانون الأسرة التي يشوبها الغموض، أو يستند لأحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص القانوني الملائم لحل النزاع، أو استناده لأعراف و تقاليد المنطقة التي يباشر فيها نشاطه، باعتبار الشريعة الإسلامية و العرف أهم مصادر قانون الأسرة الجزائري، حيث أن معظم القواعد و الأحكام المتعلقة بالزواج و الطلاق و آثارهما مستنبطة من الشريعة الإسلامية.

(1) القرآن الكريم.

(2) الكتب:

- بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري و مبادئ الاجتهادات القضائية(وفق لقرارات المحكمة العليا)، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون (الزواج و الطلاق)، جزء أول، دار الطباعة و النشر و التوزيع لبنان، 1967.
- ابن تيمية أحمد،المستدرك في مجموع الفتاوى، ط2،، مجلد خامس، د. د. ن، السعودية 1997.
- أث ملويا لحسن بن شيخ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، جزء أول، دار هومه، الجزائر، 2005.
- البسام عبد الله بن عبد الرحمان، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، جزء سادس، مكتبة الأسدى، مكة المكرمة، د.س.ن.
- بدران أبو العينين بدران، الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية و القانون، ط1،، مؤسسة شبان الجامعة الإسكندرية، د. س. ن.
- البكري محمد عزي، موسوعة الفكر و القضاء في الأحوال الشخصية، ط2، دار محمود للنشر و التوزيع، مصر 1994.
- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج و الطلاق)، جزء أول، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1999.
- أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد (وفق آخر التعديلات)، جزء أول، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012.
- بن تواتي تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، جزء 4، دار الوعي للنشر و التوزيع، الجزائر، 2010.
- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية) دار الخلدونية للنشر و التوزيع، ط1، الجزائر، 2008.

- الحجار حامي محمد، أسباب الطعن بطرق النقض، جزء أول، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004.
- حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية (أحكام عقد الزواج)، د.ط، محكمة النقض لدائرة الأحوال الشخصية، د. ب. ن، 2001.
- دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث، د. ط، دار هومه، الجزائر، 2004.
- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي و أدلته، جزء 7، دار الفكر للطباعة و النشر، سوريا، 1984.
- زهدي يكن، الزواج و مقارنته بقوانين العالم، د. ط، منشورات المكتبة العصرية، لبنان، د.س.ن.
- سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 1991.
- جرائم الإعتداء على الأموال العامة و الخاصة، ط2، دار هومه للنشر و التوزيع، الجزائر، 2006.
- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد(شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل)، ط3 دار هومه الجزائر، 2011.
- سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، جزء أول، مؤسسة وطنية للكتاب، الجزائر، 1988.
- السنهوري عبد الرازق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(مصادر الإلتزام)، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- السيد سابق، فقه السنة، مجلد ثالث، دار الفتح الإعلامي العربي، مصر، 2000.
- الشلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام(دارسة مقارنة)، ط2، دار النهضة العربية، لبنان، 1977.
- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية(فقها و قضاءً)، ط1، دار الفكر العربي المملكة العربية السعودية، 1984.

- عبد الوهاب خلاف، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية (وفق مذهب أبي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاكم)، ط1، دار القلم للنشر و التوزيع، الكويت، 1990.
- عجة الحلالي، مدخل للعلوم القانونية، جزء أول، دار برتي للنشر، الجزائر، 2009.
- عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام (مشكلات الأسرة)، جزء سادس، مكتبة وهبة، القاهرة 2006.
- العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر د. س.ن.
- العمروسي أنور، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج و الطلاق و الخلع (دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء المناهج الأربعة)، جزء ثالث، دار الفكر العربي، مصر، 2003.
- قمرأوي عز الدين، صقر نبيل، قانون الأسرة قانونا و تطبيقا، د. ط، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2008.
- مأمون محمد أبو يوسف، اجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية، د.ط، عالم كتب الحديث الأردن، 2010.
- محدة محمد، سلسلة فقه الأسرة (الخطبة و الزواج، دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائية) جزء أول، ط2، د.د.ن، الجزائر، 1994.
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين (دراسة تاريخية تشريعية قضائية)، جزء ثاني منشأة المعارف، الإسكندرية، د. س. ن.
- منصور نورة، التطلاق و الخلع (وفق القانون و الشريعة الإسلامية)، د. ط، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2010.
- (3) الأطروحات و المذكرات:**
- بلعواد الزوبير، أركان و شروط عقد الزواج و أثر تخلفها في الشريعة الإسلامية و القانون، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني، مجلس القضاء، الجزائر، 2004/2001.
- بومجان سولاف، إثبات النسب و نفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 16، الجزائر، 2008/2005.

- حفيظ جميلة، الضرر كمييار لفك الرابطة الزوجية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 17، الجزائر، 2006|2009.
- عدي السعدي، الحضانة في ظل التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 17، 2006/2009.
- عيسات اليزيد، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري(مدعما بالإجتهد القضائي للمحكمة العليا)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية جامعة فرحات عباس، سطيف 2002/2003.
- وعراب كريمة، الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17، الجزائر، 2006/2007.

4) المجالات القضائية:

- المحكمة العليا، مجلة قضائية، عدد 3، لسنة 1989.
- المحكمة العليا ، مجلة قضائية، عدد 3، لسنة 1991.
- المحكمة العليا ، مجلة قضائية، عدد 1، لسنة 1993.
- المحكمة العليا ، مجلة قضائية، عدد 4، لسنة 1993.
- المحكمة العليا، مجلة قضائية، عدد2، لسنة 1994.
- المحكمة العليا ، مجلة قضائية، عدد 2، لسنة 1995.
- المحكمة العليا ، مجلة قضائية، عدد 1، لسنة 1997.
- المحكمة العليا ، مجلة قضائية، عدد 1، لسنة 1998.

5) النصوص القانونية و النصوص التشريعية:

- أمر رقم 75_58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، بالأمر رقم 07|05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر. عدد 31، صادرة في 13 ماي 2007.
- قانون 84_11، مؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل و المتمم، بالأمر رقم 05|02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر. عدد 15 ، صادرة في 27 فبراير 2005.
- أمر رقم 66_156، المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ، الموافق ل 08 يونيو 1966،

المتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم، بالقانون رقم 23|06، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج.ر. عدد 84 ، صادرة في 24 ديسمبر 2006.

- قانون رقم 09_08، مؤرخ في 25.02.2008، متضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المعدل و المتمم، ج.ر. عدد 21 ، صادرة في 23 أبريل 2008.

ب| النصوص التنظيمية:

- قانون العضوي رقم 11_04، مؤرخ في 21 رجب 1425 هـ، الموافق لـ 06 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

الفهرس

الصفحة	العنوان
02	إهداء.
04	شكر و عرفان
05	مقدمة.
08	الخطبة
09	الفصل الأول: السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية وانحلالها.
11	المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية.
11	المطلب الأول: مجال تدخل القاضي في الخطبة.
12	الفرع الأول: تعويض الضرر المترتب على العدول عن الخطبة.
14	الفرع الثاني: سلطات القاضي فيما يخص الهدايا المقدمة خلال فترة الخطوبة.
16	المطلب الثاني: تحديد سن الزواج وسلطة القاضي في الإعفاء منه.
19	المطلب الثالث: تعدد الزوجات وسلطة القاضي في الترخيص به.
21	المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في انحلال الرابطة الزوجية.
22	المطلب الأول: سلطة القاضي في الصلح و التحكيم.
22	الفرع الأول: سلطة القاضي في إجراءات الصلح.
23	الفرع الثاني: سلطة القاضي في إجراءات التحكيم.
25	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق.
25	الفرع الأول: سلطة القاضي في التطليق.
40	الفرع الثاني: سلطة القاضي في الخلع.
42	المطلب الثالث: تقدير القاضي للطلاق التعسفي والنشوز.
42	الفرع الأول: تقدير القاضي لتعسف الزوج في الطلاق.
44	الفرع الثاني: دور القاضي في تحديد حالات النشوز.

49	الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة على نشوء الرابطة الزوجية وانحلالها.
50	المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المالية للزواج وانحلاله.
50	المطلب الأول: الآثار المالية الناتجة عن الزواج وتقدير القاضي لها.
51	الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير النفقة على الزوجة.
53	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير النفقة على الأولاد.
54	المطلب الثاني: الآثار المالية الناتجة عن انحلال الزواج وتقدير القاضي لها.
55	الفرع الأول: تقدير القاضي للتعويض و المتعة.
56	الفرع الثاني: تقدير القاضي لنفقة العدة.
57	الفرع الثالث: تقدير القاضي لنفقة الإهمال.
59	المطلب الثالث: مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت.
63	المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في النسب والحضانة.
64	المطلب الأول: تقدير القاضي لثبوت النسب و نفيه.
64	الفرع الأول: أسباب ثبوت النسب.
67	الفرع الثاني: طرق إثبات النسب.
69	المطلب الثاني: مجال تدخل القاضي في الحضانة.
70	الفرع الأول: دور القاضي في إسناد الحضانة.
73	الفرع الثاني: سلطات القاضي في إسقاط الحضانة.
78	الفرع الثالث: مجال تدخل القاضي في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وتنظيم حق الزيارة.
84	الخاتمة.
87	قائمة المراجع
92	الفهرس

