الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الزواج وانحلاله

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون
تخصص: قانون خاص

إعداد الطالبة:
حفيظة فضلة

إشراف الأستاذ الدكتور:
مراد كاملي

أمام لجنة المناقشة:

الإسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
ملاوي إبراهيم	أستاذ التعليم العالي	جامعة أم البواقي	رئيسا
كاملي مراد	أستاذ التعليم العالي	جامعة جيجل	مشرفا ومقررا
روان محمد الصالح	أستاذ التعليم العالي	جامعة أم البواقي	عضوا مناقشا
بودفع علي	أستاذ التعليم العالي	جامعة سكيكدة	عضوا مناقشا
التميمي محمد رضا	أستاذ محاضر أ	جامعة أم البواقي	عضوا مناقشا
هاشمي تافرونت	أستاذ محاضر أ	جامعة خنشلة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2019-2020


بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى:

"إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ
لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلاَ
تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا".

سورة النساء: الآية 105.

إهـداء

الحمد لله الذي وفقني لإنجاز هذا العمل

أهدي ثمرة جهدي:

إلى والدي العزيزين حفظهما الله.

إلى جدتي الغالية

إلى زوجي حفظه الله.

وإلى جميع إخوتي وأخواتي وأبنائهم.

إلى جميع الأهل والأحباب.

إلى كل من مد لي يد العون من قريب أو من بعيد.

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل.

حفيظة فضلة

شكر وتقدير

أتقدم بجزيل الشكر وبالغ التقدير وجميل العرفان إلى أستاذي المشرف البروفيسور "مراد كاملي" على صبره و نصحه وإرشاده وتوجيهه.

كما أتوجه بالشكر الجزيل للأساتذة رئيس وأعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا مناقشة هذه الأطروحة.

ولا يفوتني أن أشكر كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل وكل من مد لي يد العون من قريب أو من بعيد.

حفيظة فضلة

قائمة المختصرات

ص: صفحة.

ط: طبعة.

(د.ط): دون طبعة.

ج: جزء.

(د.ت): دون تاريخ.

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق م ج: قانون مدني جزائري.

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق ع ج: قانون العقوبات الجزائري.

م: مادة.

ف: فقرة.

م ع: محكمة عليا.

م أ: مجلس أعلى.

غ أ ش: غرفة الأحوال الشخصية.

غ ق خ: غرفة القضاء الخاص.

م ق: مجلة قضائية.

ن ق: نشرة القضاة.

إ ق: اجتهاد قضائي.

E :édition

P :page

مقدمـة

مقدمة

***التعريف بالموضوع.**

للقضاء أهمية بالغة في تحقيق العدالة بين الأفراد واستقرار المعاملات فيما بينهم، و هو المؤشر على صلاح المجتمع أو فساده.

لذلك فالقاضي مطالب ببذل قصارى جهده في فهم الدعوى المرفوعة أمامه، تمهيدا للحكم عليها بما هو منصوص عليه في القانون، أو بما يؤدي إليه اجتهاده فيما لا نص فيه فيما يسوغ فيه الاجتهاد.

وهو في كلتا الحالتين مدعو إلى التفكير والتدبر للإحاطة بما يعرض عليه من طلبات ووقائع، وتحديد الأحكام التي يجب تطبيقها في القضايا المعروضة عليه للفصل فيها.

هذا وقد نظم المشرع الجزائري مسائل الزواج وانحلاله في نصوص قانون الأسرة، حيث جاءت أغلب نصوصه مرنة تاركة المجال مفتوحا للقاضي لإعمال نشاطه الذهني في مختلف القضايا المعروضة أمامه.

ولئن كان النشاط الذهني هو سمة العمل القضائي في مختلف أشكاله و تمثلاته فهو أوكد فيما طلب فيه النص صراحة من القاضي أن يعمل تقديره في فهم المسألة وتحديد ما يناسبها من حكم يحقق روح النصوص ومقاصدها.

ولئن وجدت عدة نماذج لتجسيد مبدأ السلطة التقديرية للقاضي المدني كسلطته في تعديل العقد المدني للغبن والاستغلال مثلا، فهي في مجال شؤون الأسرة أكثر غزارة وتوزعا على أبوابه وفصوله، فهي تبتدأ بسلطته في مسائل الخطبة، مرورا بإعمال سلطته التقديرية في مسألة الترخيص بالزواج للقصر وكذا الترخيص بالتعدد، وتمر عبر الآثار المترتبة عن الزواج بما فيها تقدير المهر والنفقة والنسب، وتعبر عبر تقدير أسباب التطليق وآثار انتهاء

العلاقة الزوجية، وتقدير مختلف التعويضات الناجمة عن الطلاق التعسفي والتطليق والنشوز، و أخيرا تمتد حتى إلى إعمال القاضي لسلطته في مسائل الحضانة.

من هنا يتحدد موضوع هذه الأطروحة، كونه بحثا في سلطة القاضي التقديرية في مسائل الزواج وانحلاله من خلال بيان مفهومها ومشروعيتها، ومواضع تجسيدها، وأحكامها المختلفة.

***أهمية الموضوع.**

يستمد هذا البحث أهميته من أهمية موضوعه ومجال بحثه.

فأما عن أهمية موضوع السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الزواج وانحلاله فهي تكمن في سد مختلف الثغرات القانونية وتفادي القصور أو النقص التشريعي، وكذا ملاءمة القواعد القانونية للواقع والمستجدات، ومن هنا فالسلطة التقديرية للقاضي في شؤون الأسرة تكتسي أهمية بالغة لأنها تضفي على قانون الأسرة طابعه العملي الحي فهي من تحدد أبعاده و مداه وتجعل من قواعده الجامدة ذات حركة وفاعلية.

أما عن أهمية مجال بحثه، فالسلطة التقديرية للقاضي في مسائل الزواج وانحلاله متى أحسن استعمالها كانت عاملا إضافيا إلى النصوص في تحقيق مقاصد التشريع وروحه، ومتى أسيء استعمالها كانت معولا فتاكا يهدم البناء الأسري ويناقض أهداف المشرع من أحكام الزواج وانحلاله.

***أسباب اختيار الموضوع.**

ما دامت السلطة التقديرية للقاضي هي أساس النشاط القضائي أيا كان موضوع النزاع، فإني ارتأيت تخصيص دراستي للسلطة التقديرية للقاضي في مسائل الزواج وانحلاله، وذلك لعدة أسباب أهمها:

رغبتي الملحة في البحث في هذا الموضوع والتطرق إلى مختلف جوانبه، لأني وجدت الدراسات فيه قليلة، على الرغم من أهميته البالغة نظرا لصلته الوثيقة بالأفراد.

نظرا للمكانة الرفيعة و البالغة التي يحتلها قانون الأسرة، فهو ينظم العلاقة بين أفراد الأسرة ويرتب الحقوق والواجبات لكل فرد فيها، فهو يمس جوهر الحياة الخاصة، لذلك لا يمكن الاستغناء عن الخضوع لأحكامه لاسيما في مسائل الزواج وانحلاله.

كذلك المهمة التي يقوم بها القاضي الأسري تختلف عن بقية المهام التي يقوم بها باقي القضاة كالذين يختصون بالأمور الجنائية أو العقارية..، فالفصل في مسائل الأحوال الشخصية لاسيما في مسائل الزواج وانحلاله يختلف عن حل باقي النزاعات، لأن دور قاضي شؤون الأسرة مهم جدا ذلك أنه يفصل في قضايا الأسرة التي تعتبر الخلية الأساسية في المجتمع، ففي إصلاحها يصلح المجتمع كله فهي النواة الجوهرية فيه.

كما أن أغلب نصوص قانون الأسرة الجزائري جاءت مرنة غير جامدة تاركة المجال مفتوحا أمام القاضي لإعمال سلطته التقديرية وإيجاد الحلول المناسبة لكل القضايا المعروضة أمامه.

***الدراسات السابقة.**

من الدراسات السابقة في هذا الموضوع مؤلف بعنوان السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي للدكتور محمد ناصر بركات سنة 2007، وكذلك كتاب بعنوان سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية للدكتور نبيل إسماعيل عمر سنة 2008.

ومن بين مذكرات الماجستير التي تناولت هذا الموضوع مذكرة حول السلطة التقديرية للقاضي المدني من إعداد الباحث إبراهيم بن حديد نوقشت في معهد الحقوق والعلوم الإدارية بجامعة الجزائر سنة 1998، وكذا مذكرة بعنوان سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات في

المواد المدنية للباحثة فاطمة الزهراء تبوب بجامعة الجزائر سنة 1997، ومذكرة للباحثة اسمهان عفيف بعنوان السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي سنة 2011، وكذا مذكرة بعنوان السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وانحلال الرابطة الزوجية نوقشت في كلية الحقوق جامعة محمد بوقرة بومرداس سنة 2012 للباحث عثمان كرجاني.

أما فيما يتعلق برسائل الدكتوراه في هذا الموضوع فنجد رسالة حول السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي من إعداد الباحث أحمد الأمراني بالمغرب سنة 2011، وكذا رسالة حول سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي في كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم العلوم الإسلامية جامعة باتنة نوقشت سنة 2012 للباحث بوكماش محمد، ونجد رسالة بعنوان السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في القانون الخاص، للباحث أحمد شامي بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبي بكر بلقايد تلمسان سنة 2014.

يتضح من خلال اطلاعي على هذه الدراسات أنها مست بعض جوانب الموضوع أو زوايا منه فقط، بحيث أن كل دراسة انفردت بالتركيز على جانب معين، فبعض الدراسات ركزت على السلطة التقديرية للقاضي المدني كسلطة القاضي في تعديل العقد للغبن والاستغلال مثلا، وبعض الدراسات تناولت مسألة السلطة التقديرية للقاضي من الجانب الفقهي، وهناك أخرى ركزت على موضوع السلطة التقديرية في مسألة التعويض، وأخرى في مسألة الإثبات، أما الدراسات التي تناولت موضوع السلطة التقديرية في مسائل شؤون الأسرة فعلى الرغم من تركيزها على جانب الزواج والطلاق إلا أنها أغفلت بعض الجوانب المتعلقة بهذا الموضوع.

وتميزت الدراسة الحالية في هذا البحث أنها مست عدة جوانب تتمثل في:

الإطار المفاهيمي، الجانب الفقهي، الجانب القانوني، الجانب القضائي.

وهذا كله في نطاق السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة خاصة فيما يتعلق بمسائل الزواج وانحلاله.

***أهداف البحث.**

تتجلى الغاية من هذه الدراسة فيما يلي:

رسم نظرية متكاملة حول السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الزواج وانحلاله بما في ذلك من ضوابط وحدود هذه السلطة ومواضع إعمالها.

بيان مواضع القصور في النصوص والاجتهاد القضائي في الموضوع ومحاولة تقديم اقتراحات لاستدراكها.

إبراز مقاصد السلطة التقديرية للقاضي و غايتها، وكونها ضرورة لحل مختلف القضايا الأسرية لاسيما في مسائل الزواج وانحلاله.

بيان أهم العناصر التي يستند عليها القاضي عند إعمال سلطته التقديرية في مسائل الزواج وانحلاله.

التوصل إلى جملة من النتائج والتوصيات التي يمكن أخذها بعين الاعتبار عند إجراء تعديلات على قانون الأسرة الجزائري.

***إشكالية البحث.**

لما كان النشاط الفكري هو جوهر العمل القضائي في مختلف أشكاله فهو أوكد فيما طلب فيه النص صراحة من القاضي أن يعمل تقديره في فهم المسائل وتحديد ما يناسبها من

حكم يحقق روح النصوص ومقاصدها لاسيما في مسائل الزواج وانحلاله، من هنا تتضح لنا **الإشكالية التالية:**

إلى أي مدى وفقت الإرادة التشريعية الجزائرية و الاجتهاد القضائي في رسم معالم و حدود السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الزواج و انحلاله تحقيقا للأهداف المنوطة بأحكامها؟

تتفرع عن هذه **الإشكالية الرئيسية مجموعة من التساؤلات الفرعية** تتمثل في:

كيف يعمل القاضي سلطته في مسائل الخطبة ؟، وما مدى سلطته في منح الترخيص بالزواج للقصر، وماهي دواعي الترخيص؟

ما مدى سلطة القاضي في منح الإذن بالتعدد؟ وما هي أهم مبرراته؟

كيف يعمل القاضي سلطته في مسائل الآثار المترتبة عن انحلال الزواج؟

ما مدى سلطة القاضي في تقدير أسباب التطليق؟

ما مدى سلطة القاضي في تقدير مختلف التعويضات عن الأضرار الناجمة عن انحلال الزواج؟ و ما هي أهم الأسس التي يعتمد عليها في ذلك؟

ما مدى سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون؟

ما هي أهم الاجتهادات القضائية المتعلقة بالموضوع؟، وما هي أهم التحولات فيها؟.

***المنهج المتبع.**

من أجل الإحاطة بمختلف جوانب الموضوع اعتمدت في هذا البحث على **المنهج الاستقرائي** أساسا، حيث تتبعت مختلف نصوص قانون الأسرة التي تمنح للقاضي سلطة تقديرية في مسائل الزواج وانحلاله، وكذا مختلف الأحكام والقرارات القضائية في الموضوع، بهدف الخروج بجملة من النتائج التي تتعلق بتحديد ضوابط وحدود ومجالات استخدام السلطة التقديرية ومختلف أحكامها.

كما اعتمدت على آليات **المنهج التحليلي** عند التعرض لآحاد هذه النصوص والآراء الفقهية والاجتهادات القضائية ذات الصلة بالموضوع، ثم القيام بمناقشتها و إبداء الرأي بشأنها بقصد معرفة مضمونها ومحتوياتها، و بهدف الحصول على المقصود منها.

***تقسيم البحث وخطته.**

إن التطرق إلى هذا الموضوع في حد ذاته يستدعي وضع خطة مناسبة من شأنها الإلمام بمختلف جوانبه، وبما أن موضوع بحثي تضمن جزئية من مسائل شؤون الأسرة المتشعبة، فلقد تم تقسيم الدراسة إلى فصل تمهيدي الذي اقتضته طبيعة الدراسة، من أجل بيان بعض المفاهيم الأساسية المتعلقة بموضوع البحث، مع بابين أساسيين.

حيث تضمن الفصل التمهيدي الإطار المفاهيمي الخاص بموضوع البحث الموسوم بتأصيل مبدأ السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة، تناول المبحث الأول مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة ومشروعيتها، أما المبحث الثاني فتعرضت فيه إلى مصادر السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة ومضمونها.

أما الباب الأول من البحث الموسوم بالسلطة التقديرية للقاضي في مسائل الزواج، فلقد تضمن فصلين رئيسيين، الفصل الأول تناولت فيه مسألة السلطة التقديرية للقاضي في

الخطبة وتكوين عقد الزواج بما فيها كيفية إعمال سلطته في مسائل الخطبة والترخيص بالزواج للقصر وكذا الترخيص بالتعدد، وسلطته في مجال الولاية، أما الفصل الثاني فتطرقت فيه إلى مسألة السلطة التقديرية للقاضي في آثار الزواج من مهر ونفقة ونسب.

وفيما يتعلق بالباب الثاني الموسوم بالسلطة التقديرية للقاضي في مسائل انحلال الزواج، تضمن بدوره فصلين أساسيين، الفصل الأول تعرضت فيه إلى السلطة التقديرية للقاضي في مسائل وقوع الطلاق وإجراءات الصلح، أما الفصل الثاني فعرجت فيه إلى السلطة التقديرية للقاضي في آثار انحلال الزواج بما فيها سلطته في تقدير مختلف التعويضات عن الأضرار الناجمة عن انحلال الرابطة الزوجية، وكذا سلطته في مجال الحضانة.

أما الخاتمة فعرضت من خلالها جملة النتائج المتوصل إليها من خلال البحث في هذا الموضوع، كما أدرجت فيها بعض الاقتراحات والتوصيات.

و فيما يتعلق بالملاحق فتضمنت ما رأيته مفيدا لموضوع بحثي، وموضحا ومثريا لما تناولته الأطروحة.

الفصل التمهيدي

تأصيل مبدأ السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة

إذا ما عرضت الدعوى على القاضي عرضا صحيحا، واستقامت أمامه، تعين عليه أن يفصل فيها بحكم قانوني يستوعب النزاع المطروح أمامه، وهذه تتمثل في نفس الوقت وظيفة القاضي الذي لا يستطيع أن يتحلل منها بحجة عدم وجود النص.[1]

إن هذه العملية ليست بالسهلة أو اليسيرة كما تبدو لأول وهلة، خاصة إذا ما واجهت القاضي نصوص قانونية مرنة غير جامدة، وهنا يسعى للوصول إلى حل للنزاع المطروح، ذلك أن هذا الأخير يعتبر معركة يتسع ميدانها ليشمل طلبات ووسائل دفاع وهجوم بما يفيد تعقيد الدعوى، حيث يجعل مهمة القاضي أكثر صعوبة،[2] مما يتطلب منه إعمال سلطته التقديرية لإيجاد الحل المناسب باختلاف الظروف والملابسات.

السلطة التقديرية للقاضي تعتبر ضرورة حتمية وخاصية جوهرية لاسيما في مسائل الأحوال الشخصية، ذلك أن قانون الأسرة الجزائري جاءت معظم نصوصه مرنة مما فتحت الباب أمام القضاء لإعمال سلطته التقديرية وإيجاد الحل المناسب لكل عارض قد يعترض استقرار الأسرة أو يهدد مصالح أفرادها.

من أجل تأصيل مبدأ السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة، سأتعرض في هذا الفصل إلى مبحثين كما يلي:

أتناول في المبحث الأول مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة ومشروعيتها، ثم أتطرق في المبحث الثاني إلى مصادر السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة ومضمونها.

---

[1] خير الدين كاظم أمين. (سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص). مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية. المجلد15. العدد2. 2008. ص1.

[2] المرجع نفسه. الموضع نفسه.

المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة ومشروعيتها.

تمثل السلطة التقديرية للقاضي سمة من سمات العمل القضائي، فهي لصيقة به أيا كان موضوع المنازعة، ولئن وجدت عدة صور لتجسيد مبدأ السلطة التقديرية للقاضي في مختلف القوانين والمجالات، فهي في مجال شؤون الأسرة أكثر اتساعا، وقبل الحديث عن صورها ومجالاتها وأحكامها المختلفة، استوجب التطرق في هذا المبحث أولا إلى مفهومها ومشروعيتها وفق مطلبين أساسيين.

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة.

إن الحديث عن مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة يتطلب منا التطرق إلى تعريفها وأساسها، وتحديد طبيعتها القانونية، وكذا التطرق إلى خصائصها وأهميتها، وتمييزها عن بعض المصطلحات المشابهة لها، وهذا ما سأتناوله في الفروع الموالية.

الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة.

أتطرق في هذا الفرع إلى تعريف السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة من الناحية اللغوية، ثم من الناحية القانونية والفقهية كما يلي:

أولا: تعريف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في اللغة.

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة مصطلح مركب من خمسة أجزاء: سلطة، تقديرية، قاضي، شؤون، الأسرة.

أولا: تعريف السّلطة في اللغة.

سلط:السَّلاَطَةُ: القَهْرُ،

وَقَدْ سَلَّطَهُ الله فَتَسَلَّطَ عَلَيْهِمْ، وَالإِسْمُ سُلْطَةٌ، بِالضَّمِ[1].

تَسَلَّطَ عَلَيْهِ: تَحَكَّمَ وَتَمَكَّنَ وَسَيْطَرَ.

السُّلْطَةُ:التَّسَلُطُ وَالسَّيْطَرَةُ وَالتَّحَكُّم.[2]

السُّلْطَانُ:الحُجَّةُ وَقُدْرَةُ المَلِكِ.

وَالتَّسْلِيطُ: التَّغْلِيبُ، وَإِطْلَاقُ القَهْرِ وَالقُدْرَةِ. [3]

إذن فالسلطة تدل حسب معناها اللغوي على القهر والحدة، وعلى السيطرة والتحكم.

ثانيا:التقدير لغة.

ورد هذا المصطلح في كثير من المعاجم، فيقال:

التقدير على وجوه من المعاني:

أَحَدُهَا: التَّرْوِيَةُ وَالتَّفْكِيرُ فِي تَسْوِيَةِ أَمْرٍ وَتَهْيِئَتِهِ.

والثَّانِي: تَقْدِيرُهُ بِعَلَامَاتٍ يُقَطِّعُهُ عَلَيْهَا.

والثَّالِثُ: أَنْ تَنْوِي أَمْرًا بِعَقْدِكَ تَقُولُ:

قَدَّرْتُ أَمْرَ كَذَا وَكَذَا، أَيْ نَوَيْتُهُ وَعَقَدْتُ عَلَيْهِ.

وَيُقَالُ: قَدَرْتُ لِأَمْرِ كَذَا أَقْدِرُ لَهُ وَأَقْدُرُ قَدْرًا إِذَا نَظَرْتُ فِيهِ وَدَبَّرْتُهُ وقَايَسْتُهُ.[4]

---

[1] ابن منظور. لسان العرب. المجلد الثالث. "الذال- السين". (د.ط). ج21. دار المعارف. القاهرة. مصر. (د.ت). ص2065.

[2] مجمع اللغة العربية. المعجم الوسيط. ط4. مكتبة الشروق الدولية. مصر. 2004. ص443.

[3] الطاهر أحمد الزاوي. ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة. ط3. ج2. دار الفكر. (د.ت). ص 594-595.

[4] ابن منظور. لسان العرب. المجلد الخامس."الغين- اللام". ص 3547.

وَالتَّقْدِيرُ: التَّفْكِيرُ فِي تَسْوِيَةِ أَمْرٍ.[1]

وَقَدَّرَ الله عَلَيْهِ الأَمْرَ وَ- لَهُ: حَكَمَ بِهِ: يَسَّرَهُ لَهُ- وَأَعْطَاهُ القُدْرَةُ.[2]

فالتَّقْدِيرُ حسب معناه اللغوي يدل على التروي والتفكير في تسوية أمر ما، وكذا يدل على التدبير والمقايسة.

إذن فالسلطة التقديرية لغة تعني التحكم والتروي والتفكير في تسوية أمر معين.

القاضي في اللغة.

"القَاضِي: هُوَ مَنْ يَقْضِي بَيْنَ النَّاسِ بِحُكْمِ الشَّرْعِ، وَمَنْ تُعَيِّنُهُ الدَّوْلَةُ لِلْنَّظَرِ فِي الخُصُومَاتِ وَالدَّعَاوَى وَإِصْدَارِ الأَحْكَامِ التِّي يَرَاهَا طِبْقًا لِلْقَانُونْ، وَمَقَرُّهُ الرَّسْمِي إِحْدَى دُورْ القَضَاءْ،ج قُضَاةٌ.[3]

"قَضَى- قَضَاءً وَقَضْيًا وَقَضية عَلَيْهِ: حَكَمَ، فَهُوَ قَاضٍ، وَذَاكَ مَقْضِيٌّ عَلَيْهِ- وَبَيْنَ الخُصُومِ: قَطَعَ بَيْنَهُمْ فِي الحُكْمِ.

وَالقَضَاءُ : الحُكْمُ أَوْ الفَصْلُ فِي الحُكْمِ.

وَالقَاضِي: القَاطِعُ لِلْأُمُورِ المُحَكِّمُ لَهَا،ج قُضَاةٌ.[4]

الشُّؤُونُ لغة.

الشَّأْنُ: الخَطْبُ وَالأَمْرُ.[5]

---

[1] الطاهر أحمد الزاوي. مختار القاموس مرتب على طريقة مختار الصحاح والمصباح المنير. (د.ط). الدار العربية للكتاب. ليبيا . تونس. (د. ت) .ص492.

[2] أحمد رضا. معجم متن اللغة. المجلد الرابع. (د.ط). دار مكتبة الحياة. بيروت. لبنان. 1960. ص 507.

[3] مجمع اللغة العربية. المعجم الوسيط. المرجع السابق. ص743.

[4] أحمد رضا. معجم متن اللغة. المجلد الثالث. (د.ط). دار مكتبة الحياة. بيروت.لبنان. 1959. ص263.

[5] الطاهر أحمد الزاوي. ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة. ج2. ط2. المرجع السابق. ص662.

وَمَجْرَى الدَّمْعْ إِلَى العَيْنِ،

وَمَوْصِلُ قَبَائِلِ الرَّأْسِ، جَمْعُ الكُلِّ شُؤُونٌ.[1]

الأسرة في اللغة.

الأُسْرَةُ: مِنَ الرَّجُلِ: رَهْطُهُ الأَدْنَوْنَ وَعَشِيرَتُهُ التِّي يَتَقَوَّى بِهَا،[2] وَهِيَ الدِّرْعُ الحَصِينَةُ.[3]

نستنتج مما سبق ذكره أن السلطة التقديرية للقاضي في اللغة هي عبارة عن مكنة تعطي لمن يقوم بمهمة الفصل بين الناس في الخصومات عن طريق التريث والتدبر من أجل حل النزاعات فيما بينهم.

ثانيا: تعريف السلطة التقديرية من الناحية القانونية.

اختلفت تعريفات أهل القانون للسلطة التقديرية للقاضي نظرا لتنوع الدور الذي يلعبه القاضي، فالعمل الصادر من القاضي المدني أو قاضي شؤون الأسرة يختلف عن النشاط الذي يقوم به القاضي الجنائي و الإداري مثلا.

فالسلطة التقديرية للقاضي المدني عرفت على أنها ذلك النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه.[4]

حيث يرى أصحاب هذا التعريف أن هذا النشاط ينبع من عدة نشاطات ذهنية للقاضي ولها تقدير أولي لمجموع الوقائع، واستخلاص المنتج منها في النزاع المطروح بشرط

---

[1] الطاهر أحمد الزاوي. مختار القاموس. المرجع السابق. ص320.

[2] أحمد رضا. معجم متن اللغة.المجلد الأول. (د.ط).دار مكتبة الحياة. بيروت. لبنان.1958. ص174.

[3] الطاهر أحمد الزاوي. ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة. ج1. ط3. المرجع السابق. ص144.

[4] إبراهيم بن حديد. السلطة التقديرية للقاضي المدني.رسالة ماجستير.معهد الحقوق والعلوم الادارية.جامعة الجزائر.1998.ص2.

ألا يتعدى في بحثه الإطار الذي رسمه الخصوم، ويكون هذا التقدير بمثابة أدلة القاضي للبحث عن القاعدة القانونية، ثم نشاط ذهني يتضمن العودة بالقاعدة إلى الوقائع المطروحة وذلك عن طريق تحليل هذه القاعدة إلى عناصرها الأولية.[1]

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه قاصر، إذ أنه اختزل مسألة ممارسة القاضي لسلطته التقديرية من خلال النصوص القانونية، إلا أن السلطة التقديرية للقاضي تمتد إلى أوسع من ذلك فهي تشمل فضلا عن ذلك سلطة القاضي حتى عند انعدام النص فيما يجوز فيه الاجتهاد.

وكما سبق الذكر أن القاضي الأسري يلعب دورا هاما في الفصل في المسائل والقضايا الأسرية، فدوره يختلف عن الدور الذي يقوم به القاضي الذي يفصل في الأمور التجارية والجزائية والاجتماعية، لأن دور القاضي الأسري يرتبط بمسائل متعلقة بالأحوال الشخصية ويمس جوهر الحياة الخاصة، فدوره يرتبط بالأسرة باعتبارها الخلية الأساسية في المجتمع.

لذا فالسلطة التقديرية للقاضي في مجال شؤون الأسرة التي تمثل موضوع بحثي يمكن تعريفها على أنها: تلك الصلاحية المخولة لقاضي شؤون الأسرة في استخدام نشاطه الفكري في تقدير الوقائع المعروضة عليه ووسائل الإثبات مع إصدار حكم مناسب سواء بتطبيق القاعدة القانونية التي يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح، أو بما أدى إليه اجتهاده عند عدم وجود نص يحكمه فيما يجوز فيه الاجتهاد.

من خلال تحليل هذا التعريف يمكن القول:

أنها صلاحية: بمعنى أنها مكنة قانونية منحها المشرع لقاضي شؤون الأسرة لاسيما في مسائل الزواج وانحلاله ومثالها سلطة القاضي في الترخيص بالزواج للقصر.

---

[1] ذياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري. (السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية). مجلة علوم الشريعة والقانون. المجلد 35. العدد2 . 2008. ص480.

مخولة لقاضي شؤون الأسرة : أي أن المشرع جعل دور القاضي هنا إيجابيا، حيث يقع عليه تمحيص الادعاء ووسائل الإثبات وحتى تقدير التعويضات المناسبة فيما يتعلق بمثل هذه الدعاوى.

في استخدام نشاطه الفكري: أي أن القاضي يستعمل عمله العقلي ونشاطه الذهني في فهم الواقع المعروض عليه.

في تقدير الوقائع: حيث يقع على عاتق القاضي تقدير أولوي لمجموع الوقائع، واستخلاص المنتج منها في النزاع المطروح بشرط ألا يتعدى في بحثه الإطار الذي رسمه الخصوم.[1]

في تقدير وسائل الإثبات: إن القاضي عندما تطرح عليه مسألة واضحة، ليست له الحرية في تقدير كل وسيلة من وسائل الإثبات، على أن القانون هو الذي يحدد كل واحدة منها باستثناء شهادة الشهود والقرائن التي يملك فيها القاضي سلطة تقديرية.

زد على ذلك فان القاضي هو الذي يحدد فعالية كل وسيلة من وسائل الإثبات المختلفة إذا حصل تضارب بينها، وبالتالي فالقانون يوجه القاضي إلى الوسيلة التي يتعين عليه ترجيحها.[2]

إصدار حكم مناسب: فالمطلوب من القاضي أن يصدر حكما يتناسب مع الدعوى المرفوعة أمامه، سواء بتطبيق القاعدة القانونية التي يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح، أو بما أدى إليه اجتهاده عند عدم وجود نص يحكمه فيما يجوز فيه الاجتهاد.

كما عرفت على أنها:

"مكنة قانونية تخول لقاضي شؤون الأسرة إعمال نشاطه الذهني في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في إطار قاعدة قانونية معينة تكون

---

[1] ذياب عبد الكريم عقل و محمد علي العمري. المرجع السابق. ص480.

[2] لخضر بن عائشة. إثبات الحقوق المالية للزوجين. دراسة مقارنة نقدية تحليلية. مذكرة ماجستير في القانون. كلية الحقوق. جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان. 2012. ص27.

صالحة التطبيق على النزاع المطروح، مع مراعاة أحوال المتقاضين، ويخضع القاضي بصدد ذلك للرقابة القضائية."[1]

وسأحاول شرح هذا التعريف فيما يلي:

أنها مكنة قانونية: بمعنى أنها صلاحية منحها المشرع لقاضي شؤون الأسرة.

تخول لقاضي شؤون الأسرة: أي أن المشرع جعل دور القاضي الأسري إيجابيا في مختلف مسائل شؤون الأسرة.

إعمال نشاطه الذهني: بمعنى أن القاضي يقوم باستخدام عمله العقلي ونشاطه الفكري في فهم وقائع الدعوى المعروضة عليه.

في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في إطار قاعدة قانونية معينة تكون صالحة التطبيق على النزاع المطروح: حيث تقتضي الضرورة هنا أن يقوم القاضي من أجل تكوين إدراكه وفهمه بتقدير أولوي لمجموع الوقائع، واستخلاص المنتج منها في النزاع بقصد الوصول إلى النص القانوني الذي يحكم الدعوى المطروحة أمامه.

مع مراعاة أحوال المتقاضين: بمعنى أنه يجب على القاضي الأسري أن يأخذ بعين الاعتبار ظروف المتقاضين وأحوالهم عند ممارسته لسلطته التقديرية نظرا لخصوصية المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية.

ويخضع القاضي بصدد ذلك للرقابة القضائية: فالقاضي عندما يمارس نشاطه التقديري يكون هذا الأخير حسب فهمه وإدراكه ويحكم بناء على قناعته، وبالتالي قد يخطئ أحيانا في التقدير مما يتطلب إعمال مبدأ الرقابة القضائية على هذه السلطة عن طريق مبدأ التقاضي على درجتين...الخ.

---

[1] اسمهان عفيف. السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر. مذكرة ماجستير.تخصص قانون شؤون الأسرة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة العربي بن مهيدي.أم البواقي.2011. ص50.

يتضح من خلال كل هذه التعاريف ما يلي:

إن السلطة التقديرية للقاضي المدني بناء على تعريف أهل القانون لا تمنح للقاضي دورا في إكمال نقص التشريع في الحالة التي لا يشملها النص القانوني أو القاعدة القانونية، إذ غاية ما جاء في تعريفات أهل القانون أن القاضي يعمل نشاطه في فهم الواقع المطروح، واستنباط العناصر التي تدخل في نطاق القاعدة القانونية، فيقدر أنها هي التي تحكم النزاع، ولكن التعريف خلا من حالة ما إذا كانت القاعدة القانونية لا تشمل جميع عناصر الواقع المطروح.[1]

إن التعريف الثاني للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة خلا من حالة ما إذا كانت القاعدة القانونية لا تشمل جميع عناصر الواقع المطروح، وبالتالي لا تمنح هذه السلطة دورا للقاضي الأسري في إتمام قصور القانون في حالة عدم وجود نص أو قاعدة قانونية تحكم النزاع المطروح.

يمكن القول بصفة عامة أنه بالرغم من أن هناك بعض الاختلافات في التعاريف، حيث أن كل تعريف ركز على جانب معين، إلا أنها تدور حول نفس المعنى، وبالتالي فإن هذه الاختلافات لا تمس بجوهر السلطة التقديرية للقاضي، مما يصعب الترجيح بينها نظرا لأهمية كل تعريف فيها.

ثالثا: تعريف السلطة التقديرية من الناحية الفقهية.

استخدم الفقهاء مصطلح السلطة التقديرية للقاضي، تحت تسميات مختلفة ومصطلحات أخرى، ومما استعملوه: رأي القاضي، نظر القاضي، تقدير القاضي، اجتهاد

[1] اسمهان عفيف.المرجع السابق.ص50.

القاضي، حكم القاضي، وهذه المصطلحات لما بينها من تداخلات كبيرة فإنها تعد أوجها لشيء واحد يسمى حاليا بالسلطة التقديرية.[1]

لذلك فيمكن تعريف السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي على أنها: صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر والتدبر بحسب النظر والمقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها، ابتداء من قبول سماعها،إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي.[2]

يتضح من خلال هذا التعريف أن السلطة التقديرية أساسها العمل العقلي والنشاط الذهني بمختلف وجوهه، يقوم بها القاضي إزاء الدعاوى والخصومات التي ترفع إليه، فيقرر فيها حكما من أحكام الشرع إن كان موجودا بعد التأكد من مطابقة الدعوى لشروط الحكم عليها بذلك النص، أو البحث و الاجتهاد بالرأي إذا كان الحكم غير منصوص عليه، هذا مع مراعاة أحوال المتقاضين حين إصدار الحكم الملائم.[3]

وما يؤخذ على هذا التعريف أنه حصر سلطة القاضي التقديرية على الأمور المعروضة ما يترافع به الخصوم فيما يتوقف النظر فيه على الدعوى، بخلاف ما لا يحتاج لدعوى إذ ينظر القاضي فيها من غير خصومة، فلا يفهم من كلامه دخول الأعمال الولائية ضمن سلطة القاضي التقديرية.

---

[1] محمود محمد ناصر بركات. السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي. ط1. دار النفائس. عمان. الأردن.2007. ص95.

[2] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[3] محمد بوكماش. سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي. رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية. تخصص شريعة وقانون. كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية. قسم العلوم الإسلامية.جامعة باتنة .2012. ص39.

ولما كان التعريف السابق منتقد، بالإضافة إلى ما فيه من طول، فهناك تعريف آخر مختصر على النحو التالي:

السلطة التقديرية للقاضي هي تمكين القاضي للوصول إلى الحكم أو القرار أو الإجراء المناسب، بما يتفق ومقصد الشارع من خلال إعمال نظره فيما يعرض عليه، مما لا نص فيه أو كان النص فيه محتم.[1]

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه جاء مختصرا، ودالا على المعنى المقصود، يبدو أنه جاء مستدركا للثغرات الموجودة في التعريف الأول.

يتضح مما سبق ذكره أن السلطة التقديرية للقاضي هي عبارة عن ذلك العمل العقلي أو النشاط الذهني أو الفكري الذي يقوم به القاضي بهدف الوصول إلى حل للنزاع المعروض أمامه، ويمارسها القاضي في جميع مراحل الدعوى.

الفرع الثاني: أساس السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة وطبيعتها القانونية.

من خلال هذا الفرع أتناول أساس السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة من جهة، ثم أتطرق إلى الطبيعة القانونية للسلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة من جهة ثانية.

أولا: أساس السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة.

لقد اختلفت الآراء الفقهية حول مسألة أساس السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي فهناك من يؤسسها على طبيعة وظيفة القاضي، حيث أن كلا من سلطة الحكم في الدعوى والسلطة التقديرية للقاضي تدخلان ضمن عناصر الوظيفة القضائية، في حين أسسها فريق آخر من الفقهاء على مشكلة النقص في التشريع، حيث مادام التشريع عمل من أعمال

[1] نياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري. المرجع السابق. ص482.

الإنسان فكل عمل إنساني حتما يكون مشوبا بالقصور، وهذا القصور لا يمكن للقاضي أن يتذرع به وإلا اعتبر منكرا للعدالة التي تعتبر غاية النظام القانوني، فهذه الغاية يجدها القاضي في القانون ويجدها المتقاضي في القاضي، لذا فالقاضي لا يمكن له أن يتحلل من الفصل في الدعوى بحجة عدم وجود نص قانوني ينطبق على الوقائع المعروضة عليه.[1]

ثانيا: الطبيعة القانونية للسلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة.

إن السلطة التقديرية للقاضي هي لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أيا كان موضوع المنازعة، فالسلطة التقديرية هي عمل يقوم به القاضي بهدف تحقيق الغاية الموضوعية من القانون، ومن ثم تعد من صميم عمل القاضي، فأينما وجدت السلطة القضائية أمكن الحديث عن السلطة التقديرية التي يمارس القاضي من خلالها ولاية القضاء.[2]

ومن هنا يمكن القول أن حقيقة العمل التقديري، أو بعبارة أخرى طبيعة السلطة التقديرية للقاضي لا تخلو من كونها:

ضرب من الاجتهاد: أي نوع من الاجتهاد، اجتهاد في فهم النص واجتهاد في تطبيقه، وهي صورة من صور الاجتهاد بالرأي.[3]

والاجتهاد في معنى القضاء يطلق على المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء ما يتعلق بنصوص القانون، أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص.

ولذلك قد يأخذ الاجتهاد شكل التفسير، وذلك في حال غموض النص لأي سبب كان سواء بسبب غموض ألفاظه، أو بسبب خلل في الصياغة أو تضارب في العبارات أو غيره.[4]

---

[1] سناء قندوز نجومن. مداخلة حول "حدود إعمال القاضي لسلطته التقديرية".اليوم الدراسي حول:" السلطة التقديرية للقاضي في شؤون الأسرة".كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية. يوم 01 ديسمبر 2015. ص02.

[2] إبراهيم بن حديد. المرجع السابق. ص6.

[3] ذياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري.المرجع السابق. ص483.

[4] حنان براهمي. (اجتهاد القاضي في مجال الحقوق والحريات في ظل الاتفاقيات الدولية). مجلة الاجتهاد القضائي. مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع. جامعة محمد خيضر بسكرة. العدد الرابع. ص 328.

وهذا ما يتطلب من القاضي تفهم النص التشريعي والنظر فيه ودراسة الحالة المعروضة عليه دراسة وافية ومراعاة مدى التناسب بين النص وواقع النزاع المطروح، حتى تتم سلامة التطبيق. [1]

هي اختيار من بين خيارات تتجاذب الحالة المعروضة أمامه:كما في التخيير باختيار التعويض المناسب من بين التعويضات بما يحقق الأصلح للمجتمع.

أنها حكم من القاضي بناء على قناعته، مع وجود الأسباب والمسوغات لتلك القناعة: بمعنى أنها حرية القاضي في قبول الأدلة مثلا بالإضافة إلى حريته في تقييمها. [2]

لذلك لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتذرع القاضي بفقدان النص أو غموضه، و إلا عد القاضي ممتنعا عن إحقاق الحق، وبالتالي اعتباره منكرا للعدالة، إذ لابد له من الاجتهاد حتى وان كان هناك نص، فقد يكون النص غامضا مما يوجب على القاضي الاجتهاد لإزالة غموض النص للوصول إلى الحكم العادل في النزاع المعروض عليه وبما يحقق العدالة. [3]

الفرع الثالث:أهمية السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة وخصائصها.

تتسم السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة بعدة خصائص تميزها عن غيرها من السلطات الأخرى، وقبل الحديث عن هذه الخصائص أتطرق أولا إلى أهميتها، ثم أتعرض إلى خصائصها ثانيا.

أولا:أهمية السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة.

لاشك أن القاضي ملزم بالفصل في النزاع لاسيما إذا كانت الدعوى متعلقة بالأحوال الشخصية، والقاضي في سبيل وصوله إلى الحكم العادل لابد من أن يستوعب الدعوى المعروضة أمامه، لذا فقد يجد نصوصا قانونية مرنة وغير جامدة يستخدم فيها المشرع

---

[1] ذياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري. المرجع السابق. ص 483.

[2] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[3] عواد حسين ياسين العبيدي. (اجتهاد القاضي في مورد النص بين نهي التشريع ومقتضيات العدالة). مجلة التشريع والقضاء. السنة الثالثة .العدد الرابع.(صدر لتشرين الأول- تشرين الثاني- كانون الأول). لسنة 2011. ص1.

عبارات مطلقة وغير محددة،[1] ومن هنا تكتسب هذه السلطة التقديرية أهمية من الناحية العملية ويلجأ إليها القاضي بموجب نص صريح من قبل المشرع للوصول إلى الحكم العادل في القضية المعروضة أمامه، فمن المعروف أن تطبيق النص القانوني ليس مجرد عمل آلي يحدث تلقائيا، خصوصا إذا كانت القاعدة التي يتضمنها النص لا تحتوي على حل قاطع وواضح وحاسم للموضوع المعروض أمام القاضي.[2]

فالمشرع مهما حرص على وضع القواعد القانونية فإنه لا يمكنه مواجهة سلوك الأفراد ومتغيرات المجتمع، وهو الأمر الذي تتصدى له فكرة السلطة التقديرية للقاضي من خلال سد الثغرات القانونية وتفادي القصور التشريعي وكذا ملائمة القواعد القانونية للواقع والمستجدات،[3] ومن هنا فالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة تكتسي أهمية بالغة لأنها تضفي على قانون الأسرة طابعه العملي الحي فهي من تحدد أبعاده و مداه وتجعل من قواعده الجامدة ذات حركة وفعالية خاصة وأن الأمور التي يعالجها هذا القانون هي ذات طبيعة شخصية وتمس الركن الأساسي في المجتمع وهو الأسرة، وكثيرة هي القواعد التشريعية التي يعود الفضل في وجودها للسلطة التقديرية للقاضي.[4]

ثانيا: خصائص السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة.

بما أن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي إمكانية ذهنية أو عقلية منحها المشرع لقاضي شؤون الأسرة من أجل مواكبة الواقع المتحرك أمام ثبات النص القانوني، وهي تعتبر من بين الصلاحيات المخولة في تقدير وقائع الدعوى ووسائل الإثبات مع إصدار حكم مناسب في القضايا المعروضة أمامه، لذا فهي تتميز بجملة من الخصائص أهمها:

*أنها سلطة قانونية أي تستمد أساسها من نص القانون، حيث أن السلطة التقديرية ما هي

---

[1] http// law.uokerbala.edu

[2] المرجع نفسه.

[3] اسمهان عفيف. المرجع السابق. ص58.

[4] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

إلا إمكانية منحها المشرع للقاضي الأسري من أجل أن يحيط بالمتغيرات على صعيد واقع العلاقات القانونية، والتي لا يمكن للمشرع أن يلم بها، وبالتالي فان المشرع يمنح القاضي دورا ايجابيا في مواجهة هذه المتغيرات.[1]

* الدور الإيجابي الذي يمارسه القاضي الأسري. من خلال السلطة التقديرية الممنوحة له في نطاق قانون الأسرة والذي يقضي دائما بالاجتهاد في إيجاد الحلول الموضوعية لكل ما يطرح أمامه خاصة، والمتصفح لهذا القانون يجد أنه يحتوي على نصوص قانونية قصيرة مقارنة بقوانين الدول العربية التي سبقت المشرع الجزائري في تقنين هذا المجال،[2] فالناظر في هذه القوانين العربية يلاحظ أنها ضيقت من نطاق ممارسة السلطة التقديرية للقاضي لأنها تولت تنظيم معظم المسائل حتى في أبسط جزئياتها، وحتى عند مقارنة تقنين الأسرة الجزائري بباقي الفروع القانونية الأخرى نجده لا يتضمن حلولا للعديد من القضايا الأمر الذي يستلزم من القاضي الممارس لهذا المجال دائما إعمال نشاطه الذهني في ابتداع الحلول القانونية.[3]

* يمتاز عنصر القانون الذي يدخل في تركيبة هذه السلطة بالثبات أما عنصر الواقع فإنه يمتاز بالحركية: وبالتالي فان المنطقة القانونية التي تعمل فيها هذه السلطة تجد مجالها في الواقع والقانون، ذلك أن الدعوى ما هي إلا وقائع يطلب الخصوم من القاضي بإسناد القانون لها للحصول على حماية قانونية.

*امتداد السلطة التقديرية لتشمل القوانين الموضوعية والإجرائية على حد سواء.

* من حيث خصوصية المسائل التي يحكم فيها قاضي شؤون الأسرة. بما أن الأسرة هي الخلية الأساسية في المجتمع وهي عماده وأساس صلاحه، لذلك فممارسة القاضي سلطة تقديرية في هذا المجال ليس بالأمر الهين وهذا لعظم شأن هذا الفرع من فروع القانون

---

[1] خير الدين كاظم أمين. المرجع السابق. ص825.

[2] اسمهان عفيف. المرجع السابق. ص53-54.

[3] المرجع نفسه. ص54.

واتصاله الوثيق بكل فرد من أفراد المجتمع، فهذا القانون يتعلق بجوهر الحياة الخاصة لأن موضوعه يتعلق بأمور شخصية تمس الجوانب النفسية والاجتماعية والدينية، [1]وهذا يترتب عنه الاختلاف في القضايا المنظورة لأنها وان اتفقت في الظاهر إلا أن لكل قضية خصوصية وميزة تختلف باختلاف الظروف والأشخاص الأمر الذي يجعل القاضي أمام اختبار حقيقي لقدراته وملكاته الذهنية التي تختلف من قاضي لآخر، لذا يتعين عليه أن تكون له ثقافة قانونية خاصة وأن يكون مطلعا بالمسائل الفقهية و العلوم النفسية و الاجتماعية، وهذا ما يستدعي المناداة بضرورة تخصيص القضاة في مجال شؤون الأسرة، وكذا تولية هذا الفرع الأهمية اللازمة من خلال وضع القضاة ذوي الخبرة والكفاءة.[2]

*ممارسة هذه السلطة تتميز بالإلزام. فمادامت السلطة التقديرية تعتبر من المسلمات التي أقرها المشرع، ما يترتب على ذلك عدم إمكانية تحلل القاضي في استخدام هذه السلطة بحجة مثلا عدم وجود النص أو غموضه.[3]

* إن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي ذات طابع مركب. بمعنى أنها تشمل الواقع والقانون معا من حيث فهم وتقدير كل منهما، فالقاضي عندما تعرض أمامه دعوى معينة يحاول فهم وإدراك الوقائع ويستنبط العناصر التي تدخل هذا الواقع في إطار قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المعروض أمامه، فمنطقة عمله إذن هي الواقع والقانون معا.

* السلطة التقديرية عمل قانوني أو قضائي. فهي تبدأ بالمشرع عندما ينص على هذه السلطة في القاعدة القانونية، ثم بعد ذلك يستلهم القاضي هذا النص ليقوم بتطبيقه على الواقع المعروض أمامه.[4]

---

[1] اسمهان عفيف. المرجع السابق. ص55.

[2] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[3] خير الدين كاظم أمين. المرجع السابق. ص825.

[4] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

* تتسم السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة باتساع مجالها. إن ميدان استعمال السلطة التقديرية للقاضي واسع بقدر اتساع مجال شؤون الأسرة، وبالتالي فسلطة القاضي لا تقتصر على السلطة القضائية فقط، بل تتعدى ذلك إلى السلطة الإصلاحية و الولائية، وهذا ما سأتناوله كالتالي:

1-السلطة القضائية: يتمتع القاضي أثناء قيامه بعمله بالعديد من السلطات والمكنات المعترف بها قانونا بحكم طبيعة عمله وبحكم صفته كقاضي،[1] والتي تنبثق من طبيعة وظيفته، فهو يتمتع بسلطة القضاء، أي إصدار أحكام قضائية فاصلة في النزاع، لذا يعتبر العمل القضائي الذي يتم وفقا للأسلوب القضائي هو النشاط الأصيل والعمل الأساسي للمحاكم، والذي يتضمن فصلا للنزاعات بين الأفراد،[2]وهو العمل الأبرز للقاضي والمتمثل في بحث النزاعات والفصل في كل ما ينشأ من خصومات من خلال تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالنزاع، نجد القاضي ملزما بتطبيق النص القانوني، وفي حالة انعدام النص أو غموضه خول له القانون سلطة تقديرية واسعة لإيجاد الحل القانوني، من خلال بذل الجهد و الوسع في الفهم وتفسير النصوص لاستنباط الأحكام القانونية لتقرير الحماية القضائية.[3]

2-السلطة الولائية: يتمتع قاضي شؤون الأسرة بسلطة ولائية واسعة النطاق على غرار تمتعه بالسلطة القضائية، فهو من يمنح الترخيص بالزواج للقصر متى توافرت حالة المصلحة أو الضرورة، ومتى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، وكذلك هو من يقوم بمنح الترخيص بالزواج في حالة التعدد متى توافرت مبرراته، وهو من ينظر في الطلبات المعروضة عليه فيما يتعلق بالكفالة والوصاية إلى غير ذلك.

---

[1] نبيل إسماعيل عمر. التقدير القضائي المستقبلي في قانون المرافعات المدنية والتجارية. ط1. دار الجامعة الجديدة.الإسكندرية. مصر. 1999. ص 07.

[2] محمود السيد عمر التحيوي. نطاق سلطة القاضي في إصدار الأمر القضائي.(د.ط).دار الجامعة الجديدة .الإسكندرية . مصر. 1999. ص07 – 12.

[3] اسمهان عفيف. المرجع السابق. ص53.

3-السلطة الإصلاحية: منح المشرع لقاضي شؤون الأسرة سلطة إصلاحية إجبارية تتمثل في بذل قصارى جهده في إجراء محاولة الصلح بين الزوجين في القضايا المتعلقة بفك الرابطة الزوجية من طلاق وتطليق وخلع، وذلك عن طريق تذكير كلا الزوجين بضرورة التسامح المتبادل ومحاسن الألفة من جهة، وكذا مساوئ الفرقة وما ينتج عنها من آثار سلبية من تشتت للأسرة وضياع الأبناء وانقطاع علاقة المصاهرة بين عائلتي الزوجين من جهة أخرى.

هذه تعتبر جملة من الخصائص التي تتسم بها السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة.

وبعد التطرق لهذه الخصائص، نأتي الآن إلى الحديث عن تمييز السلطة التقديرية عن غيرها من المصطلحات، وهذا ما سأتناوله في الفرع الرابع.

الفرع الرابع: تمييز السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عن غيرها من المصطلحات المشابهة لها.

تتميز السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عن بعض المصطلحات المشابهة لها كما يلي:

أولا: تمييز السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عن السلطة التحكمية أو التعسفية.

إذا كانت السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي عبارة عن نشاط ذهني أو عقلي يقوم به هذا الأخير في تقدير واقع النزاع المعروض أمامه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح، [1]أو بما يؤدي إليه اجتهاده فيما لا نص فيه.

لذلك يمكن القول أنها نظام قانوني أقره المشرع ويجري تطبيقه في نطاق مبدأ الشرعية، أما السلطة التحكمية فهي التي يلجأ إليها القاضي لتقرير أمر لا يستند فيه إلى

---

[1] ذياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري .المرجع السابق.ص480.

حكم القانون، ولم يقرره عليه المشرع بحيث ينطوي الأمر إلى الخروج عن مبدأ الشرعية، لهذا تشكل السلطة التحكمية أو التعسفية إهدارا لمبدأ الشرعية، على خلاف السلطة التقديرية التي تعمل في نطاق مبدأ الشرعية.[1]

ثانيا: تمييز السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عن السلطة المقيدة.

تتحقق السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة متى حدد له المشرع سلوكا معينا وخوله إصدار قرارات معينة لا يمكن الخروج عليها أو تعديلها، أما إذا خول المشرع للقاضي حرية الاختيار بين أمر من الأمور العديدة طرحها عليه المشرع وكان للقاضي ترجيح أي منها على غيره وفقا لاعتبارات الملائمة، فان سلطة القاضي تكون تقديرية و ليست مجرد سلطة مقيدة.[2]

والمرجع في التمييز بين السلطة التقديرية وتلك المقيدة نصوص القانون وإرادة المشرع، فحيث يتولى المشرع صياغة النص في عبارات لا تفسح القاضي أي سلطة في شأنه نكون في مجال السلطة المقيدة، أما إذا أورد عبارات في صيغة مرنة يفسح الطريق أمام القاضي في اختيار وتطبيق العمل المناسب نكون بصدد سلطة تقديرية .[3]

ثالثا: تمييز السلطة التقديرية للقاضي عن قضائه بعلمه الشخصي.

إذا كانت السلطة التقديرية هي عملية ذهنية تتعلق بنشاط يقوم به القاضي لتقدير واقع النزاع المطروح أمامه على ضوء المعطيات القانونية،[4] فان قضاءه بعلمه الشخصي يعني أنه يحكم في النزاع المطروح عليه وفقا لمعلوماته الشخصية التي اكتسبها من وقائع لا تندرج ضمن الوقائع التي قام الخصوم بطرحها عليه وإثباتها بالشكل المحدد في القانون، وطلبوا

---

[1] محمد علي الكيك.السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة وتشديدها وتحقيق ووقف تنفيذها.(د.ط). دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية . مصر.2007. ص9- 10.

[2] المرجع نفسه. ص11.

[3] المرجع نفسه .الصفحة نفسها.

[4] إبراهيم بن حديد. المرجع السابق. ص4.

حكمه باطلا، إذ يكون قد جمع بين صفة الشاهد وصفة القاضي، ويكون قد اعتدى على حقوق الدفاع، وخالف مبدأ الحياد.[1]

رابعا: التمييز بين السلطة التقديرية للقاضي وسلطة التكييف.

إذا ما انتهى القاضي من مرحلة تقدير الوقائع، وتوصل إلى النص القانوني الذي ينطبق على الواقع، فإنه ينتقل إلى مرحلة أخرى، وهي إضفاء الوصف القانوني المناسب لها، بمعنى آخر فانه ينتقل من نطاق الواقع الملموس إلى نطاق الواقع المجرد وهذا ما يطلق عليه بالتكييف القانوني.[2]

فالتكييف معناه تحديد طبيعة العلاقة القانونية المتنازع بشأنها وردها إلى نظام قانوني معين، وفي ضوء ذلك يمكن الوصول الفارق بين التكييف والتقدير، فالتكييف القانوني يقصد به إعطاء الوصف القانوني لوقائع الدعوى المعروضة أمامه، أي الوصف الذي حدده القانون،[3] أما التقدير فهو عملية يعمل فيها القاضي فكره و عقله ومنطقه، و تخضع لترجيحه و ملاءمته وهي متعلقة بالواقع، لذا يمكن القول أن التكييف هو مرحلة فقط من عملية التقدير.[4]

خامسا: تمييز السلطة التقديرية عن الحق الشخصي.

السلطة التقديرية المخولة للقاضي تخرج عن نطاق الحقوق الشخصية فهما فكرتان متميزتان ولا تختلطان، فالحق الشخصي يخول صاحبه حرية استعماله من عدمه، فإذا استعمله حصل على ما يرتبه الحق من آثار وإذا لم يستعمله فلا تثريب عليه في ذلك. أما

---

[1] نبيل إسماعيل عمر. امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي. (د.ط). دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. مصر. 2004. ص9-10.

[2] خير الدين كاظم أمين.المرجع السابق. ص85.

[3] محمد إبراهيم محمود.(دور القاضي والمحامي في الدعوى المدنية). مجلة التشريع والقضاء. بحوث ودراسات. السنة الثالثة . العدد الثالث. صد ر لتموز – آب- أيلول.2011. ص1.

[4] خير الدين كاظم أمين.المرجع السابق. ص826.

السلطة التقديرية فهي لا تقبل التنازل في كل الحالات،[1] على خلاف الحق الشخصي الذي يمكن التنازل عنه.

سادسا:التمييز بين السلطة التقديرية للقاضي والتقرير القضائي.

إذا كانت فكرة التقرير القضائي تقترب من السلطة التقديرية للقاضي إلا أنهما فكرتان قانونيتان متميزتان، فلكل منهما ذاتيته وعناصره التي تميزه عن الأخرى.

فالسلطة التقديرية إذا كانت هي تمكين القاضي للوصول إلى الحكم أو القرار أو الإجراء المناسب من خلال إعمال نظره فيما يعرض عليه أو كان النص فيه محتم [2]، فان سلطة التقرير القضائي هي المرحلة الأخيرة من مراحل الفصل في الجانب الموضوعي في الخصومة المطروحة على القاضي، أو سلطة هذا الأخير في حسم نقاط النزاع وإصدار حكمه في شأنها .[3]

سابعا:التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة القضائية.

السلطة القضائية هي السلطة التي تكفل احترام القواعد القانونية والتنظيمية وهي ملزمة بالحكم في الموضوع المطروح أمامها وفقا للاختصاصات المعينة له،[4] وبعبارة أخرى هي السلطة التي تسهر على تطبيق القانون، أما السلطة التقديرية هي عبارة عن نشاط ذهني أو عمل عقلي يقوم به القاضي بهدف الوصول إلى حل للنزاع المعروض أمامه.

لذا يمكن القول أن السلطة التقديرية تعتبر جوهر العمل القضائي وهي جزء من السلطة القضائية لأن السلطة القضائية تضم السلطة التقديرية وسلطات أخرى.

---

[1] محمد علي الكيك. المرجع السابق. ص9.

[2] ذياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري.المرجع السابق. ص 482.

[3] محمد علي الكيك. المرجع السابق. ص 16.

[4] سليمة مسراتي.(استقلالية السلطة القضائية كأهم ضمان للحق في التقاضي). دستور الجزائر 1996 نموذجا. مجلة الاجتهاد القضائي. مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع. جامعة محمد خيضر بسكرة. الجزائر.العدد09. ص 91.

و إذن فكل سلطة تقديرية هي سلطة قضائية، ولكن ليس كل سلطة قضائية هي سلطة تقديرية.

ثامنا :التمييز بين السلطة التقديرية وسلطة الإدارة القضائية.

يتمتع القاضي بالعديد من السلطات التي تنبثق من طبيعة وظيفته، فهو يتمتع بسلطة القضاء، أي إصدار أحكام قضائية فاصلة في النزاع، كما يتمتع بسلطة الإدارة، أي أعمال الإدارة القضائية، وهي أعمال يمارسها القضاء، وتتعلق بتنظيم مرفقه وحسن سيره،[1] وأداته في ذلك هي القرارات الإدارية التي تصدرها مختلف الجهات الإدارية في تصريف أمورها، وإدارة شؤونها بهدف تحقيق سير المرافق العامة القائمة عليها، ومثال ذلك تنظيم جدول الجلسات وتحديد مواعيدها.[2]

أما السلطة التقديرية فهي إجراء نشاط ذهني يتعلق بمطابقة مفترض القاعدة القانونية لمجموع الوقائع، وذلك عن طريق تجريد القاعدة القانونية مؤقتا واعتبارها قاعدة مجسدة تحتوي على الواقع المطروح، وعلى هذا تجدر الإشارة إلى أنها منصبة على الواقع والقانون معا، من حيث فهم وتقدير كل منهما.[3]

المطلب الثاني: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة.

البحث عن مشروعية منح السلطة التقديرية من أهم الأسس التي يقوم عليها هذا البحث، إذ من خلاله تتبين مشروعية تمتع القاضي بهذه السلطة من عدمها، إذ أن الحديث عن المشروعية يقودنا إلى التطرق إلى مسألة الخلاف الفقهي حول وجود سلطة تقديرية للقاضي، وهذا ما سأتعرض إليه من خلال الفروع الموالية.

---

[1] محمود السيد عمر التحيوي. نطاق سلطة القاضي في إصدار الأمر القضائي.المرجع السابق. ص7.

[2] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[3] ذياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري. المرجع السابق. ص481.

الفرع الأول: الخلاف الفقهي حول وجود سلطة تقديرية للقاضي.

لقد أصبح نشاط القاضي التقديري من المسلمات المفترضة في مجال العمل القضائي، حيث اعترف به المشرَع والقضاء والفقه القانوني، إلا أنه رغم هذه الحقيقة فلابد من تسليط الضوء على وجهة نظر الفقه[1] التي انقسمت إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول الرافض لوجود السلطة التقديرية للقاضي، والاتجاه الثاني المعترف بوجود السلطة التقديرية للقاضي

أولا: الاتجاه الرافض لوجود السلطة التقديرية للقاضي.

يذهب جانب من الفقه إلى أن القاضي يمارس عمله القضائي ويستمد ولايته من المشرع الذي يحدد نطاق هذه الولاية وفقا لنصوص تشريعية قاطعة الدلالة في المعنى المراد منها، ومن ثم يعد الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي أثناء ممارسته لولاية القضاء من قبيل اللغو الذي لا أساس له، فالقاضي لا يملك سلطة التقدير، وما يمكن تسميته بالسلطة التقديرية هو لخدمة السلطة القضائية لا غير، وقد حدد المشرع نطاقها بنصوص قاطعة، كما أن الهدف من منح القاضي تلك السلطة هو ممارسة الوظيفة المسندة إليه على نحو مناسب وصحيح طبقا لطرق ووسائل فنية معينة ومبادئ محددة لا يتمتع حيالها بأي نوع من التقدير.[2]

وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى الأساسيات التالية:

---

[1] أحمد الأمراني.السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي.ط1.دار القلم.الرباط.المغرب.2011.ص25.

[2] ابراهيم بن حديد.المرجع السابق.ص 07.

2-يستند أصحاب هذا الرأي كذلك إلى فكرة مؤداها أن القانون يتسم دائما بالكمال ولا يوجد به أي نقص ومن ثم لا مجال للسلطة التقديرية للقاضي، حيث أن مجال إعمال هذه السلطة يكون في حالات نقص التشريع، ولقد ساعد تطور الفكر الوضعي على اكتمال النصوص التشريعية، فبلغت درجة الكمال، وأصبح دور القاضي لا يتعدى البحث كما تضمنه القانون ذاته دون أن يلجأ إلى الخلفيات الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية للقاعدة القانونية.[1]

3-كما يرى هذا الاتجاه أن القول بوجود السلطة التقديرية للقاضي والاعتراف بها من شأنه الإخلال والمساس بمبدأ الفصل بين السلطات، لأن منح القاضي الحق في الاجتهاد والبحث عن القواعد القانونية المناسبة للتطبيق هو تدخل في مهام السلطة التشريعية واعتداء على اختصاص موكول لها وحدها، وعليه لتفادي ذلك لابد من أن ينحصر دور القاضي فقط في ملاحظة القانون وإعمال المنطق في تطبيقه عن طريق تفسير نصوصه والقياس عليها دون تجاوز ذلك بخلق قواعد قانونية.[2]

4-ويستند أصحاب هذا الرأي كذلك إلى أن مبدأ القاضي ميزان العدل، ويقتضي سلامة هذا الميزان أن لا نفسح مجالا لإعمال السلطة التقديرية وإلا أدى ذلك إلى أن يعمل القاضي بطريقة تحكمية، فلو أجزنا للقاضي أن يصدر حكمه بناء على سلطته التقديرية فسيؤدي هذا المنهج إلى الكثير من التضارب وعدم الاستقرار في العمل، الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى ميل ميزان العدل عن دوره الأساسي، فسلطة القاضي التقديرية هي في الحقيقة أقرب إلى التحكم منها إلى العدالة.[3]

---

[1] ابراهيم بن حديد.المرجع السابق.ص08.

[2] اسمهان عفيف.المرجع السابق.ص 27.

[3] ابراهيم بن حديد.المرجع السابق.ص08.

وخلاصة رأي أصحاب الاتجاه الرافض للسلطة التقديرية يؤسس على أن إباحة النشاط التقديري للقاضي يؤدي إلى الكثير من التضارب في الأحكام وعدم الاستقرار في العمل، ويفسح المجال لتحكم القضاة مما يؤدي في النهاية إلى ميل ميزان العدل.[1]

***مناقشة هذا الاتجاه.**

إن عدم الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي وإنكارها يعد فكرة خاطئة، فالقانون مهما بلغ من التطور، لن يصل إلى درجة الكمال، ويبقى محتويا على بعض الثغرات والهفوات والنقائص، التي يمكن تداركها عن طريق منح المجال للقاضي لإعمال سلطته التقديرية عن طريق البحث والاجتهاد بقصد إيجاد حلول للنزاعات المعروضة أمامه، فأغلبية القواعد القانونية جاءت مرنة تاركة مجالا خصبا ومفتوحا لإعمال القاضي لنشاطه الذهني.

ثانيا: الاتجاه المعترف بوجود السلطة التقديرية للقاضي.

اتجه غالبية الفقه الحديث إلى الاعتراف بوجود السلطة التقديرية للقاضي وضرورة قيامها، واستندوا على ما يلي:

1-يتدخل المشرع ليفوض القاضي سلطة اختيار القاعدة القانونية الملائمة، وذلك من خلال منحه سلطة تقديرية في تطبيق أحكام القانون، حيث يعمل القاضي على جعل أحكام القانون تتماشى مع مقتضيات الظروف، فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطويرا مستمرا، ويواجه بها ما يتغير من ملابسات وأحوال.[2]

2-إن ما يميز السلطة التقديرية للقاضي هو أن هدف وظيفة القاضي هو كفالة السير المنظم للحياة الاجتماعية، وبناء على ذلك فالقاضي هو الذي يقدر النشاط الأكثر ملائمة

---

[1] إبراهيم بن حديد.المرجع السابق.ص08.

[2] نور الدين أزرقون.(سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع).مجلة دفاتر السياسة والقانون. العدد 08.جانفي 2013.ص06.

للإشباع المحايد للمصالح المتعارضة، ويظهر ذلك في الأحوال التي يحكم فيها القاضي وفقا للعدالة، وهذا يعني اختيار الحل العادل بالنسبة لخصوصيات الحالة الواقعية.[1]

3-لا مناص من الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي في ممارسته لنشاطه القضائي سواء تعلق بفهم الواقع أو بإعمال القانون، حيث لا يمكن إعمال السلطة القضائية دون تقدير مسبق للواقع والقانون، إذ أن المنطق الصحيح يقود إلى هذه النتيجة.[2]

4-إن التطبيق الآلي للقانون خاصة في قضايا الزواج والطلاق والتعويض يستدعي المرونة في تطبيق القانون ومراعاة الظروف والملابسات، ففي مجال العلاقات الأسرية لم يعطنا التشريع حلولا نهائية، وإنما قدم لنا فقط بعض التعميمات والمبادئ العامة، فكان لزاما منح القاضي فرصة الاجتهاد في البحث عن الحلول القانونية في مختلف المصادر حتى يستقي قاعدة قانونية تكون صالحة التطبيق.[3]

إن هذا التقدير ضروري لإعمال القانون، وبالتالي استنفاذ القاضي لولايته، فولاية القضاء تحتوي على ولاية التقدير أو سلطة التقدير، بحيث يمكن القول أنه يوجد تلازم زمني في إعمال السلطتين، ومن ثم يمكن القول أن للقاضي الفصل في المنازعات بين الأفراد بما يتفق وصحيح القانون، وله في هذا الصدد سلطة تقديرية تخوله أن يطوع النص القانوني ويفسره طبقا لحاجة المجتمع، دون أن تصل هذه الحرية إلى حد أن يضع القاضي نصوص القوانين، لأن هذا يعد من صميم اختصاص المشرع وحده.[4]

إن القانون ليس كاملا، ولا يمكن أن يكون كاملا، بل يمكن أن يكون غامضا ومبهما في العديد من الحالات وتقرير قواعده بصفة مجردة يؤدي في الكثير من الأحيان إلى

---

[1] نبيل إسماعيل عمر.سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية.دراسة تحليلية وتطبيقية.(د.ط).دار الجامعة الجديدة.الإسكندرية.مصر.2008.ص107.

[2] إبراهيم بن حديد.المرجع السابق.ص11.

[3] اسمهان عفيف.المرجع السابق.ص28.

[4] إبراهيم بن حديد.المرجع السابق.ص11

اصطدامه عند التطبيق بوقائع لم تكن مرتقبة، وهذا لابد من تدخل السلطة التقديرية للقاضي لسد هذا الفراغ أو توضيح الغموض حتى يسد قصور التشريع، وكذا اجتناب حالات تنطوي على الظلم وهذا الدور التي تلعبه المحاكم.[1]

لقد أصبح التشريع لا يتماشى مع الفكر القانوني، وصار القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة للوصول إلى التوفيق بين القانون والواقع، فلو وقف القاضي مكتوف اليدين أمام الوقائع الجديدة والتغيرات الحاصلة في الجماعة، واكتفى بأن يطبق عليها النصوص القديمة المقررة لقواعد دقيقة محددة لكان في ذلك ضرر عظيم، فالمغايرة تتطلب الاختلاف في التغيير وهو مالا يمكن أن يتولاه المشرع إزاء تطور المجتمع البشري، وبالتالي يترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية في إطار معين.[2]

إن ممارسة القاضي لسلطته التقديرية وإصداره الأحكام القضائية بناء على اجتهاداته الفكرية هو أمر ملازم لممارسته للعمل القضائي، لأن ولاية القضاء تستلزم ولاية التقدير، وبذلك القاضي لا يقوم بوضع قواعد قانونية جديدة، وإنما يهدف بنشاطه التقديري إلى تحديد وتبيين إرادة قانونية قائمة دون تجاوز ذلك بإنشاء نصوص قانونية جديدة، وعليه لا يوجد ما يمس بمبدأ الفصل بين السلطات لأن القاضي يعمل دائما في إطار ما خولته السلطة التشريعية.[3]

وقد أباح الفقهاء المسلمون للقضاة إعمال السلطة التقديرية في استنباط الأحكام عن طريق الاجتهاد، وذلك في حالة غياب النص الشرعي، أو في حالة أن يكون النص غير قاطع الدلالة على الحكم، فيعمل المجتهدون على الاستدلال عليه بين المعاني التي يحتملها النص دون الخروج عليها.[4]

---

[1] اسمهان عفيف.المرجع السابق. ص29.

[2] إبراهيم بن حديد.المرجع السابق.ص12.

[3] اسمهان عفيف.المرجع السابق. ص29.

[4] إبراهيم بن حديد.المرجع السابق.ص13.

إذ لا مراء من منح القاضي والاعتراف بما له، وهو الأمر الذي سلمت به وكرسته النظم الحديثة، بل إن النظم الإنجلوساكسونية الحديثة تجاوزت هذا الاعتراف إلى جعل هذا النشاط التقديري الذي يقوم به القاضي لإيجاد الحلول القانونية سوابق قضائية يلزم القضاة الرجوع إليها في ما يعترض القاضي من قضايا مشابهة وتسبيقها في بعض الحالات على التشريع من خلال إقرار إلزاميتها واعتبارها قاعدة قانونية عامة.

بينما اكتفت النظم اللاتينية بمنح هذه السلطة للقاضي والاعتراف بها دون تجاوز ذلك إلى حد القول أن ما يصدره القاضي بناء على سلطته التقديرية يشكل قاعدة قانونية ملزمة.[1]

***مناقشة هذا الاتجاه.**

إن الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي يعد فكرة صائبة، ذلك أن القانون لم يعط حلولا نهائية في بعض الحالات، مما يستلزم منح القاضي هذه السلطة للبحث عن مختلف الحلول الملائمة لإيجاد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، فالقانون مهما ارتقى فإنه لن يبلغ إلى درجة الكمال، وقد يكون في بعض الأحيان مبهما، وأحيانا أخرى يحتوي على بعض الثغرات والنقائص، مما يستدعي ذلك إلى إعمال القاضي لسلطته التقديرية من أجل سد هذه الثغرات والنقائص، وبهدف سد العجز التشريعي في بعض النقاط.

***الترجيح.**

من خلال عرض الاتجاه الرافض للسلطة التقديرية للقاضي والاتجاه المعترف بها، فإنه يمكن القول أن الاتجاه الثاني هو الأقرب للصواب، ذلك أن السلطة التقديرية للقاضي أصبحت من المسلمات وهي ضرورة لابد منها، وهي تعتبر نشاط إيجابي فعال يقوم به القاضي بهدف الوصول إلى حلول لمختلف النزاعات المعروضة أمامه وهي تمثل جوهر العمل القضائي.

---

[1] اسمهان عفيف.المرجع السابق.ص30.

الفرع الثاني: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي في الشريعة الإسلامية.

عند الحديث عن مشروعية السلطة التقديرية للقاضي في الشريعة الإسلامية وجب التطرق إلى مشروعيتها من القرآن ومن السنة ومن الأثر كما يلي:

أولا: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من القرآن.

قال تعالى:"إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الكِتَابَ بِالحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلاَ تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا."[1]

جاء في تفسير هذه الآية أن الله تعالى خاطب الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله"إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق" أي: هو حق من الله، وهو يتضمن الحق في خبره وطلبه.

وقوله:" لتحكم بين الناس بما أراك الله" احتج به من ذهب من علماء الأصول إلى أنه كان صلى الله عليه وسلم له أن يحكم بالاجتهاد بهذه الآية.[2]

وكذلك قوله عز وجل:"وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى المُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى المُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى المُحْسِنِينَ"[3]

أمر الله تعالى في هذه الآية بإمتاع المرأة المطلقة قبل الدخول، وهو بتعويضها عما فاتها بشيء تعطاه من زوجها بحسب حاله، على الموسع قدره وعلى المقتر قدره،[4]وإثبات المقدار على اعتبار حاله في الإعسار واليسار طريقة الاجتهاد وغالب الظن، ويختلف ذلك في الأزمان وما يجب اعتباره في تقديرها هو يسار الزوج وإعساره واعتبار العرف في ذلك، والعادات قد تختلف و تتغير، وطريقة تقديرها بالاجتهاد أيضا.[5]

---

[1] سورة النساء: الآية 105.

[2] عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي. تفسير القرآن العظيم لابن كثير. ج1. ط.1.مؤسسة الرسالة. بيروت. لبنان. 2008. ص774.

[3] سورة البقرة : الآية 236.

[4] ابن كثير . تفسير القرآن العظيم . ج 1. المرجع السابق. ص410.

[5] محمود محمد ناصر بركات. المرجع السابق. ص85.

فهذه الآية أصل في جواز الاجتهاد في أحكام الحوادث، والنشاط الذي يقوم به القاضي للوصول إلى الحكم في هذه الحوادث هو جزء مما يسمى بالسلطة التقديرية، والله سبحانه قد أمر به مما يدل على مشروعية منحه للقضاة.[1]

وقوله عز وجل أيضا:"وَ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ القَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ(78) فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلّاً أَتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا"[2]

دلّت الآية الكريمة على أنهما عليهما السلام اجتهدا وأصدرا كلاهما حكما معينا في قضية الحرث الذي نفشت فيه الغنم، فلم تدع فيه لا ورقة ولا عنقودا من عنب إلا أكلته، فأتوا داود فأعطاهم رقابها، فقال سليمان:لا، بل تؤخذ الغنم فيعطاها أهل الكرم فيكون لهم لبنها ونفعها، ويعطى أهل الغنم الكرم فيصلحوه ويعمروه حتى يعود كالذي كان ليلة نفشت فيه الغنم، ثم يعطى أهل الغنم غنمهم، وأهل الكرم كرمهم، فأثنى الله تعالى على حكم سليمان ولم يذم داود.[3]

لقد كان كل واحد منهما(سليمان وداود عليهما السلام) على حكم وعلم، وثبت الحكمان بموجب اجتهادهما ثم نسخ حكم داود بعد ثبوته ونزل النص بتقرير حكم سليمان، والله سبحانه وتعالى أثنى على داود باجتهاده، وأثنى على سليمان بإصابته وجه الحكم.[4]

ثانيا: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من السنة.

وردت أحاديث كثيرة تمنح بموجبها سلطة تقديرية للقاضي للاجتهاد في إصدار الأحكام القضائية منها:

---

[1] محمود محمد ناصر بركات. المرجع السابق. ص85.

[2] سورة الأنبياء: الآية 78.

[3] ابن كثير. تفسير القرآن العظيم.ج3. المرجع السابق. ص272-273.

[4] محمود محمد ناصر بركات. المرجع السابق. ص83.

1- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:"إنما أنا بشر و إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو ما أسمع فمن قضيت له بحق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار."[1]

يستفاد من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقضي بالاجتهاد فيما لم ينزل عليه فيه شيء، و ذلك بوصفه قاضيا، يدل على هذا أنه ذكر ذلك في مقام إدلاء الخصوم بالحجج و قوله" تختصمون، فأقضي، قضيت. " [2]

2- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب، فله أجران، و إذا حكم فاجتهد، ثم أخطأ، فله أجر".[3]

دلّ هذا الحديث على القول بأن الحكم عند الله في كل قضية واحد معين قد يصيبه من أعمل فكرة وتتبع الأدلة ووفقه الله، فيكون له أجران أجر الاجتهاد وأجر الإصابة، والذي له أجر واحد هو من اجتهد فأخطأ، فله أجر الاجتهاد.

واستدلوا كذلك بهذا الحديث على أنه يشترط أن يكون الحاكم مجتهدا.[4]

3- حدّثنا حفص بن عمر عن شعبة عن أبي عون عن الحارث بن عمرو بن أخي المغيرة بن شعبة.

عن أناس من أهل حمص من أصحاب معاذ بن جبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذا إلى اليمن قال كيف تقضي إذا عرض لك قضاء قال أقضي بكتاب الله

---

[1] أخرجه البخاري. صحيح البخاري. كتاب الأحكام. باب موعظة الإمام للخصوم. (د.ط). دار الفكر. بيروت. لبنان. (د.ت). ص1799.

[2] محمود محمد ناصر بركات. المرجع السابق. ص85-86.

[3] أخرجه الإمام الحافظ أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري اليسالوري. صحيح مسلم. كتاب الأقضية . باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد، فأصاب أو أخطأ. ط1..دار الفكر. بيروت. لبنان. 2003. ص865.

[4] محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني. سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام. ط1. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. 2004. ص807.

سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كتاب الله قال أجتهد رأيي ...فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله.[1]

دل هذا الحديث على جواز الاجتهاد بالرأي، وبالتالي جواز منح السلطة التقديرية للقاضي.

ثالثا: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من الأثر.

ما روي عن شريح أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إليه" إذا جاءك في كتاب الله شيء فاقض به، ولا يلفتنك عنه الرجال، فإذا جاءك أمر ليس في كتاب الله فانظر سنة رسوله صلى الله عليه وسلم فاقض بها، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله وليس فيه سنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم فانظر ما اجتمع عليه الناس فخذ به، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله وليس فيه سنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يتكلم فيه أحد قبلك فاختر أي الأمرين شئت: إن شئت أن تجتهد برأيك وتقدم فتقدم، وإن شئت أن تتأخر فتأخر، ولا أرى التأخر إلا خيرا لك.[2]

ورسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري معروفة مشهورة، بل تسمى بدستور القضاء، ومما ورد فيها:" فافهم إذا أدلي إليك ... لا يمنعنك قضاء قضيته راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فإن الحق قديم ...الفهم الفهم في ما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب والسنة، اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عند ذلك فاعمد إلى أحبها عند الله وأشبهها بالحق فيما ترى، واجعل للمدعي أمدا ينتهي إليه، فإن أحضر بينة أخذ بحقه وإلا وجهت القضاء عليه..."[3]

---

[1] أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني. سنن أبي داود. كتاب الأقضية. باب اجتهاد الرأي في القضاء. رقم 3592. (د.ط). بيت الأفكار الدولية. عمان . الأردن. 1999. ص397.

[2] محمود محمد ناصر بركات. المرجع السابق. ص88.

[3] المرجع نفسه. ص90.

ما يفيده هذان الأثران أن سيدنا عمر يوجه القضاة في هاتين الرسالتين إلى الحكم بكتاب الله وسنة رسوله وبإجماع أهل العلم، فإن لم يكن فالاجتهاد، وهذا توجيه إلى استعمال السلطة التقديرية في استنباط الأحكام، فعلى القاضي أن يسمع كلام الخصمين ويفهم مراده، ثم يبذل مجهوده للوصول إلى الحكم الصحيح في القضية، وعلى القاضي أن يقضي على بصيرة بعد التروي والفهم.[1]

الفرع الثالث: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من نصوص قانون الأسرة.

إذا كانت السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي هي المكنة المخولة له من طرف المشرع للتصرف بموجبها في الحالات التي لا يوجد فيها نص قانوني، أو يكون هناك نص قانوني لكنه غير قاطع في دلالته، فيعمل القاضي فكره ويقدر ويقيس الأمور بأشباهها من أجل تحقيق مقصد المشرع المستمد من الشريعة الإسلامية في هذا المجال والعمل على ما فيه صلاح الناس.[2]

أو بمعنى آخر يقصد بها تلك العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي في إطار فصله في النزاع المعروض عليه، والتي تبدأ من يوم طرح وقائع الدعوى إلى يوم صدور الحكم فيها مرورا بتقديم الطلبات والدفوع أو ما يسمى بأدلة إثبات الوقائع وبمرحلة التكييف القانوني لهذه الوقائع، وتتمثل هذه السلطة بما يتركه المشرع للقاضي من حرية للتقدير أو الاختيار من خلال مختلف التعابير التي يتضمنها النص القانوني.[3]

وفي الغالب ترد الصياغة القانونية للتدليل على تفويض القاضي سلطة التقدير للموضوع بالألفاظ التالية:"يجوز"-"يمكن"-"يستطيع"-"إذا تبين للقاضي"-"مع مراعاة

---

[1] عبد الحميد الشواربي. المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء.(د.ط). منشأة المعارف. الإسكندرية. مصر.(د.ت). ص16.

[2] راضية أمقران.مداخلة حول"سلطة القاضي في الطلاق والتطليق".اليوم الدراسي الوطني حول"السلطة التقديرية للقاضي في شؤون الأسرة".كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية. يوم 01 ديسمبر 2015.ص01.

[3] سناء قندوز.المرجع السابق.ص 01.

المصلحة"(فالقاضي هو من يقدرها)-"وللقاضي أن..."-"رجع الأمر للقاضي في .."-" يفوض الأمر إلى القاضي...".

انطلاقا من هذه الدواعي التي توجب تفويض الأمر لسلطة القاضي التقديرية في حسم نزاعات الأسرة، فالمجالات المفتوحة أمام قاضي الموضوع لإعمال سلطته واجتهاده [1] كثيرة ومتعددة ابتداء من إعمال سلطته التقديرية في مسائل الخطبة والعدول عنها، مرورا بإبراز دوره في مسألة الترخيص بالزواج للقصر، وكذا الترخيص بالتعدد، بالإضافة إلى سلطته التقديرية في الولاية بالتزويج، فضلا عن دوره في آثار الزواج بما فيها مسائل المهر والنفقة وإثبات النسب.

وانتهاء بحدود إعمال سلطته التقديرية في مسائل انحلال الزواج والآثار الناجمة عنه كسلطته في تقدير أسباب التطليق ودوره في إجراءات الصلح والتحكيم دون إغفال سلطته في تقدير التعويضات الناشئة عن انحلال الزواج ودوره في مسائل الحضانة.

1/ في مسائل الخطبة.

تتجلى السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الخطبة من خلال تقدير مختلف التعويضات الناجمة عن العدول عنها طبقا لما نصت عليه المادة الخامسة من قانون الأسرة، حيث جاء نصها:"...إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض..."

2/ في مسألة الترخيص بالزواج للقصر.

تتضح مسألة إعمال القاضي لسلطته التقديرية في مسألة الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية من خلال نص المادة السابعة من قانون الأسرة التي ورد في فحواها:"...وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج..."

---

[1] زبيدة اقروفه.مداخلة حول " السلطة التقديرية للقاضي بين المرونة والرقابة". اليوم الدراسي حول:" السلطة التقديرية للقاضي في شؤون الأسرة".كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.يوم 01 ديسمبر 2015.ص 05.

3/ في مسألة الترخيص بالتعدد.

تظهر السلطة التقديرية للقاضي في مسألة تعدد الزوجات من خلال نص المادة الثامنة من قانون الأسرة التي جاء فيها:" ...يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

4/ في مسألة الولاية بالتزويج.

المشرع الجزائري حسب نص المادة 11 ق أ ف2 نجد أنه منح للقاضي سلطة تزويج المولى عليها في حالة عدم وجود الولي، وذلك بموجب ولايته العامة طبقا لنص المادة 11 ف2 التي نصت على أنه:"...والقاضي ولي من لا ولي له..."

5/ مسائل المهر.

منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية تمكنه من تحديد مهر المثل في حالة النزاع بين الزوجين وعدم تسمية الصداق في العقد قبل الدخول، فالقاضي في هذه الحالة يبحث من أجل تقدير مهر المثل وفقا لنص المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء في فحواها:"...في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل."

6/ مسألة النفقة.

تعرض المشرع الجزائري لمسألة تقدير النفقة من خلال نص المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء نصها:"...يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، وبالتالي يأخذ القاضي بعين الاعتبار في تقديره حال الزوج المالية، بالإضافة إلى مراعاة ارتفاع وانخفاض الأسعار وظروف المعاش حتى يتوصل إلى تقدير سوي وفق ميزان عادل.

7/ في مسألة إثبات النسب.

منح المشرع للقاضي سلطة في تقدير طرق الإثبات من خلال نص المادة 40 من ق أ ج التي جاء فيها:" يثبت النسب....

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، فمن خلال هذه العبارة الأخيرة التي كانت بمثابة حلقة مفقودة في ظل قانون 11/84 ، والتي أضيفت بموجب الأمر 02/05 ، فالاحتكام إلى الطرق العلمية يعتبر مسألة جوازية، وللقاضي السلطة التقديرية في الاحتكام إلى البصمة الوراثية من عدمه.

8/ مسألة الصلح.

تتجلى السلطة التقديرية للقاضي في مرحلة الصلح من خلال بدل قصارى جهده من أجل تقريب وجهات النظر بين الزوجين ومحاولة وضع حد للخلاف بينهما، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة التي جاء في فحواها:" لا يثبت الطلاق إلا بحكم...يتعين على القاضي..."

9/ مسألة التحكيم.

تناول المشرع الجزائري مسألة التحكيم بين الزوجين في نص المادة 56 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها:" إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر...
يعين القاضي الحكمين....وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

10/ مسألة التطليق.

يمكن للزوجة أن تطلب من القاضي فك الرابطة الزوجية إذا تمكنت من إثبات سبب مشروع يجعل الحياة مستحيلة، ولقد نص المشرع في المادة 53 من قانون الأسرة على حق الزوجة في أن تطالب بالتطليق إذا تمكنت من إثبات سبب من الأسباب المنصوص عليها ضمن نص هذه المادة، حيث تنص على ما يلي:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:..."

11/مسألة التعويض عن الأضرار الناشئة عن انحلال الزواج.

تختلف التعويضات باختلاف طرق وأسباب فك العلاقة الزوجية، فقد يكون التعويض ناتجا عن الطلاق التعسفي، وقد يكون ناشئا عن التطليق، وقد يكون ناجما عن النشوز، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي قائمة في تقدير مختلف هاته التعويضات.

وقد تطرق المشرع الجزائري إلى الطلاق التعسفي في المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها:" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وبطبيعة الحال يخضع التعويض للسلطة التقديرية للقاضي حسب ظروف كل مطلقة.

أما بالنسبة لمسألة الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن التطليق فالمشرع في هذه المسألة ترك المجال مفتوحا للقاضي في تقدير التعويض المناسب وفقا لما نصت عليه المادة 53 مكرر من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها:" يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وعند تصفح قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع نص على النشوز في المادة 55 من قانون الأسرة حيث جاء فيها:" عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر."، فإذا صدر حكم بالنشوز يقضي القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر منه وفقا لما يتمتع به من سلطة تقديرية في هذا المجال.

12/ مسائل الحضانة.

تتضح السلطة التقديرية للقاضي جليا في المسائل المتعلقة بالحضانة، حيث نجد أن المشرع الجزائري ذكر قاعدة "مراعاة مصلحة المحضون" هذه الأخيرة التي تكررت في العديد من المواد هي مناط الحضانة، فالقاضي أثناء قيامه بنشاطه الذهني بصدد ممارسته لسلطته التقديرية فهو يراعي دائما مصلحة الطفل المحضون، وهذا وفق لما نصت عليه المادة 64

من قانون الأسرة التي جاء في فحواها:" الأم أولى بحضانة ولدها،...مع مراعاة مصلحة المحضون...".

المبحث الثاني: مصادر السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة ومضمونها.

السلطة التقديرية هي جوهر العمل القضائي للقاضي، لذا تلقي بظلالها على جميع المساحة التي يمتد إليها العمل القضائي [1]

ويمكن التعرف على مصادر السلطة التقديرية ومضمونها من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كالتالي:

المطلب الأول: مصادر السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة.

يعتمد القاضي في نشاطه الذهني(نشاطه التقديري) على وسائل وأدوات اصطلح على تسميتها أدوات الصياغة القانونية، بحيث يمكن القول أنه إذا كانت ماهية النشاط التقديري تكمن في النشاط الذهني للقاضي من خلال تقديره لعناصر النزاع المطروح، فإن هذا العمل الذهني لا ينطلق من فراغ، [2] وإنما يعتمد على عدة مصادر، فقد تكون مصادر مادية كعناصر النزاع المطروح، وقد تكون مصادر أساسية تشريعية وضعها المشرع نصب عيني القاضي يستند إليها، ويهتدي بها في عملية التقدير، وقد تكون مصادر ثانوية مساعدة تساهم في نشاط القاضي التقديري...وهذا ما أتناوله في الفروع الموالية.

الفرع الأول: المصدر المادي المتمثل في عناصر النزاع.

تعد عناصر النزاع المادة الأساسية التي توجه العمل القضائي لجهة ما يعمل القاضي فيها ذهنه للتثبت من صحتها والحكم عليها، فعناصر النزاع هي المصدر الأول للمعلومات عن الدعوى، [3] لذلك فيمنع على القاضي تعديل وقائع النزاع والإضافة إليها، ونقصد بذلك

---

[1] محمود محمد ناصر بركات. المرجع السابق. ص97.

[2] إبراهيم بن حديد. المرجع السابق. ص22.

[3] محمود محمد ناصر بركات. المرجع السابق. ص97.

عدم قيام القاضي بإضافة وقائع جديدة إلى موضوع النزاع أو سببه كما قدمه الخصوم إليه، وقاموا بإثباته بالشكل المحدد في القانون، وإن خالف ذلك فإنه يوجه اعتداء على مبدأ ثبات النزاع ومبدأ سيادة الخصوم ويخالف واجب حياده،[1] كما أن القاضي يلتزم بالفصل في ادعاءات الخصوم الخاضعة له بالشكل الذي طرحت به عليه، وليس له أن يبحث من تلقاء نفسه عن وقائع جديدة، أو مستندات أو أدلة لم يتقدم بها الخصوم.[2]

فالقاضي عندما يقوم بنشاط ذهني معين إزاء هذه الوقائع، هذا النشاط يتلخص في اختيار الوقائع المنتجة في حل النزاع، بحيث أن لا يتعدى في بحثه الإطار الذي رسمه الخصوم، ويقصد بالوقائع المنتجة أن تكون ذات أثر في تكوين اقتناع القاضي بثبوت كل أو بعض ما يدعيه المدعي، أي أن الوقائع المنتجة يكون من شأنها المساهمة في تكوين قرار القاضي بمنح الحماية القضائية المطلوبة.[3]

لكن قد يجد القاضي أن وقائع النزاع السابق طرحها عليه تكون عاجزة عن تقديم الحل بالنسبة للمسألة المعروضة عليه، فكيف السبيل وكيف يكون الحل لوفائه بالتزامه بوجوب الفصل في النزاع المطروح أمامه؟

هذا ما يستدعي القاضي اللجوء إلى مصادر أخرى لكي يستلهم منها نشاطه التقديري، وسأتناولها اتباعا في الفروع الموالية.

الفرع الثاني: المصادر الأساسية.

وهي مصادر تشريعية جوهرية تكتسي أهمية بالغة، وضعها المشرع نصب عيني القاضي يستند إليها ويهتدي بها في عملية التقدير، وتتمثل في القاعدة القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، وكذا العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

---

[1] نبيل اسماعيل عمر. امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي.المرجع السابق. ص9.

[2] المرجع نفسه. ص10.

[3] نبيل اسماعيل عمر. سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية. المرجع السابق. ص128.

أولا: القاعدة القانونية.

تعتبر القاعدة القانونية أول مصدر تشريعي يعتمد عليه قاضي شؤون الأسرة في نشاطه الذهني، ويقصد بها مجموعة القواعد القانونية المدونة في قانون الأسرة الجزائري، وقد عبر عن ذلك المشرع الجزائري في المادة الأولى من القانون المدني بقوله: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

و إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة."[1]

و لقد استمد قانون الأسرة الجزائري أكثر أحكامه من فقه الإمام مالك بن أنس، واستمد بعض أحكامه الأخرى من المذاهب الأربعة، كما اعتمد المشرع الجزائري على بعض القوانين العربية التي سبقته، مع بعض التعديل أحيانا ومخالفتها أحيانا أخرى بما يحقق المصلحة المحلية، والأعراف التي تعارف عليها الناس في المجتمع الجزائري.[2]

لذلك فعندما يطرح أي نزاع أمام قاضي شؤون الأسرة لاسيما في مسائل الزواج وانحلاله، فانه ينظر أولا إلى مجموع القواعد القانونية المنصوص عليها في قانون الأسرة، أي أن يعمل نشاطه الذهني عن طريق فهم الواقع المطروح أمامه واستنباط العناصر التي تدخل في هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح أمامه.

---

[1] أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975. يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.(الجريدة الرسمية. العدد 78.المؤرخة في 1975/09/30).

[2] العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. الزواج والطلاق. الجزء 1. ط5. ديوان المطبوعات الجامعية. بن عكنون. الجزائر .(د.ت). ص 20.

لذا فان حل النزاع من طرف القاضي يتم من خلال تطبيقه للقاعدة القانونية الملائمة وفي هذا الإطار يمكن ملاحظة سلطته التقديرية في هذا المجال التي تتدرج حسب طبيعة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، حيث تأخذ هذه السلطة ثلاث مستويات.[1]

المستوى الأول: تكون فيه السلطة مقيدة، وهي الحالات المتعلقة بتطبيق قاعدة قانونية واضحة.

المستوى الثاني: يخفض المشرع بشدة التقييد على سلطة قاضي الموضوع، وهذا في الحالة التي تكون فيها القاعدة القانونية الواجبة التطبيق غير واضحة، حيث يتعين على القاضي القيام بتفسيرها قبل تطبيقها.

المستوى الثالث: فان هذه السلطة تصبح واسعة، حيث يترك فيها المشرع للقاضي حرية اختيار القاعدة القانونية الواجبة التطبيق.[2]

ثانيا: مبادئ الشريعة الإسلامية.

تقرر المادة الأولى من القانون المدني الجزائري بأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الأول بعد قواعد القانون، فإذا لم يجد القاضي نصا تشريعيا(المصدر الرسمي الأصلي) يطبقه على واقع النزاع المعروض أمامه، فإنه يحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.[3]

---

[1] نور الدين الأزرقون.المرجع السابق. ص2.

[2] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[3] محمد الصغير بعلي. المدخل للعلوم القانونية. نظرية القانون والحق. (د.ط). دار العلوم. الحجار. عنابة .2006. ص52.

ويقصد بالشريعة الإسلامية مجموعة الأحكام والقواعد التي تجد مصدرها من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وغيرها، وتعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا لبعض القواعد القانونية المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري.[1]

لذلك ففي حالة غياب النص التشريعي، يلجأ القاضي مباشرة إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية للفصل في القضايا المعروضة عليه، من خلال الاستناد إلى المصادر الأصلية والتبعية، بالإضافة إلى الأحكام الفقهية.[2]

ولقد نصت المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" [3]

فمعنى ذلك أن المشرع الجزائري جعل الشريعة الإسلامية بمثابة المرجعية الفقهية في قانون الأسرة الجزائري، والمقصود هنا بأحكام الشريعة في هذه المادة هو مجموع ما فيها من حلول قانونية بصرف النظر عن اختلاف المذاهب الفقهية، وعدم الاقتصار على مذهب الإمام مالك المعمول به في الجزائر في مادة الأحوال الشخصية، وإنما المراد هنا مسائل المعاملات القابلة للتطور والاجتهاد.[4]

وهذا معناه أن القاضي إذا لم يجد نصا تشريعيا في قانون الأسرة لحل موضوع النزاع، طبق مبادئ الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين، فيستلهم أحكامها في كثير من القضايا لسد الثغرات القانونية بأحكامها التفصيلية ونظرياتها العامة.[5]

---

[1] محمد الصغير بعلي.المرجع السابق. ص52.

[2] الرشيد بن شويخ . شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية. ط1. دار الخلدونية. الجزائر. 2008 . ص13.

[3] قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09جوان 1984. يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27. (الجريدة الرسمية رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984).

[4] العربي بلحاج . المرجع السابق. ص22.

[5] المرجع نفسه. ص22-23.

ثالثا: العرف.

إذا لم يجد القاضي ما يطبقه على موضوع النزاع المعروض أمامه سواء أكان نصا قانونيا أو فيما يتعلق بمبادئ الشريعة الإسلامية، يلجأ في هذه الحالة إلى تطبيق القواعد العرفية.

ويقصد بالعرف اعتياد الناس على إتباع قاعدة معينة من قواعد السلوك مع اعتقادهم بالزاميتها، بوجوب الخضوع لها .

فالعرف هو اتخاذ مسلك معين في مسألة معينة ثم يتكرر هذا السلوك حتى يعتقد الناس بوجوب هذا الأخير، وبذلك يتحول إلى قاعدة عامة تنظم علاقات الناس كلما تحققت الظروف التي نشأت هذه القاعدة بمناسبتها.

و يعتبر هذا الأخير مصدر من مصادر القانون، وهو عبارة عن قواعد لم تفرضها السلطة التشريعية إلا أنها ناتجة عن ممارسة عامة وطويلة في مجتمع معين.[1]

و تجدر الإشارة إلى أن للعرف ركنان أساسيان هما:

الركن المادي: ويتمثل في الاعتياد على تكرار سلوك معين فترة طويلة من الزمن.

الركن المعنوي: ويتمثل في الشعور والاعتقاد بإلزام القاعدة العرفية وهي نتيجة مترتبة على الركن الأول.

فإذا توافر الركنان السابقان وجدت القاعدة العرفية وتصبح قاعدة قانونية عامة واجبة الإتباع.[2]

---

[1] محمد الصغير بعلي. المرجع السابق. ص53.

[2] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

رابعا: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

لقد حدد المشرع المصادر التي يستلهم منها القاضي نشاطه التقديري، سواء تمثل ذلك في نصوص مكتوبة، أو في معاني غير مكتوبة كمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ولقد حرص الفقه على توضيح المقصود بالقانون الطبيعي باعتباره مصدرا يستنبط منه القاضي حكمه في حالة عدم وجود ما يطبقه سواء أكان نصا تشريعيا، ولا في مبادئ الشريعة الإسلامية ولا في القواعد العرفية. [1]

فالقانون الطبيعي حسب تعريف الفقه القديم يعتبر قانون كامن في طبيعة الروابط الاجتماعية وهو قانون ثابت لا يتغير لا في الزمان ولا في المكان يكشفه العقل، فهو قانون ليس من وضع البشر بل هو كامن في طبيعتهم الذاتية.

فالقانون الطبيعي ليس هو القانون الموجود فعلا بل القانون الواجب الوجود، أي هو المثل الأعلى الذي يجب السعي لتحقيقه.[2]

أما قواعد العدالة فهي عبارة عن طريقة لحل النزاعات خارج قواعد القانون بناء على مقاييس أخرى مثل: العقل، الضمير، حب السلام...الخ، فهي العدالة المبنية على المساواة التي تستمد مصدرها من القانون الطبيعي.[3]

لذلك يمكن القول أنه لا يستطيع القاضي رفض الدعوى والامتناع عن الفصل في النزاع بحجة غياب النص، وإلا ارتكب جريمة إنكار العدالة.

---

[1] إبراهيم بن حديد. المرجع السابق. ص23.

[2] المرجع نفسه.ص23-24.

[3] ابتسام القرام. المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري.(د.ط). قصر الكتاب.البليدة. الجزائر. (د.ت). ص120.

ومن ثم، فإنه يجب على القاضي- بصورة عامة- أن يحكم في النزاع المعروض وفقا لقواعد العدالة والقانون الطبيعي في حالة عدم وجود المصادر الرسمية الأخرى المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري.[1]

الفرع الثالث:المصادر الثانوية المساعدة.

تقتضي الضرورة على القاضي من أجل تكوين إدراكه وفهمه اللجوء-إضافة للمصادر السابقة- إلى الاعتماد على مبدأ قانوني أو فكرة قانونية أو نظرية، أو مفاهيم قانونية معينة بغية الوصول إلى حل موضوعي خاصة في حالة غموض النص القانوني أو انعدامه.[2]

أولا: المبادئ القانونية.

المبادئ هي مجموعة من الوقائع العامة التي تتغير ببطء في مجموعها، ويكون لها جمود نسبي عند تطورها مع بقية الوقائع، كما أنها لسان ولغة منطق، سواء كانت مطلقة أو نسبية.[3]

كما أن المبدأ بشكل عام هو قاعدة عامة في التفكير والتصرف،[4] أما المبدأ القانوني بصفة خاصة هو قاعدة عامة ملزمة قانونا رغم كونها غير مكتوبة في نص تشريعي محدد، وهي مجموعة القواعد المعترف بها من قبل الفقه القضائي، هذه المبادئ قيمتها مساوية للقانون تماما، وهي معترف بها في شتى الأنظمة القانونية لجميع الدول المستقلة.[5]

وتقف المبادئ على حدود القانون، حيث تحكمه، وترشد القاضي الذي عادة ما يكون باعثا لها، كما تكون بمثابة القنوات التي تسمح بدخول الحياة اليومية للقضاة، فيأخذ منها بعده

---

[1] محمد الصغير بعلي. المرجع السابق. ص 59.

[2] اسمهان عفيف. المرجع السابق. ص65.

[3] حسن السيد بسيوني. منهجية العمل القضائي.(د.ط). القاهرة . مصر .2000 . ص20.

[4] صلاح الدين شروخ . منهجية البحث القانوني للجامعيين.(د.ط). دار العلوم. عنابة. الجزائر.2003 . ص105.

[5] ابتسام القرام. المرجع السابق . ص223.

ومنتهاه، ويستفيد من الملاحظات والاستنتاجات التي تكون حركتها بطيئة بصورة كافية من أجل أن يبدد جمودها.

كما يقول "جيني":"إن المبادئ العامة للقانون تعرض وتقدم فكرة من الواقع أو من القانون، وتجد أساسها في الطبيعة الإنسانية".[1]

ويختلف المبدأ القانوني عن القاعدة القانونية في أنه لا يقدم حلا محددا للمسألة المطروحة على القاضي، وهو يقدم على العكس من ذلك فكرة عامة مشتركة بين مجموعة قواعد ترتبط بنظام معين يحكمه منطق واحد.

وتعتبر المبادئ كأساس للعديد من النظريات، ويساهم القاضي في اكتشاف وترسيخ المبادئ، كما قد يتناولها المشرع في العديد من الحالات بالصياغة في قواعد موضوعية، وفي حالة عدم تحديد الأهداف فإنها تستهدف تحقيق الصالح العام كنظرية التعسف في استعمال الحق، لهذا يمكن القول أن المبادئ العامة تساهم في تكوين فهم وإدراك القاضي لطبيعة المنازعة وإرشاده للحل الواجب الاتباع.[2]

وعليه يمكن أن ترتقي هذه المبادئ العامة إلى فئة المصادر القانونية التي يستند إليها القاضي في توقيع الأحكام القانونية، لأنها تعد منبعا للنشاط الذهني الذي يمارسه، فهي تساهم بشكل كبير في توجيهه للحل الموضوعي للنزاع.[3]

ثانيا: النظريات.

تساهم النظريات بدور فعال في تكوين فهم وإدراك القاضي، حيث تقدم النظرية مجموعة من الأفكار العلمية التي يحتاج إليها الباحث ذات محمول تشريعي عام ولها طابع شمولي موحد فينظر القاضي إلى الواقعة التي تثيرها المنازعة ويستلهم النظرية التي تتعلق

---

[1] حسن السيد بسيوني.المرجع السابق.ص20.

[2] إبراهيم بن حديد. المرجع السابق. ص29.

[3] اسمهان عفيف. المرجع السابق. ص65.

بها والتي يدرك محمولها في محاولة منه للبحث عن حل لها في ضوء حقيقتها الواقعية وظروفها الملابسة لها.[1]

ويلعب القضاء دورا كبيرا في استنتاج الكثير من النظريات في مجالات القانون المختلفة من المبادئ العامة.

ويزخر القانون الخاص بالعديد من النظريات مثل نظرية الضرورة والمسؤولية العقدية والتقصيرية، نظرية القوة القاهرة، النظرية العامة في تنازع القوانين، نظرية الإفلاس الفعلي، نظرية الشخص المعنوي، نظرية الأعمال الظاهرة...الخ، كما يزخر القانون العام بالعديد من النظريات، مثل نظرية الموظف الفعلي، نظرية التعسف في استعمال الحق، نظرية المرافق العامة، نظرية أعمال السيادة، نظرية السلطة التقديرية، نظرية الوزير القاضي، وفي مجال الإجراءات نذكر نظرية الدعوى، نظرية المصلحة، نظرية البطلان، نظرية الدفوع...الخ.[2]

ثالثا: المفاهيم القانونية.

ويقصد بهذا المصطلح التأصيل القانوني لمجموعات القواعد القانونية والمبادئ القانونية التي تتصل بنفس الأفكار، أي التي تكون أفكارها واحدة.

و تهدف المفاهيم القانونية إلى التبسيط عن طريق التأصيل.[3]

كما عرفت المفاهيم بأنها تصنيفات فكرية للأشياء حسب خصائصها المجردة، فهي من أدوات الفكر الأساسية، والمفهوم كذلك هو الصفات التي تفهم من التصور، أي هو عدد الصفات المشتركة بين أفراد النوع.[4]

---

[1] إبراهيم بن حديد. المرجع السابق. ص30.

[2] حسن السيد بسيوني.المرجع السابق.ص23.

[3] نبيل إسماعيل عمر . سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية. المرجع السابق. ص148.

[4] صلاح الدين شروخ. المرجع السابق. ص10.

وعند استخدام هذه المفاهيم القانونية بواسطة القاضي أو المفسر فانه يتم إدراج كل رابطة قانونية، تتصل بمفهوم معين، داخل المفهوم الملائم لها، ويتم إعطاء هذه الروابط كافة الآثار القانونية التي يولدها هذا المفهوم.[1]

رابعا: الأفكار.

إذا كان المبدأ أساسا للنظريات، فإن النظرية تتضمن مجموعة من الأفكار العلمية ذات المحمول الشمولي المجرد وعليه فإن القاضي يتعمق في الفكرة كأساس في بحثه لتكوين إدراكه وتصوره وكثيرا ما يكتشف القاضي الفكرة بحدسه واستخدام القاضي للفكرة يكون شبه يومي ويكون دائما يقظا في تقديره بواسطة وسيلة فكرية أو ذهنية كي يتحاشى التجريد، وعندما يثير القاضي الفكرة يكون قد اقترب وقتئذ من الحل الذي يسعى إليه، بعد أن يكون قد انتهى من اختياره واستلهامه للمبادئ والنظريات.[2]

وتعرض الفكرة كحقيقة واقعية، وتجميع خصائصها وتعميمها يؤدي حتما إلى وجود النظرية.

وعندما يثير القاضي الفكرة، يكون قد اقترب وقتئذ من الحل الذي يسعى إليه، بعد أن يكون قد انتهى من اختياره واستلهامه للمبادئ والنظريات، والفكرة تدرك بالحدس، كما أن لها طبيعة مرنة، بحيث يمكن للقاضي أن يكيفها دائما، والغرض الذي يبتغيه هو الحل الذي يتبناه للقضية.

والحل الذي ينتهي إليه لابد وأن يتضمن واحدة أو أكثر من الأفكار، أو يكون يفضل الرجوع إلى إحداها باعتبارها مساعدة له.

---

[1] نبيل إسماعيل عمر . سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية. المرجع السابق. ص149.

[2] إبراهيم بن حديد. المرجع السابق. ص30.

والرجوع إلى نظام ما للأفكار يعتمد أولا وقبل كل شيء على القيادة الجيدة للعمل القضائي من جانب القاضي.[1]

خامسا: المجموعات.

يعمد القاضي عادة إلى تقسيم الفكرة إلى فئات أو مجموعات حسب طبيعة كل مجموعة وحسب آثارها القانونية، ويساهم في خلق المجموعات و لا يتردد في استخدامها.

ويساهم القاضي في خلق هذه المجموعات، وهو الذي يستخدمها، ولحظة استخدامه لها، يكون قد انتهى من عملية البحث حول المبادئ والنظريات ووضع يده على الفكرة، فيما قد تتضمنه من مجموعات وتقسيمات مختلفة وذلك من أجل تكوين فهمه وتصوره وإدراكه للقضية، كل ذلك في محاولته للوصول إلى حل لها، ثم إعمال الآثار المتغايرة لتلك المجموعات أو التقسيمات على وقائع القضية.[2]

سادسا: المعايير.

وهي نوعان معايير قانونية ومعايير قضائية.

1- المعايير القانونية.

وهي العملية التي ترشد القاضي إلى أن يأخذ في الاعتبار النمط المتوسط للسلوك الاجتماعي داخل الطائفة المحددة الواجب أن يحسم النزاع بصددها.

وعلى ذلك فهذا المصطلح يختلف عن القاعدة القانونية من ناحية أنه لا يصاغ في قالب جامد، بل أن صياغته شديدة المرونة، وهو لا يعطي حلا محددا لحالة محددة، بل أنه يبرز فكرة عامة يبين أنه في حالات معينة، فهو يرشد القاضي إلى الحل الواجب التوصل إليه.[3]

---

[1] حسن السيد بسيوني.المرجع السابق.ص24.

[2] المرجع نفسه. ص24 – 26.

[3] نبيل اسماعيل عمر. سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية. المرجع السابق. ص151.

2- المعايير القضائية.

وهي بمثابة محاور للمراجعة ورد الوقائع إليها، وتنشأ بواسطة القاضي الذي يستخدمها وفقا لتقديره وحسن قيادته للأدلة و الوقائع بغية الوصول إلى حل للمنازعة، فتقوم المعايير على اعتبارات الملاءمة فهي تحدد أنماط نموذجية للسلوك القانوني في ضوء الظروف الاقتصادية والاجتماعية المتغيرة، وتؤخذ في الاعتبار عندما يتصدى القاضي لحل النزاع، وتختلف عن القاعدة القانونية من ناحية أنها غير ملزمة للقاضي، فهي ترشد القاضي في حالة معينة إلى الحل الواجب التوصل إليه.[1]

ففي مجال المسؤولية مثلا يرجع القاضي إلى عدة معايير حسب ظروف ووقائع القضية، كمعيار الشخص المعتاد، أو معيار الخطأ الجسيم لتحديد المسؤول عن الضرر.

هذه المعايير تعتبر بمثابة ضوابط يرد إليها القاضي وقائع القضية وينظر في اتفاقها واختلافها، وينزل عليها النتيجة التي يقدمها المعيار أو العكس.[2]

سابعا:الحيل و القرائن.

الحيلة هي محض افتراضي إرادي، قد يكون لها علاقة بالوقائع أو قد لا تكون لها أي علاقة، وتنطوي على قدر كبير من التحكم الافتراضي.

وتقترب الحيلة من القرينة، ذلك أن هذه الأخيرة تقدم كرداء محتشم يغطي إجراء الحيلة.[3]

وتؤدي هذه الوسيلة- الحيلة - من وسائل التكنيك القانوني إلى حل معقول وملائم لوقائع القضية، وهي ليس لها أدنى قيمة قانونية خارج الحلول التي تؤدي إليها وتستخدم عادة في عبارة كمثل...أو قياسا على...أو بافتراض أن...

---

[1] إبراهيم بن حديد. المرجع السابق. ص32.

[2] حسن السيد بسيوني.المرجع السابق.ص45.

[3] المرجع نفسه.ص38.

وتحلل الحيلة بطريق التجاوز الإرادي للنطاق العادي إلى المماثلة عن طريق القياس والإفتراض، وهي تعتبر نوع من النظرة البسيطة للحالة القانونية.[1]

أما القرينة فهي ما يستنبطه المشرع أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم، وهي نوعان:

القرينة القانونية: وهي التي يستنبطها المشرع ويذكرها في نص من نصوص التشريع.

أما القرينة القضائية: فهي التي يستمدها القاضي من ظروف كل قضية و ملابساتها دون أن تكون مذكورة في نص تشريعي.[2]

وتجدر الإشارة إلى أنه لا تختلف القرينة عن الحيلة من حيث الطبيعة، وإنما يختلفان في الدرجة، ويلجأ القاضي إلى القرينة عندما تكون الرؤية والنظرات واستنتاجاته في القضية وما يصاحبها من شروط غير متماسكة، وليست مجتمعة أو موصولة، وذلك للعمل على تماسكها واجتماعها واتصالها.[3]

ويساهم القاضي في خلق واستخدام القرائن القضائية والتي هي استنباط القاضي أحكام لأمور مجهولة من أمور معلومة، وبعبارة أخرى هي القرائن التي يستنتجها القاضي باجتهاده وفطنته من موضوع الدعوى وظروفها ولذا سميت بالقرائن الموضوعية، وعملية استنباط تلك القرائن من الظروف الموضوعية المحيطة بالدعوى متروك لمحكمة الموضوع بما لها من سلطة تقديرية في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها.[4]

وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في استنباط القرائن القضائية، فله سلطة في اختيار أية واقعة ثابتة في الدعوى، كما له سلطة واسعة في استنباط ما تحمله من دلالة، كما أنه حر في تكوين اقتناعه، فقد يقتنع بقرينة واحدة قوية الدلالة، وقد لا يقتنع إلا بمجموعة من

---

[1] حسن السيد بسيوني.المرجع السابق. ص38.

[2] ابتسام القرام. المرجع السابق. ص221.

[3] حسن السيد بسيوني.المرجع السابق. ص39.

[4] المرجع نفسه. ص40

القرائن،[1] لاسيما عندما تكون معطيات الوقائع مبهمة أو غامضة، حيث يلجأ القاضي إلى القرائن لكي يستنبط أحكاما لوقائع مجهولة من وقائع معلومة لديه، واقتنع بها، ومثال ذلك:

زواج الزوج بأخرى قرينة في بعض التشريعات على الإضرار بالزوجة الأولى.

تصرف المريض مرض الموت قد يكون قرينة على أنه تصرف على سبيل الوصية.[2]

الفرع الرابع: المصادر المنطقية(الاستدلالية).

الأصل أن القانون لا يمكن أن يفرض على القاضي اعتناق وسيلة معينة في بحثه، لأن فطنة المشرع عادة ما تحول دون أن يفرض على القاضي التقدم في بحثه بوسيلة أو بأخرى، وإنما يترك ذلك لحرية القاضي.[3]

فالمشرع يضع للقاضي المصادر التي يستمد منها القواعد القانونية(المنهج القانوني)، ويلجأ إليها القاضي- نظريا-، أما وسائل المعقولية فإن القاضي لا يلجأ إليها إلا عند عدم وجود النص من المصدر الذي يقدمه له المشرع، ومن ثم لا تعارض بينهما، لأن وجود النص من المصدر يجنب القاضي مشقة البحث عن الوسيلة الاستدلالية، والقاضي لا يدخر جهدا في أن يبحث بدقة عن النص، وفي حالة عدم وجود نص، يبدأ بحثه عن الحل بوسائل مختلفة بواسطة المنطق القضائي.[4]

و سأحاول من خلال هذا الفرع الحديث عن مختلف الوسائل المنطقية الاستدلالية التي يعمل بها القاضي عن طريق تقسيمه إلى ما يلي:

---

[1] الضيف كيفاجي. مطبوعة حول طرق الإثبات. محاضرات ألقيت على طلبة السنة الرابعة ليسانس. كلية الحقوق .جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة. 2008. ص08.

[2] حسن السيد بسيوني.المرجع السابق.ص40-41.

[3] المرجع نفسه. ص46.

[4] المرجع نفسه.الصفحة نفسها.

أولا: الاستدلالات المركبة.

إذا كان المنهج الاستدلالي ذلك المنهج الذي يقارب الحقيقة بالاستدلال، من حيث هو -أي الاستدلال- هو عملية عقلية ننتقل فيها من قضية، أو من عدة قضايا إلى قضية أخرى تستخلص منها مباشرة دون اللجوء إلى التجربة، ويستلزم عادة أن تكون القضايا المستنتجة جديدة بالنسبة إلى القضايا الأصلية، وإلا فقد الاستدلال معناه، لأنه الانتقال من أشياء مسلم بصحتها، إلى أشياء أخرى ناتجة عنها بالضرورة، وتكون جديدة بالنسبة للقضايا الأصلية.[1]

ويستخدم القاضي في البحث بعضا من الوسائل المنطقية مثل الاستدلال المركب، والبرهنة بواسطة المشابهة، والبرهنة بالمخالفة، والتحليل، والبرهنة الغائية، وتقدم القضية عادة للقاضي في شكل معقد، ويعمل جهده للوصول إلى الوسيلة الاستدلالية، ويدخل الوقائع في الحقيقة القانونية حتى يصل إلى حل لها.[2]

لهذا فإن الاستدلال المركب أو ما يسمى بالقياس المركب، يتكون من مقدمتين تتركب من عدة قضايا تربط بينها روابط منطقية، وقد يبدو الاستدلال المركب في صورة قضية شرطية، أو في صورة قضايا منفصلة الوصل بالمقدمة الأخرى التي قد تكون في صورة قضية شرطية أو حملية أو متصلة، وإعمال هذا الاستدلال المركب بين المقدمتين يؤدي إلى النتيجة.[3]

ويلجأ القاضي في البحث عن حل للمنازعة أي الوصول إلى النتيجة إلى هذه الطريقة من طرق الاستدلال المركب، وينشئ ويحلل القياسات المتعددة، كما تكون له حرية في إبراز

---

[1] صلاح الدين شروخ. المرجع السابق. ص104.

[2] حسن السيد بسيوني. المرجع السابق. ص48.

[3] إبراهيم بن حديد. المرجع السابق. ص33.

المقدمات من معطيات النزاع كي يمكن أن يصل مقدمات الوقائع بمقدمات القانون للوصول إلى حل للمنازعة.[1]

ثانيا: الاستدلال بالتمثيل(المشابهة).

الاستدلال بالمشابهة يكون ما بين خاص(واقعة) وخاص(واقعة أخرى)، وينتج من وجود بعض المتماثلات(المتشابهات) بين الواقعتين، إحداهما معروفة نتيجتها والأخرى غير معروفة النتيجة، وبالتماثل يمكن نقل الواقعة الأولى إلى الواقعة الثانية غير معروفة النتيجة.[2]

وهذا النوع من الاستدلال مفيد في تصور الفروض، ولكنه ليس أكيد في نتائجه، لأنه من الممكن أن يؤدي إلى الخطأ، وذلك إذا استرشدنا بأوجه تشابه سطحية، ولكن إذا تمسك القاضي بأوجه التشابه العميقة والجوهرية بين الواقعتين، فإن استدلاله بالتمثيل تكون له قيمة واقعية.[3]

والقاضي في مواجهة البحث عن القاعدة التي تحكم ما يعرض عليه من وقائع ينظر في تماثل السبب القانوني للوقائع الأخرى، فإذا تماثلت أسبابها أعطاها حكمها.[4]

ثالثا: الاستدلال بالمخالفة.

الاستدلال بالمخالفة(التضاد) يؤدي إلى تغير الرابطة في القضايا الكلية دون المساس بالموضوع أو المحمول، وقد تتغير تبعا لذلك قيمة الحقيقة للقضية الأصلية، وهي تتغير إذا كانت القضية الأصلية صادقة، وقد لا تتغير إذا كانت القضية الأصلية كاذبة، وبذلك يقوم

---

[1] إبراهيم بن حديد. المرجع السابق. ص33.

[2] حسن السيد بسيوني.المرجع السابق. ص53.

[3] المرجع نفسه.الصفحة نفسها.

[4] ابراهيم بن حديد.المرجع السابق. ص33.

التضاد بين قضيتين مختلفتين كيفا، وتسمى القضيتان المتقابلتان تقابلا من هذا النوع بالمتضادتين.[1]

والتجاء القاضي إلى هذا النوع من الاستدلال أقل من التجائه للاستدلال بالمشابهة، ولا يؤدي هذا النوع من الاستدلال إلى خلق قواعد جديدة، وإنما يؤدي إلى اختفاء القاعدة المفسرة من مجال التطبيق بواسطة البرهنة بالمخالفة، ومن ثم يكتشف القاضي القاعدة المؤسسة حول سبب قانوني مخالف للواقعة المثارة من حيث الأساس و يوجدها بالمخالفة للقاعدة الموجودة.[2]

ومما لا شك فيه أن القاضي هو الذي يدير المنازعة، وهو الذي يقودها نحو النتيجة الوحيدة والمعقولة، واختياره لأي من الطريقتين مرجعه مدى إتقان معطيات الواقع لكل منازعة والقانون الشائع، فإذا كانت تتفق التجأ القاضي إلى الاستدلال بالمشابهة، وإن كانت تشد عن القانون الشائع فيلجأ إلى الاستدلال بالمخالفة، حيث أن الحل القانوني يعتبر مبررا لاعتناق هذا الأسلوب بالبرهنة بالمخالفة.[3]

وبناء عليه فإن اختيار أسلوب الاستدلال بالمماثلة يفرضه القاضي في كل حالة تكون القاعدة لا تعرض كاستثناء أو شذوذ، وإنما تبدو كتطبيق عادي مألوف للقانون الشائع، بمعنى أن تكون متفقة مع الظاهر، بينما يفرض أسلوب الاستدلال بالمخالفة في الحالات التي تمثل القاعدة الأساسية كشذوذ أو استثناء للقانون الشائع بحيث تبدو على خلاف الظاهر.[4]

---

[1] حسن السيد بسيوني.المرجع السابق. ص54.

[2] المرجع نفسه. ص55.

[3] إبراهيم بن حديد.المرجع السابق. ص34.

[4] المرجع نفسه.الصفحة نفسها.

رابعا: التحليل.

إلى جانب الطرق الاستدلالية، يلجأ القاضي في عمله اليومي إلى أسلوب التحليل الذي يقوم برد الشيء إلى عناصره الأولى، فيحلل المقدمات الكبرى والصغرى سواء من الواقع أو من القانون ليتعرف حكمها.[1]

ويلاحظ أن القضية التحليلية هي التي يكون محمولها متضمنا في موضوعها، أو هي التي يشرح محمولها مفهوم موضوعها دون أن يضيف إليه شيئا جديدا، والمحمول فيها لا يستفاد من التجربة بل يستخلص من الموضوع بواسطة تحليل بسيط لتصور القاضي للتصورات المتضمنة فيه،وتعتبر هذه الطريقة ذات فائدة هامة، ويهدف القاضي من تحليله للواقعة، إما إلى تقريب أو تجميع بعض عناصر المسألة الإجمالية التي تفرضها القضية، أو يميز ويفصل بين معطيات النزاع الخاصة التي يقدرها القاضي كل على حدة، لاسيما وأنها عادة ما تتضمن محمولها.[2]

ويعتمد هذا الأسلوب على حسن التذوق القانوني للقاضي، كما تعتمد النتيجة في النهاية على حسن تحليل القاضي للوقائع والقانون وحسن استدلاله بإحدى هذه الطرق.[3]

خامسا: البرهنة الغائية.

يفرض عادة القاضي فكرة معينة، أو فرض أو هدف معين، ثم يحدد بعد ذلك الإجراءات اللازمة لإدراكه.

وتتبع الإجراءات الاستدلالية التي يستخدمها القاضي من الغرض أو الهدف الذي يفرضه بداءة ويسعى إلى الوصول إليه.[4]

---

[1] حسن السيد بسيونى.المرجع السابق.ص56.

[2] المرجع نفسه. ص57.

[3] إبراهيم بن حديد.المرجع السابق.ص34.

[4] حسن السيد بسيونى.المرجع السابق. ص60.

وللبرهنة الغائية دور كبير، حيث تضمن انسجام الحلول القضائية مع الحياة، فهي لا تحتل مكانة أساليب الاستدلال الأخرى، ولكنها تسيطر عليها، حيث إن القاضي هو المحرك لها والذي يدرك النطاق التي تتسلط فيه، ولا تعرض هذه الوسيلة منفصلة، وإنما تكون ضمن مجموعة الأساليب الاستدلالية الأخرى التي يتم التدقيق فيها، كما يساعد ذلك ويقود القاضي إلى التأمل الصحيح لمعطيات الواقع والقانون، ويلجأ إليها بتحبيذ مقدمة من الواقع أو القانون على أخرى، ويكون له الاختيار في النتائج بين المماثلة والمخالفة، ولا يستهدف القاضي في سيره هذا سوى إدراك الغرض الذي يبغي الوصول إليه.[1]

إن الاعتماد على وسائل البرهنة المنطقية تضمن سلامة الأحكام القضائية وصدقها وعدم تأثرها خاصة بالذاتية، كما أن البرهنة الغائية تبين مدى فطنة القاضي وذكائه.

تلك هي أهم الأسس والبناءات القانونية، والوسائل المنطقية الاستدلالية والتي يعمل القاضي نشاطه الذهني من خلال الاستعانة بهما، وذلك بتطبيق أي من هذه الوسائل على واقع النزاع المطروح بغية إيجاد حل للمنازعة يتفق مع المفهوم الصحيح للقانون.[2]

والسلطة التقديرية للقاضي يجب أن تكون في أي من هذه الوسائل يستجيب لمعطيات النزاع المطروح ويستعين بها.

إن هذه الأدوات تساعد القاضي إذا ما اتخذها منهجا له في نشاطه الذهني، وحتى لا يجري نشاطه التقديري من فراغ أو بالاعتماد على قناعات شخصية لا يبررها أي وجه منطقي ولكن يجب أن يكون ذلك على أسس وبناءات ووسائل قانونية ومنطقية يختلف حجم الاستعانة بها بحسب حجتها وتوافقها مع النزاع المطروح وخدمتها له.[3]

---

[1] حسن السيد بسيونى.المرجع السابق. ص60.

[2] إبراهيم بن حديد.المرجع السابق. ص35.

[3] المرجع نفسه. ص35.

هذه تعتبر جملة من المصادر بمختلف أنواعها والتي يستلهم منها القاضي نشاطه التقديري بمختلف وجوهه، والآن ننتقل في المطلب الموالي إلى دراسة مضمون النشاط التقديري للقاضي في مسائل شؤون الأسرة.

المطلب الثاني: مضمون النشاط التقديري للقاضي في مسائل شؤون الأسرة.

عندما يطرح نزاع ما أمام القاضي، فانه يطرح في صورة مركز قانوني متنازع عليه، ويطلب أصحابه حسمه، وذلك بتطبيق الحكم القانوني وفق نص قانوني معين، ويرى أطراف النزاع أنه يحتوي على أحكام تطابق الواقع المطروح.[1]

حيث يمر نشاط قاضي الموضوع بمناسبة فصله في الدعوى المعروضة عليه بثلاثة مراحل: مرحلة التحقق من الوقائع، ثم مرحلة التكييف، لينتهي في المرحلة الثالثة إلى استخراج القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، ليقوم أخيرا بإعمال أثرها الذي من خلالها يتم حل النزاع المعروض عليه.[2]

وسأتعرض إلى هذه المراحل بالتفصيل من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: مرحلة التحقق من وجود الوقائع المدعاة.

إن وقائع النزاع التي يطرحها الخصوم على القاضي يكون إزاءها محايدا، بمعنى أن الخصوم لهم السيادة على هذه الوقائع، يطرحون منها ما يشاؤون ويتركون منها في الظل بعيدا عن ساحة القضاء ما يريدون، فالقاضي لا يستطيع أن يتجاوز هذا الإطار الواقعي للنزاع وإلا كان متجاوزا لسلطته.[3]

فالقاعدة أن الخصوم هم المكلفون بطرح وقائع النزاع، وعلى ضوء الادعاء يتحدد عبئ الإثبات، ويقوم القاضي بتنفيذ هذه الادعاءات عن طريق فحصه للأوراق والمستندات

---

[1] إبراهيم بن حديد.المرجع السابق. ص15.

[2] نور الدين الأزرقون. المرجع السابق. ص2.

[3] نبيل اسماعيل عمر. سلطة القاضي التقديرية. المرجع السابق. ص 126.

التي يقوم الخصوم بتقديمها واستخلاص الوقائع المنتجة في النزاع من خلال هذا الفحص، وطرح ما هو غير منتج معتمدا في ذلك على سلطته التقديرية.[1]

تتميز دراسة سلطة القاضي في التحقق من وجود الوقائع أو الادعاء المطروح أمامه بأهمية بالغة، ومظاهر تلك الأهمية تتضح من خلال تحديد النطاق الذي يكون للقاضي الحق في الفصل فيه، وبالتالي تحديد ما لا يجوز له الفصل فيه، كما تظهر كذلك تلك الأهمية في تحديد صفات الخصوم ومتى يعتبر الشخص من الغير.[2]

ونطاق الادعاء الذي يقوم القاضي بتقديره هو الادعاء الأصلي الوارد في صحيفة افتتاح الدعوى بعد إتمام تبليغها للخصم وانعقاد الخصومة بشأنها، فكل طلب قضائي يتضمن وجود خصمين الأول يسمى المدعي الذي يقدم الطلب، والثاني يسمى المدعى عليه وهو الذي يوجه هذا الطلب، هذا وأن وقائع الادعاء الأصلي كما يطرحه الخصوم.

على القاضي ينحصر في عناصر ثلاثة هي: المحل والسبب والأشخاص، وهذه العناصر تشكل مضمون الادعاء.[3]

ولبيان سلطة القاضي في تقدير نطاق الادعاء الأصلي ندرس هذا التقدير وفقا لما يلي:

أولا: سلطة القاضي في تقدير مركز الخصم من الادعاء.

لكي يستطيع القاضي تقدير مركز الخصم في الادعاء الأصلي، مدعيا أو مدعى عليه، فلابد له من أن يقوم بفحص وقائع النزاع والبحث عن القانون الذي يستجيب

---

[1] إبراهيم بن حديد. المرجع السابق. ص17.

[2] محمد علي خليل الطعاني. سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية. دراسة مقارنة. ط1. دار المسيرة. عمان. الأردن. 2008. ص33.

[3] المرجع نفسه. ص33-34.

موضوعيا لحكم هذه الوقائع، والتأكد من وجود رابطة قانونية تخول هذا الشخص من طرح الادعاء أمامه.[1]

وبالتالي بعد أن يتأكد من وجود هذه الرابطة، فانه يبحث في مركز المدعي والمدعى عليه، لكي يرى علاقته القانونية بهذه الرابطة، فإذا تأكد من وجود علاقة مباشرة وشخصية بين المدعي وخصمه وبين هذه الرابطة، يتيقن من قيام صفة لهذا الشخص لطرح الادعاء أمامه، وفي ذات الوقت يخلص إلى صحة اعتباره خصما يشغل المركز القانوني للخصم، أما إذا تبين له بأنه لا توجد صفة الخصم، فانه يقرر عدم قبول الادعاء لتخلف هذا الشرط.[2]

فالقاعدة أن الخصوم هم المكلفون بطرح وقائع النزاع، وعلى ضوء الادعاء يتحدد عبئ الإثبات، ويقوم القاضي بتنفيذ هذه الادعاءات عن طريق فحصه للأوراق والمستندات التي يقوم الخصوم بتقديرها واستخلاص الوقائع المنتجة في النزاع من خلال هذا الفحص، وطرح ما هو غير منتج معتمدا في ذلك على سلطته التقديرية.[3]

ثانيا: سلطة القاضي في تحديد محل الادعاء.

يطلق على محل الادّعاء عادة محل الدعوى، أو محل المطالبة القضائية فهو ما يطلبه المدعي من القضاء بطلبه، ويشترط في محل الدعوى أن يكون ممكنا أو معينا أو قابلا للتعيين، وموجودا، وأن يكون قابلا للتعامل فيه.[4]

وحتى يتمكن القاضي من تحديد محل الادعاء، فان عليه أن يفحص المراكز الموضوعية للخصوم، وذلك عن طريق فحص مجموع الوقائع التي يتقدم بها المدعي، والتي تبسط قانونا إلى ادعاء بحق أو مركز قانوني، حيث ينحصر دور المدعي في التقدم إلى القاضي

---

[1] محمد علي خليل الطعاني. المرجع السابق. ص 35.

[2] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[3] إبراهيم بن حديد. المرجع السابق. ص17.

[4] محمد علي خليل الطعاني. المرجع السابق. ص37-38.

بمجموع من الوقائع طالبا منه إصدار قرار يرتب له أثرا اقتصاديا أو اجتماعيا، وتقدير هذه الوقائع يعود إلى القاضي بما له من سلطة تقديرية.[1]

ثالثا: سلطة القاضي في تقدير سبب الادعاء.

إن سبب الطلب القضائي هو المجموع الواقعي المطروح على القاضي بواسطة الخصوم، والذي ينتج بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر الذي يتضمنه الادعاء القضائي.

وعلى القاضي أن يقوم بتقدير الواقع المطروح عليه بعد إثباته من جانب الخصوم لكي يرى هل من شأن هذا الواقع توليد الحق المطالب به، أم أن هذه الوقائع لا تستطيع توليد و إنتاج هذا الحق.

وبذلك فإن القاضي يكون قد قام بنشاطه التقديري في دائرة سبب الطلب القضائي.[2]

وعلى ضوء ما سبق يمكن القول أن القاضي يقوم في مجال الوقائع بنشاط ذهني يهدف إلى استخلاص الوقائع المنتجة في القضية حسب تقديره، وهو أمر يختلف من قاض لآخر بحكم ما يتميز به من ثقافة قانونية ولا رقابة من القضاء على طريقة تفكيره، غير أنه مقيد من جانب آخر بما عرضه الخصوم من وقائع وما يمليه عليه القانون الموضوعي والإجرائي.[3]

---

[1] محمد علي خليل الطعاني. المرجع السابق. ص41.

[2] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[3] اسمهان عفيف. المرجع السابق. ص103.

الفرع الثاني: مرحلة التكييف.

إن وقائع النزاع المقدمة من الخصوم لا يتعين أن توصف من جانبهم بأي وصف قانوني، بل يكفي أن تعرض على القاضي مجردة من كل وصف، لأن الوصف القانوني للوقائع هو مجرد تكييف قانوني لها، وهذا عمل قانوني يختص القاضي وحده باعماله، وعلى ذلك لا يلتزم القاضي باحترام الأوصاف القانونية الصادرة من الخصوم، ولا يعتبر ذلك من جانبه تعديلا في وقائع النزاع.[1]

ويقصد بالتكييف إعطاء الوصف القانوني السليم للوقائع الثابتة في الدعوى،[2] ويتم ذلك عن طريق مقارنة الوقائع بمفترض القاعدة القانونية التي يراها القاضي محتملة التطبيق على النزاع المطروح عليه، فإذا تأكد القاضي من وجود وقيام التطابق التام بين الوقائع المادية، وفرض القاعدة القانونية، فان الأثر القانوني لهذه القاعدة ينطلق بقوة القانون لكي يشبع المصالح المختلفة التي تواجهها هذه القاعدة القانونية.[3]

لذلك يتوجب على القاضي الأسري المختص بالفصل في النزاع، أن يقوم بإعطاء التكييف القانوني السليم للنزاع وحسمه وفقا لأحكام القانون، فالتكييف هو عصب العمل القضائي، لذلك يرمز للعدالة بالميزان، والتكييف منها بمثابة الممسك لكلا الكفتين إحداهما تحمل الواقع والثانية تحمل القانون، ولكي تحقق العدالة نضع الحدود الفاصلة للكفتين بحيث لا تطغى إحداهما على الأخرى فيطغى الواقع على القانون والعكس.[4]

---

[1] نبيل إسماعيل عمر. سلطة القاضي التقديرية. المرجع السابق. ص127.

[2] خير الدين كاظم أمين. المرجع السابق. ص 826.

[3] نبيل إسماعيل عمر. سلطة القاضي التقديرية.المرجع السابق. ص193.

[4] محمد علي خليل الطعاني. المرجع السابق. ص63.

الفرع الثالث:استخلاص القاضي النتائج القانونية التي يرتبها القانون التي ينتج عنها حل النزاع.

للعمل القضائي غاية نبيلة ينشدها كل مخلص قائم على هذا العمل، وتتمثل تلك الغاية في الوصول إلى العدالة، وحتى يصل العمل القضائي إلى غايته، فانه يتوجب على القاضي المختص بالفصل في النزاع [1] أن يمر بثلاث مراحل السابق ذكرها والمتمثلة في: التحقق من الوقائع المدعاة، ثم مرحلة التكييف، ليصل في الأخير إلى مرحلة استخلاص النتيجة القانونية التي يرتبها القانون والتي ينتج عنها حل النزاع المعروض أمامه.

لذا فان الحل القانوني للنزاع من طرف قاضي شؤون الأسرة قد يتمثل في قاعدة قانونية واضحة، بحيث تضع هذه القاعدة الحل أمام القاضي بوضوح، ولا تترك أمامه أي مجال للتفسير، وفي بعض الأحيان يكون الحل القانوني يتمثل في قاعدة قانونية غامضة، وهنا لا يصل القاضي إلى الحل الوارد في القاعدة القانونية الواجبة التطبيق بسهولة نظرا لغموضها، مما يجب عليه القيام بعملية التفسير للوصول إلى الحل السليم.[2]

وتارة أخرى يتدخل المشرع ليفوض القاضي الأسري سلطة اختيار القاعدة القانونية الملائمة، وذلك من خلال منحه سلطة تقديرية واسعة في تطبيق أحكام القانون، حيث يجعل القاضي أحكام القانون تتماشى مع مقتضيات الظروف.[3]

وبالتالي الوصول إلى الحكم المناسب في الدعوى المعوضة أمامه، فالحكم القضائي يعتبر بناء منطقيا، لأن المنطق يوجه العقل نحو البحث عن الحقيقة، والمنطق فن يهدف إلى صياغة الأفكار بشكل منظم بناء على المعرفة والخبرة.[4]

---

[1] محمد علي خليل الطعاني. المرجع السابق. ص63.

[2] نور الدين الأزروقون. المرجع السابق. ص2- 3.

[3] المرجع نفسه. ص6.

[4] نبيل اسماعيل عمر. سلطة القاضي التقديرية. المرجع السابق. ص123-124.

لهذا يمكن القول أن سلطة القاضي التقديرية في مسائل شؤون الأسرة في حل النزاع ليست واسعة في مطلقها، بل تتدرج من التقييد إلى التوسع حسب طبيعة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع.

خلاصة الفصل.

نخلص من كل ماسبق ذكره في هذا الفصل إلى مايلي:

إن السلطة التقديرية للقاضي في مجال شؤون الأسرة يمكن تعريفها على أنها: "تلك الصلاحية المخولة لقاضي شؤون الأسرة في استخدام نشاطه الفكري في تقدير الوقائع المعروضة عليه ووسائل الإثبات مع إصدار حكم مناسب سواء بتطبيق القاعدة القانونية التي يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح، أو بما أدى إليه اجتهاده عند عدم وجود نص يحكمه فيما يجوز فيه الاجتهاد".

إن حقيقة العمل التقديري، أو بعبارة أخرى طبيعة السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة لا تخلو من كونها ضرب من الاجتهاد أي نوع من الاجتهاد، اجتهاد في فهم النص واجتهاد في تطبيقه، وهي صورة من صور الاجتهاد بالرأي.

تكمن أهمية السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة في سد الثغرات القانونية وتفادي القصور أو النقص التشريعي وكذا ملاءمة القواعد القانونية للواقع والمستجدات، ومن هنا فالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة تكتسي أهمية بالغة لأنها تضفي لى قانون الأسرة طابعه العملي الحي فهي من تحدد أبعاده و مداه وتجعل من قواعده الجامدة ذات حركة وفاعلية.

تتسم السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة بالعديد من الخصائص فهي عمل قانوني أو قضائي في نفس الوقت، حيث تبدأ بالمشرع عندما ينص على هذه السلطة ثم بعد ذلك يقوم القاضي باعمال هذه الأخيرة، كما تتميز بالدور الإيجابي الذي يمارسه القاضي الأسري من حيث خصوصية المسائل التي يحكم فيها قاضي شؤون الأسرة، كما تمتاز بطابعها المركب، حيث يمتاز عنصر القانون الذي يدخل في تركيبة هذه السلطة بالثبات ،أما عنصر الواقع فانه يمتاز بالحركية، فوعاء عمل القاضي التقديري يتمثل في كل من الواقع والقانون من حيث فهم وتقدير كل منهما، كما تتسم السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة باتساع

مجالها فدور القاضي الأسري لا يقتصر على مجرد إصدار الأحكام والقرارات القضائية، بل يتعدى دوره إلى العمل الولائي(السلطة الولائية)، وكذا العمل الإصلاحي(السلطة الإصلاحية).

تتميز السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة عن غيرها من المصطلحات المشابهة لها، فهي تختلف عن السلطة التحكمية أو التعسفية لأن إعمالها يعد إهدارا لمبدأ الشرعية، على خلاف السلطة التقديرية التي تعمل في نطاق مبدأ الشرعية، كما أنها تختلف عن قضائه بعلمه الشخصي لكي لا يجمع بين صفة الشاهد والقاضي معا ويلتزم مبدأ الحياد، وتتميز السلطة التقديرية كذلك عن الحق الشخصي كون هذا الأخير يمكن استعماله أو التنازل عنه في حين أنها لا يمكن التنازل عنها، كما تختلف كذلك عن سلطة الإدارة القضائية لأنها عبارة عن أعمال الإدارة القضائية، وهي أعمال يمارسها القضاء، وتتعلق بتنظيم مرفقه وحسن سيره.

لقد وردت نصوص شرعية كثيرة بخصوص مشروعية منح السلطة التقديرية للقاضي في القرآن والسنة والأثر، فالبحث عن مشروعية منح السلطة التقديرية من أهم الأسس التي يقوم عليها هذا البحث، إذ من خلاله تبين جواز منح تمتع القاضي بهذه السلطة.

يعتمد القاضي أثناء ممارسته لعمله القضائي على عدة مصادر لكي يستلهم منها نشاطه التقديري، فقد تكون مصادر مادية كعناصر النزاع المطروح، وقد تكون مصادر أساسية تشريعية وضعها المشرع نصب عيني القاضي يستند إليها، ويهتدي بها في عملية التقدير والمتمثلة في القاعدة القانونية ومبادئ الشريعة الاسلامية وكذا العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وقد تكون مصادر ثانوية مساعدة تساهم في نشاط القاضي التقديري وتتمثل في المبادئ القانونية والنظريات والأفكار وكذا المفاهيم القانونية والمعايير والقرائن التي ترشده إلى إيجاد حل قانوني للنزاع المطروح أمامه.

يمر نشاط قاضي الموضوع بمناسبة فصله في الدعوى المعروضة عليه بثلاثة مراحل: مرحلة التحقق من الوقائع، ثم مرحلة التكييف، لينتهي في المرحلة الثالثة إلى استخراج القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، ليقوم أخيرا بإعمال أثرها الذي من خلالها يتم حل النزاع المعروض عليه.

كما يمكن القول أن سلطة القاضي التقديرية في مسائل شؤون الأسرة في حل النزاع ليست واسعة في مطلقها، بل تتدرج من التقييد إلى التوسع حسب طبيعة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع.

وفي الأخير يمكن القول أن السلطة التقديرية لقاضي في مسائل شؤون الأسرة تعتبر خاصية جوهرية وضرورة حتمية لا يمكن الاستغناء عنها في جميع مراحل الدعوى وهي تمثل جوهر العمل القضائي.

الباب الأول

السلطة التقديرية للقاضي

في مسائل الزواج

يكتسي نظام الأسرة على مر العصور أهمية بالغة باعتباره القاعدة الأساسية لتكوين المجتمعات القديمة والمعاصرة على حد سواء، ولذلك فإن كل تشريعات الدول والأنظمة المختلفة تعرضت لهذا الموضوع بشكل مفصل حسب طبيعتها وخصوصيتها.

كما أن نظام الأسرة يحتل مكانة بارزة في النظام الإسلامي، باعتباره أحد الركائز الأساسية التي يقوم عليها المجتمع.[1]

وقد حرصت الشريعة الإسلامية على إبراز وإظهار مكانة ومتانة النظام الأسري، من خلال تحديد العلاقات الأسرية التي تقوم على الزواج كمنطلق لتكوين الأسرة، كما رسمت معالم وأهداف الزواج وأحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية من التشتت والضياع، ويكفي أن القرآن الكريم سمى عقد الزواج بالميثاق الغليظ تعظيما له.[2]

و لقد شرّع الله عز وجل الزواج وجعله وسيلة لتكاثر البشر و عمارة الأرض واستمرار الحياة البشرية، وجعله من سنن الأنبياء والمرسلين وشرائعهم المختلفة،[3] لقوله تعالى:" وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلاً مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً"،[4] حيث عرفه بعض الفقهاء على أنه عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع.[5]

و نظرا للأهمية البالغة التي يكتسيها هذا العقد، فلقد نظّم المشرع الجزائري أحكامه في قانون الأسرة من خلال عدة مواد، والحقيقة أن المشرع الجزائري بإصداره لقانون الأسرة قد خطى خطوة موفقة في إيجاد الإطار القانوني المناسب للعلاقات الأسرية.[6]

---

[1] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص03.

[2] المرجع نفسه.الصفحة نفسها.

[3] محمد باوني. عقد الزواج وآثاره . دراسة مقارنة بين الفقه والقانون. ط1. دار بهاء الدين. قسنطينة. الجزائر.2009. ص9.

[4] سورة الرعد. الآية 38.

[5] محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. ط3 . دار الفكر الغربي. القاهرة. مصر.1950 . ص19.

[6] الرشيد بن شويخ.المرجع السابق.ص03.

هذا وقد قد جاءت معظم قواعد قانون الأسرة مرنة تاركة مجالا خصبا لتدخل القاضي من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية حسب كل قضية معروضة عليه، وهذا ما سأحاول توضيحه في بعض النقاط التي أراها أساسية في إبراز هذه السّلطة وتبيان دورها من خلال الفصول والمباحث الموالية.

الفصل الأول

السلطة التقديرية للقاضي في الخطبة وتكوين عقد الزواج

بالرجوع إلى نص المادة الرابعة منه نجد أنها قد نصت على أن :" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

لقد تضمنت هذه المادة تعريفا لعقد الزواج واعتبرته عقدا رضائيا، أي مبنيا على إرادة الطرفين وهما المرأة والرجل، وعبارة "الرضائية" لم تكن موجودة في النص القديم للمادة 04 أعلاه.

وغايات الزواج النبيلة تتمثل في تكوين أسرة على أساس المودة والرحمة وكذا تظافر جهود الزوجين في القيام بشؤون تلك الأسرة، وكذا الإحصان والمحافظة على النسب.[1]

كما عالج المشرع بقية أحكام الزواج بما فيها الخطبة وتكوين هذا العقد في قانون الأسرة، و لكن لضمان التقيد بأحكام هذا القانون، جعل المشرع قاضي شؤون الأسرة رقيبا لضمان الالتزام بمختلف نصوصه، لكن مهما بلغت حيطة المشرع وحسن صياغته، فإنه سيظل عاجزا عن معالجة كل الحالات المعروضة على القضاء، لذلك جاءت أغلب النصوص مرنة تسمح للقاضي أن يواجه ظروف تطبيق القانون، أي منح له سلطة تقديرية متماشية مقتضيات الظروف والأحوال، وسأحاول توضيح دور القاضي في هذا المجال من خلال المباحث الموالية.

[1] لحسين بن شيخ آث ملويا. قانون الأسرة دراسة تفسيرية -نصا وشرحا-.(د.ط).دار الهدى.عين مليلة.الجزائر.2013.ص16.

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الخطبة.

كل عقد من العقود تسبقه عادة مقدمات ليستوثق العاقد أنه يحقق رغبته عليه، و إلا فيعرض عنه، لذلك كان التسرع في الارتباط غالبا يعقبه الندم.[1]

و نظرا لكون عقد الزواج من أهم العقود التي يجريها الإنسان في حياته وأعزها شأنا، وأرفعها مكانة عند الله تعالى وعند الإنسان، يكفي أن الله عز وجل سماه بالميثاق الغليظ، ولذا كان لابد لمن أراد أن يقدم عليه أن يكون على بينة من أمره،[2]ومن ثم تعتبر الخطبة من مقدمات الزواج.

فالخطبة تمثل في تقاليدنا إجراء أوليا يسبق عقد الزواج، ويشكل فرصة للعائلتين للتعارف والتقارب، ولقد تضمنت قوانين الأحوال الشخصية في معظم البلاد العربية والإسلامية نصوصا تتعلق بالخطبة وطبيعتها وآثار العدول عنها، بما فيها قانون الأسرة الجزائري.[3]

وقبل التطرق إلى السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الخطبة، يجب التطرق أولا إلى تعريفها، وهو ما سأتناوله في المطلب التالي:

المطلب الأول: تعريف الخطبة.

سأتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الخطبة لغة واصطلاحا من خلال الفروع الموالية.

---

[1] عبد القادر حرز الله. الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون رقم 09/05 المؤرخ في 04/مايو/2005) .ط1. دار الخلدونية. القبة . الجزائر.2007. ص37.

[2] الرشيد بن الشويخ. المرجع السابق. ص26.

[3] عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد.(د.ط).دار هومة.الجزائر.2007.ص15.

الفرع الأول: تعريف الخطبة في اللغة.

خَطَبَ: الخَطْبُ:الشَّأْنُ والأَمْرُ صَغُرَ أَوْ عَظُمَ،ج خُطُوبٌ.[1]

وَيُقَالُ: خَطَبَ المَرْأَةَ خَطْبًا، وَخِطْبَةً، وخَطِّيبِي بكسرها-وَ اخْتَطَبَهَا وهي خِطْبُهُ.[2]

الخِطْبَةُ مَصْدَرٌ بِمَنْزِلَةِ الخَطْبِ.

وَرَجُلٌ خَطَّابٌ كَثِيرُ التَّصَرُفِ فِي الخِطْبَةِ.

ويقال اختطب القوم فلانا إذا دعوه إلى التزويج.[3]

فالخطبة في اللغة معناها الدعوة إلى التزويج.

الفرع الثاني: تعريف الخطبة في الاصطلاح.

تعتبر الخطبة من مقدمات عقد الزواج وهي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزويج بها، فإذا أجيبت لطلبه تمت الخطبة بينهما.[4]

والخطبة في الفقه الإسلامي تعني التماس الزواج من امرأة معينة خالية من الموانع،[5] كما يقصد بها إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة، فهي شروع في الزواج ومقدمة له، ومتعلق من متعلقاته، بمعنى أنها تمهيد لعقد الزواج ووعد به.[6]

---

[1] الطاهر أحمد الزاوي. مختار القاموس مرتب على طريقة مختار الصحاح والمصباح المنير . المرجع السابق.ص184.

[2] الطاهر أحمد الزاوي ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأسس البلاغة. المرجع السابق. ص 75.

[3] ابن منظور. لسان العرب. المجلد الثاني. "الحاء- الدال- الخاء".ج 14. المرجع السابق. ص 1194.

[4] طاهري حسين. الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 02/05. مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية. ط1 . دار الخلدونية. القبة .الجزائر. 2009. ص07.

[5] عبد الفتاح كبارة. الزواج المدني. دراسة مقارنة. ط1 .دار الندوة الجديدة. بيروت. لبنان. 1994. ص228.

[6] أحمد نصر الجندي. شرح قانون الأسرة الجزائري. (د.ط). دار الكتب القانونية. دار شتات . القاهرة . مصر. 2009 . ص19.

فالخطبة بإجماع الفقهاء طلب الزواج وإظهار الرغبة والتعبير عن الإرادة في الزواج صراحة أو ضمنا والقبول أو الرفض و الاعتذار وتتم الخطبة مباشرة أو دون مباشرة والتواعد وهي شرعا وقانونا وعدا غير ملزم لأي من الطرفين إذ يجوز العدول عنها بسبب أو دون سبب".[1]

فالخطبة لدى الفقهاء هي طلب النكاح وإبداء الرغبة في الزواج من امرأة معينة وإبداء الرغبة قد يكون صراحة من الخاطب نفسه فيتقدم للخطبة، وقد ينيب عنه الغير، وتكون أيضا بالتلميح والكتابة بدل الألفاظ الصريحة مما يفهم منه حسب الأعراف والعادات رغبة الشخص في الزواج، وقد تقبل هذه الرغبة أو ترفض صراحة أو ضمنا أيضا ممن يحسن الكلام والتعبير عن إرادته أو من الآخرين، ومن في حكمه بالإشارات الدالة على هذه الرغبة والمفهومة عنه عرفا وعادة.[2]

الفرع الثالث: تعريف الخطبة قانونا.

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الخطبة في نص المادتين الخامسة والسادسة من قانون الأسرة الجزائري، حيث أن هذا الأخير ينص صراحة على أن الخطبة وعد بالزواج، وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون الأسرة في فقرتها الأولى:" الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، مؤدى ذلك أنه يجوز لكل من الخاطبين أن يعدل عن وعده في أي وقت يشاء، إذ لم يجد الشخص المناسب من كل نواحي الحياة، وقد أجاز القانون لطرفي الخطبة العدول عنها، فالأصل الرضائية لأن الخطبة شرعت ليستطيع كل من الطرفين التعرف على الآخر حتى يكون الاختيار سليما لعلاقة تقوم على أصل عام هو الدوام والاستقرار أو السكن.[3]

---

[1] محمد باوني. المرجع السابق. ص19.

[2] المرجع نفسه.ص19-20.

[3] مراد كاملي. مطبوعة في مقياس عقد الزواج. محاضرات ألقيت على طلبة مدرسة الدكتوراه. دراسات قانونية. تخصص قانون شؤون الأسرة . جامعة العربي بن مهيدي. أم البواقي. 2009. ص5.

أما بالنسبة للطبيعة القانونية للخطبة، فإنها لا تتمتع بأية قوة إلزامية ولو طال أمدها، لأن القانون أقر لها صفتها الشرعية، وهي كونها مجرد وعد بالزواج مع أحقية كل طرف في العدول دون حاجة إلى مبرر له، بحيث لا يتحمل لمجرد عدوله أي تبعة قانونية.[1]

وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه:

المبدأ:" من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، ولصحة الزواج لابد من توافر جميع أركانه المتمثلة في: رضا الزوجين، وولي الزوجة، وحضور شاهدين وصداق.

ولما ثبت-من أوراق الملف الحالي-أن شهود القضية صرحوا وأكدوا حضورهم لوليمة أو فاتحة الخطبة، واكتفى قضاة الموضوع في تأسيس قرارهمالقاضي بصحة الزواجعلى ذلك، علما أن الفاتحة ليست من بين أركان الزواج، وإنما هي من باب التبرك والدعاء وأن مجلس الخطبة يختلف عن مجلس العقد."[2]

حيث أخذت المحكمة العليا على قضاة الموضوع خلطهم بين الخطبة و الزواج، وأن القرار المنتقد قد قضى بصحة الزواج دون التحقق من توفر أركان الزواج المنصوص عليها في المادة 09 من قانون الأسرة رغم أن الطاعن قد اعترف بالخطبة فقط، والخطبة لا تعني الزواج.

يلاحظ من خلال استقراء مضمون هذا القرار أنه جاء تأكيديا، أي أنه أكد على القاعدة القانونية التي استقر عليها القضاء، والمتمثلة في الفقرة الأولى من المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري.

---

[1] أحمد نصر الجندي. شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق. ص19-20.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 81129. قرار بتاريخ1992/03/17.المجلة القضائية العدد03. 1994. ص62.

بعد أن تعرضت في المطلب الأول إلى تعريف الخطبة لغة واصطلاحا وقانونا، يمكنني التطرق إلى السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الخطبة، وذلك من خلال المطلبين المواليين.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة.

بما أن الخطبة هي وسيلة للتعارف على المخطوبة وأسرتها من أجل معرفة طبائع وخصال كل عائلة وتبادل الرضا والقبول مع أسرة المخطوبة بشأن المصاهرة وإقامة علاقة طيبة قبل انعقاد الزواج، وقد تطول مدة الخطوبة أو تقصر، ويقع الفراق ويحدث العدول، فتترتب عليه آثار، قد تكون مادية أو معنوية يعاني منها أحد الطرفين أو كلاهما، وقد يكون إحداهما أو كلاهما قدم للآخر هدايا ثمينة، توثيقا للترابط وزيادة في التألف بينهما، وإظهار لحسن النية في بناء عائلة مستقبلا.[1]

لذا فإن العدول عن الخطبة يعني رجوع أحد الخطيبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، والتوقف عن الإجراءات المؤدية إلى إبرام عقد الزواج.[2]

وبطبيعة الحال قد يترتب عن العدول العديد من الأضرار ذات التأثير البالغ في حياة الإنسان، خاصة أنه محاط بمجموعة من الاعتبارات التي تجعل له طبيعة متميزة ومضمونا خاصا، وسبب ذلك أن العدول –في ذاته–لا يجوز أن يمس حرية اختيار الإنسان لمن يرغب في الزواج منه، وذلك احتراما لتلك الحرية التي تعد مدخلا أساسيا لتكوين الأسرة على الأسس التي يقبلها، حتى تكون خلية سليمة فيه، ولا تتحول إلى بؤرة للفساد ومكمن للخطر الذي يهدد الاستقرار، لهذا كان من المتفق عليه أن العدول في ذاته لا يكون ضررا يلزم

---

[1] أحمد شامي.السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.رسالة دكتوراه في القانون الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان. الجزائر.2014. ص05.

[2] عبد العزيز سعد. المرجع السابق. ص17.

التعويض، وإنما الذي يستحق التعويض هو ما قد يصاحب العدول من تصرفات يمكن أن تشكل بذاتها ضررا مؤثرا على حياة الإنسان ومستقبل وجوده.[1]

لذلك فإذا وقع العدول والتراجع عن الخطبة فان مشروع الزواج يكون قد ألغي، ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل ولم يقبل بالعدول أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف العادل بالاستمرار في الخطبة وبمتابعة إجراءات عقد الزواج دون إرادته ودون رغبته.[2]

غير أنه في المقابل يجوز للطرف المعدول عنه أن يطالب بالتعويض، لكن يطرح التساؤل حول الأساس القانوني الذي يعتمد عليه في ذلك؟

وجدت ثلاث اتجاهات مختلفة في تحديد أساس التعويض عن العدول عن الخطبة، فالاتجاه الأول ذهب إلى أن العدول عن الخطبة إخلال بالتزام تعاقدي، حيث اعتبروا أن الخطبة عقد ملزم، والعدول عنها يعد إخلال بهذا الالتزام، ويرى الاتجاه الثاني بأن العدول عن الخطبة تعسف في استعمال الحق، فالخطبة عندهم حق قد يساء استعماله، وبالتالي يعد خطأ يستوجب التعويض،[3] وذهب اتجاه ثالث إلى أن العدول إذا أدى إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر يوجب المسؤولية والتعويض عن الأضرار المادية والأدبية الناجمة عنه.[4]

من خلال عرض هاته الاتجاهات يمكن القول أن الاتجاه الأول يعتبر غير موفق فيما ذهب إليه، ذلك أنه اعتبر الخطبة عقد ولكنها في الحقيقة هي مجرد وعد لا ترتقي إلى درجة العقد، وعليه فإن الأساس الذي بنى عليه التعويض غير مندوب ولا مستساغ، أما الاتجاه الثاني فقد بنى فكرة التعويض على أساس التعسف في استعمال الحق، حيث اعتبر أن العدول حق، وأن إساءة استعماله يعد سببا في وجوب التعويض، وبالتالي يمكن اعتبار

---

[1] أحمد شامي.المرجع السابق.ص05.

[2] عبد العزيز سعد.المرجع السابق.ص 17.

[3] نجيب محمد مثنى ناجي. خطبة الزواج في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والجزائري. أطروحة دكتوراه في القانون الخاص. كلية الحقوق. جامعة باجي مختار عنابة. 2008. ص337-338-340.

[4] رائف محمد النعيم. (التنظير الفقهي لضرر العدول عن الخطبة- دراسة مقاصدية في ضوء الشريعة والقانون الليبي). مجلة معارف. المركز الجامعي البويرة. الجزائر .العدد السادس. جوان 2009. ص188.

أن هذا الاتجاه مقبول، ولكنه يبقى غير كاف لوحده كمبرر لمنح التعويض، بقي الاتجاه الثالث الذي أسس فكرة التعويض على قواعد المسؤولية التقصيرية، أي على أساس الفعل الضار، وبالتالي يبدو لي أنه الأرجح، وهو نفس المنحى الذي أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري.

لهذا فقد يعدل أحد طرفي الخطبة عنها لغير سبب أو لسبب معين، والأصل أن العدول لا يرتب أي مسؤولية لأنه حق شرعي، إلا أن يقترن هذا العدول بضرر يحدثه أحد الطرفين للآخر، فيلزم بتعويض هذا الضرر وجبره وفقا للقاعدة الفقهية **"لاضرر ولا ضرار"**، وهذا ما جاء مقررا في أحكام القانون.[1]

و القانون وإن أجاز العدول عن الخطبة باعتبارها وعد غير ملزم، إلا أنه اشترط عدم الإضرار نتيجة هذا العدول، فإذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر جاز لمن لحقه الضرر من الطرفين أن يطلب التعويض.[2]

وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثانية، حيث جاء فيها:" إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض..."

لذا فقد ينال المرأة ضررا بسبب عدول الرجل عنها، لأنها أعدت الجهاز مثلا.[3]

ومن الأضرار المعتبرة الاستهواء والاستغواء للتغرير بالطرف الآخر، والتماطل عن إتمام الزواج بالدخول، وكذا العدول التعسفي بدون مبرر شرعي أو قانوني، ومطالبة الطرف الآخر بمطالب معينة مما ينجر عنه الخسارة الواضحة، وكذا العدول بمجرد التهور أو الطيش وما ينجر عنه من سوء الحظ.[4]

---

[1] محمد باوني.المرجع السابق.ص31.

[2] أحمد نصر الجندي . شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق. ص21.

[3] محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. المرجع السابق. ص 37.

[4] أحمد شامي.المرجع السابق. ص14.

وقد تستمر الخطبة مدة طويلة، مما يؤدي إلى تفويت الفرصة للزواج من الخاطب المناسب، وقد يكون الضرر فاحشا، ومثال ذلك أن يقوم الخاطب بإيهام المخطوبة وأهلها برغبته في الزواج بعد إنهاء دراسته، فإذا عاد من الدراسة بعد مضي أربع سنوات مثلا عدل عن الخطبة، فيكون بذلك قد أضر بها ضررا بالغا، وعطل عليها فرصة الزواج من شخص آخر، وكأن يطلب الخاطب مثلا من المخطوبة ترك العمل ولديه الرغبة الكاملة في إنهاء الخطبة والعدول عنها،[1] أو تكون بصدد متابعة الدراسة، فتقدم استقالتها وتتوقف عن الدراسة.

كما أن الخاطب قد يتضرر كذلك من عدول المخطوبة، فقد يعد هذا الأخير بيتا خاصا في مكان معين، ويكلفه ذلك أموالا كثيرة، أو قد يسافر إلى بلد ما من أجل العمل وكسب الرزق، ثم عند عودته من أجل إتمام إبرام عقد الزواج، تعدل المخطوبة عن الخطبة، والأمثلة على ذلك عديدة بالنسبة للأضرار المادية التي قد تلحق بالخاطب أو المخطوبة.

أما فيما يتعلق بالأضرار المعنوية، فتتمثل في جرح إحساس وشعور ونفسية المعدول عنه، بالإضافة إلى ما يسببه العدول من فتح باب الأقاويل، مما يؤدي إلى المساس بسمعة المعدول عنه وإيذائه معنويا.[2]

لكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يبين بدقة سبب حدوث الضرر الموجب للتعويض أهو الضرر الناتج عن مجرد العدول، أم هو الضرر الناشئ عن تغرير أحد الطرفين؟

ومن هنا تتضح كيفية إعمال القاضي لسلطته التقديرية لإيجاد الحكم المناسب للقضية المعروضة أمامه.

---

[1] جميل فخري محمد جانم. مقدمات عقد الزواج(الخطبة) في الفقه والقانون. ط1. دار الحامد. عمان. الأردن.2009. ص 241-242.

[2] انظر الملحق رقم 01.

ولقد ذكر الدكتور عبد الرزاق السنهوري ثلاث مبادئ متعلقة بالتعويض من العدول عن الخطبة في القضاء المصري هي:

1- أن الخطبة ليست بعقد ملزم.

2- أن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض.

3- أنه إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعالا أخرى ألحقت ضررا بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.[1]

لكن الملاحظ من نص المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري أن المشرع الجزائري قد أخفق في الصياغة، إذ أنه أجاز الحكم بالتعويض ولم يوجبه، رغم أنه من المعلوم أن المتسبب في الضرر يلزم بالتعويض وفقا لنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري.[2]

فدور القاضي في هذه الحالة هو البحث 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 وتقدير جديتها من عدمه.

كما أن مسألة تقدير الضرر هي من اختصاص قضاة الموضوع(قاضي شؤون الأسرة) وذلك بأن يتناسب مقدار التعويض وحجم الضرر الذي لحق بالمضرور، فلا يجوز الحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة بأكثر من مقدار الضرر الذي أصاب المضرور.[3]

أما فيما يخص عبئ الإثبات فيقع على المدعي، ومن هنا يستوجب على قاضي شؤون الأسرة التأكد أولا من قيام الخطبة أو نفيها يخضع لتقديره.

---

[1] العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق. ص57.

[2] مراد كاملي. المرجع السابق. ص 07.

[3] أحمد شامي. المرجع السابق. ص15.

كما على الشخص الذي يطالب بالتعويض عن الضرر بسبب العدول عن الخطبة؛ ضرورة إثبات الخطبة أولا بجميع الوسائل؛ وذلك تطبيقا للقاعدة الفقهية:"البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، كالبينة أو القرائن أو الإقرار.[1]

فالخلاصة أن التعويض عن الضرر لا يكون بمجرد العدول فقط، بل إن التعويض يكون عن الضرر المصاحب والناتج عن العدول الفعلي، لأن مبرر التعويض هو الضرر الناتج عن غرر أو فعل آخر مصاحب للعدول، وأن العدول حق ثابت للطرفين أيضا.[2]

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري يجيز المطالبة بالتعويض عن الضرر، إن وجدت أفعال مصاحبة للعدول أدت إلى حصول الضرر، وليس فعل العدول في حد ذاته؛ كما منح لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة، في مجال تقدير الضرر المادي والمعنوي في حالة العدول عن الخطبة؛ إلا أنه لم يضع للقاضي معايير وضوابط بلجأ إليها في حالة تقديره.[3]

ومن هنا فإنه يجب على المشرع الجزائري، أن يضع بين يدي قاضي شؤون الأسرة، المعايير الموضوعية التي يعتمدها في تقدير التعويض، في حالة العدول عن الخطبة، وذلك لضمان حقوق الطرف المضرور هذا من جهة، ومن جهة أخرى فتح الباب واسعا أمام المحكمة العليا لممارسة رقابتها.[4]

---

[1] أحمد شامي. المرجع السابق. ص15.

[2] محمد باوني. المرجع السابق. ص31-32.

[3] أحمد شامي. المرجع السابق. ص34.

[4] المرجع نفسه. ص34-35.

المطلب الثالث: سلطة القاضي فيما يخص الهدايا المقدمة خلال فترة الخطوبة.

بالرغم من أن الخطبة مجرد وعد لا تلزم لا الخاطب ولا المخطوبة، ويمكن العدول عنها من أيهما معا في أي وقت، فإن المشرع قد رتب على ذلك بعض الآثار بالنسبة لما قدمه الخاطب من صداق أو هدايا، ولما يلحق الطرفين من أضرار.[1]

قد يصحب الخطبة أن يقدم الخاطب هدايا، أو يعطيها جزء من المهر، فهل له استرداده، وهل لها أن تسترد الهدايا إن كانت قد قدمت هدايا.[2]

في حالة العدول عن الخطبة يكون للخاطب أن يرجع مما أداه من مهر قليله أو كثيره، لأن المهر وجب بالعقد فهو حكم من أحكامه وأثر من آثاره، ومادام الزواج لم يوجد فلاحق لها في أخذ المهر، بل هو حق خالص للزوج، فان كان قائما أخذه بعينه وان هلك أو استهلك أخذ مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا،[3] إلا أن المشرع الجزائري أغفل عن ذكر هذه النقطة.

عالج المشرع الجزائري في نص المادة الخامسة من قانون الأسرة في فقرتها الثالثة والرابعة مصير الهدايا المقدمة من أحد الخطيبين بعد العدول عن الخطبة من أحدهما فجاء نصها كما يلي:

"...لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة مالم يستهلك من هدايا أو قيمته."

و إن كان العدول من المخطوبة، فعليها لأن ترد للخاطب مالم يستهلك من هدايا أو قيمته."

---

[1] أحمد آباش. الأسرة بين الجمود والحداثة. ط1. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. 2011. ص33.

[2] محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. المرجع السابق. ص38.

[3] طاهري حسين. المرجع السابق. ص 13.

من خلال استقراء هاتين الفقرتين يتبين أن المشرع الجزائري أباح للطرف المعدول عنه، استرجاع مالم يستهلك من هدايا أو قيمته، أما الطرف العادل فليس له الحق في استرجاع شيء.

ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري قد أقر هذا المبدأ من غير أن يفرق بين ما إذا كانت الهدايا مقدمة من أهل وأقارب الخاطب إلى المخطوبة، ولا بين ما إذا كانت مقدمة من أهل وأقارب المخطوبة إلى الخاطب، مما يمكن القول أن مثل هذه الهدايا تأخذ أحكام الهبة.

ومن جهة ثانية، يؤخذ عليه أنه لم يفرق بين ما إذا كان عدول الخاطب بسبب من أحد الطرفين يمكن أن يكون عدولا اضطراريا كأن يكتشف أحدهما عيبا أو نقصا أو مرضا في جانب الطرف الآخر.[1]

كما أن المشرع الجزائري أغفل نقطة مهمة تتمثل في هدايا المخطوبة للخاطب وحكم استردادها إذا كان العدول منها.

كما أن مصطلح "مالم يستهلك" في نص المادة05 في فقرتها الثالثة والرابعة من قانون الأسرة الجزائري ينتابه الكثير من الغموض، مما يفتح المجال أمام القاضي لإعمال سلطته التقديرية.

فعبارة "ما لم يستهلك" التي أوردها المشرع الجزائري توحي بأن الطرف العادل إذا استهلك الهدايا أو تصرف فيها بأي شكل من الأشكال الناقلة للملكية، فإنه لا يردها لأنه لم يعد لها وجود، وبالتالي فهي مستهلكة(حسب ما جاء في النص القانوني)، إلا إذا قصد المشرع من وراء ذلك عدم رد الهدايا التي تستهلك بطبيعتها أو لقلة قيمتها،[2] كل هذا يجعل القاضي

---

[1] عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد . المرجع السابق. ص19-20.

[2] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص42-43.

يبحث عن المعنى الحقيقي الذي قصده المشرع من هذه العبارة واستخلاص القصد السليم الذي يتماشى مع العقل والمنطق.

والغريب أن النص القانوني كانت بدايته متطابقة مع رأي المالكية، أما نهاية الفقرة فقد خالفت رأي المالكية في الموضوع حينما لا يقع الرد في حالة الاستهلاك، وهذا الرأي هو للأحناف حيث يعد من موانع الرجوع في الهبة، ومن الأفضل لو أخذ المشرع برأي المالكية على اطلاقه.[1]

كما أن المشرع قد أغفل نقطة بالغة الأهمية ألا وهي حكم المتسبب في العدول عن الخطبة، فقد يدفع الخاطب هدايا ذات مبالغ باهضة وربما حتى بطلب من المخطوبة، وبعدها تلجأ إلى التحايل بأن تقوم بسلوكات لا ترضي خطيبها، أو تتعمد الشجار فتدفعه إلى العدول عن الخطبة، وهنا جاز له أن يقضي على الطرف المتسبب في العدول بإرجاع الهدايا ولو أن العدول كان من الطرف الآخر، إذ أن من المتعارف عليه أن التغرير يوجب الضمان في أحكام الشريعة الإسلامية.

وهنا على القاضي إعمال سلطته التقديرية والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك اعتمادا على نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي سمحت بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه، وفي هذه الحالة يعتبر كلا من الخاطب و المخطوبة مدعيا ومنكرا، فأيهما أقام بينة على دعواه وأقنع القاضي حكم له وفقا لتقديره وقوة حجته وبينته حسب الأدلة المقدمة.

من خلال ما تقدم ذكره يمكن القول أن المشرع الجزائري رغم تعرضه لمقدمات الزواج(الخطبة)، إلا أنه وقع في عدة أخطاء وهفوات يجب عليه تداركها في التعديل المقبل لقانون الأسرة، لذا وجب على القاضي بماله من سلطة تقديرية أن يتحلى بالحكمة وحسن

---

[1] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص42.

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، لهذا يجب تعديل نص المادة 05 من قانون الأسرة عملا على استقرار العمل القضائي، وحتى لا يكون هناك تضارب في الأحكام القضائية نظرا لاختلاف الحلول الفقهية.

هذا وقد ذهبت المحكمة العليا في العديد من قراراتها إلى مايلي:

" أن إثبات الزواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاة الموضوع طالما كان ذلك قائما على النحو الشرعي ومن المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان هي مقدمة للزواج وليست زواجا غير أنها قد تتجاوز مرحلة التماس النكاح إلى النكاح الشرعي وتصبح فعلا زواجا شرعيا إذا واكبها تحديد شروطه وتحققت أركانه، ومن ثم فإن القضاء بما يتفق مع هذا المبدأ يعد قضاء صحيحا."[1]

وجاء في قرار آخر لها:

المبدأ: من المستقر شرعا وقانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه، ومن ثم النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب غير سديد يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.[2]

*وذهبت في قرار آخر لها صادر في 1992/04/14:

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 34046. قرار بتاريخ 1984/11/19.مجلة قضائية عدد 01. 1990. ص 18.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم73919. قرار بتاريخ 1991/04/23. المجلة القضائية. العدد02. 1993. ص58.

أن اقتران الخطبة مع الفاتحة في مجلس العقد لا يعد خطبة بل هو زواج صحيح لتوافر جميع الأركان.

" فمن المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محدودة ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا.

ومتى تبين في قضية الحال-أن أركان الزواج قد توفرت تمت بمجلس العقد وأنه تم اقتران الخطبة بالفاتحة، وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها.

و أن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله فإنهم كما قضوا قد طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن."[1]

يستشف من خلال هذا القرار أنه جاء مؤكدا لما ورد في الفقرة الثانية من المادة المتعلقة باقتران الفاتحة بالخطبة.

وذهبت في اجتهاد آخر لها صدر في 1993/07/13:

المبدأ:" من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج، أن ترد مالم يستهلك من هدايا وغيرها.

ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول.

ولما ثبت -من قضية الحال-أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج وبدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل المطعون ضده -بالخسائر والأضرار المترتبة على ذلك، وأن دفع الطاعنة المتعلق بأحقيتها في نصف الصداق، وإنما

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. قرار صادر في 1992/04/14. المجلة القضائية .عدد خاص. 2001. ص33.

يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج، مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم ويتوجب رفض الطعن."[1]

وقضت المحكمة العليا في قرار آخر صادر في1999/03/16:

"أنه من المقرر قانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه اذا كان العدول منه، ومتى تبين في قضية الحال أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف والقاضي برفض إتمام الزواج و إلزام المدعى عليها بردها إلى المدعي ما قدمه لها من هدايا وحلي ونقود واعتبروها صداقا دون الرد على دفوع الطاعنة أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه."[2]

يفهم من هذا القرار أنه جاء مؤكدا لمسألة عدم جواز استرجاع الهدايا من الطرف العادل عن الخطبة والواردة في الفقرة الثالثة من نص المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الجزائري من مسألة تعويض الضرر المعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة، فمن المعروف أن القضاء في الجزائر و بقية البلاد العربية عموما قد استقر على مبدأ تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة تطبيقا، ولم يكن ليخالف ما استقر عليه الفقه والتشريع في هذا الميدان.[3]

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بتعويض الضرر في قرار جاء فيه:

---

[1] م.ع.غ.أ.ش.ملف رقم 92714. قرار بتاريخ 1993/07/13.المجلة القضائية.العدد01 .1995 ص128.

[2] م.ع.غ.أ.ش. قرار صادر في 1999/03/16. المجلة القضائية.عدد خاص.2001.

[3] عبد الهادي بن زيطة. تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري. دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. ط1. دار الخلدونية. القبة. الجزائر.2007. ص108.

" من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أيضا أن إذا ترتب على العدول على الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون.

ولما كان ثابتا-في قضية الحال-أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

حيث ثبت من أدلة الملف ومن تصريحات المدعى عليها لجلسة الصلح أن العدول عن الزواج كان بفعلها، وحيث تبين من الملف أن الآنسة اعترفت في المحكمة أنها هي التي رفضت إتمام الزواج، وأن فسخ الخطوبة كان منها، وهذا إقرار قضائي حسب المادة 341 مدني، لذلك وجب تعويض الطاعن عن الضرر الذي أصابه بسبب العدول عن الخطبة.[1]

وفي قرار آخر قضت المحكمة العليا برفض طلب التعويض المقدم من الطاعنة التي عدلت عن الخطبة بناء على إرادتها وكان عدولها وفق تفسير المحكمة بدون مبرر شرعي أو قانوني.[2]

ويستشف بمفهوم المخالفة من هذا القرار أنه لو توفرت المبررات الشرعية أو القانونية للعدول لقضت المحكمة العليا بالتعويض، وهذا استدلال جيد للمحكمة مبناه نص المادة الخامسة في فقرتها الثالثة من قانون الأسرة الجزائري.[3]

ولا يقتصر دور المحكمة العليا على مجرد تقرير الأحكام ونشرها، بل إثرائها

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 56097. قرار بتاريخ 1989/12/25. المجلة القضائية. العدد الرابع.1991. ص102.

[2] م.ع. غ.أ.ش. ملف رقم 92719. قرار بتاريخ 1993/07/13. المجلة القضائية. العدد الأول.1995. ص128.

[3] عبد الهادي بن زيطة. المرجع السابق. ص109.

و توضيح الأساس المعتمد عليه، وفي مجال تطبيق القانون تبين مبررات اتخاذ الحكم في القضية، ففي موضوع التعويض لم تبين المادة الخامسة في الفقرة الثالثة التي قررت جواز الحكم بالتعويض أي أساس يعتمد عليه هذا التعويض، ولكن قرارات المحكمة العليا السابقة كيفت التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، وأن العدول صاحبته أفعال أدت إلى الإضرار بالطرف الآخر، وتبدو أهمية مثل هذه الاعتبارات من خلال تقريرها لمدى استمرارية الأخذ بتطبيق المبادئ التي استقر عليها قضاء المحكمة العليا.[1]

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الترخيص بالزواج للقصر.

يمارس القاضي العديد من السلطات التي تنبثق من طبيعة وظيفته، حيث يتمتع بسلطة القضاء، أي إصدار أحكام فاصلة في النزاع من خلال الدعاوى المعروضة عليه، كذلك يمارس سلطة الإدارة، وتتمثل في أعمال الإدارة القضائية، وهي تتعلق بتنظيم مرفقه وحسن سيره، منها على سبيل المثال توزيع المهام على القضاة، تحديد جدول الجلسات...[2]

كما تناط به سلطة إصدار أوامر قضائية، وذلك بموجب ما يصدر عنه من قرارات بناء على طلب شخص له مصلحة ومن غير مرافعة ودون تكليف شخص آخر بالحضور، والأصل أن يقتصر إصدار الأوامر على الأعمال الولائية التي لا تتضمن نزاعا، حيث يقدم الطالب العريضة إلى القاضي لكي يأذن له القيام بعمل أو إجراء تصرف معين،[3] ويعتبر الترخيص بالزواج للقصر من بين الأعمال الولائية التي يقوم بها القضاة ، وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء نصها كما يلي: "يقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا."

---

[1] عبد الهادي بن زيطة. المرجع السابق. ص109.

[2] محمود السيد عمر التحيوي. المرجع السابق. ص 07.

[3] المرجع نفسه.الصفحة نفسها.

وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي نجد أنه لم يقع تحديد لسن الزواج في التشريع الإسلامي، غير أن المتفق عليه بين الفقهاء أن كل تكليف شرعي لا يكون إلا بشرط العقل، ولما كان العقل وصفا باطنيا يحصل للإنسان بالتدريج كان لابد من وضع أمر منضبط يكون علة ومناطا لاستكماله، ولهذا كان شرط التكليف بلوغ المكلف بدون خلل في عقله.[1]

ولا شك أن الزواج تكليف ينطبق عليه ما ينطبق على كل تكليف شرعي بالأحكام، فليس هناك تحديد لسن الزواج، بل أحكامه قاضية بالوصول إلى سن البلوغ، وتم تعريف البلوغ بأنه انتهاء حد الصغر، فهو قوة تحدث للصغير يخرج بها من حال الطفولية إلى حال الرجولية والعقل، وتعتبر فترة فاصلة بين الصغر والكبر وناقل الشخص إلى درجة المسؤولية، ويعرف بعلاماته المعروفة، أو بالسن وقد تم القول بالبلوغ لارتباط التكاليف الشرعية به.[2]

وإذا كان الزواج في الفقه الإسلامي لم يكن موقوفا على سن معينة ولا معلقا على شرط بلوغ عدد من السنوات مضبوطا، فإن النصوص القانونية تناولت مسألة الأهلية بالتنظيم، فقد اعتبر المشرع الجزائري أن تمام الأهلية بالسن المحدد قانونا للرجل والمرأة ولم يعتبرها بالبلوغ باعتبار أن الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية كاملة لما يترتب عليه من الالتزامات المالية والحقوق والواجبات المتبادلة والممتدة التي لا تقتصر على الزوجين فقط، بل تمتد للروابط الأسرية، لهذا كان من المصلحة الخاصة والعامة عدم السماح لكل فرد الإقدام عليهأي الزواج-من غير نضج فكري وقدرة مالية ومعرفة شؤون الحياة والأعباء الزوجية.[3]

و عند الرجوع إلى نصوص قانون الأسرة والقانون المدني نجد أن المشرع الجزائري قد عالج أحكام الأهلية بصفة عامة في القانون المدني، أما أهلية الزواج فقد نظمها في نص المادة السابعة بموجب التعديل المدخل على قانون الأسرة، حيث جاء نصها:" تكتمل أهلية

---

[1] نظيرة عتيق. حماية العلاقة الزوجية في المستحدث من تشريعات الأسرة دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي. رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون.تخصص أحوال شخصية.كلية الشريعة والاقتصاد.قسم الشريعة والقانون. جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية. قسنطينة.2017.ص 142.

[2] المرجع نفسه .ص142.

[3] المرجع نفسه. ص 149.

الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 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."

فطبقا للأحكام العامة لقواعد الأهلية لا يجوز إبرام العقد إلا من ذي أهلية على ذي أهلية،[1]

والمقصود بالأهلية هي" الصلاحية لثبوت الحقوق والالتزامات في الذمة".[2]

كما عرفت بأنها:"صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا، لأن تثبت له الحقوق، وتثبت عليه الواجبات ويصح منه التصرف".[3]

والمقصود بها كذلك:"صلاح الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك".[4]

وتنقسم الأهلية إلى نوعان:

أهلية وجوب وأهلية أداء.

فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، فهي شخصية قانونية تثبت لكل شخص طبيعي منذ ولادته شاملة لكل الحقوق والالتزامات أيا ما كان نوعها وتستمر لغاية وفاته وهي أهلية الوجوب الكاملة، وتتعدى لكي تلحق حتى الجنين في بطن أمه وتكون حينئذ أهلية وجوب ناقصة بالنظر إلى أن الشرع والقانون يخولان بعض الحقوق للجنين كالنسب والإرث والوصية والهبة اتفاقا، ويضيف الفقهاء الوقف، لكن قابلية الالتزام منعدمة فلا تجب عليه مثلا نفقة أقاربه، فهو أهل للحقوق دون الواجبات.[5]

---

[1] محمد لمين لوعيل. المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري.(د.ط).دار هومة.الجزائر.2004.ص35.

[2] محمد سراج.أصول الفقه الإسلامي.(د.ط).دار الجامعة الجديدة. منشاة المعارف.الإسكندرية. مصر.1998.ص77.

[3] محمد مصطفى شلبي.المدخل لدراسة الفقه الإسلامي.(د.ط). دار تأليف.القاهرة. مصر.1956.ص307.

[4] محمد صبري السعدي. النظرية العامة للالتزامات.(د.ط).دار الكتاب الحديث.الجزائر.2003.ص163.

[5] زبيدة إقروفه.الإبانة في أحكام النيابة. دراسة فقهية قانونية مدعمة باجتهاد المحكمة العليا وقوانين الدول العربية.(د.ط).دار الأمل.ص10.

أما أهلية الأداء فهي قدرة الشخص على توجيه إرادته لإحداث آثار قانونية لحسابه الخاص، ومناط هذا النوع من الأهلية العقل والإدراك.

فهذا النوع من الأهلية ينفرد بها طائفة من الأشخاص الذين توفر فيهم قدر من التمييز يمكنهم من ترجمة مقاصدهم وتوجيه رغباتهم نحو تصرف يرتب القانون عليه أثرا أو آثارا، ولا خلاف أن الأداء يتعلق بقدرتين: قدرة فهم الخطاب وذلك بالعقل، وقدرة العمل به وهي بالبدن.[1]

وأهلية الأداء نوعان: أهلية أداء قاصرة وأهلية أداء كاملة، وتتبني على القاصرة صحة الأداء في العبادات وإن لم يكلف بها الشخص، وصحة التصرفات النافعة نفعا محضا، وعلى الكاملة وجوب الأداء في العبادات وثبوت التكليف في مطلق الأحكام، وبين الأهليتين الوجوب والأداء عموم وخصوص، فكل شخص له أهلية أداء فله كذلك أهلية وجوب، والعكس غير صحيح، فأهلية الوجوب أعم من أهلية الأداء، إذ ليس كل من تثبت له الشخصية القانونية تصلح عباراته لإحداث أثر قانوني، كما يتغايران من حيث المناط، فأهلية الوجوب أساسها ثبوت الحياة في النفس الإنسانية، وتلازم الإنسان متى تحققت فيه الحياة لغاية الوفاة، ولا ترد عليها عوارض، أما أهلية الأداء، فمناطها العقل والإدراك وتعتريها العوارض التي تحد منها أو تعطلها.[2]

حيث اعتبر المشرع الجزائري الزواج عقدا رضائيا ينبني على إرادة حرة بين طرفيه، أي هو من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة، لما يترتب عليه من الالتزامات المادية والواجبات الاجتماعية الأسرية؛ بل لابد أن تكون الإرادة صادرة من عقل يميز ما ينفعه وما يضره، وبلوغ ينم على استعداد نفسي طبيعي للوطء، طبقا لما نصت عليه المادة الرابعة من قانون الأسرة، كما نص على شروط صحة الزواج من خلال أحكام المادة 09 مكرر من نفس القانون، ومن بين هذه الشروط أهلية الزوجين.[3]

---

[1] زبيدة إقروفه.المرجع السابق. ص11.

[2] المرجع نفسه. ص12.

[3] أحمد شامي.المرجع السابق. ص48.

هذا وقد مر تحديد السن القانوني للزواج في الجزائر بعدة مراحل ويعود الأمر في ذلك إلى الفترات التاريخية التي مرت بها الجزائر قبل وبعد الاستعمار الفرنسي وتتمثل مختلف هذه المراحل فيما يلي:

المرحلة الأولى: قانون رقم 323/30 بتاريخ 1930/05/02.

وهو القانون الصادر عن السلطة الاستعمارية الفرنسية في سنة 1930، ويمثل المرحلة الأولى من تقنين التشريع الأسري في الفترة الاستعمارية، واحتوى القانون على ثلاث مواد، حددت أهلية الزواج بخمسة عشر سنة للرجل والمرأة على حد سواء مع إمكانية إعفاء من النائب العام، ولأسباب خطيرة للزواج قبل ذلك، وبأخذ رأي لجنة مؤلفة من مستشار لدى مجلس قضاء الجزائر وقاضي الصلح وطبيب مع تصريح مسبق بالخطبة وهذا ضمن قانون حول الخطوبة وسن الزواج لمنطقة القبائل.[1]

حيث جاء نص المادة الأولى من هذا القانون:" إن الأهالي القبائل الذين لا يتمتعون بحقوق المواطنين الفرنسيين لا يمكن لهم إبرام الزواج قبل إتمام الخامسة عشر كاملة و يمكن للحاكم العام منح الإعفاء من السن من أجل أسباب خطيرة بعد أخذ رأي لجنة تتألف من مستشار لدى مجلس قضاء الجزائر رئيسا وقاضي الصلح بالقبائل وطبيب، يعين أعضاء هذه اللجنة في بداية كل سنة بقرار من الحاكم العام".[2]

المرحلة الثانية: قانون رقم 275/59.

يمثل هذا القانون المرحلة الثانية من التطور التشريعي الأسري في الجزائر أثناء الاستعمار الفرنسي، وهو قانون خاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية، وذلك في عمالات الجزائر والواحات والساورة، حيث أصبحت أهلية الزواج خمسة عشر سنة "15" بالنسبة للمرأة وثمانية عشر "18" للرجل بنص المادة الخامسة من هذا القانون على أنه:" لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ "18"سنة ولا للمرأة التي لم

---

[1] نظيرة عتيق. المرجع السابق.ص 150.

[2] قانون 30-323 الصادر بتاريخ 02 /1930/05 المتعلق بالأهالي القبائل/ نظيرة عتيق. المرجع نفسه.ص 150.

تبلغ "15" سنة أن يعقدا زواجا إلا أنه يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسباب خطيرة".[1]

وهذا القانون أبقى على تحديد السن في الزواج لكن أضاف لسن الرجل حيث قام برفعها لسن الثامنة عشر بينما أبقى سن المرأة دون تعديل.

المرحلة الثالثة: قانون رقم 224/63.

يعد القانون المؤرخ في 29 جوان 1963 أول نص قانوني يصدره المشرع الجزائري بعد الاستقلال، أصبحت أهلية الزواج وفق هذا القانون ستة عشر سنة "16" بالنسبة للمرأة وثمانية عشر "18" بالنسبة للرجل، حيث نصت **المادة الأولى** من نفس القانون على أنه:" لا يجوز للرجل الذي لم يكمل الثامنة عشر سنة ولا المرأة التي لم تكمل السادسة عشر سنة أن يعقدا زواجا ويجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الكبرى أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسبابا خطيرة وذلك بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية".[2]

أما بالنسبة للزواج الذي يبرم مخالفا لمسألة تحديد السن فقد نصت المادة الثالثة من نفس القانون على أنه:" يبطل كل زواج لم يحصل فيه دخول تم عقده على خلاف ما تقضي به المادة الأولى.

هذا وقد كانت أهلية الزواج قبل تعديل قانون الأسرة أي في ظل قانون 11/84 محددة بسن 21 سنة للرجل وسن 18 سنة للمرأة، غير أنه وأمام الانتقادات التي وجهت للقانون تم تعديل النص القانوني، وعليه أصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين بتمام سن الرشد المدني أي 19 سنة كاملة.[3]

إن موقف المشرع الجزائري في تحديده لسن الزواج ب 19 سنة بالنسبة للرجل والمرأة كان يرمي إلى بناء مؤسسة الزواج على أسس متينة، فبغض النظر عن البلوغ الجنسي الذي

---

[1] قانون رقم 275/59 الصادر في 1959/02/04.خاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية في عمالات الجزائر والواحات والساورة. (الجريدة الرسمية العدد 19.الصادرة بتاريخ 1959/03/30).

[2] قانون رقم 63-224 بتاريخ 29 جوان 1963 الخاص بتحديد سن الزواج. (الجريدة الرسمية العدد44.الصادرة بتاريخ 1963/07/02).

[3] الرشيد بن شويخ . المرجع السابق. ص60.

أصبح خصوصا في عصرنا الحالي غير كاف لإبرام عقد الزواج؛ لذا وجب تنظيم السن الذي تتحقق من ورائه أهداف الزواج، وذلك لتحقيق سلامة الفرد والمجتمع، نظرا لما ثبت في الطب وعلم الاجتماع أن زواج الصغار يترتب عليه آثار غير مرغوب فيها، وتترتب عليه أضرار كثيرة على الجسم والنفس، ومن الناحية الاجتماعية صعوبة الحياة المعيشية الحالية، لأن الفتى أو الفتاة اللذان لم يبلغا سن الرشد القانوني لا يقدران عادة الرابطة الزوجية قدرها ولا يحسنان في الغالب القيام بمتطلبات الأسرة التي تكون منهما، وحماية للفتاة من الحمل المبكر الذي له مخاطر عدة على صحة الأم والجنين.[1]

لذلك يمكن القول أن القاعدة العامة في الزواج هي بلوغ سن الأهلية أي 19 سنة كاملة، لكن يوجد هناك استثناء وهو إمكانية الترخيص من طرف القاضي قبل بلوغ هذه السن لمن كانت أحواله وظروفه تستدعي ذلك.

وقبل الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في الترخيص بالزواج للقصر، سأتطرق أولا إلى تعريف الترخيص والقاصر في المطلب الأول، ثم أتعرض إلى السلطة التقديرية للقاضي في حالة المصلحة في المطلب الثاني، وأخيرا أعرج في المطلب الثالث إلى السلطة التقديرية للقاضي في حالة الضرورة.

المطلب الأول: تعريف الترخيص والقاصر.

من خلال هذا المطلب سأحاول تعريف كل من مصطلح الترخيص والقاصر في اللغة و كذلك في الاصطلاح من خلال الفرعين المواليين.

الفرع الأول: تعريف الترخيص.

أولا: تعريف الترخيص في اللغة.

ورد تعريف الترخيص في اللغة فيقال :

رَخَّصَ لَهُ فِي الأَمْر: سَهَّلَهُ وَيَسَّرَهُ، وَيُقَالُ: رَخَّصَ لَهُ فِي كَذَا،

---

[1] أحمد شامي. المرجع السابق. ص49.

وَرَخَّصَهُ فِيهِ: أَذِنَ لَهُ فِيهِ بَعْدَ النَّهْيِ عَنْهُ.

تَرَخَّصَ فِي الأُمُورِ : أَخَذَ فِيهَا الرُّخْصَة.

الرُّخْصَةُ: التَّسْهِيلُ فِي الأَمْرِ وَالتَّيْسِيرُ.

وَفِي الشَّرْعِ : مَايُغَيِّرُ مِنَ الأَمْرِ الأَصْلِي إِلَى يُسْرٍ وَتَخْفِيفٍ.[1]

وهو نفس التعريف الوارد في القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، في أن المقصود

بِالتَّرْخِيص: التَّسْهِيلُ وَالتَّيْسِيرُ فِي الأَمْرِ وَ الإِذْنُ بَعْدَ النَّهْيِ عَنْهُ.

ثانيا: تعريف الترخيص في الاصطلاح.

الترخيص في الاصطلاح هو : الحكم الثابت على خلاف دليل الوجوب، أو الحرمة لعذر (الشوكاني).[2]

لهذا يمكن أن نستنتج أن الترخيص يفيد التسهيل والتيسير في الأمر.

الفرع الثاني: تعريف القاصر.

يمكن تعريف القصر في اللغة ثم في الاصطلاح الشرعي والقانوني كالآتي:

أولا: تعريف القاصر في اللغة.

جاء في لسان العرب: " القَصْر، والقِصَرُ في كل شيء خلافُ الطُّولِ، وقَصُرَ الشيءُ بالضم يَقْصُرُ قِصَراً خلاف طال، وقَصَرْتُ من الصلاة أَقْصُر قَصْراً، والقَصِيرُ خلاف الطويل، والجمع قُصَراء، وقِصارٌ والأُنثى قصِيرة، والجمع قِصارٌ، والأَقاصِرُ جمع أَقْصَر مثل أَصْغَر وأَصاغِر، وقَصَرَ عن الأَمر يَقْصُر قُصُوراً وأَقْصَر وقَصَّرَ وتَقَاصَر، وامرأَة قاصِرَةُ الطَّرْف لا تَمُدُّه إِلى غير بعلها"[3]

---

[1] ابراهيم أنيس وآخرون. المعجم الوسيط. ط2.ج1. دارعارف.1972. ص336.

[2] سعدي أبوحبيب. القاموس الفقهي لغة واصطلاحا. ط2. دار الفكر. دمشق. سوريا. 1988. ص146.

[3] ابن منظور. لسان العرب المحيط. ط2. ج5. دار صادر. بيروت. لبنان .1412هـ. ص 95.

كما ورد في أساس البلاغة: " القصور بمعنى التقصير، والعجز "[1]

ومن خلال مختلف التعاريف اللغوية يُمكن القول بأن القاصر في اللغة: " هو الشخص العاجز عن إدراك الأمور على حقيقتها لصغر سنه"، أو هو: " الشخص الذي وصل مرحلة من عمره ما زالت قاصرة عن مرحلة البلوغ".

ثانيا: تعريف القاصر في الاصطلاح الشرعي.

من خلال البحث عن مدلول القاصر عند فقهاء الشريعة نجد أن الفقهاء درجوا على استعمال مفردات أخرى للدلالة على الصغير الذي لم يصل سن البلوغ بعد، كلفظ الصبي ولفظ الحدث ولفظ الطفل.

1-الصبي: ويطلقه الفقهاء على من لم يبلغ.[2]

2-الحدث: عرفه الفقهاء بتعريفات متقاربة، منها ما قاله ابن حجر

" الحدث هو الصغير السن".[3]

3- **الطفل:** عرفه ابن قدامه بقوله: « وأما الطفل، وهو من له دون السبع".[4]

4- **المميز:** عرفه بعض الفقهاء بأنه:" الشخص الذي يفهم الخطاب، ويرد الجواب ولا ينضبط بسن بل يختلف باختلاف الأفهام".[5]

5-**الفتى:** الفتى لغة: الشاب والجمع فتيان، والفتى الصغير حال اشتداد قوته.[6]

---

[1] الزمخشري أبو القاسم محمود بن عمر. أساس البلاغة .(د.ط). دار المعرفة. بيروت. لبنان. 1979.ص 369.

[2] السيوطي. الأشباه والنظائر .(د.ط). دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.1979. ص378.

[3] ابن حجر. فتح الباري بشرح صحيح البخاري.(د.ط) . دار الفكر. بيروت. لبنان.(دت). ص291.

[4] ابن قدامة. موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة. المغني. ط5. دار الفكر. بيروت. لبنان. 1985. ص121.

[5] أنور الخطيب. الأهلية المدنية في الشرع والقوانين اللبنانية . ط1. منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع.1965. ص. 46.

[6] ابن منظور. لسان العرب. المرجع السابق. ص145.

6- **الغلام:** والغلام لغة ضده الكهل، وقيل هو من حين يولد إلى أن يشيب.[1]

وبعد عرض مفهوم القاصر في الفقه الإسلامي والمصطلحات المرادفة له، يمكننا أن نعرف القاصر بمجموعة التعريفات التالية، إذ يمكن القول بأنه: « الشخص الذي يتمتع بقدرة قاصرة على فهم الخطاب لعدم اكتمال عقله».ويمكن القول بأنه: « الشخص الذي لم يتوجه إليه الخطاب كاملا لقصور عقله المصاحب لصغر سنه». كما يمكن القول بأنه:

« من قصر سنه عن المرحلة التي يكون فيها أهلا للتكليف».[2]

ثالثا: تعريف القاصر في الاصطلاح القانوني.

عرف فقهاء القانون القاصر بأنه: « من لم يبلغ سن الرشد القانوني».[3]

كما أنهم شاركوا فقهاء الشريعة في استعمال مصطلحات أخرى للدلالة على القاصر: صغير السن والحدث.

وتجدر الإشارة أني اخترت لفظ القاصر دون غيره من الألفاظ الدالة على صغير السن محاولة مني لإيجاد تقارب بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ففقهاء الشريعة درجوا على استعمال ألفاظ مألوفة كالصبي والصغير أثناء دراستهم للمسائل التي تتعلق به، في حين درج القانون على استعمال لفظ القاصر أكثر من باقي المصطلحات، فأردت أن أبين أن كل المصطلحات المذكور إنما هي مسمى لفئة عمرية واحدة[4].

وبناء على ذلك يمكن حصر الأدوار الحياتية التي يمر بها القاصر قبل بلوغه في ثلاثة مراحل:

---

[1] ابن منظور. لسان العرب. المرجع السابق. ص 439.

[2] بن يحيى أم كلثوم. القاصر مفهومه وأهليته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. بحث فقهي حول فقه الأسرة.الموقع الالكتروني. تاريخ زيارة الموقع:http://fiqh.islammessage.com.2018/05/12

[3] كمال حمدي. الأحكام الموضوعية في الولاية على المال.(د.ط). منشأة المعارف. الإسكندرية. مصر.(د.ت). ص17.

[4] بن يحي أم كلثوم.المرجع السابق.http://fiqh.islammessage.com

1مرحلة الجنين،

2-مرحلة الطفولة قبل سن التمييز،

3مرحلة التمييز إلى سن البلوغ،

وتصاحب كل مرحلة من هذه المراحل أهلية معينة[1].

من كل ما سبق ذكره حول تعريف الترخيص وتعريف القاصر نستنتج بأن الترخيص بالزواج للقصر يمكن القول بأنه عبارة عن صلاحية منحها المشرع للقاضي كاستثناء على قاعدة وجوب بلوغ سن الأهلية للزواج، وذلك بهدف التيسير على الناس ودفع الضرر عنهم، لمن كانت أحوالهم وظروفهم تستدعي ذلك الترخيص متى توفرت شروطه من مصلحة أو ضرورة وقدرة على تحمل أعباء الحياة الزوجية.

فالمشرع الجزائري أعطى سلطة للقاضي في تخفيض سن الزواج في حالة وجود مصلحة أو ضرورة، وإذا حللنا هذه الصلاحية الممنوحة للقضاة في تخفيض سن الأهلية فإننا نلاحظ أن المشرع لم يحدد معيار وضوابط هذه المصلحة أو الضرورة، فهل نعتمد على أسس ومعايير مادية أو معنوية؟ [2]

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في حالة المصلحة.

قبل الحديث عن سلطة القاضي في تقدير حالة المصلحة يجب التطرق أولا لتعريف المصلحة.

سأتناول تعريف المصلحة في اللغة ثم في الاصطلاح كما يلي:

الفرع الأول: تعريف المصلحة في اللغة.

ورد تعريف المصلحة في القاموس الفقهي لغة واصطلاحا فيقال:

---

[1] بن يحي أم كلثوم.المرجع السابق.http://fiqh.islammessage.com

[2] محمد لمين لوعيل. المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري.المرجع السابق.ص47.

المَصْلَحَةُ: الصَّلاَحُ، جَمْعُهَا مَصَالِحْ أَيْ المَنْفَعَةُ.[1]

وفي لسان العرب يقال:

المصلحة: مِنْ صَلُحَ، الصَّلاَحُ ضِدَّ الفَسَادِ، صَلَحَ، يَصْلُحُ وَيَصْلَحُ صَلاَحاً وَصُلُوحًا، وَ الإِصْلاَحُ نَقِيضُ الإِفْسَادِ ،

وَالمَصْلَحَةُ: الصَّلاَحُ، وَالمَصْلَحَةُ وَاحِدَةُ المَصَالِحِ وَالاسْتِصْلاَحُ نَقِيضُ الاسْتِفْسَادِ، وَأَصْلَحَ الشَّيْءَ بَعْدَ فَسَادِهِ : أَقَامَهُ.[2]

وبالتالي فالمصلحة حسب معناها اللغوي تعني جلب المنافع ودرء المفاسد.

الفرع الثاني: تعريف المصلحة في الاصطلاح.

يراد بالمصلحة في لسان الشريعة الإسلامية جلب المنفعة ودفع المضرة في حدود المحافظة على مقاصد الشريعة.[3]

كما عرفت بأنها كل رغبة إنسانية ومتى حماها القانون أصبحت حقا.[4]

والمصلحة هي القيمة التي تؤخذ كوسيلة لإشباع حاجاتنا، حيث لا منفعة فلا مصلحة، والمنفعة هي مناط المصلحة، وأن ناتج قيمة العمل يقدر بالمنفعة.[5]

كما عرفت على أنها: تحقيق المصالح المقصودة بالشرع والقانون بتحصيل المنافع

---

[1] محمد لمين لوعيل. المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري.المرجع السابق.ص215.

[2] أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري. لسان العرب. المجلد2. (د.ط). دار صادر. دار بيروت. لبنان.1968. ص 516-517.

[3] حسن الفكهاني. موسوعة القضاء والفقه للدول العربية. (د.ط). الدار العربية للموسوعات. القاهرة. مصر. (د.ت). ص75.

[4] محمد رشوقي. (ضوابط المصلحة والموازنة بينهما). مجلة دراسات قانونية. دار القبة. الوادي. الجزائر. العدد 08. مارس 2003. ص35.

[5] السيد شوقي. (مفهوم المصلحة باعتبارها غاية للحق). مجلة دراسات قانونية. دار القبة . الوادي. الجزائر. جوان 2002. العدد01.ص18-19.

وإبعاد المفاسد .[1]

والمصلحة هي "السبب المؤدي إلى الصلاح والنفع، كالتجارة المؤدية إلى الربح، وبحسب الشرع هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة، والمراد بالمصلحة كذلك: المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق.[2]

من خلال هذه التعاريف يمكن القول أن كلها تدور حول نفس المعنى مع الاختلاف في التفاصيل، لكني أرجح التعريف الرابع لأنه يبدو لي الأشمل و الدال على المعنى المقصود المتمثل في جلب المنفعة ودفع المفسدة والمضرة.

هذا فيما يتعلق بالمصلحة بصفة عامة، أما مصلحة الزواج بشكل خاص فهي تمثل المنفعة أو الفائدة التي يجنيها القاصر من وراء عقد الزواج، والتي تعتبر مناط الترخيص بالزواج.

ومثال حالة المصلحة: حالة فتاة التي بلغت 17 سنة من عمرها وليس لها ولي يأويها وولي يحميها، فالأفضل لها حفاظا على شرفها أن يمنح لها القاضي الترخيص بالزواج.[3]

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير حالة المصلحة.

إن الهدف من الإذن القضائي ليس هو التعسير على الأشخاص، بل التأكد من المقومات الأساسية لبناء الأسرة على أسس صلبة تضمن بقاءها واستمرارها، لذلك حاول المشرع أن يجعل للقضاء دورا فاعلا في حماية الأسرة من خلال إصدار الأذون.[4]

---

[1] محمد الصايغ. المصلحة في الشريعة الإسلامية والفكر الغربي. مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية. تخصص شريعة وقانون. كلية العلوم الإسلامية. الخروبة. الجزائر. 2007. ص25.

[2] جيلالي تشوار. (حماية الطفل عبر الإذن بالزواج). المجلة الجزائرية للعلوم القانونية. جامعة الجزائر. الجزء 41. عدد01. 2000. ص26.

[3] مليط ابتسام. الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. مذكرة ماجستير. كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة.2012. ص 71.

[4] كريمة محروق. الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء. رسالة دكتوراه العلوم في القانون.فرع القانون الخاص.جامعة الإخوة منتوري قسنطينة.2015.ص132.

لهذا فإن أحكام الإذن بالزواج قد أرسيت على ركيزة بالغة الأهمية تكمن في وجود مصلحة أو ضرورة، وعلى القاضي مراعاتهما في منحه الإذن بالزواج من عدمه، إلا أن المشرع لم يحدد الحالات التي تدخل ضمنهما، لكن ما يمكن قوله هو أن قصد المشرع في عدم تحديده العناصر المكونة للمصلحة والضرورة، في محله ذلك أن مفهومهما نسبي يتغير حسب الأزمنة وحسب المجتمعات، وما على القاضي إلا القضاء حسب كل حالة على حدى.[1]

لذا فالمشرع الجزائري منع زواج الصغار، ومنح في المقابل 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 مراعيا في ذلك عادات المجتمع.

لذلك فيتعين على القاضي المختص أن يدرس الطلب(طلب الترخيص بالزواج) بجدية وفحصه بعناية تامة تمكنه من معرفة ما إذا كان هذا الزواج فيه مصلحة للزوجين أو كانت هناك ضرورة.[2]

وبالرجوع إلى نص المادة 07 من قانون الأسرة، نجد أنها تحدثت عن الحالة التي بموجبها يمنح القاضي الترخيص بالزواج للقصر، إلا أن المشرع لم يحدد معيار المصلحة، و ترك ذلك للقاضي بماله من سلطة تقديرية واسعة لتحديد هذه الحالة.

والمصلحة يجب أن تكون أكيدة وأن تكون هي الدافع الأساسي لطلب الإذن بالزواج، وهو ما يجب على القاضي التأكد منه قبل منح الإذن.

ولأن المشرع لم يبين هذه المصلحة، فهي تستخلص بعد الاستماع إلى أبوي القاصر، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بقولها:"من المقرر قانونا أنه يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"[3]، أو رأي الطبيب المختص أو إجراء بحث

---

[1] كريمة محروق.المرجع السابق. ص71.

[2] انظر الملحق رقم 02.

[3] م.ع.غ.أ.ش.ملف رقم167853.قرار بتاريخ1998/05/17.م.ق عدد 02 .1997.ص77.

اجتماعي في الموضوع، أو من لقاء قد يتم بين القاضي والقاصر أو القاصرة الراغبين في الزواج، ومن باب المصلحة القوة الجنسية الجامحة وحمل الفتاة عن طريق الشبهة أو اغتصابها، وبالتالي طلب زواجها ممن تسبب في حملها أو ممن اغتصبها.[1]

وما يمكن اعتباره من حالة المصلحة:

الفتاة التي تخشى الوقوع في الفاحشة إذا لم تتزوج، وقد تقدم شاب للزواج بها، على القاضي السماح لها بالزواج.[2]

كما يمكن اعتبار زواج اليتيمة التي ليس لها ولي يأويها حالة من حالات المصلحة التي تستوجب قبول الإذن بالزواج.

المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في حالة الضرورة.

كما سبق القول أن حالة الضرورة تعتبر من الركائز الأساسية التي يقوم عليها الإذن بالزواج أو الإعفاء من سن الأهلية على غرار حالة المصلحة، وقبل التطرق إلى سلطة القاضي في تقدير حالة الضرورة يجب التعرض أولا لتعريف الضرورة.

الفرع الأول: تعريف الضرورة في اللغة.

ورد تعريف الضرورة في القاموس الفقهي لسعدي أبو حبيب فيقال:

الضَّرُورِيُ: كُلُّ مَا تَمَسُّ إِلَيْهِ الحَاجَةُ كُلُّ مَا لَيْسَ مِنْهُ بُدٌّ.[3]

وجاء في المعجم الوسيط:

الضَّرُورَةُ: الحَاجَةُ، وَ الضَّرُورِيُ: كُلُّ مَا تَمَسُّ إِلَيْهِ الحَاجَةُ.

---

[1] أحمد شامي. المرجع السابق. ص 49-50.

[2] جيلالي تشوار. المرجع سابق. ص26.

[3] سعدي أبو حبيب. القاموس الفقهي لغة واصطلاحا. المرجع السابق. ص 224.

اضْطَرَّهُ إِلَيْهِ: أَحْوَجَهُ وَأَلْجَأَهُ.[1]

فالضروري في اللغة يعني كل شيء لا يمكن الاستغناء عنه، ونحن في حاجة ماسة إليه.

الفرع الثاني: تعريف الضرورة في الاصطلاح.

الضرورة: هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر والمشقة الشديدة وضوابطها:

أن تكون قائمة لامنتظرة.

أن يتعين على المضطر مخالفة الأوامر، وبالتالي على الحاكم مسايرة الأوضاع الخاصة التي يمكن أن تصادف الأفراد لتحقيق مصالحهم ودفع المفاسد عنهم، وعليه لوجود الضرورة يتم السماح للقيام بها بما يدفع الضرر ويجلب المصلحة.[2]

كما عرفت على أنها خوف الهلاك على النفس والمال.

وحالة الضرورة كذلك تعتبر ظرف خارجي يحمل خطرا حالا، يتقابل معه حقان لشخصين، فيضحي أحدهما في سبيل بقاء الآخر.[3]

من خلال ما سبق ذكره حول الضرورة أرجح التعريف الأول لأنه حسب رأيي هو التعريف الأنسب لاسيما في مسألة الترخيص بالزواج في حالة الضرورة، فالتعريف الثاني رغم دلالته لكنه جاء مختصر غير مفصل، أما التعريف الأخير فلقد عرف الضرورة على أنها ظرف خارجي في حين أنها قد تكون حالة داخلية تطرأ على الإنسان.

---

[1] إبراهيم أنيس وآخرون. المعجم الوسيط.ج1. المرجع السابق. ص 535-538.

[2] وهبة الزحيلي. نظرية الضرورة الشرعية. ط5. مؤسسة الرسالة. بيروت. لبنان. 1997. ص68- 69-311.

[3] حسنى محمود عبد الدايم. الضرورة وأثرها على المسؤولية المدنية. دراسة مقارنة. (د.ط). دار الفكر الجامعي.الإسكندرية. مصر. 2007. ص30.

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير حالة الضرورة.

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

وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض الأمثلة عن حالة الضرورة منها حالة الاعتداء و الخطف، حيث أن زواج المخطوفة من خاطفها يعتبر من بين حالات الضرورة التي يجب على القاضي فيها أن يمنح الترخيص بالزواج، وتبقى للقاضي سلطة واسعة في تقدير هذه الحالة مادام المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بها في نص المادة السابعة من قانون الأسرة.

إن المادة 07 من قانون الأسرة المعدل أضافت شرطا جوهريا كان بمثابة حلقة مفقودة في ظل قانون الأسرة 11/84، والمتمثل في قدرة الطرفين على الزواج، وذلك بتعليق الترخيص بشهادة طبية، وبهذا الشرط أصبح على القاضي اللجوء إلى أهل الخبرة في ذلك. إن معيار المصلحة أو الضرورة لا يكفيان لوحدهما لمنح الترخيص بالزواج للقصر، وإنما على القاضي أن يتأكد من قدرة الطرفين على الزواج، وذلك بتعليق الترخيص على شهادة طبية، وذلك بقصد إثبات القدرة الجسمية والنفسية، وهذا ما أكدته م 07 مكرر من قانون الأسرة المعدل التي أوجبت على الزوجين إحضار شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض يحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

ولإثبات البلوغ وصلاحية القاصر يأمر القاضي عرض المعني بالأمر على طبيب مختص، ليتأكد من بلوغه وضرره من تأخره في الزواج، فشهادة الطبيب هي أهم وسيلة يعتمد عليها القاضي لمنح الإذن بالزواج، ولهذا فإن جميع الملفات التي توقع من طرف

القاضي في هذا الصدد تتضمن شهادة طبية من طبيب مختص، الشيء الذي يجعلها تحظى بالقبول، ولصعوبة إثبات القاضي المكلف بالزواج أن مراهقا قادر على ضبط نفسه وآخر غير قادر على ضبطها، خصوصا إذا كان الولي الشرعي رافضا لهذا الزواج، أو نجده في عدد كثير من الملفات يأخذ في منح الإذن بين الخبرة الطبية والبحث الاجتماعي، في إطار السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها في هذا المجال؛ أي أنه يستوجب على القاضي ربط الإذن بوقائع قابلة للإثبات القضائي، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي، وكذا الاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي حسب مقتضيات الحال، ويعتبر ترخيص القاضي بالترشيد بالزواج بات وغير قابل للطعن، فهو عمل ولائي لا يقبل الطعن بأي وجه من الوجوه.[1]

كما يجب التأكد من القدرة المالية للزوج القاصر كالنفقة والسكن وغيرها من قدرته على تحمل مختلف أعباء الحياة الزوجية.

وما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد صراحة القاضي المختص بمنح الترخيص في قانون الأسرة، ولكن بالرجوع إلى الواقع العملي نجد أن هذا الاختصاص موكل لرئيس المحكمة، وهذا ما يخالف نص المادة 480 من ق إم إ التي جاء نصها:" يقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا"[2] فحسب هذا النص فالقاضي المختص بمنح الترخيص هو قاضي شؤون الأسرة ضمن ما يعرف بالسلطة الولائية ، مما يشكل تناقضا أو تعارضا بين الواقع من جهة والقانون من جهة أخرى.

---

[1] أحمد شامي.المرجع السابق.ص50.

[2] قانون رقم 08-09. مؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق ل 25 فبراير 2008. يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (جريدة رسمية رقم 21. مؤرخة في 23 مارس 2008).

أما النقطة الثانية التي يمكن ملاحظتها على نص المادة السابعة من قانون الأسرة المذكور أعلاه أن المشرع لم يحدد سن أدنى في حالة الترخيص بالزواج للقاصر، وترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال.

لذلك فمصلحة الأشخاص تقتضي بعدم تخويل القاصر حق الزواج إلا عند بلوغه سن معينة من أجل التأكد من القدرة الجسمية على تحمل التبعات التي يفرضها عليه الزواج، وكذا التمتع بقدر كاف من التمييز حتى يتمكن من إدراك نتائج وعواقب ما يقدم عليه.

كما أن ترشيد القاصر للزواج رجلا كان أم امرأة من طرف القاضي، وإذا أبرم عقد الزواج، فإنه يرشده أيضا ليكون آهلا للتقاضي بنفسه دون حاجة إلى ولي أو وصي فيما يخص آثار الزواج من حقوق والتزامات، فرخصة الزواج تجعل من القاصر راشدا بخصوص تلك الحقوق والالتزامات لكن بشرط أن يتم إبرام عقد الزواج، ويبقى القاصر غير مؤهل للقيام بالتقاضي خارج نطاق تلك الحقوق والالتزامات.[1]

بمعنى أنه إذا منح القاضي الترخيص بالترشيد للقاصر، فإن هذا الأخير يكتسب أهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج وآثاره، أي أن المشرع يكسبه الأهلية في حدود ضيقة، والتي تتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، على اعتبار أن الزواج فيه تكاليف والتزامات ومسؤوليات، كالنفقة والأولاد والمنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، فهنا يجوز للزوج القاصر المطالبة بحقوقه الزوجية وله صفة المدعي؛ كما أنه يجوز للزوجة القاصر أن تطالب بالخلع؛ فإذا وقع الخلع وجب عليها دفع بدل الخلع، لأن الأهلية في الزواج والطلاق تختلف عنها في العقود المدنية الأخرى.[2]

أما بالنسبة لتخلف شرط الأهلية وانعدام الترخيص بالزواج، فإن المشرع الجزائري لم ينص صراحة ولا ضمنا عما يترتب من آثار على مخالفة سن أهلية الزواج، وعقد أي زواج

---

[1] لحسين بن شيخ آث ملويا. قانون الأسرة نصا وشرحا. المرجع السابق. ص20.

[2] أحمد شامي.المرجع السابق.ص51.

قبل بلوغ السن المحددة، وذلك على عكس القانون224/63، الذي تناول هذه المسألة وحدد سن الزواج ب18 سنة للفتى و16 سنة للفتاة، ورتب آثارا معينة في حالة مخالفة شروط الأهلية أو الترخيص.[1]

فهناك من يرى بأنه بالرغم من محاولة المشرع توحيد سن الأهلية في إبرام مختلف التصرفات القانونية في جميع فروع القانون، إلا أن وجود الاستثناء قد يشكك في وجود الهدف العلمي لهذه الوحدة، سيما مع انعدام الأثر القانوني في حال مخالفة شرط السن في الزواج غير الموثق مثلا، ذلك أنه يمنع حتى على القاضي في هذه الحالة الاعتراض بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة بنصها:" كل ما لم يرد فيه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، وبما أن نص المادة السابعة من قانون الأسرة لم ينص على الجزاء المترتب على مخالفة سن تسعة عشر، وبالتالي فالإحالة تكون لنص المادة 222 من قانون الأسرة لا محاله.[2]

من خلال ما تقدم ذكره حول مسألة الترخيص بالزواج للقصر يمكن أن نستنتج مايلي:

-منح المشرّع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مسألة الترخيص بالزواج للقصر، وهذا يعتبر استثناء من قاعدة منع زواج الصغار قبل بلوغ سن الأهلية.

-قام المشرع بتوحيد سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة وتحديده ب19 سنة، تطابقا مع سن الرشد المدني من باب المساواة بينهما، و بقصد إنهاء التعارض الموجود في احتساب سن الرشد والأهلية، فالمرأة التي تعتبر كاملة الأهلية في قانون الأسرة بتمام 18 سنة في قانون 11/84، هي قاصرة بموجب أحكام المادة 40 من القانون المدني.

-يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد صراحة القاضي المختص بمنح الترخيص في قانون الأسرة، ولكن بالرجوع إلى الواقع العملي نجد أن هذا الاختصاص موكل لرئيس

---

[1] أحمد شامي.المرجع السابق.ص51.

[2] آمال رواق. علاقة قانون الأسرة الجزائري بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج والطلاق وآثارهما-دراسة مقارنة-. أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون.تخصص أحوال شخصية. كلية الشريعة والاقتصاد.قسم الشريعة والقانون. جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة.2017.ص71.

المحكمة ضمن ما يعرف بالسلطة الولائية، وهذا ما يخالف نص المادة 480 من ق إم إ التي تقرر بأن هذا الأمر موكل لقاضي شؤون الأسرة، مما يشكل تناقضا أو تعارضا بين الواقع من جهة والقانون من جهة أخرى.

-ما يلاحظ على المشرع أنه لم يحدد صراحة سن أدنى من مسألة الإذن بالزواج للقصر، وترك للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في ذلك.

-لم يحدد المشرع مفهومي حالة المصلحة والضرورة، ولم يضرب ولو مثالا واحدا عنهما.

-أحسن المشرع الجزائري حينما منح للقاضي سلطة تقديرية في مسألة الترخيص بالزواج للقصر، لكن يؤخذ عليه أنه جعل هذه السلطة واسعة ومطلقة، ولم يقيدها بضوابط معينة كتحديد سن أدنى لمنح الإعفاء، وكذا تحديد مفهومي حالة المصلحة والضرورة، أو ذكر بعض الأمثلة عنها.

-إن المادة 07 من قانون الأسرة المعدل أضافت شرطا جوهريا كان بمثابة حلقة مفقودة في ظل قانون الأسرة 11/84، والمتمثل في قدرة الطرفين على الزواج، وذلك بتعليق الترخيص بشهادة طبية، وبهذا الشرط أصبح على القاضي اللجوء إلى أهل الخبرة في ذلك.

-لهذا فعلى القاضي أن يكون دقيقا وصائب التقدير، وأن يفحص الطلب بعناية، ولا يقدم على منح الترخيص إلا إذا توافرت المعايير المذكورة سابقا هذا من جهة، ومن جهة أخرى عليه ألا يتعسف في منحه، لمن كانت حالته تستدعي ذلك.

كما أقترح تعديل نص المادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري، وذلك بإضافة ما يلي:

-النص صراحة على الجهة الموكل لها صلاحية الترخيص، فالمنطق والمصلحة الفعلية للقاصر يقتضيان بأن يوكل الأمر لقاضي شؤون الأسرة لدرايته وخبرته في هذا المجال.

تحديد سن أدنى لمنح الترخيص بالزواج، يمكن به المشرع من تحديد سلطة القاضي الواسعة في هذا المجال(سن البلوغ مثلا).

-تحديد مفهوم حالتي المصلحة والضرورة، أو ذكر بعض الأمثلة عنها، بقصد التيسير على القاضي عند منحه الترخيص.

-تحديد الجزاء المترتب عن مخالفة سن أهلية الزواج، أو الزواج بدون ترخيص.

المبحث الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في الترخيص بالتعدد.

تعدد الزوجات كان النظام السائد قبل الإسلام، فقد كان نظاما راسخا في حياة العرب، وكل بيئات العالم المتحضرة وغير المتحضرة، كان هذا النمط من الزواج يعرف بالفوضى حيث لا يخضع لأي ضابط و لا رقيب،[1] فلقد نشأ هذا النظام في المجتمعات العربية، كما نشأ في كثير من المجتمعات الإفريقية والآسياوية.

ومن أهم الأسباب التي شجعت المجتمعات العربية والإفريقية على وجه الخصوص على تعدد الزوجات هو تلك الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية التي كانت سائدة في زمانهم، ومنها مثلا أن من يريد أن تكون له ثروة وتكون له قوة ومهابة وسلطان لابد أن يكون له أعوان كثيرون من أولاده وذرياته، وللحصول على عدد كبير من الأولاد ينبغي أن يتزوج عددا غير محدد من النساء، وأن من يريد أن تكون له علاقة وطيدة مع القبائل الأخرى لابد أن يتزوج من بناتها، أو يزوجهم مع بناته، وهذا هو الدافع الذي دفعهم إلى الأخذ بنظام تعدد الزوجات.[2]

فقد كان هذا النظام يعرف بالفوضى إلى أن سطعت شمس الإسلام إلى الوجود معالجة بذلك تلك الفوضى التي سادت هذا النظام.[3]

أقر الإسلام بتعدد الزوجات و سّيجه بمجموعة من الضوابط والقيود التي تعصم مستعمله من التعسف واشترط العدل والقدرة على الإنفاق وتوعد كل من فرط فيها بالإثم

---

[1] مسعود هلالي. الإطلاق والتقييد في تعدد الزوجات. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية العربية. مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون. كلية أصول الدين و الشريعة والحضارة الإسلامية. جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية. قسنطينة. الجزائر. 2007. ص2.

[2] عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. المرجع السابق. ص84-85.

[3] مسعود هلالي. المرجع السابق.ص02.

والعقاب الأخروي،[1] لذلك فللشريعة الإسلامية نظرة خاصة في التعدد تفوق نظرة الشرائع القديمة لما اتسمت به من العدالة والموازنة بين الفطرة البشرية وبين ما يجب أن تكون عليه هذه الفطرة.[2]

وبهذا جاءت معظم قوانين ومدونات الأحوال الشخصية في البلاد العربيةو الإسلامية والتي ترجع في أصلها إلى الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبها، بما فيها قانون الأسرة الجزائري الذي وضع عدة قيود التي يمكن أن تزيل ما يمكن إزالته من فوضى التعدد ومساوئ إطلاقه لهذا جاء التعديل الأخير لهذا القانون بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 في مادته الثامنة لتحديد إباحة تعدد الزوجات في إطار خاص.

وقد وضع المشرع شروط صارمة في هذه المادة من أجل حماية الأسرة والحفاظ على تماسكها، بحيث أنه جعل كل شخص يرغب في التعدد تحت قيود إلزامية يجب أن يخضع لها من أجل منحه أو عدم منحه الإذن بالتعدد، بعد أن تقوم المحكمة بدراسة وبحث حول مدى جدية الأسباب والمبررات التي يدعيها.[3]

ولقد سمحت هذه المادة للقاضي بإعمال سلطته التقديرية في منح الترخيص بالزواج للزوج الذي يرغب في التعدد، وذلك بهدف منع تعسف بعض الأزواج في استعمال هذا الحق.

لهذا سأحاول التطرق في هذا المبحث إلى السلطة التقديرية للقاضي في الإذن بالتعدد عن طريق تقسيمه إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

---

[1] حميد مسرار. (تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي- رؤية حقوقية). مجلة الفقه والقانون. العدد الثالث. يناير 2013. ص2.

[2] يونس شاهين. (النظام القانوني لتعدد الزوجات). مجلة التشريع والقضاء. العدد الثاني. السنة الرابعة.2012. ص2.

[3] كريمة محروق. المرجع السابق. ص132.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير المبرر الشرعي.

عند تصفح قانون الأسرة الجزائري نجد أن المادة الثامنة منه تنص على القيود أو الشروط المتعلقة بالتعدد، حيث جاء فيها:

"يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

بعد التعديل الذي أجري على قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، جاء هذا النص بغرض التضييق في مجال تعدد الزوجات الذي لقي انتقادات كبيرة، فجعل المشرع التعدد مشترطا بتوفر المبرر الشرعي و إخبار الزوجة السابقة واللاحقة، إلا أنه اشترط الترخيص القبلي من قبل رئيس المحكمة الذي يتأكد من قبول الزوجتين وقدرة الزوج المادية لتحقيق الشروط الضرورية لمواصلة الحياة الزوجية والعدل بينهما، ويمكن لرئيس المحكمة أن يرفض منح الإذن إذا رأى أن هذا الزوج غير قادر ماديا على إعالة أسرتين، وأن من شأن هذا الزواج أن يزيد في إعسار الزوج وشقاء العائلة، حتى وإن وافقت الزوجة الأولى والثانية على ذلك، إذ أنه في كثير من الأحيان ما تبدي الزوجة موافقتها على التعدد رهبة لا رغبة فيه، وفي هذه الحالة يمكن لرئيس المحكمة أن يتدخل بسلطته الممنوحة له بموجب هذه المادة فيفحص طلب الزوج ويتأكد من مدى جديته ويمكن له القبول أو الرفض.[1]

[1] محمد لمين لوعيل.الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي. (د.ط). دار هومة.الجزائر.2010. ص43.

كما ذهب البعض إلى أن المشرع من خلال نص هذه المادة قد واجه مشكلة أثناء عمله في التقنين، لاسيما في عملية تكييف القواعد والأحكام القرآنية مع قانون حديث وعصري.[1]

إذن يمكن القول أن المشرع الجزائري من خلال هذا النص سمح بالزواج بأكثر من واحدة(التعدد)، لكنه في المقابل فرض جملة من الضوابط و الإجراءات التي لا يمكن إبرام الزواج إلا من خلالها وتتمثل في:

1- شرط كون التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة(يعني في حدود أربع زوجات فقط).

2- شرط وجود المبرر الشرعي.

3- شرط توافر شروط ونية العدل.

4- شرط إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بالرغبة في الزواج والتأكد من موافقتهما.

5- شرط الحصول على رخصة بالزواج الثاني.

اتجه بعض المفكرين إلى المناداة بوضع قيود لتعدد الزوجات منها أن من يرغب في الزواج على امرأته عليه أن يقيم الدليل أمام القضاء على أن زواجه الجديد له مبرر مشروع، ويخضع تقدير هذا المبرر للقضاء، بحيث إذا اقتنع القاضي بما أبداه الرجل من أسباب أذن له في تعدد الزوجات، وإذا لم يقتنع رفض الإذن له بالزواج الجديد. [2]

وفي هذا السياق اتجه المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة الثامنة السابق ذكرها، حيث أنه في واقع الأمر يبدو أن شرط وجود المبرر الشرعي مناسب لإباحة التعدد، غير أن المشرع الجزائري أورد عبارة عامة ولم يحدد المقصود منه لأن المبررات الشرعية

---

[1] Farida dekhli.(le principe d'égalité dans le mariage au regard du droit positif Algerien).Revue Algerienne des sciences juridiques économiques et politiques.n-04.1988.p717.

[2] عبد الناصر توفيق العطار. تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية. ط1. المكتبة الأزهرية للتراث. القاهرة. مصر.2012. ص 143-144.

كثيرة وتختلف بحسب الوجهة التي ينظر اليها،[1] كما أنه يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد ماهية المبرر الشرعي ولم يضرب ولو مثالا واحدا لذلك، كما أنه لم يضع أي معيار للتفريق بين المبرر الشرعي وغير الشرعي.[2]

ولقد ألقى مجموعة من الفقهاء عدة اجتهادات في محاولتهم لتفسير هذا المبرر الشرعي الذي أورده المشرع الجزائري مبهما وبحاجة إلى تفسير لتفادي ما قد يقوم من اختلافات متباينة في الأحكام القضائية الصادرة بشأن مفهومه و مضمونه، إذ نجد من الفقهاء من لا يجعل له مفهوما أصلا، ومنهم من لا يكاد يجعل له حدا فيجعل له مدلولا عاما وآخر خاصا، فالعام ما اندرج تحته الأسباب العامة كالرغبة في تكثير النسل، والخاص ما تعلق بشخص الزوج المعدد أو الحالة التي يعيشها مع زوجته الأولى.[3]

لكن يمكن القول أن المبررات الشرعية المقبولة تتمثل في حالة العقم بموجب خبرة طبية، أو الأمراض المزمنة التي تؤثر على سير الحياة الزوجية، وفي جميع الأحوال فان الأمر متروك لتقدير المحكمة بناء على السلطة التقديرية للقاضي وما يقدم أمامه من ادعاءات.[4]

وبالرجوع إلى المنشور الوزاري رقم 102/84 الصادر بتاريخ 1984/12/23 الذي أصدره وزير العدل كتفسير للمادة الثامنة قبل تعديلها، نجد أنه حصر المبرر الشرعي في مرض الزوجة مرضا عضالا أو حالة عقمها لا غير حيث جاء فيه: " إذا طلب من الموثق أو ضابط الحالة المدنية تلقي عقد زواج بثانية، فعليه أن يتحقق من توافر الشرط الأول الذي هو المبرر الشرعي، ويكتفي في إثباته بشهادة طبية من طبيب اختصاصي تثبت عقم الزوجة الأولى أو مرضها العضال، فإذا لم يثبت العقم أو المرض العضال رفض الموثق أو الموظف المختص تلقي العقد"، وبذلك جاء المنشور الوزاري متجاهلا لغير ذلك من

---

[1] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص110.

[2] عبد العزيز سعد. قانون الأسرة في ثوبه الحديد . المرجع السابق. ص86.

[3] جمال عياشي. قيود تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون. مذكرة ماجستير فرع القانون الخاص. كلية الحقوق والعلوم الادارية. بن عكنون. الجزائر .2005. ص63.

[4] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص111.

المبررات الأخرى كقصد العفة مثلا، هذا ما جعل وزير العدل يصدر منشورا ثانيا بتاريخ 1985/08/22 تحت رقم 14 أضاف فيه" حالات يقدرها القاضي خاصة في حالة رضا الزوجة الأولى وللقاضي السلطة التقديرية في أن يرخص بالزواج الثاني أو يرفضه بمجرد أمر على عريضة غير قابل للطعن.[1]

كما نشير أن المنشور الثاني أي الصادر بتاريخ 1985/08/22 أضاف مبررا آخر لتعدد الزوجات وهو إثبات وجود دعوى طلاق مرفوعة أمام القضاء بتقديم شهادة من كتابة الضبط إلا أن هذا يؤدي لكثير من التحايل، فقد يقوم الزوج برفع دعوى الطلاق ثم يتركها بعد تسجيل عقد الزواج الثاني.[2]

وبالتالي فإذا كانت الزوجة عاقرا فلا ينبغي حرمان الرجل من الذرية، وإنجاب الولد لأن الحصول على الولد، قد يكون لدى البعض-هو السبب الأول للنكاح، فمن فوائد النكاح الولد، لأن التوصل له فيه قربة من أربعة أوجه أولها إبقاء جنس الإنسان وثانيها طلب محبة الرسول في تكثير النسل كما أمر، وثالثها التبرك بدعاء الولد الصالح، وأخيرا فيه طلب الشفاعة لموت الولد الصغير إذا مات قبله.[3]

لكل ذلك فلا يجب أن يضيق الرجل على نفسه إذا كانت امرأته عاقرا، لأن الله عز وجل أعطى له الحل البديل عن تطليقها، وهذا الحل هو تزوجه بأخرى والجمع بينها وبين زوجته الأولى، لإشباع غريزة الأبوة داخله، وفي نفس الوقت الإبقاء على زوجته الأولى والتي لا ذنب ولا مسؤولية لها عن عقمها، فمن مصلحتها ومن مصلحتهما معا أن تبقى زوجا له ويتزوج بغيرها، ولاسيما إذا كان ذا جاه وثروة، فالرجل بالفطرة يحب إنجاب الولد، وأن تذهب ثروته ونتيجة جهوده لأولاده، فإذا كانت المرأة عاقرا لا تلد، فأيهما أولى: الطلاق أم التعدد؟، لا شك بأن الزواج من امرأة ثانية أخف ضررا على الزوجة الأولى بشرط صون كرامتها،

---

[1] كريمة محروق.المرجع السابق.ص133.

[2] المرجع نفسه.ص133.

[3] أحمد شامي. المرجع السابق.ص69.

وأداء حقوقها كاملة غير منقوصة، فإباحة التعدد في هذه الحالة تساير المنطق والمصلحة الفردية والعامة، هذا ورغم أن الإسلام أباح للرجل التزوج بأخرى إلا أنه لا يجبره على ذلك، بمعنى أن الرجل إذا كانت زوجته عاقرا واستطاع أن يصبر ويرتضي ذلك وكبح رغبته في الذرية فإن له ذلك، وإلا فيلجأ إلى الطريق الأيسر وهو التعدد، ذلك أن الصبر من عزم الأمور.[1]

كما أن الزوجة قد تصاب بمرض مزمن أو معد، بحيث يعجز معه الزوج عن معاشرتها معاشرة الزوج لزوجته، أو قد تكون غير قادرة على ممارسة واجباتها الشرعية بسبب طبي يمنعها من ذلك، وقد تكون قادرة عليها لكن بما يتوافق قدرة الزوج ورغبته؛ وفي هذه الحالة ليس للرجل إلا خيارات ثلاث؛ أولهما تطليق هذه الزوجة، وثانيهما التعدد، وثالثهما الحياة في مشقة وحرج، فالسماح بتعدد الزوجات مع هذه المشكلة البيتية حل مقبول أسلم وأكرم من نبذ المريضة، ومن إكراه الرجل على العقم والمشقة،كما قد تكون رغبة الرجل جامحة في الجماع بحيث لا يمكنه الصبر، أو كأن تكون الزوجة زمن حيضها طويلا، وقد تبلغ سن اليأس، أو قد تصاب بالبرود الجنسي نتيجة لاستئصال الرحم.[2]

إلا أنه هناك من يرى بأن بعض القيود المتعلقة بتعدد الزوجات يصعب مصب مقاييس مضبوطة فيها أو تقريبية، لأن التعدد حسب نظرهم يستند إلى عوامل شخصية بحتة، وكذلك يرى أن تقييده بحالات عدم كفاءة الزوجة الحالية لوفاء المقاصد الزوجية من مرض وعقم وما إلى ذلك لا يمثل حقيقة الدواعي إلى التعدد، لأن تلك الدواعي أوسع نطاقا، وأسمى غاية في نظر الإسلام.[3]

إن مسألة تقدير المبرر الشرعي ليست بالأمر البسيط أو الهين، لذا لابد على القاضي أن يدقق بحثه لمعرفة الدوافع التي أدت بالزوج إلى الزواج من امرأة أخرى، فقد يكون سببها

---

[1] أحمد شامي.المرجع السابق.ص 69.

[2] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[3] نبيل صقر. قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا. (د.ط). دار الهدى. عين مليلة. الجزائر.2006. ص25.

نزاع عابر بينه وبين زوجته الأولى، وهنا وجب على القاضي القيام بمحاولة الصلح لإصلاح ذات البين وتلطيف الأجواء بين الزوجين بدلا من منح الترخيص أو الإذن على أسباب واهية، لأن هذا الزواج الأخير الذي لم يكن مبني على أسس جدية سيؤدي لا محال إلى العديد من المشاكل، أما إذا تأكد القاضي من جدية الدوافع كمرض زوجته الأولى مرضا يقعدها الفراش لا يستطيع فيه القيام بالواجبات الزوجية أو عقمها وعدم قدرتها على إعطاء حقوقه الشرعية، فمن الأفضل أن يمنح له الترخيص بالزواج بدلا من أن يدفعه إلى تطليق زوجته الأولى، فيطبق أخف الضررين[1].

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير مدى توافر العدل بين الزوجات والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

إذ نجد أن الشرط الثاني الذي وضعه المشرع الجزائري والمتمثل في العدل، هو إجراء وقائي لصالح المرأة يفرض أن يحتاط له الرجل قبل الإقبال على الزواج ثانية.

و عند تحليلنا لهذا الشرط يبدو غامضا وفيه لبس سواء من حيث مضمونه أو من حيث وضعه كشرط أو من حيث كيفية إثارته.[2]

فمن حيث مضمونه لا ندري أي عدل يقصده المشرع الجزائري؟ هل هو العدل المادي أو العدل الروحي؟، لكن بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن مصطلح العدل بشأن تعدد الزوجات وردت فيه آيتين من سورة النساء.[3]

إن العدل الذي أوجبه الإسلام على الرجل الذي يجمع بين أكثر من زوجة إنما هو العدل والمساواة في الإنفاق و الإسكان، والمبيت، وحسن المعاشرة، والقيام بواجبات الزوجة.[4]

---

[1] انظر الملحق رقم 03.

[2] محمد لمين لوعيل.المرجع السابق. ص73-74.

[3] المرجع نفسه.ص74.

[4] مصطفى الخن و مصطفى البغا. الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي. ط3. المجلد2. دار القلم. دمشق. سوريا.1998. ص32.

والمقصود هو أن يسوي الزوج متعدد الزوجات بينهن في المعاملة الظاهرة في كل ما يمكن المساواة فيه وتكون له القدرة عليه[1]، كما لا يجب التسوية في الميل القلبي، لأن ذلك ليس من اختيار الإنسان، وإنما هو تابع لحالة طبيعية، أما ماعدا ذلك من إقامة العدل في المبيت وإعطاء كل واحدة نفقتها مثلها بدون جور فانه مستطاع من كل أحد.[2]

ولقد اختلف البعض في فهم العدل المطلوب في التعدد، فمنهم من فهمه المساواة الكاملة بين النساء، ويرجع ذلك إلى اختلافهم في فهم الآية 3-129 من سورة النساء، فالآية الأولى مصداقا لقوله تعالى:"وإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُواْ فِي اليَتَامَى فَانْكِحُواْ مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ"،[3] أما الآية الثانية، فقال عز وجل: "وَلَنْ تَسْتَطِيعُواْ أَنْ تَعْدِلُواْ بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلاَ تَمِيلُوا كُلَّ المَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالمُعَلَّقَةِ..."[4]

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس هناك تعارض بين الآية 03 والآية 129 من سورة النساء، فالمقصود بالعدل في الآية الأولى هو العدل المادي المتمثل في النفقة والكسوة والسكن والمبيت، أما المراد بالعدل في الآية الثانية هو العدل القلبي وهو غير مستطاع وغير مقدور عليه.

لذلك فان العدل المطلوب في التعدد هو العدل المادي فقط، وهو العدل الظاهر والمقدور عليه لقوله صلى الله عليه وسلم:"من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم

---

[1] حسن حسن منصور. المحيط في شرح أحكام الأحوال الشخصية. أحكام عقد الزواج بين آراء الفقهاء وأحكام القضاء.(د.ط). المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر.1998. ص242.

[2] عبد الرحمن الجزيري. الفقه على المذاهب الأربعة. الجزء 4. الأحوال الشخصية. دار الفكر.المكتبة التجارية الكبرى. 1969. ص239- 240.

[3] سورة النساء: الآية 03 .

[4] سورة النساء: الآية129.

القيامة وشقه مائل"،[1] وعن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل فيقول:"اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك".[2]

دل الحديث الأول على أنه يجب على الزوج التسوية بين الزوجات ويحرم عليه الميل إلى إحداهن مصداقا لقوله تعالى:"فلا تميلوا كل الميل..."، والمراد بالميل في القسم و الإنفاق لا في المحبة لما عرفت من أنها لا يملكه العبد.[3]

و دل الحديث الثاني على أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يقسم بين نسائه، رغم ثبوت أنه لا يجب القسم عليه صلى الله عليه وسلم، فانه كان يفعل ذلك من حسن عشرته وكمال حسن خلقه وتأليف قلوب نسائه،[4] إلا أنه كان يميل إلى عائشة على بقية نسائه، لأن المحبة والميل القلبي أمر غير مقدور عليه.

إذن فالعدل المستحيل تحقيقه هو المحبة القلبية والتي يستحيل تحقيقها وليس العدل المادي المتمثل في الإنفاق وهو سهل تحقيقه.[5]

وقد نحى المشرع الجزائري في قانون الأسرة نفس المنحى الذي أقرته أحكام الشريعة الإسلامية في مسألة العدل بين الزوجات، وهذا ما نصت عليه المادة الثامنة السابق ذكرها، فالقانون الجزائري اشترط على الزوج المقبل على الزواج من امرأة أخرى إثبات قدرته على تحقيق العدل بين زوجاته، ولكنه لم يوضح الكيفية التي يتأكد بها القاضي من هذا الشرط.

لذا يمكن القول أن شرط تحقيق نية العدل المذكور في نص المادة الثامنة هو أمر داخلي ومستقبلي لا يعلمه إلا الله عز وجل لذلك يصعب معرفة هذه النية وهل على الزوج أن يصرح بأنه ينوي العدل حقيقة؟ مما يصعب المهمة أمام القاضي.

---

[1] أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني. سنن أبي داود. المرجع السابق. ص243.

[2] المرجع نفسه. ص243.

[3] محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني. المرجع السابق. ص 592.

[4] المرجع نفسه. ص 591.

[5] محمد لمين لوعيل.المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري.المرجع السابق. ص76.

وما يلاحظ هنا أن القانون لم يحدد الطريقة التي يتم بها إثبات نية العدل، وهل تتم شفويا، أم لابد من إفراغها في قالب مكتوب؟[1]

فهناك من يرى أن الإشراف الوحيد المعقول الممكن للمحكمة في موضوع تعدد الزوجات هو إشراف المحكمة ورقابتها على قيام الزوج بواجباته الشرعية تجاه نسائه جميعا من عدل وحسن معاملة، وهذه الرقابة القضائية لا تختص بحالة التعدد بل حتى تشمل حالة الزوجة الواحدة.

وهذه الرقابة قد ضمنتها القوانين والمحاكم، فللمرأة الشكوى إلى القضاء لمنع المضارة أو الظلم، ولفرض النفقة الزوجية عند الإهمال.

كما أن القانون يمنح المرأة حق طلب التطليق للضرر.[2]

أما الشرط المتعلق بإثبات الزوج لقدرته على توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية، فانه ومن خلال هذا الشرط تظهر رقابة القاضي على القدرة المالية للزوج، فيمكن التأكد من ذلك عن طريق تقديم الإثباتات اللازمة بذلك كسند الملكية أو عقد إيجار، وكشف الراتب أو السجل التجاري، وحتى من خلال شهادة الشهود إلى غير ذلك من وسائل الإثبات.

فإن تحقق القاضي من قدرة الزوج المالية على إعالة زوجتين وما يترتب عنهما من أولاد مستقبلا رخص له بالزواج، وان لم يثبت فإن في الترخيص مظنة حصول أضرار ومفاسد شتى، وهو أمر غير جائز ويتنافى مع مشروعية التعدد في حد ذاته.

لكن في المقابل هناك من يرى أن تقييد التعدد بقيد رقابة القاضي المالية فقط، ليس له فائدة من الوجهة النظرية، ذلك لأن الذي يريد زواجا جديدا بزوجة أخرى إنما دائما مستعدا من الناحية المالية بالقدر الذي يقتضيه وضعه الاجتماعي، كما أن ضرر الزوجة من عدم

---

[1] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص 112.

[2] نبيل صقر. قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا. المرجع السابق. ص26.

قدرة الزوج على النفقة قد تداركها الشرع والقانون بإعطاء المرأة حق طلب التطليق في هذا المجال.[1]

أما بالنسبة لممارسة فعل التعدد نفسه وحكمه، فهناك من يرى أن حكم تعدد الزوجات مثله في ذلك مثل أي حكم الزواج الأول قد يكون مندوبا أو مكروها أو واجبا أو مباحا في أحيان أخرى، والمعيار في ذلك هو الشخص نفسه.[2]

فقد يكون التعدد مباحا إذا وجد الشخص القدرة المالية والجسمانية ولا يخشى عدم العدل، ولكنه في الوقت نفسه لا يكتفي بزوجة واحدة و يتوق إلى غيرها ويخشى على نفسه الوقوع في الحرام، أو اكتفى بواحدة يتوق إلى الولد في حين تكون زوجته غير قادرة على الإنجاب، وقد يكون التعدد مندوبا إذا كان الشخص لديه القدرة المالية، ويستطيع الإنفاق على أكثر من زوجة، وفي الوقت نفسه لديه القدرة الجسمانية على ذلك، كما يجب أن يتأكد في نفسه عدم الميل إذا جمع الزوجات ويكون أمامه من الحالات ما يستدعي التزوج بغير زوجته كأن يكون هناك أرملة أو غير ذلك.[3]

بل قد يكون التعدد واجبا إذا استطاع الرجل القيام بواجبات أكثر من زوجة، سواء على المستوى المادي أو المعنوي وتأكد في نفسه القدرة على العدل بينهما أو بينهم وفي الوقت نفسه تاق للزواج الثاني وغلبت عليه شهوته لدرجة تأكد في نفسه الوقوع في المعصية إذا لم يتزوج، ولذلك لأن من أكبر الموبقات اللجوء إلى الحرام مع وجود الحلال وإتاحته، وقد يكون التعدد مكروها إذا فقد الشخص القدرة المالية، أو فقد القدرة الجسمانية، أو فقدهما معا أو وجدهما ولكن في تأكد في نفسه عدم القدرة على العدل، وذلك **لقوله تعالى:"فإن خفتم ألا**

---

[1] نبيل صقر .المرجع السابق. ص25.

[2] أحمد شامي. المرجع السابق. ص65.

[3] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

تعدلوا فواحدة"،كما قد يكون التعدد محرما إذا كان الهدف الوحيد للزوج من ورائه هو الإضرار بزوجته، وذلك بإبقائها على ذمته رغما عنها، غيظا لها وإضرارا بها.[1]

المطلب الثالث: سلطة القاضي في التأكد من موافقة الزوجة السابقة واللاحقة فيما يتعلق بالتعدد.

بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري على تقييد الزواج بامرأة أخرى إلا بشرط أن يكون ضمن ما حددته الشريعة عددا، وبشرط وجود المبرر الشرعي، وشرط توفر العدل، جاءت الفقرة الثانية ونصت على أنه يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها.[2] وبالرجوع لهذا النص يمكن القول أن التعدد موقوف على إخطار الزوج للزوجة السابقة واللاحقة و الحصول على ترخيص من القاضي بعد تأكد هذا الأخير من موافقة الزوجتين مع توفير العدل.[3]

إذ العلم بهذا الزواج أمر وجوبي، حتى لا تفاجئ الزوجة الأولى أو الثانية أو هما معا.

هذا ولم يتطرق القانون إلى الكيفية التي بواسطتها يتم الإخبار هل بشكل شفوي أم برسالة أم تتولى الجهات المراد إبرام العقد أمامها إخبار الزوجين بذلك.[4]

وهذا ما يعاب على قانون الأسرة في هذا المجال، لأن الفقرة الثانية من المادة الثامنة قد علقت رخصة رئيس المحكمة على التحقق من موافقة الزوجتين دون أي توضيح للطريقة أو الوسيلة التي يستطيع رئيس المحكمة بواسطتها من أن يتأكد من ثبوت إخبار الزوجتين وثبوت موافقتهما، فهل يطلب إحضارهما أمامه، أو تكليفها بالحضور لتعلن كل واحدة منها على قبولها للزواج بهذا الرجل.

---

[1] أحمد شامي. المرجع السابق. ص65.

[2] عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. المرجع السابق. ص88.

[3] طاهري حسين. المرجع السابق. ص62.

[4] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص112.

وهل يكتفي بسماعهما شفهيا أم لابد من تحرير محضر بذلك توقعه كل منهما مع القاضي والكاتب؟

هذه الأسئلة لم يجب عليها قانون الأسرة الجزائري، ولا يمكن الإجابة عنها، إلا بعد معرفة مواقف رؤساء المحاكم من تطبيق هذه المادة، وبعد أن ينشأ موقف اجتهادي للمحكمة العليا بشأن ذلك. [1]

لكن ما إذا لو امتنعت الزوجة، وتعسفت في استعمال حقها بدون مبرر شرعي غير الأضرار بالزوج، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وكل الشروط الضرورية لممارسة حق التعدد، فهل يرفض رئيس المحكمة منحه الترخيص بالتعدد أم لا؟

من هنا تتضح كيفية إعمال القاضي لسلطته التقديرية في هذا المجال، لذا يجب أن يكون دقيقا وصائب التقدير بما يتمتع به من صلاحيات، فعليه أن يوازن بين قيمة المبرر الشرعي و القدرة على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، وبين موافقة الزوجة السابقة حتى يكون قراره عادلا، ومحققا للغاية التي أباح القانون و الشرع لأجلها تعدد الزوجات.

فالمشرع الجزائري لم يلغ التعدد من خلال تنظيمه له في المادة الثامنة من ق أ، إنما ضيقه إلى أبعد الحدود من خلال الشروط التي وضعها له، وخاصة مسألة إثبات وجود المبرر الشرعي وكذا توفر شروط ونية العدل، والإجراءات القضائية التي تعقب طلب الإذن بالتعدد. [2]

---

[1] عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. المرجع السابق. ص 88-89.

[2] أحمد شامي. المرجع السابق. ص85.

و هناك من يرى أن هذا النوع من القيود يضر بالزوجة الأصلية نفسها، لأنها مدعاة للرجل إلى أن يطلقها ليتزوج سواها إن لم يكن له سبيل إلى زواج جديد إلا طلاقها، فنكون بذلك قد أضررنا بالمرأة وبأولادها من حيث نريد مصلحتها.[1]

إلا أنه ما يلاحظ في الميدان العملي، أن كثيرا من الأزواج أصبحوا يتهربون من طائلة تطبيق هذه المادة، فأصبحوا يلجؤون إلى الزواج العرفي ثم إتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 22 من نفس القانون(أي تثبيت الزواج بحكم قضائي)، وفي نهاية المطاف هي مجرد حيلة للهروب من رفض قبول الزوجة السابقة والإذن الواجب الحصول عليه بموجب نص هذه المادة، وحتى بعض الأجانب العرب الذين أقاموا في الجزائر كعمال، أصبحوا يلجأون إلى هذا الزواج ويتواطؤ من بعض الأسر الجزائرية للتهرب من إجراءات الحصول على إذن من الجهات الإدارية المختصة، إلا أنه بالرجوع إلى أحكام قانون الحالة المدنية ولاسيما المادة 73 منه، فهي تستوجب أن يبين في عقد الزواج، أنه تم ضمن الشروط المنصوص عليها قانونا وتبيان الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء، إذن كيف يمكن للمحكمة أن تقضي بتثبيت زواج تعددي في صورة زواج عرفي وتأمر بتسجيله خلافا للمادة 73 من قانون الحالة المدنية الذي أوجب في المادة 74 منه على وجوب تثبيت الحالة المدنية من كل طالب زواج بدفتر عائلي أو ملخص لشهادة ميلاد مؤرخ بأقل من ثلاثة أشهر، كما أن المادة 77 من نفس القانون(قانون الحالة المدنية سلط عقوبة على القاضي الشرعي، أو ضابط الحالة المدنية الذي لم يطبق هذه الإجراءات).[2]

إن اللجوء إلى الزواج العرفي بغرض التهرب من نص المادة الثامنة من قانون الأسرة هو محاولة لإلغاء هذه المادة وقبرها، وحتى لا يساهم القاضي في ذلك، يجب عليه عند النظر في طلبات إثبات الزواج العرفي أن يتأكد بالفعل من وجود أسباب حقيقية وموضوعية

---

[1] نبيل صقر. قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا.المرجع السابق.ص25.

[2] محمد لمين لوعيل.المرجع السابق.ص43-44.

لانعقاد هذا الزواج، وما هي أسباب عدم تسجيله، كما يتأكد من جنسية الطرفين حتى يراقب شرط الحصول على إذن فيما يتعلق بزواج الأجانب داخل التراب الوطني ويراقب شهادة ميلاد الطرفين طبقا للمادة 74 من قانون الحالة المدنية ، وفي حالة اكتشافه لوجود زواج سابق عليه أن يأمر بإدخال الزوجة السابقة في الخصام، إعمالا لدوره الإيجابي في تسيير الدعوى الذي اعتمده المشرع في تشريع قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ويطبق الإجراءات المتعلقة بالإذن وإن كان هذا الدور يجب أن تلعبه النيابة خلال الجلسة وذلك بتقديم طلب إجراء تحقيق في ظروف عدم تسجيل هذا الزواج في وقته، كما يمكن لها أن تطلب إدخال الزوجة السابقة في النزاع، تطبيقا لدورها الاختصاصي في النزاع حماية لمصالح الأسرة، ويجد هذا الموقف سنده(أي عدم التواطؤ مع غش المدعى) كون أن التقاضي أمام القضاء يجب أن يبنى على النزاهة أي عدم الغش، وإن كان المشرع قد نص على فسخ الزواج قبل الدخول في حالة عدم الحصول على ترخيص إلا أنه سكت عن حالة إتمام الدخول ولم يبين مصير هذا الزواج.[1]

لكن هناك من يرى بأن موافقة القاضي و إعطائه السلطة التقديرية في تسجيل الزواج الثاني من الأمور التي تضيع جهد القاضي ووقته عبثا، لأنه أمر غير مجد، ولا يصل القاضي مهما بلغت فراسته ودقته في البحث إلى نتائج محققة من وراء ذلك، كما أن ضرورة موافقة القاضي على الزواج الثاني يؤدي إلى تدخله في الأمور الشخصية لكل من الزوجين، وقد تكون عبارة عن أمور غالبا ما تستحي منها المرأة.[2]

كما أن مراقبة القاضي لمختلف الشروط والضوابط الواردة في نص المادة الثامنة المتعلقة بالتعدد، وتأكده من توافرها في الحالة المعروضة عليه ليست من ضمن أحكام الشريعة الإسلامية، اللهم إلا شرط إقامة العدل بين الزوجات، وهذا لا يمكن إثباته مقدما، فشرط ضرورة موافقة الزوجة الأولى، و إعطاء القاضي السلطة التقديرية في تسجيل الزواج

---

[1] محمد لمين لوعيل.المرجع السابق. ص44-45.

[2] أحمد شامي. المرجع السابق. ص84.

الثاني، هذان الشرطان يؤديان إلى كثرة حالات الزنا والزواج العرفي، وبالتالي يؤدي ذلك إلى كثرة الأبناء غير الشرعيين.[1]

والخلاصة أن المشرع الجزائري إذ اعترف للرجل بالحق في التعدد فإنه أعطى للمرأة الحق في المطالبة بالعدل، كما وضع المشرع الجزائري قيودا على إرادة الرجل هي في الواقع لصالح المرأة واعترف لها بالمقابل أيضا بطلب التطليق في حالة التضرر من عدم العدل حتى لا تبقى كالمعلقة، وبالتالي فإن مركزها القانوني في هذا المضمار أقوى من الرجل رغم إباحة الشريعة الإسلامية لفكرة التعدد.[2]

لكن هناك من يرى خلاف ذلك، بحيث أن ما أتى به المشرع الجزائري في المادة الثامنة مكرر مناقض لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها في الحفاظ على الحياة الزوجية؛ لأن المرأة تتميز بالغيرة الكبيرة وإعطائها هذه الفرصة في الحصول على التطليق في حالة الزواج عليها سيؤدي بكل سهولة إلى هدم أسرة بكاملها، فلا يجب مواجهة خطأ بخطأ، فإن أخطأ الزوج بالزواج سرا فلا تمنح الزوجة أداة لهدم زواجها خاصة إذا نتج عن هذا الزواج أبناء.[3]

أما فيما يتعلق بالآثار الناجمة عن تقييد مسألة التعدد الذي يتضاءل من نفسه بنسبة عكسية مع اضطراد نمو الثقافة واتساعها، وزيادة أعباء الحياة وتكاليف تربية الأولاد، وإما أن يكون المراد حماية الزوجة الأصلية أو الزوجة الجديدة.

فأما حماية الزوجة الأصلية فإن هذا التقييد سيكون ضررا عليها لأنه سيدفع الرجل إلى طلاقها، وإذا قيل إن طلاقها خير لها، فإن القانون قد فتح لها التطليق القضائي بسبب الشقاق والمضارة أو الزواج بأخرى عن طريق التدليس والغش.

---

[1] أحمد شامي. المرجع السابق. ص84.

[2] محمد لمين لوعيل. المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق. ص76.

[3] أحمد شامي. المرجع السابق. ص61.

وأما زعم حماية الزوجة الجديدة فإن قبولها الزواج من رجل متزوج هو أكبر دليل على أن هذا الزواج في مصلحتها أو هو في أقل تقدير دليل كافي على أنها لو وجدت زوجا خيرا منه لما تزوجت هذا.[1]

و بالرجوع إلى قرارت المحكمة العليا نجد أنه قد صدرت عدة اجتهادات قضائية فيما يتعلق بمسألة تعدد الزوجات، حيث جاء فيها:

المبدأ:"عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا، طبقا للفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة، ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق."[2]

من خلال استقراء هذا القرار يتضح أنه جاء مؤكدا لما ورد في الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة التي جاء فيها: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:...

6-مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه..."

و في هذه الحالة تبين أن الزوج لم يعدل بين الزوجة السابقة و اللاحقة، كما يعتبر ضررا معتبرا شرعا، وبالتالي يجوز للزوجة المتضررة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق من زوجها.

وجاء في قرار آخر لها:

المبدأ: "يعد الهجر في المضجع في حالة تعدد الزوجات، دليلا على انعدام نية العدل، يبرر طلب الزوجة المتضررة التطليق."[3]

---

[1] نبيل صقر. قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا. المرجع السابق. ص26.

[2] م.ع. غ.أ.ش. ملف رقم 356997. قرار بتاريخ 2006/07/12/ طاهري حسين. الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق. ص510.

[3] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 480240. قرار بتاريخ 2009/02/11.مجلة المحكمة العليا.العدد1. 2009. ص279.

يستشف من خلال هذا القرار أنه جاء مفسرا لما ورد في نص المادة 53 في فقرتها السادسة من قانون الأسرة الجزائري، حيث اعتبر أن مسألة هجر الزوج زوجته في المضجع في حالة زواجه بأخرى يعتبر دليلا على انعدام العدل بين الزوجات، وبالتالي يجوز للزوجة المتضررة طلب التطليق من زوجها المتعسف في استعمال حقه في التعدد.

كما ذهبت المحكمة العليا في إحدى قراراتها، حيث جاء فيه:

"لا يكفي لرفض دعوى التطليق من أجل الضرر، علم الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى، ويجب إثبات رضاها بهذا الزواج"[1]

يلاحظ من خلال هذا القرار أنه جاء بما يتوافق مع نص المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثانية والثالثة، كما أنه جاء مؤكدا لما ورد في نص المادة الثامنة مكرر التي نصت على أنه:" في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

وهذا ما يتضح لنا جليا من خلال قضية الحال حيث أن الزوجة السابقة طلبت حل الرابطة الزوجية بينها وبين زوجها على أساس التطليق للضرر نظرا لتضررها من زواجه بامرأة أخرى دون رضاها.

حيث أن قاضي الموضوع أصدر حكمه بناء على أحكام القانون مستندا على المادة الثامنة والمادة 57 من قانون الأسرة، لأنه ثبت لديه فعلا بأن الطاعن قد تزوج فعلا من امرأة أخرى، ذلك أنه لم يقم بنفي هذا الأمر في جلسة الصلح.

لكن حيث أن الطاعن لم يثبت رضا المطعون ضدها بهذا الزواج، لأن العلم به شيء والرضا به شيء آخر، والمادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري سمحت للزوجة سواء السابقة أو اللاحقة برفع دعوى قضائية ضد الزوج تطلب فيها التطليق في حالة عدم الرضا بزواجه الثاني.

---

[1] م.ع.غ.أ.ش.ملف رقم 334060.قرار بتاريخ2005/01/19. مجلة المحكمة العليا.العدد01. 2005. ص325-329.

حيث أن الحكم المنتقد لم يخالف القانون وغير مشوب بالقصور، مما يجعل الوجه المثار غير وجيه يستلزم معه رفضه وتبعا لذلك رفض الطعن.[1]

وعليه نخلص من خلال ما سبق ذكره بالنسبة لمسألة الترخيص بالتعدد إلى أن المشرع الجزائري منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي في مسألة الترخيص بتعدد الزوجات على غرار الترخيص بالزواج للقصر، و يتضح ذلك جليا من خلال نص المادة الثامنة من قانون الأسرة، التي وضعت جملة من القيود والضوابط بقصد إباحة تعدد الزوجات في إطار خاص.

ومن هنا يتضح كيفية إعمال القاضي لسلطته التقديرية، حيث يجب أن يكون تقديره سويا فعليه أن يقوم بموازنة بين المبرر الشرعي والقدرة على توفير الشروط الضرورية من جهة، وبين قبول الزوجتين من جهة ثانية، لكي يكون تقديره سليما وموافقا للهدف من التعدد.

كما يمكن القول أنه لا يرتقي أي تشريع مهما بلغ شأنه على وجه الأرض إلى تشريع الله عز وجل-في إباحته لتعدد الزوجات، لأنه لا وجه للمقارنة والشبه بين تشريع الله الخالق-الذي شرع أحكامه لحكم عظيمة لا يدركها البعض، تلبية لمصالح العباد وضروراتهم التي لا يمكن الاستغناء عنها-وبين تشريع البشر المخلوقين، الذين لم يعتبر قانونهم الوضعي ضرورات الناس الطبيعية والاجتماعية في مسألة التعدد.[2]

وعليه من خلال دراستي لنص **المادة الثامنة من قانون الأسرة** المتعلقة بتعدد الزوجات أقترح تعديلها وذلك بواسطة ما يلي:

-تحديد المقصود بالمبرر الشرعي أو ذكر بعض الأمثلة عنه.

---

[1] جمال سايس. الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ..ط1. الجزء الثالث. منشورات كليك.المحمدية.الجزائر .2013.ص1285.

[2] أحمد شامي.المرجع السابق. ص75.

-النص على ضرورة توافر شرط العدل المادي بين الزوجات من نفقة ومبيت..الخ، أما العدل المعنوي فيصعب تحقيقه والتأكد منه.

-توضيح الوسيلة التي يتأكد من خلالها القاضي من إخبار الزوجتين وثبوت موافقتهما.

كما أقترح إعادة صياغة نص المادة 08 مكرر 1 وذلك من خلال:

-النص على الجزاء المترتب عن الزواج دون ترخيص من القاضي في حالة ما بعد الدخول لأن المشرع قد أغفل عن ذكر الجزاء المترتب عن هذه الحالة، وبالتالي غلق الباب أمام تفشي ظاهرة الزواج العرفي.

المبحث الرابع: السلطة التقديرية للقاضي في الولاية بالتزويج.

إن موضوع الولاية في الزواج يكتسي أهمية بالغة، فهو من المواضيع الوثيقة الصلة بحياة الأفراد، لأنه لا يكاد أي إنسان ينجو من التعرض لهذا الموضوع، لهذا نظم المشرع الجزائري في الإصلاح التشريعي بموجب الأمر 02/05 أحكام الولاية في الزواج في **المواد** 11-1312 من قانون الأسرة الجزائري، وقبل الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في الولاية بالتزويج، يجب التطرق أولا إلى تعريف الولاية و أنواعها، وهذا ما سأتناوله فيمايلي.

المطلب الأول: تعريف الولاية.

أتناول من خلال هذا المطلب تعريف الولاية في اللغة ثم في الاصطلاح كما يلي:

الفرع الأول: تعريف الولاية في اللغة.

لقد ورد تعريف الولاية في اللغة في معجم لسان العرب فيقال:

الوِلَايَةُ: النُّصْرَةُ ، يُقَالُ: هُمْ عَلَى وِلَايَةٍ، أَيْ مُجْتَمِعُونَ فِي النُّصْرَةِ.

وَوَلِيُّ المَرْأَةِ: الذِّي يَلِي عَقْدَ النِّكَاحِ عَلَيْهَا وَلاَ يَدَعُهَا تَسْتَبِدُّ بِعَقْدِ النِّكَاحِ دُونَهُ.[1]

[1] ابن منظور. لسان العرب. المجلد السادس." الميم- الياء". باب الواو. المرجع السابق. ص4920 -4921.

وجاء في المعجم الوسيط فيقال:

الوِلَايَةُ : الْقَرَابَةُ: وَيُقَالُ: الْقَوْمُ عَلَيْهِ وِلَايَةٌ: يَدٌ وَاحِدَةٌ يَجْتَمِعُونَ فِي الْخَيْرِ وَ الشَّرِ.

الوَلِيُّ : كُلُّ مَنْ وَلِيَ أَمْرًا أَوْ قَامَ بِهِ.

وَالنَّصِيرُ وَالمُحِبُّ وَالصَّدِيقُ.[1]

كما ورد في مختار القاموس فيقال:

الوِلَايَةُ: الإِمَارَةُ ، وَأَوْلَيْتُهُ الأَمْرَ : وَلَّيْتُهُ إِيَّاهُ.[2]

ويقال في معجم اللغة:

الوَلِيُّ: الله أَيْ النَّاصِرُ الكَافِي، وَالتَّابِعُ وَالمُحِبُّ وَالصَّدِيقُ ج الأَوْلِيَاءْ.

والوَلَايَةُ وَالوِلَايَةُ " تُفْتَحُ وَتُكْسَرُ، أَوْ الفَتْحُ فِي النُّصْرَةِ وَالنَّسَبِ وَ العِتْقِ، وَالكَسْرِ لِلإِمَارَةِ.[3]

يلاحظ من خلال مختلف هذه التعاريف أن الولاية في اللغة تدور حول النصرة و المحبة، والولي هو المحب والنصير والصديق.

الفرع الثاني: تعريف الولاية في الاصطلاح.

عرّفت الولاية بعدة تعاريف أذكر منها:

الولاية:"هي قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله، أو على نفس الغير أو ماله".[4]

من خلال هذا التعريف يلاحظ أنه عرف الولاية على أنها استطاعة الشخص على مباشرة التصرفات على نفسه وعلى غيره، حيث قسم هذا التعريف الولاية إلى نوعان: ولاية

---

[1] مجمع اللغة العربية. المعجم الوسيط. المرجع السابق. ص1058.

[2] الطاهر أحمد الزاوي. مختار القاموس مرتب على طريقة مختار الصحاح والمصباح المنير. المرجع السابق.ص1058.

[3] أحمد رضا. معجم متن اللغة. المجلد الخامس. المرجع السابق. ص 817-818.

[4] نضال محمد أبو سنينة. الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية . ط1. دار الثقافة. عمان. الأردن.2011.ص37.

على النفس، وولاية على الغير، كما أنه فرق بين الولاية على النفس والولاية على المال، وبالتالي جاء هذا التعريف مركزا على أنواع الولاية.

كما عرفت بأنها عبارة عن سلطة يثبتها الشّرع لإنسان معين تمكنه من رعاية المولى عليه من نفس ومال وحفظه وتنميته بالطرق المشروعة.[1]

يستشف من خلال هذا التعريف أنه عرف الولاية على أنها سلطة أي سيطرة و تحكم، أي أن هذا التعريف منح للولي قدرة على التحكم والتصرف في المولى عليه سواء في نفسه أو في ماله، لكن يؤخذ على هذا التعريف أنه اقتصر على الولاية المتعدية، وأهمل الولاية القاصرة سواء على النفس أو المال.

والولاية كذلك: "هي قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية."[2]

ما يؤخذ على هذا التعريف أنه اقتصر الولاية على المولى عليه القاصر دون الراشد، كما أنه ذكر الولاية المتعدية وأهمل الولاية القاصرة، مما يمكن القول أنه تعريف ناقص غير تام.

وعرفت أيضا بأنها: "هي سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات و تنفيذها، أي ترتيب الآثار الشرعية عليها".[3]

يلاحظ من خلال هذا التعريف أنه جاء واسعا فضفاضا غير محدد، حيث عرف الولاية بصفة عامة، ولم يذكر أنواعها سواء كانت ولاية قاصرة أو متعدية، ولاية على النفس أو ولاية على المال، وبالرغم من عمومية هذا التعريف إلا أنه أحاط بمختلف جوانب الولاية دون ذكر التفاصيل.

---

[1] ناصر أحمد ابراهيم النشوي. موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح. دراسة فقهية مقارنة. (د.ط). دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. مصر. 2005. ص229.

[2] الأكحل بن حواء. نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية.(د.ط). الشركة الوطنية. الجزائر.1982. ص14.

[3] وهبة الزحيلي. الفقه الاسلامي وأدلته. ط2. الجزء الرابع. النظريات الفقهية والعقود. دار الفكر. دمشق.سوريا.1985. ص139.

والولاية كذلك :" هي سلطة شرعية يترتب عليها نفاذ التصرفات شرعا.[1]

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه جاء بعبارة موجزة لم تتضمن أي تفصيل.

هذا فيما يتعلق بالولاية بصفة عامة، أما في ما يخص الولاية بالتزويج، فلقد عرفت بعدة تعريفات أهمها:

حيث عرفها الأستاذ محمد أبو زهرة على أنها:" القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة الى إجازة أحد.[2]

كما عرفها الأستاذ محمد مصطفى شلبي على أنها:"السلطة التي يستطيع بها الشخص إنشاء عقد زواج نافذ لنفسه أو لغيره". [3]

من خلال هذين التعريفين أرجح التعريف الثاني لأنه جاء شاملا غير قاصر، حيث شمل الولاية القاصرة والمتعدية معا، على خلاف التعريف الأول الذي جاء مختصرا غير مفصل.

المطلب الثاني: أنواع الولاية.

الولاية تعتبر سلطة شرعية على النفس أو المال، ينتج عنها نفاذ تصرف صاحب هذه السلطة شرعا، هذا التعريف يشمل السلطة التي تكون للإنسان على نفسه وعلى ماله، فيكون ملزما بالعقود التي يبرمها، وحينئذ يترتب على هذه التصرفات كل الآثار الشرعية التي تبنى عليها،[4] لهذا يمكن القول أن الولاية تنقسم إلى عدة أقسام تتمثل في:

***ولاية على النفس:** وهي ولاية على الصغار والقصر بسبب انعدام أهليتهم وتتضمن التربية والحضانة والتعليم، لأن الصغير لا يستطيع القيام بشؤونه لعجزه وضعفه، فاحتاج إلى من

---

[1] أحسن زقور. (أحكام القصّر في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.دراسة مقارنة). مجلة البحوث والدراسات .كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية. جامعة وهران. الجزائر. العدد05. جويلية .2005. ص74.

[2] محمد أبو زهرة.الأحوال الشخصية. المرجع السابق. ص107.

[3] محمد مصطفى شلبي. أحكام الأسرة في الإسلام. ط2. دار النهضة العربية. بيروت. لبنان.1977. ص353.

[4] أحمد نصر الجندي. النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي.(د.ط). دار الكتب القانونية. مصر.2006. ص202.

يرعاه من الولادة حتى سن التمييز، وفي هذا السن يحتاج إلى التربية والتعليم والتهذيب وولاية الحضانة تكون للنساء أساسا فهن أقدر وأصبر وأعلم من الرجال، وأما ولاية التربية والتعليم فهي مشتركة بين الرجال والنساء، ويفضل فيها الرجال إلا عند العجز فتتولاها الأم أو غيرها من الأولياء.[1]

***ولاية على المال:** وتتعلق بتنمية المال وحفظه واستثماره والمحافظة عليه باعتباره وسيلة ضرورية لقيام الحياة واستمرارها، فإن كان الشخص صغيرا أو سفيها أو قاصرا أو غير ذلك فيحجر عليه ويمنع من التصرف الضار بالمال إلى أن يبلغ سن الرشد، وهذه الولاية يشترك فيها الرجال والنساء متى كانوا راشدين بالغين يحسنون التصرف.[2]

***ولاية مشتركة:** وهي تتضمن النفس والمال معا، فتثبت للولي سلطة شرعية ورعاية وحضانة الصغار والمحافظة على أموالهم، وهي تثبت أصلا للأصول من الرجال كالأب والجد ثم الفروع ثم الحواشي والأطراف ثم العصبات تتقدم على ذوي الأرحام ثم القاضي أو الوصي والقيم ثم الحاكم ثم عامة المسلمين، وقد ثبت للأم وغيرها من النساء متى كانت تحسن التصرف والتجارة والأعمال.[3]

* **ولاية قاصرة:**وهي ولاية الشخص على نفسه وماله، وهي تثبت للشخص الكامل الأهلية.

***ولاية متعدية:** وهي ولاية الشخص على غيره.[4]

***ولاية الإجبار:** وهي حق الولي في تزويج المولى عليه بغير رضاه.

***ولاية الاختيار:** وهي تزويج الولي للمولى عليه بناء على اختياره و رضاه، ويقال لصاحبها ولي مخيّر.

---

[1] محمد باوني.المرجع السابق.ص88.

[2] المرجع نفسه.الصفحة نفسها.

[3] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[4] عبد الفتاح تقية. قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية. دراسة مقارنة. ط1. دار الكتاب الحديث. القاهرة . مصر.2011. ص 151-152.

فلا يصح في هذه الولاية أن ينفرد برأيه ويستبد به بل لابد من موافقة المرأة ورضاها.[1]

وقد تتنوع الولاية الى عدة أنواع أخرى، فقد تكون ولاية عامة، وولاية خاصة.

فالولاية الخاصة: هي التي يملك بها الولي التصرف في شأن من الشؤون الخاصة للأشخاص المعنيين، كولاية الأب والجد.

أما الولاية العامة: فهي سلطة شرعية تمكن صاحبها من التصرف الصحيح النافذ في شأن من شؤون المجتمع العامة، كالسلطان والحاكم، فله ولاية عامة على من يتولى أمرهم.[2]

وهناك من قسمها إلى:

***ولاية أصلية:** كولاية الأب والقاضي.

***ولاية بالتفويض:** كتعيين المقدم من طرف القاضي وتعيين الوصي من طرف الأب أو الجد.[3]

وتنقسم كذلك إلى:

ولاية حتم وإيجاب، وولاية ندب واستحباب.

فالأولى: تجعل لصاحبها حق تزويج من هو تحت ولايته كالصغير والمجنون جبرا عنه من غير حاجة إلى اختياره ورضاه ويكون العقد نافذا والحكمة منه في أن هذا الصغير والمجنون ونحوهما لا يدرون من أمور الحياة شيئا، فلم يجعل الشارع لهما أمرا ولا نهيا في عقد الزواج الذي يتطلب التبصر وحسن الإختيار.

أما ولاية الاستحباب فلا تعطي لصاحبها هذا الحق في تزويج من له عليه هذا النوع من الولاية كالمرأة الحرة البالغة العاقلة، فالولي لا يستطيع إجبارها على الزواج بمن يرى تزويجها

---

[1] عدلان مطروح. (الولاية على الراشدة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري).مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية. جامعة العربي تبسي .تبسة. المجلد03.العدد01. ص-307-321.

[2] ناصر أحمد إبراهيم النشوي. موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح. المرجع السابق. ص253-254.

[3] زبيدة إقروفه.الإبانة في أحكام النيابة. المرجع السابق. ص41.

به، بل لها أن تختار بنفسها وتتولى العقد بنفسها ويكون العقد نافذا بدون رضا الموصي وإجازته، ولكن يستحب أن تكل أمر العقد لوليها.[1]

كما تقسم الولاية من حيث المصدر إلى ولاية شرعية وولاية نيابية.

فالولاية الشرعية: يكون سببها النسب أو القرابة الشرعية بين الأشخاص كالبنوة والأبوة والأخوة والعمومة أو التعصيب وصلة الرحم، فالشرع جعل صلة الرحم والقرابة الطبيعية سببا للولاية.[2]

أما الولاية الاتفاقية أو النيابية: يكون سببها الاتفاق بين الأشخاص الطبيعيين حيث يجعل بعضهم أولياء لبعض كالوكالة والوصاية أو عن طريق القضاء، لأن القاضي ولي من لا ولي له من القصر والأيتام والصغار، ولأن الحاكم يعد شرعا نائبا عن الأمة يستمد منها سلطانه واختصاصه ويعين الحكام والقضاة، وتسمى هذه الولاية بولاية الحكم، ثم ولاية أي مسلم يجوز له أن يتولى تزويج من لا ولي لها إن انعدم الحاكم والقريب من الأولياء العصبات أو ذوي الأرحام.[3]

بعد عرض مختلف أنواع الولاية، ما يهمنا في هذه الدراسة هو ولاية القاضي بالتزويج، وهذا ما سأتناوله في المطلب الموالي.

المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في الولاية بالتزويج في ظل نصوص قانون الأسرة.

تعد الولاية مظهرا من مظاهر التكافل الأسري والاجتماعي ووسيلة لتوطيد العلاقات بين الأفراد، وهي نموذج التشريع للأسرة الموسعة.

---

[1] نبيل صقر. قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا.المرجع السابق. ص41.

[2] محمد باوني. المرجع السابق. ص86.

[3] المرجع نفسه. ص86.

والهدف منها هو مشاركة المولى عليه في حسن اختيار شريك الحياة، لأن عقد الزواج عقد أبدي وآثاره لا تقتصر على الشريكين بل تمس كل العائلة الممتدة سواء ما تعلق بالحقوق والواجبات كالحضانة والميراث والنفقة...وغيرها.[1]

ولقد عالج المشرع الجزائري مسألة الولاية في عقد الزواج في المواد 11،12،13 من قانون الأسرة الجزائري، وللحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في الولاية بالتزويج، سأتطرق لهذه الأخيرة في ظل قانون 11/84، ثم في ظل التعديل المدخل على قانون الأسرة.

الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الولاية بالتزويج في ظل قانون 11/84.

نص المشرع الجزائري في المادة 11 من قانون الأسرة 11/84 على موضوع الولاية كما يلي:"يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له."

فالمشرع الجزائري من خلال هذه المادة وضع الولي كركن في عقد الزواج، حيث جسّد بذلك المذهب المالكي الذي يعد فيه وجود الولي إجباريا في عقد الزواج.

وقد رتبت **المادة 11** الأولياء ترتيبا يتماشى وما يقر به المذهب المالكي، فيكون الولي هو الأب، وبعده أقاربها الأولون وهم الإبن، وصي الأب، ثم الأخ فابن الأخ، فالجد لأب، فالأقربون بعد الترتيب، ويقدم الشقيق على غيره، فالكافل، فالقاضي.[2]

لهذا يمكن القول أن المشرع الجزائري في نص المادة 11 قبل التعديل جعل مرتبة القاضي هي الأخيرة في الولاية بالتزويج، ففي حالة غياب الأب أو أحد الأقارب الأولين، هنا منح المشرع للقاضي سلطة أو ولاية التزويج بموجب ولايته العامة.

---

[1] زبيدة إقروفه. المرجع السابق. ص40-41.

[2] كوثر زهدور.(الولي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد تعديله سنة2005 مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية). مجلة الفقه والقانون. ص18.

لكن قد يحدث في الحياة العملية أن ترغب المرأة الراشدة أو القاصرة في الزواج بمن ترغب فيه فتلقى معارضة من أهلها، أو من الولي، فكيف سيكون الوضع في هذه الحالة؟

إن مسألة اعتراض الولي على الزواج مسألة واردة، وفي هذه الحالة هل يجوز لها أن ترفع أمرها للقاضي لكي يأذن لها بالزواج؟[1]

لقد عالجت المادة 12 من ق أ ج هذا المشكل بنصها على مايلي :" لايجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون.

غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان المنع في مصلحة البنت"

من خلال هذا النص يستشف بأن عضل الولي أو منع المولى عليها من الزواج يعتبر غير جائز قانونا كقاعدة عامة، وفي حالة وقوعه يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج للمولى عليها مع مراعاة أحكام المادة 09 من قانون الأسرة.

وعاد المشرع في الفقرة الثانية من المادة 12 وأجاز عضل الولي كاستثناء في حالة ما إذا كان المنع في مصلحة البنت.

لذلك يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري قد أعطى للقاضي سلطة منح الإذن بالزواج للفتاة في حالة عضل الولي بدون سبب مجد أو عذر مقبول، لذا فكان على القاضي أن يكون حكيما واسع الأفق، وأن يتثبت من أن مسألة العضل أو المنع مبنية على أسباب وأسس جدية كانعدام الكفاءة مثلا أو وجود عيب في الرجل سواء أكان عيبا خِلْقيا أو خُلُقيا...الخ، فإذا ما وجد القاضي أثناء بحثه أن أسباب المنع غير جدية وليست مبررة سوى تعسف الولي في استعمال حقه في الولاية، فهنا وجب عليه أن يمنح للمولى عليها الإذن بالزواج، خاصة إذا ما توافر عنصر الكفاءة وكان الزواج لمصلحة البنت.

---

[1] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص69.

فعلى الولي أن يراعي في زواج ابنته ما فيه خيرها وصلاحها، وإن حاذ عن هذه الأصول كان آثما، وترتبت عن ذلك نتائج وخيمة سواء بقيت العلاقة لزوجية بعد النكاح أم لا.[1]

فالقاضي دائما حينما يقدم الإذن ما عليه إلا مراعاة مصلحة البنت عند تقديره، فالمعيار هنا هو المصلحة، وذلك بهدف جلب المنافع ودرء المفاسد، وتحقيق مصلحة الأسرة وبالتالي المجتمع لأنها هي النواة والخلية الأساسية فيه، فإذا صلحت الأسرة صلح المجتمع كذلك.

من خلال ما سبق ذكره نخلص إلى أن المشرع الجزائري قد منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة بموجب ولايته بالتزويج في ظل قانون 11/84، وهذا بمقتضى نص المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري.

ولقد قضت المحكمة العليا في الجزائر أنه لا يجوز للولي أن يمنع من هي في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان صالحا لها.

وأنه تبين في قضية الحال أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الإمتناع فإن القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون.[2]

يتضح من خلال استقراء مضمون هذا القرار أنه جاء موفقا حينما أيد القرار المطعون فيه الذي قضى بمنع تعسف الأب في استعماله لحق الولاية بتزويج المولى عليها، لأن هذا العضل كان في غير محله ودون مبرر، حيث جاء مؤكدا لما ورد في نص المادة 12 من قانون الأسرة 11/84.

---

[1] مجمع الفقه الإسلامي. الإجبار على الزواج. ط1. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.2007. ص 136-154.

[2] م.ع.غ.أ.ش. قرار صادر في 1993/03/30.المجلة القضائية. عدد خاص.2001. ص47.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الولاية بالتزويج في ظل التعديل المدخل على قانون الأسرة.

جاء الإصلاح التشريعي بموجب الأمر 02/05، و ألغى المادة 12 من قانون الأسرة بموجب قانون 11/84، وعُدّلت المادة 11 حيث أصبحت تنص على مايلي:" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره.

مع الإشارة إلى أن عبارة " أي شخص آخر تختاره" قد تشمل الذكر والأنثى وقد يساء تطبيقها لعمومها.[1]

لذا يمكن القول أن حضور الولي أصبح رمزيا وشكليا بموجب نص المادة 11 المعدلة، وبالتالي يمكن للمرأة الراشدة أن تجعل أي شخص ولي لها، ولوكان هذا الشخص من الشارع، فمن غير المعقول أن تسمح المرأة لشخص أجنبي بأن يتولى عقد زواجها والأب موجود، لذا أقترح إعادة صياغة هذه المادة في التعديلات المقبلة لقانون الأسرة الجزائري.

كما قام المشرع الجزائري بإلغاء المادة 12 سالفة الذكر، وبالتالي فلم يعد للولي سلطة تمنع من هي في ولايته من الزواج حتى وإن كان هذا المنع في صالحها، فإنه لايجوز له ذلك.

وكذلك عدل المشرع أحكام المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري، وذلك تماشيا مع أحكام المادة 11، وهو تقرير الولاية على القاصرة فقط، كما لا يمكن للولي إجبارها على الزواج ولا تزويجها دون موافقتها.[2]

وبالتالي أصبح عنصر الولي في عقد الزواج شرطا لصحته، وليس ركنا فيه كما كان في ظل قانون 11/84.

فالمشرع الجزائري حسب نص المادة 11 ف 2 نجد أنه منح للقاضي سلطة تزويج المولى عليها في حالة عدم وجود الولي، وذلك بموجب ولايته العامة.

---

[1] كوثر زهدور. المرجع السابق. ص 22.

[2] المرجع نفسه. ص23.

وتجدر الإشارة إلى أن مرتبة القاضي في ولايته بالتزويج تأتي بعد انعدام الولي الأقرب الممثل في الأب أو أحد الأقارب الأولين، وبالتالي فهي المرتبة الأخيرة، وذلك بهدف عدم تفويت فرصة الزواج على الفتاة، وبقصد تحقيق مصلحة الأسرة، ومن ثم المجتمع باعتبارها الخلية الأساسية فيه.

من خلال ما سبق ذكره يمكن القول بأن للقاضي سلطة تقديرية واسعة فيما يخص ولايته بالتزويج في ظل قانون 11/84 مقارنة مع التعديل المدخل على قانون الأسرة سنة2005 الذي ألغى المادة12 منه، وبالتالي ضيق من حدود السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بالولاية بالتزويج، وما يبقى للقاضي من سلطة سوى ما حددته له المادة 11 في فقرتها الثانية.

إذن نستنتج أن للقاضي سلطة تقديرية بموجب ولايته بالتزويج، إلا أنها تتراوح بين التقييد والإطلاق، حيث أصبحت مقيدة في ظل التعديل المدخل على قانون الأسرة، بعدما كانت واسعة النطاق في ظل قانون 11/84.

الفصل الثاني

السلطة التقديرية للقاضي

في آثار الزواج

نظرا لأن عقد الزواج يربط بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، فإنه من المنطقي بعد انعقاده صحيحا أن يرتب جملة من الآثار الشرعية، وهذه خاصية في كل العقود المعروفة في الحياة العملية، فجميع العقود بعد أن تنشأ بشكل صحيح ترتب آثارها على المتعاقدين.[1]

لذا يقصد بآثار عقد الزواج تلك النتائج القانونية التي تترتب على نشوء الرابطة الزوجية، وقد تكون حقوقا مالية مثل الحق في المهر و النفقة، وقد تكون غير مالية مثل الحق في النسب(نسب الأولاد).

وسأحاول من خلال هذا الفصل أن أتحدث عن السلطة التقديرية للقاضي في الآثار الناجمة عن الرابطة الزوجية، ودوره ومجال تدخله في النزاعات المطروحة أمامه في مسائل المهر والنفقة و النسب، وذلك من خلال المباحث الموالية.

المبحث الأول:السلطة التقديرية للقاضي في مسائل المهر.

يترتب عن نشوء الرابطة الزوجية حقوق مالية للزوجة تقع على عاتق الزوج وتنمي الذمة المالية للزوجة إيجابا، وهذه الحقوق المالية تتولد عن الحق في المهر.[2]

و لاشك أن القضايا المتعلقة بالمهر كثيرة ومتشعبة، إلا أن أكثرها شيوعا والتي تثور في الواقع العملي هي مسألة تقدير مهر المثل والخلاف في أصل التسمية، والنزاع حول المقدار المسمى، وكذا الخلاف حول قبض المهر.[3]

وقبل الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في قضايا المهر يجب التطرق أولا إلى تعريف المهر و ذلك في المطلب الأول، ثم أتعرض في المطلب الثاني إلى سلطة القاضي في تقدير مهر المثل، ثم أتناول في المطلب الثالث سلطة القاضي التقديرية في حالة النزاع

---

[1] الرشيد بن شويخ.المرجع السابق. ص 142.

[2] محمد لمين لوعيل. المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري.المرجع السابق. ص132.

[3] لخضر بن عائشة. المرجع السابق. ص30.

حول أصل التسمية، وبعدها أتطرق في المطلب الرابع إلى حالة النزاع حول مقدار المهر، وفي المطلب الخامس الرابع والأخير أعرج إلى سلطة القاضي التقديرية في حالة النزاع حول قبض المهر.

المطلب الأول: تعريف المهر.

أتناول من خلال هذا المطلب تعريف المهر لغة ثم اصطلاحا كما يلي:

الفرع الأول: تعريف المهر في اللغة.

لقد ورد تعريف المهر في معجم لسان العرب لابن منظور، فيقال:

مهر: المَهْرُ: هُوَ الصَّدَاقُ، وَالجَمْعُ مُهُورٌ، وَقَدْ مَهَرَ المَرْأَةَ يَمْهَرُهَا وَيَمْهُرُهَا مَهْرًا وَأَمْهَرَهَا.[1]

وجاء في ترتيب القاموس المحيط فيقال:

مهر(المَهْرُ): الصَّدَاقُ جَمْعُهُ مُهُوْر، مَهَرَهَاكَمَنَعَ وَنَصَرَوَأَمْهَرَهَا، جَعَلَ لَهَا مَهْرًا، أَوْ مَهَرَهَا: أَعْطَاهَا مَهْرًا وَأَمْهَرَهَا: زَوْجُهَا مِنْ غَيْرِهِ عَلَى مَهْرٍ.[2]

من خلال هذه التعاريف اللغوية، يمكن القول أن المهر حسب معناه اللغوي يعني الصداق.

الفرع الثاني: تعريف المهر في الاصطلاح.

يعتبر المهر حقا من حقوق الزوجة على زوجها، لقوله تعالى:"**وَآتُواْ النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً**"،[3] وقوله عزو جل:" **فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً، وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الفَرِيضَةِ إِنَّ اللهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا**".[4]

---

[1] ابن منظور. لسان العرب. المجلد السادس." الميم–الياء". باب الميم.ج47. المرجع السابق. ص 4286.

[2] الطاهر أحمد الزاوي. ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة. ط3. ج4. المرجع السابق. ص290.

[3] سورة النساء: الآية 04.

[4] سورة النساء: الآية 24.

ولقد ورد بشأن المهر عدة تعاريف منها:

*المهر: هو مال يجب على الزوج لزوجته بسبب عقد الزواج، وهو أثر من آثار العقد.[1]

يؤخذ على هذا التعريف أنه عرف المهر على أنه مال، إلا أنه قد يكون منفعة، كما أنه جاء مختصر حيث تضمن عبارة موجزة لم تتضمن أي تفصيل.

كما أنه عرف أيضا على أنه" العوض المالي الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها، أو الدخول بها، ويسمى الصداق والفريضة والأجر والعقر والنحلة.[2]

يؤخذ على هذا التعريف أنه اقتصر في سبب وجوبه واستحقاقه على العقد أو الدخول، وأهمل حالة الوفاة أو الطلاق(جالة الفرقة الزوجية).

كما عرف بعض الفقهاء المهر على أنه: " المال الذي يجب للمرأة على الرجل، مقابل ملكه الاستمتاع بها، بسبب عقد الزواج عليها".[3]

إن هذا التعريف فيه مساس بكرامة المرأة ويجعلها تظهر في عقد الزواج وكأنها شيء يشترى أو تملك شيئا يباع، فمن الناحية البيولوجية فالاستمتاع بين الرجل والمرأة متبادل وليس مقصورا على طرف واحد دون الآخر، بل أن الغاية من تشريع الصداق هو لتكريم المرأة ومن أجل برهنة الرجل على حبه للمرأة ورغبته في الارتباط بها بغاية الاستقرار والسكينة، فالمهر وسيلة اعتبار يقدمه الرجل للمرأة التي تصبح زوجته.[4]

---

[1] سالم بن عبد الغني الرافعي. أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب. رسالة دكتوراه. ط1. دار ابن الحزم. بيروت. لبنان.2002.ص449.

[2] عبد الوهاب خلاف. أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما جرى عليه العمل بالمحاكم. ط2. دار القلم. الكويت. 1990. ص74.

[3] بدران أبو العينين بدران. الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون.الزواج والطلاق. (د.ط). ج1.دار النهضة العربية . بيروت. لبنان. (د.ت). ص181.

[4] محمد لمين لوعيل. المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري.المرجع السابق.ص132.

يؤخذ على هذا التعريف أن أصحابه يرون أن المهر شُرِّعَ عوضا عن ملك الزوج الاستمتاع بزوجته شرعا، ولكنه كذلك يعتبر رمزا من رموز تكريم المرأة، وتعبيرا من الزوج عن تقديره واحترامه لها، واستعداده الكامل للتضحية من أجل هذا الارتباط(الزواج).

وعرف كذلك على أنه:" حق المرأة على الرجل، وهو ملك لها، لا يحل لأحد أبا كان أو غيره أن يأخذ منه شيئا إلا إذا طابت المرأة نفسا بهذا الأخذ".[1]

هذا التعريف عرف الصداق باعتباره حقا، إلا أنه يؤخذ عليه أنه لم يذكر سبب استحقاقه ولا موجباته.

كما عرف المهر على أنه"حق خالص للمرأة أوجبه الله تعالى تطييبا لخاطرها وتأليفا لقلبها[2] لقوله تعالى:"وآتوا النساء صدقاتهن نحلة".[3]

من خلال هذا التعريف يمكن القول أنه عرف المهر على أنه هدية، وليس ثمنا للاستمتاع كما عرفه البعض، و أحسن في ذلك، إلا أنه لم يحدد موجباته كالدخول والوفاة...، واكتفى باعتباره حقا للزوجة وأنه هدية لازمة لها.

والمهر في اصطلاح الفقهاء هو المقابل المقدم للمرأة في عقد زواجها سواء كان هذا المقابل مالا أو منافع مالية وغير مالية من كل ما هو مباح شرعا ويعد ملكا خالصا للمرأة تتصرف فيه كيف تشاء، ويجب هذا المهر بمجرد العقد الصحيح ويتأكد وجوبه بأحد الأمور التالية:[4]

موت أحد الزوجين بعد العقد، الدخول الحقيقي، الخلوة الصحيحة، وللمهر عدة أسماء فهو: الأجر، والعوض، والنحلة، والعقر، والصدقة، والحباء، والصداق، والعطاء، والهبة، وغيرها

---

[1] عبد العظيم بدوي. الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز. ط3. دار ابن رجب. المنصورة . مصر. 2001.ص282.

[2] حسين طاهري.المرجع السابق.ص41.

[3] سورة النساء: الآية04.

[4] محمد باوني.المرجع السابق. ص92.

من أسماء واشتقاقات لغوية ذات مدلول واحد هو الحق المخول للزوجة في العقد والواجب على الزوج.[1]

من خلال عرض مختلف هذه التعاريف، أرجح التعريف الأخير لأنه يبدو لي أنه الأشمل والأعم والدال على المعنى المقصود.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير مهر المثل في حالة عدم تسميته.

نظم المشرع الجزائري أحكام المهر في المواد من 1714 من قانون الأسرة الجزائري بشكل عام، وعالج مسألة مهر المثل بصفة خاصة في نص المادة 15 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء نصها كما يلي:"يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا.

في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل"

يستشف من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد نص على استحقاق الزوجة لمهر المثل في حالة عدم ذكر قيمة الصداق في العقد، والمهر يجوز أن يكون معجلا بمجرد العقد، وقد يكون مؤجلا كله أو بعضه بحسب الإتفاق وإذا لم يكن هناك اتفاق وجب اتباع العرف المتعامل به، غير أنه يستحب دفع المهر كله أو بعضه لحاجة المرأة إليه.[2]

ذلك أن المهر الواجب في الزواج نوعان: المهر المسمى ومهر المثل.

الأول" المهر المسمى": وهو الذي اتفق عليه عند العقد، أو قدر بعده بتراضي الطرفين، كما إذا عقد العقد بدون تسمية المهر، ثم اتفق بعده على قدر معين، فإنه يكون المهر الواجب متى كانت تسميته صحيحة.[3]

أما الثاني فهو مهر المثل: فلقد كان موضوع اختلاف الفقهاء.

---

[1] محمد باوني.المرجع السابق. ص92.

[2] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص77.

[3] حسين طاهري. المرجع السابق. ص42.

فالحنفية قالوا: مهر المثل حكم كل عقد صحيح لم يسم فيه مهر أصلا، أو سمي فيه ما هو مجهول، أو ما لا يحل شرعا.[1]

حيث جاء في البحر الرائق، فيقال:" وإن لم يسمه أو نفاه فلها مهر مثلها إن وطئ أو مات عنها".[2]

أما المالكية فقالوا: بأن مهر المثل هو عبارة عن قدر من المال الذي يرغب به مثل الزوج في الزوجة باعتبارها هي متصفة به من الصفات الحسنة من محافظة على أركان الدين والعفة، والصيانة والجمال الحسي والمعنوي، وهو جمال الخلق والحسب والكرم والمروءة والعلم والصلاح والمال والبلد.[3]

وإنما تعتبر هذه الأوصاف إذا لم يكن لها مماثل في الأوصاف المذكورة من قبيلتها كأختها وعمتها إذا كانت أخت أبيها لا لأمه، فان كان لها مماثل في أوصافها المذكورة من قبيلة أبيها اعتبر صداق المثل بالنسبة لمماثلها، وتعتبر هذه الأوصاف ولو كانت تفويضا.[4]

ونكاح التفويض جائز وهو أن يعقداه ولا يذكران صداقا، ثم لا يدخل بها حتى يفرض لها، فان فرض لها صداق المثل لزمها. [5]

وقال الشافعية: بأن مهر المثل أولا بالقياس إلى أقاربها اللاتي لو فرضت إحداهن ذكرا كان عصبة لها، فإن لم يكن فيهن من يماثلها ينظر إلى ما بعدهن.

---

[1] عبد الرحمن الجزيري. كتاب الفقه على المذاهب الأربعة. ط2. ج4. كتاب النكاح والطلاق. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.2002.ص118

[2] أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي. البحر الرائق شرح كنز الدقائق(في فروع الحنفية). ط1.ج3. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.1997. ص256.

[3] عبد الرحمن الجزيري. المرجع السابق. ص119.

[4] المرجع نفسه. ص119.

[5] أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني. الرسالة في فقه الامام مالك.(د.ط). دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.(د..ت). ص67.

أما الحنابلة فقالوا: بأن مهر المثل يفرضه الحاكم بالقياس إلى نساء قرابتها، كأم وخالة، وعمة وأخت، فيعتبره الحاكم بمن تساويه منهن في مال، وجمال، وعقل، وأدب، وسن، وبكارة، وثيوبة، ويراعى في ذلك من كانت إليها بالترتيب، فإذا ساوتها أمها قيست بها، وإلا فأختها، وإلا فعمتها، وإلا فخالتها، فإن لم يكن لها أقارب قيست بمن يشابهها من نساء بلدها.[1]

من خلال عرض الآراء الفقهية المتشعبة حول مسألة مهر المثل أرجح ما ذهب إليه الحنابلة.

لذا يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد منح للقاضي سلطة تقديرية تمكنه من تحديد مهر المثل في حالة النزاع بين الزوجين وعدم تسمية الصداق في العقد وقبل الدخول، فالقاضي في هذه الحالة يجب أن يبحث عن تقديره لمهر المثل عن مهر المثل في تلك المنطقة، لأن كل مكان له عرف معين سائد فيه، وتختلف المهور باختلاف المناطق والأمكنة.

لذا يجب على القاضي أن يكون حريصا دقيقا عند تقديره لمهر المثل معتمدا على المعايير السابق ذكرها(العرف السائد في المنطقةالصفات التي تماثل امرأة مثلها).

المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في حالة النزاع حول أصل التسمية.

من بين النزاعات أو الخلافات التي تثور حول مسائل المهر المتشعبة، النزاع حول أصل التسمية، وذلك بأن يدعي أحد الزوجين تسمية مقدار معلوم مهرا كخمسين ألف دينار مثلا، بينما ينكر الآخر وجود التسمية أصلا.

فالقاعدة هنا أن "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"،[2] فإذا أقام مدعي التسمية البينة على دعواه قضى له بالمهر المسمى، وإن عجز عن إقامتها، وجه اليمين بناء

---

[1] عبد الرحمن الجزيري. المرجع السابق. ص119.

[2] م.ع. غ.أ.ش. قرار بتاريخ 1987/01/12. م. ق. العدد02 . 1989. ص97.

على طلبه إلى المنكر، فإن نكل عن اليمين حكم بالمسمى لأن نكوله عن اليمين إقرار ضمني بدعوى الخصم، أما إذا حلفها حكم للمدعي بمهر المثل بشرط ألا يزيد على ما ادعته الزوجة لرضاها به،[1] وألا ينقص عما ادعاه الزوج لرضاه بما ادعى، وذلك لأن مهر المثل هو الموجب الأصلي، والمسمى من المهر يقوم مقامه عند صحة التسمية، وعند عدم ثبوت التسمية لا مناص من الرجوع إلى الأصل وهو مهر المثل.

هذا إذا وقع الخلاف أثناء قيام الزوجية، سواء حدث قبل الدخول أو الخلوة أو بعدها، وكذا إذا وقع الطلاق بعد الدخول أو الخلوة.[2]

إن القاضي عندما تطرح عليه مسألة واضحة، ليست له الحرية في تقدير كل وسيلة من وسائل الإثبات، على أن القانون هو الذي يحدد حجية كل واحدة منها، باستثناء شهادة الشهود والقرائن التي يملك فيها القاضي سلطة تقديرية.

و هكذا فان استدل طرف الخصومة بدليل كتابي أو طلب من خصمه أداء اليمين الحاسمة أو استند إلى إقرار قضائي، فعلى القاضي أن يأخذ بعين الإعتبار إثبات الوقائع، حتى ولو كان اقتناعه ينصب على حقيقة أخرى بالنسبة للواقع.[3]

المطلب الرابع: السلطة التقديرية للقاضي في حالة النزاع حول مقدار المهر.

اتفق الفقهاء على أنه ليس للمهر حد أعلى يقف عنده ولا يصح أن يتجاوزه، إذ لم يرد نص لا في الكتاب ولا في السنة يقدر حدا أعلى للمهر، أما قوله تعالى:"...وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلاَ تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْئًا..."،[4] فالمراد به المال الكثير لا تحديد للمهر بهذا المقدار.[5]

---

[1] لخضر بن عائشة. المرجع السابق. ص 43-44.

[2] المرجع نفسه. ص44.

[3] المرجع نفسه. ص26-27.

[4] سورة النساء: الآية 20.

[5] بدران أبو العينين بدران. المرجع السابق. ص 185.

لذا فإذا كان الخلاف بين الزوجين في مقدار المسمى، واتفقا على أصل التسمية بأن ادعت هي مهرا وادعى هو أقل منه، ففي هذه الحال تكون هي المدعية، وهو المنكر، لأنها تدعي الزيادة، وهو ينكرها.[1]

ولقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى عدة آراء:

ذهب المالكية: أنه إذا تنازع الزوجان في مقداره بعد الطلاق وقبل البناء، فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل براءة الذمة، فإن نكل حلفت وأخذت مدعاها، وكذلك إن ماتت قبل البناء فادعى ورثتها تسميته والزوج تفويضا، ولواختلفا قبل البناء من غير موت ولا طلاق، فالقول قولها، أما بعد البناء فالقول قول الزوج مع يمينه.[2]

أما الحنفية فقالوا:" وإن اختلفا في قدر المهر حكم مهر المثل، بأن ادعى ألفا وهي ألفين، وليس لأحدهما بينة فإنه يجعل مهر المثل حكما، فإن كان مهر المثل ألفا أو أقل فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف لزمه ما أقر به التسمية، وإن نكل لزمه ما ادعت المرأة على أنه مسمى لإقراره أو بذله بالنكول، وإن كان ألفين أو أكثر فالقول قولها مع اليمين فإن نكلت فلها ما أقربه الزوج، وإن حلفت فلها جميع ما ادعت.[3]

وذهب الشافعية إلى أنه إذا وقع النزاع بين الزوج وبين الولي في قدر الصداق، كأن قال الولي: هو مئتان، وقال الزوج: هو مائة وخمسون، وكان هو مهر المثل يساوي مائتين وخمسين، فقيل يتحالفان وجوبا، فإن نكل الزوج حلف الولي ويقضي له بدعواه، وقيل يقضى بمهر المثل.[4]

---

[1] محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. المرجع السابق. ص221.

[2] شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي. الذخيرة.. ط1. ج4. دار الغرب الإسلامي. بيروت. لبنان. 1994. ص380.

[3] أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. المرجع السابق. ص 314.

[4] عبد الرحمن الجزيري. الفقه على المذاهب الأربعة. المرجع السابق. ص.156

[4] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

أما الحنابلة فقالوا: أنه إذا اختلف الزوجان، أو ورثتهما بعد موتهما، أو زوج الصغيرة ووليها في قدر الصداق كأن قال مائة، وقالت مائتان، فادعت الدخول، وأنكر، فإذا لم يكن لأحدهما ما يثبت دعواه كان القول للزوج أو وارثه بيمينه، وذلك لأنه منكر.[1]

من خلال عرض مختلف الآراء الفقهية المتشعبة في مسألة الاختلاف أو النزاع في مقدار المهر، فإني أرجح مذهب الحنفية، لأنهم أرجعوا مسألة الاختلاف في مقدار الصداق إلى الحكم بمهر المثل، وهذا في رأيي هو الرأي الأرجح والسديد.

أما المشرع الجزائري فلقد عالج قضية النزاع حول الصداق من خلال نص المادة 17 من قانون الأسرة، حيث جاء نصها:" في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما و ليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

يستشف من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري في مسألة النزاع حول المهر قد أورد عبارة موجزة لم تتضمن أي تفصيل، حيث أنه تحدث عن النزاع في الصداق بشكل عام، ولم ينص على أي صورة منه، كالنزاع حول التسمية، وكذا الاختلاف في المقدار أو في القبض.

كما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه نحى منحى المذهب المالكي، وأهمل بقية المذاهب الأخرى فيما يتعلق بالنزاع حول المهر.

وفي ظل عموم النص و إيجازه، فما على القاضي الفاصل في النزاع إلا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لينهل من مذاهبها الفقهية التي تشعبت آراؤها في قضايا المهر، وأن يعمل سلطته التقديرية، ويبذل قصارى جهده بهدف إيجاد حكم مناسب للدعوى المعروضة أمامه.

---

[1] عبد الرحمن الجزيري. الفقه على المذاهب الأربعة. المرجع السابق. ص156.

المطلب الخامس: السلطة التقديرية للقاضي في حالة النزاع حول قبض المهر.

إذا كان الاختلاف بين الزوجين في القبض بأن يدعي هو أنه سلّمها قدرا من المهر، وتنكر أنه سلمها شيئا، أو يدعي أنه سلمها مقدارا، أو تدعي أنه سلمها أقل منه،[1] والحكم في هذه المسألة كان محل اختلاف بين فقهاء المذاهب كما يلي:

مذهب المالكية: ذهب القرافي في كتابه الذخيرة إلى أنه" إذا تنازعا في قبض المؤجل وقد بنى بها قبل الأجل صدقت، لأن الظاهر قبضه بعد الأجل، والأصل عدم قبضه قبل الأجل،[2]وقال الدردير في كتابه أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك:" وفي قبض ما حل فقبل البناء قولها وبعده قوله بيمين فيهما إن لم يكن العرف تأخيره ولم يكن معها رهن ولم يكن بكتاب وادّعى دفعه قبل البناء".[3]

وذهب الشافعية: إلى أنه" وان اختلفا في قبض المهر فادعاه الزوج وأنكرت المرأة فالقول قولها، لأن الأصل عدم القبض و بقاء المهر، وإن كان الصداق تعليم سورة فادعى الزوج أنه علمها، وأنكرت المرأة، فإن كانت لاتحفظ السورة فالقول قولها لأن الأصل عدم التعليم.[4]

من خلال دراستي للمسائل المتعلقة بالمهر يمكن القول أن المشرع الجزائري رغم تعرضه لها، إلا أنه في الحقيقة لم يعطها نصيبا كافيا من الاهتمام، حيث أنه نظمها في مواد موجزة لم تتضمن أي تفصيل، مما يحتم على القاضي إعمال سلطته التقديرية بقصد الوصول إلى الحلول فيما يتعلق بمثل هذه القضايا، وفي ظل عموم النصوص وإيجازها ماعلى القاضي إلا البحث والاجتهاد، وذلك بالعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تشعبت آراؤها الفقهية في قضايا المهر بغض النظر عن التقيد بمذهب معين.

---

[1] محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. المرجع السابق. ص 217.

[2] شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي. الذخيرة. الجزء 4. المرجع السابق. ص380.381.

[3] أحمد بن محمد بن أحمد الدردير. أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك. مكتبة أيوب. كانو. نيجيريا.(د.ت).ص66-67.

[4] أبو زكريا يحي بن شرف النووي. المجموع شرح المهذب.(د.ط). بيت الأفكار الدولية. عمان. الأردن. 2005. ص383.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في مسائل النفقة.

من بين الآثار المالية المترتبة على عقد الزواج النفقة، ومادام أن من قوامة الرجل على أسرته وأهل بيته، الإنفاق عليهم، ورعاية شؤونهم، والاهتمام بمصالحهم، وهو وحده المطالب شرعا بأن يوفر لزوجته وأولاده نفقة تسد حاجاتهم، ولا يحتاجون بعدها لأحد.[1]

لهذا فإن المتأمل لنصوص قانون الأسرة الجزائري يجد أنه قد تناول مسائل النفقة في الفصل الثالث من الكتاب الأول أي من المادة 74 إلى غاية المادة 80 منه.

وتعتبر النفقة أثر من الآثار المترتبة على عقد الزواج الصحيح، وعليه يترتب حق الزوجة على زوجها بأن ينفق عليها، ولو كانت غنية، مسلمة أو غير مسلمة،[2] ودون أن يكون له الحق في إلزامها بالخروج للعمل لعيشها[3]، كما ينتج عن انعقاد الزواج صحيحا واجب الزوج الإنفاق على أبنائه، ومن دليل وجوب النفقة قوله تعالى:" لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها".[4]

و تعد قضايا النفقة من المسائل الأكثر شيوعا والتي تثور في الواقع العملي والمطروحة أمام قاضي شؤون الأسرة، مما يحتم على هذا الأخير إعمال سلطته التقديرية في هذا المجال بهدف حل مختلف هذه النزاعات.

وقبل الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في مسائل النفقة، يجب أن أعرج أولا إلى تعريف النفقة لغة واصطلاحا وذلك في المطلب الأول، ثم أتطرق في المطلب الثاني إلى سلطة القاضي في تقدير نفقة الزوجة، ثم أتناول في المطلب الثالث سلطة القاضي في تقدير نفقة الغياب، وأخيرا أتعرض في المطلب الرابع إلى سلطة القاضي في تقدير نفقة الأبناء.

---

[1] أحمد شامي.المرجع السابق.ص263.

[2] اليزيد عيسات بلمامي. التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا. مذكرة ماجستير. تخصص عقود ومسؤولية. كلية الحقوق. بن عكنون. الجزائر. 2003. ص34.

[3] François Paul Blanc. Le droit musulman. édition Dalloz. Paris.1995.p54.

[4] سورة الطلاق: الآية 07.

المطلب الأول: تعريف النفقة.

أتناول تعريف النفقة لغة ثم اصطلاحا في الفروع الموالية:

الفرع الأول: تعريف النفقة في اللغة.

ورد التعريف اللغوي للنفقة في العديد من المعاجم والقواميس، ونظرا لتقارب التعاريف سأقتصر على تلك الواردة في لسان العرب والمعجم الوسيط.

حيث جاء في لسان العرب لابن منظور فيقال:

"وَأَنْفَقَ القَوْمُ: نَفَقَتْ سُوقُهُمْ، وَنَفَقَ مَالُهُ وَدِرْهَمُهُ وَطَعَامُهُ نَفْقًا وَنَفَاقًا وَنَفِقَ، كِلاَهُمَا: نَقَصَ وَقَلَّ، وَقِيلَ فَنِيَ وَذَهَبَ.

وَأَنْفَقَ المَالَ: صَرَفَهُ.

والنَّفَقَةُ: مَا أُنْفِقَ، وَالجَمْعُ نِفَاقٌ. وَرَجُلٌ مِنْفَاقٌ أَيْ كَثِيرُ النَّفَقَةِ.

وَالنَّفَقَةُ: مَا أَنْفَقْتَ وَاسْتَنْفَقْتَ عَلَى العِيَالِ وَعَلَى نَفْسِكَ.[1]

كما ورد التعريف اللغوي للنفقة في المعجم الوسيط فيقال:

النَّفَقَةُ: اسم من الإِنْفَاق-وَمَا يُنْفَقُ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَنَحْوَهَا.

والزاد و ما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكنى والحضانة و نحوها. ج نفقات، ونفاق.[2]

وهي نفس التعاريف الموجودة في مختار القاموس وترتيب القاموس المحيط.

من خلال هذه التعاريف يتضح أن التعريف اللغوي للنفقة يدور حول عدة معان وهي صرف المال أو الدراهم ونحوها من النقص والفساد والذهاب.

---

[1] ابن منظور. لسان العرب. المجلد السادس" الميم-الياء". باب النون. المرجع السابق. ص4508.

[2] مجمع اللغة العربية. المعجم الوسيط. المرجع السابق. ص942.

الفرع الثاني: تعريف النفقة في الاصطلاح.

ورد تعريف النفقة اصطلاحا في عدة كتب ومراجع، ونظرا لتقارب التعاريف أقتصر على ذكر أهمها:

حيث جاء في البحر الرائق فيقال: " النفقة المرادة هنا ليست المشتقة من النفوق بمعنى الهلاك، ولا من النفق ولا من النفاق، بل هي إسم للشيء الذي ينفقه الرجل على عياله، أما في الشريعة فالنفقة هي الطعام والكسوة والسكنى.[1]

كما ورد في زاد المحتاج فيقال: "جمع نفقة من الإنفاق وهو الإخراج في الخير، وجمعها لاختلاف أنواعها وهي قسمان نفقة تجب للإنسان على نفسه إذا قدر عليها، وعليه أن يقدمها على نفقة غيره، ونفقة تجب على الإنسان لغيره، وأسباب وجوبها ثلاثة النكاح والقرابة والملك.[2]

كما عرفت نفقة الزوجة على أنها "ما تحتاج إليه من طعام وكسوة ومسكن وفرش و خدمة، وكل ما يلزم لمعيشتها حسب المعروف، وهي حق واجب ما على زوجها."[3]

وعرفت النفقة كذلك بأنها" ما يدفع به الإنسان حاجة غيره من غذاء ومسكن وملبس وما يلتحق بذلك من مطالب المعيشة والحياة."[4]

من خلال هذه التعاريف يمكن ملاحظة ما يلي:

إن التعريف الأول عرف النفقة على أنها اسم للشيء الذي ينفقه الرجل على عياله، دون أن يوضح ماهية الشيء هل هو مال أو غيره، كما عرفت في الشريعة على حسب مشتملاتها من طعام وكسوة وسكنى وغيرها.

---

[1] أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ج4. المرجع السابق. ص293.

[2] عبد الله بن الشيخ حسن حسن الكوهنجي. زاد المحتاج بشرح المنهاج.ط3. ج3. الشؤون الدينية. قطر.(د.ت).ص563.

[3] عبد الوهاب خلاف. أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. المرجع السابق. ص104.

[4] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

ما يلاحظ على التعريف الثاني أنه عرف النفقة بالاستناد إلى التعريف اللغوي لها وهو الإخراج، كما ركز على أقسامها من نفقة على النفس والغير.

أما التعريف الثالث فإنه عرف النفقة بالمعنى الضيق، حيث ركز على نفقة الزوجة دون غيرها، وفي المقابل أهمل نفقة الأبناء والأقارب.

كما يلاحظ من خلال التعريف الرابع أنه اقتصر في تعريفه على نفقة الغير من جهة، ومن جهة أخرى أهمل نفقة الإنسان على نفسه.

من خلال هذه التعاريف أرجح التعريف الثاني لأنه حسب رأيي هو أشمل التعريفات والدال على المعنى المقصود.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير نفقة الزوجة.

من المعلوم أن الزوجة بمقتضى عقد الزواج تصبح مقصورة على زوجها، ومحبوسة لحقه، وتلتزم بطاعته وبالقرار في بيته، وتدبير شؤون منزله وحضانة وتربية الأولاد، وعليه أن يقوم مقابل ذلك بكفايتها والإنفاق عليها ما بقيت الزوجية قائمة بينهما، ولم يوجد نشوز أو سبب يمنع من النفقة. [1]

وباعتبار النفقة عنصر من عناصر توابع العصمة فهي تنقسم إلى عدة أنواع، فهناك نفقة العدة التي تستحقها كل مطلقة في فترة إبراء الرحم، فالقاضي أثناء حكمه بالطلاق يتعين عليه الحكم بها طلبتها الزوجة أو لم تطلبها، وهذا ما تسير عليه المحاكم والمجالس القضائية، وهناك أيضا نفقة المتعة التي أقرتها الشريعة الإسلامية للمطلقة لجبر خاطرها، بالإضافة إلى نفقة الإهمال، وهي التي تجب للزوجة في حالة إهمالها قبل فك الرابطة الزوجية،[2] وهي موضوع دراستنا الحالية.

---

[1] أحمد شامي. المرجع السابق. ص263.

[2] آسيا بوخاتم. الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري. مذكرة ماجستير في القانون الخاص. كلية الحقوق.جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان. الجزائر .2007. ص122.

نصت المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد8θ7978 من هذا القانون".

من خلال قراءة المادة 74 نجد أنها تنص بشكل واضح على وجوب أن يتولى الزوج الإنفاق على زوجته كمبدأ عام، وذلك متى تم الدخول بها إلى بيت الزوجية أو متى دعيت إليه على الأقل، ذلك أنه إذا لم يقع الدخول بالزوجة أو رفضت الدخول رغم دعوتها إليه، فإن حقها في النفقة على زوجها سيسقط، ولم يعد لها الحق في المطالبة به.[1]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها حيث جاء فيه:

"يبقى التزام الزوج بالإنفاق على زوجته، المقيمة عند أهلها، مادام لم يثبت نشوزها بحكم قضائي".[2]

يستشف من خلال هذا القرار أنه جاء مفسرا لمضمون المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري، بمعنى أن من واجب الزوج الانفاق على زوجته في حالة استيفائه لحقوقه الزوجية، إلا في حالة ثبوت عدم طاعتها و نشوزها، وبالتالي يسقط هذا الحق.

وجاء في قرار آخر لها:

"من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها في النفقة وحق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي.

وأن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة الطاعنة رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطئوا في تطبيق القانون".[3]

---

[1] عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. المرجع السابق. ص105.

[2] م.ع. غ.أ.ش. ملف رقم 466390. قرار بتاريخ 12-11-2008. مجلة المحكمة العليا. العدد الثاني.2008. ص317.

[3] م.ع. غ.أ.ش. ملف رقم237148 . قرار بتاريخ 22-02-2000 /نبيل صقر. قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا. المرجع السابق .ص280.

يلاحظ من خلال قراءة مضمون هذا القرار أنه جاء تفسيريا بمعنى أنه شرح وفسر نص المادة 74 من قانون الأسرة المتعلقة بواجب نفقة الزوج على زوجته، وهذا بصرف النظر عن حالة الزوجة المادية سواء كانت غنية أو فقيرة والمستمدة أصلا من أحكام الشريعة الاسلامية.

كما نص المشرع الجزائري في نص المادة 78 من قانون الأسرة على أنه:"تشمل النفقة الغذاء والكسوة و العلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري قد ذكر مشتملات النفقة من غذاء وكسوة، حيث تجب الكسوة على الزوج أيضا بإجماع أهل العلم لقوله تعالى:" **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف**"،[1] وهي معتبرة بقدر كفاية الزوجة، وليس لها مقدار معين عند العلماء، ويرجع في تقديرها إلى اجتهاد القاضي، فيفرض لها قدر كفايتها على ما تعارف عليه الناس في بلدها.[2]

كما تعتبر السكنى للزوجة على زوجها واجبة، وهذا الحكم متفق عليه بين الفقهاء لقوله تعالى:"أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم".[3]

لذا فمن المعروف الواجب على الزوج تجاه زوجته إسكانها في مسكن تأمن فيه على نفسها و مالها، لذا فكانت السكنى حقا خالصا لها.[4]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها، حيث جاء فيه:

---

[1] سورة البقرة: الآية 233.

[2] سالم بن عبد الغني الرافعي. أحكام الأحوال الشخصية في الغرب. المرجع السابق. ص484.

[3] سورة الطلاق: الآية06 .

[4] نوارة دري.(حق الزوجة في السكن المستقل). مجلة الإحياء. كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الانسانية . جامعة الحاج لخضر . باتنة. العدد13. 2009. ص48-49.

"اشتراط الزوجة الأولى توفير سكن منفرد للرجوع، لا يشكل حالة نشوز."[1]

يتضح من خلال استقراء مضمون هذا القرار أنه جاء مؤكدا وشارحا لنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها:"تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة."

وبالتالي هذه الأخيرة اعتبرت السكن من مشتملات النفقة، لذلك فمطالبة الزوجة به لا يعد حالة نشوز، بل هو حق من حقوقها المقررة شرعا وقانونا.

ومن ثم يعتبر هذا القرار موفقا وصائبا و مطابقا للقانون وغير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية.

فالملاحظ أن المشرع الجزائري من خلال المادة 78 سالفة الذكر، أن عناصر النفقة الزوجية واردة على سبيل المثال لا الحصر، بدليل أنه قرر أنه يمكن إضافة كل شيء يعتبر ضروريا في عرف الناس وعاداتهم، بما في ذلك المستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة.[2]

ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما نص على أنه يدخل في النفقة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة في إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية في حدود طاقة الزوج، بلا إسراف و لا تقصير،[3] ذلك أن ما اعتبره المشرع الجزائري من الضروريات في العرف والعادة أمر نسبي، فهو يتبدل عبر الأمكنة والأزمنة وحسب ظروف الناس، وما يعتبر من الأشياء الكمالية في مكان معين، قد يكون من الأمور الضرورية في مكان آخر.

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم364855. قرار بتاريخ 2006/07/12/ حسين طاهري. الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق. ص525.

[2] أحمد شامي. المرجع السابق. ص272.

[3] عبد القادر حرز الله. المرجع السابق. ص389.

لهذا فعلى القاضي الذي سيحكم بمثل هذه النفقة أن يضع نصب عينيه كل هذه العناصر مجتمعة عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة، ومن هنا تبرز لنا السلطة التي منحها المشرع الجزائري للقاضي في تقدير مسائل النفقة.

إن تقدير النفقة في القانون الجزائري يخضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص(قاضي شؤون الأسرة) على حسب حال الطرفين، وعلى هذا يجب مراعاة حال الملزم بها المالية، وتغير الأسعار في الأسواق وظروف المعيشة.[1]

وهذا ما نصت عليه المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري الذي جاء فيها: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم."

حيث بينت هذه المادة بأن المعتبر في النفقة هو حالهما معا(أي الزوج والزوجة)، وبهذا يكون المشرع قد نحا في ذلك منحى جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة في هذه المسألة جامعا بين رأي الشافعية القائل باعتبار حال الزوج فقط يسارا و توسطا و إعسارا ورأي بعض الحنفية المعتبر لحالها دون حاله، بحيث ينفق عليها بقدر كفايتها.[2]

والحق أن ما ورد في نص هذه المادة هو الأنسب للتطبيق من الناحية العملية و الواقعية، وذلك لكونه يراعي حالهما معا، إذ لو اعتبر حالها فقط وكانت من أسرة غنية وزوجها متوسط الحال، لوقع في إرهاق ومشقة وعنت، بسبب تكليفه بتوفير النفقة المناسبة لمكانتها الاجتماعية ويقاس على هذا لو اعتبر حال الزوج فقط، إذ قد يكون فقيرا وتكون زوجته من أسرة غنية، فاعتبار حاله دون حالها فيه غبن للزوجة، وعليه فإن الرأي الأصوب والأمثل ما نصت عليه المادة من اعتبارهما معا.[3]

---

[1] زهير بن حشاني. النفقة الزوجية في قوانين الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي. مذكرة ماجستير. تخصص قانون شؤون الأسرة. كلية الحقوق والعلوم السياسية . جامعة العربي بن مهيدي. أم البواقي. 2011. ص67.

[2] سعاد سطحي. (موقف الشريعة الإسلامية من التفريق القضائي بسبب الإعسار بالنفقة). مجلة الحقيقة.جامعة أدرار. العدد السادس. ماي 2005. ص200.

[3] المرجع نفسه. ص201.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها حيث جاء فيه:

"من المقرر شرعا وقانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إلا إذا ثبت نشوز الزوجة، ومن المقرر أيضا أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم، من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة.

ولما كان من الثابت في -قضية الحال-أن المجلس لما قضى بتحديد النفقة للبنت اعتبارا من تاريخ الدعوى القضائية دون أن يقدر ظروف الزوج ومدخوله ووسعه والمدة الزمنية التي مرت بها القضية وطول المرافعات يكون قد خالف القانون وأحكام الشريعة الإسلامية".[1]

يلاحظ من خلال مضمون هذا القرار أنه جاء تأكيديا، أي أنه أكد على القاعدة القانونية التي استقر عليها القضاء المتمثلة في نص المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي فإن قضاة الموضوع عندما حددوا النفقة بدون تقدير ظروف المعيشة وكذا حال الطرفين من عسر ويسر، فإنهم بقضائهم هذا قد خالفوا أحكام القانون والشريعة الإسلامية معا.

وورد في قرار آخر لها:

"من المقرر فقها وقضاء أن النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا، ثم حال مستوى المعيشة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية.

لما كانت جهة الاستئناف-في قضية الحال-قضت بتخفيض النفقة المحكوم بها للزوجة ابتدائيا دون أن تبحث عن دخل الزوج وحالة معيشة الزوجة، ودون حساب مستوى المعيشة

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 51715. قرار بتاريخ 16-01-1989/ نبيل صقر. قمراوي عز الدين. قانون الأسرة نصا وتطبيقا. (د.ط). دار الهدى. عين مليلة. الجزائر. 2008. ص168.

السائدة في المكان الذي يعيش فيه الزوجان، فإنها بقضائها كما فعلت خالفت القواعد الشرعية."[1]

يستشف من خلال هذا القرار أنه جاء كسابقه مؤكدا لما ورد في نص المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري، وبما أن قضاة الموضوع في قضية الحال قضوا بتخفيض مبالغ النفقة بغض النظر عن سعة الزوج أو دخله وظروف المعيشة و حال الطرفين من عسر ويسر فإنهم بقضائهم هذا قد أساؤوا تطبيق القانون، وبالتالي هذا القرار يعتبر موفقا فيما ذهب إليه.

وإذا كانت مراعاة حالة الزوج وحالة الأسعار واجبة عند الفرض لكي لا يتضرر أحد الزوجين قدمت مراعاة ذلك بعد الفرض، شريطة مرور سنة من الحكم، فإذا تغيرت حالة الزوج من اليسر إلى العسر أو العكس فرضت النفقة من جديد حسب الواقع، فعلى القاضي أن يجيب الطالب منهما متى ثبت عنده صحة دعواه، فيعدل التقدير السابق إذا تبين له أنه أخطأ في تقديره الأول.[2]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها:

"لا يجوز الاحتجاج بحجية الشيء المقضي فيه في النفقات.

من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ليس في محله. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 19880927 ومراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجيات أولادها بما

---

[1] م.ع.غ.أ.ش.ملف رقم44630. قرار بتاريخ 09-02-1987. المجلة القضائية.العدد03. 1990.ص55.

[2] طاهري حسين. المرجع السابق.ص165-166.

فيها مصاريف المعيشة والمدرسة وأجرة السكن، فإن القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون."[1]

وفي نفس السياق صدر قرار آخر لها، حيث جاء فيه:

"لا تكتسب الأحكام الفاصلة في القضايا المتعلقة بالنفقة وحالة الأشخاص حجية الشيء المقضي به."[2]

من خلال استقراء هذين القرارين يمكن القول أنهما جاء مفسرين لما ورد في نص المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي فللقاضي الذي فصل فيه من جديد، ولكن بشرط مرور مدة سنة من صدور الحكم، وهذا نظرا للمستجدات التي قد تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة.

وبالتالي لا يجوز الاحتجاج بحجية الشيء المقضي فيه في مسائل النفقة لأنها ليست ثابتة بل هي متغيرة عبر الزمن.

لهذا يمكن القول أن المحكمة العليا قد وفقت فيما ذهبت إليه فيما يتعلق بهذين القرارين.

فنص المادة 79 عندما نصت على عدم مراجعة تقدير النفقة إلا بمضي سنة، فهو تقدير معقول، وهذا لأنه لا يتصور تغيير أسعار الغداء والكساء وأجرة السكن تغييرا فاحشا في مدة أقل من سنة.[3]

وعليه فرغم أن الخصوم تعودوا على أن يطلب المدعي منهم مبالغ ضخمة وأحيانا خيالية لا يقبلها العقل والمنطق، فإن مهمة القاضي هي تقدير قيمة النفقة يكون وفق ميزان عادل،[4] لذا عليه أن يحكم ضميره، ويعتمد في تقديره على مراعاة الأيسر والأسهل على الزوج في الدفع،

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 136604. قرار بتاريخ 23-04-1996. مجلة قضائية. العدد2. 1997. ص170-171.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 473962.قرار بتاريخ14-01-2009. مجلة المحكمة العليا. العدد الثاني.2009.ص262.

[3] سعاد سطحي.(موقف الشريعة الإسلامية من التفريق القضائي بسبب الإعسار بالنفقة). المرجع السابق. ص201.

[4] زهير بن حشاني. المرجع السابق. ص68.

ذلك أن الهدف من إصدار الأحكام القضائية هو الوصول إلى حسن تنفيذها، فإذا كان في حكم القاضي نوع من الإرهاق للمكلف بالنفقة وتحميله ما لاطاقة له به، فهنا نجده يمتنع عن أدائها، وبالتالي تضيع الحكمة من الحكم بإلزام الزوج قضائيا بها، وهذا ما نصت عليه المادة 80 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها:"تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى."

من خلال هذه المادة يتضح أن الحكم باستحقاق النفقة يبدأ من تاريخ رفع الدعوى وتسجيلها في كتابة الضبط بالمحكمة إلى تاريخ صدور الحكم، وقد أجاز القانون استثناء أن يقدرها القاضي لمدة سابقة عن رفع الدعوى، وذلك تقديرا للظروف التي تكون فيها المرأة، والتي أخرتها عن رفع الدعوى لكي تفتح فرصة لزوجها لمراجعة نفسه.[1]

فالأصل في وجوب النفقة أن يثبت لمجرد امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته، ولو امتد ذلك سنوات، إلا أن القانون منح الحكم بالنفقة لمدة سنة سابقة على الادعاء، حتى لا يترك مجالا لإرهاق الزوجة زوجها، إذ تترك مطالبته بالنفقة سنوات كثيرة، ثم تطالبه بها مرة واحدة فيقع في ضيق وحرج.[2]

والإثبات في هذه الحالة يكون بإقامة الزوجة الدليل على أن الزوج ممتنع عن الإنفاق خلال هذه المدة كلها، فان انعدمت البينة تعذر القول و الإشهاد بادعاء الزوجة ذلك.[3]

وبالتالي فيبدو لي أن المشرع الجزائري قد وفق فيما ذهب إليه عندما منع القاضي من الحكم للزوجة بكل ما تطلبه من نفقة متراكمة عن مدة سنوات سابقة باستثناء سنة واحدة قبل رفع الدعوى.

---

[1] لخضر بن عائشة. المرجع السابق. ص176.

[2] العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق. ص176.

[3] لخضر بن عائشة. المرجع السابق. ص55.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير نفقة الغياب.

نصت المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري على أن" الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود."

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري قد عرف الغائب وميزه عن المفقود الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف أهو حي أو ميت، على عكس الغائب الذي منعته فقط ظروف معينة من العودة إلى موطنه، والذي ترتب على غيابه ضرر للغير.

هذا وتعد الغيبة حالة من حالات الضرر التي تصاب بها الزوجة، فقد يحدث وأن يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة، ولا يترك لها مالا تنفق منه، فيتركها كالمعلقة لا هي متزوجة ولا هي مطلقة.

وغياب الزوج عن زوجته قد يكون الهدف منه سليما، كسفره من أجل طلب العلم أو التجارة أو العمل، وقد يكون القصد منه إلحاق الضرر بالزوجة، وذلك ببعده عنها وتركها دون معيل.

والمراد بالغائب الذي هو محل هذه الدراسة هنا هو من يتعذر إحضاره إلى مجلس القضاء لمخاصمته في النفقة التي تطالب بها زوجته سواء كان ذهب بسبب سفره أو اختفائه في البلد الذي تقيم فيه زوجته، فإذا غاب الزوج بهذه الصورة و طلبت زوجته من القاضي أن يفرض لها نفقة عليه،[1] وكان له مال ظاهر حكم لها القاضي بالنفقة، ونفذ الحكم في ماله الظاهر، سواء أكان من جنس النفقة أم لم يكن من جنسها، وان لم يكن له مال ظاهر حكم عليه أيضا بالنفقة و استدانت عليه.[2]

---

[1] حسين طاهري. المرجع السابق. ص168.

[2] محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. المرجع السابق. ص246.

ففي الحالة الأولى إذا كان للزوج الغائب مال من جنس النفقة كالنقود والغلال وغيرهما في يد الزوجة، فرض القاضي لها النفقة، وأمرها بأخذ المفروض من المال الذي في يدها، وهذا بعد أن يسمع القاضي دعوى الزوجة ودليل زوجها الغائب، أما إذا ترك مالا ليس من جنس النفقة كالعقارات مثلا، حكم لها بالنفقة، وتؤخذ من إيجار هذه العقارات.[1]

أما في حالة ما لم يكن له مال أصلا فرض لها النفقة وأذن لها بالاستدانة على الزوج بعد أن يحلفها اليمين.[2]

لذا يمكن القول أن للزوجة الحق في النفقة سواء كان الزوج حاضرا أو غائبا، وما على الزوجة إلا الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بهذا الحق في حالة غياب الزوج، وما على القاضي إلا أن يعمل سلطته التقديرية في هذا المجال لكي يحدد مبالغ النفقة وفق ميزان عادل دون إسراف ولا تقتير وفقا للشروط والمعايير التي سبق ذكرها في نفقة الاهمال.

المطلب الرابع: سلطة القاضي في تقدير نفقة الأبناء.

إن الإسلام لم يحمل الطفل واجب النفقة على نفسه أو على غيره لأن هذا التكليف خارج على قدرته، ولكن ألقى مسؤولية ذلك على الوالدين ومن دونهم من الأقارب في حالة فقدهما،[3] وفي هذا الاتجاه سار المشرع الجزائري وهذا ما أكدته المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري على أنه" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"

لذا يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد وضع لمدة وجوب النفقة على الوالد أجلين مختلفين، فبالنسبة إلى الولد الذكر تسري مدة النفقة عليه من يوم ولادته إلى يوم

---

[1] العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق. ص168.

[2] حسين طاهري. المرجع السابق. ص 168.

[3] بلقاسم شتوان. (حقوق الطفل في الأسرة والمجتمع). مجلة الإحياء. كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية. جامعة الحاج لخضر. باتنة. الجزائر. العدد13 .2009. ص339.

بلوغه سن الرشد القانوني، وبالنسبة للبنت مدة النفقة من يوم ولادتها إلى يوم زواجها والدخول بها، حيث ينتقل واجب النفقة من على كاهل والدها إلى زوجها، ولم يعد الأب يتحمل الإنفاق عليها بعد ذلك.[1]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها:

"من المقرر أن الأنثى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على كسب وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام المادة 75 من ق.أ ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص النفقة".[2]

وذهبت في قرار آخر:

"تبقى نفقة البنت على والدها ملازمة لها ولا تسقط عنها إلا بالدخول أو الاستغناء عنها بالكسب"[3]

من خلال استقراء مضمون هذه القرارات يتضح أنها جاءت مؤكدة لنص المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على الأجلين المحددين قانونا لوجوب النفقة.

فبالنسبة للقرار الأول يتعلق بالأولاد الذكور، حيث أن النفقة تسقط ببلوغ سن الرشد، ومن ثم فإن تجاوز هذا السن يعتبر مسقطا لها باستثناء مزاولة الدراسة أو العجز.

أما فيما يتعلق بالقرار الثاني والثالث فإنه يتعلق بالبنات، حيث تبقى النفقة واجبة على الأب إلى غاية الدخول بهن أو حصولهن على كسب.

---

[1] عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. المرجع السابق. ص 106.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم218736. قرار بتاريخ16-02-1999/ محمد لمين لوعيل. الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي.المرجع السابق. ص97.

[3] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 318418. قرار بتاريخ 23-02-2005/حسين طاهري. الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق. ص468.

أما إذا تعلق الأمر بوجوب نفقة الأولاد سواء كانوا ذكورا أو إناثا ممن أعجزهم المرض العقلي أو البدني عن الكسب، أو كانوا بصدد مزاولة الدراسة ومواصلة طلب العلم، فإن وجوب النفقة على الوالد يبقى متواصلا، و لا يسقط إلا بانقطاعهم عن مزاولة الدراسة، أو باستغنائهم عنها بالكسب.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها حيث جاء فيه:

"من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب.

ومتى ثبت – في قضية الحال-أن الولد المنفق عليه معوق ويتقاضى منحة شهرية، فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجاته طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[1]

من خلال هذا القرار يستشف بأنه جاء مفسرا لما ورد في نص المادة 75 من قانون الأسرة، حيث أن هذه الأخيرة ألزمت على الأب الإنفاق على الولد الذي ليس له كسب، وبما أن الولد معوق وعاجز عن الكسب في قضية الحال، وبالتالي لا يسقط حقه في النفقة بالرغم من تقاضيه منحة المعوقين، لأن هذه الأخيرة تعتبر مجرد مساعدة ولا تكفيه لسد حاجياته ومستلزماته اليومية، وبالتالي يعتبر هذا القرار موفقا وغير مخالف للقانون فيما ذهب إليه.

هذا ونصت المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري على أنه" في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

يلاحظ من خلال مضمون هذه المادة أنه في حالة ما إذا أصبح الأب فقيرا وعاجزا عن الكسب وتوفير المال اللازم للإنفاق على زوجته و أولاده، فإن واجب الإنفاق ينتقل من

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم179126 . قرار بتاريخ 17-02-1998/ محمد لمين لوعيل. الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي. المرجع السابق. ص96-97.

على عاتق الأب إلى عاتق الأم، وتصبح هي الملزمة بالإنفاق سواء بصفة مؤقتة أو بصفة مستمرة إلا إذا كانت ذات مال ومدخول.

وهذا ما أكده القرار الصادر في 2007/05/09، حيث جاء فيه:

"لا تنتقل إلى الجد نفقة الأم على الأولاد طالما كان لها دخل"[1]

يستشف من خلال هذا القرار أنه جاء تفسيريا وشارحا لنصي المادتين 76 التي سبق ذكرها، وكذا المادة 77 من قانون الأسرة التي نصت على أنه" تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

بمعنى أنه إذا كان الزوج عاجزا عن الإنفاق انتقل هذا الالتزام إلى الأم إذا كانت لها دخل، ولا تنتقل هذه النفقة إلى الجد مادامت أن الأم أقرب درجة من الجد، ومن ثم يمكن القول أن هذا القرار وفق في ما ذهب إليه.

وما يؤخذ على القانون أنه لم يبين في هذه الحالة ما إذا كانت نفقة الأم تصير دينا على الزوج يجب الوفاء به لاحقا عندما يتيسر ذلك، فعبارة العجز غير واضحة، فربما أصابه إفلاس أو مرض ونحو ذلك، كما لم يتعرض النص إلى عجز الزوجين معا عن الإنفاق فربما بجانب عجز الزوج قد لا تجد الزوجة ما تنفق منه على نفسها و أولادها.[2]

تبقى مسألة في غاية الأهمية وهي مسألة تقدير نفقة الأولاد، فهي بطبيعة الحال تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فنفس الأحكام المتعلقة بكيفية تقدير نفقة الزوجة تنطبق على الأولاد.

هذا ومن خلال رأي القضاء فإن النفقة تقدر على حسب الدخل وسعة الزوج بصفة عامة، ونفقة الأبناء تقدر بصفة خاصة حسب عدد الأبناء والعمر وكذا مدخول الزوج، والأمر تقديري للقاضي على حسب المعايير السابق ذكرها.

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 390381. قرار بتاريخ 2007/05/09. مجلة المحكمة العليا. العدد الثاني.2008. ص295.

[2] الرشيد بن شويخ.المرجع السابق.ص159.

من خلال ما تقدم ذكره حول مسائل النفقة يتضح أن القاضي من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية يلعب دورا مهما في تقدير قيمة النفقة، وأن مجالها واسع خاصة في البحث عن قدرة الزوج وظروف وحال الطرفين، وكذا البيئة التي يعيشون فيها وتغير ظروف المعيشة وغلاء الأسعار وانخفاضها، كل هذا يفرض على القاضي أن يكون باحثا اجتماعيا واقتصاديا، بمعنى أن يكون على اطلاع لمعرفة المتغيرات الواقعة، بالإضافة إلى احترام القواعد التي وضعها المشرع في قانون الأسرة الجزائري خاصة المواد74 θ8، وكذا بالاستناد إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر المرجعية الفقهية في قانون الأسرة الجزائري طبقا لما نصت عليه المادة 222 منه، وهذا بقصد الوصول إلى تقدير سوي وفق ميزان عادل.

المبحث الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في إثبات النسب.

إذا كان الزواج هو الطريق الشرعي الوحيد لتأسيس أسرة وتكوينها على أساس المحبة والمودة والرحمة، وهو الطريق الشرعي الوحيد لعمارة الأرض واستخلافها والمحافظة على الأنساب، ذلك أن النسب هو نتيجة طبيعية وشرعية للنكاح وحقيقة كبرى في هذا الوجود ولأن الله جعل البشر ذوي نسب وذوي مصاهرة.[1]

حيث يحتل موضوع ثبوت نسب الأولاد إلى والديهم مكانة حساسة في مجال الأحكام المنظمة لقانون الأسرة، وهذا بسبب الدور الذي يلعبه النسب في إنشاء الروابط الأسرية، وما يترتب على ذلك من آثار.[2]

وبالنظر إلى أهمية النسب وخطورته نجد أن الشريعة الإسلامية اهتمت به ونظمت أحكامه وجعلته محل حماية وكذا أحد المقاصد الكلية لها، وقد واكب القانون الجزائري الفقه الإسلامي في هذه المسائل، حيث نظم أحكام النسب وأحاطها بمجموعة من الضوابط التي

---

[1] باديس ذبابي.حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري.(د.ط).دار الهدى.عين مليلة.الجزائر.2010.ص05.

[2] سديد بلخير. الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري. دراسة مقارنة. ط1. دار الخلدونية. القبة. الجزائر.2009.ص71.

تمنع اختلاط الأنساب وتحافظ على العلاقات داخل المجتمع،[1] كما منح للقاضي سلطة تقديرية في مجال إثبات النسب.

وقبل الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في مجال إثبات النسب، يجب أن أتطرق أولا إلى تعريف النسب و أهميته وذلك في المطلب الأول، ثم أتعرض في المطلب الثاني إلى أسباب ثبوت النسب، وفي المطلب الثالث والأخير أعرج إلى سلطة القاضي في تقدير طرق إثبات النسب.

المطلب الأول: تعريف النسب و أهميته.

أتناول في هذا المطلب تعريف النسب في الفرع الأول، ثم أتعرض إلى أهميته في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف النسب.

أولا: تعريف النسب في اللغة.

ورد التعريف اللغوي للنسب في عدة معاجم وقواميس أذكر أهمها:

حيث جاء في معجم لسان العرب لابن منظور فيقال:

"النَّسَبُ: نَسَبُ القَرَابَاتِ، وَهُوَ وَاحِدُ الأَنْسَابِ.

وَ النَّسَبُ: القَرَابَةُ.[2]

وورد في المعجم الوسيط فيقال:

انْتَسَبَ: ذكر نَسَبَهُ.

والنَّسَابُ:العَالِمُ بِالأَنْسَابِ.

---

[1] عبد الرؤوف دبابش.(ثبوت النسب في الأنكحة الفاسدة و الباطلة في الشريعة وقانون الأسرة الجزائري). مجلة الاجتهاد القضائي. العدد السابع.جامعة محمد خيضر. بسكرة. ص70.

[2] ابن منظور. لسان العرب. المجلد السادس"الميم-الياء". باب النون. ج49. المرجع السابق. ص4405.

وَالنَّسَبُ: القَرَابَةُ، وَيُقَالُ نَسَبُه فِي بَنِي فُلَان هُوَ مِنْهُمْ.(ج) أَنْسَابٌ.[1]

ونفس التعريف ورد في مختار القاموس وكذا ترتيب القاموس المحيط.

ونظرا لتقارب التعاريف اللغوية المتعلقة بالنسب، يمكن القول أن النسب في اللغة معناه الصلة والقرابة.

ثانيا: تعريف النسب في الاصطلاح.

يعتبر النسب من أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط به أفرادها برباط دائم من الصلة تقوم على أساس وحدة الدم، فالولد جزء من أبيه، والأب بعض من ولده، ورابطة النسب هي نسيج الأسرة الذي لا ينفصم عراه، لذا امتن الله تعالى على الإنسان بالنسب[2] فقال:"وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا".[3]

عُرّف النسب اصطلاحا في العديد من الكتب والمراجع، ونظرا لتقارب التعاريف سأقتصر على ذكر أهمها:

النسب: هو رابطة الدم والسلالة التي تربط الشخص بأصوله وفروعه وحواشيه.[4]

كما عُرّف على أنه: تلك القرابة وهي الاتصال بين شخصين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة.[5]

وعُرّفت رابطة النسب بأنها: تلك الرابطة التي تربط الطفل بأبيه، أو التي تربطه بأمه، أو بأيهما معا،

---

[1] مجمع اللغة العربية. المعجم الوسيط. المرجع السابق. ص916.

[2] عبد القادر حرز الله. المرجع السابق.ص349..

[3] سورة الفرقان: الآية54.

[4] سديد بلخير. المرجع السابق. ص71.

[5] عبد الله بن محمد المطلق. فقه السنة الميسر. قسم الأحوال الشخصية. ط1. ج3. دار كنوز اشبيليا. الرياض.السعودية. 2008.ص385.

وتتوفر في هذه الحالة الأبوة والأمومة.[1]

كما عُرّف اصطلاحا بأنه: صلة القرابة بين الأشخاص والمقصود بها هنا صلة البنوة والأبوة والأمومة، وهي القرابة الشرعية بين الأصول والفروع نتيجة العقد الشرعي الصحيح.[2]

والمقصود بالنسب كذلك:" هو تلك الرابطة التي تربط الإنسان بأمه وأبيه، وينتج عنها علاقة القرابة بينهما".[3]

وعرف أيضا بأنه ذلك " الرباط العضوي والفيزيولوجي الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه، وهو الرباط الذي يكون الأسرة والعشيرة والقبيلة والشعب والأمة"، والمقصود بالنسب كذلك " إلحاق الولد لأبيه عقيدة وتشريعا وحضارة، وينجم عنه التوارث بينهما ويخلق معه موانع الزواج ويرتب الحقوق والواجبات أبوية كانت أم ابنوية"[4].

من خلال هذه التعاريف يمكن ملاحظة ما يلي:

يستشف من خلال التعريف الأول أنه جاء شاملا و عاما، حيث عرف النسب على أنه رابطة أو علاقة تجمع بين الإنسان وفروعه وأصوله وحواشيه، بمعنى أنه لم يقتصر على تلك العلاقة المباشرة المحدودة التي تربط الشخص بأبيه وأمه والمتمثلة في الأبوة والأمومة، ونفس الملاحظة بالنسبة للتعريف السادس.

ما يلاحظ على التعريف الثاني أنه عرف النسب بمعنى الصلة والقرابة، أي أنه استمد التعريف الاصطلاحي للنسب من خلال التعريف اللغوي.

أما التعريف الثالث فلقد اختزل علاقة النسب في تلك الرابطة المباشرة المتمثلة في الأبوة والأمومة، وأهمل بقية الروابط التي تجمع الشخص بأصوله غير المباشرين وفروعه

---

[1] محمود لنكار. الحماية الجنائية للأسرة. دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه علوم. فرع القانون الجنائي. كلية الحقوق. جامعة منتوري. قسنطينة. الجزائر. 2010. ص90.

[2] محمد باوني. المرجع السابق. ص 160.

[3] Jean Hauser.la filiation.éditions dalloz.paris.france.1996.p01.

[4] باديس ذبابي.حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب.المرجع السابق.ص05.

وحواشيه، بمعنى أنه اقتصر على تعريف النسب بمعناه الخاص الضيق دون المعنى العام الواسع، ونفس الملاحظة تنطبق على التعريف الرابع و الخامس.

ما يلاحظ على التعريف السابع أنه عرف النسب بمعناه الضيق الذي حصره في العلاقة التي تربط الشخص مع أبيه، كما أنه ركز على الآثار المترتبة من جراء هذه الرابطة.

من خلال هذه التعاريف يمكن القول بأنها تدور حول معنى واحد وهو الرابطة والصلة والقرابة، إلا أنها اختلفت في التفاصيل الأخرى، وبالتالي يبدو لي أن التعريف الأول هو الأرجح والدال على المعنى المقصود لأنه الأشمل والأعم.

الفرع الثاني: أهمية النسب.

لقد عني الشرع بالنسب وإثباته ونظم أحكامه واعتبر المحافظة عليه مقصدا شرعيا من تشريع أحكام النكاح وأثرا من آثاره، وكان من أعظم النعم وآلاء الله على عباده، كما قال تعالى:"**وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا**"[1]

لهذا فإن العلاقة بين الرجال والنساء قائمة شرعا على التحريم والحظر ولا تحل إلا بالعقد، وأنه السبب الرئيسي في حل هذه العلاقة وإنشاء النسب وإثباته والتكاثر البشري والمحافظة على السلالة، ولم يترك مسألة النسب للرغبات والأهواء والميول، بل جعل طرقا محددة للنسب وإثباته على سبيل الحصر، وجعل من الكبائر إنكار النسب والانتساب لغير الأبوين وأبطلت كل الطرق غير المشروعة بما فيها التبني والدعاوى الكاذبة.[2]

حيث حرمت الشريعة الإسلامية نظام التبني وأبطلته بعد أن كان في الجاهلية وصدر الإسلام، وقد تبنى النبي صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة قبل النبوة، وكان يدعى زيد بن محمد، إلى أن نزل قوله تعالى:" ما جعل الله لرجل من قلبين في جوفه، وما جعل أزواجكم أبناءكم."

---

[1] سورة الفرقان.الآية 54.

[2] محمد باوني. المرجع السابق.ص158.

لهذا فإن النسب له أهمية بالغة وكبيرة، ويمكن إجمالها فيما يلي:

*النسب امتداد حضاري: الإنسان مجبول على حب البقاء، والرغبة في الخلود وبما أن الموت حق فإن الإنسان يسعى إلى تحقيق رغبته في البقاء ولا يكون له ذلك إلا عن طريق أبنائه، لأنه يدرك أنه ميت لا محالة، وبذلك يكون الأبناء امتداد لكل فرد من أفراد المجتمع يواصلون ما بدأ آباؤهم وتمتد بذلك الشعوب وتتكاثر وليكون ذلك سليما يتوجب أن يكون بنسب صحيح يثبت لكل فرد.[1]

*النسب يحفظ الكرامة البشرية: وبذلك يبعد الأم والطفل عن العار لأن الله شرع نعمة الزواج لمخلوقاته ليحفظوا جنسهم ولا تتحول حياتهم إلى حرج، وفي هذا السياق نجد قصة مريم ابنة عمران عليهما السلام فضلت الموت على أن تلد دون ما هو متعارف عليه قبل أن تعرف حقيقة ما فضلها الله به دون نساء العالمين،[2] وفي ذلك قوله عز وجل:" **فجاءها المخاض إلى جذع النخلة قالت يا ليتني مت قبل هذا وكنت نسيا منسيا**"[3]

*النسب إقرار بنعم الله: وفي ذلك قوله تعالى:"**وهو الذي خلق من الماء بشرا .... وصهرا وكان ربك قديرا**".[4]

المطلب الثاني: أسباب ثبوت النسب.

عند تصفح قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد نظم أحكام النسب في عدة مواد من المادة 4640 منه، حيث تنص المادة 40 منه على ما يلي "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون.

---

[1] قاشي علال.(حماية الطفل اللقيط في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري).مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية. العدد23.ماي 2007.ص133.

[2] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[3] سورة مريم : الآية54.

[4] قاشي علال.المرجع السابق. ص133.

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

بعدما نصت سابقتها في ظل قانون 11/84[1] على أنه "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

جاء في عرض الأسباب (أسباب تعديل هذه المادة) أنه تم إضافة فقرة ثانية لهذه المادة تفيد أنه يمكن إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة متى كانت العلاقة شرعية ويعد هذا تسهيلا في طرق الإثبات في هذا المجال تماشيا مع التطور العلمي لوسائل الإثبات.[2]

فجديد هذه المادة هو استبدال حرف " **الواو**" ب " **أو**" في الفقرة الأولى من هذه المادة حتى لا يفهم أن إثبات النسب يقتضي مجموع أدلة الإثبات مجتمعة، فكان حرف أو حرف عطف يفيد التخيير كما هو مقتضاه اللغوي، ثم جاءت الفقرة الثانية وهي الجانب الجديد الأكبر في المسألة، إذ تم الإبقاء على نفس أحكام المادة 40 القديمة مع إضافة فقرة جواز لجوء القاضي للطرق العلمية.[3]

إن المقصود من إثبات النسب هو إقامة الدليل من المدعي على ثبوت ما يدعيه، فإذا كان الثبوت هو قيام الحق المدعى به، فإن الإثبات فعل يصدر من المدعي، واعتمادا عليه يصدر القاضي حكمه في مجال النسب وغيره.[4]

ولقد تطرق المشرع الجزائري لأسباب ثبوت النسب في نص المادة 40 من قانون الأسرة، هذا ما سأحاول بيانه فيما يلي:

---

[1] عبد القادر بن داود. دليل شرح قانون الأسرة الجزائري وعرض أسبابه. دورة تكوينية حول:"منازعات شؤون الأسرة" . الفترة الزمنية الممتدة من 07إلى11 جوان2008. الجزائر .ص49.

[2] المرجع نفسه. ص49.

[3] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[4] محمد ولد عال ولد محمياي. أحكام النسب وطرق إثباته. دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني. مذكرة ماجستير في القانون الخاص. كلية الحقوق. جامعة أبوبكر بلقايد. تلمسان. الجزائر .2008. ص119.

الفرع الأول: الزواج الصحيح.

الزواج الصحيح يعني في نظر المشرع الجزائري، هو ذلك الزواج الذي حصل فيه ركن الرضا المنصوص عليه في المادة 9 من ق.أ.ج، وكذلك الشروط الذي ذكرها المشرع في المادة 09 مكرر والمادة 23 وما بعدها، وبهذا يكون الرضا وحده هو أساس لقيام الزواج أما غيره فيكون شرطا حسب المواد أعلاه.[1]

لهذا فأي ولد ينتج عن الزواج الصحيح يمكن أن ينسب إلى والده متى كان هذا الزواج شرعيا وقانونيا ومتى أمكن الاتصال الجنسي بين الزوجين، ولم يكن الزوج قد نفاه بالطرق المشروعة كالملاعنة، ومتى حصلت ولادة هذا المولود خلال أقل مدة الحمل التي هي ستة شهور و أكثرها التي حددها القانون بعشرة شهور،[2] وهذا ما نصت المادة 42" أقل مدة الحمل ستة (06) أشهر و أقصاها عشر (10) أشهر."و كذلك ما أكدته المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء نصها:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها، حيث جاء فيه:

"من المقرر شرعا وقانونا أنه متى ما ولد الطفل من زواج شرعي ومسجل في الحالة المدنية ولم ينكره الأب بالطرق المشروعة كان نسبه لأبيه صحيحا."[3]

من خلال هذا القرار يلاحظ أنه ورد مؤكدا لما جاء في نص المادة 41 من قانون الأسرة المتعلقة بثبوت نسب الولد من الزواج الشرعي في حالة توفر الشروط المذكورة في نص المادة المذكورة أعلاه.

هذا و قد حددت المحكمة العليا مدة الملاعنة، حيث جاء في إحدى قراراتها مايلي:

---

[1] محمد ولد عال ولد محمياي. ص12.

[2] عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. المرجع السابق. ص101.

[3] م.ع. غ.أ.ش. ملف رقم 309543. قرار بتاريخ 2004/02/25. نشرة القضاة. العدد65 .2010. ص307.

"مدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل"[1]

يستشف من خلال هذا القرار أنه جاء بمسألة اجتهادية جديدة غير منصوص عليها في القانون، والمتمثلة في تحديد مدة الملاعنة بأسبوع، وبالتالي كل دعوى تكون خارج الآجال فهي غير مقبولة، هذا وقد وفقت المحكمة العليا فيما ذهبت إليه، ذلك أن تحديد هذه المدة يغلق الباب أمام الأزواج الذين يطعنون في شرف زوجاتهم لمجرد شكوك وبدون أي دليل.

كما يتضح من خلال نص المادة 41 من ق أ ج أن إمكانية الاتصال تثير عدة إشكالات من الناحية العملية، لأنه قد يكون الاتصال بغير الطريقة الطبيعية المعتادة بل عن طريق اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وهذا ما أكدته المادة 45 مكرر من ق أج، حيث نصت على أنه:" يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي .

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

-أن يكون الزواج شرعيا،

-أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،

-أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما،

-لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

ومعنى ذلك أن المشرعين الجزائريين واضعي تعديل قانون الأسرة قد اختاروا أن يسايروا العصر، وأن يستفيدوا من التقنيات الجديدة المعاصرة، فيقرروا اعتماد التلقيح الاصطناعي

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 296020. قرار بتاريخ 2002/12/25. المجلة القضائية. العدد14. 2004. ص289.

كوسيلة وكطريقة من وسائل وطرق إثبات النسب كلما توافرت تلك الشروط المشار عليها أعلاه.[1]

الفرع الثاني: الزواج الفاسد.

يعتبر الزواج فاسدا طبقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري ذلك العقد الذي توافر في الإيجاب والقبول، ولكن فقد شرطا من شروطه الأساسية الواردة في المادة 09 مكرر من ق أج، فعدم وجود ولي في حالة وجوبه أو شاهدين أو تسمية الصداق مثلا يعتبر من الشروط التي تؤدي إلى فساد الزواج[2] طبقا لما نصت عليه م33 ق أ ج.

فالزواج الفاسد تثبت له بعد الدخول بعض الآثار القانونية و منها:ثبوت النسب مع وجوب التفرقة بين الزوجين، وذلك لمصلحة الولد خشية من ضياع نسبه.[3]

و نفس الآثار تطبق على الزواج الباطل، فيبدو أن المشرع الجزائري قد تبنى الرأي الذي يفرق بين الفساد والبطلان، بحيث يقوي البطلان على الفساد، فكلما كان السبب أقوى كان النكاح باطلا، وكلما قل كان فاسدا، فالنكاح الباطل إذن هو ذلك النكاح الذي توافر فيه سبب من أسباب الفساد أو أكثر، ولقد حدد المشرع الجزائري الحالات التي يكون فيها النكاح باطلا ومن بينها اختلال ركن الرضا وكذا وجود مانع من موانع النكاح سواء كانت مؤقتة أو مؤبدة.[4]

الفرع الثالث: نكاح الشبهة.

عرف الفقهاء الشبهة على أنها:" مقاربة الرجل لامرأة تحرم عليه مع جهله بالتحريم."[5]

---

[1] عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. المرجع السابق. ص103.

[2] محمد ولد عال ولد محمياي. المرجع السابق. ص 91.

[3] العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. الجزء1.المرجع السابق.195.

[4] محمد ولد عال ولد محمياي. المرجع السابق. ص 94.

[5] عبد الرؤوف دبابش. المرجع السابق.ص72.

فالوطء بشبهة هو الاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤية سابقة، وقيل إنها زوجته، فيدخل بها، ومثل وطء امرأة يجدها الرجل على فراشه فيظنها زوجته، ومثل وطء المطلقة طلاقا ثلاثا أثناء العدة، على اعتقاد أنها تحل له.[1]

هذا وأقر المشرع الجزائري بثبوت نسب الولد من أبيه في نكاح الشبهة كما عبر عن ذلك صراحة في **المادة 40 منه**، فإذا جاءت المرأة الموطوءة من شبهة بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها وتأكد كونه حينئذ من ذلك الوطء، فإن هذا الولد ينسب لأبيه لأن ذلك يعد تطبيقا سليما للقانون.[2]

الفرع الرابع: ثبوت النسب بعد الفرقة.

فمن حقوق الطفل على أسرته انتسابه إلى والديه في الحالتين بالقوة و الفعل أي كونه حملا وطفلا لأن شعوره بالانتساب يزيده ثقة وقوة وصلاحا في مجتمعه عند بلوغه سن التمييز والرشد،[3] لهذا حرص المشرع الجزائري ومن ورائه الفقه الاسلامي على قاعدة إحياء الولد خاصة بعد الفرقة الزوجية.

فبغض النظر عن الفسخ أو التطليق فإن رابطة الزواج الصحيح يحصل انقطاعها إما عن طريق الطلاق أو بسبب وفاة الزوج، ولعل حصول تلك الحالتين يطرح تساؤلا حول مصير نسب الأولاد، وخاصة الذين لم يروا نور الولادة حين فك الرابطة الزوجية.[4]

---

[1] عبد القادر حرز الله. المرجع السابق. ص354.

[2] محمد ولد عال ولد محمياي.المرجع السابق. ص112-113.

[3] بلقاسم شتوان .(حقوق الطفل في الأسرة والمجتمع). مجلة الإحياء. كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية. جامعة الحاج لخضر. باتنة. الجزائر. العدد13 .2009. ص336.

[4] محمد ولد عال ولد محمياي. المرجع السابق. ص66.

عالج المشرع الجزائري هذه المسألة في نص المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء نصها:" ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر (10) أشهر من تاريخ الانفصال والوفاة."

إن القانون قد نص على هذا المبدأ الأساسي في اعتماده الحد الأقصى للحمل، فبمجرد الطلاق أو الوفاة تحسب مدة 10 أشهر لاحتمال الحمل قبل الطلاق أو الوفاة، إلا أن القانون لم يحتط لبعض المسائل التي تفرض نفسها، مما قد يؤدي إلى عدم ثبوت النسب.[1]

فمصطلح الانفصال قد يفهم منه عدم المعاشرة الجنسية، وبعبارة أخرى أن يكون الانفصال فعليا، إلا أن المحكمة العليا قد أخذت عكس ذلك، وهو الانفصال المشار إليه في نص المادة 43 يعني الطلاق مما يستبعد كل التأويلات حول الانفصال.

لكن أمام غياب تأكيد صريح في قانون الأسرة الجزائري على التفسير الذي ذهبت إليه المحكمة لمفهوم الاتصال، فإن غموض النص يفتح مجالا للطعن في الكثير من الأحكام، فلو كان الانفصال هو الطلاق كما قالت به المحكمة العليا، فيضعنا هذا التفسير أمام مشكل في الواقع العملي، فإذا أخذنا في الاعتبار أن الطلاق لا يكون في القانون الجزائري إلا بحكم قضائي وفقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، فإن المدة المذكورة سيبدأ حسابها من تاريخ الحكم بالطلاق بغض النظر عن تاريخ الطلاق الفعلي أو الانفصال.[2]

فالمعنى الأصح للانفصال الذي لا يتعارض مع أحكام النسب هو الانفصال الفعلي بين الزوجين بغض النظر عن الطلاق بحكم القاضي الذي قد يتأخر صدوره عن تاريخ هذا الانفصال أي من يوم تلفظ الزوج بالطلاق هذا من جهة، ومن جهة أخرى تبقى مشكلة

---

[1] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص233.

[2] محمد ولد عال ولد محمياي. المرجع السابق. ص70.

حساب المدة 10 أشهر المذكورة في المادة بحسب ما إذا كانت تحسب من تاريخ الانفصال أو الطلاق بحكم القاضي.[1]

وفي هذا الصدد صدر قرار من المحكمة العليا جاء فيه:" ينسب الولد لأبيه، إذا ولد خلال المدة المحددة قانونا، المحسوبة من تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق."[2]

كما قد يثبت بأن الزوج كان مسافرا مثلا مدة 6 أشهر و توفي في الخارج، ثم وضعت الزوجة حملها في الشهر الثامن بعد الوفاة، فنص المادة 43 يقضي بثبوت النسب لأن الوضع جاء في ميعاده القانوني بعد الوفاة، في حين أن الواقع يكذب ذلك، فستة أشهر مضافة إليها ثمانية أشهر يصبح العدد 14 شهرا، وهو أمر غير مقبول.[3]

ومن هنا يبرز دور المشرع بأخذه للاحتياط في النسب مع عدم الإسراف الذي يؤدي إلى إلحاق الأولاد بآباء غير آبائهم، لهذا عليه أن يعدل نص المادة 43 ليكون أكثر وضوحا ويتماشى مع الواقع العملي.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير طرق إثبات النسب.

مما جاءت به الشريعة الإسلامية محافظة عليه، ومتشوفة إلى تحصيله الأنساب، فتمتيع الولد بنسب ينتمي إليه وبأصل يحتمي به، يعتبر من مقاصد الشريعة الإسلامية، ومن أجله شرع النكاح وحرم الزنا والسفاح، ومن تثبيته وسعت الشريعة الإسلامية في وسائل الإثبات، بل فسرت الشبهات في باب النسب لمصلحة الولد، جريا وراء تصحيح نسبه، وجعلت الشريعة الناس مصدقين في أنسابهم، وأن الإقرار في باب النسب يتعدى، مع أن الأصل في الإقرار أنه حجة قاصرة على صاحبها.[4]

---

[1] محمد ولد عال ولد محمياي. المرجع السابق. ص71.

[2] ملف رقم330464. قرار بتاريخ 2005/03/23. مجلة المحكمة العليا . العدد01. 2005. ص293.

[3] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص233-234.

[4] أحمد شامي. المرجع السابق. ص364.

والمقصود بطرق إثبات النسب تلك المسالك أو السبل التي تؤدي إلى إثبات النسب، والفرق بين أسباب ثبوت النسب وطرق إثباته هو أن الأولى والمتمثلة في كل من الزواج الصحيح والفاسد ونكاح الشبهة وغيرها، فدورها يكون منشئا، على خلاف ذلك فإن طرق الإثبات يكون دورها كاشفا فقط، ولعل أهم هذه الطرق هي الإقرار والبينة كطرق تقليدية، وهناك طريقة حديثة تسمى إثبات النسب بالطرق العلمية.

الفرع الأول: الإقرار.

معنى الإقرار بالنسب هو إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر.[1] كما عرف على أنه اعتراف بنسب الغير من المقر.[2]

و الإقرار بالنسب قسمان: إقرار فيه تحميل النسب على الغير، و إقرار ليس فيه تحميل النسب على الغير، والإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على غيره هو الإقرار بالأبوة المباشرة، أو البنوة المباشرة، فإقرار الشخص بأن فلانا ابنه من صلبه إقرار ليس فيه تحميل النسب على غيره، وكذلك إقراره بأن فلان أبوه، أما إقرار الشخص بأن هذا ابن ابنه فيه تحميل النسب على ابنه، لأنه لا يثبت النسب له إلا بعد ثبوته لابنه، وكذلك الإقرار بالأخوة، لأنه لا تثبت أخوة المقر له إلا إذا ثبت نسبه لأبي المقر... وهكذا.[3]

وهذا ما نصت عليه المادة 44 و 45 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيهما: م44" يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة "، كما نصت المادة 45 على مايلي:" الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

---

[1] حسين طاهري. المرجع السابق. ص74.

[2] محمد باوني. المرجع السابق. ص164.

[3] محمد أبو زهرة . الأحوال الشخصية. المرجع السابق. ص395-396.

من خلال هذين النصين يتضح أن قانون الأسرة الجزائري أجاز إثبات النسب بطريقة الإقرار والاعتراف بالمولود كابن لمدعي الأبوة وأخضع هذا الإقرار إلى وجوب توفر مجموعة من الشروط:[1]

فبالنسبة لإقرار الشخص بالنسب لنفسه وهو الإقرار بأصل النسب، ويشترط لثبوت النسب به في حالة الإقرار بالبنوة أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب، وأن يكون المقر له بالبنوة مما يولد لمثل المقر بأن تكون بينهما مدة تحتمل ذلك، فلو كانا في سنين متساويين أو متقاربين بحيث لا يولد أحدهما للآخر لم يصح الإقرار، وأن يصدق المقر له المقر في هذا الإقرار، فلو صدقه ثبت الإقرار، ولو كذّبه لا يثبت النسب، كما إذا صرّح شخص بأن هذا ابنه من الزنا فلا يثبت به النسب لأن الزنا جريمة لا تصلح أن تكون سببا لنسب الذي هو نعمة من نعم الله.[2]

أما بالنسبة للإقرار المتعلق بغير المقر، أو المحمول على الغير، فالشروط السابقة معتبرة هنا أيضا، ويضيف إليها القانون الجزائري شرطا آخر وهو أن يوافق المحمول له عليه بنسبه على هذا الإقرار، ففي قوله هذا أخي، يشترط لثبوت نسبه الشروط السابقة وأن يصدقه أبوه في ذلك.[3]

الفرع الثاني: البينة.

للبينة معنيان معنى عام وآخر خاص.

فالمعنى العام للبينة: هي كل دليل أو حجة تؤكد وقوعا حقيقيا لواقعة مادية أو قانونية معينة، أما المعنى الخاص لها فيقصد بها شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، والبينة تعتبر أقوى

---

[1] عبدالعزيز سعد. قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد. المرجع السابق. ص3.

[2] حسين طاهري. المرجع السابق. ص74-75.

[3] العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري.ج1. المرجع السابق. ص198.

من الإقرار لأنها حجة متعدية إلى الغير و الإقرار حجة قاصرة على المقر فحسب.[1]

وقد نص المشرع الجزائري على أن البينة كطريقة من طرق إثبات النسب في نص المادة 40 من ق أ ج السابق ذكرها:" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة..."

فتحديد مفهوم البينة في نص المادة 40 من ق أ ج، فإنه يفرض تفسير النص في فحواه و لفظه، ثم الرجوع إلى قرارات المحكمة العليا لتعديل ذلك.

من خلال الرجوع إلى النص الفرنسي في المادة 40، يتضح أن المشرع استعمل مصطلح " la preuve" أي دليل، فلو كان المشرع قصد بالبينة الشهادة لاستعمل مصطلح "témoignage"، مما يستخلص منه أن المقصود من البينة في المادة 40 كل دليل يمكن من ورائه إثبات النسب، ماعدا الإقرار لأنه سبق النص عليه في مادة مستقلة عن مصطلح بينة، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالمعنى العام للبينة في المادة 40[2]، لكن قرارات المحكمة العليا جاءت متراوحة بين الأخذ بالمفهوم العام للبينة، والأخذ بمفهومها الخاص، وهذا ما أكدته قراراتها فيما يلي:

حيث جاء في قرار لها:" من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح و الإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له.

ولما كان ثابتا-في قضية الحال-أن قضاة المجلس لما قضوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزواج والنسب بحجة أن الحكم حاز قوة الشيء المقضي فيه فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون لأن حجية الشيء المقضي فيه لا تطبق في قضية

---

[1] حسين طاهري. المرجع السابق. ص77.

[2] محمد ولد عال ولد محمياي المرجع السابق. ص 145.

الحال كإثبات الزواج والنسب وأنه يمكن إثبات الزواج والنسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

من خلال استقراء مضمون هذا القرار يتضح أن المحكمة العليا أخذت بالمعنى العام للبينة، ولم تأخذ بمعناها الخاص المتمثل في الشهادة.

على خلاف ذلك فإنها أخذت بالمعنى الخاص للبينة، ويتجلى هذا المبدأ في قرارها الصادر في 1999/06/15 الذي جاء فيه:

"...من المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد32،33، 34، من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون.

ومتى تبين-من قضية الحال-أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض.

وتأسيسا لقرارهم أكد قضاة المحكمة العليا أن إثبات النسب حددته حصريا المادة40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث، ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع، فدل ذلك على أنهم تجاوزوا سلطتهم الحكمية إلى التشريعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.[2]

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 172333. قرار بتاريخ 1997/10/28/ يوسف دلاندة. قانون الأسرة.(د.ط). دار هومة. الجزائر. 2003. ص29.

[2] م.ع.غ.أ.ش.ملف رقم222674. قرار بتاريخ 1999/06/15. مجلة قضائية العدد01. 1999. ص126.

و الجدير بالذكر أن القرار المذكور كان قبل التعديل المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي أقر الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب.[1]

هذا القرار صدر على إثر قضية تتلخص وقائعها في إجراء فحص دم لإثبات النسب، حيث أن المحكمة العليا لم تعترف بقرارها هذا بالخبرة وفحص الدم لإثبات النسب، وعليه يمكن استنتاج من هذا الرفض أنها أخذت بالمفهوم الخاص للبينة لإثبات النسب أي قصرتها على الشهادة.[2]

من خلال استقراء هذين القرارين يتضح أن موقف المحكمة العليا متذبذب وغير مستقر بالنسبة للبينة، فتارة أخذت بمفهومها العام وتارة أخرى أخذت بمفهومها الخاص.

أما في التشريع الجزائري فالملاحظ أنه في نص المادة 40 من ق أ ج يأخذ بالبينة الكاملة كدليل للإثبات وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

والشهادة أنواع منها المباشرة: وفيها يذكر الشاهد ما وقع تحت سمعه وبصره، وهي أقوى أنواع الشهادة وتخضع تقديرها لسلطة القاضي.

أما شهادة الشيوع فهي شهادة غير مباشرة، حيث أن الشاهد هنا يشهد على ما سمعه من رواية عن غيره حول الواقعة محل الإثبات، على خلاف الشهادة بالتسامع وهو ما يدور حول مسامع الناس وروايتهم عن الواقعة.[3]

فإذا استطاعت المرأة والرجل إقامة البينة في دعوى ثبوت النسب شرعا وقانونا، لأن البينة أقوى من الإقرار في موضوع النسب، والبينة عادة ما تكون مطلوبة في حالة الإنكار

---

[1] باديس ذبابي. حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق. ص81.

[2] محمد ولد عال ولد محمياي. المرجع السابق. ص146.

[3] المرجع نفسه. ص 151-144.

من الزوج أو من الآخرين، فلو ادعت المرأة أمومة طفل من زوجها، وأنكر ذلك كان عليها أن تأتي بالبينة.[1]

وتخضع البينة(الشهادة) في تقديرها للسلطة التقديرية للقاضي وله السلطة المطلقة في إعطائها القيمة القانونية، فإذا كان المبدأ من ناحية الإجراءات هو أن تناقض الشهادات يبطلها، فإنه يجب الأخذ بعين الاعتبار قوة الشهادات المتناقضة، فالشهادة بالتسامع لا تبطل الشهادة المباشرة إذا كانت ضدها، بل يجب أن يكون التناقض بين شهادتين لهما نفس القيمة القانونية، كما يجوز للقاضي رفض الواقعة محل الإثبات بالرغم من شهادة الناس عليها، إضافة إلى كونه يستطيع رفض الشهادة المدعى بها وتفضيل أدلة أخرى محلها إذا وجدها أكثر إقناعا ووضوحا دون أن يكون ملزما بسبب رفض الشهادة.[2]

وفي هذا الصدد صدر اجتهاد من المحكمة العليا مفاده:

"إن قضايا إثبات الزواج والنسب تعد من قضايا الحالة لا تطبق بشأنها المادة 338 من ق م فكان يتعين على قضاة الموضوع القيام بإجراء تحقيق للوصول إلى الحقيقة".[3]

وجاء في حيثياته:

"...وحيث كان من المفروض على قضاة الموضوع القيام بإجراء تحقيق موسع لأهمية قضية الحال ومصير ولدين بسماع شهود الطاعنة والتأكد من أقوالهم وأيضا سماع زوج الطاعنة السابق إذا اقتضى الحال، وبهذا فقط يمكن الوصول إلى الحقيقة مهما كانت وسواء كانت في صالح الطاعنة أم ضدها.

---

[1] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص 236.

[2] محمد ولد عال ولد محمياي. المرجع السابق. ص 153-154.

[3] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 262912. قرار بتاريخ 2001/04/18. مجلة قضائية العدد02. 2002. ص 409.

ولما قضى قضاة الموضوع بخلاف هذا فإن قضاءهم المنتقد جاء مشوبا بالقصور والخطأ في تطبيق القانون المادة 338 من ق.م مما يجعل الأوجه المثارة وجيهة والقرار المنتقد عرضة للإبطال."[1]

ما يلاحظ من خلال استقراء مضمون هذا القرار أنه جاء مبرزا وموضحا لمسألة سلطة القاضي في مجال إثبات الزواج والنسب، وهذا ما تبين في قضية الحال المتعلقة بدور القاضي في مسألة إثبات النسب عن طريق الشهادة.

بعدما تطرقت إلى الطرق التقليدية لإثبات النسب والمتمثلة في كل من الإقرار والبينة، سأتناول فيما يلي طريقة مستحدثة لإثبات النسب والمتمثلة في الطرق العلمية(البصمة الوراثية).

المطلب الرابع: سلطة القاضي في إثبات النسب بالبصمة الوراثية.

من أهم المستجدات العصرية في علم الأحياء الحديث" البصمة الوراثية" التي أحدثت ضجة كبرى في اكتشافها، ثم في تطور وسائل تطبيقها، ثم في المجالات التي يمكن وساير المشرع الجزائري هذا التوجه بموجب تعديل 2005 الوارد على قانون الأسرة، حيث تبنى الطرق العلمية والمقصود بها "البصمة الوراثية"، بغية التوسيع في الوسائل التي يثبت بها النسب وتماشيا مع التطور العلمي لوسائل الإثبات بوجه عام،[2] حيث نص في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" ... يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" .

ولقد جاء هذا التعديل متزامنا مع الثورة العلمية التي تسبب فيها التطور البيولوجي، والناجم عن استخدام واستحداث أدق التقنيات في المعرفة العلمية.

---

[1] جمال سايس. الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية. ج3. ط1. منشورات كليك.المحمدية.الجزائر.2013. ص1183.

[2] أم الخير بوقرة.(دور البصمة الوراثية في حماية النسب) . مجلة الاجتهاد القضائي. مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع.العدد07 . جامعة محمد خيضر بسكرة. ص78.

ولاسيما ما ينتج عن فحص الخلايا والجزئيات المشكلة للجسم لإثبات حقائق يقينية بعيدا عن الظنية.[1]

وقبل الحديث عن سلطة القاضي في إثبات النسب بالبصمة الوراثية، يجب أن أتطرق أولا إلى تحديد المقصود بالبصمة الوراثية.

الفرع الأول: تعريف البصمة الوراثية.

اختلفت التعريفات وتنوعت حول تحديد المقصود بالبصمة الوراثية، سأذكر منها:

البصمة الوراثية هي:"عبارة عن بيان الخصائص والصفات الوراثية التي تسمح بالتعرف على الفرد، وهي تشبه بطاقة الهوية الشخصية، ولكنها لا تبين الحالة المدنية للشخص (الاسم، الكنية، الموطن، الأهلية...)، وإنما تحدد صفاته الوراثية، فهي إذن عبارة عن هوية شخصية وراثية للفرد".[2]

وجاء في تعريف آخر لها:" انفراد كل انسان بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده لا يشاركه فيها أي شخص آخر في العالم".[3]

وعرّفت البصمة الوراثية بأنها:" البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه"[4]

وتم تعريفها في موضع آخر على أنها:" صورة التركيب الوراثي المكون من التتابعات المختلفة الناتجة عن فحص الحمض النووي DNA التي ينفرد بها كل شخص عن غيره"[5]

---

[1] باديس ذبابي.حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري.المرجع السابق.ص85.

[2] فواز صالح.(حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب). مجلة الشريعة والقانون. العدد19. يونيو 2003. ص198.

[3] أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة. وسائل إثبات النسب بين القديم والمعاصر. دراسة فقهية مقارنة.(د.ط). دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. مصر. 2010. ص300.

[4] نذير حمادو. (أثر البصمة الوراثية في إثبات نسب الولد غير الشرعي). دراسة فقهية اجتماعية أخلاقية. مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية. العدد 26. سبتمبر 2008. ص 14.

[5] جليلة نعمان. البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي. دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية. مذكرة ماجستير في القانون تخصص قانون العقوبات والعلوم الجنائية. كلية الحقوق. جامعة 20 اوت 1955 سكيكدة.2009. ص34.

كماعرّفت بأنها:" المادة المورثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية"[1]

والمقصود بها كذلك:" الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض DNA

والذي يحتوي على خلايا جسده".[2]

من خلال هاته التعريفات يمكن ملاحظة مايلي:

يؤخذ على أصحاب التعريف الأول والثاني، وكذا الثالث والرابع أنهم عرّفوا البصمة الوراثية بأنها صفة أو خاصية يتميز بها كل فرد عن غيره، لكنهم في الحقيقة أهملوا حالة التوائم المتطابقة أو المتماثلة، حيث أثبتت الدراسات العلمية أن البصمة الوراثية لهما متطابقة.

كما يعاب على التعريف الخامس أنه جاء عاما، حيث عرّف البصمة الوراثية لكل الكائنات الحية بصفة عامة، إلا أنه لم يحدد المقصود بالبصمة الوراثية للإنسان بشكل خاص.

ويؤخذ على التعريف أنه جاء مفصلا غير مختصر، حيث عرف البصمة الوراثية على أنها مجموع الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول الى الفروع، كما أنه حدد الطريقة التي يتم بها الوصول إلى هذه الصفات والمتمثلة في إجراء تحليل جزء من حامض DNA.

من خلال كل هذه التعاريف أرجح التعريف الأخير لأنه جاء شاملا ومفصلا رغم مافيه من طول، حيث يبدو لي أنه الدال على المعنى المقصود.

إن كل هاته التعريفات المتعلقة بالبصمة الوراثية في الحقيقة وإن اختلفت في التعابير، فإن كلها تدور أو تصب في معنى واحد، وبالتالي يمكن تعريفها تعريفا مختصرا بأنها: هي تلك الصفات الوراثية التي يتميز بها كل فرد عن غيره، ماعدا حالة التوائم المتطابقة.

---

[1] توفيق سلطاني. حجية البصمة الوراثية في الإثبات. مذكرة ماجستير في القانون. تخصص علوم جنائية. كلية الحقوق والعلوم السياسية . جامعة الحاج لخضر باتنة.2011. ص12.

[2] فؤاد بوصبع . البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات النسب. رسالة ماجستير في القانون الجنائي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة منتوري. قسنطينة.2012. ص6.

الفرع الثاني: خصائص البصمة الوراثية.

تتلخص أهم الخصائص فيما يلي:

1-إنفراد كل شخص ببصمة لا يشاركه فيها شخص آخر في العالم إلا في حالة التوائم المتماثلة، فهي أدق وسيلة تم اكتشافها لحد الآن في تحديد هوية الشخص وإثبات أو نفي الأبوة أو الأمومة بنسبة لا تقل عن 99 % وقد تصل إلى 100% في حالة النفي متى تمت بمعايير وضوابط معينة.

2يمكن قراءة البصمات الوراثية والمقارنة بينها بسهولة ويسر-متى روعيت ظروف السلامة والحفظ-ولا تحتاج في الغالب إلى معرفة فائقة أو دقة التأمل، كما تتوافق البصمات باختلاف العينات من أعضاء الجسم.[1]

3قدرة الحمض لتحمل أسوأ الظروف كارتفاع الحرارة والرطوبة والتلوثات البيئية، فلا يفتقد ماهيته ولو مضى عليه وقت طويل.

4إمكانية الاحتفاظ في الكمبيوتر أو في وسائل الحفظ المختلفة، واستحضارها كلما دعت الحاجة إلى ذلك.[2]

الفرع الثالث: تعامل القضاء مع البصمة الوراثية كدليل في إثبات النسب.

بما أن القضاء في الجزائر وقبل تعديل قانون الأسرة لسنة2005 لم يكن يأخذ بالخبرة العلمية كدليل لإثبات النسب، وإنما ظل متمسكا بالطرق الشرعية المتمثلة في الإقرار والبينة، والتي تتمثل أساسا في شهادة الشهود، وذلك ثابت من خلال قرار المحكمة العليا رقم 222674 المؤرخ في 1999/06/15 السابق عرضه.[3]

---

[1] أحمد شامي.المرجع السابق. ص376.

[2] المرجع نفسه.الصفحة نفسها.

[3] باديس ذبابي. حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق. ص96.

ورغم أن القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران الداعم لاعتماد اللجوء إلى الخبرة الطبية وتحليل الدم لإثبات النسب من نفيه قوبل بالنقض من طرف المحكمة العليا، إلا أن الكثير من القانونيين اعتبروه بمثابة انطلاقة جريئة لاعتماد أدلة علمية في إثبات النسب، علاوة على الطرق الشرعية المتمثلة في الإقرار والشهادة.

ورغم نقض القرار إلا أنه أضحى فيما بعد موافقا للقانون لاسيما بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة، والذي جاء في مادته 40 على أنه:".....يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

والطرق العلمية تتمثل أساسا في الخبرات الطبية والتي تشمل سواء على تحليل الدم أو نظام البصمة الوراثية.[1]

ولكن المحكمة العليا لم تسر على نفس النسق بل تحولت عن موقفها السابق في قرارات اللاحقة، من خلال إقرارها باللجوء إلى الخبرة الطبية في مجال إثبات النسب.

وهذا ما أكدته في قرارها الصادر بتاريخ 2006/03/05، حيث جاء في فحواه:

"يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية(الحمض النووي ADN)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي(المادة 41 من نفس القانون)، وبين إلحاق النسب في العلاقة غير الشرعية.[2]

حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق المولود (ص م) للمطعون ضده باعتباره أب له كما أثبتته الخبرة العلمية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد وأنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البينة ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة

---

[1] باديس ذبابي.المرجع السابق. ص97.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 355180. قرار بتاريخ 2006/03/05. مجلة المحكمة العليا. العدد1 .2006 .ص469-473-474.

التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة أن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.[1]

من خلال استقراء مضمون هذا القرار يستشف بأنه جاء تفسيريا، بمعنى أنه شرح نص المادة 41 من قانون الأسرة المتعلقة بشروط إثبات النسب في حالة الزواج الشرعي ومنها إمكانية الاتصال بين الزوجين، وعدم نفي الولد بالطرق المشروعة أي اللعان، وشرعية العلاقة بين الزوجين، وبالتالي فرّق بين هذه الحالة ومسألة إلحاق النسب في حالة الزواج غير الشرعي.

وبالتالي يبدو لي أن هذا القرار جاء غير موفق، فالمحكمة العليا قد ذهبت مذهبا غير مندوب ولا مستساغ بشأن فكرة إلحاق نسب الولد غير الشرعي، لأن إلحاق نسب ولد الزنا يؤدي إلى إسقاط الحكم الشرعي الذي جاء به الحديث الشريف" الولد للفراش وللعاهر الحجر"،[2] وفتح باب واسع للفجور بمساندة المرأة الزانية في إلحاق ولدها بمن حصلت مواقعته إياها، مما يؤدي إلى إزالة إحدى المعوقات الطبيعية في طريق فاحشة الزنا، بالاضافة إلى التشهير بأحد الوالدين أو كليهما، ومن ثم إثبات الرذيلة قضائيا وإذاعتها اجتماعيا.[3]

وكما سبق الذكر أن المشرع الجزائري قد تبنى الطرق العلمية لإثبات النسب، وهذا ما نجده في نص المادة 40 منه المذكورة أعلاه، حيث أن هذه الفقرة الأخيرة المضافة بموجب

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 355180. قرار بتاريخ 2006/03/05. مجلة المحكمة العليا. العدد1 .2006 .ص469-473-474.

[2] أخرجه الحسين مسلم بن الحجاج القشيري اليسالوري. صحيح مسلم وهو المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل. كتاب الرضاع. باب الولد للفراش وتوقي الشبهات. المرجع السابق.ص689.

[3] نذير حمادو.المرجع السابق. ص 43-44.

الإصلاح التشريعي بموجب الأمر 02/05 والتي كانت بمثابة حلقة مفقودة في ظل قانون 11/84 نصت على جواز لجوء القاضي للطرق العلمية لإثبات النسب، وهذا تماشيا مع الطرق العلمية الحديثة مع العلم أن المشرع لم يضع أي تنظيم خاص لهذه الطرق، وما يعاب على هذه الفقرة أنها جاءت عامة،[1] لم تتضمن أي تفصيل، فالمشرع الجزائري عندما أجاز اللجوء على الطرق العلمية لإثبات النسب، فهل معنى ذلك أنه بمفهوم المخالفة يجوز اللجوء إليها في حالة نفيه؟ فيبقى هذا التساؤل مطروحا.

إن الطرق العلمية في إثبات النسب تعتبر دليل استثنائي يلجأ إليه القاضي استثناء وتتقدم عليها الأدلة التقليدية وجوبا، حيث أن الاحتكام إلى البصمة الوراثية يعتبر أمر جوازي وليس وجوبي، فلقاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية في الاحتكام إلى البصمة الوراثية من عدمه، فهي دليل مساعد يلجأ إليه على ضوء قناعته الشخصية.[2]

كما يظهر لبعض القضاة أن يضيف إلى دليل البينة عند إثبات النسب أخذ تحاليل البصمة الوراثية إذا رأى في البينة نقصا، أو كانت البينة شاهدا واحدا، وذلك من باب التكميل.[3]

فطبقا للقواعد العامة فالخبرة القضائية بالنسبة للقاضي من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية، فله أن يصادق على تقرير الخبرة ، كما له الحكم من دونه، هذا وقد حدد المجمع الفقهي الإسلامي الحالات التي يجوز فيها الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب كالآتي:

1حالة التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع.

---

[1] علي هاشم يوسفات.(أثر تحليل الدم في ضبط النسب). مجلة دفاتر السياسة والقانون. العدد06. جانفي 2012. ص 283.

[2] أم الخير بوقرة. المرجع السابق. ص87.

[3] ناصر عبد الله الميمان. المرجع السابق. ص228.

2حالة الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

3حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو يقصد التحقق من هوايات أسرى الحروب والمفقودين.[1]

وقد رأى عدد كبير من الباحثين قياس البصمة الوراثية على القيافة من باب أولى أو اعتبارها قرينة قوية، فالبصمة الوراثية من الناحية العملية وسيلة لا تكاد تخطأ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية، غير أن البصمة الوراثية قائمة على أساس علمي محسوس فيه دقة متناهية والخطأ فيه مستبعد جدا، بخلاف القيافة التي تقوم على الاجتهاد والفراسة، وهي مبنية على غلبة الظن والخطأ فيها وارد.

إن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسب الأولاد إلى الوالدين، فهي أقوى بكثير من القيافة العادية التي هي إثبات النسب بوجود الشبه الجسماني بين الأصل والفرع، وأن الخطأ في البصمة الوراثية ليس واردا من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك.[2]

ونظرا لأن النسب على درجة كبيرة من الأهمية، فإن العمل بالبصمة الوراثية في إثباته، ينبغي أن يحاط بضوابط عملية لضمان الوصول إلى نتائج صحيحة لا ينتابها خطأ، لذا أكد المجمع الفقهي على أن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لابد أن يحاط بمنتهى الحذر و الحيطة والسرية وأوصى بما يلي:[3]

1أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء.

---

[1] جليلة نعمان. المرجع السابق. ص68.

[2] أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة. المرجع السابق. ص313.

[3] أم الخير بوقرة. المرجع السابق. ص86.

2تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة، يشترك فيها المختصون الشرعيون والأطباء والإداريون وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية.

3أن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش ومنع التلوث، وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية.

فمجمل هذه الضوابط يجب مراعاتها في حال استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، والمجمع الفقهي إنما سعى من وراء ذلك التأكيد على مراعاتها، حماية الأنساب والمحافظة عليها.[1]

[1] أم الخير بوقرة. المرجع السابق.ص86.

***خلاصة الباب الأول.**

منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية في مسائل الخطبة وتكوين عقد الزواج وآثاره، لكنها اختلفت حسب الدور الذي يلعبه القاضي في كل مسألة كما يلي:

ففي مسائل الخطبة تتجلى سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة من خلال الدور الذي يلعبه في هذه الحالة و هو البحث 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 ويقدره حسب حجم الضرر و جسامته ، وما عليه إلا أن يدقق بحثه في أسباب العدول وتقدير جديتها من عدمه.

منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة واسعة في مسألة الترخيص بالزواج للقصر، ويتجلى ذلك من خلال نص المادة السابعة من قانون الأسرة الذي يؤخذ عليه أنه لم يحدد سن أدنى للإعفاء، كما أنه لم يحدد مفهوم المصلحة والضرورة و لم يضرب مثالا واحدا عنهما، وبالتالي فتح مجالا واسعا أمام القاضي لإعمال سلطته التقديرية، وما على هذا الأخير إلا أن يكون دقيقا وصائب التقدير، وأن يفحص الطلب بعناية، ولا يقدم على منح الترخيص إلا إذا توافرت شروطه من مصلحة أو ضرورة ومتى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج من جهة، ومن جهة أخرى عليه ألا يتعسف في منحه، لمن كانت حالته تستدعي ذلك.

وفي مسألة الترخيص بالتعدد وضع المشرع الجزائري مجموعة من القيود والضوابط التي تقيد ممارسة هذا الحق، وعليه تتضح كيفية إعمال القاضي لسلطته التقديرية في هذا المجال من خلال ما يتمتع به من صلاحيات، فعليه أن يوازن بين قيمة المبرر الشرعي وتقدير جديته من عدمه، وكذا التأكد من القدرة على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة

الزوجية، وبين موافقة الزوجة السابقة واللاحقة حتى يكون قراره عادلا، ومحققا للغاية التي أباح القانون والشرع لأجلها تعدد الزوجات.

يمارس القاضي سلطة تقديرية بموجب ولايته بالتزويج، إلا أنها تتراوح بين التقييد والإطلاق، حيث أصبحت مقيدة في ظل التعديل المدخل على قانون الأسرة، بعدما كانت واسعة النطاق في ظل قانون 11/84.

وفي مسائل المهر يمكن القول أن المشرع الجزائري رغم تعرضه لها، إلا أنه في الحقيقة لم يعطها نصيبا كافيا من الاهتمام، حيث أنه نظمها في مواد موجزة لم تتضمن أي تفصيل، مما يحتم على القاضي إعمال سلطته التقديرية بقصد الوصول إلى الحلول فيما يتعلق بمثل هذه القضايا، وفي ظل عموم النصوص وإيجازها ما على القاضي إلا البحث والاجتهاد، وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تشعبت آراؤها الفقهية في قضايا المهر.

منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مسائل النفقة، حيث أعطاها نصيبا كافيا من الاهتمام من خلال **المواد 74-80**، ويتضح ذلك جليا من خلال دوره المهم في تقدير قيمة النفقة، وأن مجالها واسع خاصة في البحث عن قدرة الزوج وظروف وحال الطرفين، وكذا البيئة التي يعيشون فيها وتغير ظروف المعيشة وغلاء الأسعار وانخفاضها، كل هذا يفرض على القاضي أن يكون باحثا اجتماعيا واقتصاديا، بمعنى أن يكون على اطلاع لمعرفة المتغيرات الواقعة، وهذا بقصد الوصول إلى تقدير سوي وفق ميزان عادل.

منح المشرع للقاضي سلطة واسعة في تقدير طرق إثبات النسب، حيث تخضع البينة أو الشهادة في تقديرها للسلطة التقديرية للقاضي وله السلطة المطلقة في إعطائها القيمة القانونية، كما يجوز للقاضي رفض الواقعة محل الإثبات بالرغم من شهادة الناس عليها، إضافة إلى كونه يستطيع رفض الشهادة المدعى بها وتفضيل أدلة أخرى محلها إذا وجدها أكثر إقناعا ووضوحا دون أن يكون ملزما بسبب رفض الشهادة.

جاء الإصلاح التشريعي بموجب الأمر 02/05، ووسّع من دائرة طرق إثبات النسب تطبيقا لقاعدة إحياء الولد، حيث أضاف الطرق العلمية(البصمة الوراثية) التي كانت بمثابة حلقة مفقودة في ظل قانون 11/84، وهي تعتبر دليل استثنائي يلجأ إليه القاضي استثناء وتتقدم عليها الأدلة التقليدية وجوبا، حيث أن الاحتكام إلى البصمة الوراثية يعتبر أمر جوازي وليس وجوبي، فلقاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية في الاحتكام إلى البصمة الوراثية من عدمه، فهي دليل مساعد يلجأ إليه على ضوء قناعته الشخصية، فطبقا للقواعد العامة فالخبرة القضائية بالنسبة للقاضي من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية، فله أن يصادق على تقرير الخبير، كما له الحكم من دونه.

الباب الثاني

السلطة التقديرية للقاضي

في مسائل انحلال الزواج

إن المتأمل لنصوص قانون الأسرة يتضح أن المشرّع قد نظّم مسائل انحلال الزواج والآثار المترتبة عنه في الباب الثاني من الكتاب الأول من خلال عدة مواد م47-م72، حيث نصت المادة 47 منه على أنه:" تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"، لذا يمكن القول أنّ هناك سببين هامين لانحلال الرابطة الزوجية، فالوفاة تعتبر طريق طبيعي لفك الرابطة الزوجية ولا دخل لإرادة الزوجين في إحداثه، على خلاف الطلاق الذي تلعب فيه إرادة الزوجين دورا كبيرا.

ولقد عالج المشرّع الجزائري مسائل الطّلاق في عدّة مواد، على خلاف الوفاة باعتبارها لا تثير أي إشكال، فالطّلاق شرّع للتخلص من رابطة زوجية إذا تباينت سلوكات الزّوجين وحلّت البغضاء والكراهية محلّ السّكن والمودّة والرّحمة، فيفوت الغرض المقصود من النّكاح وينقلب إلى مضرّة.[1] فهو هدم لكيان الأسرة الذي يبنيه الزواج، فهو في حد ذاته ضرر لكن ضروري لدفع ضرر أعظم منه، والمشرّع الجزائري فسح الطريق أمام الزوجين لإنهاء العلاقة الزوجية، لكنّه في المقابل جعل القاضي رقيبا على ذلك حتى لا يتعسّف كلّ ذي حق في استعمال حقه، كما منح له سلطة تقديرية في إجراءات الصّلح والتّحكيم قبل فك الرّابطة الزّوجية، إضافة إلى تقديره لأسباب التطليق والتعويض عن الأضرار النّاجمة عن انحلال الزّواج، وكذا سلطته في مجال الحضانة، وهذا ما سأحاول الحديث عنه في الفصلين التاليين:

أتناول في الفصل الأول السلطة التقديرية للقاضي في مسائل وقوع الطلاق وإجراءات الصلح والتحكيم، ثم أتطرق في الفصل الثاني إلى السلطة التقديرية للقاضي في مسائل آثار انحلال الزواج من تعويض وحضانة.

---

[1] الصادق فريوي. طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري. دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه في القانون.معهد العلوم القانونية والادارية.جامعة باجي مختار عنابة.1995.ص28.

الفصل الأول

السلطة التقديرية للقاضي

في مسائل وقوع الطلاق

وإجراءات الصلح

إنّ الطّلاق من الطّرق التي نصّ عليها قانون الأسرة الجزائري في حلّ الرّابطة الزّوجية معتمدا فيه على الشّريعة الإسلاميّة، والحكمة من تشريعه أنّ الإسلام جعل العلاقة الزّوجية قائمة على المودّة والمحبّة وحسن المعاشرة، فإذا غابت هذه المعاني بين الزّوجين وفشلت محاولات الإصلاح بينهما جاز اللّجوء إلى آخر الحلول وهو الطّلاق.[1]

حيث نصت المادة 48 من ق.أ.ج. على أنّه:" مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطّلاق الذي يتم بإرادة الزّوج أو بتراضي الزّوجين أو بطلب من الزّوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون."

فحسب هذا النص فإنّ الطّلاق يتم بموجب إحدى الطّرق الثلاث:

1. إما بالإرادة المنفردة للزوج.
2. بالتراضي أو اتفاق الزّوجين على ذلك.
3. بطلب من الزّوجة التطليق والخلع طبقا للمادتين 53 و 54 من ق أ ج.

لكن يجب أن تسبق إثبات الطّلاق محاولة الصّلح التي يقوم بها القاضي، كما منوه عنه في المادة 49 أدناه.[2]

فللزّوج كامل الحق في فكّ الرّابطة الزّوجية بإرادته المنفردة ما دامت العصمة بيده، وبالتّالي له أن يطلّق دون أن يكون ملزما على تقديم مبررات إقدامه على ذلك، كما سأبيّن ذلك عندما أتطرّق لموضوع الطّلاق التّعسفي لاحقا.

وفي نفس الوقت فالزّوجة من حقها طلب إنهاء هذه العلاقة، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة ذلك إذا ما أثبتت سببا من الأسباب المجيزة لها طلب التطليق، وتبقى للقاضي سلطة تقديرية في تقدير مختلف هذه الأسباب.

---

[1] كمال لدرع.(الطلاق في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي).مجلة جامعة الأمير عبد القادر.العدد 12.سبتمبر 2002.ص131.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا. قانون الأسرة. المرجع السابق. ص55.

وقبل الحديث عن سلطة القاضي في تقدير أسباب التّطليق يجب أن أتطرّق أولا إلى دور القاضي في إجراءات الصّلح والتّحكيم بين الزّوجين، وهذا ما سأتناوله في المبحث الموالي.

المبحث الأول: السّلطة التقديرية للقاضي في إجراءات الصّلح والتّحكيم.

أوجب المشرع الجزائري قبل الفصل في دعاوى فك الرابطة الزوجية على قاضي شؤون الأسرة أن يتبع بعض الإجراءات الأولية يحاول من خلالها التوفيق بين الزوجين وإصلاح ذات البين، وقد تمثلت هذه الإجراءات في محاولة الصلح بين الزوجين واللجوء إلى التحكيم بينهما.[1]

فمسائل الأحوال الشخصية تعتبر من أكثر المسائل خصوبة وصلاحية لمحاولة الصلح بين الخصوم، ذلك لأن المنازعات التي تنشأ في هذه الحالة ليست مجرّد منازعات تدور بين أناس لا توجد علاقة وُدّ أو قرابة أو نسب بينهم، وإنّما هي منازعات تدور بين أقرب النّاس وأوثقهم روابط، فهي منازعات بين زوج وزوجته، أوبين والد وولده أو بين من تربطهم قرابة نسب أو مصاهرة، فالصلح يؤدي إلى حفظ وشائج وروابط المحبة والقرابة بينهم.[2] ، ومن هنا جاء اهتمام المشرّع الجزائري في قانون الأسرة بمسألة الصّلح والتّحكيم بين الزوجين.

لهذا تعدّ إجراءات الصّلح والتّحكيم في فكّ الرّابطة الزّوجية من الإجراءات الهامة والأولية التي أوجب قانون الأسرة على القاضي القيام بها قبل الشروع في بحث موضوع النّزاع، وفي إصدار حكم بشأنه وجعلها إجبارية.

---

[1] بوزيان بوشنتوف. قواعد التقاضي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري- قضايا الأسرة نموذجا- رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون. تخصص أحوال شخصية. كلية الشريعة والإقتصاد. قسم الشريعة والقانون. جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية. قسنطينة.2014 .ص 337.

[2] الأنصاري حسن النيداني. الصلح القضائي. دراسة تأصيلية وتحليلية لدور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم. (د.ط). دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. مصر.2001. ص286.

وقبل الحديث عن سلطة القاضي ودوره في مسألة الصّلح والتّحكيم بين الزّوجين، يجب أن أتطرق أولا إلى تعريف الصّلح وهذا في المطلب الأول، ثمّ أتعرّض إلى إجراءات الصّلح ومدى سلطة القاضي في فضّ النّزاع بين الزّوجين في المطلب الثاني، أما المطلب الثالث فسأتناول فيه تعريف التّحكيم، وأخصص المطلب الرابع لدراسة التّحكيم في الشّريعة الإسلاميّة، أما المطلب الخامس والأخير سأعرّج فيه إلى إجراءات التّحكيم ومدى سلطة القاضي والحكمين في إنهاء الخصومة بين الزّوجين.

المطلب الأول: تعريف الصّلح.

سأتناول في هذا الفرع تعريف الصّلح في اللغة ثمّ في الإصطلاح.

الفرع الأول: تعريف الصّلح في اللّغة.

ورد تعريف الصّلح في اللّغة في العديد من المعاجم والقواميس سأقتصر على ذكر المهمّة منها:

1- يقال: صلح- الصَّلاّحُ: ضِدُّ الفَسَادِ، صَلَحَ يَصْلَحُ وَيَصْلُحُ صَلاَحًا وَصَلُوحًا.

وَالصُّلْحُ: تَصَالَحَ القَوْمُ بَيْنَهُمْ.

وَالصُّلْحُ: السِّلْمُ.[1]

2-الصُّلْحُ: إِنْهَاءُ الخُصُومَة- وَإِنْهَاءُ حَالَة الحَرْبِ- والسِّلْم.[2]

3-أَصْلَحَ الشَّيْءَ بَعْدَ فَسَادِهِ و- الحالَ: أَقَامَهُ وَجَعَلَهُ صالِحًا.

وَالصُّلْحُ: التَئَامُ شعب القوم المتصدّع، وهو السِّلْمُ" يُؤَنث".[3]

من خلال مختلف هاته التعاريف اللغوية يمكن القول أنّ الصّلح يدور حول معنى السّلم والالتئام وإنهاء الخصومة.

---

[1] ابن منظور. المجلدالرابع."الشين-العين". باب الضاد. ج28. المرجع السابق. ص2479.

[2] مجمع اللغة العربية. المرجع السابق. ص520.

[3] أحمد رضا. معجم متن اللغة. المجلد3. المرجع السابق. ص478-479.

الفرع الثاني: تعريف الصّلح في الإصطلاح.

أعرّف الصّلح من النّاحية الشّرعية، ثم من النّاحية القانونية.

أ-الصّلح في الشّرع.

هو عقد ينهي الخصومة بين المتخاصمين ويسمى كل واحد من المتعاقدين مصالحا، ويسمى الحق المتنازع فيه: مصالحا عنه، ويسمى ما يؤديه أحدهم لخصمه قطعا للنّزاع مصالحا عليه أو بدل الصّلح.[1] حيث فسّره الأئمة بالعقد الذي ينقطع به خصومة بين المتخاصمين.[2]

كما عرّف على أنّه:"عقد يتوصل به إلى إنهاء الخصومة".[3]

من خلال مختلف هذه التعاريف يمكن القول أنها تدور كلها حول نفس المعنى وهو الاتفاق على قطع أو إنهاء النزاع بين المتنازعين.

ب- تعريف الصّلح في القانون الوضعي.

عرّف المشرّع الجزائري الصّلح في نص المادة 459 من القانون المدني الجزائري حيث جاء نصها:

"الصّلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتويقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".[4]

الملاحظ أنّ المشرّع الجزائري عرّف الصّلح على أنّه عقد أو اتفاق بين شخصين متنازعين يفيد قطع النزاع أو الخلاف بينهما من جدوره، وبالتالي فإن مصطلح الإنهاء يعني عدم العودة إلى النزاع بتاتا ونهائيا، كما يجب نزول كل من المتصالحين على وجه التبادل

---

[1] السيد سابق. فقه السنة.المجلد3. ط4. دار الفكر. بيروت. لبنان.1983. ص305.

[2] أبو زكريا يحيى بن شرف النووي. روضة الطالبين. ط1. دار ابن حزم. بيروت. لبنان.2002. ص690.

[3] عبدالله بن محمد المطلق. فقه السنة الميسر. قسم المعاملات المالية. ط1. دار كنوز اشبيليا.الرياض.السعودية.2007. ص250.

[4] أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975.يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.(الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30-09-1975).

عن حقه، فإن لم ينزل أحدهما عن شيء مما يدعيه ونزل الآخر عن كل ما يدعيه لم يكن صلحا.[1]

وبالتالي فإن المدلول العام للصلح هو إنهاء الخصومة ورفع النزاع وتسوية الخلافات.[2]

المطلب الثاني: إجراءات الصّلح ومدى سلطة القاضي في إنهاء النزاع بين الزوجين.

إجراءات الصّلح في قضايا الأحوال الشخصية لاسيما في دعاوى الطلاق تعتبر الإجراءات الهامة والأولية التي يجب على القاضي القيام بها بصفة إجبارية قبل النطق بالطلاق.[3]

لقد نص المشرّع الجزائري في المادة 49 على هذا الإجراء حيث جاء فيه:"لا يثبت الطلاق إلا بموجب حكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين".

فبعد أن أوردت المادة 49 نصا مبدئيا يتعلق بأن الطلاق لايثبت إلا بحكم قضائي، وأن أي طلاق يقع شفهيا ضمن قواعد الفقه الإسلامي لايعتد به قانونا، ولايحتج به اتجاه الغير، أشارت إلى أن مثل هذا الطلاق لايجوز للمحكمة أن تقرره إلا بعد قيام القاضي المعروضة عليه دعوى الطلاق بإجراءات الصلح.[4]

---

[1] حليمة جبار.(دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف على ضوء أحكام ق إ م إ الجديد، الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة والصلح والتحكيم). مجلة المحكمة العليا.عدد خاص.2009. ص600.

[2] وردة بوزيد. الصّلح والتّحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية. مذكرة ماجستير في القانون الخاص.تخصص شؤون الأسرة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة العربي بن مهيدي. أم البواقي.2011. ص11.

[3] Mohand issad.(le role du juge et la volonté des parties dans la rupture du lien conjugal). revue algerienne des sciences juridique économiques et politiques.volume.v.n04.décembre1968.p1073.

[4] عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد.المرجع السابق. ص119.

وعليه يجب على القاضي المختص بالفصل في دعوى الطلاق أن يستدعي الزوجين المتخاصمين إلى مكتبه بواسطة مكتب الضبط، وذلك في جلسة خاصة، ثم يحاول أن يصلح بينهما، ويكون ذلك بإشعار الزوجين بضرورة التسامح المتبادل، وبيان محاسن المحبة والتفاهم والانسجام من أجل استقرار الأسرة وضمان مصالح الأطفال، واستمرار علاقة القرابة والمصاهرة بين عائلتي الزوجين.[1] ولكن بشرط أن لاتتجاوز مدة محاولات الصلح ثلاثة شهور ابتداء من تاريخ رفع الدعوى بالطلاق، لكن إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات الصلح دون اعتذار فإن ذلك يعتبر امتناعا متعمدا ورفضا ضمنيا لمحاولات الصلح، ومثل هذا الوضع يعفي القاضي من الانتظار.

وفي جميع الأحوال يتعين على القاضي إعداد محضر[2] يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح سواء كانت إيجابية أو سلبية، فإذا كانت إيجابية يذكر في المحضر الأمور التي وقع التصالح بشأنها، وإن كانت سلبية يذكر أن محاولات الصلح فشلت، ويمكن أن يشير إلى أسباب فشلها، وبعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات الصلح يوقعه كل من القاضي وأمين ضبط والزوجين.[3]

والواقع أن التعديل المجرى على نص المادة 49 بموجب الأمر 02/05 لم يكن جوهريا، إذ كل ما في الأمر أنه حدد بدء محاولات الصلح من تاريخ رفع الدعوى دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر بخلاف ما كان النص عليه سابقا في ظل قانون 11/84، حيث لم يكن واضحا الوقت الذي يبدأ فيها حساب مدة الثلاثة أشهر، مع إضافة فقرة ثانية توجب على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين التي سبق شرحها.[4]

---

[1] العربي بلحاج.الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري.ج1.المرجع السابق.ص375.

[2] انظر الملحق رقم 04.

[3] عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. المرجع السابق. ص120.

[4] صالح حمليل. (قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري). مجلة الحقيقة. العدد السادس. ماي2005. ص235.

كما يؤكد قانون الإجراءات المدنية والإدارية بما يتوافق مع قانون الأسرة الجزائري على مهمة الصلح التي يجريها القاضي، فهو ينص في المادة 439 على أنه"محاولات الصلح وجوبية"، كما يحرص على تحقيق ذلك، وتقرير الوسائل الممكنة من الوصول إليه، ومن ذلك النص على الاستماع للزوجين على انفراد قبل الاستماع إليهما مجتمعين، إذ تنص المادة 1/440 على أنه" في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا".[1]

ومن ذلك أيضا إمكانية حضور أحد الأقارب بناء على أحد الزوجين، فقد نصت المادة 2/440 على أنه" يمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح".[2]

لهذا يمكن القول بأن قاضي شؤون الأسرة هو الشخص المؤهل قانونا بما لديه من صلاحيات سلطوية بعرض الصلح بمعيته وتحت إدارته على الزوجين، وهو التزام يقع على عاتقه دون غيره، فبات إقحامه كطرف إيجابي في النزاع.[3] ، بحيث يجب عليه أن يتثبت من هوية الزوجين من خلال العملية الصلحية، لأن هناك بعض النساء تعرضن لعمليات تدليس فاحش نتجت عنها أضرار جسيمة، فالذي يحصل أن من الأزواج من يحضر في محاولات الصلح امرأة غير زوجته وتأتي له بهذه الوسيلة للحصول على الاتفاق على الطلاق والتنازل عن جميع حقوقها

لهذا يمكن القول من خلال ما تقدم ذكره أن سلطة القاضي التقديرية في مرحلة الصلح واسعة جدا، فعليه أن يبذل قصارى جهده من أجل تقريب وجهات النظر بين الزوجين ومحاولة وضع حد للخلاف الجاري بينهما.

و في هذا الصدد صدرت العديد من القرارات المتعلقة بإجراء الصلح بين الزوجين منها:

---

[1] مراد كاملي .(قراءة في الإجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية08-09) . مجلة الإحياء. العدد13. كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية. باتنة. الجزائر. 2009. ص329.

[2] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[3] وردة بوزيد. المرجع السابق. ص58.

القرار الصادر في 1985/06/03 حيث جاء فيه:

"من المقرر قانونا أنه ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ إجراء ما لا يفرضه عليهم القانون، وأنهم لا يسوغ لخصم انتزاع إجراء ما منهم جعله القانون جوازيا لهم فعله أو تركه، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات وعدم كفاية الأسباب تأسيسا على أن محاولة الصلح لم تتم بين الطاعنة وزوجها في غير محله ويستوجب رده.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[1]

ما يلاحظ على هذا القرار أنه جاء مؤكدا لما ورد في نص المادة 17 ق إ م، حيث انتهج فيه المجلس الأعلى منهجا يذهب إلى جوازية الصلح.

وهذا ما تبين من- قضية الحال- أن الزوجة الطاعنة استندت في طعنها إلى سبب وحيد تمثل في مخالفة القواعد الجوهرية وعدم كفاية الأسباب بدعوى أن عدم القيام بمحاولة الصلح يبطل الحكم والقرار إبطالا مطلقا.

لكن وحيث أن المادة 17 من ق إ م تنص على جوازية الصلح وليس على وجوبه، ومن ثمة فالقاضي له الخيار في القيام بالمصالحة بين الزوجين في دعوى الطلاق إن أمكن.

حسب رأيي كان من الأفضل إجراء عملية الصلح بين الزوجين قبل الحكم بالطلاق، وذلك بهدف محاولة التقليل من نسبة الطلاق في المجتمع من جهة، وكذا الحفاظ على الكيان الأسري وضمان واستقراره خاصة وما ينجر عن الطلاق من آثار سلبية وخيمة لا تقتصر على الزوجين فقط بل تتعدى حتى إلى الأبناء الذين يعتبرون ضحايا هذه الفرقة من جهة أخرى.

وقضى في قرار آخر:

---

[1] م.أ.غ.أ.ش. ملف رقم36962. قرار بتاريخ1985/06/03. المجلة القضائية1990.العدد02. ص65./جمال سايس.الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية.ج1.المرجع السابق. ص373.

"من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وعند نشوز الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان ثابتا في – قضية الحال– أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية:56.55.49 من ق أ يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

ما يلاحظ على هذا القرار أن المجلس الأعلى تحوّل عن موقفه وغيّره، حيث انتهج منهجا جديدا يقر بإلزامية إجراء الصلح ووجوبه، بعدما كان يقر بجوازه، فالملاحظ هنا تحوّل في الاجتهاد القضائي للمجلس الأعلى في مسألة الصلح بين الزوجين.

كما يستشف من خلال هذا القرار أنه جاء مؤكدا لما ورد في نصوص المواد 56.55.49 من ق أ .

حيث تبين من– قضية الحال– أن قضاة المجلس حينما خولوا لأنفسهم الحكم فيما هو من اختصاص القاضي وحده فإنهم حادوا عن المواد المذكورة أعلاه، وقضوا بالطلاق دون مراعاتها، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا القانون وتجاوزوا اختصاصه وعرّضوا قرارهم للنقض.

ومن ثمة يعتبر هذا القرار موفقا فيما ذهب إليه.

وذهبت المحكمة العليا في اجتهاد لها:

---

[1] م.أ.غ.أ.ش. ملف رقم 57812. قرار بتاريخ1989/12/25.المجلة القضائية1991.العدد03.ص71./جمال سايس.ج1.المرجع السابق.ص504.

"من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون".[1]

وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرار جاء فيه:

"إن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح طبقا لنص المادة 49 من ق أ..."[2]

كما نصت المحكمة العليا في قرار لها:

"إن الحكم بفك الرابطة الزوجية، لا يصدر إلا بعد اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين عملا بأحكام المادة 49 من ق أ".[3]

يستشف من خلال استقراء مضمون هاته القرارات أنها جاء مؤكدة لما ورد في نص المادة 49 من ق أ، حيث اعتبرت أن القيام بمحاولة الصلح بين الزوجين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون ويعد من النظام العام، ومن ثمة فإن إغفال هذا الإجراء القانوني من طرف قضاة الموضوع يعتبر خطأ في تطبيق القانون ومخالفة له.

وبالتالي أحسنت هاته القرارات فيما اتجهت إليه.

وورد في اجتهاد آخر لها:

"إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما لأن المادة 49 من ق أ تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر".[4]

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم75141. قرار بتاريخ 1991/06/18.المجلة القضائية.1993.العدد1. ص65./جمال سايس.ج2.المرجع السابق. ص654.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم82143. قرار بتاريخ1992/05/12. نشرة القضاة.1995.العدد48. ص165./المرجع نفسه. ص787.

[3] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 96688. قرار بتاريخ1994/01/18. نشرة القضاة.1997. العدد50. ص80./المرجع نفسه. ص847.

[4] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم174132. قرار بتاريخ1997/10/23. نشرة القضاة.1999.العدد55. ص179./المرجع نفسه. ص940.

من خلال هذا القرار يلاحظ أنه جاء مؤكدا لما ورد في نص المادة 49 ق أ والتي تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر، وعليه فإن غياب أحد الزوجين عن جلسة الصلح بالرغم من تأخيرها العديد من المرّات يعفي القاضي من الانتظار، فهو يعتبر دليلا في هذه الحالة على الرفض الضمني لمحاولة الصلح، ويجعل القاضي مجبرا بالفصل في موضوع الدعوى والحكم بالتطليق.

وبالتالي يمكن القول أن هذا القرار جاء موفقا وغير مخالف للقانون.

وصدر قرار آخر مفاده:

"إن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية وأن لفظ الطلاق أو التطليق تصدر دائما نهائيا".[1]

يبدو لي أن هذا الاجتهاد غير موفق فيما ذهب إليه، ذلك أنه اعتبر أن محاولة الصلح تعتبر من الإجراءات غير الجوهرية في دعاوى الطلاق، والواقع خلاف ذلك، حيث أن مسائل الطلاق تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية التي تتسم بأنها من أكثر المسائل خصوبة وصلاحية لمحاولة الصلح، ذلك أن المنازعات التي تنشأ في هذه الحالة ليست مجرد نزاعات تدور بين أناس لا توجد علاقة ود وقرابة بينهم، وإنما هي منازعات تدور بين أقرب الناس و أوثقهم روابط، فهي خلافات تدور بين زوج و زوجته أو غيرهم، لذلك فإن الصلح هو الذي يؤدي إلى قطع النزاع وحفظ وشائج وروابط المحبة والود والقرابة بينهم مصداقا **لقوله تعالى:"... وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا، فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا، والصلح خير..."**[2]

كما للصلح أهمية بالغة في إنهاء الخصومات فهو من الحلول البديلة لفض النزاعات، كما يساهم في تقليص حجم قضايا فك الرابطة الزوجية الذي هو في تزايد مستمر، وهذا

---

[1] م.ع. غ.أ.ش. ملف رقم200198. قرار بتاريخ1998/07/21. نشرة القضاة.1999.العدد56. ص40./ جمال سايس.ج2. ص947.

[2] سورة النساء. الآية 128.

نتيجة انقضاء الدعوى صلحا واختصار الوقت والجهد و النفقات، وبالتالي فهو يقلل من الآثار السلبية الناتجة عن التفكك الأسري، ويساهم في الحفاظ عليه وتماسكه.

إن هذا الاجتهاد جاء مخالفا لقرارات المحكمة العليا السابقة التي جاءت مؤكدة لنص المادة 49 من ق أ، لاسيما القرار الصادر بتاريخ 1994/01/18 الذي قضى بأن الحكم بفك الرابطة الزوجية، لا يصدر إلا بعد اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين عملا بأحكام المادة49 من ق أ.

يتضح من خلال هاته القرارات أن موقف المحكمة العليا متذبذب وغير مستقر في مسألة إجراء الصلح بين الزوجين، فتارة اعتبرت الصلح من الإجراءات الجوهرية والإجبارية التي يجب مراعاتها قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية، وتارة أخرى لم تعتبره كذلك.

وهذا ما يؤدي ذلك حدوث تضارب وتناقض في الأحكام والقرارات، وبالتالي ميل ميزان العدل.

كما قضت في قرار آخر:

"لا تجوز النيابة عن الزوجين في محاولة الصلح"[1]

يبدو لي أن هذا القرار جاء صائبا في محله، حيث أنه أقر بمبدأ عدم جواز النيابة عن الزوجين خلال إجراء عملية الصلح، وهذا راجع إلى أن هذه الأخيرة تعتبر من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية التي لا تصلح النيابة فيها نظرا لخصوصية العلاقة الزوجية وارتباطها بذات الإنسان وطبيعته.

لهذا يمكن القول أن هذا الاجتهاد جاء موفقا فيما ذهب إليه.

وذهبت المحكمة العليا في قرار لها أكّدت فيه أنه لابد من مراعاة إجراءات الصلح قبل إصدار الحكم بالطلاق، حيث جاء فيه:

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم417622. قرار بتاريخ2008/01/16. مجلة المحكمة العليا.2008.العدد01.ص263./جمال سايس.ج3. ص1443.

" القضاء بالتطليق خلعا دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع مخالف لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة."[1]

من خلال هذا القرار يستشف أنه جاء مؤكدا لما ورد في نص المادة 49 من قانون الأسرة حيث يمكن القول بأن محاولات الصلح تعتبر من الإجراءات الإجبارية والجوهرية التي يجب على قضاة الموضوع القيام بها قبل النطق بالحكم، وهذا وقد اعتبرت المحكمة العليا أن إغفال إجراءات الصلح يعتبر خرقا للقانون.[2]

كما ورد في اجتهاد آخر مفاده:

"للطلاق بالتراضي أحكام خاصة، يجب مراعاتها من طرف القاضي، يجب عليه التأكد من قبول العريضة المشتركة، وبعد ذلك الاستماع إلى الزوجين على انفراد، ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما، ويحاول الصلح بينهما، إن كان ذلك ممكنا".[3]

من خلال هذا القرار يستشف أنه جاء مؤكدا وبما يتوافق مع ما ورد في نصوص المواد427 إلى 435 ق إ م إ، وكذا المادة 49 من ق أ، وعليه فإن حكم قضاة الموضوع في –قضية الحال– بالطلاق بالتراضي دون الأخذ بعين الاعتبار الإجراءات القانونية المتعلقة بالطلاق بالتراضي ولاسيما م431 ق إ م إ التي تنص صراحة على أن يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا.

---

[1] م ع. غ أ. ش. ملف رقم 477546. قرار بتاريخ 2009/01/14. مجلة المحكمة العليا.العدد2.2009.ص279.

[2] Ghaouti Ben Melha.Le droit Algerien de la famille.office des publication universitaires.Algerie.1993.p197.

[3] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم676898. قرار بتاريخ2011/12/08. مجلة المحكمة العليا.العدد01. 2012. ص321./جمال سايس.ج3.ص1613.

كما تبين في – قضية الحال– أن قاضي الدرجة الأولى قد أجرى جلسة صلح واحدة دون حضور الطاعنة والتأكد من موافقتها أو رضاها ودون سماعها، فهذا يعد مخالفة لنص المادة السابقة.

وبالتالي فإن قرار المحكمة العليا المتعلق بقبول الطعن ونقض و إبطال الحكم المطعون فيه كان صائبا في محله ومطابقا لنصوص القانون.

المطلب الثالث: تعريف التحكيم.

أتناول في هذا الفرع تعريف التحكيم في اللغة ثم في الاصطلاح كما يلي:

الفرع الأول: تعريف التحكيم في اللغة.

وردت عدة تعاريف لغوية للتحكيم أهمها:

1– يقال:"حَكَّمَهُ فِي الأَمْرِ تَحْكِيمًا: أَمَرَهُ أَنْ يَحْكُمَ، فَاحْتَكَمَ. وَتَحَكَّمَ: جَازَ فِيهِ حُكْمُهُ"[1]

"حَكَّمْتُ فُلاَنًا أَيْ أَطْلَقْتُ يَدَهُ فِيمَا شَاءَ. وَحَكَّمُوهُ بَيْنَهُمْ: أَمَرُوهُ أَنْ يَحْكُمَ.وَيُقَالُ:حَكَّمْنَا فُلاَنًا فِيمَا بَيْنَنَا أَيْ أَجَزْنَا حُكْمَهُ بَيْنَنَا".[2]

2–حَكَّمَهُ: حَكَمَهُ. وَيُقَالُ: حَكَّمَ فُلاَناً عَمَّا يُرِيدُو–فُلاَناً فِي الشَّيْءِ وَالأَمْرِ: جَعَلَهُ حَكَمًا. وفي التنزيل العزيز:"فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَيَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمَا"[3]

3–وَالحَكَمُ: مِنْ أَسْمَاءِ الله الحُسْنَى– وَالحَاكِمُ مَنْ يُخْتَارُ لِلْفَصْلِ بَيْنَ المُتَنَازِعَيْنِ.[4] وفي التنزيل العزيز:"وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا."[5]

---

[1] الطاهر أحمد الزاوي.ج1.المرجع السابق.ص685.

[2] ابن منظور.ج1.المرجع السابق. ص952.

[3] سورة النساء: الآية 65.

[4] مجمع اللغة العربية. المرجع السابق. ص190.

[5] سورة النساء: الآية 35.

الفرع الثاني:تعريف التحكيم في الاصطلاح.

سأتطرق إلى تعريف التحكيم من الناحية الفقهية والقانونية كما يلي:

أ-التعريف الفقهي.

عرّف ابن النجيم التحكيم بأنه:"هو تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما"[1]

كما عرفه ابن فرحون على أنه:"تولية الخصمين حكما يرتضيانه ليحكم بينهما"[2]

أما الماوردي فعرّف التحكيم بقوله:"هو أن يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه".[3]

وذك ابن قدامى في كتابه المغني بأنه:"تولية شخصين حكما صالحا للقضاء يرتضيانه للحكم بينهما".[4]

*** مناقشة التعاريف.**

ما يؤخذ على تعريف ابن النجيم والماوردي أنهما -عامين وشاملين وغير دقيقين وواصفين لصفة الحكم الذي يقوم بعملية التحكيم ما إذا كان صالحا للقضاء وتتوفر فيه الشروط لتولية هذه المهمة أو لا، كذلك ما يلاحظ عليهما أنهما لم يذكر كلاهما عنصر الرضا في مسألة التحكيم.

ما يلاحظ على تعريف ابن قدامى أنه جاء معينا لصفة الحكم وهو أن يكون صالحا للقضاء، بمعنى يجب أن تتوافر فيه شروط المحكم من صفات مثل الإسلام، العدالة، الرشد، رزانة العقل، النزاهة والحياد...

لهذا يبدو لي أن ابن قدامى قد وُفِّقَ إلى حد بعيد فيما ذهب إليه، عندما ذكر صفات الحكم، فلا يجوز للفاسق غير العادل أن يتولى مهمة التحكيم، كما أنه أضاف نقطة جوهرية

---

[1] محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي.البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ط1.ج7. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.1997. ص41.

[2] ابن فرحون برهان الدين المالكي. تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. ط1.ج1. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.1995. ص92.

[3] أبو الحسن علي بن محمد الماوردي. أدب القاضي. (د.ط).ج2. مطبعة الرشاد. بغذاذ. 1952. ص3596.

[4] ابن قدامى. المغني. ج11. المرجع السابق. ص483.

كانت بمثابة حلقة مفقودة في بقية التعاريف وهي عنصر الرضا في عملية التحكيم، كما وُفِّقَ ابن فرحون في ذلك.

من خلال هذه التعاريف يمكن القول أنها تصب في منحى واحد، وإن اختلفت في الصياغة، فهي تدل على نفس المعنى، ولكن حسب رأيي أرجح التعريف الأخير.

ب/التعريف القانوني.

اختلفت وتنوعت تعريفات شراح القانون للتحكيم لكن سأقتصر على ذكر المهمة منها: "التحكيم وسيلة بديلة من وسائل حل المنازعات يمنح أطرافه الفرصة الكافية في حل منازعاتهم بالطريقة التي يرونها مناسبة".[1]

وعرفه أحمد أبو الوفاء على أنه:"الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به".[2]

كما عُرِّفَ بأنه:"وسيلة يلجأ إليها القاضي إذا لم يتمكن من إيجاد الحل بالصلح بين الزوجين مخول لأقارب كل من الزوجين، أي من أهل الزوج ومن أهل الزوجة"[3]

من خلال هذه التعاريف أرجح التعريف الأخير و المتمثل في تعريف التحكيم للشقاق بين الزوجين والمتعلق بشؤون الأسرة، لأن باقي التعاريف(الأول والثاني) ليست متعلقة بقضايا الأحوال الشخصية، ولكنها تتعلق بفروع القانون الأخرى، على الرغم من أن هذا التعريف لم يحدد بدقة صفة الحكمين المؤهلين للفصل في النزاع بين الزوجين، واكتفى بذكر صفة القرابة فقط، وأهمل باقي الشروط كالإسلام والعدالة(التزام الحياد)...

---

[1] مهند عزمي أبو مغلي وأمجد حمدان الجهني.(رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني). مجلة الشريعة والقانون. العدد38.أفريل2009. ص275.

[2] أحمد أبو الوفاء. التحكيم بالقضاء وبالصلح.(د.ط). دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. مصر.(د.ت). ص14.

[3] موقع الكتروني بتاريخ 2011/04/24./http//www.alexalaw.com.

المطلب الرابع: التحكيم في الشريعة الإسلامية.

كان التحكيم وسيلة لحل المنازعات معروفا في الجزيرة العربية قبل الإسلام، يتولاه من يختاره المتنازعون فيحتكمون إليه، ويقبلون حكمه بما له من مكانة أو بما يتعاهدون عليه من قبول ما يصدره من حكم.[1]

فإلى جانب القضاء أخذت الشريعة الإسلامية بنظام التحكيم، لكن ليس التحكيم الذي كانت عليه العرب قبل الإسلام، فألغت بعض القواعد التي كانت سائدة قبل الإسلام، وعدلت عن بعضها وأقرت البعض الآخر الذي لا يتعارض مع أحكامها، وأضافت أحكاما جديدة اقتضت الظروف تطبيقها.[2]

لذلك فإن المتتبع للتحكيم بعد مجيء الإسلام يجد بشكل جلي أن الأمر يتعلق بأعراف لدى القبائل العربية التي كانت تلجأ إلى التحكيم لفض نزاعاتها، وأن هذا التحكيم الذي كان سائدا وامتد إلى حياة الناس في ظل الإسلام باعتبارها عرفا محمودا له أهميته في فض النزاعات.[3]

لهذا يعتبر التحكيم من أقدم الوسائل التي اتخذتها الأمم والشعوب والأفراد لحل المنازعات وفصل الخصومات ولجأوا إليه في مختلف الأزمنة والعصور حتى غدا في عصرنا اليوم من أبرز الوسائل لحل المنازعات.[4]

وقد دلّ على مشروعية التحكيم الكتاب وعمل الصحابة، ومن ذلك قوله تعالى"فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت

---

[1] معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية. التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون. المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون. ط1. جمعية المقاصد الخيرية الإسلامية. بيروت. لبنان. 2000. ص255.

[2] سليم بشير. الحكم التحكيمي والرقابة القضائية. أطروحة دكتوراه. تخصص قانون خاص. كلية الحقوق. قسم العلوم القانونية. جامعة الحاج لخضر باتنة. 2012. ص31.

[3] نضال جبر البلوي. التحكيم في الشريعة الإسلامية ونظام التحكيم السعودي.ط1. دار الثقافة.عمان.الأردن.2012. ص35.

[4] عبد المجيد محمد السوسوه.(أثر التحكيم في الفقه الإسلامي). مجلة الشريعة والقانون. العدد 22. يناير 2005. ص103.

ويسلموا تسليما"،[1] وكذلك قوله عز وجل:" وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاَحًا يُوَفِّقِ الله بَيْنَهُمَا ."[2]

فهذه الآية تدل على جواز التحكيم لحل ما ينشأ بين الزوجين من خلاف.

ومن أدلة مشروعية التحكيم من السنة:

-حدثنا الربيع بن نافع عن يزيد ابن المقدام بن شريح عن أبيه عن جدّه شريح.

-عن أبيه هانئ أنّه لمّا وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع قومه سمعهم يكنونه بأبي الحكم، فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلما تكنى أبا الحكم فقال إنّ قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أحسن هذا فمالك من الولد قال شريح ومسلم وعبد الله قال فمن أكبرهم قلت شريح فقال:فأنت أبو شريح.[3]

*من الأثر.

هناك آثار عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم عمر بن الخطاب وأبي بن كعب وزيد بن ثابت رضي الله عنهم، تدل على جواز التحكيم، فسيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما تنازع مع أبي بن كعب في أرض حكم زيد بن ثابت فحكم بينهما.[4]

المطلب الخامس:إجراءات التحكيم ومدى سلطة القاضي والحكمين في إنهاء الخصومة بين الزوجين.

عالج المشرّع الجزائري مسألة التحكيم بين الزوجين في نص المادة 56 من ق.أ.ج وكذا نصوص المواد 446 إلى غاية المادة 449 من ق.إ.م.إ، حيث جاء في فحوى المادة

---

[1] سورة النساء.الآية 65.

[2] سورة النساء: الآية35.

[3] أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني. سنن أبي داود. كتاب الأدب. باب في تغيير الإسم القبيح. الحديث رقم 4955. المرجع السابق. ص536.

[4] محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي. تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ط1.ج7. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.1997. ص42.

56 كما يلي:"إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين."

وواضح من هذه المادة أنه إذا اشتد الشقاق بين الزوجين، وأضر أحدهما بالآخر، واستحال استمرار المعيشة المشتركة بينهما، ولم يثبت الضرر، اختارت المحكمة حكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، ويشترط في الحكمين ان يكون رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقادرين على الإصلاح بينهما. [1]

والأصل في بعث الحكمين قوله تعالى:" **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاَحًا يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا**".

وهذان الحكمان يتعرفان على أسباب الشقاق، ويبذلان جهودهما في إصلاح ذات البين بين الزوجين، فإذا تم انتهى الأمر إلى الوفاق.[2]

والملاحظ أن القانون لم يجعل للحكمين حق التفريق دون القاضي بل جعل الحق للقاضي بناء على اقتراحهما وهذا فيه احتياط، حيث يجعل القاضي فرصة لمناقشة الحكمين في قرارهما مما يؤدي إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجية.[3]

فقانون الأسرة لم يوضح جليا بعض المسائل منها كيفية تعيين الحكمين فهل يتم تعيينهما بأمر كتابي أو شفهي، ومتى يمكن اللجوء إلى هذا الإجراء أبعد فشل محاولات الصلح أم أثناءها، كما أنه لم يتطرق إلى حالة ما إذا رفض الزوجان مبدأ التحكيم أو لم يجد من يقبل التحكيم، فماذا يمكن أن يفعله القاضي.

---

[1] العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق. ص359.

[2] محمد أبو زهرة. المرجع السابق. ص361.

[3] طاهري حسين. المرجع السابق. ص127.

وبالنسبة لطبيعة التحكيم نلاحظ من نص م 56 من ق.أ.ج أن المشرّع الجزائري قد نص على الزامية التحكيم ووجوبه في دعاوى فك الرابطة الزوجية، وهذا يتوقف على توافر الشروط المذكورة أعلاه، والمتمثلة في شرط اشتداد الخصام أو الشقاق بين الزوجين، وكذا شرط عدم ثبوت الضرر.

كما يتضح من خلال هذا النص أنه لم تحكم المحكمة به بمجرد وجود شقاق وخصام بين الزوجين، بل عليها أن تثبت بأن الخصام مستفحل بينهما وطال أمده.[1]

وهذا ما يبدو لي أنه يتعارض مع نص المادة 446 من ق.إ.م.إ التي جاء نصها:"إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعيّن حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

يتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرّع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص على جواز التحكيم وليس على إلزاميته ووجوبه كما نظمه في نص المادة 56 من قانون الأسرة، وهذا ما يؤدي إلى تضارب في النصوص، وبالتالي هذا ما يصعب المهمة أمام القاضي في تطبيق القانون.

كما نخلص أنّ المشرّع من خلال نص المادة الإجرائية(446 ق إ م إ) قرّر منح السلطة التقديرية للقاضي من أجل تقدير حالات منازعات فك الرابطة الزوجية والتي تتطلب اللجوء إلى التحكيم، ومع ذلك فإننا نلمس أن هناك عدم رغبة في تفعيل نظام التحكيم بين الزوجين ولا حمل القضاة على تطبيقه.[2]

بالنسبة لتعيين الحكمين وصفاتهما فالقاضي يعينهما سواء من تلقاء نفسه تطبيقا للقانون أو بناء على طلب واختيار الزوجين ويجب عليه أن يراعي درجة قرابتهما من الزوجين، إضافة إلى تأثيرهما عليهما وقدرة كل منهما على حل النزاع، وهنا تتجسد السلطة التقديرية للقاضي في اختيار الحكمين العدلين الذين يمكن لهما حل النزاع بين الزوجين.

---

[1] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق.ص.206.

[2] وردة بوزيد.المرجع السابق.ص32.

وسواء توصل الحكمان إلى إيجاد حل للخلاف أم لا، فعليهما تقديم تقرير في أجل شهرين إلى القاضي من تاريخ تعيينهما يتضمن النتائج التي خلصا إليها وعلى اقتراحاتهما بقصد إنهاء الخصومة بين الزوجين.

فالقاضي يحكم في ظل تقرير الحكمين الذي لا يشترط فيه التسبيب، كما لا يجوز له رفض التقرير وتعيين حكمين آخرين بما يتمتع به من سلطة تقديرية في هذا السياق، كما أنه غير مجبر بما أسفر عنه التقرير من نتائج في حالة فشل إجراءات التحكيم، وهذا ما نصت عليه المادة 449 من ق إ م إ:"يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا، إذا تباينت له صعوبة تنفيذ المهمة..."

وتجذر الإشارة إلى أن مسألة تعيين الحكمين لا يكون عادة عندما ترفع الزوجة دعوى ضد زوجها وتدّعي أنّه تسبّب لها في ضرر معيّن يجيز لها طلب التطليق، ثم تعجز عن إثبات الضرر بالوسائل القانونية المتعلقة بالإثبات، ويفشل القاضي في محاولة الصّلح، أي أنّ التحكيم لا يكون إلا في حالة فشل القاضي في الصلح وفي حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وعدم ثبوت الضرر.

وأخيرا يمكن القول أن القضاة في الواقع العملي لا يقومون بإجراء التحكيم إلا نادرا، ويكتفون بمحاولة الصلح فقط لكون القضاة لا يريدون إطالة الإجراءات، ويبقى التساؤل مطروحا حول التناقض الموجود على مستوى النصوص مما يؤدي إلى عدم معرفة الطبيعة القانونية لإجراء التحكيم هل هو جوازي طبقا لنص المادة 446 ق إ م إ أم أنه وجوبي طبقا لنص المادة 56 من قانون الأسرة.

وفي هذا السياق صدر اجتهاد قضائي للمحكمة العليا مفاده:

"من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون".

-ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية:49-55-56(ق.أ) يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه.

-ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[1]

من خلال استقراء مضمون هذا القرار يلاحظ أنه جاء تأكيديا لما ورد في نصوص المواد 49-55-56 من قانون الأسرة، وبالتالي فإن إغفال كل من إجراء الصلح والتحكيم قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية يعد مخالفة للقانون، لهذا يمكن القول أن إجراءات الصلح والتحكيم تعتبر من الإجراءات الهامة التي يتعين على القاضي والحكمين القيام بها كإجراء وقائي قبل الحكم بالطلاق وإنهاء العلاقة الزوجية، وما ينجم عنه من آثار سلبية خطيرة.

كما قضت في قرار آخر لها:

"القاضي غير ملزم بتعيين الحكمين في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين، وثبوت الضرر".[2]

ما يؤخذ على هذا القرار أنه ذهب مذهبا غير مندوب ولا مستساغ بشأن فكرة الصلح والتحكيم.

ففي مسألة التحكيم بين الزوجين يتضح أن هناك تناقض وتضارب في النصوص، فمن جهة جعل المشرع الجزائري إجراء التحكيم جوازي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لاسيما المادة 446 منه، ومن جهة أخرى جعله إلزامي (وجوبي) في قانون الأسرة من خلال مضمون المادة 56 منه، مما يشكل تناقضا بين النص الإجرائي والموضوعي من جهة والواقع من جهة أخرى.

---

[1] م.ع.غ .أ.ش. ملف رقم 57812. قرار بتاريخ1989/11/25. المجلة القضائية لسنة 1991.العدد 03. ص71.

[2] م.ع.غ.أ.ش.ملف رقم620084. قرار بتاريخ2011/04/14. مجلة المحكمة العليا.2012.العدد01. ص299./جمال سايس.ج3. ص1600.

كما يلاحظ من خلال هذا القرار أنه ليس هناك رغبة من طرف القضاة في تفعيل نظام التحكيم، لهذا أقترح مستقبلا إعادة تفعيل إجراء التحكيم عن طريق التزام قضاة شؤون الأسرة بتعيين الحكمين بهدف الحفاظ على استقرار البناء الأسري وتماسكه.

أما بالنسبة لمسألة إجراء الصلح فنص المادة 49 من ق أ كان واضحا وصريحا في هذه النقطة، حيث جاء فيه:"...بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر..."

لكن بالرجوع إلى-قضية الحال- تبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة صلح واحدة بين الزوجين، وبالتالي يبدو لي أن هذا الإجراء فيه مخالفة لنص المادة 49 من ق أ التي تنص على عدة محاولات صلح، لهذا فإن اكتفاء القاضي بجلسة صلح واحدة حسب رأيي فيه مخالفة واضحة للنص السابق ذكره.

فما يلاحظ أخيرا في مسألة الصلح والتحكيم أن بعض القضاة لا يريدون إطالة الإجراءات، وهذا ما ينعكس سلبا على العلاقة الزوجية وما ينجر عن ذلك من آثار سلبية لا تنعكس فقط على الزوجين بل حتى على الأبناء كذلك.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في أسباب التطليق.

إن الطلاق هو ملك للزوج دون الزوجة، غير أنه يمكن للزوجة إذا تضررت من استمرار الحياة الزوجية أن ترفع أمرها إلى القاضي ليفرق بينها وبين زوجها، فقد جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل الذي سعى إلى بناء الزوجية، وفي نفس الوقت شرع التطليق.[1] إذا لقيت الزوجة رهقا وعنتا من المعاشرة الزوجية، وتضررت من بقاء هذه العلاقة واستمرارها لأن زوجها لا يقوم بواجباته ولا يوفيها حقوقها الزوجية، فيجعل لها الحق لكي تتمكن من دفع الضرر عن نفسها لأنها لا تملك الطلاق وقد فات إمساكها بمعروف.[2]

---

[1] أحمد شامي.المرجع السابق.ص133.

[2] عبد الفتاح إبراهيم بهنسي. أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية(فقها وقانونا).(د.ط). مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية. مصر.(د.ت). ص101.

فمن الصلاحيات التي أعطتها الشريعة الإسلامية للقضاة أن جعلت لهم حق التفريق بين الزوج وزوجته، وإنما يثبت لهم هذا الحق في التفريق إذا كانت فيه المحافظة على حق أمرت الشريعة بالمحافظة عليه، سواء تعلق منها بحقوق الشريعة نفسها أم ما تعلق بحقوق أحد الزوجين، أم ما تعلق بحقوق غيرهما.[1]

وقد تناول المشرّع الجزائري الحالات التي يجوز فيها للزوجة أن تلجأ من خلالها إلى القاضي لطلب التطليق في نص المادة 53 من ق أ ج، ومنح للقاضي سلطة في تقدير مختلف هذه الأسباب(الحالات).

وقبل الحديث عن سلطة القاضي في تقدير أسباب التطليق يجب أن أتطرق أولا إلى تعريف التطليق وذلك في المطلب الأول، ثم أتعرض إلى سلطة القاضي في تقدير أسباب التطليق للضرر المادي في المطلب الثاني، ثم أخصص المطلب الثالث لدراسة سلطة القاضي في تقدير أسباب التطليق للضرر المعنوي، وأخيرا أعرّج في المطلب الرابع والأخير إلى سلطة القاضي في تقدير الضرر المعتبر شرعا.

المطلب الأول: تعريف التطليق.

أتناول من خلال هذا المطلب تعريف التطليق في اللغة ثم في الإصطلاح الفروع الموالية كالتالي:

الفرع الأول: تعريف التطليق في اللغة.

كلمة التطليق في اللغة تعني التخلية والإرسال وحل العقد.[2]

---

[1] محفوظ بن صغير. الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري. أطروحة دكتوراه. كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية.قسم الشريعة. باتنة. 2009. ص636.

[2] ابن منظور. لسان العرب.ط1. المجلد9.دار صادر.بيروت.لبنان.(د.ت).ص137.

الفرع الثاني: تعريف التطليق في الاصطلاح.

أ-التعريف القانوني.

التطليق هو التفريق بين الزوجين بتدخل القاضي، أي حل الرابطة الزوجية بحكم القاضي، وليس بالإرادة المنفردة للزوج أو الزوجة في حالة التفويض، وهو التطليق الذي ب تعرفه الأنظمة الغربية، حيث لا تحل الرابطة الزوجية إلا بحكم القاضي ولا يتم إطلاقا الإرادة المنفردة لأحد الزوجين.[1]

ويقصد بالتطليق كذلك التفريق بين الزوجين بمعرفة القضاء إذا قامت أسباب تبرره، فإذا ظهر من الزوج ضرر وثبت في حقه وجب على القاضي أن يجيبها إلى طلبها التطليق على زوجها.[2]

كما عرف بأنه حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة في حدود ما ورد في نص م 53 من ق أ المعدلة، في حين أن الطلاق بإرادة الزوج وهو حق الزوج في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة دون قيد أو شرط.[3]

لكن المشرع لم يخص التطليق بتعريف معين بل اكتفى بتحديد أسبابه في المادة 53 من ق أ ج، بل أدرجه ضمن مفهوم الطلاق من خلال المادة 48 من ق أ ج، والتطليق مشتق من الطلاق يقوم به القاضي نيابة عن الزوج وجبرا عنه إذا توافرت الأسباب الشرعية والقانونية لذلك. [4]

والمقصود بالتطليق كذلك هو أن يمكن للزوجة أن تنهي الرابطة الزوجية سبب مشروع من

---

[1] دليلة آيت شاوش.إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية. رسالة دكتوراه علوم.تخصص القانون.كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة مولود معمري.تيزي وزو. الجزائر.2014.ص11.

[2] أحمد نصر الجندي. موسوعة الأحوال الشخصية.(د.ط).ج1.دار الكتب القانونية.مصر.2006.ص301.

[3] سميرة معاشي. (أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري). مجلة المنتدى القانوني. العدد السادس. جامعة محمد خيضر بسكرة. ص313.

[4] اليزيد عيسات بلمامي.المرجع السابق.ص31.

بين جملة الأسباب التي تكون الحياة الزوجية مستحيلة الدوام في ظلها.[1]

***مناقشة التعاريف.**

ما يؤخذ على التعريف الأول أنه عرف التطليق بأنه لا يكون بالإرادة المنفردة لا للزوج ولا للزوجة، وهذا غير صحيح، فالتطليق يكون بطلب من الزوجة بمعنى بإرادتها المنفردة ولا يقع إلا بتدخل القاضي وبحكم منه، وبالتالي تلعب فيه إرادة الزوجة دورا كبيرا، ويتجلى ذلك من خلال رفعها دعوى للمطالبة بالتطليق، ثم يأتي دور القاضي في الحكم بالتطليق أو عدمه، وفق ما يتمتع به من سلطة تقديرية بناء على المعطيات والأدلة المعروضة أمامه.

ما يلاحظ على التعريف الثاني أنه أحسن فيما اتجه إليه، فيبدولي أنه دال على المعنى المقصود من التطليق.

بالنسبة للتعريف الثالث يؤخذ عليه أنه عرف التطليق عن طريق التمييز بينه وبين الطلاق الذي هو بالإرادة المنفردة للزوج وحده.

ما يؤخذ على التعريف الرابع أنه أخفق في استعمال مصطلح " نيابة"، فيبدو لي أن القاضي لايقوم بدور النيابة في الطلاق، بل دوره هو الفصل في الدعوى إما بالحكم بالتطليق إذا توافرت أسبابه ومبرراته وأثبتت الزوجة الضرر الحاصل لها، وإما رفض الدعوى لعدم الإثبات.

ما يلاحظ على التعريف الخامس أنه أورد مصطلحات واسعة وفضفاضة والمتمثلة في"جملة الأسباب التي تكون يها الحياة الزوجية مستحيلة"، فكان عليه ذكر الأسباب القانونية والشرعية تكون الجملة واضحة ودقيقة أفضل.

---

[1] مسعود هلالي. التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. رسالة دكتوراه علوم في الشريعة والقانون . تخصص الأحوال الشخصية. جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية. قسنطينة.2014. ص330.

*الترجيح.

من خلال مختلف هاته التعريفات أرجح التعريف الثاني، ذلك أنه حسب نظري هو الدال على المعنى المقصود من التطليق.

ب-تعريف التطليق فقها.

يعبر عن التطليق في الفقه الإسلامي باصطلاح التفريق الذي يدل على تدخل إرادة خارجية عن الزوجين لإيقاع الطلاق، وعلى نفس الوزن جاءت كلمة التطليق، أي تدخل القاضي بناء على طلب الزوجة المتضررة من استمرار الحياة الزوجية للتفريق بينها وبين زوجها، والتفريق في الفقه الإسلامي أوسع بكثير من تعبير التطليق قانونا، فالتفريق شرعا قد يكون طلاق كالتفريق بسبب عدم الإنفاق على الزوجة والغيبة عليها والحبس...، و قد يكون فسخا في حالة الزواج الفاسد كالزواج بإحدى المحرمات، ولا يكون التفريق في حالة الضرر بطلب الزوجة فقط، وإنما يكون في حالة الإيلاء والظهار واللعان.[1]

ويلاحظ أن التفريق يختلف عن الطلاق بأن الطلاق يقع باختيار الزوج وإرادته، أما التفريق فيقع بحكم القاضي، لتمكين المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج.

والتفريق القضائي قد يكون طلاقا: وهو التفريق بسبب عدم الإنفاق أو الإيلاء أو العلل والشقاق بيم الزوجين أوللغيبة أو للحبس أو للتعسف، وقد يكون فسخا للعقد من أصله كما هو حال التفريق في العقد الفاسد، كالتفريق بسبب الردة وإسلام أحد الزوجين.[2]

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير أسباب التطليق للضرر المادي.

إن الحياة الزوجية يترتب عنها حقوق والتزامات زوجية متبادلة، وإخلال أحدهما بالتزاماته الزوجية يؤدي إلى الإضرار بكيان الأسرة ككل، فإذا كان الإخلال من طرف الزوجة، جاز للزوج تطليقها باعتبار العصمة بيده، أما إذا تخلى الزوج عن التزاماته الزوجية

---

[1] دليلة آيت شاوش. المرجع السابق. ص11.

[2] وهبة الزحيلي.الفقه الإسلامي وأدلته.ج7. المرجع السابق. ص510.

دون سبب شرعي أو جدي[1] لاسيما حالات الإخلال بالواجبات الزوجية المادية كالنفقة التي تعتبر من بين الآثار المترتبة على عقد الزواج، فللزوجة الحق في أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة التطليق من زوجها.

وعند تصفح قانون الأسرة الجزائري يتضح جليا أن المشرع قد تعرض لمسألة التطليق في نص المادة 53 منها، حيث جاء نصها:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة باعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78و79و80 من هذا القانون.

2-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4-الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5-الغيبة بعد مرور سنة دون عذر ولا نفقة.

6-مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه.

7-ارتكاب فاحشة مبينة.

8-الشقاق المستمر بين الزوجين.

9-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10-كل ضرر معتبر شرعا.

هذه مجمل الأسباب التي ذكرت في نص المادة 53 والتي تجيز للزوجة طلب التطليق، وهي مذكورة على سبيل المثال لا الحصر.

---

[1] أحمد شامي. المرجع السابق. ص134.

وفي هذا الصدد يتمتع القاضي بسلطة في تقدير مختلف هذه الأسباب، وفيما يلي سأتناول حالات التطليق للضرر المادي ومدى سلطة القاضي في تقديرها، والمتمثلة في حالة عدم الإنفاق والغيبة.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير حالة عدم الإنفاق.

تعتبر النفقة الزوجية واجبة على الزوج سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة، فقيرة كانت أو غنية، ونفقة الزوجة على زوجها ثابتة سواء أكان موسرا أو فقيرا[1]. لأن النفقة تعتبر أثر من الآثار المترتبة على النكاح، ومن دليل وجوب النفقة من الكتاب العزيز قوله تعالى:" وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"[2] ، وقوله أيضا:"لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها"[3]، وقوله عز وجل:"اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم"[4]

والنفقة تعتبر حق قانوني للمرأة، وهذا ما أكدته المادة 74 من ق أ ج التي نصت على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، ونجد أن المشرّع استهل المادة بعبارة "تجب"،كما حدد مشتملات النفقة في المادة 78 ق أج، وما يراعيه القاضي عند تقديره لها في المادة 79 منه، وكذا تحدث عن مدة استحقاقها في المادة 80 من نفس القانون.

يتضح لنا مما تقدم أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها شرعا وقانونا.[5]

لكن قد يحدث وأن يمتنع الزوج عن تنفيذ التزامه بالإنفاق على زوجته تعسفا وعجزا، فهل تجبر الزوجة على الإقامة مع زوجها أم لها أن تطلب التطليق؟

---

[1] العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري.ج1.المرجع السابق. ص170.

[2] سورة البقرة. الآية233.

[3] سورة الطلاق. الآية7.

[4] سورة الطلاق. الآية 06.

[5] لمياء شافعة. حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة. مذكرة ماجستير في القانون الخاص. تخصص قانون شؤون الأسرة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة العربي بن مهيدي . أم البواقي.2012. ص20.

وكيف يحكم القاضي في هذه المسألة؟ وما موقف المشرّع الجزائري من ذلك؟[1]

اختلف الفقهاء في ذلك، فمنهم من ذهب إلى جواز التطليق ومنهم من ذهب إلى عدم الجواز، وسأحاول عرض الآراء الفقهية ومناقشتها فيما يلي:

المذهب الأول:مذهب الحنفية والظاهرية.

حيث ذهب الحنفية إلى عدم جواز التفريق بين الزوجين للإعسار أو عدم الإنفاق، بل للزوجة أن تطلب من القاضي الاستدانة عليه إن كان معسرا أو غائبا، وجبره على الإنفاق إن كان ممتنعا، وتهديده وتعزيره بالحبس إن لم يفعل.[2]

وقال ابن حزم الظاهري:" وينفق الرجل على امرأته من حين يعقد نكاحها دعا إلى البناء أو لم يدع سواء كانت ناشزا او غير ناشز، غنية كانت أو فقيرة".

" ومن منع النفقة والكسوة وهو قادر عليها فسواء كان غائبا أو حاضرا فهو دين في ذمته"[3]

فخلاصة الأمر أن الظاهرية يرون عدم جواز التفريق بسبب الإعسار أو عدم الإنفاق.

المذهب الثاني:مذهب ابن القيم الجوزية.

غير أن ابن القيم الجوزية ذهب إلى جواز التفريق في حالتين فقط:

أولهما: إذا كان الزوج قادرا على الإتفاق على زوجته ولم ينفق.

ثانيهما: لوغرّ الزوج بزوجته حين العقد وقال لها أنه غني، ثم تبين أنه فقير.

المذهب الثالث: مذهب الجمهور.

أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ذهبوا إلى جواز التفريق بسبب الإعسار وهذا مخالف لرأي ابن حزم والحنفية الذين يمنعون التفريق لعدم الإنفاق.[4]

---

[1] أحمد شامي.المرجع السابق.ص134.

[2] محمد مصطفى شلبي. أحكام الأسرة في الإسلام. المرجع السابق. ص879.

[3] أبو محمد علي بن حزم .المحلى.(د.ط). المجلد7.ج10. المكتب التجاري. بيروت. لبنان.(د.ت). ص88-91.

[4] محمد أبو زهرة. ابن حزم حياته وعصره، آراؤه وفقهه.(د.ط).دار الفكر العربي.القاهرة. مصر.(د.ت). ص457.

واستدل الجمهور **بقوله تعالى:" ولا تمسكوهنّ ضرارا لتعتدوا"**[1] وقوله عز وجل:**"فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان".**[2]

***مناقشة الآراء الفقهية.**

إن القول بعدم جواز التفريق لعدم الإنفاق قول مناف للطبيعة البشرية والمنطق، ذلك أن البقاء مع عدم الإنفاق ضرر وإمساك بغير معروف، وكان حقا عليه أن يطلق زوجته، ولما لم يقم بذلك وقد تعين عليه، قام القاضي مقامه فيه، وعلى القاضي أن يزيل الضرر بفك الرابطة الزوجية التي أصبحت لامصلحة فيها.[3]

من خلال عرض الآراء الفقهية المتشعبة في مسألة التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق، أرجح مذهب الجمهور لقوة أدلتهم وحججهم، ودفعا للضرر الواقع على الزوجة تطبيقا لقاعدة لاضرر ولا ضرار.

وقد أعطى المشرع الجزائري للزوجة الحق في طلب التطليق أخذا برأي جمهور الفقهاء مراعيا في ذلك مصلحة الزوجة وواضعا الحد لعدم قيام الزوج بمسؤولياته المالية وتهاونه في الإنفاق على زوجاته،[4]

حيث جاء في نص المادة 53 ف1:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة باعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78و79و80 من هذا القانون.

من خلال هذه الفقرة يمكن استخلاص الشروط الواجب توافرها لكي تطلب الزوجة التطليق تأسيسا على هذه الحالة:

---

[1] سورة البقرة. الآية 231.

[2] سورة البقرة. الآية229.

[3] محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. المرجع السابق. ص345-350.

[4] أحمد شامي. المرجع السابق. ص138.

الشرط الأول:عدم انفاق الزوج على زوجته عمدا أو قصدا وامتناعه عن تقديم ما تحتاجه من غذاء ولباس وعلاج وسكن وغيره.[1]

الشرط الثاني: أن يصدر لصالحها حكم يلزم الزوج بدفع نفقتها أو نفقة الأولاد، وقد يصدر الحكم عن قسم الأحوال الشخصية أو محكمة الاستعجال، كما يجب تبليغ الزوج بالحكم القاضي بالنفقة مع الزامه بالدفع من طرف المحضر القضائي، وأن تحصل الزوجة على محضر عدم الدفع.[2]

الشرط الثالث: ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج باعتبار أن النفقة من حقها، وعلمها بإعساره رضا منها بحاله، ورضا بالعشرة معه على هذه الحال.[3]

الشرط الرابع: هو أن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها، وذلك بحسب مدخولاته ومواد رزقه لأنه لايجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه عملا بالمادة 79 ق أ ج.[4]

لكن السؤال المطروح هناهو هل القاضي مجبر بالحكم بالتفريق بمجرد إثبات الزوجة عدم إنفاق زوجها؟ أم أن له سلطة تقديرية في منحه مهلة لتدبر أموره؟

في هذا الصدد يجب التمييز بين الإعسار المؤقت الذي يستوجب الإمهال قبل الحكم بالتفريق وبين الإعسار الذي يطول أمده ولا فائدة من الانتظار، الأمر الذي يدفع القاضي بالحكم بالتطليق دون إطالة.[5]

---

[1] سميرة معاشي.المرجع السابق. ص314.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا. المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية.التعليق على قرارات المحكمة العليا بالاستناد إلى الفقه المقارن وقانون الأسرة.(د.ط). دار هومة.الجزائر.2005. ص372.

[3] الغوثي بن ملحة. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ط2. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر.2008. ص112.

[4] اليزيد عيسات بلمامي.المرجع السابق.ص54.

[5] خيرة قويدري.حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء. أطروحة دكتوراه في القانون.كلية الحقوق.جامعة الجزائر.2009.ص22.

فإذا ثبت عجز الزوج عن الإنفاق بإقراره أو بالبينة الشرعية وطلبت الزوجة التفريق لهذا السبب، يقترح فقهاء المذهب المالكي أنه يجب على القاضي الحكم بالتطليق فور طلبه من قبل الزوجة دون انتظار لأن التأجيل لا يجد نفعا طالما أن الزوج ليس له مورد أو دخل مالي، بينما يرى البعض الآخر من فقهاء المالكية أنه يستحب لو يمنح القاضي للزوج المعسر أجل شهر أو ثلاثة أشهر حسب رأيهم، وبذلك جعلوا مدة الإمهال خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، فإن عاد للإنفاق على زوجته خلال مدة الانتظار لم يطلق القاضي، أما إذا لم يثبت قدرته على الإنفاق بعد انقضاء المدة طلق عليه القاضي حالا، بحيث أن هذا الأخير بإمكانه تقدير مدة الإمهال انطلاقا من حال الزوجين المالية والاجتماعية تقديرا معقولا لا تتضرر الزوجة من إطالة المدة تحسبا لهذا المعيار ألا وهو حال الزوجين،[1] وعلى هذا الأخير ألا يوازن بين الضرر الذي لحق الزوجة والأبناء و الرابطة الزوجية قائمة، وهل أن هذا الضرر مؤقت ودائم، وبين الضرر الذي يلحق كافة أفراد الأسرة بعد فك الرابطة الزوجية، لأن الإعسار المؤقت ليس عيبا.[2]

هذا ولم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على المدة التي يجب أن تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة، والتي يمكنها بعدها طلب التطليق إلى المحكمة، غير أنه بمراجعة الأحكام الواردة في نص المادة 331 ق ع ج التي نصت على مايلي:" يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50000 دج إلى 300000دج كل من امتنع عمدا أو لمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم..."[3]

---

[1] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص22.

[2] عثمان كرجاني. السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وانحلال الرابطة الزوجية. مذكرة ماجستير.شعبة الحقوق الأساسية والعلوم السياسية.تخصص عقود ومسؤولية. كلية الحقوق.جامعة محمد بوقرة بومرداس.2012.ص 143-144.

[3] قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو1966، المتضمن قانون العقوبات.(الجريدة الرسمية العدد84.الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2006).

يستخلص من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري جعل مدة الانتظار شهرين رغم أنه لم يحددها صراحة ضمن قانون الأسرة.

لهذا يمكن القول بأنه إذا ثبت للقاضي بأن الضرر اللاحق بالزوجة بسبب عدم الإنفاق جسيما وأحوال الزوج من الناحية المادية لا تنبئ بتحسنها في القريب فما عليه إلا الحكم بتطليق الزوجة تجنبا لتضررها وفقا لقاعدة لاضرر ولا ضرار، وهذا وفقا لما يتمتع به من سلطة تقديرية، أما إذا تبين للقاضي أن المشكلة المادية التي يمر بها الزوج مؤقتة وغير دائمة، وأن الضرر الذي أصاب الزوجة خفيفا، فمن الأفضل أن يمنحه مهلة معينة تخضع لسلطته التقديرية بدلا من أن يحكم بالتطليق وما يخلف من آثار سلبية لا تقتصر فقط على الزوجين بل تمتد إلى الأبناء كذلك، وبالتالي يطبق أخف الضررين.

وفي هذا الصدد صدرت العديد من الاجتهادات القضائية المتعلقة بالتطليق لعدم الإنفاق منها:

القرار الصادر في 1971/01/12 الذي جاء فيه:" للزوجة أن تطلب الطلاق للضرر، وعلى القضاة أن يتأكدوا من حصوله أو عدم حصوله قبل الحكم عليها بالرجوع إلى منزل الزوجية.

"... ولكن إذا كان للزوج أن يوقع الطلاق أمام القاضي فليس له أن يستبد في معاشرة زوجته أو يمنعها حقا مخولا لها من قبل الشرع أو يضارها بما لا تحمل الإقامة معه....والزوجة تشكت من عدم الإنفاق وهذا سبب آخر من أسباب الطلاق... ويقول خليل ولها التطليق بالضرر..."[1]

يستشف من خلال هذا القرار أنه جاء مؤكدا لمسألة أحقية الزوجة في طلب التطليق بسبب تضررها من الحياة الزوجية لقول خليل:" ولها التطليق للضرر"، ولكن في المقابل جعل مسألة إثبات الضرر الواقع عليها من المسائل الجوهرية والمهمة التي يجب على قضاة الموضوع التأكد منها قبل الحكم سواء بالرجوع إلى بيت الزوجية أو بالتطليق.

---

[1] م.أ. قرار بتاريخ 1971/01/12. نشرة القضاة 1972.العدد2.ص61/جمال سايس.ج1.المرجع السابق.ص105.106.

وهذا ما تبين – من قضية الحال– أن الزوجة تضررت من ضرب الزوج المؤلم والمتكرر وتشكت من عدم الإنفاق فكان عليها إثبات ذلك، فقضاة الموضوع عندما حكموا للزوجة بالرجوع بصرف النظر عن الضرر الواقع لها، خالفوا بذلك القواعد الشرعية، مما يستوجب نقضه.

وبالتالي يعتبر هذا القرار موفقا فيما ذهب إليه.

وورد اجتهاد آخر مفاده:

"متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها وذلك وفق لما نص عليه الفقيه ابن عاصم، بقوله الزوج ان عجز عن الانفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق لا من فعله وعاجز عن كسوة كمثله، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية.

إذا كان من الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي وحكم عليه بسنة حبس منفذة، فإن قضاة الإستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن."[1]

ما يلاحظ على هذا القرار أنه جاء بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية في مسألة التطليق لعدم الإنفاق، حيث نص الفقيه ابن عاصم بقوله:" الزوج إن عجز عن الإنفاق لأجل شهرين...فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية."

---

[1] م.أ. ملف رقم 34791. قرار بتاريخ1984/11/19. المجلة القضائية 1984.العدد3.ص76/جمال سايس.ج1. المرجع السابق. ص302.

حيث تبين من خلال- قضية الحال- أن الزوج قطع علاقته الزوجية مع الطاعنة وتركها هي وأولادها منه في الإهمال لمدة عامين كاملين، حيث أن قضاة الموضوع لم يحترموا في حكمهم مبادئ الفقه الإسلامي التي تأمر القاضي برفع الضرر عن الزوجة والحكم بالتطليق إذا طلبت ذلك وأثبت الضرر، وعليه فإن قضاة الموضوع بحكمهم برفض دعوى التطليق والحكم بالرجوع قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.

وبالتالي أحسن هذا القرار فيما اتجه إليه.

كما صدر قرار آخر:

"من المقرر فقها وقانونا أنه يجوز طلب التطليق في حالتي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين أو في حالة عدم الإنفاق، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق أحكام الشريعة غير صحيح.

ولما كان ثابتا-في قضية الحال- أن المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة لطول أمد الخلاف بين الزوجين وثبوت تضرر الزوجة لعدم الإنفاق يكون بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقا صحيحا.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.[1]

يستشف من خلال استقراء مضمون هذا القرار أنه جاء مؤكدا للقاعدة القانونية التي استقر عليها القضاء والمتمثلة في نص المادة 53 في فقرتها الأولى والمستمدة أصلا من أحكام الشريعة الإسلامية.

كما تبين في- قضية الحال- أن قضاة المجلس عندما قضوا بالتطليق بناء على طلب الزوجة بعد أن تأكد لديهم وجود ضرر تمثل في عدم الإنفاق واستحكام الخلاف الطويل بين الزوجين، وبالتالي يكونوا بقضائهم هذا قد طبقوا القانون تطبيقا سليما.

---

[1] م.أ. ملف رقم44457. قرار بتاريخ1987/01/26. المجلة القضائية.1991.العدد4. ص88./جمال سايس.ج1.المرجع السابق.ص512.

ومن ثمة يعتبر هذا القرار موفقا.

وجاء في اجتهاد آخر لها:

"لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة، وان امتنع الزوج عن تنفيذ ذلك."[1]

هذا القرار جاء تأكيديا، بمعنى أنه أكد على ما ورد في نص المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى التي نصت على أنه:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78و79و80 من هذا القانون."

حيث تبين في – قضية الحال – أن قاضي الموضوع عندما حكم بالتطليق خرق المادة 53 من ق أ التي تؤكد حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق لعدم الإنفاق ولكن بتوافر شروط معينة منها أن يصدر حكم بالنفقة وأن يمتنع الزوج عن الوفاء بدفعها، فالحكم المطعون فيه بقضائه كما فعل لم يوفر أسباب شرعية كافية ولم يتأسس قانونا، مما يستوجب نقض الحكم المطعون فيه، فالحكم دون مراعاة شروط تطبيق المادة 53 ف1 يعتبر مخالفة للقانون.

وبالتالي أحسن هذا القرار فيما اتجه إليه.

كما ذهبت المحكمة العيا في قرار آخر لها:

"من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها ومن المقرر أيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

ومتى تبين في –قضية الحال– أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 118475. قرار بتاريخ1995/05/02. نشرة القضاة.1996.العدد49. ص241./جمال سايس.ج2.المرجع السابق.ص819.

والتعويض معا لثبوت تضررها وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن."[1]

ما يلاحظ على هذا القرار أنه ورد مؤكدا لما جاء في نص المادة 53 في فقرتها الأولى التي تنص على أحقية الزوجة في طلب التطليق بسبب عدم الإنفاق.

كما تبين- في قضية الحال- أن الزوجة تضررت من معاشرة زوجها بسبب تعديه عليها بالضرب والطرد إضافة إلى إهمالها وأولادها وعدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض عليه بسبب الضرر الحاصل لها.

ومن ثمة يعتبر هذا القرار موفقا فيما ذهب إليه.

هذه تعتبر جملة من القرارات المتعلقة بالتطليق لعدم الإنفاق، فمن خلال استقرائها يلاحظ أنها جاءت مطابقة للقانون من جهة وغير مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية من جهة أخرى.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالة الغيبة.

قد يحدث أحيانا وأن يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة ولا يترك لها مالا تنفق منه، ولا مصدر قوت تعيش منه، فيتركها كالمعلقة لا هي متزوجة ولا هي مطلقة، مما يسبب لها ضررا جسيما ماديا ومعنويا.

وغياب الزوج عن زوجته إما أن يكون الهدف منه سليما، كسفره من أجل طلب العلم أو التجارة أو العمل، وقد يكون القصد منه إلحاق الضرر بالزوجة، وذلك ببعده عنها وتركها دون معيل.

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم192665. قرار بتاريخ1998/07/21. اجتهاد قضائي.2001. عدد خاص. ص116./جمال سايس.ج2.المرجع السابق. ص1043.

فإذا غاب الزوج عن زوجته مدة تتضرر بها، فطلبت من القاضي التفريق بينهما، فهل تجاب إلى طلبها؟

اختلفت الآراء الفقهية وتباينت في ذلك، حيث أجازت بعض المذاهب للزوجة طلب التطليق للضرر من القاضي ومذاهب أخرى لم تجز ذلك.

حيث ذهب الأحناف والشافعية والظاهرية إلى أنه لا يجوز التفريق بناء على غيبة الزوج وإن تضررت الزوجة بذلك لأنه لم يثبت بذلك أثر يجيز هذا التفريق.[1]

وقال السرخسي:" وإن كان الزوج غائبا فقد كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا يأمرهن بالاستدانة عليه إذا كان يعلم النكاح بينه وبينهن وهو قول زفر رحمه الله تعالى...وإن أمرهن بالاستدانة فلم يجدن ذلك لم يفرق بينه وبينهن ولم يجبره على طلاقهن عندنا وعند الشافعي رحمه الله..."[2]

وقال ابن حزم:" فلا يجوز فسخ نكاح بمغيبة..."[3]

وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق بالغيبة إذا طالت حتى ولو ترك لها زوجها مالا تنفق منه.[4]

وقال الدسوقي:"...لا يطلق على من ترك الوطء لغيبته إلا إذا طالت مدة الغيبة، وذلك كسنة فأكثر عند أبي الحسن وهو المعتمد وقال الغرياني وابن عرفة لسنتان والثلاثة ليست بطول بل لابد من الزيادة عليها."

وذكر أيضا:"...لكن الغائب لابد من طول غيبته سنة فأكثر ولابد من الكتابة إليه إما أن يحضر أو ترحل إمرأته إليه أو يطلق، فان امتنع تلوم له بالاجتهاد وطلق عليه ولا يجوز التطليق عليه بغير كتابة إليه إن علم محله..."[5]

---

[1] عبد الرحمان الصابوني. مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة. دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية والأحوال الشخصية العربية. ط2. المجلد2. دار الفكر. بيروت. لبنان.1968.ص793.

[2] شمس الدين السرخسي.المبسوط. ط2. مجلد3.ج5. دار المعرفة. بيروت. لبنان.(د.ت).ص190.

[3] أبو محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم. المرجع السابق. ص142.

[4] محمد مصطفى شلبي. المرجع السابق.ص607.

[5] محمد عرفة الدسوقي.حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.(د.ط).ج2. دار الفكر.(د.ت). ص431.

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا غاب الزوج بدون عذر مدة تتضرر بها الزوجة فلها أن تطلب التفريق من القاضي، وحدد الإمام أحمد هذه المدة بستة أشهر لما روي عن عمر بن الخطاب أنها أقصى مدة يمكن أن تصبر خلالها المرأة.[1]

***مناقشة الآراء الفقهية.**

1- مناقشة رأي الأحناف والشافعية والظاهرية الذين ذهبوا إلى عدم جواز التفريق بسبب الغيبة لعدم وجود أثر يجيز ذلك.

يبدو لي أن هذا الرأي ذهب مذهبا غير مندوب ولا مستساغ بشأن فكرة عدم جواز التفريق للغيبة، ذلك أن الأساس الذي تقوم عليه الحياة الزوجية هو الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان، وفي إمساك الزوجة وعدم تطليقها بسبب غيبة زوجها مدة طويلة تتضرر فيها أيما ضرر، يعتبر مخالفة لقواعد الدين الإسلامي السمحاء خاصة قاعدة "لاضرر ولا ضرار".

2- مناقشة مذهب المالكية والحنابلة الذين يرون جواز التفريق بسبب الغيبة.

حسب رأيي فإن هذا المذهب قد وفق إلى حد بعيد فيما ذهب إليه فيما يتعلق بجواز التفريق للغيبة، وذلك بالنظر إلى الضرر الجسيم الذي قد يلحق الزوجة ماديا ومعنويا من جراء هذا الغياب، وبالتالي هذا الضرر يجب إزالته وفقا للقاعدة السابق ذكرها.

لكنهم اختلفوا في مدة الغيبة التي بموجبها يجوز للزوجة طلب التطليق على أساسها، فمن الفقهاء من حددها بمدة سنة، ومنهم من ذهب إلى أكثر من ذلك(سنتان أو ثلاثة)، ومنهم من قال بمدة ستة أشهر.

من خلال عرض الآراء الفقهية المتشعبة ومناقشتها أرجح مذهب المالكية القائل بجواز التفريق بسبب الغيبة لمدة سنة، فيبدو لي أنها المدة التي تتضرر فيها الزوجة ضررا جسيما

---

[1] عبد الرحمان الصابوني. المرجع السابق. ص795.

سواء من الناحية المادية أو المعنوية، بحيث لا تستطيع معها الصبر على زوجها أكثر من هذه المدة، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 53 في فقرتها الخامسة التي جاء فيها: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:...

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة..."

استمد المشرع الجزائري هذه الفقرة من مذهب الإمام مالك، والذي يوافقه فيه الإمام أحمد، وذلك باعتمادهما أنه يجوز للزوجة طلب التطليق دفعا للضرر عنها، لكن المشرع الجزائري أضاف لغيبة الزوج بدون عذر النفقة أيضا وألصقا بهذه الفقرة، رغم أن الإمام مالك يرى أن للزوجة الحق في التطليق من زوجها إذا غاب عنها حتى ولو كان له مال تنفق منه.[1]

لذلك فمن خلال هذه الفقرة نجد أن المشرع الجزائري قد نص على جملة من الشروط ليتحقق ضرر الغيبة، ولكي تؤسس الزوجة عليها طلب التطليق وتتمثل في:

الشرط الأول: أن تمضي مدة سنة فأكثر على غياب الزوج، حيث اشترط القانون مرور سنة قبل رفع الدعوى بطلب التطليق على الزوج للغيبة، وإذا رفعت الدعوى قبل مرور السنة كانت الدعوى غير مقبولة،[2] لأنها المدة التي تتضرر فيها الزوجة من غيبة زوجها بعيدا عنها، فإن كانت الغيبة أقل من ذلك فلا تطليق.[3]

الشرط الثاني: أن يكون الغياب لغير عذر مقبول.فإذا كان الغياب بعذر شرعي كغيابه لطلب العلم أو ممارسة التجارة، أو لكونه موظفا خارج البلد، أو مجندا في مكان ناء، فإن ذلك لا يجيز طلب التفريق.[4]

---

[1] باديس ذبابي. صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر.(د.ط).دار الهدى.عين مليلة.الجزائر.2007.ص45.

[2] الغوثي بن ملحة. المرجع السابق. ص118.

[3] عبد الفتاح ابراهيم بهنمي.أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية. المرجع السابق. ص104.

[4] السيد سابق. فقه السنة. ط2.المجلد2. دار الكتاب العربي. بيروت. لبنان.1983. ص292.

أما الغياب غير المبرر يعني أنه قد تعمد الإضرار بها، وهذا السبب وحده كاف لطلب التطليق بغض النظر عن الإنفاق، فكان على المشرع أن يكتفي بالغياب بدون عذر، ولعله قصد الإضرار المزدوج في صورته المادية والمعنوية،[1] هذا ولم يحدد الفقهاء الأعذار الشرعية على سبيل الحصر، فتقدير العذر موكول لقاضي الموضوع طالما كان استخلاصه سائغا، [2] فهو الذي يقدر ما إذا كان هذا العذر شرعيا مبررا لغيابه أم لا، فغياب الزوج مثلا لطلب العلم يعتبر مبررا شرعيا، أما غيابه لأكثر من سنة في نزهة، فهذا لا يعتبر مبررا شرعيا، فالقاضي هو الذي يحدد مدى شرعية الغياب وفقا لمعطيات الملف وظروف الزوج وعادات وتقاليد المجتمع.

الشرط الثالث: أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته لمدة سنة كاملة، ولم يترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه على نفسها وعلى الأولاد، فلو ترك لها مالا يمكنها أن تنفق منه، فلا يجوز لها طلب التطليق[3]، ويشير بعض الكتاب إلى الحالة التي يغيب فيها الزوج دون أن يترك للزوجة نفقة خلال غيابه، وجب هنا على القاضي أن يتأكد من هذه الحالة بموجب السلطة التقديرية الممنوحة له بجميع الظروف والوسائل، حيث ينظر إلى الأسباب التي دفعته إلى الغياب، والوضعية التي أصبح فيها، وما إذا كان التحويل النقدي ممكنا، فإن كان ناتجا عن خطأ مادي في الحساب البريدي الجاري أو في العنوان فيكون ذلك عذرا شرعيا، ويدخل تحت طائلة الأسباب القاهرة الخارجة عن إرادته وأسباب وظروف غير متوقعة، وما كان من الممكن توقعها.[4]

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن أحكام قانون الأسرة في حالة الغائب فيها تناقض معيب، ينتج عنها أحكام قضائية خاطئة، وإضرار بعائلات وضياع حقوق.

---

[1] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص201.

[2] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص73.

[3] العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري.ج1. المرجع السابق. ص298.

[4] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص74.

و هذا التناقض يكمن في نص الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة والمادتين 110 و112 من نفس القانون، إذ تنص الفقرة الخامسة من المادة53 ق أ ج على أنه:"...الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة..."، بمعنى إذا كان الغياب بعذر لا يقبل طلب التطليق، و إلى هنا لسنا أمام إشكال.

ومن جهة أخرى تنص المادة 110 من قانون الأسرة على أن:" الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

أما المادة 112 فنصت على أنه:"لزوجة المفقود والغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون" وهنا يكمن الإشكال.

وبالتالي هذا يؤدي إلى تناقض صريح، ذلك أن الظروف القاهرة هي عذر معتبر قانونا، والمادة 53 ف5 تقتضي عدم الحكم بالتطليق إذا كان الغياب لعذر، والمادة 112 تجيز الحكم بالطلاق ضد الغائب رغم وجود عذر.

وهذا يعتبر تناقض وتضارب مؤداه تناقض الاجتهاد القضائي حين تطبيق النص على النوازل حال التنازع القضائي.[1]

وعلى المشرع الجزائري تدارك هذا التناقض بموجب التعديلات المقبلة لقانون الأسرة إن شاء الله.

وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا، تتلخص الوقائع والإجراءات التي آلت إلى صدوره كالتالي:

"بعد أن غاب زوج عن زوجته وطالت مدة غيابه قامت الزوجة برفع من أجل طلب التطليق، وذلك على أساس الضرر المعتبر شرعا المترتب عن الغياب بناء على المادة 53 من قانون الأسرة.

---

[1] عبد القادر بن داود. المرجع السابق. ص77.

وصدر حكم يقضي لصالحها بالتطليق، فقام المطلق بالطعن بالنقض ضد هذا الحكم مستندا إلى وجه متمثل في انعدام الأساس القانوني بدعوى أن مطلقته المطعون ضدها لم تبرر طلبها وأن الحكم المعاد استجاب إلى طلبها دون سائغ قانوني ودون الاستناد إلى أية حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة، وقضى بالطلاق دون أن يبين الأساس القانوني الذي اعتمده وهو الأمر الذي يترتب عليه النقض.

وردت المحكمة العليا على هذا الوجه بأنه غير سديد وأكدت على صواب الحكم المنتقد وذكرت بأن:

"الوجه...المأخوذ من انعدام الأساس القانوني وفي بيان ذلك يقول الطاعن أن المطعون ضدها لم تؤسس طلبها على أي سبب من الأسباب الواردة في المادة53 من قانون الأسرة، إلا أن الحكم المطعون فيه قد استجاب إلى طلبها وقضى بالطلاق دون أن يبين الأساس الذي استند إليه وهو ما يعيبه مما يستوجب نقضه.

لكن وحيث أن الثابت من الحكم المطعون فيه ومن بقية أوراق الطعن يقيم بفرنسا وترك زوجته بالجزائر...فلا تحرم الزوجة من طلب الطلاق ولعلة الشقاق مادامت غيبة الزوج مهما كانت مدتها يمكن أن تلحق بها ضررا يتمثل بحرمانها من الأنس بزوجها على الوجه المشروع، وهذا يتفق مع الغيبة التي نص عليها قانون الأسرة وما ذهب إليه مالك وأحمد بشأن جواز التفريق إذا طالت الغيبة وتضررت بها المرأة، ولو كان الزوج ترك لها مالا ينفق منه، ولما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه سلك النهج السليم وقضى بالطلاق للغيبة كان قضاؤه موافقا للقانون وعليه فهذا الوجه يكون على غير أساس ويتعين رفضه.[1]

من خلال هذا القرار يستشف أنه ذهب مذهبا غير مندوب ولا مستساغ حينما أيد الحكم المطعون فيه الذي قضى بالتطليق للغيبة فقط دون اشتراط النفقة بمعنى حتى ولو ترك لها الزوج مالا تنفق منه أخذا بمذهب الإمام مالك وأحمد بشأن جواز التفريق إذا طالت الغيبة وتضررت بها المرأة ولوكان الزوج ترك لها مالا تنفق منه، وفي هذا خرق واضح لأحكام

---

[1] م.ع.غ أ ش. ملف رقم237187. قرار بتاريخ2000/02/22./ خيرة قويدري. المرجع السابق. ص76.

المادة 53 في فقرتها الخامسة التي منحت للزوجة حق طلب التطليق للغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة.

فالحكم المطعون فيه خرق فعلا أحكام المادة 53 ف5 حينما قضى بالتطليق للغيبة دون مراعاة شروط تطبيقها التي من بينها أن تكون بدون عذر مقبول، ومن غير إنفاق.

حيث تبين من خلال-قضية الحال- أن الزوجة فعلا تضررت من غياب الزوج عنها، فكان على القضاة أن يحكموا لها بالتطليق على أساس الضرر المعتبر شرعا، وليس على أساس الفقرة الخامسة المتعلقة بالتطليق للغيبة.

وبالتالي هذا القرار لم يطبق حرفية نص المادة 53 في فقرتها الخامسة.

كما صدر في شأن التطليق للغيبة حكمان من محكمة بشار الأول بتاريخ 1999/10/03 قضى فيه بالاجتهاد بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين عن طريق التطليق، وقد جاء في حيثياته:

"حيث من الثابت في – قضية الحال- أن الزوجة تضررت من غياب الزوج وهجره لها لمدة أكثر من سنتين مما يجعل دعواها مؤسسة عملا بالمادة 53 ف5 من ق أ ج، الأمر الذي يتعين معه الاستجابة على طلبها المتعلق بالتطليق"[1]

والثاني بتاريخ 1999/06/06، جاء فيه:

"حيث أن المدعية تهدف بدعواها إلى تطليقها من المدعى عليه استنادا إلى نص المادة53 ف5 للغيبة أكثر من سنة بدون عذر ولا نفقة، وطالبت بالتعويضات والحضانة، حيث أن المدعى عليه لم يحضر جلسات (الصلح) المحكمة لدحض مزاعم المدعية وتقديم ما يثبت أنه ينفق على زوجته وابنه رغم استدعائه قانونا، وأنه سعى في تنفيذ الحكم والقرار القاضي برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية الكائن بالجزائر الوسطى، مما يجعل المحكمة تكون قانعة بسوء نية الزوج في ترك زوجته معلقة لاهي متزوجة ولا هي مطلقة طول هذه المدة

[1] حكم صادر عن محكمة بشار. بتاريخ1999/10/03. رقم الفهرس640.

الأمر الذي يتعين معه التصريح بفك الرابطة الزوجية بينهما لاستحالة العشرة و الاستجابة بذلك لطلب المدعية.[1]

ما يلاحظ على هذين الحكمين أنهما غير مبررين تبريرا كافيا، حيث أنهما حكما بالتطليق لضرر الغيبة وفق لنص المادة 53 في فقرتها الخامسة، ولكن دون مراعاة شروط تطبيقها التي من بينها أن تكون دون عذر ودون نفقة.

فالقاضي كما تبين في – قضية الحال– حكم مباشرة بالتطليق بسبب الغيبة دون أن يتأكد منها إذا كانت بعذر مقبول أم لا، ودون التثبت من أن الزوج كان ينفق على زوجته أثناء مدة الغيبة أم لا، فكان عليه التأكد من الشروط أولا ثم الحكم بالتطليق على هذا الأساس بعد ذلك.

مما يجعل حكمه غير مسبب تسبيبا كافيا.

ماسبق الحديث عنه كان عن غيبة الزوج عن زوجته، أما بالنسبة لما يتعرض له الزوج من فقد، ففي هذه الحالة أجاز المشرع الجزائري للزوجة أن تطلب التطليق، وجعل للقاضي سلطة تقديرية في إيقاعه من خلال المادة 112 من ق. أ. ج.[2]

ولقد تطرق قانون الأسرة الجزائري إلى أحكام المفقود في عدة مواد نوردها على النحو التالي:

م109: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم."

م112: "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

م113: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات.

---

[1] حكم صادر عن محكمة بشار. بتاريخ 1999/06/06. رقم الفهرس362.

[2] أحمد شامي. المرجع السابق. ص152.

ما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد مزج بين أحكام المفقود وأحكام الغائب، وهذا ما يصدر في نص المادتين 109 و م 110 من ق أ ج، وقد يكون هذا المزج في بعض الأحيان مصدرا للإلتباس ولتفادي أي لبس أو غموض يتعين علينا تعريف المفقود.[1]

أولا: تعريف المفقود.

المفقود هو" الشخص الذي غاب عن بلده بحيث لايعرف أثره، ومضى على فقده زمان بحيث لا يعرف أنه حي أوميت"[2]

كما عرف أيضا على أنه:"هو الذي يغيب فينقطع أثره ولا يعلم خبره"[3]

والمفقود كذلك هو" الغائب لم يدر موضعه فينصب القاضي من يأخذ حقه ويحفظ ماله ويقوم عليه".[4] ويقصد بالمفقود أيضا:"هو من خفي خبره فلم تعلم له حياة ولا موت".[5]

***مناقشة التعاريف.**

ما يلاحظ على هذه التعاريف أن كلها تدور حول معنى واحد، ولو أنها اختلفت في الصياغة، حيث عرفت المفقود بأنه الشخص الغائب الذي انقطع أثره ولا يعلم حياته أو وفاته، وبالتالي فهو متردد الحال بين الحياة والموت، وإذا ما قارناه بالشخص الغائب فنجد أن المفقود يغلب عليه الهلاك.

وفي الأخير أرجح التعريف الأول لأنه حسب رأيي الدال على المعنى المقصود، ذلك أنه حدد صفات الشخص المفقود ومنها: الغياب، عدم معرفة أثره، مدة غيابه، مجهول الحال.

---

[1] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص78.

[2] وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ط2.ج5. دار الفكر. دمشق. سوريا.1985. ص784.

[3] مالك بن أنس. ملحق المدونة الكبرى. ط1.ج5. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.1994. ص294.

[4] أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي.البحر الرائق.ج5. المرجع السابق.ص274.

[5] صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان. الشرح المختصر على متن زاد المستنقع. ط1. المجلد3. دار العاصمة. الرياض. السعودية.2004. ص401.

وبالتالي فإن غيبة الزوج عن زوجته على نحو يعتبر فيها مفقودا قد تسبب للزوجة ضررا مؤكدا، لأن هذا الغياب قد يفوت على الزوجة أغراض الزواج، ذلك أن القاعدة الأساسية في الزواج هو أن الزوج مطالب بأن يمسك الزوجة بمعروف أو يسرحها بإحسان، وبغيبة الزوج وفقده يفوت الإمساك بمعروف، ولم يبق إلا التسريح بإحسان.[1]

وفي هذه الحالة أجاز المشرع الجزائري للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها وفقا لنص المادة 112 ق أ ج التي أحالت بدورها إلى المادة 53 في فقرتها الخامسة.

وقبل الحكم بالطلاق، فإنه يجب على القاضي وإعمالا لسلطته التقديرية أن يتحرى ويبحث في أي جهة يمكن أن يكون الزوج المفقود فيها، حتى يصل القاضي بعد استنفاذ كل الطرق الممكنة إلى الاقتناع بأنه لا أحد يعرف إذا كان الزوج المفقود حيا أم ميتا.

كما أعطى المشرع للقاضي في حالة طلب الزوجة التفريق لفقد زوجها، أن ينظر في حال غيبة الزوج والجهة التي يغلب فيها الظن أنه فقد بها، فإذا كان قد فقد في جهة آمنة خالية من الكوارث، فللقاضي تأجيل طلب الزوجة مدة أربع سنين من تاريخ فقده، ومن الجدير بالذكر أن القاضي يقدر بعد التحري والتثبت إن كانت الجهة التي فقد فيها الزوج آمنة أم غير آمنة ويغلب فيها الهلاك طبقا لأحكام المادة 113 ق أج.[2]

كما يتبين أن المشرع جعل للقاضي سلطة تقديرية في الإجابة على طلب الزوجة في التفريق، بعد مضي 4 سنوات من فقده، بعد البحث و التحري، فيما إذا كان الزوج فقد في مكان يغلب على الظن هلاكه فيها، كفقده في حالة حرب أو إثر غارة جوية أو زلزال أو سقوط طائرة، أو غرق سفينة ولم يخبر عن نجاة أحد الركاب، فهنا لابد للقاضي أن يحكم للزوجة بتطليقها من زوجها في هذه الحالة.[3]

---

[1] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص78.

[2] أحمد شامي. المرجع السابق. ص152-153.

[3] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير أسباب التطليق للضرر المعنوي.

إن رعاية الزوج لزوجته معنويا لايقل أهميته عن رعايته لها ماديا، فالزوجة كما أنها في حاجة إلى الأمور المادية من طعام ومسكن وملبس ومصاريف علاج، فإنها في حاجة أيضا إلى الرعاية المعنوية التي تساهم بدورها في التكوين النفسي والعاطفي للشخصية بصورة سليمة وصحيحة بما يحقق التوازن الاجتماعي والخلقي بين رغباتها ومصلحة الأسرة والمجتمع.[1]

لهذا فإن إغفال أو إهمال جانب الرعاية المعنوية للزوجة من طرف زوجها، سيؤدي لامحالة إلى تضررها، فكما رأينا سابقا أن الزوجة قد تتضرر ماديا من العلاقة الزوجية، فإنها في بعض الأحيان قد تتضرر معنويا مما يجيز لها طلب التطليق من زوجها.

ولقد تناول المشرع الجزائري حالات الضرر المعنوي المجيزة للزوجة طلب التطليق من خلال نص المادة 53 السابقة الذكر، وفي هذا الصدد يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في مختلف هذه الأسباب، وسأتعرض إلى هذه الحالات على التوالي:

أولا: العيوب.

ثانيا: الهجر في المضجع.

ثالثا:الحكم على الزوج.

رابعا:مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

خامسا: ارتكاب فاحشة.

سادسا:الشقاق المستمر بين الزوجين.

سابعا:مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

---

[1] محمود أحمد طه.الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية. دراسة مقارنة. منشأة المعارف.الاسكندرية. مصر.(د.ط).2008. ص105.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير العيوب.

قبل الحديث عن سلطة القاضي في تقدير العيوب يجب أن أتطرق أولا إلى تعريف العيب وأنواعة.

أ-تعريف العيب في اللغة.

العيب: هو الوصمة. والجمع : أعياب وعيوب.

ورجل عيّاب: كثير العيب للناس.[1]

ب-تعريف العيب في الاصطلاح.

المراد بالعيب هنا هو ذلك النقصان البدني أو العقلي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مستقرة،[2] والمقصود بعيب النكاح هو ما يخل بمقصوده الأصلي كالتنفير عن الوطء، وكسر الشهوة،[3] ، فالعيوب المقصودة من الزواج هي كل عيب ينفر أحد الزوجين من الآخر، ويمنع بالتالي تحقيق المقصود من الزواج، وهذا العيب قد يكون نقصا بدنيا أو عقليا في أحد الزوجين يمنع من تحقيق مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية.[4]

***مناقشة التعاريف.**

من خلال هذه التعاريف يمكن القول أن كلها تصب في منحى واحد، وإن اختلفت في الصياغة، فالتعريف الأول عرف العيب على أنه نقص معين في أحد الزوجين يؤدي إلى اضطراب في العلاقة الزوجية، والمقصود بالعيب في التعريف الثاني هو كل خلل يمس بمقاصد الزواج الأصلية، أما التعريف الثالث فقد ركز على جانب آخر والمتمثل في ناحية

---

[1] ابن منظور. لسان العرب.(د.ط). دار صادر. دار بيروت. لبنان. 1968. ص633.

[2] محمد مصطفى شلبي.المرجع السابق. ص587.

[3] وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان. التفريق بالعيب بين الزوجين والآثار المترتبة عليه. ط1. كنوز المعرفة. جدة. السعودية.1999. ص162.

[4] علي حسب الله. الفرقة بين الزوجين وما تعلق بها من عدة ونسب.(د.ط). دار الفكر العربي. القاهرة. مصر.1970. ص120.

العلاقة الزوجية من حيث الانجذاب والنفور أو الاشمئزاز، حيث عرف العيب على أنه كل ما ينفر أحد الطرفين من الآخر.

من خلال هذه التعاريف أرجح التعريف الأخير لأنه حسب نظري هو الدال على المعنى المقصود، ذلك أن التعريف الأول ركز على النقائص، والتعريف الثاني استند إلى المقاصد، أما التعريف الثالث فكان أعم وأشمل من جهة أنه ركز على العلاقة الزوجية، ومن جهة أخرى لم يهمل كل من النقائص والمقاصد.

ج-أنواع العيوب.

تنقسم العيوب إلى عدة أنواع منها:

1-عيوب جنسية تمنع من الدخول: كالجب والعنة والخصاء في الرجل، والرتق والقرن في المرأة.

2-عيوب لاتمنع من الدخول: ولكنها أمراض منفرة، بحيث لا يمكن المقام معها إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص.[1]

3-عيوب مستجدة: من بين هذه الأمراض أو العيوب المستجدة والمنتشرة اليوم بين الناس الإيدز كمثال للأمراض الوبائية أو المعدية، والتي تتمثل وسيلة انتقالها الأساسية في الاتصال الجنسي.[2]

وتنقسم العيوب بين الزوجين إلى أقسام ثلاثة:

1-ما يختص بالرجل من داء الفرج: وهو الجب والعنة والخصاء والإعتراض.

فالجب:الرجل المجبوب هو مقطوع جميع الذكر.[3]

والعنة: العنين هو العاجز عن الجماع.[4]

---

[1] وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ط4.ج7. دار الفكر. طبعة خاصة بالجزائر.1996. ص514.

[2] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص43.

[3] عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي. زاد المحتاج بشرح المنهاج. ط1.ج3. الشؤون الدينية. قطر. ص254.

[4] صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان. المرجع السابق. ص481.

والخصاء: الخصي هو من قطعت خصيتاه أو ردت بيضتاه.[1]

والاعتراض: هو عدم الانتصاب.[2]

2- ما يختص بالمرأة من داء الفرج: وهو الرتق والقرن والعفل والإفضاء وبخر الفرج.

فالرتق: هو انسداد مسلك الذكر بعظم أو لحم.[3]

والقرن: هو عظم في الفرج يمنع من الجماع.[4]

والعفل: رغوة في الفرج تحدث عند الجماع.[5] والإفضاء: هو اختلاط مسلك البول والذكر.[6]

وبخر الفرج: المراد به نتن الفرج.[7]

3- ما يشترك فيه الرجال والنساء: ومثاله الجنون والجذام والبرص.

فالجنون: هو آفة تصيب العقل فتذهب به،[8] وهو اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب، ويظهر هذا الاختلال في إتيان المجنون أفعالا لا يقصد إحداث نتائجها.[9]

والجذام: هو الذي يقطع اللحم ويسقطه،علة تحدث من انتشار السوداء في الجسد كله فيفسد مزاج الأعضاء وهيآتها وربما انتهى إلى تآكل الأعضاء وسقوطها.

---

[1] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي. شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى. ط1.ج2. دار عالم الكتب. بيروت. لبنان.1993. ص676.

[2] محمد الأمير الكبير. الاكليل شرح مختصر خليل.(د.ط). مكتبة القاهرة. مصر.(د.ت). ص187.

[3] خليل بن اسحاق المالكي. مختصر العلامة خليل.(د.ط). دار الفكر. 1981. ص121.

[4] أبو زكريا يحيى بن شرف النووي. روضة الطالبين. المرجع السابق. ص1236.

[5] شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي. الدخيرة. المرجع السابق. ص422.

[6] أحمد الدردير.الشرح الصغير.(د.ط).ج2. مؤسسة المنشورات الإسلامية. وزارة الشؤون الدينية. الجزائر.1992. ص131.

[7] عبد الرحمان الجزيري.المرجع السابق.ص183.

[8] أحمد فراج حسين. المدخل للفقه الإسلامي. تاريخ الفقه الإسلامي. الملكية ونظرية العقد. (د.ط). الدار الجامعية.الإسكندرية.2001. ص223.

[9] محمد سراج. المرجع السابق. ص83.

والبرص:هو بياض يظهر في ظاهر البدن لفساد مزاج.[1]

هذه مختلف العيوب التي يمكن أن تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وتجعل الحياة الزوجية غير مستقرة، وهي مذكورة على سبيل التمثيل لا الحصر.

لذلك فقد يحدث وأن يفاجأ أحد الزوجين عند أول لقاء بصاحبه عيبا، ويكون صعب أو مستحيل الشفاء، فيسبب ضيقا للزوج الآخر من جراء حرمانه من الحصول على ثمرة الزواج، فهل يبقى السليم مع المريض يقاسمه ألم الحياة؟ أم أن على الزوج المعافى طلب التطليق؟[2]

اختلف الفقهاء في مسألة التفريق بين الزوجين بسبب العيوب، فمنهم من ذهب إلى جواز التفريق، ومنهم من ذهب إلى عدم الجواز.

ذهب الظاهرية إلى عدم جواز التفريق، حيث ذكر ابن حزم:" لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ولا ببرص، ولا بجنون كذلك ولا بداء الفرج ولا بشيء من العيوب"[3]

ومع أن ابن حزم يشدد في منع التفريق للعيوب، إلا أنه إذا اشترط أحدهما السلامة من العيوب فوجدها على غير الشرط، فإن النكاح ينفسخ من تلقاء نفسه، لأنه تبين أن المعيب غير المعقود عليه، فينفسخ العقد من اختيار أحدهما. [4]

أما جمهور الفقهاء ذهبوا إلى جواز التفريق بين الزوجين بسبب العيوب، وإن اختلفوا في موضعين: في العدد الموجب للتفريق، ومن يملك هذا الحق منهما.[5]

واستدلوا عن طريق قياس النكاح على البيع، فكما أن البيع يرد بالعيب فكذلك النكاح بل

---

[1] أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي. البحر الرائق شرح كنز الدقائق.ج4. المرجع السابق. ص213.

[2] عبد الرحمان الصابوني. المرجع السابق. ص647.

[3] أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم. المرجع السابق. ص109.

[4] محمد أبو زهرة. المرجع السابق. ص454.

[5] وهبة الزحيلي. المرجع السابق. ص516.

هو من باب أولى لخطورة التدليس فيه.[1]

بعد عرض الآراء الفقهية المتشعبة في مسألة التفريق للعيب أرجح مذهب الجمهور، حيث أن وجود العيب في أحد الزوجين مضر بالزوج الآخر من جراء معاشرته وصلته الدائمة به، فإن هذا يمنع من تلبية غريزته الجنسية التي تعتبر من المقاصد التي شرع من أجلها الزواج، كما أنه قد يصاب أحد الزوجين بمرض خطير و معد، و لاشك أن استمرار العلاقة بين الزوج المعافى والمريض يساهم في انتقال العدوى إليه، والضرر يجب إزالته، وأحسن وسيلة لعلاج الداء هو التفريق بينهما.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 53 في فقرتها الثانية، حيث جاء فيها:"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:...

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج..."

يتضح من خلال هذه الفقرة أن المشرع الجزائري أخذ بجواز التفريق بسبب العيوب موافقا بذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ومخالفا بذلك ما ذهب إليه الظاهرية في منع التفريق بالعيوب، لذلك فإن المتأمل لهذه الفقرة يتضح أنها وردت شاملة وواسعة، بحيث شملت كل العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج دون تحديدها بعيوب معينة، ويبدو أن المشرع الجزائري قد ذهب إلى ما ما ذهب إليه ابن القيم رحمه الله الذي رأى عدم الاقتصار على عدد معين من العيوب التي يثبت بها التفريق بين الزوجين، لأن القياس يقتضي أن كل عيب ينفر أحد الزوجين من الآخر، ولا يتحقق معه المقصود من الزواج أوجب الخيار.[2]

---

[1] محمد بن أحمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ط2. ج2. دار الكتاب الحديثة. القاهرة. مصر. 1975. ص54.

[2] نصر سلمان وسعاد سطحي. أحكام الطلاق. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة الواردة في الأمر 02/05.(د.ط) .دار الفجر. قسنطينة. الجزائر.(د.ت). ص123.

وواضح من نص المادة 53 ف2 بأن سلامة الزوج من العيوب شرط أساسي للزوم الزواج للمرأة، أي أنه إذا تبين لها وجود عيب فيه، كان لها الحق في أن ترفع أمرها إلى القاضي تطلب التطليق بهدف رفع الضرر الواقع عليها، وعلى ذلك فإن شروط اعتبار العيب سببا مبررا للتطليق في قانون الأسرة الجزائري[1] هي:

1- أن يكون العيب في الزوج دون الزوجة: لأن العيوب إذا كانت في المرأة فلا خيار للرجل هنا لأنه يملك الطلاق في أي وقت يشاء طبقا لإرادته المنفردة من م48 ق أ ج [2]

2- أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج: بمعنى التي تحول دون تحقيق مقاصد الزواج التي شرعها الله عز وجل وأذن في ابتغائها، وإذا كان نص المادة أجاز للزوجة وحدها طلب التطليق على زوجها للعيوب، فإن المقصود بها هي الجب والخصاء والعنة والاعتراض، يضاف إليها الجنون والجذام والبرص ويدخل في ذلك كل عيب ينفر منه الطبع السليم ولا تسكن النفس بالعيش مع المصاب به.[3]

ويشترط كذلك أن لا تكون الزوجة عالمة بالعيب قبل الزواج أو أثناءه، وعند الخلاف حول طبيعة العيب وتأثيره على الحياة الزوجية يلجا القاضي إلى الخبرة الطبية لإثبات ذلك.[4] وحسنا ما فعل المشرع الجزائري، لأنه لم يحدد هذه العيوب على سبيل الحصر، وإنما توسع فيها مشترطا فقط تأثيرها على حياة الزوجين تأثيرا بالغا، وتقدير القاضي في النهاية.[5]

وعليه فإذا اكتشفت الزوجة عيبا في زوجها لم يكن معلوما قبل الزواج، واطلعت على مرض حدث له بعد الزواج ومن شأنه الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية مثل الخصي والعنين، أو من شأنه الحيلولة دون إنجاب الأولاد مثل العقم، أو من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من زوجها والإشمئزاز من مرضه أو الخوف من أذاه مثل أمراض الجذام والبرص

---

[1] العربي بلحاج. المرجع السابق. ص282.

[2] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[3] أحمد نصر الجندي. المرجع السابق. ص114.

[4] لحسين بن شيخ آث ملويا. قانون الأسرة.دراسة تفسيرية . المرجع السابق. ص64.

[5] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص193.194.

وغيرها من الأمراض الدائمة والمعدية و مثل الجنون والصرع المتكرر المستمر، فإن من حقها أن تدفع الضرر عن نفسها بتوجهها للقضاء وطلب الحكم بتطليقها من زوجها المعيب. [1]

رغم أن المشرع لم يوضح كيفية إثبات هذه العيوب، إلا أن مسألة إثبات هذا النوع من العيوب أضحت لا تقتصر على ادعاء مقابل إقرار الزوج، لأن الطب الحديث أضحى قادرا على تحديد أي نوع من العيوب المذكورة، فالأمر علمي والعيب عضوي أو خلقي يتضح جليا من خلال الفحص الطبي أو الأشعة أو التحاليل الطبية، والخبرة الطبية في هذا المجال تعد الحد الأقوم.[2]

فالعيوب منها ما هو متعارف عليه، ويتعارض مع الهدف من الزواج، ومنها ما قد يطرأ ويصبح كذلك ويؤدي إلى نفس النتيجة، وبهذا متى أدرك القاضي أن العيب الذي استندت إليه الزوجة في طلب التطليق يتعارض مع مقاصد الزواج حتى ولو لم يكن من العيوب المعروفة حكم لها بالطلاق.[3]

ومن هنا تتمثل سلطة القاضي في التفريق للعيوب بالاستعانة بأهل الخبرة من أهل الطب، للوقوف على حقيقة العلة التي أصيب بها الزوج، إذا كانت مما يقبل الزوال والشفاء أم لا، فإذا لم تكن العلة مستحكمة وكان يمكن البرء منها لم يجب القاضي الزوجة على طلبها، كالعنة فقد أعطاها الفقهاء حكما مغايرا للعيوب الأخرى، فجعل من حق الزوجة–حتى ولو بعد علمها بوجود هذا العيب–أن تطلب التفريق.[4]

وبالتالي نتساءل عن مدى السلطة التقديرية للقاضي في تحديد المدة التي يمنحها الزوج المصاب بعيب يرجى شفاؤه؟ وهل هو ملزم بتأجيل الحكم في جميع الحالات أم لا؟

---

[1] أحمد شامي. المرجع السابق. ص161.

[2] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[3] ادريس فاضلي.(قانون الأسرة بين الثابت والمتغير). المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية. معهد الحقوق والعلوم الإدارية. بن عكنون. جامعة الجزائر. الجزء34. رقم 04. 1996. ص630.

[4] أحمد شامي. المرجع السابق. ص161.

أ-القاضي غير ملزم بتأجيل الحكم: المشرع الجزائري لم يحدد مدة العلاج التي يمنحها القاضي للزوج عندما يكون مصابا بعيب يرجى شفاؤه، ولم يحدد أيضا متى يبدأ سريان هذه المدة، ومن الأفضل أن يضبط المشرع آجالا للعلاج كما قال به الفقهاء في هذا المجال، فبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، يتبين أنه عندما ترفع الزوجة دعوى التفريق، ليس للقاضي أن يحكم به على الفور إلا في الحالات التي تستوجب ذلك، ومثلها إذا كان العيب مستحكما ودائما لا يتوقع شفاؤه أبدا كالجب مثلا.[1]

ب-القاضي ملزم بتأجيل الحكم: فالمعمول به في القضاء الجزائري أنه في حالة رفع الزوجة المتضررة دعوى التطليق بسبب عيب في زوجها، لا يحكم لها القاضي مباشرة حتى يتأكد من وجود العيب فعلا، معتمدا على أهل الخبرة إن لم يكن هناك إقرار من طرف الزوج، فغذا كان التقرير الطبي يثبت ادعاء الزوجة، وأن المرض يمكن الشفاء منه يؤجل القاضي حكمه، ويسمح للزوج ان يعالج نفسه مدة لا تتجاوز السنة كما قال بذلك الفقهاء، فإن زالت العلة في الآجال الممنوحة فلا تفريق بين الزوجين، أما إذا كان المرض لم يرج شفاؤه وان علاجه يتطلب زمنا طويلا، وأصرت الزوجة على طلبها وجب الحكم لها بالتطليق.[2]

وتجدر الإشارة، إلى أن ما استقر عليه عمل المحاكم الجزائرية في إثبات العيوب تطبيقا لأحكام الفقرة 2 من المادة 53 من قانون الأسرة، هو اللجوء إلى الخبرة الطبية أساسا، وتغليبها على غيرها من الأدلة، ولا يكفي تقديم شهادة طبية، لأن الشهادات الطبية لها طابع المجاملة، وعليه قبل الفصل في الموضوع، يصدر حكم تمهيدي بتعيين خبرة طبية شرعية لإثبات العيوب أولا، والتأكد ثانيا من استحالة استمرار المعاشرة الزوجية في حال بقائها، ثم إمكانية علاجها والمدة اللازمة لذلك، بعدها لما تصدر الخبرة، وتتم إعادة السير في الدعوى،

---

[1] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص56.

[2] المرجع نفسه. ص57.

إما يحكم القاضي بالتطليق للعيوب، أو يمنح أجل للعلاج أو برفض الدعوى لعدم التأسيس ويتحمل الطرف خاسر الدعوى كافة المصاريف القضائية بما فيها مصاريف الخبرة.[1]

وفي هذا الصدد صدرت عدة اجتهادات قضائية فيما يتعلق بالتطليق بسبب العيوب منها القرار رقم 26697 الصادر في 1982/02/08 الذي جاء فيه:

"...و عيوب الفرج كلها ليست موجبة للطّلاق بمجرّد الادّعاء بها بل لابدّ من معرفة مصيرها ومدّة قابلية العيب للعلاج وفي هذه الحالة لابدّ من ضرب أجل للمصاب بها لمعالجتها، فإن وقع الحكم عليه قبل معرفة ذلك وضرب أجل له للعلاج، ففي ذلك مخالفة لنصوص الشّريعة الإسلاميّة."[2]

من خلال هذا القرار يستشف أنه جاء موفّقا فيما ذهب إليه، حيث أنّه وطبقا لأحكام الشّريعة الإسلاميّة، فإن الزوج المصاب بعيب يمنع دون تحقيق الهدف من الزواج فمن الواجب أولا معرفة نوع العيب، ثم الحكم فيه بعد ذلك، فإذا ثبت أن العيب يمكن شفاؤه، ففي هذه الحالة يتعين إمهال الزوج مدّة معينة(سنة مثلا)، ثم الحكم بعد ذلك بالتفريق إن لم يحدث البرء منه، وإذا ثبت أن هذا العيب لا يرجى شفاؤه(يستحيل شفاؤه)، فإن القاضي في هذه الحالة يحكم بالتفريق بين الزوجين مباشرة.

– وفي قضية الحال– قضاة الموضوع حكموا مباشرة بالتفريق دون معرفة نوع العيب، ولا حتى إمهال الزوج المصاب مدة معينة، وبالتّالي في هذه الحالة قد خالفوا أحكام الشّريعة الإسلاميّة ومن ثمة يعتبر هذا الاجتهاد صائبا فيما اتجه إليه وموافقا لأحكام الشّريعة الإسلاميّة.

---

[1] عبد القادر بن داود. المرجع السابق. ص71.

[2] م.أ.غ.أ.ش. ملف رقم26697. قرار بتاريخ 1982/02/08. نشرة القضاة. 1982. عدد خاص. ص254/جمال سايس.الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية.ج1. المرجع السابق. ص157.

وورد في اجتهاد آخر:

"...ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم، غير أنهم لما قضوا بالتطليق إعتمادا على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها عن العودة إليه، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية. [1]

من خلال هذا القرار يلاحظ أنه جاء موفّقا فيما اتجه إليه، ذلك أن الضرر الواقع على الزوجة والمجيز لها طلب التطليق يجب إثباته بأدلة ووسائل شرعية وقانونية، وبالتالي فإن مجرّد إدّعاء الزوجة بتضررها من العلاقة الزوجية لوحده غير كاف للحكم لها بالتطليق، كما في -قضية الحال- إدعائها بعجز الزوج جنسيا- لهذا وجب إثباته في هذه الحالة بالخبرة الطبية التي تعد الحدّ الأقوم في هذا المجال، فللقاضي ان يستعين بأهل الخبرة من الأطباء المختصين من أجل معرفة ما إذا كان الزوج فعلا عاجزا أم غير ذلك.

وعليه فإن حكم قضاة الموضوع للزوجة بالتطليق بدون أدلة تثبت الضرر الحاصل لها في هذه الحالة تعتبر مخالفة لقواعد الشريعة الإسلامية.

وبالتالي يعتبر هذا القرار صائبا فيما ذهب إليه.

وذهبت في قرار آخر لها:

"متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي- وعلى ما جرى به القضاء- أنّه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة للعلاج، وأنّ الاجتهاد القضائي استقرّ على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة

---

[1] م.أ.غ.أ.ش. ملف رقم33275. قرار بتاريخ1984/05/14. مجلة قضائية.1990.العدد2. ص75./جمال سايس.ج1.المرجع السابق. ص381.

مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشّريعة الإسلاميّة.

-إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية واعتبروا أنّ الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جسميا تعدّ كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك، والحال أنّ الاجتهاد القضائي استقرّ على أن السّنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تنفيذ الحكم القاضي بها، فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ وأحكام الشّريعة الإسلاميّة فيما قضوا به".[1]

من خلال استقراء هذا القرار يلاحظ أنه جاء بمسألة اجتهادية جديدة غير منصوص عليها في قانون الأسرة، والمتمثلة في إعطاء فرصة للزوج العاجز جنسيا للعلاج قبل الحكم للزوجة بالتطليق والمقدّرة بسنة والمستمدّة أصلا من أحكام الشّريعة الإسلاميّة.

كما أكّد الاجتهاد بأن السنة التي تمنح للزّوج يبدأ سريانها(حسابها) من تاريخ صدور الحكم القاضي بها، وعليه فإن عدم احترام هذه المدة من طرف قضاة الموضوع فيه مخالفة لأحكام الشّريعة الإسلاميّة، ومن ثمة يعتبر هذا القرار موفّقا فيما ذهب إليه.

وصدر قرار آخر لها:

"من المقرر قانونا وقضاء أنه يجوز للزوجة طلب التطليق إستنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج كتكوين أسرة وتربية الأبناء.

-ولما أسّس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على : عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قد وفّروا لقضائهم الأسباب

---

1 م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 34784. قرار بتاريخ1984/11/19. مجلة قضائية1989.العدد.ص73/جمال سايس.ج1.المرجع السابق.ص300.

الشرعية الكافية ما عدا ما يتعلق بإلزام الزّوج بالتّعويض، مما يستوجب نقضه جزئيا في هذا الجانب لانعدام حالة التعسف."[1]

ما يلاحظ على هذا القرار أنه جاء كاشفا(مفسرا وشارحا) لمسألة التطليق بسبب العيوب، وهذا ما أكدته م53 ف2 من ق أج، حيث اعتبر العقم(عدم القدرة على الإنجاب) من بين العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج والتي تسبب ضررا للزوجة، وبالتالي يجوز لها طلب التطليق تأسيسا على هذه الحالة.

لهذا فإن الحكم بالتطليق- في قضية الحال- كان صائبا وغير مخالف لقواعد الشريعة والقانون، لكن فيما يتعلق بالتعويض وإلزام الزوج به فهذا الحكم غير صحيح نظرا لانعدام حالة التعسف من طرف الزوج.

وبالتالي يعتبر هذا القرار صائبا فيما اتجه إليه.

وجاء في اجتهاد آخر:

"من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة ان تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا.

-ومتى تبين في قضية الحال-أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأنّ الطّاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدّة الطويلة مما أدى بالزوجة أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما." [2]

هذا القرار يعتبر من بين القرارات التي أعطت أمثلة عن العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج والمجيزة للزوجة طلب التطليق، ومن بينها كما في - قضية

---

1 م.ع.غ.أ.ش.ملف رقم87301.قرار بتاريخ1992/12/22.مجلة قضائية.1995.العدد2.ص92./جمال سايس.ج2.المرجع السابق.ص808.

2 م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 213571. قرار بتاريخ 1999/02/16.اجتهاد قضائي.2001. عدد خاص. ص119./جمال سايس.ج2. المرجع السابق. ص1045.

الحال-عدم الإنجاب، حيث جاء مؤكدا لما نصت عليه م 53 ف2، ومطابقا لقانون الأسرة من جهة وغير مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية من جهة أخرى.

وورد في اجتهاد آخر لها:

" لا يتحمل الزوج المصاب بمرض العقم مسؤولية تعويض الزوجة طالبة التطليق، عن الضرر الحاصل لها، بفعل عدم قدرته على الإنجاب".[1]

ما يستشف من خلال هذا القرار أنه جاء مفسّرا لمضمون المادة 53 ف2، والمادة 53 مكرر، حيث أنّ المادة 53 في فقرتها الثانية تمنح الزوجة حق طلب التطليق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، والعقم يعتبر من ضمن هذه العيوب، إذ يحق للزوجة في هذه الحالة طلب التطليق، لكن وبما أن المادة 53 مكرر تنص على جواز الحكم بالتعويض عند الحكم بالتطليق، بمعنى أنها أجازت الحق في التعويض ولم توجبه، لذلك ففي قضي الحال تعتبر الزوجة قد تضررت من عقم الزوج وعدم الإنجاب، لكن الواقع أن الزوج ليس هو المسؤول عن الضرر الحاصل لها، ولا دخل لإرادته في إحداثه، وإنما هو ناتج عن إرادة الله عز وجل.

ومن هنا يتضح أنّه لا يحق للزوجة طلب التعويض تأسيسا على هذه الحالة، ومن ثمة فإن هذا الاجتهاد يعتبر موفّقا وغير مخالف للقانون.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالة الهجر.

يتوج عقد الزواج بأسمى معاني الرحمة والمودة والسكينة، ولكي تتواصل الحياة الزوجية في الدفء والاستقرار يجب أن يجد كل من الزوجين الأنس بصاحبه، وأن يتقاسم معه أعباء الحياة اليومية، التي لا تخلو من متاعب، وأن يقوم الزوج برعاية أسرته من الناحية النفسية والمادية، فإذا امتنع الزوج عن إحصان زوجته بأن يهجرها في المضجع بدون مبرر شرعي،

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 596191 . قرار بتاريخ 2011/01/13. مجلة المحكمة العليا.2011.العدد2. ص270./جمال سايس.ج3. المرجع السابق. ص1552.

ينتج عنه إخلال بواجب من الواجبات الزوجية التي يجيز للزوجة طلب التطليق[1] من القاضي الذي يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك، وقبل الحديث عن سلطة القاضي في تقدير حالة الهجر يجب ان أتطرق أولا إلى تعريف الهجر وأنواعه.

أ-تعريف الهجر في اللغة.

الهجر ضد الوصل.

ويقال هجرت الشيء هجرا إذا تركته وأغفلته.

والهجر من الهجران، وهوترك ما يلزمك تعاهده.[2]

ب-تعريف الهجر في المضجع.

الهجر هو أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش، ولا يهتم الاهتمام المطلوب منه كزوج، فلا يعتبرها زوجة بجانبه وقد يغادر فراش الزوجية، ويتركها عن قصد ودون سبب شرعي، وذلك لمدة تزيد عن مدة أربعة أشهر،[3] ويعرف كذلك بأنه منع الزوج زوجته ما تدعو إليه الحاجة الجنسية، بامتناعه عن قربانها مع المبيت معها في غرفة نوم الزوجية، أو إقامته في البلدة التي تقيم فيها وذلك دون عذر شرعي أو يمين إيلاء، بقصد الإضرار بها.[4]

والمقصود بالهجر كذلك هو هجر الزوجة وعدم معاشرتها معاشرة الأزواج، سواء تم ذلك في نفس الغرفة، أو في غرفة ثانية أو حتى خارج بيت الزوجية.[5]

---

[1] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص70.

[2] ابن منظور. لسان العرب المحيط. ط6. المجلد3.(ق-ي). دار لسان العرب. بيروت. لبنان.(د.ت). ص771.

[3] أحمد شامي. المرجع السابق. ص143.

[4] خيرة قويدري.المرجع السابق. ص82.

[5] دليلة آيت شاوش. المرجع السابق. ص196.

***مناقشة التعاريف.**

يستشف من خلال التعريف الأول أنه حدد المقصود من الهجر ومدته إلا أنه أغفل الهجر في المضجع بقصد التأديب والإيلاء.

ما يلاحظ على التعريف الثاني أنه ركز على الهجر بقصد الإضرار وكذا الإيلاء من جهة، ولكنه أهمل الهجر بهدف تأديب الزوجة من جهة ثانية.

ما يؤخذ على التعريف الثالث أنه ركز على مكان وقوع الهجر، ولكنه في المقابل أغفل مدة الهجر و القصد منه، حيث أنه لم يميز بين الهجر بقصد التأديب ولا بهدف الإضرار، ولا بين الهجر المقترن بيمين(الإيلاء).

من خلال هذه التعاريف يمكن القول أنها اختلفت في التفاصيل والصياغة، لكنها اتفقت في معظمها بأن الهجر معناه العام الترك والابتعاد والمفارقة.

وفي الأخير أرجح التعريف الأول رغم ما فيه من طول إلا أنه يبدو لي أنه الدال على المعنى المقصود.

ج- صور الهجر وأنواعه.

للهجر عدة صور باعتبار الشخص المهجور وهي:

1-الهجر بين المسلمين، من ذوي الأرحام وغيرهم.

2-الهجر بين الزوجين.

3-هجر اصحاب المعاصي.

4-هجر أصحاب البدع.

5-هجر الكفر والكفار.[1]

وسأركز على الهجر بين الزوجين لأنه موضوع اهتمامنا، وسأبين أنواعه كما يلي:

---

[1] ردينا ابراهيم حسين الرفاعي ومحمود علي الطوالبة.(أحكام الهجر في الفقه الإسلامي). دراسات علوم الشريعة والقانون. المجلد36. العدد2. 2009. ص445.

أولا: الهجر في المضجع بقصد التأديب.

قد يحدث وأن تعرض الزوجة عن زوجها وترتفع عنه ولا تطيع أمره فيما فرض الله عليها من طاعته، فتعتبر بذلك ناشزا لقوله تعالى:"**واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن...**" [1]

فأجاز الشرع للزوج تأديب زوجته وإرجاعها إلى طاعته، وذلك بثلاث وسائل هي:

الوسيلة الأولى: هي النصيحة والموعظة.

أي ببيان حكم الله في طاعة الزوج ومعصيته، والترغيب في الطاعة، والترهيب من معصيته،[2] وتذكيرها بما لزوجها عليها من حق ولفت نظرها إلى ما يلحقها من إثم بالمخالفة والعصيان، ويكون ذلك بلطف ولين وتحبب.[3]

الوسيلة الثانية: الهجر في المضجع.

إن لم تفلح الوسيلة الأولى يلجأ الزوج إلى الوسيلة الثانية، والمقصود بهذه الحالة الابتعاد عن مضاجعة الزوجة و أن يوليها ظهره عند الاضطجاع وقيل لا تبيت معه في البيت الذي يضطجع فيه،[4] وكذلك فإن الهجر في المضجع يشعر المرأة بأنها فقدت مصدر قوتها التي تستمد من وجود الرجل معها ومن محبته لها، ولأن طبيعة المرأة تغلب عليها العاطفة فلابد أن يكون العلاج من جنس طبيعتها حتى يؤثر فيها، فكان الهجر في المضجع واحد من أقوى الأسلحة العاطفية والنفسية في علاج النشوز.[5]

---

[1] سورة النساء: الآية 34.

[2] عبد الرحمان ناصر السعدي. تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان. ط1. دار ابن حزم. بيروت. لبنان.2003. ص158.

[3] أحمد محمد المومني. الأحوال الشخصية في الطلاق والفسخ والتفريق والخلع. ط1. دار المسيرة. عمان. الأردن.2009. ص95.

[4] فائزة اللبان.إعجاز التشريع الإسلامي في أحكام الأسرة. أطروحة دكتوراه.تخصص الفقه وأصوله. كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية. قسم الشريعة. جامعة الحاج لخضر باتنة.2010. ص161.

[5] عماد أموري جليل الزاهدي.(الوسائل القرآنية في علاج نشوز الزوجين وأقوال الفقهاء فيها). مجلة كلية العلوم الإسلامية. جامعة الموصل. المجلد8. العدد2/15. 2014. ص465.

الوسيلة الثالثة: الضرب.

إذا أخفقت الوسيلتان السابقتان في تأديب الزوجة، فلم ينفع الوعظ والنصح والتودد، ولم يأت الهجر في المضجع بنتيجة، وأصرت الزوجة على النشوز، انتقل الزوج إلى الوسيلة الثالثة من وسائل التأديب وهي الضرب.[1]

لقد أقر الإسلام ضرب الزوجة للإصلاح ولم يقصد منه الإيذاء الحسي والإيلام البدني، فهو إجراء وقائي قد يكون بسواك أو بمنديل أو بطرف الرداء وما إلى ذلك،[2]

وقد وضع العلماء شروطا ينبغي مراعاتها عند استخدام الضرب كوسيلة للتأديب، نجملها كما يلي:

1- أن لا يلجأ إلى الضرب إلا بعد فشل محاولات التأديب بالوعظ ثم الهجر.

2-أن يكون الضرب غير مبرح، بأن لايظهر أثره، وهو الذي لا يكسر عظما ولا يشين لحما ولا يسيل دما.

3-أن لا يضرب الزوج الوجه موضع الجمال، ولا يقع الضرب على المهالك، لأن الغرض من الضرب التأديب وليس الإتلاف والتشويه أن يغلب على ظن الزوج أن الضرب سوف يؤدي إلى إصلاح الزوجة وعودتها من نشوزها ومعصيتها.[3] لهذا يعتبر الهجر في المضجع في هذه الحالة وسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته، فهو حق من حقوقه الشرعية، ولا تتوفر في هذه الحالة نية الإضرار بها بل يقصد نية الإصلاح وتأديبها ومن ثم إرجاعها إلى طاعته.

---

[1] محمد جمال أبو سنينة وحسين مطاوع. الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية. ط1. دار الثقافة.عمان.الأردن.2005. ص55.

[2] عماد محمد ربيع.(تأديب الزوجة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية والقانون الجنائي). مجلة جامعة دمشق. المجلد18.العدد2. 2002. ص50.

[3] عبد الحميد بن مشري.(ضوابط تأديب الزوجة بين الشريعة والقانون). مجلة المنتدى القانوني. دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة محمد خيضر بسكرة. العدد6. أفريل2009. ص44.

ثانيا: الإيلاء.

الإيلاء مصطلح فقهي كان موضوع اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية، وقد وردت عدة تعاريف له منها:

الإيلاء هو" أن يحلف الرجل أن لا يطأ زوجته إما مدة هي أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر "[1]

وعرفه أحمد الدردير على أنه:"حلف الزوج المسلم المكلف الممكن وطؤه بما يدل على ترك وطء زوجته غير المرضع أكثر من أربعة أشهر".[2]

والإيلاء عند الحطاب هو:"يمين زوج مسلم مكلف يتصور وقاعه"[3]

كما عرفه الدسوقي بأنه يمين شرعا، أما لغة فهو الحلف على الامتناع عن الشيء مطلقا كوالله لا أطؤك أصلا أو مدة خمسة أشهر.[4]

والمقصود بالإيلاء عند ابن قيم في اللغة: الامتناع باليمين، وخص في عرف الشرع بالإمتناع باليمين من وطء الزوجة.[5] وعرفه محمد زكريا على أنه:"الحلف على ترك وطء الزوجة"[6] و الإيلاء أيضا"حلف مذكور كناية عن ترك الجماع"[7] والمقصود به كذلك:" أن يحلف الزوج بالله على ترك وطء زوجته"[8]

---

[1] أبوالوليد بن رشد القرطبي. المرجع السابق. ص93.

[2] أحمد الدردير .الشرح الصغير .المرجع السابق.ص179.

[3] أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب.مواهب الجليل شرح مختصر خليل.ط2. المجلد الرابع.ج4.دار الفكر .1978.ص105.

[4] شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي.المرجع السابق.ص426.

[5] ابن قيم الجوزية.زاد المعاد في هدى خير العباد.ط2.المجلد2.ج4.دار الفكر .بيروت.لبنان.1972.ص89.

[6] محمد زكريا الكندهلوي. أوجز المسالك إلى موطأ مالك.ط3.ج10.المكتبة الامدادية.باب العمرة.مكة المكرمة.السعودية.1974.ص 43.

[7] علي الصعيدي العدوي.حاشية العدوي.(د.ط).ج2.دار إحياء الكتب.مصر .(د.ت).ص93.

[8] محمد جواد مغنية. الفقه على المذاهب الخمسة.ط6.دار العلم للملايين.بيروت.لبنان.1979.ص457.

والأصل فيه قوله عز وجل:" **للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم**"[1]

وعرف الإيلاء على" أن يحلف الرجل أن لا يقرب امرأته أكثر من أربعة أشهر عند الشافعي"[2]

كما عرفه أحمد عيسى عاشور بأنه:" الحلف على الامتناع من وطء الزوجة مطلقا أو أكثر من أربعة أشهر." [3]

والمقصود بالإيلاء عند أبو الأعلى المودودي:"هو الإعراض عن إشباع غريزة المرأة دون أي عذر شرعي"[4] وعرفه محمد علي على أنه:" أن يحلف الرجل أن لا يقرب المرأة ويكون ذلك عند غضب الرجل وشدة غيضه." [5]

***مناقشة التعاريف.**

ما يلاحظ على التعريف الأول أن ابن رشد ركز فيه على مدة الإيلاء، إلا أنه لم يحدد صفات الزوج الحالف ولا الزوجة، وبالتالي يعتبر غير دقيق.

على خلاف من ذلك، فلقد حدد الفقيه الدردير صفات كل من الزوج الحالف والزوجة،فضلا عن تحديده للمدة، حيث أخرج كل من الزوج الكافر والمجنون والصبي والعنين فلا ينعقد لهم إيلاء، كما أخرج الزوجة المرضع لما في ترك وطئها من إصلاح الولد، وبالتالي جاء محددا ودقيقا وموفقا فيما ذهب إليه.

ما يؤخذ عل تعريف الحطاب أنه جاء ناقصا غير تام، حيث أنه لم يحدد مدة الحلف، ولم يبين صفات الزوجة، واكتفى بعبارة موجزة لم تتضمن أي تفصيل.

---

[1] سورة البقرة: الآية 226.

[2] الإمام ولي الله الدهلوي.شرح الموطأ.ط1.الجزء2.دار الكتب العلمية.بيروت.لبنان.1983.ص138-139.

[3] أحمد عيسى عاشور. الفقه الميسر في العبادات والمعاملات.(د.ط). دار بوسلامة. تونس.1984. ص313.

[4] أبو الأعلى المودودي. حقوق الزوجين. دراسة نقدية لقانون الأحوال الشخصية. (د.ط). دارالسعودية. جدة. السعودية.1985. ص35.

[5] مولانا محمد علي. الطلاق في الإسلام. ط2. منشورات المكتبة العصرية. صيدا. بيروت. لبنان.(د.ت). ص112.

نفس الملاحظة حول تعريف الدسوقي، حيث جاء مختصرا إلا أنه ذكر مدة الإيلاء وهي إما خمسة أشهر أو على الإطلاق.

أما ابن القيم فإنه لم يقيد في تعريفه الإيلاء بمدة معينة وجاء عاما وشاملا.

ما يلاحظ على التعريف السادس والسابع والثامن الاقتضاب والعمومية.

ما يؤخذ على التعريف التاسع والعاشر أنهما ركزا على مدة الإيلاء من جهة وأهملا صفات كل من الزوج والزوجة من جهة أخرى.

ركز المودودي في تعريفه على الهدف من الإيلاء، كما انتبه إلى مسألة المانع الشرعي التي كانت بمثابة حلقة مفقودة ففي بقية التعاريف.

ما يلاحظ على التعريف الأخير أنه ركز على حالة الزوج الحالف، في حين أهمل بقية الجوانب مثل: مدة الإيلاء، صفات الزوجة، مسألة العذر الشرعي...إلخ

يستشف من خلال هذه التعاريف أنها جميعها اتفقت على أن الإيلاء هو يمين أو حلف عن ترك وطء الزوجة، لكنها اختلفت فقط في التفاصيل، فكل تعريف انفرد بالتركيز على جانب معين، وأرجح في الأخير تعريف الدردير لأنه حسب رأيي ووجهة نظري أنه الأشمل والأعم والدال على المعنى المقصود من الإيلاء.

ثالثا: الهجر في المضجع بقصد الإضرار بالزوجة.

قد يكون الهجر في المضجع بقصد الإضرار بالزوجة إذ لايؤدي لها زوجها حقا من حقوقها الشرعية الملازم لطبيعتها البشرية وذلك خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.[1]

لذلك فلم يهمل الإسلام التعرض لعلاقة الغريزة بين الزوجين فهي هدف من أهداف الزواج لا ينبغي تجاهله،[2] لقوله تعالى:"**هن لباس لكم وأنتم لباس لهن**"[3] ، وبناء على ذلك

---

[1] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص82.

[2] محمد جمال أبو سنينة. المرجع السابق. ص27.

[3] سورة البقرة: الآية187.

فقد قرر الإسلام بأنه لا يجوز لأحد الزوجين أن يقصر في حق صاحبه في هذه الناحية، بل رغب فيها إلى حد اعتبارها قربة وعبادة تستحق الأجر والثواب.[1]

وعليه فمن الواجب على الزوج أن يحصن زوجته بمعاشرتها ومجامعتها لكي يدفع عنها ضرر الشهوة، ولأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما، لهذا قال مالك:"من يريد العبادة وترك الجماع لغير ضرر ولا علة قيل له أما وطئت أو طلقت،[2]والمقصود بالهجر في هذه الحالة نية الإضرار بالزوجة لا نية الإصلاح كالهجر بقصد التأديب.

أما إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني كوجود الزوج في المستشفى أو في الخدمة العسكرية أوفي مكان آخر من أجل القيام بوظيفته، أو تعبيرا للزوج عن غضبه اتجاه سلوك زوجته الطائش.[3] فلا يعتبر في هذه الحالة هجرا بهدف الإضرار.

فمن الحقوق المتبادلة بين الزوجين حل الزوجية والمقاربة بينهما، وما يقتضيه الطبع الإنساني مما هو محرم إلا بالزواج، قال تعالى:"**الذين هم لفروجهم حافظون**"[4] ومقتضى هذه الآية أن لكل واحد من الزوجين حق الاستمتاع بالآخر، وعدم الإمتناع عن ذلك إلا لعذر شرعي.[5]

وفي هذا الصدد اختلف الفقهاء في مسألة وجوب إتيان الرجل لزوجته.

حيث قال ابن حزم:" وفرض على الرجل أن يجامع امرأته التي هي زوجته وأدنى ذلك مرة كل طهر إن قدر على ذلك وإلا فهو عاص لله تعالى.

واستدل بقوله تعالى:"**فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله.**"[6]

وذهب جمهور الفقهاء إلى ما ذهب إليه ابن حزم من الوجوب على الرجل إذا لم يكن له عذر.

---

[1] محمد جمال أبو سنينة. المرجع السابق. ص27.

[2] محمد بن يوسف العبدري(المواق). التاج والإكليل لمختصر خليل.(د.ط).ج4.دار الكتب العلمية.(د.ت). ص17.

[3] العربي بلحاج.المرجع السابق. ص289.

[4] سورة المؤمنون:الآية05.

[5] http//sciences juridique blogspot.com

[6] سورة البقرة: الآية22.

وقال الشافعي:"لايجب عليه لأنه حق له، فلا يجب عليه كسائر الحقوق"

ونص أحمد على أنه مقدر بأربعة أشهر،[1] لأن الله تعالى قدره في حق المولي بهذه المدة كذلك في حق غيره.

وقال الغزالي من الشافعية:" وينبغي أن يأتيها في كل أربع ليال مرة، فهو أعدل، لأن عدد النساء أربعة."[2]

وإذا سافر عن إمرأته، فإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع فإن أحمد رحمه الله ذهب إلى توقيته لستة أشهر.[3]

وقال فقهاء الحنفية إذا كان الرجل متزوجا بامرأة واحدة ولم يبت عندها لاشتغاله بالعبادة أو بجواريه كان لها الحق في طلب المبيت عندها، ولا يقدر ذلك بمدة معينة في الأسبوع على الراجح بل القاضي يأمر بأن يبيت عندها ويصحبها من وقت لآخر لكي لا تشعر بغيبة طويلة وقدر لها بعضهم كل أربعة أيام ليلة، ولكنهم قالوا:" إن هذا ضعيف والمعتمد الأول.[4] أما الوطء فليس لها الحق المطالبة به إلا مرة واحدة، ولكن يفترض عليه أن يعفها، فكما يجب القضاء لها بالبيتوتة عندها من وقت لآخر بالقدر الذي يراه القاضي صالحا، وكذلك يجب لها الحكم لها بالوطء من وقت لآخر بما يراه القاضي كافيا لإعفافها.[5]

***مناقشة الآراء الفقهية.**

ما يلاحظ على مذهب الشافعي أنه غير مندوب ولا مستساغ بشأن فكرة إتيان الرجل لزوجته، حيث اعتبره حقا له وليس واجبا عليه، غير أنه في الواقع خلاف ذلك، فهو حق له

---

[1] السيد سابق.المرجع السابق. ص163.

[2] موفق الدين بن قدامى وشمس الدين بن قدامى المقدسي. المغني ويليه الشرح الكبير.(د.ط).ج8. دار الكتاب العربي. 1972. ص138-139.

[3] السيد سابق. المرجع السابق. ص163-1972-138-139.

[4] عبد الرحمان الجزيري. المرجع السابق. ص240.

[5] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

على زوجته من جهة، وحق زوجته عليه من جهة أخرى، بمعنى أنه حق وواجب في نفس الوقت، لهذا فمن الواجب عليه أن يعفها لكي يدفع عنها ضرر الشهوة لأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين وبهدف رفع الضرر عن كل منهما.

أما الإمام أحمد فقدرها بأربعة أشهر، لكن في الحقيقة أن هناك بعض النسوة لا يستطعن الصبر على أزواجهن لهذه المدة، لأن الأمر يختلف حسب رغبة كل مرأة ونفسيتها وظروفها، وبالتالي قد تلجأ البعض منهن إلى أمور غير مشروعة بقصد إشباع حاجاتهن.

ما يؤخذ على رأي الغزالي من الشافعية الذي ذهب إلى وجوب إتيان الرجل لزوجته في كل أربع ليال مرة أنه يتناقض مع الواقع في بعض الأحيان، ذلك أن طبيعة المرأة وظروفها قد لا تسمح بذلك، فهناك من لديها عذر شرعي يمنع من ذلك كحيض أو نفاس أو مرض...إلخ، وهناك من ليس لديها رغبة ونفس في ذلك.

مايلاحظ على مذهب الحنفية أن فيه رأيان:

الرأي الأول: يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

الرأي الثاني: كل أربعة أيام ليلة.

وبالتالي يمكن القول أن هناك عدم استقرار وتذبذب في هذه المسألة.

أما في حالة سفر الزوج فإن الإمام أحمد رحمه الله تعالى حددها بستة أشهر، وهذه أقصى مدة تستطيع فيها الزوجة أن تصبر على زوجها، وفي هذا ضرر يلحق بالمرأة من جراء عدم تحصينها.

وبالنسبة لمذهب الجمهور وابن حزم فهو مقبول إلى حد ما، حيث ذهبوا إلى وجوب إتيان الرجل لزوجته مرة في كل طهر، وذلك استنادا إلى الدليل الشرعي من القرآن الكريم لقوله تعالى:"**فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله**".

اختلفت الآراء الفقهية وتباينت في مسألة وجوب إتيان الرجل لزوجته، إلا أنه يبدو لي أنها تختلف حسب طبيعة كل من الزوجين ورغبتهما وظروفهما مثال(توفر عذر شرعي كحيض أو نفاس أو مرض أو عدم رغبة في ذلك...)

وفي الأخير يمكن القول أنه من المفروض أن يعف الرجل زوجته من وقت لآخر، حتى لا تلجأ إلى أمور غير مشروعة لتلبية حاجاتها، لهذا شرع الزواج من أجل التحصين والعفة، باعتبار أن الهجر في المضجع له آثار وخيمة لا تقتصر فقط على نفسية الزوجين فحسب، بل قد تؤدي حتى إلى إنهاء العلاقة الزوجية.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 53 في فقرتها الثالثة، حيث منح للزوجة حق طلب التطليق وفقا لهذه الفقرة التي جاء فيها:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:...

-الهجر في المضجع فوق اربعة أشهر..."

وعليه يشترط في الهجر كمبرر قانوني يخول للزوجة حق طلب التطليق ثلاثة شروط هي:

1-هجر الزوج للزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية، والإعراض عنها وعدم قربانها.

2-أن يكون هذا الهجر عمديا، ومقصودا لذاته، وليس له ما يبرره من الناحيتين الشرعية أو القانونية، وهو ما يسمى بالهجر غير المشروع الذي تجاوز حدود الحق.

3-أن يتجاوز الهجر الأربعة أشهر متتالية، وألا يقع أي اتصال بينهما بين الشهر والآخر، وهذا ما يدل على أن الهجر ليس هدفه الإصلاح، لأنه بهذه المدة فقد التأديب مفهومه الإنساني كوسيلة من وسائل التأديب.[1]

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا وقع الهجر المتعدد أي لعدة مرات، وفي أوقات مختلفة ومتفرقة، أو أنه وقع لعذر شرعي أو مرض مثل أن يكون هجر فراش الزوجة قد وقع بسبب وجود الزوج في المستشفى للعلاج، أو بسبب وجوده في مكان آخر من أجل الخدمة

[1] العربي بلحاج. المرجع السابق. ص289.

الوطنية، أو القيام بمهمة في إطار وظيفته أو عمله، وغير ذلك من مثل هذه الحالات، فهنا لا يسمح للزوجة بطلب التطليق، وذلك لأن الهجر في هذه الحالات كان بالمبرر الشرعي والأسباب المعقولة ونية الإضرار غير موجودة.[1]

هذا وما يلاحظ على الفقرة الثالثة من المادة 53 ق أ ج أن المشرع الجزائري أورد مصطلح الهجر بصفة عامة ولم يحدد نوعه إن كان بقصد التأديب وبهدف الإضرار أو المقترن بيمين(الإيلاء)، ولكن من المنطقي أن يكون ما قصده المشرع في قانون الأسرة الجزائري هو الهجر بقصد الإضرار بالزوجة وهو المجيز للزوجة طلب التطليق.

ويبقى التساؤل مطروحا حول ما إذا طلبت الزوجة التطليق بينها وبين زوجها لهجره في مضجعها، فما مدى سلطة القاضي في ذلك؟

في هذه الحالة لا يجب على القاضي أن يحكم بالتطليق إلا إذا توافرت الشروط التالية:

الشرط الأول: يتمثل في العنصر المادي والسلوك اللا شرعي المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي مقبول ومعقول.

الشرط الثاني: ويمثل العنصر الزمني المتمثل في مدة أربعة أشهر متتالية متواصلة غير متقطعة، ولا يقع بين الشهر و الآخر أي اتصال بين الزوجين.[2]

الشرط الثالث: وهو في العنصر المعنوي المتمثل في توفر نية الإضرار بالزوجة، وليس في نيته الإصلاح والتأديب التي تعود فائدته على أحدهما أو عليهما وعلى الحياة الزوجية مثلما هو الأمر في موضوع التأديب.

فالمقصود هو الهجر العمدي المقصود لذاته نكاية بالزوجة، وتعذيبا لها، وليس ما يبرره شرعا ولا قانونا.

---

[1] أحمد شامي.المرجع السابق.ص143-144.

[2] عبد العزيز سعد.الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. ط2. دار البعث. قسنطينة. الجزائر.(د.ت). ص263 وما بعدها.

ومعنى ذلك مثلما تقدم أن الزوج يهجر الفراش بسبب آدائه لمهمة في مكان بعيد، وكان يعالج سريا على زوجته لحاجة في نفسه، وفي كل هذه الحالات على الزوج فقط أن يخبر عن سبب الامتناع عن معاشرة زوجته، ويرى القاضي أن العذر مقبول والمبرر معقول، تأمر الزوجة بالصبر حتى يزول السبب أو المرض.[1]

هذه هي أهم الشروط التي يجب على القاضي التأكد من توفرها، حتى يتمكن من تطبيق القانون والشرع، أما إذا تخلف عنصر واحد، سواء المادي أو الزمني أو المعنوي، ولم تجتمع العناصر الثلاثة لا يجوز للقاضي أن يحكم للزوجة بالتطليق.[2]

وتجذر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يهمل الهجر كسبب للتطليق لما له من أضرار ومساوئ وانعكاسات نفسية واجتماعية خطيرة، غير أن مسألة الإثبات والخوض فيها يعد أمرا من الصعوبة بمكان نظرا لدقة وحساسية هذه الصورة.[3]

وفي هذا الصدد صدرت عدة اجتهادات قضائية تشير ضمنيا لواقعة الهجر منها:

" من المقرر قانونا أنه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق إذا توافرت أسبابه، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون بانعدام الأسباب ومخالفة القانون ليس في محله.

ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أن الزوج تماطل في إرجاع زوجته ووقف موقفا سلبيا فإن المجلس بقضائه بتطليق الزوجة لتماطل الزوج في إرجاع زوجته طبق صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن."[4]

وجاء في قرار آخر:

---

[1] فضيل سعد. شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق.(د.ط). المؤسسة الوطنية للكتاب. الجزائر.1986. ص285.

[2] عبد العزيز سعد.الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. ط1. دار البعث. قسنطينة. الجزائر.1986. ص.265.

[3] باديس ذبابي. المرجع السابق. ص41.

[4] م.أ.غ.أ.ش. ملف رقم50519.قرار بتاريخ1988/09/26.المجلة القضائية العدد2. 1992. ص48./جمال سايس.المرجع السابق.ج2. ص578.

"من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ولاسيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية.

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات لاهي متزوجة ولاهي مطلقة باعتبارها خرجت من بيت الزوجية، وأخذت كل أثاثها منه، واستحالت الحياة الزوجية، فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون.

–ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن."[1]

وذهبت المحكمة العليا في قرار آخر لها إلى أنه:

"من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا.

–ولما ثبت في– قضية الحال– أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة 5 سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض الممنوح لها.

مما يتعين رفض الطعن" [2]

كما ورد في اجتهاد آخر:

" من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا.

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 75588. قرار بتاريخ 1991/02/20. المجلة القضائية العدد04. 1994. ص78/جمال سايس.المرجع السابق.ج2. ص710–711.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 135435. قرار بتاريخ1996/04/23. المجلة القضائية العدد 01. 1998. ص129./جمال سايس. المرجع السابق.ج2. ص899.

ومتى تبين- في قضية الحال- أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم باتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 ق أ، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن." [1]

هذه تعتبر جملة من القرارات المتعلقة بالتطليق بسبب واقعة الهجر، ويفهم من خلالها أنها لا تصب صراحة حول مسألة التطليق للهجر في المضجع ولكن كانت تلميحا فقط، وهذا ما نلحظه من خلال-تماطل الزوج في إرجاع زوجته- في القرار الأول، ومن بقاء الزوجة كالمعلقة لا هي متزوجة ولا هي مطلقة في القرار الثاني، ومن تماطل الزوج عن الدخول بزوجته لمدة طويلة، مما يثبت تضررها ماديا ومعنويا من خلال القرار الثالث والرابع.

وبالتالي يلاحظ من خلال هذه القرارات الضمنية المؤكدة للقاعدة القانونية التي استقر عليها القضاء، والمتمثلة في الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري أنها موفقة فيما ذهبت إليه.

غير أنه من خلال بحثي في مسألة التطليق بسبب الهجر وجدت قرارا للمحكمة العليا يصب صراحة في هذا المجال أو المنحى والذي جاء فيه:

المبدأ:"يعد الهجر في المضجع، في حالة تعدد الزوجات، دليلا على انعدام نية العدل، مبرر طلب الزوجة المتضررة التطليق."

حيث أن الطاعن تزوج ثانية بدون علم المدعية التي تضررت من زواجه الثاني، إذ تبين من وقائع الدعوى أن الطاعن لم يعدل بين الزوجتين لكونه هجر المطعون ضدها في المضجع

---

[1] م.ع.غ.أ.ش.ملف رقم 217179.مؤرخ في 1999/03/16.اجتهاد قضائي 2001.عدد خاص.ص122./جمال سايس.المرجع السابق.ج2.ص1047.

لمدة تفوق السنة وهو من جملة الأضرار المعتبرة شرعا طبقا للمادة 53 ف10 من ق أج، الأمر الذي يتعين معه تعويض المدعية فضلا أن الضرر في وقائع الدعوى من الأمور التي يرجع تقديرها لقضاة الموضوع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا.[1]

ما يلاحظ على هذا القرار أنه جاء مؤكدا لما ورد في نص المادة 53 في فقرتها الثالثة والسادسة التي تجيز للزوجة طلب التطليق بسبب الهجر ومخالفة شروط التعدد الواردة الواردة في نص المادة 08 من قانون الأسرة.

كما يستشف منه أنه ورد صريحا على خلاف القرارات السابقة التي كانت ضمنية.

وبالتالي أحسن هذا القرار فيما اتجه إليه حين اعتبر أن واقعة الهجر في حالة تعدد الزوجات تعتبر مبررا كافيا لطلب الزوجة التطليق، وهذا بالنظر إلى الضرر الجسيم الذي لحق بالزوجة الأولى من جراء هذا الأخير(الهجر في المضجع).

الفرع الثالث: سلطة القاضي في الحكم على الزوج.

بما أن الزوج بشر يصيب و يخطئ، ومن الأزواج العاصي والمطيع، والزوج العاصي قد يرتكب جريمة يعاقب عليها القانون، فتتضرر زوجته خاصة و أن من العقوبات ما يرغمها على الانتظار السنين الطوال، وهذا ما ينافي مقاصد التشريع، ويوقع الزوجة والمجتمع ككل في حرج شديد.[2]

فإذا طلبت الزوجة التطليق لتضررها، فهل يجاب إلى طلبها؟

اختلف الفقهاء في مسألة تطليق الزوجة لحبس زوجها من عدمه، فمنهم من أجاز تطليقها ومنهم من ذهب إلى عدم الجواز.

---

[1] م.ع.غ.أ.ش.ملف رقم 480240.قرار بتاريخ2009/02/11.مجلة المحكمة العليا.قسم الوثائق.2009.العدد1.ص279-282-281.

[2] محمد كمال الدين أمام. أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء. دراسة لقوانين الأحوال الشخصية.(د.ط).دار الجامعة الجديدة.الاسكندرية. مصر.2007. ص107.

لم يجز جمهور الفقهاء غير المالكية التفريق لحبس الزوج أو أسره أو اعتقاله لعدم وجود دليل شرعي بذلك[1]، حيث يرى الحنفية والشافعية أنه لا يفرق بين الزوج وزوجته بسبب حبسه مهما طال،[2] أي أنه لا يجوز للزوجة حق المطالبة بالتفريق.[3]

أما المالكية والحنابلة ذهبوا إلى جواز التفريق بسبب غيبة الزوج، لكنهم لم يصرحوا بالتفريق للحبس،[4] كما أنه ليس في مذهب الإمام مالك ما يجيز ذلك على وجه صريح، إنما توجد نصوص في هذا المذهب تدل على تطليق القاضي زوجة الغائب إذا تضررت من بعده عنها سنة فأكثر وكذا زوجة الأسير.[5]

فزوجة السجين تقاس على زوجة الغائب بجامع الضرر بينهما، إذ زوجة كل منهما تتضرر من بعد زوجها عنها سواء كان غائبا أو مسجونا.[6]

فمناط التفريق عندهم هو بعد الزوج عن زوجته سواء باختياره أو قهرا عنه كما في الأسير، لأن الضرر يلحق الزوجة من هذا البعد، وهذا المعنى متحقق في زوجة المحبوس.[7]

بعد عرض الآراء الفقهية في مسألة التطليق لحبس الزوج، أرجح مذهب المالكية والحنابلة، وهذا نظرا للحجج التي أتوا بها، ذلك أن بقاء الزوجة بعيدا عن زوجها زمنا طويلا مع محافظتها على العفة والشرف مما تأباه الطبيعة البشرية في الغالب الأعم من الحالات، وهذا بالنظر للضرر الجسيم الذي يلحق بالزوجة، وهذا الأخير يجب إزالته وفقا لقاعدة لاضرر ولا ضرار.

---

[1] وهبة الزحيلي .الفقه الاسلامي وأدلته.ج7.المرجع السابق. ص535.

[2] محمد مصطفى شلبي. المرجع السابق. ص613.

[3] بدران أبو العينين بدران. المرجع السابق. ص448.

[4] محمد مصطفى شلبي.المرجع السابق. ص613.

[5] بدران أبو العينين بدران.المرجع السابق. ص448.

[6] عبد الرحمان الصابوني.المرجع السابق. ص796.

[7] محمد مصطفى شلبي.المرجع السابق. ص613.

وفي هذا الصدد أدرج المشرع الجزائري الحكم على الزوج عن جريمة ضمن الحالات التي تسمح للزوجة طلب التطليق من القاضي، وهذا من خلال المادة 53 في فقرتها الرابعة التي جاء فيها:"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:...

4-الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية..."

فإذا تمعنا في نص هذه الفقرة بغرض تحليلها واستخلاص أحكامها لاحظنا أنها لم تشر إلى حبس الزوج بسبب اقترافه جريمة كما كانت تنص على ذلك نفس المادة قبل التعديل التي جاء فيها:" الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية."

يتجلى بوضوح من مقارنة نص المادة 53 ف4 في صياغته القديمة بموجب قانون 11/84، ونص المادة المعدلة بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 أن المادة قبل التعديل كانت تشترط عقوبة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة حيث يجب على الزوجة التي ترغب في طلب التطليق على أساس هذه المادة أن تثبت:[1]

1- صدور حكم يدين الزوج بعقوبة شائنة.

نلاحظ في البداية عدم الدقة في النص على هذه الفقرة، إذ يتحدث المشرع الجزائري عن العقوبة وليس عن الجريمة، والأصح من خلال تمعننا في الفقرة أنه يقصد الجريمة وليس العقوبة، إذ أن القانون والفقه لم يصفا العقوبة، ولم يرد في القانون تضييق العقوبة الشائنة عن باقي العقوبات الأخرى،[2] والمقصود بأنها مقيدة لحرية الزوج معناها ان تكون العقوبة بدنية بالحبس أو السجن، فلو كانت العقوبة بالحبس مع وقف التنفيذ، أو الوضع تحت

---

[1] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص134.

[2] باديس ذبابي. المرجع السابق. ص42.

الحراسة، أو الحرمان من الحقوق السياسية أو الحكم بغرامة فقط دون الحبس فإن هذا الشرط يسقط ولا يقوم معه حق الزوجة في طلب التطليق.[1]

2-أن تكون العقوبة المقيدة للحرية أكثر من سنة.

مما يفيد أنه لا يجوز للزوجة أن تطلب التطليق إلا إذا كان الحكم الذي صدر ضد زوجها يتضمن عقوبة بالحبس لمدة سنة فما فوق.[2]

واعتبارا لكون الفقرة شابها الكثير من الغموض وعدم الوضوح، بداية من صعوبة تفسير العقوبة الشائنة وصولا إلى تحديد الجريمة الماسة بشرف الأسرة من غيرها، لذلك جاء التعديل المؤرخ في 2005/02/27 أكثر وضوحا عندما عدل الفقرة كما يلي:"الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، فالمشرع في هذا التعديل صحح الخطأ الوارد في الفقرة السابقة قبل التعديل بتحدثه عن الجريمة وليس عن العقوبة.[3]

يبدو أن المشرع الجزائري تدارك هذا الخطأ عندما عدل المادة 53 ف4، حيث قام بحذف شرطين من المادة القديمة وهما:

1-العقوبة الشائنة من أسباب التطليق وتعويضها بالجريمة.

2-كما حذف شرط الحبس لأكثر من سنة، وبالتالي لم تصبح الجريمة مربوطة بهذا الشرط.[4]

و بالتالي تم تعديل المادة 53 بحذف العقوبة الشائنة في أسباب التطليق وتعويضها بالجريمة إشارة إلى جرائم الأخلاق والأموال التي تتميز بأنها شائنة أكثر من غيرها رغم أن كل الجرائم الشائنة ليست كلها تؤدي إلى استحالة استمرار الحياة الزوجية.[5]

---

[1] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص134.

[2] العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ص294.

[3] باديس ذبابي.المرجع السابق. ص45.

[4] خيرة قويدري.المرجع السابق. ص135.

[5] عبد القادر بن داود.المرجع السابق. ص75.

من خلال استقرائنا للمادة 53 ف4 نلاحظ أن المشرع استحدث هذه الحالة التي لم تنص عليها التشريعات العربية الأخرى، والجديد في هذه الفقرة أن شرط الحبس أصبح غير لزومي، والعبرة إذن بثبوت الجريمة قضائيا أو بصدور حكم يدين الزوج، ولكي يتسنى للزوجة طلب التطليق لم يحذف المشرع الشرطين الأساسيين وهما:

أن تكون الجريمة ماسة بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، ويرجع تقدير هذين الشرطين للسلطة التقديرية للقاضي.

وعليه فإن شروط التطليق في حالة اقتراف الزوج لجريمة وفقا لنص المادة 53 ف4 المعدلة تتمثل فيما يلي:

أولا:صدور حكم قضائي ضد الزوج.

لكي تطلب الزوجة التطليق على أساس هذه الفقرة لابد من أن تثبت بأن هناك حكم يدين الزوج حائز لقوة الشيء المقضي به.[1]

وهو الذي لا يقبل الطعن فيه بالطرق العادية (المعارضة والاستئناف) والطرق غير العادية.[2]

ثانيا: أن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة.

يثور الإشكال حول تحقق هذا الشرط في القول أي من الجرائم الماسة بشرف الأسرة من نظيرتها غير الماسة بشرف الأسرة؟

فالقانون الجنائي يصنف الجرائم من حيث طبيعتها إلى جرائم العنف، وجرائم ماسة بالعرض، وجرائم ضد الأسرة والأطفال، وكذا جرائم الاعتبار، وجرائم الأموال، إضافة إلى الجرائم الإقتصادية والجمركية...إلخ.

---

[1] راضية أمقران. المرجع السابق. ص11.

[2] عمرو عيسى الفقي. الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية. المجلد الثاني. (د.ط). المكتب الجامعي الحديث.(د.ت). ص112.

والملاحظ أم مصطلح "شرف الأسرة" واسع المدلول والمعنى إذ يصعب حصر هذه الجرائم الماسة بشرف الأسرة،[1] فمن شراح قانون الأسرة الجزائري من فهم أن المشرع قصد بذلك الجرائم الأخلاقية والماسة بالسمعة والشرف وجرائم السرقة والاختلاس والرشوة وغيرها ونحوها[2]ومنهم من اعتقد بأنها كل جريمة ترتكب فيها مساس بشخص المعني المرتكب لها في شرفه ونزاهته واعتباره، وهي مرشحة لأن تسبب الإساءة للأسرة بأكملها لاسيما الجرائم العمدية، أما الجرائم غير العمدية والبسيطة لا تشكل مساسا بشرف الأسرة لاسيما المخالفات والجنح غير العمدية كالقتل الخطأ مثلا،[3] والبعض الآخر ذهب إلى أن كل جريمة تمس بشرف الأسرة هي التي تسيء إليها مثل أغلبية الجرائم الأخلاقية كالزنا والفعل المخل بالحياء والاغتصاب والتحرش الجنسي...إلخ، وكذا بعض الجرائم العمدية كالقتل والسرقة...إلخ، وتعود للقاضي مراقبة الوقائع المقحمة من طرف الزوجة لاعتبار الجريمة ماسة بشرف الأسرة أم لا،[4] وهذا ما تضمنته أحكام المادة 451 ق إ م إ حيث جاء نصها:"يعاين القاضي ويعطي وصفا للوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة.

ويفصل في مدى تأسيس الطلب آخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها..."

لكن القاضي بحكم سلطته الواسعة وانطلاقا من لفظ "جريمة" ذات مفهوم عام وواسع، يمكنه تقدير الأفعال الماسة بشرف الأسرة حسب ظروف القضية والوضعية الاجتماعية لكل أسرة على حدة، والنظر إلى البيئة التي نشأت فيها الزوجة، وهذه الأمور نسبية تدخل فيها اعتبارات نفسية واجتماعية وأخلاقية تختلف من أسرة إلى أخرى.[5]

---

[1] اليزيد عيسات بلمامي. المرجع السابق. ص106.

[2] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص199.

[3] باديس ذبابي. المرجع السابق. ص44.

[4] لحسين بن شيخ آث ملويا. قانون الأسرة دراسة تفسيرية. المرجع السابق. ص65.

[5] أحمد شامي. المرجع السابق. ص153.

وبالتالي يبدو لي أن تحديد المقصود بالجريمة التي فيها مساس بشرف الأسرة يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي ما دام أن المشرع الجزائري لم يحدد ماهية الجريمة ولم يذكر ولو مثالا عنها، مما يحتم على القاضي إعمال سلطته الواسعة من أجل تقدير هذه الجريمة هل هي ماسة بشرف الأسرة أم لا.

ثالثا: أن تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

وذلك لما ينتج من خلافات حادة وخصومات مستحكمة بين الزوجين، وتحول الحب والمودة بينهما إلى بغض وكراهية.

إن هذا الشرط يعتبر نتيجة حتمية للشرط السابق، وشرط ضروري لقبول دعوى التطليق، فبدونه لا يستجيب القاضي لطلب الزوجة، وهذا الشرط كذلك يخول للقاضي سلطة تقديرية واسعة، ذلك أنه من البديهي أن كل الأفعال التي يرتكبها الزوج لا تستحيل معها بالضرورة مواصلة العشرة الزوجية، فبعض الأفعال تؤدي إلى توتر العلاقة الزوجية ولكن ليس لاستحالتها،[1] لكن قد يقترف الزوج من الجرائم المستنكرة التي يحرمها الشرع وتشمئز منها الروح البشرية، وهذه الجرائم تؤدي لا محالة إلى استحالة الحياة الزوجية- وتحول دون استمراريتها، لأن العبرة بالضرر المعنوي الجسيم الواقع على الزوجة من جراء الحكم على الزوج بجريمة تحط من قيمة الأسرة وتزعزع كيانها.[2] هذه هي أهم الشروط التي يجب توافرها للحكم للزوجة بالتطليق تأسيسا على الفقرة الرابعة من المادة 53 المعدلة، لهذا فإن فقدان أحد هذه الشروط يحرم الزوجة قانونا من ممارسة حق طلب التطليق، ويخضع هذا الأخير للسلطة التقديرية للقاضي الذي يستعين بالمعيار الموضوعي المطلوب لقبول الطلب أو رفضه.[3]

---

[1] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص141.

[2] المرجع نفسه. ص141-142.

[3] العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق. ص295.

فالتشريع الجزائري كان به قصور في هذه المسألة، فجاء تعديل المادة 53 بعدم اعتبار مدة الحبس وإنما آخذا بعين الاعتبار الإدانة في حد ذاتها واستحالة مواصلة الحياة الزوجية تاركا تقدير ذلك لقضاة الموضوع.[1]

إن المتمعن جيدا في الفقرة الرابعة من المادة 53 المعدلة يدرك أن المشرع الجزائري حاول تدارك النقائص الواردة في قانون 11/84، لكنه يؤخذ عليه أنه لم يحدد ماهية الجرائم الماسة بشرف الأسرة، ولم يضرب مثالا واحدا عنها، وترك المجال مفتوحا للقاضي بما يتمتع به من سلطة تقديرية في معرفة مدى إمكانية مساس هذه الجريمة بشرف الأسرة، وكذا إمكانية أو صعوبة العشرة الزوجية معها، مع العلم أن عبئ الإثبات يقع على الزوجة.

وفي هذا الصدد صدرت عدة اجتهادات قضائية تتعلق بالتطليق بسبب الحكم على الزوج منها القرار الصادر في 1968/12/11 الذي جاء فيه:

"إذا كان المجلس القضائي قد أثبت بما جاء بأسباب الحكم الابتدائي التي اتخذ منها أسبابا لحكمه أن المدعى عليها مطرت زوجها بوابل من الإجراءات التعسفية والحجوز التنفيذية غير القانونية وأنها قد وجهت ضده شكاوى بترك الأسرة وبارتكاب جريمة الزنا، وقد تبين عدم صحتها، وأخيرا فقد عبرت كتابة عن احتقارها له وعن توافر نيتها على الاضرار به.

ثم استخلص المجلس من كل ذلك أن المدعى عليها قد ارتكبت مخالفات خطيرة ومتكررة ضد واجبات الزوجية والالتزامات الناشئة عنها.

فإن قضاة الموضوع وقد رأوا ما في هذه الأفعال التي ارتكبتها الزوجة من خطورة وتكرار وقدروا أثرها على استمرار الحياة الزوجية فإنهم يكونون قد استعملوا في ذلك مطلق سلطتهم التقديرية مما يخرج الحكم عن رقابة المجلس الأعلى.[2]

---

[1] عبد القادر بن داود. المرجع السابق. ص76.

[2] م.أ. قرار بتاريخ1968/12/11. نشرة القضاة. العدد05. 1969. ص59/جمال سايس.الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية.ج1. المرجع السابق. ص57-58.

يستشف من خلال هذا القرار أنه جاء موضحا ومبرزا لفكرة السلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

حيث تبين من – قضية الحال– أن قضاة الموضوع قدروا الأفعال التي ارتكبتها الزوجة من خطورة وتكرار، وقدروا أثرها على استمرار الحياة الزوجية، فإنهم يكونون قد استعملوا مطلق سلطتهم التقديرية في الحكم بالتطليق بين الزوجين لصالح الزوج على مخاطر الزوجة، والتي تخرج عن رقابة المجلس الأعلى.

ما يلاحظ على هذا القرار وما يؤخذ عليه أنه أخفق في استعمال مصطلح"مطلق السلطة التقديرية"، فكلمة الإطلاق تعني عدم التقييد ومنح الحرية المطلقة لقضاة الموضوع في تقدير الوقائع وإصدار الأحكام دون الاستناد إلى معايير والتقيد بضوابط وحدود معينة.

فيبدو لي أن السلطة التقديرية الممنوحة للقضاة يجب أن تكون نسبية وليست مطلقة، بمعنى أن تكون مقيدة بمعايير وحدود معينة، حتى لا يتعسف هؤلاء (القضاة) في استخذام هذه السلطة على اطلاقها، والتي ينجم عنها أحيانا ميل ميزان العدل بسبب هذا التعسف.

وجاء في قرار آخر:

"حيث يتضح من القرار المطعون فيه، أن المجلس لما قضى بالطلاق بين الزوجين، استند إلى حالة الزوجة المتضررة التي أثبتت شكواها بالشهادات الطبية، وتؤكد من سوء سيرة الزوج، فالحكم عليه من المحكمة الجنائية بعقوبة شائنة، فاستنتج في نطاق اجتهاده المطلق أن ذلك ضرر لحق بالزوجة، ولها طلب الطلاق بالضرر الأمر الذي قضى به لها.

وحيث أن الزوجة استشهدت بثلاث شهادات طبية تثبت أن زوجها ضربها وجرحها أمام المجلس ولم تقدمها للقاضي الأول، فإن هذا لايعتبر دعوى جديدة لم يسبق إثارتها أمام المحكمة الابتدائية، وإنما الاستدلال بها من قبل التوسع الممكن القبول، لا من قبل الطلب الجديد، ومن ثم فإن القرار جاء معللا تعليلا كافيا والوجه مردود على صاحبه.[1]

---

[1] م.ع.غ.ق.خ. قرار بتاريخ 1971/03/10. ن ق.1972.عدد2. ص48.

ما يلاحظ على هذا القرار أنه جاء موفقا حينما أيد القرار المطعون فيه الذي قضى بالطلاق بين الزوجين على أساس تضرر الزوجة بسبب سوء سيرة الزوج وضربها وجرحها التي أثبتته بشهادات طبية، وكذا الحكم عليه من المحكمة الجنائية بعقوبة شائنة.

وعلى خلاف من ذلك فإنه في المقابل يبدو لي أنه أخفق في استعمال مصطلح"نطاق اجتهاده المطلق" بمعنى السلطة التقديرية المطلقة، فحسب رأيي يجب أن تكون هذه الأخيرة مقيدة بمعايير وضوابط وذلك ضمانا لحقوق المتقاضين من جهة ولفتح الباب واسعا أمام رقابة المحكمة العليا من جهة ثانية.

وذهبت المحكمة العليا في إجتهاد آخر لها:

"إذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي، وحكم عليه غيابيا بسنة حبسا منفذة، فإن قضاة الإستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق، خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي، ومتى كان ذلك، استوجب ونقض القرار المطعون فيه، تأسيسا على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن.[1]

هذا القرار أحسن فيما اتجه إليه، حين اعتبر أن إدانة الزوج بتهمة الإهمال العائلي والحكم عليه بسنة حبس منفذة تعتبر من بين الأضرار التي لحقت بالزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببها.

كما صدر اجتهاد آخر مفاده:

"إن إدانة الزوج بسبب ضربه لزوجته يعتبر ضررا حسب الفقرة 6 من المادة 53 من ق أ، ومن ثم يجوز تطليق الزوجة لهذا السبب".[2]

من خلال هذا القرار يتضح جليا أنه جاء مؤكدا للقاعدة القانونية التي استقر عليها القضاء والمتمثلة في نص المادة 53 في فقرتها السادسة، حيث اعتبرت أن إدانة الزوج

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم34791. قرار بتاريخ 1984/11/19. م.ق. عدد03. 1989. ص76./ العربي بلحاج. قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات. المرجع السابق. ص249.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 127948. قرار بتاريخ1996/01/16. نشرة القضاة. العدد54. 1999. ص100./جمال سايس. ج2. المرجع السابق. ص928.

بتهمة الضرب والجرح العمدي ضد زوجته والحكم عليه بالحبس(09 أشهر)، وكذا تحريض الأولاد وإفساد أخلاقهم يعد ضرر معتبر شرعا حسب الفقرة السادسة من المادة 53 من ق أ 11/84، ومن ثمة يحق للزوجة طلب التطليق على هذا الأساس.

وبالتالي يعتبر هذا القرار سليما وموفقا فيما ذهب إليه.

كما ورد في قرار آخر لها:

"إن بقاء الزوج بعيدا عن زوجته المطعون ضدها لمدة أربع سنوات يعد هجرا، وإن كان غير إرادي، إلا أن المطعون ضدها تتضرر منه، ويحول دون تحقيق الهدف من الزواج الأمر الذي يجعل القرار المنتقد عرضة للنقض والإبطال.

حيث أن القرار المطعون فيه خرق المادة 53 من فقرتها الثالثة والرابعة من ق الأسرة فعلا ذلك أن العقوبة المحكوم بها جزئيا ضد المطعون ضده(تعد ثانية) إضافة إلى أن بقاء الزوج بعيدا عن زوجته المطعون ضدها لمدة أربع سنوات يعد هجرا، وإن كان غير إرادي إلا أن المطعون ضدها تتضرر منه، ويحول دون تحقيق الهدف من الزواج الأمر الذي يجعل القرار المنتقد عرضة للنقض والإبطال.[1]

يستشف من خلال هذا القرار أنه جاء مؤكدا لما ورد في نص المادتين الثالثة والرابعة من قانون الأسرة والتي تجيز للزوجة طلب التطليق بسبب الهجر والحكم عليه بعقوبة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

حيث تبين من– قضية الحال– أن الزوجة تضررت من هجر الزوج لها لمدة أربع سنوات وذلك بفعل العقوبة المحكوم بها عليه مما أدى ذلك إلى استحالة الحياة الزوجية.

ومن ثمة يعتبر هذا القرار موفقا فيما ذهب إليه.

كما ذهبت المحكمة العليا في اجتهاد آخر:

"إن الاستجابة لطلب الزوجة المتمثل في التطليق للضرر لكون زوجها مسجون

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم171403. قرار بتاريخ 1997/11/25./نبيل صقر.المرجع السابق. ص92.

يعتبر حكم سليم ولا يخضع هذا الأمر لقبول الزوج أو حضوره.[1]

هذا القرار جاء مؤكدا لما ورد في نص المادة 53 في فقرتها الرابعة، التي تنص على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

كما تبين- في قضية الحال- أن الزوجة تضررت من الحياة الزوجية لكون زوجها مسجون، ومن ثمة يجوز لها طلب التطليق حتى دون موافقة الزوج تأسيسا على هذه الحالة.

وبالتالي يعتبر هذا القرار موفقا وأحسن فيما اتجه إليه.

الفرع الرابع: سلطة القاضي في حالة مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من ق أج(سلطة القاضي في التطليق لتعدد الزوجات).

تعدد الزوجات يعتبر من مخلفات العادات والتقاليد القديمة التي استمرت إلى غاية يومنا هذا، فهي تقوم على أساس أدلة مذكورة في القرآن منها الآية03-129 من سورة النساء.[2]

أقر التشريع الإسلامي تعدد الزوجات، بعد أن حدده وقصره على أربع وجعله مرتبطا بالعدل والمساواة بين الزوجات، ولا يباح التعدد إلا عند الثقة بإقامة العدل والأمن من الجور، فإذا انتفى الوثوق وخيف توقع الظلم فالتعدد حرام لقوله تعالى:" **فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم...**"

وهناك قيد آخر وهو القدرة على الإنفاق على أكثر من زوجة، لأن القدرة شرط في إباحة أصل الزواج لقوله تعالى:"وليستعفف الذين لايجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله".

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 273544. قرار بتاريخ 2002/07/03. نشرة القضاة.2006. العدد58. ص198./جمال سايس. ج3. المرجع السابق. ص1318.

[2] Salah bey mohammed chérif .le statut juridique de la femme algérienne. Isbn. edition.2014.p25 -26.

فإباحة التعدد ليست إباحة مطلقة بل مقيدة، وتلك القيود تكاد تحصره في دائرة ضيقة فبمجرد الجور والظلم مانع منه، ومن يقرأ الآية التي أباحت التعدد نجدها أنها جاءت لتقييد تعدد الزوجات الذي كان موجودا بصورة تصل إلى حد الفوضى.[1]

وبهذا جاء قانون الأسرة الجزائري الذي وضع عدة قيود التي يمكن أن تزيل ما يمكن إزالته من فوضى التعدد ومساوئ إطلاقه، لهذا جاء التعديل الأخير لهذا القانون بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 في مادته الثامنة لتحديد إباحة تعدد الزوجات في إطار خاص، مما سمحت هذه المادة للقاضي بإعمال سلطته التقديرية في منح الترخيص بالزواج في حالة التعدد المذكور سابقا.

حيث اعتبر المشرع الجزائري أن مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من ق أ والمتعلقة بتعدد الزوجات سببا من الأسباب التي تسمح للزوجة بطلب التطليق، وذلك في الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة، وقد بينت الشروط المتعلقة بتعدد الزوجات عندما تطرقت لمسألة الترخيص بالتعدد.

فعدم وجود المبرر الشرعي أوعدم العدل بين الزوجات أو عدم إخبار إحدى الزوجات بالزواج مرة أخرى أو عدم الحصول على رخصة من رئيس المحكمة كلها تعتبر أسبابا تبيح للزوجة المتضررة الحق في طلب التطليق.

وهذا ما أقرته المادة 08 مكرر التي جاء فيها:"في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق."

والتدليس في المفهوم القانوني يقصد به استعمال حيلة توقع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، فهو يثير الغلط في ذهن المتعاقد، فيعيب الإرادة، ومؤدى ذلك أن التدليس يسبب عيبا يشوب الإرادة، هذا العيب هو الغلط الذي يولده التدليس[2] والمقصود به هو الغش والكذب، بأن لا يعلم الزوج الزوجتين معا أو إحداهما بأنه متزوج أو بأنه أعاد الزواج من

---

[1] عبد القادر حرز الله. المرجع السابق. ص184.185.

[2] أحمد نصر الجندي. المرجع السابق. ص41.

أخرى، ويعد خطأ منه، لأنه أخل بالتزام فرضه القانون في المادة 08 أعلاه،[1] وكان من المفروض أن ينص أيضا على حق الزوجة في المطالبة بالتعويض في حالة حصول ضرر، لأن التدليس فعل عمدي وبالتالي أمكن التعويض.[2]

فقد يلحق بالزوجة ضرر مادي أو معنوي بسبب التعدد ومن أمثلة الضرر المادي أن يكون دخله محددا بما يترتب على زواجه من أخرى انخفاض مستوى المعيشة للزوجة المتضررة.

أما الضرر المعنوي فهو إيثار الرجل زوجته الأخرى، وما يلحقها من أضرار نفسية نتيجة لذلك.[3]

فبالنسبة لمسألة العدل بين الزوجات فعبئ الإثبات يقع على الزوجة، فهي التي تثبت أن زوجها تقاعس في العدل بينها وبين ضرتها وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مدى مساواة الزوج بين زوجاته من عدمه.

أما بالنسبة لمسألة عدم وجود المبرر الشرعي فالسؤال الذي يبقى مطروحا هو هل زوال المبرر الشرعي بعد إبرام عقد الزواج الثاني يعتبر من بين الحالات التي تجيز للزوجة طلب التطليق؟ ومثال ذلك أن الرجل تزوج بزوجة أخرى بسبب عقم الزوجة السابقة وبعد الزواج بمدة حملت هذه الأخيرة، فهل يحق لها المطالبة بالتفريق؟

وفيما يتعلق بمخالفة شرط إخبار الزوجة السابقة واللاحقة فغالبا ما يكون ذلك نتيجة الزواج العرفي.

وأخيرا بالنسبة لشرط الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة، فإن كل زوج تزوج على زوجته دون ترخيص يجوز لها رفع دعوى قضائية ضده للمطالبة بالتطليق.

---

[1] لحسين بن شيخ آث ملويا. قانون الأسرة نصا وشرحا. المرجع السابق. ص25.

[2] رشيد بن الشويخ. المرجع السابق. ص113.

[3] عمرو عيسى الفقى.المرجع السابق. ص97.

لكن يبقى السؤال مطروحا: إذا كان الزواج عرفيا كيف تثبت الزوجة زواج زوجها عليها إذا كان لم يثبت بحكم قضائي مع العلم أن المادة 22 من ق أ نصت على أن الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

وفي هذا الصدد صدرت عدة اجتهادات قضائية تتعلق بالتطليق للتعدد منها:

*القرار الصادر في 1971/02/03، حيث جاء فيه:

"إن بقاء الزوج مع زوجته الثانية بعيدا عن الزوجة الأولى فيه ضرر(سلطة القاضي التقديرية). [1]

هذا القرار جاء موضحا ومبرزا لفكرة السلطة التقديرية التي يتمتع بها قضاة الأساس(الموضوع).

حيث تبين- في قضية الحال- أن الزوجة الأولى متضررة من بقائها في منزل لوحدها في الواحات بينما يسكن الزوج مع زوجته في العاصمة(الجزائر) ويقيم عندها، فقضاة الأساس استخلصوا من وقائع الدعوى بما لهم من سلطة تقديرية أن ذلك مخالف لقواعد العدل المأمور به شرعا وليس في ذلك رقابة للمجلس الأعلى عليهم.

ومن ثمة يعتبر هذا القرار موفقا فيما اتجه إليه.

وجاء في اجتهاد آخر:

"إن المادة 08 من قانون الأسرة تعطي الحق للزوجة السابقة في طلب التطليق عندما يتزوج بثانية دون علمها لأن يعتبر هذا ضررا أصابها."[2]

يستشف من خلال هذا القرار أنه جاء مؤكدا لما ورد في نص المادة الثامنة والمادة 53 في فقرتها السادسة، حيث جاء في نص المادة 08 ق أ 11/84 مايلي:"يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية

---

[1] م.أ. قرار بتاريخ1971/02/03. نشرة القضاة. العدد2. 1972.ص41./جمال سايس.ج1. ص92 وما بعدها.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم122443. قرار بتاريخ1995/02/26/ نبيل صقر. قمراوي عز الدين. قانون الأسرة نصا وتطبيقا. المرجع السابق. ص87.

العدل ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا."

أما المادة 53 في فقرتها السادسة نصت على أنه:"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ولاسيما إذا نجم عنه مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8و37 أعلاه..."

والعبرة من منح الزوجة حق طلب التطليق في حالة عدم علمها بالزواج الثاني هو تضررها من حالة الغش والتدليس من جانب زوجها.

والمقصود بالتدليس والغش في هذه الحالة هو إخفاء الزوج على زوجته السابقة بأنه سيتزوج من غيرها، وإخفائه على زوجته الجديدة بأنه متزوج من غيرها سابقا.

*كما صدر قرار آخر جاء فيه:

"لا يكفي، لرفض دعوى التطليق من أجل الضرر، علم الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى، ويجب إثبات رضاها بهذا الزواج."[1]

ما يلاحظ على هذا القرار أنه جاء شارحا ومفسرا لما تضمنته أحكام المادة الثامنة من قانون الأسرة.

حيث تبين من –قضية الحال– أن الزوجة متضررة من زواج زوجها الثاني الذي تم دون رضاها، فالعلم بالزواج شيء والرضا به شيء آخر، وحيث أن المادة الثامنة من قانون الأسرة منحت للزوجة سواء كانت السابقة أو اللاحقة الحق في رفع دعوى طلب التطليق في حالة عدم الرضا، ومن ثمة يعتبر هذا القرار موفقا وغير مخالف للقانون.

*وذهبت المحكمة العليا في اجتهاد آخر لها:

"عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا، طبقا للفقرة 6 من المادة 53

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 334060. قرار بتاريخ2005/01/19. مجلة المحكمة العليا. العدد01. 2005. ص325./جمال سايس.ج3. المرجع السابق. ص1284.

من ق أ،و يبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق." [1]

صدر هذا القرار في ظل التعديل المدخل على قانون الأسرة بعد مجيء الإصلاح التشريعي بموجب الأمر 02/05، حيث وسع من دائرة الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق وأضاف حالات أخرى للضرر...

حيث جاء تأكيديا بمعنى أنه أكد على القاعدة القانونية التي استقر عليها القضاء والمتمثلة في نص المادة 53 في فقرتها السادسة.

هذا القرار يعتبر من بين القرارات التي أعطت أمثلة عن الضرر اللاحق بالزوجة بسبب مخالفة الزوج أحكام المادة 08 ق أ، فتعتبر مسألة عدم العدل بين الزوجات ضرر يلحق بالزوجة، ومن ثمة يحق لها طلب التطليق تأسيسا على هذه الحالة.

الفرع الخامس: سلطة القاضي في التطليق بسبب ارتكاب فاحشة.

قد يحدث وأن تتضرر الزوجة معنويا من جراء ارتكاب زوجها فاحشة معينة ذلك مايؤدي إلى تدهور العلاقة الزوجية وصعوبة مواصلة العشرة والحياة الزوجية، فتمحى سمات المودة التي كانت تجمعهما، مما يجعلها تطلب التطليق للضرر من القاضي الذي يتمتع في هذا الصدد بسلطة تقديرية في هذه الحالة.

وقبل الحديث عن سلطة القاضي في تقدير هذه الحالة من الحالات المجيزة للزوجة طلب التطليق يجدر أن أتطرق أولا إلى تعريف الفاحشة وتحديد المقصود منها.

1-تعريف الفاحشة في اللغة.

الفاحشة: القبيح من القول والفعل، وكل شيء تجاوز قدره وحدّه فهو فاحش.[2]

الفاحشة هي مؤنث الفاحش- ما يشتد قبحه من الذنوب.[3]

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 356997. قرار بتاريخ2006/07/12. مجلة المحكمة العليا. العدد02. 2006. ص441./جمال سايس. ج3. المرجع السابق. ص1357.

[2] ابن منظور. لسان العرب المحيط. ط6. المجلد2.(ز-ف). دار لسان العرب. بيروت. لبنان.(د.ت). ص1056.

[3] علي بن هادية وآخرون. القاموس الجديد للطلاب. ط1.المؤسسة الوطنية للكتاب.الجزائر.1991. ص749.

والفاحشة كذلك جمع فواحش، والفحشاء الزنى والفاحشة: القبيح، السيء الخلق، يقال "غبن فاحش" إذا جاوزت الزيادة ما يعتاد مثله، ويقال رجل فاحش أي معتد في القول والجواب.[1]

لذلك فمن الصعب تعريف الفاحشة بدقة ولكن يمكن حصر مفهومها من خلال مدلولها اللغوي، كما هو شائع الاستعمال، وكما استعمله القرآن الكريم.

والواضح أنه ليس هناك خلاف كبير في القول أن الفاحشة هي الجريمة الأخلاقية التي تسيء لسمعة الإنسان.[2]

2-مفهوم الفاحشة في الشريعة الإسلامية.

وفي القرآن الكريم وردت عدة آيات كريمة تصور الفاحشة في الأمور التي تخل بالأنظمة العامة والسلوكات الاجتماعية إخلالا كبيرا منها **قوله تعالى:" ولا تقربوا الزنى إنه كان فاحشة وساء سبيلا"**[3]**، وقوله سبحانه:"...لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه..."**[4]**، وقوله عز وجل:" ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا"،**[5] **وقال في آية أخرى:"قل إنما ربي حرم الفواحش ما ظهر منها وما بطن...،"**[6]

وهناك العديد من الآيات التي ذكرت الفاحشة منها الآيات:14، 15، 18 ،21 ، 24 من سورة النساء.

و ذكر القرطبي في بيان معنى"فاحشة مبينة" الواردة في هذه الآية لقوله تعالى:" **يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما أتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة و عاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا**

---

[1] نخبة من الأساتذة. المنجد في اللغة والإعلام. ط31.دار المشرق. بيروت. لبنان.1991. ص570.

[2] باديس ذبابي.المرجع السابق. ص47.

[3] سورة الإسراء: الآية 32.

[4] سورة الطلاق: الآية01.

[5] سورة النساء: الآية 22.

[6] سورة الأعراف: الآية 33.

ويجعل الله فيه خيرا كثيرا."،[1] اختلاف الآراء، حيث ذهب الحسن البصري وأبو قلابة إلى أن المعنى هو الزنا، وذهب رأي آخر إلى أن المعنى هو البغض والنشوز.[2]

إن الفاحشة شرعا لاتنحصر في الزنى فقط، بل يمتد معناها ليشمل كبائر المعاصي والذنوب الشديدة.[3]

ونستنتج مما سبق أن كلمة الفاحشة عموما تدل على ارتكاب المعاصي واقتراف الآثام ومخالفة الأخلاق وكل ما نهت عنه الشريعة، ويندرج ضمن كلمة "فاحشة"، والكل ينطبق على جميع ما يرتكبه الإنسان من فعل قبيح وشنيع وعلى جميع المعاصي والجرائم الأخلاقية كالزنا والقتل والسرقة...إلخ[4]

3- مفهوم الفاحشة في الفقه القانوني.

اختلفت وتباينت تعريفات أهل القانون للفاحشة أذكر منها:

عرفها العربي بلحاج على أنها كل خطأ مخل بالآداب، بصفة خطيرة وجسيمة، في ضوء أحكام الفقه الإسلامي والعرف والضمير الاجتماعي.[5]

وذهب الرشيد بن شويخ إلى أنها تنصرف إلى الخيانة الزوجية أو الجرائم الأخلاقية.[6]

أما باديس ذبابي فعرفها بأنها الجريمة الاخلاقية التي تسيء إلى سمعة الإنسان.[7]

والمقصود بالفاحشة عند عبد العزيز سعد هو فعل الزنا مما يمس بالأمانة الزوجية

---

[1] سورة النساء: الآية 19.

[2] محمد بن أحمد بن بكر بن فرج الأنصاري القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. دار إحياء التراث العربي. بيروت. لبنان.1957. ص47.

[3] عبد القادر بن داود. المرجع السابق. ص81.

[4] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص144.

[5] العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري.المرجع السابق. ص305.

[6] الرشيد بن شويخ.المرجع السابق. ص205.

[7] باديس ذبابي.المرجع السابق. ص47.

وكرامة الزوجة.[1]

ويراد بها عند عبد القادر بن داود زنا الأقارب تبعا للمفهوم الجنائي للمصطلح وفقا لقانون العقوبات.[2]

***مناقشة التعاريف.**

مايؤخذ على التعريف الثاني أنه جاء بصيغة التمثيل أكثر من العمومية والشمولية.

ما يلاحظ على التعريف الرابع أنه جاء ضيقا ومحصورا في جريمة الزنا.

ونفس الملاحظة بالنسبة للتعريف الخامس حيث ورد محصورا في جريمة زنا الأقارب بالرغم من أن الفاحشة في نظري لا تقتصر فقط على هذه الجريمة بل تمتد إلى جرائم وسلوكات قبيحة وخطيرة أخرى.

*الترجيح.

في الأخير أرتضي التعريف الأول والثالث باعتبارهما يدلان على المعنى المقصود بالفاحشة، حيث عرفا الفاحشة بصفة عامة ولم يتم قصرها في صورة معينة فقط، فكان تعريف كل منهما شاملا وعاما ولم يكن ضيقا ومحصورا.

وبالتالي وفقا فيما ذهبا إليه.

4- بعض الصور التي تلحق بالفاحشة.

من باب إعطاء بعض الصور التي تلحق الفاحشة أتطرق إلى الزنا وهتك العرض(الاغتصاب) أو شرب الخمر باعتبارهم من بين الكبائر والفواحش.

---

[1] عبد العزيز سعد. الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق. ص275.

[2] عبد القادر بن داود. المرجع السابق. ص81.

أ-الزنا.

جريمة الزنا هي من أخطر الجرائم وأبشعها التي ترتكب ضد الأخلاق والفضيلة بل ضد الأسرة والمجتمع لأنها تتسبب في ضياع الأسرة وتفتتها وخلط الأنساب وتضييع الأولاد.[1]

وعرف بأنه:"وطء رجل من أهل الإسلام امرأة محرمة عليه، من غير عقد وغير ملك، ولا بشبهة ملك، وهو عاقل، بالغ مختار عالم بالتحريم"[2]

فالشريعة الإسلامية تعاقب على جريمة الزنا باعتبارها ماسة بكيان الأمة وسلامتها، ولأن في إباحة الزنا إشاعة الفاحشة، وهذا يؤدي إلى هدم الأسرة ثم إلى فساد المجتمع وانحلاله والشريعة الإسلامية حريصة أشد الحرص على بقاء الجماعة متماسكة قوية البنيان تربط أفرادها روابط متينة من الأخلاق السامية والخصال الحميدة.[3]

ب-جريمة هتك العرض(الإغتصاب).

تعد جريمة هتك العرض والتي تسمى بجريمة الإعتصاب اعتداء صارخا على الأخلاق العامة والفضيلة وذلك لمساسها بالعرض والشرف، فالغريزة الجنسية لم تخلق لتكون متعة في حد ذاتها بل لأنها تعتبر وسيلة لحفظ النوع ولبقاء الجنس البشري، فإذا انحرفت عن غايتها كانت خطرا يتعين درؤه، ذلك أن الجاني في هذه الجريمة يأتي فعله قسرا لإرادة المجني عليها حيث أنه يكرهها على إتيان سلوك جنسي لم تتجه إليه إرادتها، بالإضافة إلى كون فعله ينطوي على إخلال بالحرية الجنسية للمجني عليها لاعتدائه على حصانة جسمها، ولما يترتب على وقوعها من أضرار صحية ونفسية للمجني عليها لما أصاب شرفها ومستقبلها.[4]

---

[1] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص150.

[2] أمين حسين يوسف. أثر الزنا في مسائل الأحوال الشخصية. ط1. دار الثقافة. عمان.الأردن.2010. ص26.

[3] دندل جبر .الزنا تحريمه. أسبابه ودوافعه. نتائجه وآثاره. دار الشهاب. باتنة. الجزائر .1988. ص13.

[4] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص148.

ج- شرب الخمر.

إن شرب الزوج للخمر يعتبر من أكبر الفواحش وأخطرها، وذلك ما ينجم عنه من آثار سلبية خطيرة على الأسرة، فلا تقتصر فقط على إهمال الزوج لزوجته وأولاده وتخليه عن التزاماته العائلية فحسب، بل قد يرتكب سلوكات تسيء إلى سمعة الزوجة والأبناء، بالإضافة إلى ذلك فإن إدمانه على تناول الخمر يلحق أضرارا مادية جسيمة تخل باقتصاد الأسرة إخلالا كبيرا.

لذلك نجد أن القرآن الكريم قد حرم الخمر مصداقا لقوله تعالى في كتابه العزيز:"**يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون**"[1]

كما نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن شرب الخمر حيث جاء في الحديث:

"عن مالك، عن ابن شهاب، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت: سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع؟ فقال:" كل شراب أسكر فهو حرام".[2]

هذه تعتبر بعض الصور التي تعتبر من الفواحش وهي على سبيل المثال فقط لا الحصر، ذلك أن المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بها في نص المادة الثالثة والخمسون في فقرتها السابعة من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء في فحواها:"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق....لارتكاب فاحشة مبينة"

وارتكاب الزوج لفاحشة مبينة يكاد ينفرد بالنص عليه قانون الأسرة الجزائري دون غيره من التشريعات العربية والإسلامية.

---

[1] سورة المائدة: الآية90.

[2] أخرجه البخاري. صحيح البخاري وهو الجامع المسند الصحيح المختصر من أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه. كتاب الأشربة. باب الخمر من العسل وهو البتع. حديث رقم 5585. (د.ط). دار الفكر. بيروت. لبنان. (د.ت).ص1431./ مالك بن أنس. الموطأ. ط1. المكتبة العصرية. بيروت. لبنان.2000 . ص472-473.

وعليه فإذا تبين للزوجة أن زوجها قد ارتكب فاحشة معينة، وأصبحت الحياة الزوجية لا تطاق، فإنه يجوز لها أن ترفع دعوى قضائية لتطلب الحكم بتطليقها من زوجها، وعليها أن تقدم الأدلة والحجج لإثبات فعل الفاحشة، وتقنع القاضي بذلك، حتى يحكم لها بما تريد طبقا لأحكام هذه الفقرة(م53 ف7).[1]

وعلى ذلك فإن القاضي التي ترفع إليه الزوجة طلب التطليق بناء على ارتكاب زوجها لفاحشة، فإنه لايجيبها إلى طلبها إلا بعد أن يتأكد من أن الفعل المرتكب فاحش إنطلاقا من سلطته التقديرية.

وبالتالي يطرح التساؤل التالي: ماهو المعيار الذي يعتمد عليه القاضي ليقرر قياسا عليه وعلى ضوئه، ما إذا كان الفعل الذي ارتكبه فاحش أم غير فاحش؟[2]

للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول بأن القاضي لايحكم بالتطليق إلا بعد أن يتأكد من أن الفعل الذي ارتكبه الزوج يدخل في دائرة الأفعال الفاحشة، وللقاضي مطلق السلطة في هذا المجال ليقرر إذا كان الفعل الذي ارتكبه الزوج فاحشا أم غير فاحش استنادا إلى معيار يتمثل في عناصر ثلاثة هي مقتضيات العقل السليم، نظرة الدين إلى الفعل، الإرادة الإجتماعية.[3]

1- نظرة الدين إلى الفعل: يعتبر في نظر الدين فاحشة كل فعل كان من الكبائر كالشرك بالله وعصيان الوالدين بطردهم من المسكن والاعتداء عليهما بالضرب والزنا...الخ.

2-مقتضى العقل السليم: أن لايتحمله العقل السليم الذي يرفض الانحراف ويفر من الخطأ مهتديا في أحكامه هذه على القواعد الإسلامية والعرف.

---

[1] اليزيد عيسات بلمامي.المرجع السابق. ص177.

[2] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[3] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص145.

3-الإرادة الإجتماعية: وهي القيم والأصالة على نحو يطابق كتاب الله وسنة رسوله وما يجب أن يكون عليه المجتمع المثالي الصالح الذي يكيف تصرفاته وفقا للأحكام الصحيحة.[1]

وعليه ففي حالة ارتكاب الزوج فاحشة مبينة، كالزنا أو الشرك بالله، أو الردة، أو الاعتداء على قاصرة أو انحرافه عن الطريق المستقيم وقيامه بالسلوك الإجرامي الذي يتنافى مع مقتضيات العقل السليم وإرادة المجتمع، فإنه في كل هذه الفرضيات يجوز للزوجة أن ترفع الأمر للقضاء وتطلب التطليق، وحينئذ يطلقها القاضي إذا ثبت إرتكاب الفاحشة وكان الفعل إخلالا جسيما وخطيرا يؤدي إلى استحالة استمرار المعيشة بين الزوجين، وللقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة في هذا الشأن.[2]

كما يمكن للقاضي أن يحكم بتطليق الزوجة عن شارب الخمر إذا طلبت ذلك، تأسيسا على أحكام الفقرة السابعة من المادة 53 من قانون الأسرة، وذلك بتفسير مضمون الفاحشة ومده إلى الخمر لأن نص قانون الأسرة نص خاص ومصدره الشرع، ومن ثم يمكن الاستناد في تسبيب الحكم على أحكام الشرع بناء على الإحالة الواردة في نص المادة 222 من ق أ ج، وقاضي الموضوع لايخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا لأنه بصدد استعمال سلطته التقديرية.[3]

كما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه في نص المادة 53 في فقرتها السابعة لم يعط تعريفا دقيقا للفاحشة، ولم يذكر أمثلة عنها، وترك الباب مفتوح للقاضي على مصرعيه وفقا لما يتمتع به من سلطة تقديرية في هذا المجال، مما يؤدي ذلك إلى عدم استقرار الأحكام القضائية وتذبذبها، نظرا لعدم دقة مصطلح الفاحشة، فقد يعتبر قاضي معين أن الحالة المعروضة عليه فاحشة، في حين لايعتبرها آخر كذلك.

---

[1] موقع الكتروني.http//rachidia25.com

[2] العربي يلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق. ص305-306.

[3] عبد القادر بن داود.المرجع السابق. ص82.

الفرع السادس: سلطة القاضي في التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين.

المعاشرة بالمعروف من قواعد الزواج التي وضعها الله عز وجل، فبزوال أثر هذه القواعد يحدث الشقاق بين الزوجين الذي يكدر عليهما الحياة الزوجية التي تكاد أن تصبح سببا للتفريق بينهما،[1] والشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كبيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعداها على ما خلق الله بينهما من ذرية و إلى كل من له بهما علاقة قرابة أو مصاهرة.[2]

وقبل الحديث عن سلطة القاضي في التطليق للشقاق يجب التطرق أولا إلى تعريفه قبل ذلك.

أ-تعريف الشقاق في اللغة.

الشقاق: غلبة العداوة والخلاف، شاقه مشاقة وشقاقا: خالفه.

الشقاق: العداوة بين فريقين والخلاف بين اثنين، سمي ذلك شقاقا لأن كل فريق من فرقتي العداوة قصد شقا أي ناحية غير شق صاحبه.[3]

ب-تعريف الشقاق في الإصطلاح الشرعي.

اختلفت التعريفات الفقهية للشقاق إلى عدة معاني أذكر منها:

الشقاق هو ذلك النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة.[4]

كما للشقاق معان مختلفة:

أولا: أن كل واحد منهما يفعل ما يشق على صاحبه.

ثانيا:أن كل واحد منهما صار في شق بالعداوة والمباينة.

---

[1] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص159.

2 محمد حامد قمحاوي. عمر عبد الله. أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين. (د.ط). دار المطبوعات الجامعية. الاسكندرية. مصر.1986. ص670.

[3] ابن منظور. لسان العرب المحيط. ط6. المجلد2. (ز-ف). دار لسان العرب. بيروت. لبنان.(د.ت). ص341-342.

[4] وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق. ص527.

والشقاق كذلك هو الخلاف الذي يكون به كل من المختلفين في شق أي جانب.[1]

***مناقشة التعاريف.**

ما يؤخذ على التعريف الأول أنه جاء مقتضبا و محدودا، حيث أنه قصر الشقاق على سبب واحد وهو الطعن في الكرامة، في حين أن الشقاق لا يقتصر فقط على هذه الحالة.

ما يلاحظ على التعريف الثاني والثالث الإيجاز والعمومية.

بالنسبة للتعريف الرابع عرف الشقاق على أنه ذلك "الخلاف" و يبدو لي أنه وفق في ذلك، لكن ما يؤخذ عليه أنه ذكر مصطلح "المختلفين"، فكان من الأحسن استعمال مصطلح "الزوجين" لكي يكون دالا على معنى الشقاق بين الزوجين.

ج-تعريف الشقاق في الإصطلاح القانوني.

الشقاق المعتبر كأساس للمطالبة بالتطليق هو الناتج عن الخلاف الدائم ويستحيل معه التوفيق بين الزوجين.[2]

ويقصد به أيضا ذلك الشقاق الذي لم تغد الحياة الزوجية معه تستحق أن تحرص الزوجة عليها، لما ينشأ عن ذلك من مفاسد شتى.[3]

وعرف كذلك بأنه ذلك الخصام الذي طال لمدة مما يؤثر سلبا على الحياة الزوجية ويحول دون استمرارها.[4]

ويراد بالشقاق أيضا تلك الخلافات بين الزوجين التي تجاوزت مرحلة الخلافات البسيطة، وصارت خلافات هدامة، وأهم أماراتها ظهور العداوة الصريحة وغير الصريحة في مواقف

---

[1] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص160.

[2] يوسف دلاندة. دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة. ط2. دارهومة. الجزائر .2008. ص60.

[3] الغوثي بن ملحة. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. المرجع السابق. ص120.

[4] يوسف دلاندة. المرجع السابق. ص60.

الخلافات، حيث يهاجم كل من الزوجين الآخر، ويحقر آراؤه وأفكاره، ويحط من شأنه، ويبرز عيوبه عند كل مشكلة تحدث بينهما.[1]

مناقشة التعاريف.

ما يلاحظ على التعريف الأول أنه أخفق في استعمال مصطلح "يستحيل"، فلو كان الشقاق دائما يؤدي إلى استحالة التوفيق بين الزوجين، فما الفائدة إذن من بعث الحكمين للإصلاح بين الزوجين في حالة الشقاق لقوله تعالى:"**وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها...**"

ما يؤخذ على التعريف الثاني أنه استعمل عبارة "تستحق أن تحرص الزوجة عليها" وهذه الأخيرة قد تكون صالحة تارة، وغير صالحة تارة أخرى، ذلك أن الزوجة لا تطلب في جميع الحالات التطليق، بل تطلب من القاضي أحيانا تأديب الزوج وإصلاحه، وعدم العودة إلى الإضرار بها.

ما يلاحظ على التعريف الثالث أنه لم يوفق في استعمال مصطلح "يحول"، فالإحالة بمعنى منع استمرار الحياة الزوجية، في حين أن الشقاق لا يؤدي دائما إلى المنع، فربما في بعض الحالات يتم الإصلاح بين الزوجين والتوفيق دون التفريق بينهما.

بالنسبة للتعريف الرابع ما يؤخذ عليه أنه جاء مطولا، وبصيغة التمثيل.

*الترجيح.

من خلال مختلف هاته التعريفات أرجح التعريف الرابع والأخير رغم ما فيه من طول، إلا أنه حسب نظري يبدولي أنه الدّال على المعنى المقصود من الشّقاق بين الزوجين.

[1] لحسين بن شيخ آث ملويا. المرجع السابق. ص63.

والأصل في الشقاق بين الزوجين قوله تعالى:"**وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما...**".[1]

وفي هذا الصدد اختلف الفقهاء في مسألة جواز التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق.

حيث لم يجز الحنفية والشافعية و الحنابلة التفريق للشقاق مهما كان شديدا، لأن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير طلاق، عن طريق رفع الأمر إلى القاضي، والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها.

وأجاز المالكية التفريق للشقاق منعا للنزاع، وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما وبلاء، فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام، وبناء عليه ترفع المرأة أمرها إلى القاضي، فإن أثبت الضرر أو صحة دعواها طلقها منه، وإن عجزت عن إثبات الضرر رفضت دعواها، فإن كررت الادعاء بعث القاضي حكمين حكما من أهلها وحكما من أهل الزوج.[2]

***مناقشة الآراء الفقهية.**

ما يؤخذ على مذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة أنه لايصلح في جميع الأحوال، فعملية التأديب لا تكون مجدية دائما، فقد يحدث وأن من الأزواج من يعود للإضرار بزوجته ولا ينفع معه التأديب.

ما يلاحظ على مذهب المالكية أنه وفق أحيانا، وأخفق أحيانا أخرى.

حيث أنه أخفق في الحالة الأولى: المتمثلة في حالة إثبات الضرر من طرف الزوجة يطلقها القاضي من زوجها، فكان من الأفضل تأديب الزوج أولا، فإن استمر في الإضرار ولم يجد التأديب نفعا حكم القاضي بالتطليق.

---

[1] سورة النساء: الآية35.

[2] وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق. ص527.528.

كما وفق المالكية في الحالتين الثانية والثالثة: أي عند عجز الزوجة عن إثبات الضرر اللاحق بها فترفض دعواها، وفي حالة تكرار الإدعاء والشكوى يبعث القاضي حكمين حكما من أهلها وحكما من أهل الزوج.

***الترجيح.**

من خلال عرض الآراء الفقهية في مسألة التطليق للشقاق بين الزوجين أرتضي مذهب الجمهور في بعض الحالات، ورأي المالكية في حالات أخرى.

أما المشرع الجزائري فقد تبنى مذهب المالكية، وهذا ما يتضح جليا في فحوى المادة 53 في فقرتها الثامنة التي جاء فيها:"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق...الشقاق المستمر بين الزوجين."

يتضح من خلال هذه الفقرة أنها استحدثت بموجب التعديل الأخير واعتبر المشرع الجزائري أن الخصام والشقاق المستمر بين الزوجين يعد سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق من القاضي، و مصدر مصطلح الشقاق قوله تعالى:" وإن خفتم شقاق..."، والشقاق هو استحكام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للإنهيار والضياع.[1]

كما إذا تبين للقاضي وجود شقاق مستمر بين الزوجين، وأن الحياة الزوجية أصبحت جحيما لا يطاق، وأنه لا أمل في صلاح حالهما، فإن الفقرة الثامنة من النص أعلاه تسمح له بالنطق بالتطليق، وهذا بعد أن تفشل مساعي الصلح، ويتبين للقاضي أن الخلافات بين الزوجين تجاوزت مرحلة الخلافات البسيطة، وصارت خلافات هدامة، وأهم أماراتها هي:[2]

---

[1] باديس ذبابي. المرجع السابق. ص50.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا. قانون الأسرة دراسة تفسيرية. المرجع السابق. ص63.

1- ظهور العداوة الصريحة وغير الصريحة في مواقف الخلافات، حيث يهاجم كل من الزوجين الآخر، ويحقر آراؤه وأفكاره، ويحط من شأنه، ويبرز عيوبه عند كل مشكلة تحدث بينهما.

2- عدم نسيان كل منهما لأخطاء الآخر السابقة وإثارتها عند كل خلاف يحدث بينهما.

3- استخدام كل منهما لما لديه من معلومات عن الآخر في الإساءة إلى سمعته أو إيذائه نفسيا أو بدنيا واجتماعيا.

4- تكبير كل منهما المشكلة الصغيرة بطرح مشكلات سابقة ليس لها علاقة بالخلافات الراهنة، لتفجير الموقف، وتغذية الخلافات حتى تستمر أطول فترة ممكنة.

5- الاستهانة بالمشكلة، والسلبية في مواجهتها، وتسفيه كل حل لها، وتزكية الخلافات مع الزوج الآخر، ورفض الصلح والتفاوض حولها، وطلب المزيد من الشجار.

6- العناد والخصام والهجر والتهديد بالطلاق والانفصال أو الزواج من أخرى، والتوقف عن القيام بالواجبات الزوجية نكاية بالزوج الآخر.

7- المواجهة العدائية السافرة عند حدوث أية مشكلة، حيث يعمد كل منهما أو أحدهما إلى ضرب الآخر أو سبه، أو تخريب ممتلكاته وأدواته وأعماله، أو تشويه سمعته وتكديره وتخويفه، والإصرار على عمل ما يثير غيظه وتشجيع الناس على الإساء إليه.[1]

كما تجدر الإشارة إلى أنه يرجع مصدر الفقرة الثامنة من المادة 53 المستحدثة في تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 إلى الإجتهاد القضائي لاسيما المحكمة العليا، وتجسيد ذلك فعليا في بعض القرارات منها: القرار المؤرخ في 1999/06/15، والذي جاء فيه ما يلي:

"من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا.

---

[1] لحسين بن شيخ آث ملويا. قانون الأسرة دراسة تفسيرية. المرجع السابق. ص63-64.

ومتى تبين- في قضية الحال- أن الزوجة تضررت لطول مدة الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون."

هذا الاجتهاد حظي بعناية المشرع وارتقى لمرتبة القاعدة القانونية، إذ خصصت له المادة 53 المعدلة في الفقرة الثامنة، وأضحت مستقلة عن فقرة الضرر المعتبر شرعا.[1]

لهذا إذا ما حصل خصام وشقاق بين الزوجين وساءت العشرة بينهما أمكن للزوجة المتضررة اللجوء إلى التطليق.[2]

وعند تكرر رفع دعوى التطليق وعدم ثبوت الضرر يتعين على القاضي وجوبا تعيين حكمين من أهل الزوجين بغية الإصلاح بينهما، وهذا ما نصت عليه المادة56 من ق أ ج، والتي جاء فيها:" إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

يتضح من خلال هذا النص أن اشتداد الخصام هو نفسه الشقاق المستمر بين الزوجين المنصوص عليه في الفقرة الثامنة من المادة 53 من ق أ ج، كما يتبين أن التحكيم إجباري في الأحوال الشخصية في حالة عدم معرفة الضرر من القاضي، فإنه يجب على هذا الأخير قبل الشروع في دراسة موضوع النزاع ومباشرة الفصل أن يعمل على الإصلاح بين الزوجين عن طريق التحكيم، إلا أن القانون لم يوضح لنا التحكيم أيكون بعد جلسة الصلح المشار إليها في المادة 49 من القانون وإما قبل الجلسة.

---

[1] باديس ذبابي. صور فك الرابطة الزوجية. المرجع السابق. ص50-51.

[2] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص205.

غير أنه يمكن القول أنه يجب أن يكون التحكيم بعد إجراء جلسة الصلح، حيث قد يفلح القاضي فيها بالتوفيق بينهما دون حاجة إلى التحكيم.[1]

لذا فعند التمعن في نص المادة 56 من ق أ ج نستخلص حالتين:

الحالة الأولى: إذا أثبتت الزوجة ما تدعيه من إضرار الزوج بها وعجز القاضي عن الصلح يحكم بتطليقها منه، وإذا ادعت الزوجة الضرر ولم تثبته يرفض القاضي دعواها.

الحالة الثانية: إذا تكررت الشكوى من الزوجة واستحكم الشقاق، وتكرر عجزها عن إثبات الضرر يتعين على القاضي أن يبعث الحكمين.

والمراد من تكرار الشكوى هو أن يستمر الخلاف بين الزوجين وتدعي الزوجة أن الزوج يصر على مواصلة الإضرار إليها من جديد بعد رفض دعوى التطليق، وهذا مصدره مذهب مالك.[2]

ولكي يعين القاضي الحكمين يجب توافر الشروط التالية:

أ- يجب أن يشتد الخصام بين الزوجين طبقا لنص هذه المادة، فإن لم يكن مشتد فلا تحكيم.

ب- أن يعجز القاضي في التوصل إلى إثبات الضرر، فإن استطاع أن يثبته فإنه لا حاجة إلى الحكمين ما دام مهمتهما البحث عن الضرر ورفع تقرير في ذلك إلى القاضي.

ج- يجب أن يكون الحكمين من الأقارب بنص الآية والمادة السابقتي الذكر، فيعين واحد من أهل الزوجة كأن يكون عمها أو خالها أو جدها، ويعين من أهل الزوج كأن يكون أخوه أو عمه أو جده، فلا يجوز تعيين شخص أجنبي إلا إذا كان ليس لأحدهما أو كلاهما أقارب.[3]

وعلى هذين الحكمين أن يقوما بالمهمة التي كلفا بها وتتمثل في:

---

[1] عمرو خليل. انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. دراسة مقارنة.(د.ط). دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية. مصر.2015. ص131.

[2] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص163.

[3] عمرو خليل. المرجع السابق. ص132.

الأمر الأول: المصالحة بين الزوجين، وتلك المهمة الأولى التي يتطلبها تعيينهما من طرف القاضي حفاظا على الأسرة من الإنحلال والتفكك، فالأصل استمرار الحياة الزوجية، وما الطلاق إلا استثناء يتم اللجوء إليه عند الضرورة القصوى إذا تفاقم الشقاق واستحالت الحياة المشتركة.

الأمر الثاني: أنهما ملزمين بتقديم تقرير عن مهمتهما طبقا لما حدده القاضي: حيث يوضحان بالتفصيل مسعاهما في ذلك، وما اقترحوه على الزوجين، وموقف كل منهما في مواجهة الآخر، وشروطه التي يجب تلبيتها حتى يتحقق الصلح، ويقدم الحكمان اقتراحهما لعلاج الموقف.

فإن حدث وأن اقتنع الحكمان بأن الحل الوحيد هو التفريق يذكران في تقريرهما مع التعليل والتسبيب، وللقاضي أن يستدعيهما إلى الجلسة التي يعقدها للفصل في الدعوى ليسمع منهما إضافات شفوية لشرح الوضعية وإصدار الحكم المناسب على ضوء جهد الحكمين.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن الفقرة الثامنة من المادة 53 من ق أ ج جاءت بصيغة عامة، تخول للقاضي سلطة تقديرية واسعة لما يعتبر شقاقا وما لا يعتبر كذلك، ومن هذا المنطلق يعتبر الشقاق خلافا قائما بين الزوجين، ومؤداه جلب الأضرار لا يقتصر أثرها على الزوجين فحسب، بل يتعداها إلى كل من له قرابة بهما.[2]

وتتمثل سلطة القاضي التقديرية هنا في أمرين هما:

1- في بذل القاضي جهده في الإصلاح، وبذل الجهد يكون بعد أن يقف القاضي على أسباب النزاع والشقاق بين الزوجين، بعد ثبوت الدعوى، فيتدخل القاضي بأسلوبه ومعرفته بينهما، واعظا ومرشدا ومرغبا لهما في تجاوز هذه العقبة التي اعترضت طريق حياتهما.

---

[1] اليزيد عيسات بلمامي. المرجع السابق. ص158-159.

[2] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص158.

ولما كان الزوج هو المتسبب في الإضرار في هذه الحالة، يقوم القاضي بتذكيره بما أوجبه الله عز وجل اتجاه زوجته، وذلك بتلاوة الآيات القرآنية التي تحث على عدم التهاون والتفريط في حق الزوجة، وكذا الأحاديث التي تحث على إكرام الزوجة وأن يستوصي بها خيرا.[1]

2- تأجيل الدعوى المدة التي يراها مناسبة، فالمشرع وإن جعل لها حدا أعلى وقدرها بثلاثة أشهر، فترك الأمر للقاضي، يقدر المدة التي يراها كافية ليراجع الزوجان نفسيهما، وذلك من أجل الإصلاح بينهما ويتجاوز تلك العقبة أو المحنة.[2]

وفي هذا الصدد صدرت عدة اجتهادات قضائية تتعلق بالتطليق للشقاق بين الزوجين أذكر منها القرار الصادر بتاريخ 1985/05/20 حيث جاء فيه:

"من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين ولحق بالزوجة من ذلك ضرر بين واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما، فإنه لاسبيل من حال إلا بفك الرابطة الزوجية، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور أو التناقض في الأسباب ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله يستوجب رفضه.

ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أن النزاع بين الطرفين طال أمده وبقي كل منهما مصرا على موقفه، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بالتفريق بين الزوجين كان قرارهم سليما وغير مشوب بالقصور أو التناقض في الأسباب وغير مخالفين لأحكام الشريعة الإسلامية أو لمبدأ حجية الشيء المقضي فيه.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[3]

---

[1] أحمد شامي. المرجع السابق. ص177.

[2] المرجع نفسه.الصفحة نفسها.

[3] م أ.غ.أ.ش. ملف رقم36414. قرار بتاريخ1985/05/20. م.ق. العدد02. 1990. ص58./جمال سايس.ج1.المرجع السابق. ص369.

من خلال هذا القرار نلاحظ أنه أحسن فيما اتجه إليه، حين اعتبر أن طول أمد النزاع بين الزوجين وهو نفسه الشقاق يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي يحق للزوجة طلب التطليق على أساسها طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

حيث تبين من – قضية الحال– أن الخلاف بين الزوجين طالت مدته، فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالتطليق كان قضاؤهم صحيحا وليس فيه مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي يعتبر هذا القرار موفقا.

وجاء في اجتهاد آخر:

"من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا.

ولما كان ثابتا– في قضية الحال– أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنها إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما.

فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.[1]

يستشف من خلال هذا القرار أنه جاء بمسألة اجتهادية جديدة غير منصوص عليها قانونا، والمتمثلة في منح الزوجة الحق في طلب التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين.

حيث تبين من خلال– قضية الحال– أن الزوجة تضررت من جراء استمرار النزاع بينها وبين زوجها، مما نجم عن ذلك إصابتها بأمراض خطيرة، وبالتالي استحالة مواصلة الحياة المشتركة والعشرة الزوجية بينهما.

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم139353. قرار بتاريخ 1996/09/24. المجلة القضائية. العدد2. 1997. ص96./جمال سايس.ج2. المرجع السابق. ص882.

لهذا فإن قضاة الموضوع عندما قضوا بالتطليق فإنهم أحسنوا في ذلك.

وبالتالي وفق هذا الاجتهاد فيما اتجه إليه.

وذهبت المحكمة العليا في اجتهاد آخر لها:

"من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا.

ومتى تبين- في قضية الحال- أن الزوجة تضررت لطول مدة الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر، لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض.

وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[1]

هذا الاجتهاد حظي بعناية من المشرع، وارتقى لمرتبة القاعدة القانونية، إذ خصصت له المادة 53 المعدلة في الفقرة الثامنة، وأضحت مستقلة عن فقرة الضرر المعتبر شرعا.[2]

حيث تبين فعلا من قضية الحال أن الزوجة تضررت حقيقة من الحياة الزوجية بسبب طول مدة الخلاف مع الزوج وعدم امتثاله للقضاء بتوفير مسكن مستقل لها عن عائلته مما يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض من جراء تضررها.

وبالتالي فإن قضاة الأساس لما قضوا بالتطليق والتعويض للزوجة طبقوا صحيح القانون.

ومن ثم يعتبر هذا الاجتهاد موفقا فيما ذهب إليه.

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم224655. قرار بتاريخ1999/06/15. اجتهاد قضائي.عدد خاص. ص129./جمال سايس.ج2. المرجع السابق. ص1051.

[2] باديس ذبابي. صور فك الرابطة الزوجية. المرجع السابق. ص50-51.

كما ورد قرار آخر جاء فيه:

"القاضي غير ملزم بتعيين الحكمين، في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين، وثبوت الضرر"

وجاء في حيثياته:

...لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه بالنقض يتبين وأن قاضي الموضوع قضى بالتطليق اعتمادا على الشقاق المستمر وطول أمد النزاع واستحكام الخلاف تأسيسا على المادة53 ف8 من ق أ مستعملا في ذلك السلطة التقديرية المخولة له قانونا بما له من ولاية في فحص النزاع وتقدير الضرر الذي ينتفي معه تحقق الحكمة والغرض من استمرار العلاقة الزوجية في ظل دوام الألفة بين الزوجين مما يستطاع معه العشرة مستدلا بأسباب كافية وواضحة مما يجعل الطعن غير سديد ويتعين رفضه.

....كما يتبين أن قاضي الدرجة الأولى اعتمد في قضائه بالتطليق على اشتداد الخصام والشقاق المستمر وانتهى إلى أن إضرار الزوج بزوجته ثابت، وبالتالي فإنه غير ملزم في هذه الحالة بإجراء التحكيم المنصوص عليه في المادة 56 ق أ التي تشترط عدم ثبوت الضرر.

حيث يصبح الوجهان غير مؤسسين ويتعين معه رفض الطعن"[1]

ما يلاحظ على هذا القرار أنه جاء بما يتوافق مع نص المادة 56 ق أ، وغير مخالف لها، ذلك أن هذه الأخيرة تلزم القاضي بإجراء عملية التحكيم وفق شروط معينة من بينها اشتداد الخصام بين الزوجين وعدم ثبوت الضرر.

غير أنه يتبين من– قضية الحال–أن الضرر ثابت وأنه يتعين معه دوام العشرة بين الزوجين ومواصلة الحياة الزوجية، لذا فإن قاضي الموضوع عندما قضى بالتطليق اعتمادا على

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم620084. قرار بتاريخ2011/04/14. مجلة المحكمة العليا. العدد01. 2012. ص299. / جمال سايس.ج3. المرجع السابق. ص1600.

الشقاق المستمر تأسيسا على المادة53 من ق أ وفقا لما يتمتع به من سلطة تقديرية المخولة له قانونا، فإنه بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقا سليما.

وبالتالي يعتبر هذا القرار موفقا وغير مخالف لأحكام القانون.

الفرع السابع: سلطة القاضي في التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة من الأمور الجائزة باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين مادام هاته الشروط جائزة شرعا، وعقد الزواج من العقود الرضائية يجوز فيه للزوجين أن يشترطا ما بدى لهما من الشروط الموضوعية وغير المخالفة لمقتضيات الشرع والقانون وأنه يجب الوفاء بها.[1]

لهذا قد يحدث وأن تشترط الزوجة عند العقد شروطا لتحقق لنفسها مصلحة خاصة، خوفا من أن الطرف الثاني(الزوج) قد يحرمها من هذه الميزة، أو المصلحة إن لم تشترطها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق له.

وفي حالة إخلال الزوج بهذه الشروط ومخالفتها أجاز المشرع الجزائري طلب التطليق من القاضي من جراء تضررها بسبب هذا الإخلال، وذلك ما نصت عليه المادة53 في فقرتها التاسعة، والقاضي يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك.

وقبل الحديث عن سلطة القاضي في مسألة التطليق لمخالفة الشروط يجب التطرق أولا إلى تعريف الشرط وأنواعه والاختلافات الفقهية حول ذلك كما يلي:

أولا: تعريف الشرط.

أتناول في هذا الفرع تعريف الشرط لغة واصطلاحا كالتالي:

أ-تعريف الشرط في اللغة.

الشرط: إلزام الشيء والتزامه، والجمع شروط.

---

[1] عمرو خليل. المرجع السابق. ص137.

و الاشتراط: العلامة التي يجعلها الناس بينهم.[1]

الشرط: مايوضع ليلتزم به في بيع ونحوه، وفي الفقه: ما لايتم الشيء إلا به، ولا يكون داخلا في حقيقته.[2]

ب-تعريف الشرط في الاصطلاح.

عرفه الدردير بأنه:"ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم"[3]

وعرف كذلك بأنه ما يتوقف عليه وجود الشيء، بأن يوجد عند وجوده وينعدم بانعدام الشرط.

وقيل أن الشرط: هو ما يتوقف عليه الحكم وليس بعلة الحكم[4]، ومثال ذلك الشروط التي يتطلبها المشرع لإبرام العقود، كشرط الأهلية، فإنها الزامية في كل عقد، حيث أن فاقد الأهلية كالمجنون لا ينعقد عقده.[5]

ويقصد به أيضا:"التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصوصة"، عن طريق اقتران التصرف بالتزام أحد العاقدين بالوفاء بأمر زائد عن أصل العقد وغير موجود وقت التعاقد وباستعمال عبارة بشرط كذا أو على أن يكون كذا.[6]

***مناقشة التعاريف.**

ما يلاحظ على التعريف الأول أنه وفق فيما ذهب إليه، حيث عرّف الشرط بشكل عام، وجاء بصيغة مختصرة ومفيدة ودالة على المعنى المقصود.

---

[1] ابن منظور. لسان العرب المحيط. ط6. المجلد2. المرجع السابق. ص297.

[2] مجمع اللغة العربية. المعجم الوسيط. ط2.ج1. دار المعارف. مصر.1972. ص479.

[3] أحمد الدردير .الشرح الصغير .المرجع السابق. ص91.

[4] نور الدين عباسي.(إتقان الضبط في الفرق بين السبب والشرط). مجلة الموافقات.المعهد الوطني العالي لأصول الدين.الجزائر.1995. العدد04. ص352.

[5] كوثر كامل علي. شروط عقد الزواج في الشريعة الاسلامية.(د.ط). دار بو سلامة. تونس.1983. ص36.

[6] علي محمد قاسم. التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط. (د.ط). دار الجامعة الجديدة. مصر.2005. ص10.

ما يؤخذ على التعريف الثاني أنه استند في تعريفه للشرط عن طريق التفرقة بينه وبين السبب.

بالنسبة للتعريف الثالث يبدولي أنه جاء مطولا غير مختصر، كما اقتصر في تعريفه على الشرط المقترن بالعقد أو ما يسمى بالشرط الجعلي، في حين أهمل بقية الشروط(الشروط بصفة عامة).

***الترجيح.**

من خلال مختلف هاته التعريفات أرجح التعريف الأول "للدردير"، ذلك أنه يبدو لي هو الدال على المعنى المقصود من الشرط.

ثانيا: أنواع الشروط.

ما يعنينا في هذا المجال الشروط المتعلقة بعقد الزواج والتي تنقسم إلى عدة تقسيمات حسب الوصف الشرعي المترتب على هذه الشروط وهي:

أ – الشروط الشرعية: وهي جملة الشروط التي اشترطها الشرع في عقد النكاح وتشمل ما يلي:

1-شروط الإنعقاد: فهي متعلقة بنشأة العقد وتكوينه وهي المكونة لأركان العقد كالزوجين والشهود والأولياء والمهر والصيغة.

2-شروط الصحة: وهي شروط تجعل العقد قائما إلا أنه يصح ولا يوجد إلا بتوافر هذه الشروط كتأبيد الصيغة وحضور الشهود أو الولي أو المهر، فإن بعض الفقهاء يجيز انشاء العقد دون تسمية المهر أو بانعدام الولي أو بفقدان الشهود.[1]

3-شروط اللزوم: هي شروط لابد منها ليكون العقد لازما في ذمة المتعاقدين ودوامه صحيحا وإلا اعترض عليه كالكفاءة في عقد الزواج.

---

[1] محمد باوني. المرجع السابق. ص66.

4-شروط النفاذ: وهي شروط تجعل العقد الصحيح اللازم نافذا إذا توافرت أسبابه وشروطه دون اعتراض من أحد كالأولياء والقيمين أو الغير.

ب- الشروط الجعلية: هي شروط زائدة عن أصل العقد أو عن مقتضاه يلجأ إليها أحد الطرفين لتحقيق مصلحة شرعية لا تتحقق بمجرد التعاقد ولا يمكن المطالبة بها إلا أن تشترط وقت مجلس العقد صراحة من أحد الطرفين، فلصاحبها حق التمسك بها بعد أن ينعقد العقد صحيحا لازما نافذا ومن أمثالها أن تشترط الزوجة أن تظل في عملها...[1]

وهذه الشروط الأخيرة(الجعلية) هي التي تهمنا في هذا الموضع.

فالأصل في كل ما يترتب على عقد الزواج هو من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين، حيث يقتصر دور المتعاقدين في إنشاء العقد، ولكن الشرع والقانون هو الذي يرتب ما لكل عقد من حكم وآثار، بالرغم من أن الشارع هو الذي يحدد هذه الآثار ويرتبها، فإنه يبقى من حق الزوجين تضمين عقدهما بالشروط التي يريانها ضرورية لضمان حقوقهما،[2] وخاصة لما للاشتراط من أهمية بالغة، إذ يحقق مصالح شرعية لأحد المتعاقدين أو كلاهما لم تكن موجودة أثناء العقد، كما أن الإسلام أكد على أهمية الشروط التي تقع في أي عقد آخر.

فلقد أبيح الاشتراط في عقد الزواج، غير أن الإباحة ليست على إطلاقها، ومن هنا كان للفقهاء مجال واسع في بحث تلك الشروط، غير أنه يمكن تقسيم آراء الفقهاء بشكل عام في الشروط التي تتراوح بين التضييق والتوسع والمنع على الوجه الآتي:

---

[1] محمد باوني. المرجع السابق. ص67.

[2] يوسف مسعودي. الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري. مذكرة ماجستير. كلية الحقوق. المركز الجامعي بشار.2007. ص1.

أولا: المانعون لهذه الشروط وهم الظاهرية، فالأصل عندهم لايجوز اشتراط شيء في العقود إلا إذا ورد به نص في الكتاب أو السنة، لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال المتعاقدين وإرادتهما.[1]

ثانيا: المجيزون المضيقون وهم الشافعية والحنفية، فالأصل في الشروط عندهم المنع كالظاهرية، إلا أنهم أضافوا صورا أخرى لاختلافهم مع الظاهرية في اعتماد القياس وتعليل الأحكام، وإن لم ينص عليها الشرع ولم يقتضها العقد.[2]

ثالثا: المجيزون المتوسطون وهم المالكية، ذهب المالكية مذهبا وسطا بين المضيقين والموسعين فأجازوا كل الشروط إلا ما كان منافيا لمقتضى العقد، أو ما أدى إلى الإخلال بأحد الشروط المعتبرة شرعا لصحة العقد.[3]

رابعا: المجيزون المتوسعون وهم الحنابلة، يعتبر هذا الفريق من أكثر المذاهب توسعا في إجازة الشروط الجعلية ذلك أن الشروط عندهم منها ما يكون صحيحا ومنها شروط ليست من مقتضيات العقد.[4]

بعد عرض الآراء الفقهية المتشعبة في مسألة الاشتراط، فإني أرجح مذهب الحنابلة أي المجيزون المتوسعون، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري.

---

[1] محمد أبو زهرة. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية.(د.ط). دار الفكر العربي.القاهرة. مصر.1996. ص236.

[2] سليمان محمد الجروشي. نظرية العقد في الفقه الإسلامي المقارن. ط1. دار الكتب. ليبيا.2003. ص133.

[3] مصطفى باحو. (حرية الاشتراط في العقود في الفقه الإسلامي). مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية. العدد26. 2008. ص55.

[4] محمد سمارة. أحكام وآثار الزوجية. شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية. (د.ط). الدار العلمية الدولية. دار الثقافة.عمان.الأردن.2002. ص128.

جاء الإصلاح التشريعي بموجب الأمر 02/05، حيث استحدث المشرع الجزائري فقرة جديدة بموجب هذا التعديل في نص المادة 53 ف9 والتي جاء فيها:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية...

9-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج..."

ويرجع مصدر هذه الفقرة في الأساس إلى المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة هي الأخرى والتي تنص على ما يلي:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري أعطى الحرية الكاملة للزوجين في أن يشترطا في عقد الزواج من الشروط التي يريانها مناسبة لحياتهم الزوجية ما لم تتنافى مع نصوص القانون حسب ما تقتضيه هذه المادة، وهو مايعد ترجيحا في نظر المشرع لقول من يرى أن الأصل في الشروط الجعلية الإباحة كما هو الحال عليه عند الحنابلة.[1]

فالمشرع الجزائري من خلال هذه المادة نهج منهج الحنابلة وأخذ برأي المالكية في بعض النقاط في مسألة الاشتراط.

في الواقع أن ما أوردته المادة المعدلة في إيضاح الشروط لم يكن على سبيل الحصر، بل كان على سبيل المثال، لأن القاعدة أن للزوجين أن يشترطا في عقد زواجهما أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية، والعبارة الأخيرة "كل الشروط الضرورية" لايمكن حصرها فقط في تعدد الزوجات أو عمل المرأة ويبدو أن المشرع بذكره لهذين الشرطين على سبيل المثال إنما اعتقاده بأنهما أساس كل خلاف عائلي ومرد كل علاقة زوجية فاشلة.[2]

---

[1] صالح بوبشيش.(واقع الأسرة الجزائرية بين إلزامية القانون وحتمية الاجتهاد). مجلة العلوم الاجتماعية و الانسانية. جامعة باتنة. العدد13. ديسمبر 2005. ص267-268.

[2] باديس ذبابي. صور فك الرابطة الزوجية. المرجع السابق. ص52.

لهذا أجاز القانون للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج شروطا تكون فيها فائدة ما دامت لاتحل حراما أو تحرم حلالا، وما دامت لا تتنافى أو تناقض مقاصد عقد الزواج.[1]

كما نستخلص من خلال هذه المادة أنه يحق للمرأة كطرف في العقد وضع أي شرط يبدو لها أنه سيحميها من تعسفات الزوج أو قيامه بأعمال تنعكس على حياتها خلال مرحلة قيام علاقتهما الزوجية، فللمرأة أن تضع ضمن العقد شروطا على الزوج كحق الخروج للعمل، وحق السكن بعيدا عن عائلة الزوج، وهناك من يرى أنه يحق للمرأة أن تشترط على الزوج عدم إعادة الزواج ثانية.[2]

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أخفق في صياغة نص المادة 19 من ق أ عندما قال:"شرط عدم تعدد الزوجات"، فكان عليه أن ينص على:"عدم الزواج عليها"، لأنها قد تكون هي الزوجة الثانية أو الثالثة وهذا هو المصطلح الصائب.

وكذلك من بين الشروط الصحيحة التي اتفق عليها الفقهاء نذكر على سبيل المثال:

اشتراط الزوجة أن ينفق عليها الزوج أو يحسن معاشرتها، فهذه تعتبر شروط يقتضيها العقد ولا تثبت شيئا زائدا في العقد، ومن ثم فإن اشتراطها وعدم اشتراطها سواء، لأن ذكرها لايضيف شيئا للعقد، ولا ينقصه إهمالها لثبوت وجوبها في الحالتين.[3]

ويبطل أي شرط يتعارض مع القانون المستمد أساسا من الشريعة الإسلامية، فإذا تم الاتفاق على شرط يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية في الزواج وصيرورته عد باطلا بطلانا مطلقا كون المسألة متعلقة بالنظام العام، ومثال ذلك شرط عدم الإنجاب، فهذا الشرط باطل ويترتب عليه بطلان الزواج لما نصت عليه المادة 32 من ق أ ج التي جاء فيها:"يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، فاعتبر شرط عدم الإنجاب

---

[1] الغوثي بن ملحة. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. المرجع السابق. ص123.

[2] محمد لمين لوعيل. المرجع السابق. ص59-60.

[3] أبو عبد الله أحمد عليش. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك.(د.ط).ج1. دار المعرفة. بيروت. لبنان. ص332.

باطلا لأنه مخالف لمقتضى عقد الزواج ومخالف لمقاصده وهدفه وهو حفظ النسل وإنجاب الأولاد، وعليه يترتب بطلان العقد.

ومثال شرط عدم الإنفاق، فهذا الشرط يعتبر باطلا لكنه لايؤثر على صحة العقد، فيبطل الشرط ويصح معه العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 35 من ق أ ج:" إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا."

فمن خلال قراءة نصي المادتين 32 و35 يتضح من أول وهلة أن هناك تناقض، لكن في الواقع من خلال التمعن والتدقيق في النصين يبدولي أنه لا يوجد أي تناقض، ذلك أن الشرط المذكور في المادة 32 يختلف عن الشرط في المادة 35، فالمادة 32 تتحدث عن شروط الصحة، أما المادة 35 فتتحدث عن الشروط الجعلية، كما أن هناك فرق بين مصطلح الاشتمال والاقتران، فالأول داخل في ماهية عقد الزواج ومكوناته، أما الثاني فهوغير داخل فيه بل هو خارج عن عقد الزواج، ولكنه اقترن به فقط.

ومثال الشرط الأول عدم الإنجاب، ومثال الشرط الثاني عدم الإنفاق.

وبالرجوع إلى نص المادة 19 نجد أن المسألة اختيارية في نص هذه المادة، إما أن الشروط يتم الاتفاق عليها في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق، غير أن ذلك لم يراع بدقة في المادة53 ف9 من نفس القانون، فالفقرة التاسعة تتحدث عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط دون أن يتم ذكر عبارة أو في العقد الرسمي اللاحق.[1]

والتساؤل الذي يطرح في هذه الحالة هل يأخذ القاضي بمخالفة الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق؟ أم يعزف عن ذلك تطبيقا لمبدأ حرفية النص؟

الاستدراك قد يحصل بموجب اجتهاد قضائي مستقبلي بمناسبة تطبيق هذه الفقرة، وقد يؤكد على سقوط عبارة "العقد الرسمي اللاحق" لمجرد السهو اعتمادا على مبدأ روح القانون

---

[1] باديس ذبابي. صور فك الرابطة الزوجية. المرجع السابق. ص53.

المتجه غرضه نحو إعطاء أكثر فرص للزوجة في التخلص من زوجية سييت لها الضرر المعتبر شرعا.[1]

لذلك فإذا تضمن عقد الزواج جملة من الشروط كانت الزوجة قد اشترطتها في عقد الزواج يتوجب على الزوج أن يفي بها ويسعى لتنفيذها، فإذا لم يمتثل وخالفها جاز للزوجة إما المطالبة بتنفيذها على الوجه المطلوب، وإذا لم يحصل الدخول جاز للزوجة المطالبة بفسخ العقد.

أما بعد الدخول فلا يبقى أمام الزوجة سوى المطالبة بالتطليق إذا رأت ضرورة لذلك مع الاحتفاظ بحقها في التعويض فوق ذلك والمسألة تقديرية للقاضي بحسب المعطيات المعروضة أمامه.[2]

وفي حالة الاتفاق مثلا على أن الزوج يسمح لزوجته بالعمل وأخل بالتزاماته التعاقدية فإنه استنادا لأحكام الفقرة التاسعة من المادة 53 من ق أ ج أن تقيم ضده دعوى قضائية وتطلب تطليقها.[3]

وما يمكن رؤيته أنه ليس بمجرد عدم تنفيذ الزوج الشرط المتفق عليه يكون سببا من أسباب التطليق ولكن تبقى السلطة التقديرية للقاضي في هذه المسألة.[4]

وفي هذا الصدد صدر قرار من المجلس الأعلى بتاريخ1971/03/03 حيث جاء فيه:

"جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي لها فيها فائدة ولا تناقض عقد الزواج ولا تحرم أو تحلل حرية القضاة في تقدير وسائل الإثبات."

وجاء في حيثياته:

---

[1] باديس ذبابي. صور فك الرابطة الزوجية. المرجع السابق. ص53.

[2] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص206-207.

[3] يوسف دلاندة. دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة. المرجع السابق. ص61.

[4] أحمد شامي. المرجع السابق. ص171.

"...ولكن وحيث أن المعمول به فقها وقضاء، جواز اشتراط الزوجة لنفسها في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حراما أو تحرم حلالا وبشرط أن لاتناقض روح العقد.

وحيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزوج، استنتجوا من الوقائع و من الوثائق بمالهم من سلطة تقديرية أن الزوج، بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج والتزم بهاالزوج، مما يترتب عليه فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي، ويعتبر الوجه غير سديد".[1]

يستشف من خلال هذا استقراء مضمون هذا القرار أنه جاء بما يتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي في مسألة الإشتراط في عقد الزواج.

حيث يجوز للزوجة أن تشترط في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تحقق لها مصلحة، ولا تناقض أهداف عقد الزواج بشرط ألا تحرم حلالا ولا تحلل حراما.

وبالتالي أحسن هذا القرار فيما اتجه إليه.

المطلب الرابع: سلطة القاضي في تقدير الضرر المعتبر شرعا.

من الحقوق المشتركة التي تثبتها الشريعة الإسلامية على كل من الزوجين حسن العشرة المتبادلة بينهما، فعلى الرجل معاملة امرأته بما يجب أن تعامله به من العشرة الطيبة، ولا يكون معها فظا غليظ القلب، بل ينبغي عليه الرفق في معاملتها ما أمكن ولا يضيق عليها في المعيشة.[2]

فمن مقتضيات حسن العشرة عدم الإضرار بالمرأة بأي صورة من الصور، وحرمة الضرر أصل من أصول الإسلام والإضرار بالزوجة حرام لكونه نوع الضرر العام المنهي

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. قرار بتاريخ1971/03/03. نشرة القضاة. العدد2. 1972. ص35./جمال سايس.ج1. مرجع سابق. ص91-92.

[2] عبد الفتاح كبارة. المرجع السابق. ص428.

عنه في الحديث بل هو أشد حرمة، وقد تظاهرت النصوص على تحريم إضرار الزوج بزوجته لقوله تعالى:"**ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن**"[1] وقوله أيضا:" **ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا**"[2]، فهذه الآيات تدل على تحريم إضرار الزوج بزوجته.[3]

وقد جاء في الحديث عن حكيم بن معاوية عن أبيه رضي الله عنه قال: قلت: يارسول الله ما حق زوج أحدنا عليه؟، قال:"تطعمها إذا أكلت وتكسوها إذا اكتسيت ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت" رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه.

فالحديث اشتمل على النهي عن الضرر بالفعل متمثلا في قوله صلى الله عليه وسلم:" **ولا** تضرب" "ولا تهجر"، و اشتمل على النهي عن الضرر بالقول متمثلا في قوله صلى الله عليه وسلم:" ولا تقبح..."[4]

لهذا فقد يحدث أحيانا وأن تضرر الزوجة من جراء قول أو فعل أو أي مظهر يصدر من الزوج، فينقلب الهدوء العائلي إلى جو الشحناء وينفر الزوجين بعد الألفة، لهذه الأسباب إذا ما أرادت الزوجة رفع دعوى تطليق بقصد رفع الضرر الواقع عليها، فهل يستجيب القاضي إلى طلبها؟

يمكن القول أن هذا الأخير يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك، وقبل الحديث عن سلطة القاضي في تقدير الضرر المعتبر شرعا، يجب قبل ذلك التطرق أولا إلى تعريف الضرر وبيان أنواعه كما يلي.

---

[1] سورة الطلاق: الآية06.

[2] سورة البقرة: من الآية 231.

[3] حسن صلاح الصغير عبد الله. الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية. دراسة مقارنة. (د.ط).دار الجامعة الجديدة .الاسكندرية. مصر.2007. ص92.

[4] محمد بن اسماعيل الأمير اليمني الصنعاني. المرجع السابق. ص570.

الفرع الأول: تعريف الضرر.

أتناول من خلال هذا الفرع تعريف الضرر في اللغة ثم في الاصطلاح.

أولا: تعريف الضرر في اللغة.

ضرر: في أسماء الله الحسنى، النافع الضار هو الذي ينفع من يشاء ويضره، وهو خالق الأشياء كلها خيرها وشرها ونفعها وضرّها.

الضَّرُّ والضُّرُّ: لغتان ضد النفع و الضَّرُّ المصدر والضُّرّ: الإسم.

الضُّرُّ ضد النفع الضُّرّ بالضم هو الهزال وسوء الحال.[1]

الضَّرَرُ: عند الأطباء هو سيلان الدم من الجراحة.[2]

ضرر: الضَّرُّ: خلاف النفع، وقد ضَارَّهُ والإسم الضَّرَرُ.[3]

ثانيا: تعريف الضرر في الإصطلاح.

يعرف الضرر بشكل عام بأنه:" الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة، أو هو الإخلال بمصلحة مشروعة، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية".[4]

ويقصد به أيضا:"ذلك الأذى الذي يلحق بالشخص في ماله أو جسده أو عرضه أو عاطفته".[5]

---

[1] ابن منظور. لسان العرب المحيط. المجلد2. المرجع السابق. ص524-525.

[2] بطرس البستاني. محيط المحيط .قاموس مطول للغة العربية. ط2. مكتبة لبنان. بيروت. لبنان.1993. ص533.

[3] عبد الله العلايلي. الصحاح في اللغة والعلوم. ط1. المجلد2. دار الحضارة العربية. بيروت. لبنان. 1974. ص10.

[4] العربي بلحاج. أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي.(د.ط).ج1. ديوان المطبوعات الجامعية. بن عكنون. الجزائر.(د.ت). ص68.

[5] عدنان إبراهيم سرحان و نوري حمد خاطر. شرح القانون المدني. مصادر الحقوق الشخصية. الالتزامات. دراسة مقارنة. ط1.دار الثقافة.عمان.الأردن.2009. ص395.

والمراد بالضرر كذلك:" هو الذي يلحق بالشخص فيمس حقا من حقوقه أو مصلحة مشروعة له فيما يتعلق بجسده أو ماله، بمعنى أوسع سلامة الجسم أو العاطفة أو الحرية أو الشرف أو الاعتبار".[1]

كما عرف أنه:" المساس بحق من حقوق الإنسان أو بمصلحة مشروعة له".[2]

***مناقشة التعاريف.**

ما يلاحظ على هذه التعاريف أنها وإن اختلفت في الصياغة فإنها تدل على نفس المعنى، فالضرر حسبها هو كل ما يؤدي إلى المساس بالشخص سواء في حق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له.

لكن ما يؤخذ على التعريف الثاني والثالث أنهما ركزا على تمثيل الضرر بينما التعريفين الأول والأخير وردا عامين و شاملين، وبالتالي أرجحهما لأنهما حسب نظري هما الدالين على المعنى المقصود.

هذا بالنسبة للضرر بشكل عام، أما فيما يتعلق بالضرر الحاصل للزوجة والمجيز لها طلب التطليق، فوردت عدة تعاريف له أذكر منها:

يراد بالضرر في هذه الحالة:" ما يلحقه الزوج بزوجته من أنواع الأذى التي لاتستقيم معها العشرة الزوجية كضربه إياها ضربا مبرحا وشتمها شتما مقذعا، وإكراهها على فعل ما حرم الله، وأخذ مالها وما شاكل ذلك".[3]

---

[1] عبد الحكيم فودة. موسوعة التعويضات المدنية.(د.ط).ج1.المكتب الدولي للموسوعات القانونية. الاسكندرية. مصر. 2005. ص17.

[2] عاطف النقيب. النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي.الخطأ والضرر. ط3. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر.1984. ص255.

[3] محمد مصطفى شلبي. المرجع السابق. ص601.

والمقصود به أيضا:"هو كل إيذاء بالقول أو الفعل بحيث لا تطيق الزوجة صبرا عليها".[1]

كما عرّف بأنه:" سوء العشرة، وهو سلوك يأتيه الزوج مع زوجته، مخالف للشرع، كأن يؤذيها بالقول أو بالفعل، وهو ما لا يجوز شرعا كضربها وسبها وسب أبيها".[2]

والضرر كذلك:" هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل بما لا يليق بمثلها، مثل ضربها ضربا مبرحا، أو شتمها وسبها بألفاظ نابية، أو حملها على فعل الحرام كشرب الخمر ومجالسة الغرباء، وغير ذلك من ضروب الإيذاء التي لا تقع تحت الحصر، والتي لا يستطاع معها دوام العشرة بين الزوجين."[3]

وعرّف أيضا بأنه:" كل ما يلحق الأذى أو الألم ببدن الزوجة أو نفسها، أو يعرضها للهلاك."[4]

ويراد بالضرر:"تعدي الزوج على حسن المعاشرة والمعاملة بالحسنى إلى الإضرار بالزوجة، فيؤذيها بالضرب المؤلم والشتم المقذع أو يتعنت معها فيحملها على الفعل المحرم".[5]

كما يقصد به:" ذلك الضرر الجسيم الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية".[6]

والمراد به كذلك:" إساءة الزوج معاملة زوجته بالضرب المبرح وإجبارها على إتيان بعض المعاصي."[7]

---

[1] عبد الحميد الشواربي. مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء.(د.ط). منشأة المعارف. الاسكندرية. مصر.2001. ص72.

[2] معوض عبد التواب.الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية. ط9.الجزء1. 2000. ص343.

[3] حسن حسانين. أحكام الأسرة الإسلامية ففقها وقضاء. ط1. دار الآفاق العربية.القاهرة. مصر.2001. ص287.

[4] محمد خضر قادر. دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق. (د.ط). دار اليازوري. عمان.الأردن.2009. ص300.

[5] أحمد فراج حسين. أحكام الأسرة في الإسلام.(د.ط). دار الجامعة الجديدة.الاسكندرية. مصر.2004. ص134.

[6] نعمان ثابت حسن.(التفريق القضائي القائم على الضرر في قانون الأحوال الشخصية العراقي).مجلة التشريع والقضاء.السنة 4.العدد2. 2012. ص03.

[7] محمود محمد حمودة و محمد مطلق عساف. فقه الأحوال الشخصية.(د.ط). مؤسسة الوراق. عمان. الأردن. 2000. ص186.

و المقصود به أيضا:"إيذاء الرجل زوجته بقول أو فعل ايذاء بالغا يورث الضغينة في قلبها ويكدر عليها حياتها، ويؤثر في نفوس أولادها وآلها."[1]

***مناقشة التعاريف.**

ما يلاحظ على التعريف الأول أنه جاء مطولا وركز على تمثيل الضرر، ونفس الملاحظة على التعريف الثالث والرابع.

بالنسبة للتعريف الثاني جاء مختصرا، ونفس الملاحظة بالنسبة للتعريف السابع.

ما يؤخذ على التعريف الخامس أنه قصر الضرر على الجسم والنفس فقط، ولكنه أهمل الضرر المالي.

ما يؤخذ على التعريف السادس أنه حصر الضرر، في حين أن الضرر واسع لايمكن حصره، ونفس الملاحظة بالنسبة للتعريف الثامن.

بالنسبة للتعريف الأخير ركز على الآثار الناتجة عن الضرر الحاصل للزوجة.

***الترجيح.**

من خلال مختلف هذه التعاريف أرجح التعريف الثاني، لأنه يبدو لي أنه جاء مختصرا ودالا على المعنى المقصود من الضرر.

الفرع الثاني: أنواع الضرر.

ينقسم الضرر إلى عدة أنواع أهمها:

أ- **الضرر المادي:** هو الضرر الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو حق من الحقوق التي تدخل في تقويم ثروته.[2]

---

[1] أحمد محمود الشافعي. الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب.(د.ط).دار الهدى.الاسكندرية. مصر.1997. ص101.

[2] محمد أحمد عابدين.التعويض بين الضرر المادي و الأدبي والموروث.(د.ط).منشأة المعارف. الاسكندرية. مصر.1995. ص55.

ب- أو هو الخسارة المادية التي تلحق المضرور نتيجة المساس بحق من حقوقه أو مصلحته المشروعة.[1]

وفي هذا الصدد عرّف الأستاذ نبيل صقر الضرر المادي المجيز للزوجة طلب التطليق بقوله:" هو كل ما يلحق الأذى ببدن المرأة، ومنه ضربها بيد أو بآلة، وإحداث جرح في بدنها أو كدمة أو كسر ونحو ذلك مما لا يجوز شرعا ويلحق الأذى ببدن المرأة."[2]

ب-الضرر المعنوي:

هو ذلك الضرر الذي يصيب حقا من الحقوق غير المالية التي لا تعتبر عنصر من عناصر الذمة المالية،[3] ويقصد به أيضا ذلك الضرر الذي يسبب ألما نفسيا ومعنويا، لأن فيه مساس بشعور الإنسان وعواطفه أو شرفه أو عرضه أو كرامته أو مركزه الإجتماعي.[4]

وفيما يتعلق بالضرر المعنوي المجيز للزوجة طلب التطليق، فيقول الأستاذ نبيل صقر هو "كل ما يلحق الألم في نفس الزوجة، ومنه إسماعها الكلام القبيح من سب وشتم لها ولوالديها."[5]

ج-الضرر الإرادي واللا إرادي.

الضرر الإرادي هو أن يكون منشؤه عملا أو قولا إراديا لأحد الزوجين أو كلاهما مباشرة.

والضرر اللاإرادي هو ما لايكون لإرادة أحد الزوجين دخل في تكوين منشئه لا مباشرة

---

[1] علي فيلالي. الالتزامات. الفعل المستحق للتعويض. (د.ط). دار موفم. الجزائر. 2007. ص286. 287.

[2] نبيل صقر. المرجع السابق. ص186.

[3] حسن علي الذنون. المبسوط في شرح القانون المدني." المسؤولية المدنية"."الضرر". ط1. دار وائل. عمان. الأردن. 2006. ص279.

[4] عدنان ابراهيم سرحان ونوري حمد خاطر. المرجع السايق. ص398.

[5] نبيل صقر. المرجع السابق. ص186.

كالضرر الناشئ عن العلل والأمراض.[1]

د- الضرر الإيجابي والسلبي.

الضرر الإيجابي هو ما يصدر عن الزوج من قول أو فعل يوجب تأذي الزوجة وتضررها ويحدث الشقاق بين الزوجين كالضرب المبرح والسب المقذع.[2]

أما الضرر السلبي فهو هجر الزوجة ومنعها مما تدعو إليه الحاجة الجنسية.[3]

هـ-الضرر بالقول والفعل.

الضرر بالقول هو الإيذاء بالقول مثل القذف والسب والتشهير.

أما الضرر بالفعل هو الإيذاء بالفعل مثل تبديد منقولات الزوجة وسرقة مالها ومصاغها.[4]

لهذا فقد يحدث في بعض الحالات وأن تتضرر الزوجة من زوجها بسبب قول أو فعل أو ترك أو أي مظهر يصدر من الزوج سواء في صورة ضرر مادي أو معنوي، سواء أكان الضرر إيجابيا أو سلبيا، فإذا ما رفعت الزوجة دعوى ضد الزوج للمطالبة بالتطليق فهل يستجاب إلى طلبها؟

لقد اختلف الفقهاء في مسألة أحقية الزوجة المتضررة في طلب التطليق إلى اتجاهين هما:

الرأي الأول: ذهب الحنفية والشافعي في أحد قوليه وأحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أنه ليس لها طلب التطليق، لأن الحياة الزوجية لا تخلو من ذلك عادة، فعليها أن تطلب من

---

[1] مصطفى إبراهيم الزلمي. أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن. دراسة مقارنة بالقانون. ط1. المؤسسة الحديثة للكتاب. لبنان. 2011. ص150-163.

[2] أنور العمروسي. موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين.(د.ط).ج2. دار الفكر الجامعي. الاسكندرية. مصر. 2005. ص595.

[3] عبد القادر بن داود. المرجع السابق. ص86.

[4] أنور العمروسي. المرجع السابق. ص595.

القاضي زجره ليمتنع عن ذلك وتعزيره بما يراه رادعا له إن لم يمتنع، فإن اشتد النزاع وخيف وقوع الشقاق بينهما بعث القاضي حكمين ليقوما بالإصلاح بينهما.[1]

الرأي الثاني: مذهب المالكية، حيث أنه إذا اشتكت الزوجة من زوجها ضررا ورفعت أمرها إلى القاضي، فإن أثبتت الضرر المشكو منه، وطلبت البقاء معه، زجر القاضي الزوج وضرره بما فيه فائدة، أما إذا طلبت الفراق فعلى القاضي أن يفرق بينهما.

أما إذا لم يثبت الضرر وأصرت المدعية على شكواها بعث القاضي حكمين للإصلاح بين الزوجين، فإن تعذر عليها ذلك، فرقا بينهما على مال إن كان الضرر من الزوجة، أو بدونه إن كان من الزوج.

لذلك فالمذهب المالكي يجيز للزوجة التطليق للضرر، ولا حد له بل يخضع لتقدير القاضي، حيث يراعي ظروف الزوجين وبيئتهما، فليس كل فعل أو قول مما يعتبر في بيئة يعد ضررا في بيئة أخرى.[2]

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 53 ف10، حيث جاء فيها:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق...

10-كل ضرر معتبر شرعا."

من خلال هاته الفقرة نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف الضرر، بل اكتفى بذكر عبارة "كل ضرر معتبر شرعا"، وهذه العبارة عامة جدا وواسعة، بحيث لم يتقيد المشرع بضرر معين.

هذا ولم يحدد المشرع المعيار الذي بواسطته يمكن التمييز بين السلوك الضار وغير الضار، إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها، وحينئذ فإنه يجب على القاضي الاعتماد على

---

[1] محمد مصطفى شلبي. المرجع السابق. ص601.

[2] عبد الرحمن الصابوني. المرجع السابق. ص768.

المعيار الشخصي انطلاقا من المعطيات الاجتماعية والثقافية الخاصة بكل زوجة، لأن ما يعتبر ضارا لزوجة ما، قد لا يكون ضارا لزوجة أخرى.[1]

فمثلا إذا نشأ الزوجان في بيئة اجتماعية واحدة، بعيدة عن الفضيلة والأخلاق الحميدة، وأنهما في وسط متشبع بالرذيلة، يألف سوء المعاملة بينهما، فلا يكون ما بدر من الزوج من شتم وضرب الزوجة مما يستطاع معه دوام العشرة بينهما، بل يبدو الأمر عاد جدا ولا تتأثر الزوجة بمثل هذه السلوكات، وتستمر الحياة بكل بساطة، ولا يرتقي الضرر ليشكل نزاعا موجبا للتفريق، وقد يحدث العكس ما إذا كانت الزوجة من حالة اجتماعية راقية ي درجة عالية من الأخلاق والثقافة، فبمجرد جرح عواطفها يعتبر إضرارا بليغا بها، وتؤدي هذه الأفعال إذا تكررت إلى استحالة استمرار الحياة الزوجية.

لهذا فإن الضرر يقدر بمعيار شخصي وأن تقديره من الأمور التي تدخل تحت السلطة التقديرية لقاضي الموضوع دون رقابة عليه من المحكمة العليا.[2]

فضلا عن ذلك فإن عبارة" كل ضرر معتبر شرعا" واسعة و يمكنها أن تستغرق كل الحالات التسع التي سبق ذكرها والمذكورة في نص المادة 53 من ق أ ج.[3]

كما أن المشرع لم يعالج مسألة الشمولية التي يحملها "الضرر المعتبر شرعا" وبالتالي هل يحدد من منظور الشريعة أم من منظور القانون؟[4]

وعليه فإن أحكام هذه الفقرة تبقى مشوبة بالغموض في غياب نص واضح يبين لنا كيفية تطبيقها لأن المعايير المعتمدة غير واضحة في القانون، وهنا يبقى إعمال المادة 222

---

[1] العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق. ص303.

[2] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص177.

[3] http//sciences juridiques.blogspot.com

[4] سميرة معاشي. المرجع السابق. ص319.

من ق أ هو الحل الوحيد لإنارة ما خفي من جوانب الفقرة 10 من المادة 53 من ق أ.[1]

وبصدد الحديث عن الضرر يطرح تساؤل هام هو: هل أن كل ضرر مهما كان يجيز للزوجة طلب التطليق؟

يمكن القول أن مسألة تقدير الضرر توكل إلى قاضي الموضوع، حيث أنه قبل الفصل في الدعوى المرفوعة أمامه من طرف الزوجة، يقوم القاضي بالنظر في الوقائع من خلال ملف الدعوى، ويتحقق من تقديم الأدلة الشرعية والمحددة قانونا والتي تثبت الضرر، وكذلك يتحقق من كون أن الملف مقدم تقديما صحيحا من الناحية الإجرائية.

بعد أن يقوم القاضي بهذه الإجراءات ويتأكد من أن الدعوى مقبولة من الناحية الشكلية، فكيف يتسنى له تقدير الضرر وعلى أي أساس يصدر حكم التطليق؟[2]

تقدير القاضي للضرر يندرج ضمن معاينته للوقائع، حيث تمثل إحدى المراحل التي يؤسس عليها القاضي حكمه، فضلا عن مرحلة تكييف الوقائع، وفي هذا الصدد نصت المادة 451 من ق إ م إ على أنه: "يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة"، فالتكييف ينصب على الوقائع الثابتة في ملف الدعوى ثم إخضاعها للنص القانوني الواجب التطبيق عليها.[3]

قبل الفصل في التطليق بإمكان القاضي أن يستند على عدة عناصر تساعده على إبراز الأضرار إعمالا لسلطته التقديرية الممنوحة له قانونا، ومن بين هذه العناصر نذكر على سبيل المثال أول ما يستند إليه القاضي هو ما جاء في الكتاب حيث يقول الله عز وجل:" **ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا**"[4]،

---

[1] عبد القادر بن داود. المرجع السابق. ص85.

[2] خيرة قويدري. المرجع السابق. ص186.

[3] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[4] سورة البقرة: الآية 231.

وقوله أيضا:"**ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن**"[1] فالضرر هو أساس التطليق في مذهب مالك.

وفي هذا الصدد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى انتقاد ما ورد في القانون المدني الفرنسي الذي يذكر حالات الطلاق التي لا تجد نفعا واستبدالها بوضع صيغة عامة كما فعل المالكية.[2]

ويمكن للقاضي أن يستند كذلك إلى القواعد القانونية المنظمة لحقوق وواجبات الزوجين، وينظر في مدى احترامها من طرف الزوج وعدم الإخلال بها.

كما يستعين القاضي بعدة عوامل في تقدير الضرر، ومنها حالة الزوجين الاجتماعية، ومستواهما الثقافي، وبعض الظروف العائلية التي تؤثر على سلوك الزوج اتجاه زوجته.

يبدو فعلا أن مهمة القاضي صعبة للغاية، حيث ليس من السهل تبيان المضاعفات التي خلفها الضرر عن الزوجة، ولهذا السبب يستوجب على القاضي أن يتحلّى بالصبر وسعة الصدر حتى يتمكن من إبراز حقيقة أسباب الضرر ودوافعه.

وعلى رأي بعض الكتاب:" فلا يكفي أن يكون القاضي قانونيا، ولكنه قبل ذلك ينبغي أن يكون اجتماعيا يعرف كيف يكسب ثقة الزوجين ليحدثاه بصراحة عما يختلج في ضميرهما وعما يحسان به إزاء استمرار زواجهما."[3]

وبالرجوع دائما على نص المادة 53 من ق أ في فقرتها العاشرة والأخيرة، نجد أن المشرع الجزائري لم يتقيد بضرر محدد، وجعل السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر في هذا المجال سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة، لا يقيدها أي قيد ولا يحدها أي حد، وهي مسألة وقائع لا رقابة للمحكمة العليا فيها.[4]

---

[1] سورة الطلاق: الآية 06.

[2] Roussier.le mariage et sa dissolution en droit algérien.Alger.1960.p72.

[3] أحمد الخمليشي. التعليق على قانون الأحوال الشخصية. الزواج والطلاق. ط3. ج1. دار النشر. الرباط. المغرب.1994. ص387.

[4] أحمد شامي. المرجع السابق. ص187.

وحسنا ما فعل المشرع لأنه ما يعتبر ضررا لزوجة ما قد لا يكون كذلك في نظر أخرى، كما أن الضرر المعتبر شرعا في زمن ما لدى جماعة ما قد لايكون كذلك في زمن آخر بالنسبة لجماعة أخرى،[1] لذلك فإن مفهوم الضرر واسع لا يمكن حصره أو تحديده، وقد يختلف من قاضي إلى آخر ومن منطقة إلى أخرى.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض الأمثلة للضرر المجيز للزوجة طلب التطليق منها:

1-تعدي الزوج على زوجته بالضرب والسب،[2] بشرط ألا يكون الضرب بقصد التأديب وفي الحدود الشرعية لاستعمال هذا الحق، لأنه إذا كان كذلك فإنه لا يتحقق به الضرر الذي يجيز التطليق.[3]

2-تراخي الزوج عمدا في الدخول بزوجته يعود إلى سبب راجع إليه، فهو يجعلها كالمطلقة لا هي مطلقة ولا هي ذات بعل.

3-تحريض الزوج زوجته على ارتكاب المحرمات مثل: ارتكاب الدعارة أو جعلها تشرب الخمر.[4]

4-ادعاء الزوج بأن زوجته كانت على علاقة غير شرعية به قبل الزواج ينال من شرفها وسمعتها.

5-تبديد الزوج جهاز زوجته وسرقتها ومحاولة ابتزاز أموالها.

هذه جملة من الأضرار التي يمكن أن تلحق بالزوجة، والتي تجيز لها طلب التطليق وهي واردة على سبيل المثال لا الحصر.[5]

ويبقى المجال مفتوح للقاضي وفق ما يتمتع به من سلطة في تقدير الضرر المعتبر شرعا.

---

[1] http//sciences juridiques.blogspot.com.

[2] أنور العمروسي. المرجع السابق. ص607.

[3] اليزيد عيسات بلمامي. المرجع السابق. ص86-87.

[4] عبد الحميد الشواربي. المرجع السابق. ص72-73.

[5] عمرو عيسى الفقى.المرجع السابق. ص88-89.

وفي هذه الصدد صدرت عدة اجتهادات قضائية تتعلق بالتطليق للضرر المعتبر شرعا أذكر منها:

القرار الصادر بتاريخ 1986/05/05 حيث جاء فيه:

" يمكن للزوجة أن تطلب التطليق إذا أصابها ضرر شرعي."[1]

يستشف من خلال هذا القرار أنه جاء مؤكدا لما ورد في نص المادة 53 من قانون الأسرة 11/84 في فقرته السادسة قبل التعديل التي نصت على أنه:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق...

6-كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما..."

حيث تبين من -قضية الحال- أن الزوجة تضررت ضررا معنويا جسيما بسبب تلطيخ سمعتها والطعن في شرفها من طرف الزوج.

فالحكم بتطليقها كان سليما، وغير مخالف لأحكام الشريعة والقانون.

ومن ثمة يعتبر هذا القرار موفقا فيما ذهب إليه.

كما صدر قرار آخر:

"من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ومن المقرر أيضا أنه" في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر"، ولما كان ثابتا بأن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه متعسفا من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة

[1] م.أ. ملف رقم40429. قرار بتاريخ1986/05/05. نشرة القضاة. العدد44. 1988. ص179/جمال سايس.ج1.المرجع السابق. ص198.

وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن قضاة الموضوع المادة 55 من ق أ قد طبقوا صحيح القانون ، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن."[1]

ما يلاحظ على هذا القرار أنه ورد تأكيديا وبما يتوافق مع نصي المادتين53 ق أ 11/84، التي تعطي للزوجة الحق في طلب التطليق، والمادة 55 التي تمنح للزوجة الحق في التعويض.

ولما تبين من –قضية الحال– أن الزوجة تضررت فعلا من الحياة الزوجية وأثبتت الضرر المبالغ فيه من طرف الزوج، لهذا فإن تطليقها وحده لا يكفي لجبر الضرر الذي أصابها، وبالتالي فالقضاء بتعويضها من جراء الأضرار التي لحقت بها يعتبر تطبيقا صحيحا للقانون.

ومن ثمة أحسن هذا القرار فيما اتجه إليه.

وذهبت المحكمة العليا في اجتهاد لها، حيث جاء فيه:

"من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع.

ومتى تبين– في قضية الحال– أن الأسباب التي اعتمدت عليها المستأنفة في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون.

مما يستوجب رفض الطعن."[2]

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 181648. قرار بتاريخ1997/12/23.المجلة القضائية.العدد01. 1997. ص49./جمال سايس. ج2. المرجع السابق. ص872.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم216865. قرار بتاريخ1999/03/16. اجتهاد قضائي. عدد خاص. ص256./جمال سايس .ج3. المرجع السابق. ص1128.

هذا القرار جاء موضحا ومبرزا لمسألة سلطة قضاة الموضوع التي يتمتعون بها في تقدير الضرر الواقع على الزوجة.

وهذا ما اتضح من –قضية الحال– ذلك أن الزوجة تضررت معنويا بسبب تماطل الزوج في الدخول بها، حيث تركها كالمعلقة لا هي متزوجة ذات بعل ولا هي مطلقة.

وبالتالي فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليقها وتعويضها، فإنهم طبقوا القانون تطبيقا سليما.

ومن ثمة يعتبر هذا القرار موفقا فيما ذهب إليه.

كما ورد قرار آخر لها:

"من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع."

ومتى تبين– من قضية الحال– أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق والضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة لثبوت تضررها، فإن تقديرهم كان سليما وطبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.[1]

هذا القرار جاء موضحا ومبرزا لمسألة السلطة التقديرية لقضاة الموضوع في تقدير الضرر، كما جاء بما يتوافق مع نص المادة 53 ف6 التي تمنح للزوجة طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا.

وهذا ما تبين من–قضية الحال– أن الزوجة تضررت فعلا من الحياة الزوجية بسبب الضرب وعدم الإنفاق، والزوج هو المسؤول عنه، لهذا فإن قضاة الأساس عندما قضوا

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم222134. قرار بتاريخ1999/05/18. اجتهاد قضائي .عدد خاص.2001. ص126./جمال سايس.ج2. المرجع السابق. ص1049.

بتطليق الزوجة لثبوت تضررها فإن تقديرهما كان صحيحا وليس فيه مخالفة لقواعد الشريعة والقانون.

ومن ثمة أحسن هذا القرار فيما اتجه إليه.

كما أقرت المحكمة العليا في اجتهاد لها:" إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي."[1]

هذا القرار يعتبر من بين القرارات التي أعطت أمثلة عن الضرر المعتبر شرعا، لأن المشرع الجزائري لم يحدد المقصود به في نص المادة53 ق أ ج.

حيث تبين من –قضية الحال– أن الضرب الواقع على الزوجة يعتبر من بين الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق، ولا يشترط في ذلك صدور حكم جزائي.

ومن ثمة يعتبر هذا القرار موفقا بما ذهب إليه.

و أكدت في قرار لها:

"إن القضاء بتطليق الزوجة بسبب تضررها من تصرفات الزوج وعدم تحقيق الهدف من الزواج طبقا للمادة 04 ق أ، هو تطبيق سليم للقانون"[2]

يستشف من خلال هذا القرار أنه جاء بما يتوافق مع نص المادة 53 والمادة 04 من ق أ.

وبما أن الزواج هو رابطة تنعقد بين رجل وامرأة من أهدافها تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وإذا ما وقع مس بهذه الرابطة فيصعب بعدها مواصلة الحياة الزوجية المبتغاة.

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 258555. قرار بتاريخ2001/01/23.المجلة القضائية. العدد02. 2002. ص417./جمال سايس. ج3. المرجع السابق. ص1186.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم269569. قرار بتاريخ2001/07/18.المجلة القضائية2003.العدد01.ص349./جمال سايس. ج3. المرجع السابق. ص1207.

حيث تبين من-قضية الحال-أن الزوجة تضررت من إساءة الزوج لها وسوء معاملتها، مما أدى ذلك إلى عدم تحقيق الهدف المرجو من الزواج، لهذا فإن القضاة لما حكموا بتطليق الزوجة على أساس تضررها من تصرفات الزوج، فقد طبقوا القانون تطبيقا صحيحا[1].

وبالتالي يعتبر هذا القرار موفقا فيما ذهب إليه.

كما صدر اجتهاد آخر مفاده:

لا علاقة لجلسة الصلح بقواعد الإثبات.

لايعد غياب الزوج عن جلسة الصلح دليلا على توفر الضرر المعتبر شرعا المبرر التطليق"[2]

ما يلاحظ من خلال استقراء مضمون هذا القرار أنه جاء تأكيديا، حيث أكد بعدم وجود أي صلة بين جلسة الصلح ووسائل الإثبات، بل يجب على الزوجة أن تثبت الضرر المعتبر شرعا بالرجوع إلى القواعد العامة في الإثبات، ودون أن تختلق أي سبب ولوكان غير مجد كما في -قضية الحال -غيابه عن جلسة الصلح.

وذهبت المحكمة العليا في قرار لها:

"لا يتم في دعوى التطليق للضرر المعتبر شرعا، إثبات الضرب والجرح بحكم جزائي فقط"[3]

من خلال هذا القرار يتضح أنه جاء مؤكدا لاجتهاد سابق صادر عن المحكمة العليا الذي جاء فيه بأن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق دون اشتراط حكم جزائي.

---

[1] انظر الملحق رقم 05.

[2] م.ع.غ.أ.ش.ملف رقم654972. قرار بتاريخ2001/09/15. مجلة المحكمة العليا.2011.العدد02. ص294./جمال سايس.ج3.المرجع السابق. ص1566.

[3] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم572240. قرار بتاريخ2010/07/15. مجلة المحكمة العليا.2010.العدد02. ص278./جمال سايس.ج3.المرجع السابق. ص1514.

الفصل الثاني

السلطة التقديرية للقاضي

في آثار انحلال الزواج

يقصد بآثار انحلال الزواج تلك النتائج المترتبة عن فك الرابطة الزوجية، ومن أجل ذلك وحفاظا على حقوق الأزواج والأبناء رتّب كل من الشّرع والقانون آثارا لانهاء العلاقة الزوجية تنجم عن حدوثها بالشكل الذي يحفظ الحقوق وينشأ الالتزامات.

وتتجسد هذه الآثار أساسا في التعويضات عن الأضرار الناجمة عن انحلال الزواج، كما ينشأ عن هذا الأخير مراكز قانونية جديدة يثور بشأنها خلاف، والمتمثلة أساسا في الحضانة، حيث تثير إشكالا من حيث ممارستها، والأحقية والأولوية فيها، وتبقى للقاضي سلطة تقديرية في ذلك.

وسأحاول من خلال هذا الفصل التعرض للسلطة التقديرية للقاضي في آثار انحلال الزواج عن طريق تقسيمه إلى مبحثين رئيسيين.

أتطرق في المبحث الأول إلى السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الأضرار الناشئة عن انحلال الزواج، أما المبحث الثاني سأخصصه للسلطة التقديرية للقاضي في أحكام الحضانة.

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الأضرار الناشئة عن انحلال الزواج.

لقد جعل المشرع الجزائري مسائل فك الرابطة الزوجية من المسائل التي تخضع لرقابة القضاة وإشرافهم، مما يخول لهم منع أي تعسف في استعمال الحقوق، وإصلاح وجبر الأضرار التي تلحق بالطرف المتضرر ومنحه التعويضات الملائمة.

وبطبيعة الحال تختلف التعويضات باختلاف طرق وأسباب فك العلاقة الزوجية، فقد يكون التعويض ناتجا عن الطلاق التعسفي، وقد يكون ناشئا عن التطليق، وقد يكون ناجما عن النشوز، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي قائمة في تقدير مختلف هاته التعويضات.

وللحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الأضرار الناشئة عن فك الرابطة الزوجية يجدر بنا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على التوالي:

أتطرق في المطلب الأول إلى سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي، أما المطلب الثاني سأخصصه لدراسة سلطة القاضي في تقدير التعويض الناتج عن التطليق، وفي المطلب الثالث أتعرض إلى سلطة القاضي في تقدير التعويض الناتج عن النشوز.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.

إن من أبرز مظاهر إعطاء القاضي دورا إيجابيا في حسم الدعاوى هو الاعتراف له بسلطة تقديرية للحكم بما يراه مناسبا، وخاصة في دعوى التعويض، حيث يتمتع القاضي بسلطة واسعة، وبدور إيجابي في تسيير دعوى التعويض، ووضع التقدير المناسب لجبر الضرر أو التخفيف منه.[1]

فكثيرة هي الأضرار التي تلحق أحد الزوجين نتيجة ما يقوم به الزوج الآخر في استعماله لحقه في المسائل المرتبطة بالطلاق، وما ينجم عن هذه التصرفات من آثار مادية ونفسية، ويعتبر هذا النوع من القضايا الأكثر طرحا أمام قاضي شؤون الأسرة.[2]

وقد أثبتت وقائع قضايا شؤون الأسرة أن جل المشاكل أمام المحاكم سببها الرئيسي والغالب التعسف في استعمال الحقوق الشرعية، وسط تجاهل الكثير من أن هذه الحقوق مقيدة بقيد عام هو عدم التعسف في استعمالها، مما يتطلب من المشرع التدخل بوضع قيود ضابطة لاستعمال هذه الحقوق حتى لاتخرج عن مقاصد وضعها، بمنح قاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة وقائية وعلاجية لوقف أي ممارسة للحقوق الأسرية بقصد مخالف لمقصود الشارع، أو بنية الإضرار أو مع انتفاء وجه المصلحة المطلوبة من استعمال الحق.

ومن هنا فقد يتعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية ويسبب ضررا للزوجة، فيجوز للقاضي التدخل إعمالا لسلطته التقديرية والحكم بالتعويض للزوجة في حالة تضررها من

---

[1] صلاح حسين علي الجبوري. تعويض الضرر الأدبي في المسؤولية المدنية. دراسة مقارنة. ط1. دار الفكر الجامعي. الاسكندرية. مصر. 2014. ص148.

[2] مسعودة نعيمة الياس. التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق. دراسة مقارنة. رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان. 2010. ص242.

الطلاق التعسفي.[1]

وقبل الحديث عن سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي يجدر بنا التطرق أولا إلى تعريف كل من التعويض والطلاق التعسفي.

الفرع الأول: تعريف التعويض.

أتطرق أولا إلى تعريف التعويض في اللغة ثم في الإصطلاح كالتالي.

أولا: تعريف التعويض في اللغة.

عوض: العوض: البدل، والجمع أعواض،

ويقال عضت فلانا وأعضته وعوضته إذا أعطينه بدل ما ذهب منه، والمستقبل التعويض. وتعوض منه، واعتاض: أخذ العوض، واعتاضه منه واستعاضه وتعوضه، كله سأله العوض.[2]

والعوض: الخلف.[3]

والتعويض من الفعل عوض، يعوض، عوض، تعويضا الشيء عن فلان: أعطاه عوضا أي بدلا أوخلفا.[4]

والعوض: جمع أعواض، والعائض والمعوضة: أي الخلف والبدل.[5]

من خلال هاته التعريفات يمكن القول بأن التعويض في اللغة معناه خلف الشيء وبدله.

ثانيا: تعريف التعويض في الاصطلاح.

عند الحديث عن التعويض في الاصطلاح يجدر بنا التطرق إلى معنى التعويض في الاصطلاح الفقهي، ثم بعد ذلك معناه في الاصطلاح القانوني.

---

[1] أحمد شامي. المرجع السابق. ص205.

[2] ابن منظور. لسان العرب.(د.ط).المجلد7. دار صادر. بيروت. لبنان.1968. ص192.

[3] أحمد الزاوي. ترتيب القاموس المحيط.ج3.المرجع السابق. ص344.

[4] علي بن هادية وآخرون. المرجع السابق. ص709.

[5] نخبة من الأساتذة. المرجع السابق. ص538.

أ- تعريف التعويض في اصطلاح الفقهاء(فقها).

فقهاء الشريعة لم يستعملوا اصطلاح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر، وإنما يستعملون اصطلاح الضمان والتضمين، فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به من اصطلاح التعويض عند فقهاء القانون المدني.

ويطلق عندهم الضمان بمعنيين هما:

الأول: الضمان بمعنى الكفالة.

ثانيا: الضمان بمعنى التعويض.[1]

يبدو أن فقهاء الشريعة قد تفطنوا إلى عدم الدقة اللغوية في لفظ التعويض إذ أطلقت بمعنى جبر الضرر، ولذلك نجدهم يستعيضون عنها بتعبير الضمان والتضمين، فالضمان عندهم يقترب إلى حد ما من المسؤولية عند فقهاء القانون الوضعي.[2]

***تعريف الضمان بمعنى التعويض.**

ورد الضمان بهذا المعنى على لسان الفقهاء، حيث عرفه أبوحامد الغزالي على أنه: "هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل والقيمة."[3]

كما عرفه مصطفى الزرقاء بأنه:"التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير"[4]

والضمان عند الحموي هو:" عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا."[5]

---

[1] محمد فتح الله النشار. حق التعويض المدني بين الفقه الاسلامي والقانون المدني.(د.ط). دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية. مصر. 2002. ص26.

[2] مسعودة نعيمة الياس.المرجع السابق. ص243.

[3] أبوحامد الغزالي. الوجيز في فقه الامام الشافعي.(د.ط).ج1. دار المعرفة. بيروت. لبنان.1979. ص208.

[4] مصطفى أحمد الزرقاء. الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد. المدخل الفقهي العام.(د.ط).ج2. مطبعة طربين. دمشق. سوريا.1968. ص1032.

[5] أحمد بن محمد الحموي الحنفي. غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر. ط1.ج3. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.1985. ص218.

***مناقشة التعاريف.**

ما يلاحظ على التعريف الأول أنه عرف الضمان بأنه واجب في حين أنه قد يكون جائزا لا واجبا.

يؤخذ على التعريف الثاني أنه عرف الضمان بمعنى التعويض المالي وأغفل التعويض المثلي.

يستشف من التعريف الثالث أنه يشبه التعريف الأول إلا أنه استعمل مصطلح الهالك بدل من الشيء وهو أفضل.

***الترجيح.**

من خلال هذه التعريفات أرجح التعريف الثالث لأنه حسب نظري هو الدال على المعنى المقصود من الضمان.

وإذا كانت أسباب الضمان عند فقهاء الشريعة الإسلامية لاتخرج في الجملة عن الاتلاف والاعتداء وتفويت الفرصة، والغصب، والتعيب، والتغيير، والحيلولة، والشرط، والتسبب، وهي فضلا عن تداخلها في بعض صورها، يمكن أن تندرج تحت ما تعارف عليه الفقه الوضعي على تسميته بالفعل الضار أو المسؤولية التقصيرية.[1]

ب/ تعريف التعويض في الاصطلاح القانوني.

لقد وردت بشأن التعويض عدة تعريفات أذكر منها:

"التعويض هو جبر الضرر الذي أصاب المضرور".[2]

كما يقصد بالتزام التعويض:" ذلك الجزاء المدني الذي يفرضه القانون على كل مخطئ سبب

---

[1] مسعودة نعيمة الياس.المرجع السابق. ص243.

[2] أبو الليل ابراهيم الدسوقي. تعويض الضرر عن المسؤولية المدنية. دراسة تأصيلية لتقدير التعويض.(د.ط). مطبوعات جامعة الكويت.1995. ص13.

ضررا لغيره وذلك لجبر الضرر سواء كان ماديا أو أدبيا."[1]

والتعويض معناه كذلك:" ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية اتجاه من أصابه ضرر، فهو جزاء المسؤولية."[2]

***مناقشة التعاريف.**

ما يلاحظ على التعريف الأول أنه ورد عاما ومختصرا وشاملا، وبالتالي وفق فيما ذهب إليه.

يؤخذ على التعريف الثاني أنه جاء مطولا، كما أنه أخفق في استعمال مصطلح" أدبيا" فكان من الأفضل ذكر مصطلح معنويا.

يستشف من التعريف الثالث أنه عرف التعويض على أساس المسؤولية المدنية في حين أغفل التعويض عن المسؤولية الجنائية والإدارية...

***الترجيح.**

من خلال هاته التعريفات أرجح التعريف الأول لأنه يبدولي أنه الدال على المعنى المقصود من التعويض.

الفرع الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي.

سأتطرق في هذا الفرع إلى تعريف التعسف في اللغة ثم في الاصطلاح، ثم أعرف الطلاق التعسفي بعد ذلك كالتالي:

---

[1] عبد الحكم فوده. موسوعة التعويضات المدنية.نظرية التعويض المدني.ج1.(د.ط).المكتب الدولي للموسوعات القانونية. الاسكندرية.مصر.2005.ص159.

[2] محمد فتح الله النشار.المرجع السابق.ص35.

أولا: تعريف التعسف.

أ/ تعريف التعسف في اللغة.

التعسف مأخوذ من الفعل عسف: العسف: السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق، وكذلك التعسف والاعتساف، والعسف: ركوب المفازة وقطعها بغير قصد ولا هدية ولا توخي صوب ولا طريق مسلوك.

وعسف فلان فلانا عسفا: ظلمه.

وعسف السلطان يعسف واعتسف وتعسف: ظلم، وهو من ذلك.

وتعسف فلان فلانا إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه.

ورجل عسوف إذا كان ظلوما.[1]

من خلال هذا التعريف اللغوي يمكن القول أن معنى التعسف هو الظلم والإساءة.

ب/ تعريف التعسف في الاصطلاح.

لم يتعرض علماء المسلمين الأوائل لموضوع التعسف، باعتباره نظرية ذات أركان وأسس وتطبيقات ذلك بما اتسم به أسلوبهم من عرض الجزئيات في أسلوب معين دون صبغة، بل ربما نثروه حسب الأحوال والأوضاع، كما أنهم لم يعرفوه لحداثته، بل تعرضوا له تحت مسميات مختلفة في باب الضمانات كما في منع الاحتكار، وفي المناكحات، كما في تزويج الفتاة للكفء من غير إذن الولي إن عضلها، وغيرها من التطبيقات.[2]

وعرف في الفقه ألفاظا استخدمها الفقهاء لها معنى التعسف مثل التعدي الذي يستعمل في معنيين:

---

[1] ابن منظور. لسان العرب. المجلد09. المرجع السابق. ص245.246.

[2] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس. دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي. ط1. دار قنديل. عمان. الأردن. 2010. ص34.

أولهما: المجاوزة الفعلية إلى حق الغير، وملكه المعصوم،

والثاني: العمل المحظور في ذاته شرعا بقطع النظر عن كونه متجاوزا على حدود الغير أم لا.[1]

لهذا فإن مصطلح التعسف مستورد من استعمالات المعاصرين من رجال القانون، وانتقل إلى حقل الاصطلاح الشرعي ليجد له مؤيدات شرعية لمنعه، وهذا لا يعني أن نظرية التعسف في استعماله دخيلة على الفقه الإسلامي.[2]

ومن ثمة فقد حاول الدريني إعطاء معنى التعسف بقوله:" التعسف محصور في ممارسة الحق المشروع على وجه يلحق الضرر بالغير أو يناقض قصد الشارع في التصرف المأذون فيه ولا يشمل التجاوز في حدوده.[3]

كما عرفه مصطفى السباعي بأنه:" إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير"[4]

والمقصود بالتعسف كذلك هو الخروج عن الحدود الموضوعية والغائية للحق، فكل استعمال خارج عن السلطات المخولة لصاحبه أو لغير المصلحة أو الهدف الذي شرع من أجله مما يضر بالغير يعتبر تعسفا.[5]

***مناقشة التعاريف.**

ما يلاحظ على التعريف الأول أنه فرق بين التعسف في استعمال الحق والتجاوز في حدوده في حين يبدو لي أن مجاوزة حدود الحق يعتبر صورة من صور التعسف في استعماله.

---

[1] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس. المرجع السابق.ص34.

[2] أحمد شامي. المرجع السابق. ص207.

[3] فتحي الدريني. النظريات الفقهية. ط2. منشورات جامعة دمشق. سوريا.2004. ص130.

[4] مصطفى السباعي. شرح قانون الأحوال الشخصية. ط7.ج1. مطبعة جامعة دمشق. سوريا 1385هـ . ص272.

[5] عبد الرحمن مجوبي. التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية. مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية. كلية الحقوق. جامعة الجزائر.2006. ص17.

يستشف من التعريف الثاني أنه جاء مختصرا وشاملا، حيث وفق صاحبه فيما ذهب إليه.

ما يؤخذ على التعريف الثالث أنه ورد طولا، كما أنه أغفل نقطة بالغة الأهمية وهي مسألة الإضرار بالغير بسبب الخروج عن الحدود الموضوعية والغائية للحق، بمعنى أن يترتب على هذا التعسف إضرار بالغير.

***الترجيح.**

من خلال مختلف هذه التعاريف أرجح التعريف الثاني لأنه حسب نظري هو الدال على المعنى المقصود من التعسف.

ثانيا: تعريف الطلاق التعسفي.

الطلاق التعسفي أو التعسف في استعمال حق الطلاق هو :" أن يطلق الزوج زوجته، وهو حق مشروع دون سبب أو لغير حاجة، فيناقض بذلك مقصد الشارع."[1]

كما يمكن تعريفه بأنه:" فك الرابطة الزوجية من طرف الزوج دون رضا الزوجة ودون سبب معقول أو شرعي أو مبرر لذلك، كما يمكن أن يكون من أجل الحصول على مصلحة غير مشروعة هدفه بذلك إضرار الزوجة فقط".[2]

والمقصود بالطلاق التعسفي أيضا هو:"إساءة استخدام الرجل حقه في إيقاع الطلاق الموكل إليه بالشرع."[3]

***مناقشة التعاريف.**

ما يلاحظ على التعريف الأول أنه أغفل نقطة بالغة الأهمية وهي أن يؤدي هذا الطلاق إلى الإضرار بالزوجة.

---

[1] عبد الفتاح عايش عمرو.السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية. ط1. دار النفائس. عمان. الأردن.1998. ص179.

[2] آسيا بوخاتم. المرجع السابق. ص44.

[3] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس. المرجع السابق. ص106.

يؤخذ على التعريف الثاني أنه جاء مطولا، كما يبدو لي أنه أخفق في استعمال المصطلحات التالية:"من أجل الحصول على مصلحة غير مشروعة".

يستشف من خلال التعريف الثالث أنه ورد شاملا ومختصرا و عاما، وبالتالي وفق في ما ذهب إليه.

***الترجيح.**

من خلال عرض مختلف هاته التعريفات يمكن القول أني أرجح التعريف الثالث لأنه يبدو لي أنه الدال على المعنى المقصود من الطلاق التعسفي.

وقد تطرق المشرع الجزائري إلى هذا النوع من الطلاق في المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها:" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"

وعليه فإنه إذا طلق الزوج زوجته، وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك ضرر، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض عادل، ولم يضع المشرع الجزائري حدا للتعويض المالي الذي ينشأ في ذمة الزوج المتعسف، بل تركه لسلطة القاضي التقديرية وفقا لطبيعة الطلاق التعسفي، ولحالة الزوج المالية، وللقاعدة الشرعية" لا ضرر ولا ضرار".[1]

وما يقال بخصوص المادة السالفة الذكر أن المشرع قد أحسن عملا عندما ترك الأمر إلى القاضي في معرفة التعسف من عدمه، وذلك بعد دراسة ملابسات الطلاق وظروف وأحوال الزوجين، وما أدى بهما إلى الانفصال، فإن رأى أن السبب معقول رد دعوى التعويض وإلا حكم على الزوج بالتعويض، كذلك لم يحدد المشرع في نص المادة 52 من قانون الأسرة مبلغ التعويض، فتقديره يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي بالاعتماد على ما

---

[1] العربي بلحاج.(طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري).المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية. معهد الحقوق والعلوم الإدارية.بن عكنون.جامعة الجزائر .عدد03.سبتمبر 1990.ص607.

أصاب الزوجة من ضرر مادي أو معنوي، وقد أحسن المشرع فعلا لأن التعويض لا يمكن أن يكون ثابتا لكل المطلقات، وإنما يختلف من مطلقة لأخرى، لأن الضرر لا يمكن أن يكون ثابتا بالنسبة للكل.[1]

ب/ شروط التعويض عن الطلاق التعسفي.

لكي يكون الزوج ملزما بدفع تعويض عن طلاقه من زوجته تعسفيا لابد من توافر شروط نقدرها فيما يلي:

1/ أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين.

2/ أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة.

3/ أن يكون الزوج متعسفا في طلبه الرامي لإيقاع الطلاق.[2]

4/ أن يصيب الزوجة من جراء ذلك ضررا لاحقا.[3]

كما لايمكن الحكم على تصرف ما بالتعسف إلا إذا انطبقت عليه معايير نظرية التعسف في استعمال الحق، فحتى نحكم على المطلق بأنه متعسف في استعمال حق الطلاق الذي جعله الله تعالى بيده لابد من دراسة معايير التعسف على واقعة الطلاق، فإذا انطبقت هذه المعايير على تلك الحادثة كان الرجل متعسفا بإيقاعه الطلاق ويحكم عليه بالتعويض.[4]

غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 52 من ق أج نجد أن المشرع الجزائري لم يوضح لنا معايير الطلاق التعسفي، ولكنه يمكن القول أن معايير التعسف تتمثل في معيارين أساسيين هما المعيار الشخصي، والمعيار المادي(الموضوعي).

---

[1] آسيا بوخاتم. المرجع السابق. ص45.

[2] باديس ذبابي. آثار فك الرابطة الزوجية. دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي.(د.ط). دار الهدى.عين مليلة. الجزائر.2008. ص08.

[3] العربي بلحاج.(طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري).المرجع السابق. ص604.

[4] أحمد شامي.المرجع السابق. ص213.

1-**المعيار الشخصي:** ويتجلى في تعمد قصد الإضرار، واستعمال الحق في غير الغرض الذي شرع من أجله.

أ/تعمد قصد الإضرار: يمنع استعمال الحق، إذا لم يكن لصاحبه قصد سوى الإضرار بالغير، لقول الإمام الشافعي:" كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار"[1]

ولما كان ذلك أمر نفسي خفي، يصعب معرفته، فاكتفوا بمظنة هذا القصد، إذ دل التعسف على القرائن وظروف الأحوال، فمن ذلك إذا قام الرجل بإيقاع الطلاق على زوجته دون أن يكون مبررا، أو بدافع حقيقي من وراء ذلك، فلم يقصد إلا الإضرار والتعسف، فيمنع التعسف في هذه الحالة، وهناك قرائن كثيرة يمكن الاعتماد عليها في الكشف عن قصد الإضرار، كتفاهة المصلحة التي يريد تحقيقها إلى ما يترتب على فعله من أضرار فاحشة، فهذه التفاهة هي مظنة قصد الإضرار بغيره.

ومثال ذلك أن يقوم الرجل بتطليق زوجته، لأنه خرجت لزيارة والديها دون إذنه لاضرارها لذلك، وهذا واجب عليها، وبطلاقها لها يكون قد تعسف في ذلك.[2]

ب/استعمال الحق في غير الغرض الذي شرع من أجله.

وبيان ذلك أن الطلاق شرع ليكون حل الخلافات الزوجية المستحكمة، والتي لا يمكن معها استمرار الحياة الزوجية، وفق المقاصد التي شرع من أجلها الزواج، أي أن الطلاق شرع إذا استحالت الحياة الزوجية، فاستعمال الحق في إيقاع الطلاق لغير هذا السبب يكون تعسفا.[3]

2-المعيار المادي(الموضوعي).

إذا كان المعيار الشخصي كما رأينا سابقا يتمثل في النية أو الباعث، فإن المعيار الموضوعي أو المادي يتمثل في الموازنة بين الحقوق والظروف التي أحاطت باستعمال

---

[1] أبو اسحاق الشاطبي. الموافقات.(د.ط). دار المعرفة. بيروت. لبنان.(د.ت). ص373.

[2] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس. المرجع السابق. ص55.

[3] أحمد شامي. المرجع السابق. ص213.

الحق، فالمعيار هو ضمان حالة التوازن طبقا للقاعدة الشرعية" لا ضرر ولا ضرار"، وهذا ما تجسده السلطة التقديرية للقاضي.

كما توازن الشريعة بين المصلحة التي يتوخاها ذو الحق، والمفسدة التي تلتزم عنه، فإذا رجحت كفة الضرر منع الفعل، لأنه أصبح غير مشروع.

ذلك أن الرجل حين يوقع الطلاق قد تكون هناك أسباب ودوافع ألجأته لذلك، لكن بالنظر إلى هذه الأسباب وبالموازنة بين الضرر المترتب على الطلاق، وبين الضرر المترتب على استمرار الحياة الزوجية، فيرجح الضرر الأول، ويكون دفعة أولى، ويكون ضرر الطلاق أكبر.[1]

ومثال ذلك: أن الزوجين يقع بينهما مشكلات ويخضع الزوج كثيرا لها، لأن في طلاقها ضياع للأسرة، وتشريد الأطفال الذين لاحول لهم ولاقوة، ففي ذلك يكون الضرر المترتب على استمرار الحياة الزوجية أقل بلاء من الطلاق الذي يؤدي إلى تضييع الزوجة التي لا معيل لها إلا زوجها، فيتشرد الأطفال الذين لاذنب لهم.[2]

وبالتالي فإذا أوقع الزوج الطلاق على زوجته بهذه الطريقة وفقا لهاته المعايير السابق ذكرها فإن طلاقها في هذه الحالة يعتبر تعسفيا.

وعند تصفح القانون المدني يتضح لنا جليا أن المشرع الجزائري قد ذكر معايير التعسف في استعمال الحق بشكل عام في نص المادة 124 مكرر منه التي نصت على أنه:" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

-إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

---

[1] زياد صبحي نياب. متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي. ط1. دار الينابيع. عمان. الأردن. 1992. ص103.

[2] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس. المرجع السابق. ص56.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."[1]

يستشف من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يعرف التعسف في استعمال الحق، وترك ذلك قطعا إلى الفقه الذي خلص في مجمله أن التعسف هو انحراف عن سبيل استخذام الحق الاستخذام الشرعي والقانوني.

وإذا كان المشرع لم يعرف التعسف حصريا إلا أنه جسد مظاهره في ثلاث صور عددها في المادة أعلاه(م124 مكرر ق م ج).[2]

والواضح من المادة المذكورة التي يمكن إسقاطها على موضوعنا أن التعسف يعني الإنحراف في استخذام الحق بالشكل الذي يوقع الضرر بالغير عن قصد وتعمد أو الحصول على منافع ضئيلة قياسا بحجم الضرر الذي ينشأ للغير أو قصد الحصول على فائدة غير شرعية ولا قانونية.

فالزوج عند استعماله الحق إيقاع الطلاق، ينبغي عليه أن يبرر ذلك التبرير الشرعي وإثباته قانونا وأن لجوءه إلى الطلاق دون أن يقدم عذرا شرعيا عد متعسفا في استعمال حقه بالشكل الذي يلحق الضرر بالزوجة عن قصد وتعمد، وبالتالي تستحق التعويض في هذه الحالة.[3]

وبصدد الحديث عن التعويض يتبادر إلى الذهن التساؤل التالي:

ماهو الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي؟

يتضح هذا الأساس جليا من خلال قرارت المحكمة العليا وما قضت به في هذا الشأن ولاسيما القرار المؤرخ في 1998/11/17 حيث جاء فيه:" من المقرر قانونا أن الزوجة

---

[1] قانون رقم 10/05 مؤرخ في 20 يونيو2005. المتضمن تعديل القانون المدني. (الجريدة الرسمية رقم 44 الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005).

[2] باديس ذبابي. آثار فك الرابطة الزوجية. المرجع السابق. ص16-17.

[3] المرجع نفسه. ص17.

تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ومتى تبين من-قضية الحال-أن الحكم من طرف قضاة الموضوع للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز.

فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا."[1]

ويتضح من خلال ذلك أن مسؤولية الزوج وحده عن الطلاق هي التي ترتب للمطلقة الحق في التعويض، وبمعنى أدق فإن التعسف في استعمال الحق في الطلاق هو الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة للتعويض في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، ومن ثم فإنعدام التعسف الذي يثبت بمشاركتها في المسؤولية في الطلاق، أو بوقوعه كلية على مسؤوليتها يجعلها تفقد هذا الحق ولو لم يتم الطلاق بالتراضي.[2]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار آخر لها الذي جاء فيه:

"إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق."[3]

يستشف من خلال هذا القرار أن الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة التعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية، ذلك أن هذه الأخيرة تقوم على أساس الخطأ الذي يلحق الضرر، وهذا ما لايمكن أن يشمله التعويض المحكوم به في حالة الطلاق.

---

[1] م.ع.غ.أ.ش.ملف رقم 210451. قرار بتاريخ1998/11/17. إجتهاد قضائي.2001. عدد خاص. ص252./جمال سايس.ج3.المرجع السابق. ص1126.1125

[2] مسعودة نعيمة الياس.المرجع السابق. ص285.

[3] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 235367. قرار بتاريخ 2000/02/22. مجلة قضائية 2001. العدد01. ص275./جمال سايس.ج2.المرجع السابق. ص979.

وبالتعويض هنا إنما يقوم على وجود حق، وأدى استعمال هذا الحق إلى الحاق الضرر بالغير، فإذا كان هذا الضرر اللاحق بالمطلقة يفوق المصلحة التي حققها المطلق كان ذلك تعسفا من جانبه وثبت لها التعويض، فاستعمال الطلاق حتى ولو أدى إلى الإضرار بالزوجة لا يمكن أن يكون خطأ يرتب المسؤولية التقصيرية لأنه حق مخول شرعا وقانونا للزوج.[1]

أما بالنسبة لتقدير وتحديد قيمة التعويض فإنه إذا لم يوجد نص أو اتفاق يقدره فإن القاضي هو الذي يقدره.[2]

وفيما يتعلق بتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي فإن المشرع الجزائري منح لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في تحديده، حيث أنه لم يحدد له سقف أعلى ولاحد أدنى، مما ترك المجال مفتوحا له في التقدير، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها ولاسيما القرار الصادر بتاريخ1991/06/18 الذي جاء فيه:

"من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل.

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

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[3]

---

[1] مسعودة نعيمة إلياس.المرجع السابق.ص288.287.

[2] محمد ابراهيم دسوقي.تقدير التعويض بين الخطأ والضرر.(دط).مؤسسة الثقافة الجامعية. الاسكندرية. مصر. (د.ت). ص207.

[3] م.ع.غ.أ.ش.ملف رقم75029.قرار بتاريخ1991/06/18.المجلة القضائية1994.العدد02.ص65./جمال سايس. ج2 .المرجع السابق.ص746.

ما يلاحظ على هذا القرار أنه جاء مبرزا لفكرة السلطة التقديرية لقضاة الموضوع في تقدير كل من التعويض ونفقة العدة والمتعة، إلا أنه يتضح من خلال هذا القرار أن هذه السلطة ليست على إطلاقها، وإنما تخضع لضوابط وقيود منها أنه يجب على القضاة ذكر أسباب تحديد هذه المبالغ من متعة وتعويض ونفقة عدة.

حيث اعتبرت المحكمة العليا أن القضاء بدون ذكر أسباب تحديد هذه المبالغ يعتبر قصورا في التعليل.

ومن هنا تتجلى رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية الممنوحة لقضاة شؤون الأسرة، ومظاهر هذه الرقابة تتضح جليا في مسالة إلزامية ووجوب التسبيب(ذكر أسباب تحديد هذه المبالغ)، وإلا كان قرارهم مشوبا بالقصور في التعليل.

وبالتالي أحسن هذا القرار فيما اتجه إليه.

كما صدر عن المحكمة العليا قرار آخر مفاده:

"تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم."[1]

ما يلاحظ على هذا القرار أنه ورد كسابقه موضحا لمسألة السلطة التقديرية الممنوحة لقضاة الموضوع في تحديد مبالغ التعويض عن الطلاق التعسفي، حيث أن هذه السلطة ممنوحة لقضاة الموضوع على سبيل الحصر والتحديد دون غيرهم.

وبالتالي يمكن القول أن القاضي عندما يحكم بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق التعسفي يستلزم عليه أن يبين الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض، لاسيما إذا حكم بغير ما هو مألوف، كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت سنين

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم368660. قرار بتاريخ2006/07/12. مجلة المحكمة العليا.2006.العدد02. ص483./جمال سايس.ج3. المرجع السابق. ص1373.

عديدة، أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ماله من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك وإلا كان قراره معيبا بالقصور في التسبيب.[1]

فتقدير التعويض المستحق للمطلقة هو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في قضية الطلاق، وهو يخضع لسلطته التقديرية، ولا يمكن تقييده أو حصره، وعلى القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار بعض المعطيات وهي مدخول الزوج وظروف المعيشة، وحتى عدد سنوات العشرة الزوجية التي قضياها معا.[2]

كما يجب أن يراعي القاضي في الحكم جسامة الضرر،[3] و نسبة التعسف ودرجته عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصاب المطلقة،[4] وكذا ارتفاع الأسعار وتغييرها، ولذلك فإن إقرار مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري يعتبر وسيلة ناجعة في الحد من الطلاق.[5]

والحقيقة أن المشرع الجزائري حسنا ما فعل عندما لم يقيد التعويض وترك لقاضي الموضوع الحكم بما يراه كفيلا لجبر الضرر، وذلك أن الأوضاع والآثار قد تختلف من حالة طلاق إلى أخرى، كما أن القانون إذا حدد قيمة التعويض فإن مراجعته تحتاج إلى إجراءات وتعديلات قانونية عكس الأحكام القضائية التي تتماشى و الواقع المعاش.[6]

وعليه فإذا كان المبدأ العام يقضي أن للقاضي سلطة مطلقة في تقدير مبلغ التعويض دون تعقيب من المحكمة العليا، فإن ذلك يدخل في صميم اختصاص قاضي الموضوع التي لاتكون له الدراية والإحاطة الكافية بحجم الضرر ومبلغ التعويض الذي يكفل جبر الضرر

---

[1] أحمد شامي. المرجع السابق. ص230.231.

[2] مسعودة نعيمة إلياس.المرجع السابق. ص304.

[3] شريف الطباخ. التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء القضاء والفقه. (د.ط). دار الفكر الجامعي. الاسكندرية. مصر.2007. ص34.

[4] العربي بلحاج.(طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري).المرجع السابق.ص604.

[5] أحمد شامي.المرجع السابق. ص231.

[6] مسعودة نعيمة الياس.المرجع السابق. ص304.

وترضية المضرور، غير أنه من جانب آخر نجد أن هذا الإطلاق ترد عليه قيود تتمثل في ضرورة ذكر القاضي للعناصر التي استند عليها في تقدير التعويض، فبيان هذه العناصر هو من مسائل القانون التي تبسط المحكمة العليا رقابتها عليه.[1]

ولذلك نجد أن القاضي وإن كان من الناحية القانونية يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في تقدير التعويض ، إلا أنه من الناحية العملية والتطبيقية يكون محل رقابة قضائية ولذلك فإنه ليس حرّا تماما في تقدير مبلغ التعويض، وإنما مرتبط بضرورة تسبيب ما قام بمنحه في تقدير التعويض، وكذا الأسس التي اعتمدها في ذلك.[2]

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قراراتها لاسيما القرار الصادر بتاريخ 1998/11/17 الذي جاء فيه:" من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ومتى تبين- من قضية الحال- أن الحكم من طرف قضاة الموضوع للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز.

-فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا."[3]

كما ذهبت المحكمة العليا في اجتهاد آخر لها ورد فيه:

"من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما

---

[1] أسمهان عفيف. المرجع السابق. ص238.

[2] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[3] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم210451. قرار بتاريخ1998/11/17. اجتهاد قضائي.2001. عدد خاص. ص252./جمال سايس.ج3. المرجع السابق. ص1125.1126.

يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل."[1]

من خلال هذين القرارين تتجلى رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية الممنوحة لقضاة شؤون الأسرة(الموضوع)، ومظاهر هذه الرقابة تتضح لنا جليا في مسألة إلزامية ووجوب التسبيب(ذكر أسباب تحديد هذه المبالغ) وإلا كان قرارهم مشوبا بالقصور في التعليل، وهذا ما نجده في القرار الثاني، وكذا وجوب إثبات التعسف كما في القرار الأول.

فإذا كان الحكم بالتعويض هو أثر الطلاق التعسفي فهل هناك علاقة بينه وبين المتعة؟

لو تفحصنا نصوص قانون الأسرة الجزائري لما وجدنا أثر لمصطلح المتعة، ولكن بالرجوع إلى أحكام القضاء الجزائري نجد أن القضاة كانوا يحكمون للمطلقة بمبلغ من المال ويلزمون الزوج بدفعه لها بسبب الطلاق التعسفي تحت تسميات مختلفة فتارة يصفونه متعة، وتارة يطلقون عليه مصطلح تعويض، فهذا الاختلاف يدفعنا إلى التساؤل عما إذا كان هناك علاقة بين المتعة والتعويض؟ أم لها نفس الدلالة والاختلاف في اللفظ فقط؟ وهل يمكن أن يحكم القاضي بهما في نفس الوقت، وهذا ما سنحاول معرفته من خلال ما يلي:[2]

أولا: تعريف المتعة.

نعرف المتعة في اللغة ثم بعد ذلك في الإصطلاح.

أ/ تعريف المتعة في اللغة.

المتعة: ج متع ومتع: اسم للتمتيع: الزاد القليل، البلغة، ما يتمتع به من الصيد والطعام، يقال:" أبلغني متعة أعيش بها"

متعة المرأة: ما وصلت به بعد الطلاق من نحو القميص والإزار والملحفة وهي متعة الطلاق.[3]

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم75029. قرار بتاريخ1991/06/18. مجلة قضائية.1994. العدد02. ص65./جمال سايس.ج3. المرجع السابق. ص746.

[2] آسيا بوخاتم. المرجع السابق. ص53.

[3] نخبة من الأساتذة. المنجد في اللغة والاعلام. المرجع السابق. ص745.746.

ب/ تعريف المتعة في الإصطلاح.

يمكن تعريف المتعة في الإصطلاح بعد تعاريف أهمها:

المتعة هي الكسوة أو المال الذي يعطيه الزوج للمطلقة زيادة على الصداق أو بدلا عنه كما في المفوضة، لتطيب نفسها، ويعوضها عن ألم الفراق.

وعرفها الشافعية: بأنها مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه.

كما عرفها المالكية: بأنها الإحسان إلى المطلقات حين الطلاق بما يقدر عليه المطلق بحسب ماله في القلة والكثرة.[1]

والمتعة كذلك: هي إسم للمال الذي يجب على الزوج أن يدفعه لزوجته التي فارقها في حياته بطلاق ونحوه تعويضا عن الضرر الذي لحقها، ولم تكن سببا فيه.[2]

والمقصود بالمتعة أيضا:" هو ما يعطيه الزوج لمن طلقها زيادة على الصداق لجبر خاطرها المنكسر جبرا للفرقة بحسب حاله وعلى الموسع قدره."[3]

***مناقشة التعاريف.**

ما يلاحظ على التعريف الأول أنه عرّف المتعة بمعنى التعويض عن ألم الفراق، كما أنه أخفق في استعمال مصطلح" المطلق"، فكان من الأفضل ذكر مصطلح"لمطلقته".

ما يؤخذ على التعريف الثاني أنه جاء عاما بذكر لفظ" المفارقة في الحياة بطلاق و ما في معناه"، فحسب هذا التعريف فالخلع يوجب المتعة، والصحيح أنه إذا تمت المفارقة بطريق الخلع فلا متعة هنا للزوجة لأن الفراق كان بسببها.

---

[1] وهبة الزحيلي.ج7.المرجع السابق. ص316.

[2] محمد حسن أبو يحي. أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية.دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية. الأردن. ط1. دار يافا .العلمية.عمان. الأردن.2011. ص323.

[3] عدنان مطروح. محاضرات في مقياس فك الرابطة الزوجية. ألقيت على طلبة مدرسة الدكتوراه. دراسات قانونية. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة العربي بن مهيدي.2010.

يستشف من التعريف الثالث أنه أخفق في استعمال مصطلح" الإحسان" فالمتعة ليست في حد ذاتها إحسان بل هدفها وغايتها هو الإحسان إلى المطلقة عن طريق دفع مبلغ من المال لجبر خاطرها المنكسر.

وما يلاحظ على التعريف الرابع أنه ورد على وجه العموم بذكره" اسم المال" دون تخصيص مال دون آخر، وبذلك يصح أن يكون من المتعة كل ما يصح أن يسمى مالا.

يستشف من التعريف الخامس أنه جاء شاملا غير قاصر، حيث أنه تدارك بعض النقائص الموجودة ففي بقية التعاريف.

***الترجيح.**

من خلال عرض مختلف هذه التعاريف يمكن القول أني أرجح التعريف الخامس والأخير لأنه يبدو لي أنه الدال على المعنى المقصود من المتعة.

ثانيا: مشروعية المتعة.

المتعة مشروعة للزوجة المطلقة وأدلة مشروعيتها عدة آيات قرآنية منها:

قوله تعالى:"لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين"[1]

وقوله عز وجل:" وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين."[2]

وقوله أيضا:" يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا."[3]

وقوله جل جلاله:" يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين

---

[1] سورة البقرة: الآية236.

[2] سورة البقرة: الآية241.

[3] سورة الأحزاب: الآية49.

أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا."[1]

إن هذه الآيات تضمنت الدلالة على مشروعية المتعة حيث أن فيها أمرا بالمتعة في قوله:" **ومتعوهن" وقوله:"فمتعوهن"**، وأقل درجات الأمر، الدلالة على المشروعية وأيضا قوله:" **وللمطلقات متاع**" بإضافة المتعة لهن.[2]

هذا وفي تشريع المتعة تكريم للمرأة وحماية لها من نظرة المجتمع، فقد شرعها الحق سبحانه وتعالى جبرا لخاطر المرأة وتطييبا لنفسها وتخفيفا لما يصيبها من ألم وحسرة وأسى نتيجة الطلاق، كما أن فيها نوعا ما من المواساة.[3]

ثالثا: العلاقة بين المتعة والتعويض.

لم ينص قانون الأسرة على نفقة المتعة تاركا المجال لاجتهادات المحكمة العليا التي جاءت متضادة في اتجاهين اتجاه أول يقضي بجعل نفقة المتعة(كمفهوم شرعي) مرادفا للتعويض عن الطلاق التعسفي(كمفهوم قانوني)، أما الاتجاه الثاني ففرق بين المفهومين وجعل من نفقة المتعة مبلغا مختلفا عن التعويض عن الطلاق التعسفي.[4]

وبالتالي لم يحسم القضاء في الجزائر هذه المسألة واختلطت عليه الأمور ولم يتبين موقفا واحد، حيث سارت المسألة دون نسق واحد واجتهاد موحد.

---

[1] سورة الأحزاب.الآية28.

[2] محمد يوب. تعويض الضرر الناتج من العلاقة الزوجية. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. رسالة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية. تخصص فقه وأصول. كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الاسلامية. قسم العلوم الإسلامية. جامعة الحاج لخضر باتنة. 2013. ص172.

[3] المرجع نفسه. ص173.

[4] عادل عيساوي. مداخلة حول الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مسألة نفقة المتعة. الملتقى الوطني السادس حول الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قضايا شؤون الأسرة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة العربي بن مهيدي. 29 أفريل2013. ص15.

الرأي الأول: من القضاء من اعتبر المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي عملة واحدة ومعنى واحد.[1]

وهذا ما أكّده القرار الصادر بتاريخ1985/04/08 الذي جاء فيه:" إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي ي حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة بدفع مبلغ مالي لها باسم المتعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض."[2]

من خلال استقراء هذا القرار يستشف أنه جعل المتعة الممنوحة للمطلقة هي نفسها تعتبر تعويضا، حيث أنه لم يميز بين كل من المتعة والتعويض وجعلهما وجهان لعملة واحدة.

الرأي الثاني: ذهب جانب من القضاء الجزائري إلى الفصل بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي.[3]

وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه:" من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل.

والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا

---

[1] باديس ذبابي. آثار فك الرابطة الزوجية. المرجع السابق. ص24.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم35912. قرار بتاريخ1985/04/08. المجلة القضائية.1989.العدد01. ص89./ جمال سايس.ج1.المرجع السابق. ص220.

[3] باديس ذبابي. آثار فك الرابطة الزوجية. المرجع السابق. ص 26.

إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي".[1]

ما يلاحظ من خلال هذا القرار أنه ميّز بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي على خلاف القرار السابق الذي جعلهما عملة واحدة.

وهذا ما أكده كذلك القرار الصادر بتاريخ 1991/06/18، حيث جاء فيه:" من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع السلطة التقديرية لقضاة الموضوع..."

هذا القرار كان كسابقه فصل بين المتعة والتعويض.

من خلال عرض هذه القرارات يمكن القول أن موقف المحكمة العليا متذبذب وغير مستقر بشأن المتعة والتعويض، فتارة اعتبرت أن التعويض هو نفسه المتعة، وتارة أخرى لم تعتبره كذلك وفصلت بينهما.

و بصدد الحديث عن المتعة والتعويض يمكن القول أن المتعة مخصصة لجبر خاطر المطلقة، أما التعويض فيجوز استعماله لجبر أي ضرر عن أي فعل غير مشروع، فالأولى(المتعة) يراعى في تقديرها الحالة الاقتصادية لكل من المطلق والمطلقة، وليس لأدناها ولا لأقصاها حد معين، والثاني(التعويض) يراعي القاضي في تقديره مقدار الخسارة وفوات الكسب، ولا يجوز أن يحكم بما يتجاوز مقدار الضرر أوبما يقل عنه.[2]

والفرق بين المتعة والتعويض هو أن المتعة مصدرها الشرع، والتعويض مصدره القانون.[3]

لهذا أقترح مستقبلا إضافة مادة جديدة في قانون الأسرة تنص على المتعة، وذلك بهدف حسم وإنهاء اختلاف وتذبذب الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم41560. قرار بتاريخ1986/04/07.المجلة القضائية.1989.العدد02. ص69./ جمال سايس.ج1.المرجع السابق. ص253.

[2] مسعودة نعيمة إلياس.المرجع السابق. ص311.

[3] آسيا بوخاتم. المرجع السابق. ص55.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض الناتج عن التطليق.

إذا كان الضرر يمثل إخلالا بالتوازن المالي بين المسؤول والمضرور، وأنه لهذا الغرض يجب التعويض، و لهذا لا يعقل أن يزيد التعويض عن مقدار الضرر.[1]

وانطلاقا من المادة 124 من القانون المدني الجزائري، فإن كل من أحدث ضررا للغير بخطئه يلزم التعويض، غير أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يتعرض صراحة لمسألة التعويض في حالة التطليق إلا بصدور الأمر 02/05، ولم يكن في قانون الأسرة سابقا أي نص يجيز إمكانية التعويض عن التطليق، بل حدد المشرع فقط حالات التطليق، وسكت عن مسألة التعويض،[2] ولأجل ذلك سأقسم هذا المطلب إلى فرعين أتناول في الفرع الأول السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض في ظل قانون 11/84، ثم بعد ذلك أتطرق في الفرع الثاني إلى السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض في ظل التعديل المدخل على قانون الأسرة.

الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض في ظل 11/84.

لقد تراوحت السلطة التقديرية للقاضي في ظل قانون الأسرة1984، وقبل صدور الإصلاح التشريعي بموجب الأمر 02/05 بين قبول طلب التعويض ورفضه وهذا ما أكدته قرارات المحكمة العليا لاسيما القرار الصادر في 1989/03/27 الذي جاء فيه:

"متى كان من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضررا لمطلقته، فإن كل زوجته بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لهابه، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون.

---

[1] عبد الرزاق دربال. التعويض عن الأضرار الجسدية في المسؤولية المدنية والتأمينات الاجتماعية. دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون. بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه الدولة. كلية الحقوق. جامعة منتوري. قسنطينة.2001. ص172.

[2] مسعودة نعيمة الياس.المرجع السابق. ص235.

ولما كان من الثابت-في قضية الحال-أن الزوجة هي التي طلبت التطليق، فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبالغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي(تعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة...) بأن الزوجة رفضت الرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 فهما خاطئا.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض والسكن ونفقة الإهمال.[1]

من خلال استقراء هذا القرار يبدو لي أنه غير مستساغ وذهب مذهبا غير مندوب بشأن فكرة التعويض عن الضرر الناتج عن التطليق، ففي هذه الحالة فالزوجة طالبة التطليق ليس من العدل أن نجمع لها بين ضررين، الضرر الذي جعلها تطلب التطليق من جهة وكذا حرمانها من تعويض ذلك الضرر من جهة أخرى.

كما ورد في قرار آخر لها:

" إن الطلاق بطلب من الزوجة يعتبر تطليق، يحكم لها به عند الاقتضاء دون تحميل الزوج أية مسؤولية داعية للتعويض."[2]

كما قضت المحكمة العليا في اجتهاد لها:

"إذا كان يحق للزوجة طلب التطليق، فلا يجوز لقضاة الموضوع القضاء بتظليم الزوج والحكم لطالبة التطليق بالتعويض عن الطلاق التعسفي"[3]

من خلال هذه القرارت يتضح جليا أن قضاة المحكمة العليا كانوا يعتبرون أن التعويض أثر من آثار الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة وأن الزوجة وإن تضررت من استمرار

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم53017. قرار بتاريخ1989/03/27.المجلة القضائية.1991.العدد01. ص56./جمال سايس.ج1. المرجع السابق. ص457.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم73992. قرار بتاريخ1991/10/01. نشرة القضاة1995. العدد47. ص153./جمال سايس.ج2. المرجع السابق. ص784.

[3] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم92674. قرار بتاريخ1993/02/23. نشرة القضاة 1995. العدد48. ص171./جمال سايس.ج2. المرجع السابق.ص789 وما بعدها.

الحياة الزوجية فإنه يجوز لها أن تطلب التطليق وهذا التطليق يعتبر تعويضا لها في حدذاته.[1]

غير أن المحكمة العليا غيّرت موقفها وهذا ما أكدته قرارتها لاسيما القرار الصادر بتاريخ 1996/04/23 حيث جاء:" من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا إلى وجود الضرر المعتبر شرعا، ولما ثبت-في قضية الحال- أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة 05 سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض الممنوح لها مما يتعين رفض الطعن.[2]

وذهبت في قرار لها ورد فيه:

"من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا"

ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه متعسفا من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر و تعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاء بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 من ق أ قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.[3]

كما قضت في اجتهاد آخر لها جاء فيه:

"من المستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة طالبة الطلاق في حالة ثبوت تضررها فعلا. ومن الثابت-في قضية الحال- أن الطاعنة متضررة فعلا بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، وأن القرار المطعون فيه

---

[1] أحمد شامي. المرجع السابق. ص199.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم135435. قرار بتاريخ1996/04/23. المجلة القضائية1998.العدد01. ص129./جمال سايس.ج2. المرجع السابق. ص899.

[3] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم181648. قرار بتاريخ1997/12/23.المجلة القضائية.1997. العدد01. ص49/جمال سايس.ج2.المرجع السابق. ص872.

بقضائه بعدم استحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى الضرر اللاحق بها من جراء الضرب المبرح الذي تعرضت له من طرف زوجها مشوب بالقصور في التسبيب.

مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض.[1]

من خلال استقراء مختلف هذه القرارات يلاحظ أن هناك تحول في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، فبعد ما كانت لا تجيز للزوجة الحق في التعويض عن التطليق، تراجعت عن هذا المبدأ، وأجازته من خلال هذه القرارات وذلك في حالة ثبوت تضررها من الحياة الزوجية وهذا ما يتضح جليا في تأخر الزوج في الدخول بزوجته لمدة 05 سنوات في القرار الأول، وكذلك من خلال تعسف الزوج في القرار الثاني، وأيضا من خلال تضرر الزوجة بسبب الضرب المبرح وسقوط حملها في القرار الثالث.

بعد عرض مختلف القرارات التي صدرت في ظل قانون الأسرة 11/84 يتضح من خلال استقراء مضمونها أن موقف المحكمة العليا متذبذب وغير مستقر بشأن مسألة مدى جواز مطالبة الزوجة رافعة دعوى التطليق في حقها في التعويض، فتارة لم تجز لها الحق في التعويض وتارة أجازت لها ذلك.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض في ظل التعديل المدخل على قانون الأسرة.

جاء الإصلاح التشريعي بموجب الأمر 02/05 الذي أضاف المادة 53 مكرر التي نصت على ما يلي:" يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، والتي كانت بمثابة حلقة مفقودة في ظل قانون 11/84.

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم245159. قرار بتاريخ2000/06/20. اجتهاد قضائي.2001. عددخاص.ص259./جمال سايس.ج3.المرجع السابق. ص1130.

كما سبق البيان حين تعرضنا لاختلاف وتناقض الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مسألة أحقية الزوجة طالبة التطليق في التعويض عن الضرر اللاحق بها قبل صدور الإصلاح التشريعي، أما التعديل الجديد فيجوز لطالبة التطليق أن تطلب التعويض وللقاضي أن يحكم لها بذلك، لأن الزوجة في إطار أحكام المادة 53 ق أ التي هي أساس م53 مكرر لم تختر فراق زوجها دون مسوغ شرعي، وإنما طلبت التطليق لضرر قانوني أو شرعي من جملة الأضرار المنوه عنها شرعا في المادة 53 التي سبق شرحها تفصيلا، وبالتالي لها الحق، ولا من العدل أن نجمع لها بين ضررين الضرر الذي حمّلها على طلب التفريق القضائي، وحرمانها من تعويض ذلك الضرر.[1]

ولقد صدر بشأن مسألة التعويض اجتهادات عن المحكمة العليا حيث جاء في إحداها:" لا يعد التعويض المحكوم به لصالح الزوجة بموجب الحكم الجزائي عن ترك الأسرة، والتعويض المحكوم به لصالحها بعد الطلاق، تعويضين عن واقعة واحدة"[2]

ما يلاحظ على هذا القرار أن موقف المحكمة العليا كان واضحا حيث أنه فصل بين التعويض المحكوم به لصالح المطلقة بموجب حكم جزائي عن جريمة الإهمال العائلي وبين التعويض الذي يمنح عن التطليق، وبالتالي حسب قرار المحكمة العليا لايمكن المزج بينهما، لأن لكل منهما دعوى مستقلة، فالدعوى الجزائية مستقلة عن دعوى الطلاق.

وبالتالي أجاز هذا القرار للزوجة طالبة التطليق الحق في التعويض.

وذهبت المحكمة العليا في اجتهاد آخر لها:

"لايتحمل الزوج المصاب بمرض العقم مسؤولية تعويض الزوجة طالبة التطليق، عن

---

[1] عبد القادر بن داود. المرجع السابق. ص88.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم356896. قرار بتاريخ2006/07/12. مجلة المحكمة العليا.2006.العدد02. ص433./جمال سايس. ج3. المرجع السابق. ص1354.

الضرر الحاصل لها، بفعل عدم قدرته على الإنجاب."[1]

ما يستشف من خلال هذا القرار أنه جاء مفسرا لمضمون المادة 53 ف2 والمادة53 مكرر، حيث أن المادة 53 في فقرتها الثانية تمنح للزوجة حق طلب التطليق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، والعقم يعتبر من بين هذه العيوب، إذ يحق للزوجة في هذه الحالة طلب التطليق، ولكن بما أن المادة 53 مكرر تنص على جواز الحكم بالتعويض عند القضاء بالتطليق بمعنى أنها أجازت الحق في التعويض ولم توجبه، لذلك ففي-قضية الحال- تعتبر الزوجة قد تضررت من عدم الإنجاب وعقم الزوج، لكن في الواقع أن الزوج ليس المسؤول عن الضرر، ولا دخل لإرادته فيه، وإنما هو ناتج عن إرادة الله عز وجل.

ومن هنا يتضح أنه لا يحق للزوجة طلب التعويض تأسيسا على هذه الحالة، ومن ثم فإن هذا الاجتهاد يعتبر موقفا، وغير مخالف للقانون.

من خلال عرض مختلف قرارات المحكمة العليا المتعلقة بالتعويض سواء في ظل قانون 11/84 أو في ظل التعديل المدخل على قانون الأسرة، يمكن القول أنه بعد صدور الإصلاح التشريعي بموجب الأمر 02/05 لاسيما بعد إضافة المادة 53 مكرر جاءت القرارات مستقرة لأن هذه المادة أنهت اختلاف وتذبذب الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

وإذا كان المشرع الجزائري نص على جواز الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن التطليق غير أنه لم يبين للقاضي الأسس التي يستند إليها في تقدير التعويض كما لم يبين له حد أدنى أو أعلى للتعويض تاركا ذلك لاجتهاد القاضي الذي يقوم بذلك عن طريق إعمال نشاطه الذهني، ومن هنا فإنه يجب علينا أن نبين أنه هل يجوز للقاضي إدماج عناصر الضرر عند تقدير التعويض.

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم596191. قرار بتاريخ2011/01/13. مجلة المحكمة العليا.2011.العدد02. ص270./جمال سايس.ج3. المرجع السابق. ص1552.

وباعتباره أن الضرر مسألة موضوعية فإنه يجوز إثباته بكل الوسائل القانونية أو الشرعية، ويخضع تقدير مدى صحتها وحجيتها لقاضي شؤون الأسرة.[1]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ1999/05/18 حيث جاء فيه:

"من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

-ومتى تبين-من قضية الحال- أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق والضرب التي تعرضت له من طرف الزوج فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة لثبوت تضررها فإن تقديرهم كان سليما وطبقوا صحيح القانون.[2]

فالقاضي يعتمد في تقديره لمدى قيام الضرر استنادا إلى معيارين أساسيين هما المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، ولابد للقاضي من بيان عناصر الضرر الذي بموجبها يحكم بالتعويض وتقديره، ولا يستلزم هنا تقدير القاضي لكل عنصر على حدى وإنما يستطيع دمج كل هذه العناصر وتقديره تعويض إجمالي عنها مرة واحدة.[3]

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2000/06/20، حيث جاء فيه:" من المستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة طالبة للطلاق في حالة تضررها فعلا.

-ومن الثابت -في قضية الحال- أن الطاعنة متضررة فعلا بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعدم استحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى الضرر اللاحق بها جراء الضرب مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض."[4]

---

[1] أحمد شامي. المرجع السابق. ص202.203.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم222134. قرار بتاريخ1999/05/18. إ.ق.عدد خاص.2001. ص126.

[3] أحمد شامي. المرجع السابق. ص203.

[4] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم245159. قرار بتاريخ2000/06/20. إ.ق.عدد خاص.2001. ص259.

ما يمكن ملاحظته من خلال هذا القرار أنه ركز على ضرورة بيان الضرر من خلال بيان أن الزوجة الطاعنة قد تضررت فعلا، فالضرر هو محقق وحال، كما أنه مس بمصلحة مادية ومعنوية للطاعنة جراء الاعتداء الذي كان من طرف الزوج فأدى إلى سقوط حملها، فهذه العناصر في مجملها تجعل من طلب التعويض مجابا من طرف القاضي وعلى أساسها يتم تقدير التعويض الذي يمكن أن يكون بناء على كل عنصر على حدى أو القيام بنشاط ذهني يدخل ضمن كافة عناصر الضرر، ثم يقضي بتعويض إجمالي عن مختلف الأضرار التي أصيبت بها الزوجة.[1]

وفي الأخير يمكن القول أن قاضي شؤون الأسرة له سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض الناجم عن التطليق، وذلك لانعدام نص قانوني يبين للقاضي المعايير والضوابط القانونية التي يعتمد عليها القاضي في التقدير، والقاضي هنا يرتكز على نشاطه الذهني في تقرير ذلك، استنادا على عناصر الضرر التي له سلطة تقديرية في دمجها عند التقدير، أما بالنسبة للأسس التي يستند إليها في تقدير مقدار التعويض، فهي حجم الضررومدى جسامته، ويراعي في ذلك ظروف الطرف المضرور من خلال منحه تعويضا عادلا لا يجبر الضرر الحاصل دون الاعتداد بظروف الزوج المسؤول عن الضرر، ويعتمد في تقدير ذلك على المعيار الموضوعي ، وكذا المعيار الشخصي لأن الضرر يختلف باختلاف الظروف والأشخاص.[2]

---

[1] أحمد شامي.المرجع السابق. ص203.204.

[2] المرجع نفسه. ص204.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير التعويض الناتج عن النشوز.

يعتبر الطلاق للنشوز أحد الأسباب الموجبة للتعويض في مجال الأحوال الشخصية، والطلاق للنشوز هو طلاق يوقعه القاضي،[1] وقبل الحديث عن سلطة القاضي في تقدير التعويض الناتج عن النشوز يجدر بنا التطرق أولا إلى تعريف النشوز وذكر أسبابه، وكيف يمكن اعتباره موجبا للتعويض.

الفرع الأول: تعريف النشوز.

لتحديد معنى النشوز يجب التعرض أولا إلى التعريف اللغوي، ثم التعريف الاصطلاحي.

أولا: تعريف النشوز في اللغة.

نشز: النَّشْزُ والنَّشَزُ: المتن المرتفع من الأرض، وهو أيضا ما ارتفع عن الوادي إلى الأرض، وليس بالغليظ، والجمع أَنْشَازٌ ونُشُوزٌ.

ونَشَزَ يَنْشُزُ نُشُوزًا: أشرف على نشز من الأرض، وهو ما ارتفع وظهر.[2]

ويقال أيضا: نَشَزَ ارْتَفَعَ وامْتَنَعَ، وأَنْشَزَ الشيء رفعه عن مكانه، والناشز: ما كان نائتا مرتفعا عن مكانه.

والنشاز: المكان المرتفع.[3]

من خلال عرض مختلف التعاريف اللغوية للنشوز يمكن القول أن المعنى اللغوي للنشوز هو الارتفاع والعلو والامتناع.

---

[1] مسعودة نعيمة الياس.المرجع السابق. ص191.

[2] ابن منظور. لسان العرب. المجلد5.المرجع السابق. ص417.

[3] نخبة من الأساتذة. المنجد في اللغة والاعلام.المرجع السابق. ص809.

ثانيا: تعريف النشوز في الإصطلاح.

النشوز هو إعراض أحد الزوجين عن الآخر نفورا منه أو كرها له، أو ميلا عنه إلى شخص سواه.[1]

فنشوز الزوجين هو كراهية كل منهما صاحبه، وأحيانا قد يكون النشوز من الزوج وأحيانا أخرى من الزوجة.

ونشوز الزوج هو سوء عشرته لها ببغضها وضربها...[2] وهو مستمد من قوله تعالى:"**و إن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير.**"[3]

ونشوز الزوجة: هو عصيانها لزوجها وبغضها له، وخروجها عن طاعته...[4]، وهو مستمد من قوله عز وجل:"**واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا**"[5]

ولقد عرّف الفقهاء نشوز الزوجة بتعريفات كثيرة ومتقاربة تدور كلها في فلك واحد أذكر منها:

تعريف الدردير من فقهاء المالكية بقوله:" النشوز هو الخروج عن الطاعة الواجبة كأن منعته الاستمتاع بنفسها أو خرجت بلا إذن لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه، أو تركت حقوق الله تعالى كالطهارة والصلاة وأغلقت الباب دونه، أو خانته في نفسها وماله."[6]

---

[1] عمر فروخ. الأسرة في الشرع الإسلامي. ط1. مطبعة المكتبة العلمية. بيروت. لبنان. 1951. ص137.

[2] علي محمد علي قاسم. نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي.(د.ط).دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية. مصر. 2004. ص09.

[3] سورة النساء: الآية128.

[4] علي محمد علي قاسم. المرجع السابق. ص09.

[5] سورة النساء: الآية34.

[6] شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.ج2. المرجع السابق. ص343.

كما عرّفه صاحب الدر المختار من فقهاء الحنفية بقوله:"خروج الزوجة من بيت زوجها بغير حق."[1]

وعند الشافعية عرّفه الماوردي بأن:" الناشزة هي الخارجة عن طاعة زوجها."[2]

أما عند الحنابلة عرّفه ابن قدامة، فقال:" معنى النشوز هو معصية الزوجية فيما فرضالله عليها من طاعته، وهو مأخوذ من النشز، وهو الارتفاع، فكأنها ارتفعت وتعالت عما أوجب الله تعالى عليها في طاعته."[3]

والزوجة الناشزة: هي التي خرجت عن طاعة زوجها بدون حق شرعي، والتي خرجت من بيت زوجها بلا إذنه بغير وجه شرعي، فهي التي فوتت على الرجل حق الاحتباس بغير حق.[4]

***مناقشة التعاريف.**

يستشف من التعريف الأول أنه جاء على سبيل التمثيل لا الحصر، ذلك أنه اشتمل على عدة أسباب لنشوز الزوجة منها خروجها بلا إذنه، خيانته في نفسها وماله...الخ.

ما يلاحظ على التعريف الثاني أنه ورد قاصرا غير شامل لأسباب نشوز الزوجة، حيث ذكر سببا واحدا وهو " خروجها من البيت بغير حق"، وأغفل بقية الأسباب.

أما التعريف الثالث فهو شبيه بتعريف الدردير من المالكية.

مايؤخذ من التعريف الرابع أنه مستمد من التعريف اللغوي، فالمعنى الاصطلاحي للنشوز مرتبط بمعناه اللغوي وهو الارتفاع والعلو.

---

[1] علاء الدين الحصكفي.الدر المختار شرح تنوير الأبصار.(د.ط).ج3. دار الفكر.1995. ص633.

[2] أبو الحسين علي بن محمد بن حبيب الماوردي.الحاوي الكبير.(د.ط).ج12.المكتبة التجارية. دار الفكر. 1994. ص237.

[3] موفق الدين ابن قدامة. المغني مع الشرح الكبير.(د.ط).ج8. دار الكتاب العربي. دار الريان للتراث.1983. ص162.

[4] بدران أبو العينين بدران. الفقه المقارن للأحوال الشخصية. المرجع السابق. ص239.

يستشف من التعريف الخامس أنه جاء أيضا على سبيل المثال لا الحصر، حيث ذكر بعض الجوانب المؤدية إلى نشوز الزوجة، ولكنه في المقابل أهمل بقية الجوانب.

***الترجيح.**

من خلال عرض مختلف هاته التعريفات يمكن القول أني أرجح التعريف الأول والثالث لأنهما حسب نظري هما الدالين على المعنى المقصود من النشوز.

الفرع الثاني: أسباب النشوز.

الشريعة الإسلامية جعلت حقوق الزوجة وواجباتها متقابلة، فحين ألزمت الزوج بالإنفاق على زوجته في حدود استطاعته أوجبت على الزوجة طاعته وكان مظهر هذه الطاعة أن تستقر في مسكن الزوجية الذي هيأه لها الزوج عملا بقوله تعالى:" **أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم..**"[1]

ومن هنا قرر الفقهاء أن الأصل على الزوجة الطاعة وإنها إذا امتنعت عن طاعة زوجها فإنها تكون ناشزا وتسقط بالتالي نفقتها من تاريخ الامتناع.

وهذه الطاعة مقيدة بأن لا تكون في معصية لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق،[2]

وتجدر الإشارة إلى أن هناك أسبابا تعد المرأة بموجبها ناشزا منها:

1/خروج الزوجة من بيت الزوجية بلا إذن الزوج.

إن طاعة الزوجة لزوجها تشمل الاستقرار بمنزل الزوجية وعدم الخروج منه إلا بمصوغ شرعي، فإن الزوجة تعتبر ناشزا إذا خرجت دون إذن زوجها ومقصد الخروج هو الخروج من

---

[1] سورة الطلاق: الآية06.

[2] عمرو عيسى الفقى. الطاعة والنشوز في ضوء الفقه والقضاء.(د.ط). المكتب الفني للاصدارات القانونية. القلعة.1999. ص09.

منزل الزوجية، والعبرة من ذلك أنها بخروجها قد فوتت على زوجها حق احتباسها لنفسه،أما إذا كان الخروج بموافقة الزوج فلا تعد خارجة عن طاعته.[1]

غير أن خروج الزوجة من البيت بدون إذن زوجها لعذر مشروع، فلا تعد ناشزة في هذه الحالة، و هذا ما صرّح به بعض الفقهاء، إذ يعتبر مثل ذلك الخروج من قبيل الضرورات وكما هو معلوم أن الضرورات تبيح المحضورات إلا أنها تقدر بقدرها.[2]

2/ امتناع الزوجة عن تمكين زوجها منها تمكينا كاملا.[3]

إذا تركت المرأة القيام بواجباتها نحو زوجها، فإن الإصرار على ذلك مع التعمد في الترك يؤدي إلى عدم رضا الزوج، ومن هذه الواجبات عليها أن تطيعه في غير معصية وأن تحفظه في نفسها وماله، وأن تعاشر الزوج بالمعروف من كف الأذى كما يجب عليها بذل ما عليها من غير عصيان.[4]

لهذا فإذا منعت الزوجة زوجها عن وطئها والاستمتاع بها تكون خارجة عن طاعة زوجها، بمعنى أنها تعتبر ناشزا في هذه الحالة.[5]

3/ إذا امتنعت الزوجة عن الانتقال إلى منزل الزوج بدون حق، وسبب شرعي، وقد دعاها إلى الانتقال ، وأعدّ المسكن إعدادا كاملا يليق به.

4/ إذا كان الزوج يقيم مع زوجته في بيتها بإذنها، ثم منعته من الدخول، ولم تطلب منه الانتقال إلى مسكن آخر، ولم تترك له فرصة البحث تعتبر ناشزا لأن منعها له من غير

---

[1] ممدوح عزمي أحكام الطاعة والنشوز للمسلمين وغير المسلمين(دط). دار الفكر الجامعي. الاسكندرية. مصر.2004 .ص61.62.

[2] مسعودة نعيمة الياس.المرجع السابق. ص194.

[3] علي محمد قاسم.المرجع السابق. ص15.

[4] أحمد محمد المومني. المرجع السابق. ص94.

[5] ممدوح عزمي.المرجع السابق. ص61.

الطلب السابق والإمهال خروج عن طاعته.[1]

5/ سفر المرأة بدون إذن زوجها.

لا يجوز للزوجة السفر إلى موطن آخر إلا بإذن الزوج، فإن سافرت بمفردها دون إذن الزوج تكون بذلك ناشزا أي خارجة عن طاعة زوجها.[2]

هذه تعتبر جملة من الأسباب التي تعد الزوجة بموجبها ناشزا وهي مذكورة من قبل بعض الفقهاء على سبيل التمثيل لا الحصر.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من النشوز.

عند تصفح قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع نص على النشوز في المادة 55 ق أ حيث جاء فيها:" عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر."

والنشوز هو جحود الزوجية لغير سبب شرعي، أو هو عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك.[3]

حيث أنه إذا ادّعت الزوجة نشوز زوجها وأثبتت حالة النشوز كان لها الحق في طلب الطلاق، كما يكون للزوج أن يطلب الطلاق في حالة نشوز زوجته أي خروجها عن الطاعة بلا مبرر، ويختلف النشوز من الناحية الفقهية عن الناحية القانونية.

فمن الجانب الفقهي يتحقق النشوز بمجرد تخلي الزوج عن زوجته بإهمالها من الناحية المادية والمعنوية سواء بقي داخل البيت أو خارجه، كذلك الزوجة تكون ناشزا بمجرد خروجها

---

[1] بدران أبو العينين بدران.المرجع السابق. ص239.

[2] ممدوح عزمي.المرجع السابق. ص62.63.

[3] العربي بلحاج.(طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري). المرجع السابق. ص551.

عن طاعة زوجها سواء داخل البيت أو خارجه، وإذا حدث نشوز من الزوج أو الزوجة تطلب الشرع الإسلامي اللجوء إلى الإصلاح بين الزوجين لإعادة الحياة الزوجية إلى طبيعتها.[1]

أما من الناحية القانونية فإن المحاكم عادة لا تعتبر الزوج أو الزوجة في حالة نشوز إلا إذا كان أحد الزوجين خارج البيت، ويطلب منها أو منه الرجوع إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الزوجية خصوصا في جانبها المعنوي، أي العودة إلى المعاشرة الزوجية، فإذا امتنع الزوج أو الزوجة يؤدي ذلك إلى صدور حكم بالنشوز أولا، وانطلاقا من هذه اللحظة يثبت النشوز ويقضي القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر منه.[2]

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع من خلال المادة 55 ق أج لم يساير في هذا الموضوع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من وسائل العلاج لكلا الزوجين عند النشوز، وإنما أعطى الحق للطرف المتضرر من هذا النشوز في طلب التعويض عن ذلك، وعليه فكان على المشرع الجزائري أن يساير ما ذهب إليه الفقه من وسائل العلاج في ذلك قبل الإقدام على الطلاق وفك الرابطة الزوجية حتى يمكن المحافظة على كيان الأسرة واستمرارها.[3]

وعلى المستوى التطبيقي، فعندما يطلب القاضي من الزوج أو الزوجة العودة إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الشرعية ولا يستجيب المعني لهذا الأمر، فإن القاضي يأخذ هذا الامتناع ضده ويعتبره ناشزا، ومن ثم يحمله المسؤولية ويقضي بالتعويض للطرف المتضرر بعد الطلاق.

وفي ذلك نذكر ما قضت به المحكمة العليا في هذا الشأن في قرارها الصادر في 1998/04/21 ، حيث جاء فيه:

"من المقرر قانونا أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر.

---

[1] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص214.215.

[2] المرجع نفسه. ص215.

[3] عمرو خليل. المرجع السابق. ص126.

-ومتى تبين -في قضية الحال- أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة لهذا فإن القضاة لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون.

-ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن."[1]

ما يلاحظ على هذا القرار أنه جاء مؤكدا لما ورد في نص المادة55 ق أ التي تقضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر في حالة النشوز.

وهذا ما تبين من خلال- قضية الحال- أن الزوج امتنع عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة حسب محضر الامتناع، وهذا ما يشكل نشوزا منه طبقا للمادة 55 ق أ، وبالتالي فإن القضاء بتطليق الزوجة وتعويضها يعتبر تطبيقا سليما للقانون.

وبالتالي وفق هذا القرار فيما ذهب إليه.

وذهبت المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه:" إن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا."[2]

كما أكدته في اجتهاد آخر لها ورد 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."[3]

وجاء في قرار آخر لها:" اشتراط الزوجة الأولى توفير سكن منفرد لها للرجوع لا يشكل

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم189226. قرار بتاريخ1998/04/21. اجتهاد قضائي.2001. عدد خاص. ص144./جمال سايس. ج2. المرجع السابق. ص1058.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم189324. قرار بتاريخ1998/05/19. اجتهاد قضائي2001. عدد خاص. ص147./جمال سايس.ج2. ص1060.

[3] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 251682. قرار بتاريخ2000/11/21. المجلة القضائية2001. العدد01. ص290./جمال سايس.ج2.المرجع السابق. ص987.

حالة نشوز".[1]

وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرار آخر ورد فيه:" لا تتوفر حالة نشوز الزوجة، عند إقامتها ببيت أهلها و عدم توفير الزوج السكن."[2]

يتضح من خلال استقراء مضمون هذه القرارات أنه لابد إذن على قاضي شؤون الأسرة أن يتحقق ويبحث عن سبب امتناع الزوجة عن الرجوع لمحل الزوجية، إذ لا يعتبر مجرد امتناعها نشوزا، وعلى القاضي أن يناقش ويتفحص جيدا الدفوع التي تثيرها الزوجة التي تدفع بها ادعاء الزوج بأنها ناشز، فإذا كان سبب امتناعها عن الرجوع لمحل الزوجية هو عدم توفير الزوج لزوجته مسكنا زوجيا منفردا، فإن هذا يعتبر مبررا شرعيا للزوجة وليست في حالة نشوز، ولا يعتبر ذلك مساسا بواجب الطاعة،[3] وهذا ما اتجه إليه كل من القرار الثاني والثالث والرابع.

كما أنه لا تعتبر حالة نشوز امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد إهانتها من طرف زوجها وهذا ما جاء في القرار الأول.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الحضانة.

تعد الحضانة من أبرز الآثار المنجرة عن انحلال الزواج لاسيما في صورته الأولى المتمثلة في الطلاق،[4] فهي تعتبر من أهم المسائل التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة لما تخلفه من آثار ايجابية أو سلبية في حياة الفرد و الأسرة والمجتمع، لأنها تختص بالصغير باعتباره اللبنة الأولى التي تتكون منها الأسرة ومن خلالها المجتمع.[5]

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم364855. قرار بتاريخ2006/07/12. مجلة المحكمة العليا.2006.العدد02. ص469./جمال سايس.ج3.المرجع السابق. ص1367.

[2] م.ع..غ.أ.ش. ملف رقم 448305. قرار بتاريخ2008/10/15. مجلة المحكمة العليا.2010.العدد02. ص2251. /جمال سايس.ج3. المرجع السابق. ص1498.

[3] مسعودة نعيمة الياس.المرجع السابق. ص206.

[4] باديس دبابي. آثار فك الرابطة الزوجية. المرجع السابق. ص49.

[5] الرشيد بن شويخ. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل.المرجع السابق. ص253.

ولا شك أن رعاية الأولاد تأخذ أثناء الزواج أو بعد حله، نفس العناية التي تأخذها الأسرة إن لم تكن أقوى وأشد، وليس هناك تشريعا من التشريعات التي تعرف قيمة الحياة، إلا وكان للطفل فيها المكان الأول مما يتطلب العناية والاهتمام، وليس ذلك فقط لأن الطفل أصل الأسرة بل لأنه كذلك أحد المقاصد السامية للزواج.[1]

إذا كانت الحضانة تعتبر من بين أهم الأمور التي اهتمت بها كل من الشريعة الاسلامية ومن ورائها قانون الأسرة الجزائري بهدف تقديم الرعاية المادية والمعنوية للمحضون.

فلقد نظم المشرع الجزائري المسائل المتعلقة بالحضانة في الفصل الثاني من الباب الثاني المتعلق بانحلال الزواج وذلك من خلال المواد 62-72 منه، حيث منح هذا الأخير للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مختلف أحكام الحضانة.

وقبل الحديث عن هذه السلطة يجب التطرق أولا إلى تعريف الحضانة وذلك من خلال المطلب الأول، ثم أتعرض في المطلب الثاني إلى سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون، أما المطلب الثالث سأخصصه لدراسة سلطة القاضي في تمديد الحضانة، والمطلب الرابع أتناول فيه مدى سلطة القاضي في إسقاط الحضانة.

المطلب الأول: تعريف الحضانة.

أتناول في هذا المطلب تعريف الحضانة في اللغة، ثم بعد ذلك في الاصطلاح.

الفرع الأول: تعريف الحضانة في اللغة.

الحضانة في اللغة من الحضن بالكسر، ما دون الإبط إلى الكشح أو الصدر، جمع أحضان.

وحضن الصبي حضنا وحضانة بالكسر: جعله في حضنه، أو رباه كاحتضنه. واحتضن الطائر بيضه، حضنا، رخم عليه للتفريخ.

---

[1] زكية حميدو. مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة. رسالة دكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق. جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان. 2005. ص02.

والحاضنة: الداية.[1]

احتضن الصبي وغيره: جعله في حضنه: رباه.

والحاضنة هي الموكلة بالصبي تربيه وتحفظه، ج حواضن.

والمحضَن والمحضِن[2]: موضع الحضانة.

والحِضن: قيل هو الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أحضان، ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحتمله في أحد شقيها، والحِضن: الجنب.

وحُضَّانٌ: جمع حاضن لأن المربي والكافل يضم الطفل إلى حضنه، وبه سميت الحاضنة، وهي التي تربي الطفل.

والحَضَانَة: بالفتح فعلها.[3]

من خلال عرض مختلف التعاريف اللغوية يمكن القول أن الحضانة في اللغة بمعنى الحفظ والتربية.

الفرع الثاني: تعريف الحضانة في الاصطلاح.

سأتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الحضانة في الاصطلاح الشرعي(الفقهي)، ثم في الاصطلاح القانوني(قانونا).

أولا: تعريف الحضانة في الاصطلاح الشرعي(فقها).

الحضانة شرعا هي " تربية الولد لمن له حق الحضانة.أوهي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه، كطفل أو كبير مجنون، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه، وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه في سن معينة ونحوها.

---

[1] الطاهر أحمد الزاوي. ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأسس البلاغة. ج2. المرجع السابق. ص662-663.

[2] أحمد رضا. معجم متن اللغة. المجلد2. المرجع السابق. ص113.

[3] ابن منظور. لسان العرب. ط1.المجلد4. حرف الحاء. دار صادر. بيروت. لبنان. (د.ت). ص152.

والحضانة نوع ولاية وسلطنة، لكن الإناث أليق بها، لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال".[1]

والحضانة كذلك هي "حق الصغير لاحتياجه إلى من يمسكه فتارة يحتاج إلى من يقوم بمنفعة بدنه في حضانته، وتارة إلى من يقوم بماله حتى لا يلحقه الضرر وجعل كل واحد منهما إلى من أقوم به وأبصر".[2]

والمقصود بها أيضا:" هي معاقدة على حفظ من لا يستقل بحفظ نفسه من نحو طفل وعلى تربيته وتعهده، وهي حفظ صغير ونحوه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه".[3]

والحضانة في الشرع هي حفظ الصغير، والعاجز والمجنون والمعتوه، مما يضره بقدر المستطاع والقيام على تربيته ومصالحه من تنظيف واطعام، وما يلزم لراحته".[4]

وعرفت كذلك بأنها:" حماية الطفل منذ ولادته، و أثناء خروجه، وتلبية جميع حاجاته من طعام ولباس ونظافة، والحاجات الضرورية لعيشه".[5]

***مناقشة التعاريف.**

ما يلاحظ على التعريف الأول أنه لم يقصر الحضانة على الولد فقط، بل أدخل كذلك الكبير المجنون، كما أنه جاء مطولا غير مختصر.

يستشف من التعريف الثاني أنه ذكر نوعين من الحضانة، حضانة تتعلق بحفظ البدن، والثانية تتعلق بالمال، كما أنه استعمل مصطلح "الصغير" بدل من "الولد".

---

[1] وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته.ج7.المرجع السابق. ص717-718.

[2] أبو البركات عبد الله بن احمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي. البحر الرائق شرح كنز الدقائق.ج4. المرجع السابق. ص280.

[3] عبد الله بن محمد المطلق. فقه السنة الميسر. ط1.ج3. قسم الأحوال الشخصية. دار كنوز اشبيليا. السعودية. 2008. ص424.

[4] عبد الرحمان الجزيري.المرجع السابق. ص520.

[5] Abderrahmane hernane.la hadhana dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit Algerien.office des publications universitaires.ben Aknoun.Alger.1996.p9.

بالنسبة للتعريف الثالث والرابع ما يلاحظ عليهما أنه كل من هما جاء شاملين غير قاصرين، حيث أنهما لم يختزلا الحضانة في الصغير فقط بل شمل بالإضافة إلى ذلك كل من العاجز والمجنون والمعتوه.

وهذا ما يستشف كذلك في التعريف الثالث بعبارة" من لا يستقل بحفظ نفسه" فهي عبارة عامة وشاملة.

***الترجيح.**

من خلال عرض مختلف التعريفات و مناقشتها يمكن القول أني أرجح التعريف الرابع والأخير لأنه يبدو لي أنه الدال على المعنى المقصود من الحضانة، فكان حسب نظري تعريفا عاما وشاملا وموفقا فيما ذهب اليه.

ثانيا: تعريف الحضانة في الاصطلاح القانوني.

عند تصفح قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد عرف الحضانة في المادة 62 بقوله:"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

ما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع أخذ في تعريفه بأسباب وأهداف الحضانة، وانطلاقا من كون تعريف المشرع الجزائري للحضانة اعتمد فيه على أهدافها، فإنه يتضح جليا أن الحضانة تتمثل أساسا في:

1-**رعاية الولد:** تعد الحضانة من حقوق الصغار، والتزامات وواجبات الآباء والأمهات، وقد تقررت لحماية ورعاية الصغار لأنهم يحتاجون للعناية وحفظ أبدانهم ونفوسهم، والقيام بشؤونهم ودفع الضرر عنهم وسد حاجاتهم.[1]

2-**تعليم الولد:** ويقصد به التمدرس الرسمي الذي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا و إجباريا إلى غاية استنفاذ طاقته واستطاعته في تحديد مستواه بناء على ملكاته وكفاءته.

---

[1] محمد باوني. عقد الزواج وآثاره. المرجع السابق. ص150.

3-**تربيته على دين أبيه:** ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة وذلك منوه عنه بمفهوم المخالفة في المادة 30 من قانون الأسرة المعدل في 27 فبراير 2005.

أي أن الحاضنة قد تكون كافرة ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي وهو دين الأب في تنشئة الطفل.[1]

وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قراراته:

"من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى لسن الزواج.

ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية.[2]

4-السهر على حمايته.

تتضمن حماية الطفل المحضون في كل الجوانب المعنوية والمادية، فلا يكون عرضة لأي عنف جسدي أو لفظي كما أن حمايته تتطلب تأديبه في حدود ما يسمح به الشرع.

5-حمايته خلقيا.

الحماية الخلقية ذات ارتباط وثيق بمدى تعليمه وحسن تأديبه وإعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فردا صالحا وسويا وحمايته من مخاطر الشارع ورفقاء السوء.[3]

6-حمايته صحيا.

التكفل الصحي بالطفل المحضون من بين أقدس المسؤوليات الملقاة على عاتق الحاضن، وذلك أن عافية البدن هي الضامن الأساسي لتنشئة الطفل النشأة السوية خلقيا ودراسيا، ويبقى على الحاضن واجب الرعاية من الأشهر الأولى للطفل كتلقي التعليمة الدورية في وقتها وعرضه على الطبيب كل ما استدعت الحاجة إلى ذلك.[4]

---

[1] باديس ذبابي. آثار فك الرابطة الزوجية. المرجع السابق. ص51.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 52221. قرار بتاريخ13 مارس1989/باديس ذبابي.المرجع السابق. ص5251.

[3] بادبس ذبابي.آثار فك الرابطة الزوجية. المرجع السابق. ص52.

[4] المرجع نفسه. ص53.

كما يتضح جليا من خلال نص المادة 62 أن الحضانة في القانون أضيق مجالا من الحضانة في الشرع، ذلك أنها في الشريعة الإسلامية تشمل بالإضافة إلى الولد القاصر الشخص المعتوه والمعاق، في حين أن الحضانة قانونا لاتشمل إلا الولد القاصر، إذن العبرة في الحضانة في القانون بحسب السن دون العقل، فإذا وصل الولد في السن إلى 18 سنة، فذلك قرينة على نضج عقله.[1]

لكن يبقى التساؤل مطروحا ما إذا كان الأب غير معتنق الدين الإسلامي، فما مصير الولد المحضون؟ هل تقوم الحاضنة بتربيته على دين أبيه حتى ولو لم يكن مسلما؟ هذا ما جاء في نص المادة 62 ق أ ج، فمصطلح "تربيته على دين أبيه" يثير الكثير من الغموض والإبهام أثناء التفسير.

يبقى التساؤل مطروحا إلى حين صدور اجتهاد قضائي للمحكمة العليا يزيل هذا الغموض، أو بموجب تعديل مقبل لقانون الأسرة ان شاء الله لتدارك مختلف النقائص الموجودة في قانون 2005.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون.

قبل الحديث عن سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون، يجدر بنا التطرق أولا إلى تعريف المحضون.

الفرع الأول: تعريف المحضون.

يعد الطفل المحضون أي طفل برعم الحياة، وغدا حقه في الحياة حقا أساسيا له يتفرع منه العديد من الحقوق تحميه وتحيطه بالأمان لغاية تأهيله جسديا وعقليا ونفسيا واجتماعيا لتولي زمام أموره والتعرف على واجباته نحو مجتمعه وتجاه الآخرين.[2]

في الحقيقة أن تعريف المحضون لم يرد إلا قليلا مقارنة مع تعريف الحضانة الذي دون فيه الكثير، إلا أنه وجدت بعض التعاريف أذكر منها:

---

[1] عبد الرحمان خلفي.(الجرائم الماسة بأحكام الحضانة).المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية.جامعة مولود معمري.تيزي وزو. العدد2. 2008. ص189.

[2] زكية حميدو. المرجع السابق. ص36.

استعمل الفقهاء لفظ الصغير والصبي والطفل والغلام دلالة على المحضون، وعنوا به: مالم يبلغ من بني الإنسان وحاله من ولادته إلى بلوغه، يمر بمرحلتين:

مرحلة ما قبل التمييز: ويكون فيها الطفل غير عارف ما يدور حوله، وما يضره وما ينفعه، لهذا سموه في هذه المرحلة بغير المميز، أو غير العاقل.

مرحلة التمييز: ويبدأ فيها الطفل بمعرفة بعض ما يدور حوله، ويستطيع إلى حد ما التمييز بين النافع والضار، وتنتهي هذه المرحلة بالبلوغ، وسمي الطفل عند البلوغ بالمميز والعاقل.[1]

كما عرَف وهبة الزحيلي بأن:" المحضون هو من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل كبير مجنون أو معتوه.."[2]

والمقصود بالمحضون عند أحمد بخيت بأنه:" هو من لا يستقل بأموره فيما يصلحه، ولا يتوقى ما يضره حقيقة أو تقريرا.."[3]

وهناك من عرفه بأنه:"كل شخص قاصر تثبت له الحضانة من جراء طلاق أو وفاة سواء كان القصر بسبب صغر سنه أو ضعف عقله".[4]

***مناقشة التعاريف.**

يستشف من التعريف الأول أنه ميز بين مرحلتين، مرحلة ماقبل التمييز، ومرحلة مابعد التمييز.

ما يلاحظ على التعريف الثاني والثالث أنهما أغفلا بعض الأمور المهمة مثل سن المحضون و كذا جوانب الرعاية المادية والمعنوية الممنوحة له.

ما يؤخذ على التعريف الرابع أنه عرف المحضون بأنه ذلك الشخص القاصر إلا أنه لم يحدد له سنا معينة ومحددة.

---

[1] العربي بختي. أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. ط1. ديوان المطبوعات الجامعية. بن عكنون. الجزائر. 2014. ص132.

[2] وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق. ص725.

[3] أحمد محمد أحمد بخيت. إسكان المحضون في الفقه الإسلامي والتقنينات العربية.المشكلات وتطورات الحل. ط1. دار النهضة العربية. القاهرة. مصر .2009. ص56.

[4] حميدو زكية .المرجع السابق. ص50.

الفرع الثاني: تقدير مصلحة المحضون.

لقد أرسيت أحكام الحضانة على ركيزة بالغة الأهمية وأساسية تكمن في مصلحة المحضون،[1] إلا أن سكوت المشرع وعجز الفقهاء عن تقديم تعريف دقيق لمصلحة المحضون، لم يحل دون اقتراح بعض المعايير والضوابط التي يستعين بها القاضي في تقديرها والمتمثلة في كل من المعيار المعنوي والمعيار المادي.[2]

أولا: المعيار المادي.

إن العنصر المادي في حضانة الطفل يتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية وهي تكاليف لابد منها، وعليه فإذا ما توفر العنصر المادي للمحضون من مأكل وملبس ومسكن، وغير ذلك مما يحتاجه، يجعل المحضون يحس براحة تساهم في إحياء معنوياته المتمثلة في الشعور بالحماية و الأمن، لهذا فإن من أهم النقاط التي تثار في تحديد المصلحة المادية للمحضون تتمثل في نفقة المحضون وسكنه.[3]

حيث نصت المادة 72 من قانون الأسرة على أنه:" في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار."

هذا النص في الحقيقة لم يتكلم عن النفقة في حالة عدم وجود مال خاص به، وهنا في حقيقة الأمر النفقة تكون على الأب بداهة لأنه هو المسؤول عنه.

وإنما تحدث عن توفير السكن أو أجرته، ولم يتكلم عما إذا كانت أجرة السكن تعني السكن المستقل الذي يأوي الأطفال مع أمهم، أم يتضمن النص أيضا مالو كانت تسكن عند والديها؟ فهل يتوجب عليه دفع الأجرة أم لا؟[4]

---

[1] حميدو زكية .المرجع السابق. ص77.

[2] أحمد شامي. المرجع السابق. ص418.

[3] المرجع نفسه. ص420-421.

[4] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص259-260.

إنه وبالنظر إلى هذا النص نجده يشير إلى أنه في حالة عجز الزوج عن توفير مسكن يجب عليه دفع الأجرة باستئجار مسكن لممارسة الحضانة أو بدفع بدل الإيجار.

ويبدو أن هذا هو الوضع الأفضل للأم خصوصا إذا لم يكن لها دخل خاص تنفق على نفسها منه، لأن توفير السكن المستقل، وإن كان يحقق منفعة للصغار فقد تكون النفقة لا تغطي مطالبهم ومطالب الزوجة المطلقة، لأن الأب غير مسؤول من الناحية القانونية على نفقتها.[1]

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 72 على أنه:" تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن".

هذا الإجراء استحدث لدفع الزوج إلى تنفيذ هذا الالتزام بتوفير السكن لممارسة الحضانة، خصوصا عندما لا تجد الأم المطلقة بعد انتهاء العدة مكانا تلجأ إليه ولو بشكل مؤقت ريثما يوفر الزوج مسكن الحضانة.[2]

هذا وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه:

" للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكنا آخر وهذا نظرا لمصلحة المحضونين".

كان هذا القرار موفقا فيما اتجه اليه، حينما منح للحاضنة الحق في المكوث في مسكن الزوجية من أجل ممارسة الحضانة، وهذا بما يتوافق ويتماشى مع مصلحة المحضون سواء كانت مادية أو معنوية.

وهكذا يلاحظ بمناسبة الحديث عن مسكن الحضانة، أن مبدأ رعاية مصلحة المحضون المادية يلزم القاضي عند تقريره لتلك المصلحة، أن ينظر إلى سعة المنزل الذي يسكن فيه المحضون وموقعه، فمكان الحضانة ينبغي أن يخضع للشروط الضرورية التي تساعد على

---

[1] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص260.

[2] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

التكوين المنسجم للمحضون، فقد أكدت الحقائق العلمية أن المسكن غير الملائم يلعب دورا أساسيا في السلوك المنحرف.[1]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه:" من الثابت قانونا أن للحاضنة، الحق في السكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة".[2]

يستشف من خلال استقراء مضمون هذا القرار أنه جاء مؤكدا وبما يتوافق مع نص المادة 72 من قانون الأسرة التي تنص على أحقية الحاضنة في سكن ملائم لممارسة الحضانة، وإلا فعلى الأب دفع بدل الإيجار وهذا كله يصب في إطار مصلحة المحضون.

ثانيا: المعيار المعنوي.

إن أول ما يعتمد عليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي الذي يشكل حجر زاوية تلك المصلحة، فأكيد أن الحنان والعطف اللذين يمنحانهما الوالدان لأبنائهما والأم على وجه الخصوص، لا بديل لهما، فهذين العنصرين مهمين في تكوين بنية الطفل العقلية والجسمية.

وتكمن أهمية هذا المعيار في درء المخاطر على المجتمع ككل، فالحرمان العاطفي يؤثر على سلوك المحضون ويؤدي به إلى الإنحراف والجنوح ووقوفه ضد المجتمع الذي يعيش فيه.[3]

ومن هنا تبرز لنا سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير مصلحة المحصون، والتي تكون على أساس عدة معايير منها المعيارين المادي والمعنوي[4]، وهناك من أضاف معيار استماع المحضون لتحري مصلحته، حيث أنه يؤخذ برأي المحضون على سبيل الاسترشاد

---

[1] زكية حميدو. المرجع السابق. ص159.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم339617. قرار بتاريخ13/ 2005/07. نشرة القضاة. 2008. العدد03. ص343/جمال سايس.ج3. المرجع السابق. ص1478.

[3] أحمد شامي.المرجع السابق. ص418.419.

[4] انظر الملحق رقم 06.

لأن مصلحته هي الموجه، وللقاضي السلطة التقديرية في الأخذ برأيه أو تركه، حيث إذا كان اختياره يتماشى ومصلحته حكم له بما خير، وإلا يحكم القاضي بما يراه أصلحا للمحضون.[1]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه:" إن تأييد الحكم الذي أسند حضانة الولد دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والتقرير الذي أعدته المساعدة الاجتماعية يعتبر قصور في التسبيب".[2]

كما تتضح سلطة القاضي في ترتيب الحواضن جليا من خلال نص المادة64 من ق أ ج، حيث جاء المشرع بترتيب جديد بعد تعديل المادة 64 بالنص على أن تكون الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة من جهة الأم، ثم الجدة من جهة الأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

بهذا النص يكون المشرع غير من مراتب المستحقين للحضانة باستثناء الأم التي تبقى الأولى بحضانة ولدها.[3]

ومعنى ذلك أن المشرع عندما وضع تعديل المادة 64 من ق أ جاء بترتيب جديد خلافا للنص القديم، حيث قدموا حق الأب على أم الأم، وعلى الخالة أخت الأم، ثم احتفظ بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال، وهذا يعني ان مصلحة الطفل المحضون فوق كل اعتبار، ومن شأنها أن تغير ترتيب حقوق الحاضنين، بحيث يمكن أن يمنح حق الحضانة إلى الخالة التي هي في المرتبة الخامسة إذا طلبتها، وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون صحيا و أخلاقيا وتربويا ودينيا وعاطفيا.[4]

---

[1] أحمد شامي.المرجع السابق. ص417-445.

[2] م.ع. غ.أ.ش. ملف رقم332324. قرار بتاريخ 2005/07/13. نشرة القضاة.2006. عدد59. ص236.

[3] عيسى حداد.(الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي).مجلة التواصل للعلوم الاجتماعية والانسانية.جامعة باجي مختار عنابة.عدد15. ديسمبر 2005. ص187.

[4] عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. المرجع السابق. ص140.

وقد أعطيت الأولوية لأم الصغير لأنها أحن قلب عليه، ,اكثر قدرة على احتمالة إذا توافرت فيه شروط الحضانة، فالمرأة أكثر عطفا وأشد صبرا على احتياجاته المتنوعة وأوفر شفقة ورحمة على الطفل بحكم الفطرة والتكوين.[1]

والمهم أن يبحث القاضي عن الشخص الملائم لإسناد الحضانة وليس بالضرورة أن يتقيد بالترتيب الوارد في النص، كما أنه لا يسند الحضانة للقريب البعيد ويترك الأقرب منه درجة للصغير مع توخي دائما مصلحة المحضون لأنها هي الأساس في الموضوع.[2]

وإذا حكم القاضي بالحضانة فإنه يحكم بحق الزيارة للطرف الآخر، ويحدد أيام الزيارة في منطوق حكمه، وكذا الساعات المسموح فيها بذلك، وكذا ممارسة ذلك الحق.[3]

ولقد ذهبت المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه:" يسند القاضي الحضانة بعد وفاة الأبوين مستعينا بمرشدة اجتماعية إلى من يستحقها حسب مصلحة المحضون".[4]

إن تقدير مصلحة المحضون يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فجعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم وتفضيله على غيره لا يمثل خروجا على أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بما للأب من دور في تربية المحضون،[5]

وهو ما أدركته المحكمة العليا في احدى قراراتها بتاريخ 1991/06/18 بقولها:"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

---

[1] العربي بختي. المرجع السابق. ص134.

[2] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص257.

[3] لحسين بن شيخ آث ملويا.قانون الأسرة دراسة تفسيرية. المرجع السابق. ص76.

[4] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم364850. قرار بتاريخ2006/05/17. مجلة المحكمة العليا.2007.عدد02. ص473./جمال سايس.ج3.المرجع السابق. ص1408.

[5] أحمد شامي. المرجع السابق. ص447.

الاجتماعية، التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون".[1]

وهو ما جاء في قرار لها بتاريخ 2011/03/10 حيث قضت:" تراعى مصلحة المحضون عند اسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من ق أ، يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع".[2]

وفي الأخير يمكن القول بأن التغيير الذي اعتمده المشرع الجزائري في ترتيب مستحقي الحضانة لا يثير صعوبة كبيرة، طالما أن مصلحة المحضون هي التي توجه القاضي، وتحتم عليه اختيار الحاضن الأكثر تحقيقا لهذه المصلحة، فللقاضي الخروج على هذا الترتيب كلما دعت لذلك مصلحة المحضون.[3]

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تمديد الحضانة.

عند تصفح نصوص قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع قد عالج مدة الحضانة من خلال نص المادة 65 منه، حيث جاء فيها:" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة ما لم تتزوج ثانية على أن يراعي القاضي بانتهائها مصلحة المحضون".

فالواضح من المادة 65 أنها تحدد مدة الحضانة القانونية، إذ جعلتها تنتهي ببلوغ الذكر وحددته بعشر سنوات، أما حضانة الأنثى فقد تركتها تستمر إلى سن الزواج القانوني المطبق في الجزائر وهو بلوغ الأنثى تمام 19 سنة من العمر.[4]

والنص هنا لم يشر إلى مسألة هامة كثيرا ما تثار بالنسبة للمحضون، وهو رغبته في الانتقال، فكثيرا ما يرفض الطفل بعد الحكم بانتهائها العيش والانتقال إلى الجهة التي يسند

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم39203. قرار بتاريخ1991/06/18. مجلة قضائية. عدد01. 1997. ص39.

[2] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم613469. قرار بتاريخ2011/03/10. مجلة قضائية.العدد01. 2012. ص285.

[3] أحمد شامي. المرجع السابق. ص447.

[4] العربي بختي. المرجع السابق. ص139.

لها الحضانة بسبب تعوده على العيش مع أمه مثلا لفترة طويلة، وهنا يكون القاضي أمام مسألة شائكة تستدعي الموازنة بين أمرين وهما:

إما تطبيق النص القانوني بالحكم بانتهاء حضانة الأم، وبالتالي يعود الصغير على العيش مع أبيه من جهة حتى ولو رفض الصغير العيش مع أبيه.

وإما الأخذ بعين الاعتبار رغبة الصغير في الانتقال من عدمه آخذا في الحسبان مصلحته.

الهدف من النص عندما ربط في جميع الأحوال مسألة الحكم بانتهاء الحضانة بتحقيق مصلحة الصغير.[1]

وإذا كان المشرع الجزائري كما ذكرنا سابقا أنه سطر الحد الأقصى لتمديد حضانة الذكر، فإنه من الأفضل أن يترك هذا الأمر لتقدير القاضي، غير أن هذا الأخير سلطته غير مطلقة بل مقيدة بالشروط القانونية التالية:

1-أن يكون الحد الأقصى للتمديد 16 سنة، إذ يمكن للقاضي أن يمدد الحضانة إلى سن أقل من 16 سنة حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون، ونلاحظ أن المشرع قد اختار هذا السن على أساس أنها السن المعدل التي يبلغ فيها الذكور غالبا، وفيها يقلد الرجال ويتبع سلوكهم ويركن إلى الاحتكاك بهم أكثر.[2]

2-أن تكون الحاضنة الأم، أما غيرها فلا يجوز لهن طلب تمديد الحضانة مهما كانت الحجة التي يستند إليها.

3-أن تكون هذه الأم الحاضنة غير متزوجة.

4-أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات، فإذا قلت المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد.[3]

---

[1] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص258.

[2] أحمد شامي. المرجع السابق. ص449.

[3] زكية حميدو. المرجع السابق. ص64.

وهنا تبرز سلطة القاضي إذا ما وضعت، ويجب أن لا توضع إلا بقصد التحقق من استيفاء الشروط السابقة الذكر، فإذا تحققت هذه الشروط في الطالب فلا مانع إطلاقا من القضاء له بتمديد مدة الحضانة، إذا رأى القاضي في ذلك مصلحة المحضون.[1]

ومن ناحية أخرى، فإن المادة65 فـ2 من ق أ، تجلب الانتباه، إذ نص المشرع فيها: "على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"، ولهذا فإن إدراج المشرع هذه العبارة في فقرة منفصلة يعني أنها تتعلق وترتبط بالفقرة التي تعلوها، وبعبارة أخرى فالقاضي عندما يحكم بانتهاء الحضانة يراعي فيها مصلحة المحضون، فإذا رأى أن مصلحة المحضون تنادي بانتهائها حكم بذلك، وإذا صرخت بإبقائه مع حاضنته قضى بذلك أيضا.[2]

كما تجدر الإشارة إلى أن حضانة الأنثى تنقضي بقوة القانون، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر في 2006/01/04، حيث جاء فيه:" تنقضي حضانة البنت بقوة القانون، ببلوغها سن الزواج، دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها".[3]

كما قضت المحكمة العليا في قرار آخر:

" لا تنقضي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي.

الحاضنة غير ملزمة بالمطالبة قضائيا بالتمديد، في حالة تجاوز سن المحضون 10 سنوات.

تبقى الحاضنة متوفرة على صفة التقاضي للمطالبة بالحقوق المقررة للمحضون".[4]

---

[1] أحمد شامي. المرجع السابق. ص450.

[2] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[3] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم347914. قرار بتاريخ2006/01/04. مجلة المحكمة العليا.2006.العدد01. ص449./جمال سايس.ج3.المرجع السابق. ص1332.

[4] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم599850. قرار بتاريخ2011/02/10. مجلة المحكمة العليا.2012.عدد01. ص281./جمال سايس.ج3. المرجع السابق. ص1590.

المطلب الرابع: سلطة القاضي في إسقاط الحضانة.

إذا كان الهدف من الحضانة كما هو مبين بالمادة 62 من ق أ سالفة الذكر، هو رعاية الولد على الوجه المطلوب فليست مقررة على سبيل الدوام، ولذلك قد تنتهي بانتهاء مدة معينة، وقد تسقط لأسباب محددة في القانون، وقد تعود مرة أخرى إذا زال سبب سقوطها.[1]

ولقد تحدث قانون الأسرة على أسباب سقوط الحضانة في عدو مواد، ما بين 66-70، وتحدث عن سبب عودة حق الحضانة في المادة71، لذلك يبدو أنه من الأفضل التحدث عن أسباب سقوط حق الحضانة وفقا للترتيب التالي:[2]

1-السبب الأول لسقوط الحضانة هو زواج الحاضنة بغير قريب محرم، او تنازلها عنه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه:" إذا كان القانون قد أعطى الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها، إلا أنه نص أيضا على إسقاط هذا الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم.[3]

2-كما تشير المادة 67 المعدلة بأن الحق في الحضانة يسقط عن صاحبه باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 منه، وهو ما يظهر عجز الحاضن عن توفير الرعاية والتربية.

3-إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة ممارسة هذا الحق مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.

4-إذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي فإن حقه في الحضانة يسقط إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب البقاء مع حاضنه.[4]

---

[1] الرشيد بن شويخ. المرجع السابق. ص260-261.

[2] عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. المرجع السابق. ص141.

[3] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم341320. قرار بتاريخ2005/07/13. نشرة القضاة2008.العدد62. ص385./جمال سايس. ج3. ص1469.

[4] عبد العزيز سعد قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد.المرجع السابق. ص142.141.

وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه:" تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر".[1]

فالمشرع الجزائري لم ينص صراحة على المكان الذي يجب أن يمارس فيه الحضانة، ولكن الأكيد أنه لا يحبذ الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي، وجعلها من مسقطات الحضانة إذا حكم القاضي بذلك.[2]

5-وفي السياق نفسه نجد أن المادة 70 من نفس القانون تسقط حضانة الجدة أو الخالة عندما تسكن إحداهن بالمحضون مع أمه المتزوجة بشخص غريب عنه.[3]

أما بالنسبة لمسألة عودة الحق في الحضانة فإن المادة 71 نصت على ما يلي:" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوط غير الاختياري".

فإذا كان الحاضن أو الحاضنة غير مؤهل لممارسة الحضانة وأسقطت عنه، فإن حقه يعود في ممارستها إذا زال سبب السقوط، ومثال ذلك إذا أقامت الحاضنة في بلد أجنبي بناء على إرسالها إلى هناك بموجب التزاماتها المهنية وأسقطت حضانتها، ثم رجعت إلى بلدها فإن حقها في الحضانة يعود إليها.[4]

وبالتالي فإن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة، و إنما هو أداء أوجبه القانون، فإذا قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، وإن أخل بالالتزامات المتعلقة بالحضانة، أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب اسقاطها عليه.[5]

تبقى مسألة جد جوهرية متعلقة بعمل المرأة، من هنا يطرح التساؤل التالي: فهل يعد عمل المرأة سببا مانعا للحضانة؟

---

[1] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 273526. قرار بتاريخ2001/12/26. المجلة القضائية2004. العدد01. ص258./جمال سايس. ج3. المرجع السابق. ص1229.

[2] باديس ذبابي.آثار فك الرابطة الزوجية. المرجع السابق.ص93.

[3] العربي بختي. المرجع السابق. ص140.

[4] لحسين بن شيخ آث ملويا. قانون الأسرة نصا وشرحا. المرجع السابق. ص79.

[5] العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق. ص388.

إن المشرع الجزائري من خلال نص المادة67 كان واضحا وصريحا بنصه في فقرتها الثانية على أنه:" لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، وعاد باستثناء في الفقرة الثالثة حينما نص على أن:" غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون."

فالواقع أن أحكام الفقرة الثانية تتعلق بحالة أصبحت ظاهرة هي وليدة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، وذلك لأن الآباء صاروا يطالبون الحاضنات باسقاط الحضانة كلما علموا بأنهن يعملن خارج البيت، فمن حق المرأة واقعيا أن تعمل لتعيش بشرف، ولا عبرة حينئذ بطلب الأب إسقاط حضانة الحاضنة بسبب العمل، إلا إذا تبين للقاضي بعد الخبرة أن مصلحة المحضون في خطر مادي أو معنوي، وأنه مهمل هنا فقط يكون للقاضي على أساس معيار مصلحة المحضون، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 67 ف3، وبهذا فإن عمل المرأة يجب أن ننظر إليه على ضوء مصلحة المحضون.

وعليه فإذا استطاعت الحاضنة التوفيق بين عملها في الخارج وعملها كحاضنة بعدم ترك الصغير ضائعا، فإن هذا لا يسقط حقها في الحضانة، فالضياع الذي يتعرض إليه المحضون يرجع إلى خروج الحاضنة خروجا يتسم بالكثرة التي تفوت على الصغير مصلحته في حضانة الحاضنة له.[1]

معنى هذا أن عمل المرأة قد لا يكون سببا لمنع ممارسة الحضانة وقد يكون العكس، لأن المشرع أعطى السلطة التقديرية للقاضي.

فإذا كانت المرأة تقوم بعمل خارج البيت كامل اليوم قد يسقط حقها في الحضانة إذا ثبت فعلا تقصيرها في القيام بواجبات الحضانة تجاه المحضون، لأن غيابها طوال اليوم يعرض المحضون للضياع، وهذا مرتبط بسن المحضون، وبمنح القاضي هذه السلطة يكون المشرع قد وضع حدا لهذه المسألة لأن المؤهل الوحيد للفصل هو القاضي.[2]

---

[1] أحمد شامي. المرجع السابق. ص456.

[2] عيسى حداد. المرجع السابق. ص190.

ومهما يكن من أمر، فإننا نجد في منح القاضي سلطة واسعة في تقدير مصلحة المحضون أمرا ضروريا، فقد تكون هناك حاضنة موظفة، ولا تمنعها وظيفتها من الاهتمام بصغيرها، ومعنى ذلك أن هناك وظائف تتلائم وطبيعة المرأة من جهة، ولا تعطل مصلحة المحضون من جهة أخرى كالتعليم والتطبيب.[1]

ومن هنا فإنه يجب على القاضي النظر إلى نوع الوظيفة أو العمل، من حيث إذا كان يشغلها كل الوقت عن المحضون، ومن حيث مساهمة هذه الوظيفة في تحقيق مصلحة المحضون، كأن تكون الحاضنة معلمة، وتستغل تعليمها في إعانة المحضون في دراسته ومراقبة واجباته المدرسية، أو أن تكون طبيبة تدرك ما يضر بالمحضون وتحفظ صحته من حيث مأكله وملبسه إلى غير ذلك.[2]

وقد ذهبت المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه:" عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها مالم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية".[3]

كما جاء في قرار آخر لها:

"إن الحكم برفض دعوى الزوج الرامية إلى إسقاط الحضانة عن الأم لكونها عاملة مع تمسك هذه الأخيرة بحقها في الحضانة يعتبر تطبيق سليم للقانون".[4]

ما يلاحظ على هذين القرارين أنهما جاء بمسألة اجتهادية جديدة لم ينص عليها قانون الأسرة 11/84، وهما كان من بين أسباب تعديل نص المادة 67 بمقتضى الإصلاح التشريعي بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، حيث أنه تم تعديل نص

---

[1] أحمد شامي. المرجع السابق.457.

[2] المرجع نفسه. الصفحة نفسها.

[3] م. ع.غ.أ.ش. ملف رقم274207. قرار بتاريخ2002/07/03. المجلة القضائية. العدد01. 2004. ص263./جمال سايس.ج3. المرجع السابق. ص1232.

[4] م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم295996. قرار بتاريخ2002/10/23. نشرة القضاة. عدد57. 2012. ص219./جمال سايس.ج3. المرجع السابق. ص1314.

المادة 67 وإعادة صياغتها بإضافة فقرة جديدة لم تكن سابقا والمتمثلة فيما يلي:" لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة.

غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"

فهذا التعديل كان وليدا للاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، ولقد وفق هذا الاجتهاد فيما ذهب إليه.

خلاصة الباب الثاني.

نخلص مما سبق ذكره أن قاضي شؤون الأسرة يلعب دورا بالغ الأهمية وفق ما يتمتع به من سلطة تقديرية في المسائل المتعلقة بانحلال الزواج، ويتضح ذلك كما رأينا سابقا في مسائل إجراءات الصلح التي تعتبر من بين الإجراءات الهامة والأولية التي يجب على القاضي القيام بها قبل النطق بالطلاق، حيث يقوم ببذل قصارى جهده في تقريب وجهات النظر بين الزوجين ومحاولة إشعار الزوجين بضرورة التسامح المتبادل بقصد إنهاء النزاع القائم بينهما، ضمانا لاستقرار الأسرة وضمانا لمصالح الأطفال.

وفي مسائل التطليق، يمكن القول أن مسألة تقدير الضرر توكل إليه، حيث أنه قبل الفصل في الدعوى المرفوعة أمامه من طرف الزوجة، يقوم بالنظر في الوقائع من خلال ملف الدعوى، ويتحقق من تقديم الأدلة الشرعية والمحددة قانونا والتي تثبت الضرر، كما يستعين القاضي بعدة أمور في تقديره للضرر كحالة الزوجين الاجتماعية ومستواهما الثقافي، وبعض الظروف العائلية، فمهمة القاضي ليست يسيرة، ولهذا السبب استوجب على القاضي أن يتحلى بسعة الصدر كي يتمكن من إبراز حقيقة الضرر وأسبابه.

كما يلعب القاضي دورا إيجابيا في مسائل تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي، حيث يتمتع بسلطة واسعة في وضع التقدير المناسب لجبر الضرر، لذا فقد يتعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية ويسبب ضررا للزوجة، فيجوز للقاضي وفقا لما يتمتع به من سلطة تقديرية بالحكم بالتعويض المناسب للزوجة بحسب درجة تعسفه وبتعويض عادل.

و في مسائل التعويض عن التطليق يمكن القول أن قاضي شؤون الأسرة له سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض، والقاضي هنا يرتكز على نشاطه الذهني في تقرير ذلك، أما بالنسبة للأسس التي يستند إليها في تقدير مقدار التعويض، فهي حجم الضرر ومدى جسامته، ويراعي في ذلك ظروف الطرف المضرور من خلال منحه تعويضا عادلا.

وفي مسائل التعويض عن النشوز، يلعب القاضي دورا هاما عندما يطلب من الزوج أو الزوجة العودة إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الشرعية ولا يستجيب المعني لهذا الأمر، فإن القاضي يأخذ هذا الامتناع ضده ويعتبره ناشزا، ومن ثم يحمله المسؤولية ويقضي بالتعويض للطرف المتضرر بعد الطلاق.

وفي مسائل الحضانة تكمن سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير مصلحة المحضون، والتي تكون على أساس عدة معايير منها المعيارين المادي والمعنوي، وهناك من أضاف معيار استماع المحضون لتحري مصلحته، وفي جميع الأحوال يحكم القاضي بما يراه أصلحا للمحضون.

خاتمـة

خاتمة

من خلال ما سبق ذكره نخلص إلى جملة من النتائج أهمها:

1-إن السلطة التقديرية للقاضي في مجال شؤون الأسرة هي:" تلك الصلاحية المخولة لقاضي شؤون الأسرة في استخدام نشاطه الفكري في تقدير الوقائع المعروضة عليه ووسائل الإثبات مع إصدار حكم مناسب سواء بتطبيق القاعدة القانونية التي يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح، أو بما أدى إليه اجتهاده عند عدم وجود نص يحكمه فيما يجوز فيه الاجتهاد."

2-إن طبيعة السلطة التقديرية للقاضي هي ضرب من الاجتهاد، اجتهاد في فهم النص واجتهاد في تطبيقه، حيث تكتسي أهمية بالغة لأنها تضفي على قانون الأسرة طابعه العملي الحي وتجعل من قواعده الجامدة ذات حركة وفاعلية.

3-نظم المشرع الجزائري مسائل الزواج وانحلاله في نصوص قانون الأسرة، وقد جاءت معظم نصوصه مرنة فاتحة المجال لإعمال القاضي لسلطته التقديرية، وقد تراوحت بين التقييد والإطلاق على حسب كل حالة معروضة أمامه.

4-إن المشرع الجزائري بالرغم من تعرضه إلى مسائل الزواج وانحلاله في قانون الأسرة، إلا أنه في الحقيقة وقع في عدة أخطاء وهفوات ونقائص، وبالتالي مهما بلغت حيطة المشرع وحسن صياغته، فإن هذه النصوص تبقى قاصرة عن الإحاطة بمختلف الإشكالات التي تثور في الواقع العملي، مما يستوجب على القاضي إعمال سلطته التقديرية عن طريق البحث والاجتهاد بهدف إكمال القصور أو العجز التشريعي وسد مختلف الثغرات القانونية في هذه المسائل، وكذا بالعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تعد بمثابة المرجعية الفقهية في قانون الأسرة الجزائري.

5-أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص، طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة بغض النظر عن التقيد

بمذهب معين، وذلك لكي ينهل من مذاهبها الفقهية التي تشعبت آراؤها في مسائل الزواج وانحلاله.

6-يمكن القول أن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة خاصية جوهرية وضرورة حتمية لا يمكن الاستغناء عنها في جميع مراحل الدعوى، وهي جوهر العمل القضائي.

هذا و من خلال ما سبق ذكره في هذا الموضوع يمكن تسجيل بعض الاقتراحات أو التوصيات أهمها:

أولا: تعديل نص المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري، عن طريق النص على إيجاب التعويض بدلا من إجازته، فبدلا من مصطلح"جاز الحكم بالتعويض" يصبح " وجب الحكم بالتعويض" ضبطا للسلطة التقديرية للقاضي.

ثانيا: إعادة صياغة نص المادة السابعة من قانون الأسرة عن طريق إضافة ما يلي:

-تحديد مفهوم المصلحة والضرورة وضرب ولو مثالا واحدا عنهما.

-النص على سن أدنى يمكن للقاضي من خلاله منح الترخيص.

- النص صراحة على القاضي المختص بمنح الترخيص، هل هو قاضي الأسرة طبقا لنص المادة 480 ق إ م إ ، أم أنه موكل لرئيس المحكمة وفقا للواقع العملي، ومن ثمة إيجاد حل للتناقض الموجود بين الواقع من جهة والقانون من جهة أخرى.

-تحديد الجزاء المترتب عن مخالفة سن أهلية الزواج، أو الزواج بدون ترخيص ضبطا للسلطة التقديرية للقاضي.

ثالثا: تعديل نص المادة الثامنة من قانون الأسرة المتعلقة بتعدد الزوجات، وذلك بواسطة ما يلي:

-تحديد المقصود بالمبرر الشرعي أو ذكر بعض الأمثلة عنه.

-النص على ضرورة توافر شرط العدل المادي بين الزوجات من نفقة ومبيت..الخ، أما العدل المعنوي فيصعب تحقيقه والتأكد منه.

-توضيح الوسيلة التي يتأكد من خلالها القاضي من إخبار الزوجتين وثبوت موافقتهما.

رابعا: تعديل نص المادة 08 مكرر 1 وذلك من خلال:

-النص على الجزاء المترتب عن الزواج دون ترخيص من القاضي في حالة بعد الدخول.

خامسا: إعادة صياغة نص المادة 11 من قانون الأسرة المتعلقة بالولاية وذلك عن طريق:

-حذف مصطلح" أي شخص آخر تختاره" لأنها عبارة قد يساء تطبيقها لعمومها وتثير العديد من الإشكالات من الناحية العملية.

-استبدال مصطلح"أو" بمصطلح "ف" لأن أو تفيد الاختيار و الفاء تفيد الترتيب.

-إعادة المركز القانوني للولي بوضعه ركنا في عقد الزواج تجسيدا للمذهب المالكي.

سادسا: تعديل نص المادة 17 من قانون الأسرة المتعلقة بالنزاع حول الصداق بين الزوجين، وذلك عن طريق ما يلي:

-النص على حالة النزاع حول أصل تسمية المهر.

-النص على حالة النزاع حول مقدار المهر.

-النص على حالة النزاع حول قبض المهر.

فعلى المشرع أن يكون أكثر تفصيلا في هذه المادة، لأنها وردت عامة لم تتضمن أي تفصيل

سابعا: إعادة صياغة نص المادة 40 من قانون الأسرة، وذلك بواسطة ما يلي:

-النص صراحة على أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ونفيه.

ثامنا: تعديل نص المادة 41 من قانون الأسرة وذلك:

-بالنص صراحة على الطرق المشروعة لنفي النسب، بالإضافة إلى تحديد مدة اللعان بين الزوجين.

تاسعا: إنهاء التناقض الموجود على مستوى النصوص عن طريق إعادة صياغة نص المادة 446 ق إ م إ الذي ينص على جواز التحكيم وذلك بواسطة ما يلي:

-النص صراحة على طبيعة التحكيم في مسائل الطلاق أو دعاوى فك الرابطة الزوجية بجعله وجوبي إجباري وليس جوازي.

وبالتالي يصبح نص المادة 446 ق إ م إ متوافقا مع نص المادة 56 من ق أج.

عاشرا- تعديل نص المادة 53 من قانون الأسرة ليصبح كالتالي:

" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا لاسيما الحالات التسع المذكورة سابقا"

وهذا لكي يتضح أن هذه الحالات مذكورة على سبيل التمثيل لا الحصر، فالحالة الأخيرة المتمثلة في كل ضرر معتبر شرعا تستغرق كل الحالات المذكورة سابقا.

11- إعادة صياغة المادة 52 من قانون الأسرة عن طريق:

-بيان المقصود بالتعسف أوذكر بعض الأمثلة عنه.

-النص صراحة على المعايير المتبعة لمنح التعويض عن الطلاق التعسفي.

-تبيان الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة تعويضا عن الطلاق التعسفي.

12- إيراد نص قانوني متعلق بالمتعة بقصد إنهاء الخلاف القائم بين المتعة والتعويض.

13-تعديل نص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة ، وذلك عن طريق:

-النص على وجوب التعويض عن الضرر الناجم عن التطليق وليس على جوازه، سواء كان الضرر ماديا أو معنويا.

14-تعديل نص المادة 55 المتعلقة بالنشوز وذلك بواسطة:

-النص على الوسائل العلاجية التي وضعها الفقه الإسلامي لكلا الزوجين عند النشوز قبل الإقدام على الطلاق بقصد الحفاظ على العلاقة الأسرية.

15- إزاحة الغموض أو اللبس الموجود في نص المادة 62 من قانون الأسرة المتعلقة بالحضانة، وذلك من خلال عبارة " تربيته على دين أبيه" لأنها تثير العديد من الإشكالات عند التطبيق.

16- تفعيل إجراء التحكيم عن طريق إلزام قضاة شؤون الأسرة وحملهم على تطبيقه بتعيين الحكمين بهدف الحفاظ على استقرار البناء الأسري وتماسكه.

17-ضرورة العمل على التكوين الشرعي للقضاة.

18-على المشرع الجزائري العمل على ضبط مسألة إعمال القاضي لسلطته التقديرية في مسائل الزواج وانحلاله بهدف منع تعسف القضاة، وبالتالي عدم ميل ميزان العدل.

ملاحق

ملحق رقم 01.

دعوى تعويض عن فسخ خطوبة.

ختم المحامي **مجلس قضاء:...**

محكمة:.....

فرع: شؤون الأسرة.

عريضة افتتاحية بطلب تعويض عن فسخ الخطوبة.

في حق: (الإسم الكامل)، جزائري الجنسية، الساكنة في .....

قائما في حقها الأستاذ.....مدعية.

ضد:(الاسم الكامل للمدعى عليه) الساكن في .....مدعى عليه.

بحضور: النيابة العامة.

ليطيب للمحكمة المحترمة

حيث أن المدعى عليه خطب العارضة ووعدها بالزواج منذ ثلاث سنوات خلت وأن العارضة قبلت واطمأنت لذلك.

وحيث أن الطرفين خلال فترة الخطوبة قد تعارفا جيدا واطمأن كل طرف للآخر ولم يبق إلا إعلان الزواج والقيام بالإجراءات القانونية لإبرامه.

وحيث أن المدعى عليه غير رأيه وأخطر العارضة عن عدوله عن خطبتها فجأة وهذا دون عذر مقبول.

ونظرا للأضرار الكبيرة التي لحقت العارضة بسبب هذا العدول غير المبرر ولا سيما الأضرار المعنوية بحيث أصبحت العارضة محل شك في محيطها الاجتماعي وتضاءلت فرص الزواج أمامها.

وعليه فإن الدعوى الحالية مؤسسة قانونا مما يقتضي الإجابة لطلبات العارضة.

وحيث أن المدعى عليه مسؤول قانونا عما لحق العارضة من أضرار مادية ومعنوية نتيجة عدوله عن خطبتها دون مبرر مشروع عملا بالمادة الخامسة من قانون الأسرة.

لهذه الأسباب كلها

-الحكم على المدعى عليه بمبلغ.....دج تعويضا عن كافة الأضرار المعنوية والمادية نتيجة عدوله عن الخطبة دون مبرر شرعي.

-الحكم على المدعى عليه بكافة المصاريف الشرعية.

عن المدعية/محاميها

ملحق رقم 02.

أمر بترخيص بالزواج

ختم المحامي **محكمة.....**

فرع: شؤون الأسرة.

مكتب: رئيس الفرع.

أمر على ذيل عريضة بطلب الترخيص بالزواج.

ليطيب للسيد رئيس فرع شؤون الأسرة بالمحكمة الموقرة

يتشرف العارض..... الساكن.....بصفته الولي الشرعي

لإبنته القاصرة.....البالغة من العمر.....ممثلا من طرف وكيله

الأستاذ.....

أن يلتمس منكم الترخيص بالزواج وذلك بالإعفاء من شرط السن بالنسبة للبنت القاصرة المذكورة أعلاه موضحا لكم ما يلي:

حيث أن العارض هو الولي الشرعي للبنت القاصرة.....

وحيث أن القاصرة مؤهلا طبيا للزواج بالنظر لحالتها الصحية ومن مصلحتها الزواج بدلا من المكوث في بيت أهلها بعد أن انقطعت عن الدراسة.

وحيث أنه تقدم لخطبتها المسمى.....المولود بتاريخ.....وهو قريب لها.

وحيث أن البنت قابلة بالزواج به.

وعملا بأحكام المادة 07 من قانون الأسرة والمواد426،424 فقرة 7 من ق إ م إ.

لهذا السبب

يلتمس العارض الترخيص بالزواج والإعفاء من شرط السن للبنت القاصرة.....للزواج مع المدعو.....

عن الطالب/محاميه

الأستاذ.....

أمر:

نحن.....رئيس فرع شؤون الأسرة بمحكمة.....

بناء على العريضة المقدمة والأسباب الواردة فيها.

وبعد الاطلاع على الوثائق المرفقة بها.

وعملا بالمادة 7 فقرة 1 من قانون الأسرة، والمادتان424، 426 فقرة 7 ق إ م إ.

نرخص للبنت القاصرة .....بالزواج مع المدعو.....

حرر بمكتبنا يوم.....رئيس فرع شؤون الأسرة.

الاجتهاد القضائي:

1-ملف رقم 90468، قرار في 30 مارس1999 غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا.

المبدأ: من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها وللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أركانه.

ولما ثبت في قضية الحال أن البنت راشدة وعبرت عن رضاها وأن الراغب في الزواج منها معلم وله مسكن.فإن والدها الطاعن-لم يثر الأسباب التي دفعت به لمنع هذا الزواج.

لذا فإن قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما رخصوا للمطعون ضدها بالزواج مما يتعين رفض الطعن لعدم التأسيس.

المصدر: المجلة القضائية.1994. عدد03 .صفحة06.

ملحق رقم 03.

طلب ترخيص بزواج ثاني.

ختم المحامي **محكمة.....**

مكتب: السيد الرئيس.

السيد رئيس المحكمة المحترم

الموضوع: طلب ترخيص بزواج جديد.

يتشرف العارض.....الساكن.....ممثلا بالأستاذ.....المحامي

المعتمد لدى المجلس أن يعرض عليكم ما يلي:

حيث أن العارض متزوج بالمسماة.....وله معها 03 أبناء قصر.

ونظرا لكون الزوجة تعاني من مرض خطير وهو.....وقد أقعدها عن القيام بكامل واجباتها الزوجية بل إنها تحتاج إلى من يعتني بشؤونها الخاصة كما يتضح من الملف الطبي المقدم.

وحيث أن العارض أخبر زوجته بنيته في زواج جديد مع المسماة....وهي موافقة على ذلك.

وحيث أن المرأة المراد الزواج بها قبلت بهذا الزواج وتعهدت برعاية شؤون الأسرة.

ونظرا لكون العارض مستعد ماديا لتوفير كل الشروط الضرورية للحياة الزوجية، ويلتزم بالوفاء بكامل واجباته المادية والمعنوية لزوجتيه دون تمييز.

وحيث أنه أخطر الزوجة الأولى برغبته في الزواج من جديد بصفة رسمية ولم تعترض على ذلك.

وعملا بالمادة 08 من قانون الأسرة.

لهذا السبب

يلتمس العارض الترخيص بزواج جديد مع المسماة.....

عن العارض/محاميه

أمر:

نحن:.....رئيس محكمة.....

بناء على العريضة المقدمة والأسباب الواردة فيها والوثائق المرفقة بها، وبعد إجراء تحقيق مع المسماة.....(الزوجة السابقة) والمسماة...(المرأة المراد الزواج بها) الذي يتبين منه قبولهما.

وطبقا للمادة08 من قانون الأسرة.

نرخص للمسمى.....بالزواج مع المسماة.....

حرر بمكتبنا يوم..... رئيس المحكمة.

ملحق رقم 04

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

مجلس قضاء ...

محكمة .....

محضر * صلح – عدم صلح*

– المادة 49 من قانون الأسرة –

في يوم: .....

بمقر محكمة ..... مجلس قضاء .....

حضر أمامنا نحن السيدة: ..... رئيس قسم شؤون الأسرة.

بمساعدة السيدة: ..... أمين ضبط المحلف.

كل من:

- المدعي

حامل بطاقة تعريف وطنية– رخصة سياقة رقم: الصادرة بتاريخ:

- المدعى عليه:

حامل بطاقة تعريف وطنية– رخصة سياقة رقم: الصادرة بتاريخ:

في القضية المجدولة تحت رقم:

وذلك من أجل محاولة الصلح المحدد تاريخها في:2010/12/12.

وبعد محاولات التوفيق بين الطرفين صرح بالتالي:

- المدعى:
- المدعى عليه:
- وتم الاتفاق على:

وإثر ذلك أمرنا بتحرير هذا المحضر وإدراجه بملف القضية للرجوع إليه.

الرئيس **أمين الضبط** **المدعي** **المدعى عليه**

ملحق رقم05.

عريضة طلب تطليق للضرر

ختم المحامي **محكمة.....**

فرع: شؤون الأسرة.

عريضة افتتاح دعوى بطلب التطليق للضرر.

في حق:(الإسم الكامل للزوجة).الساكنة في .....

قائما في حقها الأستاذ.....مدعية

ضد:(الإسم الكامل للزوج).الساكن في.....مدعى عليه.

بحضور: النيابة العامة.

ليطيب للمحكمة المحترمة

تتشرف العارضة أن توضح للمحكمة ما يلي:

إن الطرفين تزوجا بعقد رسمي سنة.....مسجل بالحالة المدنية لبلدية....(وثيقة رقم1).

حيث أنه ازداد من هذا الزواج الولد المسمى .....عمره 08 سنوات(وثيقة رقم 02).

وحيث أن المدعى عليه بسلوكه الخشن وعنفه الدائم وكلامه الجارح لم يعامل العارضة معاملة الزوجة، فهو دائم التعدي عليها مفتعلا أسبابا واهية ويسبها بألفاظ جارحة تمس بشرفها وكرامتها وعرضها.

وحيث أن استمرار الحياة الزوجية بين الطرفين أصبحت لا تطاق نتيجة تعكيرها من المدعى عليه، وأن صبر العارضة قد نفذ بعد أن تأكدت أن المدعى عليه لا يقدر مسؤوليته الزوجية ولا يقوم بواجباته نحوها.

وحيث أن من الواجبات الأساسية للزوجين المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة وحسن المعاملة(المادة 36 فقرة02 من قانون الأسرة).

وحيث أن العارضة تقدم شهادات طبية تؤكد حصول عجز لها بسبب تعرضها للضرب من المدعى عليه(وثيقة03).

وحيث أن طلبات العارضة الرامية للتطليق مؤسسة طبقا للمادة 53 الفقرتان 08 و09 من قانون الأسرة.

لهذه الأسباب

-الحكم بالتطليق بين الطرفين عملا بالمادة 53 من قانون الأسرة.

-الحكم بإسناد حضانة الولد للعارضة مع إلزام المدعى عليه بالإنفاق عليه .

-الحكم بتخصيص مسكن الزوجية لممارسة الحضانة فيه.

-الحكم للعارضة بمبلغ 30 ألف دينار حق العدة.

-الحكم بالمصاريف الشرعية على المدعى عليه.

ملحق رقم 06.

دعوى حضانة

ختم المحامي **محكمة.....**

فرع: شؤون الأسرة.

عريضة افتتاح دعوى بطلب إسناد الحضانة للجدة لأم ورفع مبلغ النفقة المحكوم بها.

لفائدة:(الإسم الكامل للجدة طالبة الحضانة).الساكنة في.....

قائما في حقها الأستاذ.....مدعية.

ضد:(الإسم الكامل لأب الطفل).الساكن في.....مدعى عليه.

بحضور:

1-(الإسم الكامل لأم الطفل) المقيمة.....مدخلة في الخصام.

2-النيابة العامة.

ليطيب للمحكمة الموقرة

حيث أن المدعى عليه كان زوجا لابنة العارضة(المدخلة في الخصام الحالي) وذلك بعقد رسمي(وثيقة رقم 01).

ورزقت منه بولد اسمه...عمره حاليا04 سنوات(وثيقة رقم 02).

وحيث أنه صدر حكم بالطلاق بتاريخ.....من محكمة.....بين

المدخلة في الخصام والمدعى عليه، وأسند حضانة الولد لأمه مع إلزام المدعى عليه بالإنفاق عليه بواقع مبلغ .....شهريا(وثيقة رقم 03).

وحيث أنه وبتاريخ.....أعادت ابنة المدعية الزواج بأجنبي، وسلمت الولد للعارضة التي هي جدته لأمه.

وحيث أنه عملا بالمادة 66 من قانون الأسرة يسقط حق الأم في الحضانة في حالة زواجها بغير محرم.

ونظرا لسن الولد 04 سنوات فهو بحاجة ماسة لخدمة النساء للقيام بشؤونه ورعايته وتربيته.

وحيث أنه من المقرر قانونا أن يراعى في إسناد الحضانة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى(المادة64 من قانون الأسرة).

وحيث أن الأب ملزم قانونا بالإنفاق على أولاده بما يكفي إطعامهم ومسكنهم وكسوتهم وفراشهم والعناية الصحية بهم(المادة 75 من قانون الأسرة).

ونظرا لارتفاع مستوى المعيشة وتدهور القيمة الشرائية فإن المبلغ المحكوم به بموجب حكم.....لم يعد كافيا لتلبية الحاجيات الأساسية للطفل مما يقتضي مراجعته ورفعه إلى الحد المناسب في الظروف الراهنة وهذا طبقا للمادة 79 من قانون الأسرة.

وحيث أن الحالة المالية للمدعى عليه ميسرة لأنه تاجر وأرباحه معتبرة.

لهذه الأسباب جميعا

-إثبات الحكم الصادر بتاريخ.....من محكمة.....القاضي بالطلاق بين المدعى عليه والمدخلة في الخصام.

-الإشهاد بتأسيس طلبات العارضة الرامية لإسناد الحضانة إليها وكذا رفع مبلغ النفقة المحكوم به.

وبناء عليه:

-الحكم بإسناد حضانة الولد(الإسم الكامل للولد) إلى المدعية.

-الحكم بإلزام المدعى عليه بالإنفاق عليه بمبلغ.....شهريا ابتداء من تاريخ تسليمه للعارضة في.....واستمرارها لغاية سقوطها بمبرر شرعي.

-الحكم على المدعى عليه بالمصاريف الشرعية.

عن المدعية/وكيلها.

ملاحظات: -بالرغم من أن المادة 64 من قانون الأسرة بعد تعديل 27 فبراير 2005 قدمت الأب عن الجدة لأم في ترتيب مستحقي الحضانة، إلا أن تطبيق هذه القاعدة يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة حسب ظروف القضية، لأن المشرع أقر في تلك المادة و في مواد أخرى من قانون الأسرة وكذلك في ق إ م إ مبدأ أساسيا وهو مراعاة مصلحة المحضون دائما، ومن ثم بالنظر لصغر سن الطفل المحضون، فالأفضل إسناد حضانته لجدته بالأولوية عن غيرها لرعايته والقيام بشؤونه.

-فيما يخص رفع مبلغ النفقة المستحقة للمحضون يرتبط ذلك بظروف المعيشة والقدرة الشرائية وحال الطرفين.

-تطلب مراجعة النفقة المحكوم بها بعد مضي سنة من صدور الحكم الأول(المادة 79 من قانون الأسرة).

2-يتعين تقديم ملف موضوع يتضمن الوثائق المشار إليها في العريضة ولا سيما:

-شهادة ميلاد الطفل.

-حكم الطلاق بين بنت المدعية والمدعى عليه.

-عقد إعادة زواج المدعية.

-شهادة ميلاد المدعية وشهادة ميلاد ابنتها لتأكيد صلة القرابة.

المصادر والمراجع

*قائمة المصادر والمراجع.

أولا: المصادر.

***القرآن الكريم برواية حفص.**

***القوانين.**

*قانون رقم 275/59 الصادر في 1959/02/04. خاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية في عمالات الجزائر والواحات والساورة. (الجريدة الرسمية العدد 19.الصادرة بتاريخ 1959/03/30).

*قانون رقم 63-224 بتاريخ 29 جوان1963 الخاص بتحديد سن الزواج. (الجريدة الرسمية العدد44.الصادرة بتاريخ 1963/07/02).

*أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975.**المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.**(الجريدة الرسمية. العدد 78.المؤرخة في 1975/09/30).

* قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 جوان 1984 **المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم** بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005. (الجريدة الرسمية رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984).

* قانون رقم 10/05 مؤرخ في 20 يونيو2005. **المتضمن تعديل القانون المدني.**

(الجريدة الرسمية رقم 44 الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005).

* قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو1966، المتضمن قانون العقوبات.(الجريدة الرسمية العدد84.الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2006).

*قانون رقم 09/08. مؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق ل 25 فبراير 2008. **المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.** (جريدة رسمية رقم 21. مؤرخة في 23 مارس 2008).

***كتب الشريعة.**

***كتب التفسير.**

1. عبد الرحمان ناصر السعدي. **تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان.** ط1. دار ابن حزم. بيروت. لبنان. 2003.

2. عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر ابن كثير القرشي الدمشقي. **تفسير القرآن العظيم لابن كثير.** ط1. ج1. مؤسسة الرسالة. بيروت. لبنان. 2008.

3. _____ابن كثير. **تفسير القرآن العظيم.**ج 3. _____

***كتب الحديث.**

1. الإمام البخاري. **صحيح البخاري. كتاب الأحكام.** باب موعظة الإمام للخصوم. (د.ط). دار الفكر. بيروت. لبنان. (د.ت).

2. _____**.كتاب الأشربة.** باب الخمر من العسل وهو البتع._____ .

3. الإمام الحافظ أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري اليسالوري. **صحيح مسلم.** كتاب الأقضية. باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد، فأصاب أو أخطأ. ط1. دار الفكر. بيروت. لبنان. 2003.

4. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني. **سنن أبي داود. كتاب الأقضية.** باب اجتهاد الرأي في القضاء. (د.ط). بيت الأفكار الدولية. عمان. الأردن. 1999.

5. _____. **كتاب الأدب**. باب في تغيير الإسم القبيح_____.

6. مالك بن أنس. **الموطأ**. ط1. المكتبة العصرية. بيروت. لبنان.2000.

7. محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني. **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام**. ط1. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. 2004.

8. ابن حجر. **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**.(د.ط). دار الفكر. بيروت. لبنان. (دت).

***كتب الفقه.**

1. ابن فرحون برهان الدين المالكي. **تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**. ط1.ج1. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.1995.

2. ابن قيم الجوزية. **زاد المعاد في هدى خير العباد**. ط2. المجلد2.ج4. دار الفكر. بيروت. لبنان. 1972.

3. أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**(في فروع الحنفية). ط1.ج3. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.1997.

4. _____.**البحر الرائق شرح كنز الدقائق**.ج4.

5. _____.**البحر الرائق**.ج5.

6. أبو الحسن علي بن محمد الماوردي. **أدب القاضي**. (د.ط). ج2. مطبعة الرشاد. بغذاذ. 1952.

7. _____.**الحاوي الكبير**. (د.ط). ج12. المكتبة التجارية.دار الفكر.1994.

8. أبو زكريا يحيى بن شرف النووي. **روضة الطالبين**. ط1. دار ابن حزم. بيروت. لبنان.2002.

9. _____. **المجموع شرح المهذب**.(د.ط). بيت الأفكار الدولية. عمان. الأردن. 2005.

10. **أبو عبد الله أحمد عليش. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك**. (د.ط). ج1. دار المعرفة. بيروت. لبنان.

11. أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب.**مواهب الجليل شرح مختصر خليل**. ط2. المجلد4.ج4. دار الفكر.1978.

12. أبو محمد علي بن حزم .**المحلى**. (د.ط). المجلد7.ج10. المكتب التجاري. بيروت. لبنان.(د.ت).

13. أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني. **الرسالة في فقه الامام مالك**.(د.ط). دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.(د. ت).

14. أحمد الدردير.**الشرح الصغير"أقرب المسالك إلى مذهب مالك**. (د.ط). ج2. مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية.وزارة الشؤون الدينية.الجزائر.1992.

15. _____. **أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**. مكتبة أيوب. كانو. نيجيريا.(د.ت).

16. أحمد بن محمد الحموي الحنفي.**غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر**.ط1. ج3. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.1985.

17. الإمام ولي الله الدهلوي. **شرح الموطأ**. ط1.ج2. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.1983.

18. خليل بن إسحاق المالكي.**مختصر العلامة خليل**.(د.ط).دار الفكر. 1981.

19. _____ ط4 .المجلد3. دار الفكر. _____.

20. شمس الدين السرخسي.**المبسوط**. ط2. مجلد3.ج5. دار المعرفة. بيروت. لبنان.(د.ت).

21. شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**.ج2. **دار الفكر**.(د.ت).

22. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي. **الذخيرة**. ط1.ج4. دار الغرب الإسلامي. بيروت. لبنان. 1994.

23. عبد الرحمان الجزيري.**الفقه على المذاهب الأربعة**.الأحوال الشخصية.ج4. (د.ط) دار الفكر.1969.

24. _____. ط2. ج4. كتاب النكاح والطلاق. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.2002.

25. عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي. **زاد المحتاج بشرح المنهاج**.ط1.ج3.الشؤون الدينية. قطر.(د.ت).

26. _____.ط3. _____.

27. علاء الدين الحصكفي.**الدر المختار شرح تنوير الأبصار**. (د.ط).ج3. دار الفكر.1995.

28. علي الصعيدي العدوي. **حاشية العدوي**.(د.ط).ج2. دار إحياء الكتب. مصر.(د.ت).

29. مالك بن أنس. **ملحق المدونة الكبرى**. ط1 .ج5. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.1994.

30. محمد أبو زهرة. **ابن حزم حياته وعصره**، آراؤه وفقهه.(د.ط).دار الفكر العربي.القاهرة. مصر.(د.ت).

31. محمد الأمير الكبير. **الإكليل شرح مختصر خليل**.(د.ط).مكتبة القاهرة. مصر.(د.ت).

32. محمد بن أحمد بن بكر بن فرج الأنصاري القرطبي.**الجامع لأحكام القرآن**.دار إحياء التراث العربي. بيروت. لبنان.1957.

33. محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**. ط2. ج2. دار الكتاب الحديثة.القاهرة. مصر. 1975.

34. محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي. **تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق**. ط1. ج 7. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.1997.

35. _____.**البحر الرائق شرح كنز الدقائق**._____.

36. محمد بن يوسف العبدري(المواق). **التاج والإكليل لمختصر خليل**.(د.ط). ج4.دار الكتب العلمية.(د.ت).

37. محمد زكريا الكندهلوي. **أوجز المسالك إلى موطأ مالك**.ط3.ج10.المكتبة الامدادية.باب العمرة.مكة المكرمة.السعودية.1974.

38. محمد عرفة الدسوقي.**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** (د.ط). ج2. دار الفكر.(د.ت).

39. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي.**شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى**. ط1. ج2. دار عالم الكتب. بيروت.لبنان.1993.

40. موفق الدين ابن قدامة.**المغني مع الشرح الكبير**. (د.ط). ج8. دار الكتاب العربي.دار الريان للتراث.1983.

41. _____. **المغني**. ط5. دار الفكر. بيروت. لبنان. 1985.

42. _____.ج11._____.

43. موفق الدين بن قدامة وشمس الدين بن قدامى المقدسي. **المغني ويليه الشرح الكبير**. (د.ط). ج8. دار الكتاب العربي. 1972.

ثانيا: المراجع باللغة العربية.

***المراجع العامة.**

1. ابتسام القرام. **المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري**. (د.ط). قصر الكتاب.البليدة. الجزائر. (د.ت).

2. أبو الأعلى المودودي. **حقوق الزوجين**. دراسة نقدية لقانون الأحوال الشخصية.(د.ط).دار السعودية. جدة. السعودية.1985.

3. أبوحامد الغزالي. **الوجيز في فقه الإمام الشافعي**. (د.ط). ج1. دار المعرفة. بيروت. لبنان.1979.

4. أبو الليل إبراهيم الدسوقي. **تعويض الضرر عن المسؤولية المدنية**. دراسة تأصيلية لتقدير التعويض.(د.ط). مطبوعات جامعة الكويت.1995.

5. أحمد آباش. **الأسرة بين الجمود والحداثة**. ط1. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان.2011.

6. أحمد أبو الوفاء. **التحكيم بالقضاء وبالصلح**.(د.ط). دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. مصر.(د.ت).

7. أحمد الخمليشي. **التعليق على قانون الأحوال الشخصية**.الزواج والطلاق.ط3 .ج1. دار النشر. الرباط. المغرب.1994.

8. أحمد عيسى عاشور. **الفقه الميسر في العبادات والمعاملات**.(د.ط). دار بوسلامة. تونس.1984.

9. أحمد فراج حسين. **أحكام الأسرة في الإسلام**.(د.ط).دار الجامعة الجديدة.الإسكندرية.مصر.2004.

10. أحمد فراج حسين.**المدخل للفقه الإسلامي**.تاريخ الفقه الإسلامي.الملكية ونظرية العقد.(د.ط).الدار الجامعية.الإسكندرية.2001.

11. أحمد محمد أحمد بخيت.**إسكان المحضون في الفقه الإسلامي والتقنينات العربية**.المشكلات وتطورات الحل.ط1.دار النهضة العربية.القاهرة.مصر.2009.

12. أحمد محمد المومني.**الأحوال الشخصية في الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**.ط1.دار المسيرة.عمان.الأردن.2009.

13. أحمد محمود الشافعي. **الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب**.(د.ط).دار الهدى.الإسكندرية.مصر.1997.

14. أحمد نصر الجندي. **شرح قانون الأسرة الجزائري**. (د.ط). دار الكتب القانونية. دار شتات. القاهرة. مصر. 2009.

15. أحمد نصر الجندي. **النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي**.(د.ط). دار الكتب القانونية. مصر.2006.

16. _____. **موسوعة الأحوال الشخصية**.(د.ط).ج1.دار الكتب القانونية.مصر.2006.

17. أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة. **وسائل إثبات النسب بين القديم والمعاصر**. دراسة فقهية مقارنة.(د.ط). دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. مصر. 2010.

18. الأكحل بن حواء. **نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية**.(د.ط). الشركة الوطنية. الجزائر.1982.

19. أمين حسين يوسف.**أثر الزنا في مسائل الأحوال الشخصية**.ط1.دار الثقافة.عمان.الأردن.2010.

20. الأنصاري حسن النيداني. **الصلح القضائي**. دراسة تأصيلية وتحليلية لدور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم. (د.ط). دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. مصر.2001.

21. أنور الخطيب. **الأهلية المدنية في الشرع والقوانين اللبنانية**. ط1. منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع.1965.

22. أنور العمروسي. **موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين**. (د.ط). ج2. دار الفكر الجامعي.الإسكندرية. مصر.2005.

23. باديس ذبابي. **صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر**.(د.ط).دار الهدى.عين مليلة.الجزائر.2007.

24. _____ .**آثار فك الرابطة الزوجية**.دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي_____.2008.

25. _____.**حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري**_____.2010.

26. _____.**قانون الأسرة نصا وتطبيقا**.(د.ط).____.2008.

27. _____. **قانون الأسرة. دراسة تفسيرية**.(د.ط). دار الهدى.عين مليلة.الجزائر.2013.

28. _____ط2_____ (د.ت).

29. بدران أبو العينين بدران. **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون**.الزواج والطلاق.(د.ط).ج1. دار النهضة العربية. بيروت. لبنان. (د.ت).

30. جمال سايس.**الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية** . ط1. ج1. منشورات كليك.المحمدية.الجزائر.2013.

31. _____ج2_____.

32. _____ج3_____.

33. جميل فخري محمد جانم. **مقدمات عقد الزواج(الخطبة) في الفقه والقانون**. ط1. دار الحامد.عمان. الأردن .2009.

34. حسن السيد بسيوني. **منهجية العمل القضائي**.(د.ط).القاهرة .مصر.2000 .

35. حسن الفكهاني. **موسوعة القضاء والفقه للدول العربية**. (د.ط). الدار العربية للموسوعات. القاهرة . مصر. (د.ت).

36. حسن حسانين. **أحكام الأسرة الإسلامية ففقها وقضاء**. ط1. دار الآفاق العربية. القاهرة. مصر.2001.

37. حسن حسن منصور. **المحيط في شرح أحكام الأحوال الشخصية**. أحكام عقد الزواج بين آراء الفقهاء وأحكام القضاء.(د.ط). المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر.1998.

38. حسن صلاح الصغير عبد الله.**الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية.دراسة مقارنة**. (د.ط). دار الجامعة الجديدة.الإسكندرية. مصر.2007.

39. حسن علي الذنون. **المبسوط في شرح القانون المدني**." المسؤولية المدنية"."الضرر".ط1. دار وائل.عمان.الأردن.2006.

40. حسنى محمود عبد الدايم. **الضرورة وأثرها على المسؤولية المدنية**. دراسة مقارنة. (د.ط). دار الفكر الجامعي.الإسكندرية. مصر. 2007.

41. دندل جبر.**الزنا تحريمه. أسبابه ودوافعه**. نتائجه وآثاره.دار الشهاب.باتنة.الجزائر.1988.

42. رسمية عبد الفتاح موسى الدوس. **دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي**.ط1.دار قنديل.عمان.الأردن.2010.

43. الرشيد بن شويخ . **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية**. ط1. دار الخلدونية. الجزائر. 2008.

44. زبيدة إقروفه. **الإبانة في أحكام النيابة**. دراسة فقهية قانونية مدعمة باجتهاد المحكمة العليا وقوانين الدول العربية.(د.ط). دار الأمل.2014.

45. زياد صبحي ذياب. **متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي**. ط1. دار الينابيع. عمان. الأردن.1992.

46. سالم بن عبد الغني الرافعي. **أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب**. ط1. دار ابن الحزم. بيروت. لبنان.2002.

47. سديد بلخير. **الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري**. دراسة مقارنة. ط1. دار الخلدونية. القبة. الجزائر.2009.

48. سليمان محمد الجروشي. **نظرية العقد في الفقه الإسلامي المقارن**. ط1. دار الكتب. ليبيا.2003.

49. السيد سابق. **فقه السنة**. ط2. المجلد2. دار الكتاب العربي. بيروت. لبنان.1983.

50. شريف الطباخ. **التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء القضاء والفقه**.(د.ط). دار الفكر الجامعي.الإسكندرية. مصر.2007.

51. صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان. **الشرح المختصر على متن زاد المستنقع**. ط1. المجلد3. دار العاصمة.الرياض.السعودية.2004.

52. صلاح الدين شروخ. **منهجية البحث القانوني للجامعيين**.(د.ط). دار العلوم. عنابة. الجزائر.2003.

53. صلاح حسين علي الجبوري. **تعويض الضرر الأدبي في المسؤولية المدنية**. دراسة مقارنة.ط1. دار الفكر الجامعي.الإسكندرية. مصر.2014.

54. طاهري حسين. **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري** مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 02/05. مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية. ط1 . دار الخلدونية. القبة .الجزائر. 2009.

55. الطيب زروتي.**الكامل في العرائض القضائية**. العرائض القضائية في شؤون الأسرة. ط1. ج1. مطبعة الفسيلة.الدويرة.الجزائر.2010.

56. عاطف النقيب.**النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي**.الخطأ والضرر. ط3. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر.1984.

57. عبد الحكم فوده. **موسوعة التعويضات المدنية. نظرية التعويض المدني.**(د.ط). ج1. المكتب الدولي للموسوعات القانونية. الإسكندرية. مصر. 2005.

58. عبد الحميد الشواربي. **المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء.**(د.ط). منشأة المعارف. الإسكندرية. مصر. (د.ت).

59. _____. 2001.

60. عبد الرحمان الصابوني.**مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة.** دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية والأحوال الشخصية العربية. ط2. المجلد2. دار الفكر. بيروت. لبنان. 1968.

61. عبد العزيز سعد. **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد.** أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل. (د.ط) . دار هومة . الجزائر. 2007.

62. عبد العظيم بدوي. **الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز.** ط3. دار ابن رجب. المنصورة . مصر. 2001.

63. عبد الفتاح إبراهيم بهنسي. **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية(فقها وقانونا).**(د.ط).مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية. مصر. (د.ت).

64. عبد الفتاح تقية. **قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية. دراسة مقارنة.** ط1. دار الكتاب الحديث. القاهرة . مصر. 2011.

65. عبد الفتاح عايش عمرو.**السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية.**ط1.دار النفائس.عمان.الأردن. 1998.

66. عبد الفتاح كبارة. **الزواج المدني.** دراسة مقارنة. ط1. دار الندوة الجديدة. بيروت. لبنان. 1994.

67. عبد القادر حرز الله. **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له** .ط1. دار الخلدونية. القبة . الجزائر.2007.

68. عبد الله بن محمد المطلق. **فقه السنة الميسر**. قسم الأحوال الشخصية. ط1. ج3. دار كنوز اشبيليا. الرياض.السعودية. 2008.

69. _____. قسم المعاملات المالية. ط1_____2007.

70. عبد الناصر توفيق العطار. **تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية**. ط1. المكتبة الأزهرية للتراث. القاهرة . مصر.2012.

71. عبد الهادي بن زيطة. **تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري. دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**. ط1. دار الخلدونية. القبة. الجزائر.2007.

72. عبد الوهاب خلاف. **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية** على وفق مذهب أبي حنيفة وما جرى عليه العمل بالمحاكم. ط2. دار القلم. الكويت. 1990.

73. عدنان إبراهيم سرحان و نوري حمد خاطر. شرح القانون المدني. **مصادر الحقوق الشخصية**. الالتزامات. دراسة مقارنة. ط1. دار الثقافة. عمان. الأردن.2009.

74. العربي بختي.**أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**. ط1. ديوان المطبوعات الجامعية. بن عكنون. الجزائر.2014.

75. العربي بلحاج. **أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي**.(د.ط).ج1. ديوان المطبوعات الجامعية. بن عكنون. الجزائر.(د.ت).

76. _____. **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**. الزواج والطلاق. ط5. ج1. ديوان المطبوعات الجامعية. بن عكنون. الجزائر.(د.ت).

77. علي حسب الله. **الفرقة بين الزوجين وما تعلق بها من عدة ونسب**.(د.ط).دار الفكر العربي. القاهرة. مصر .1970.

78. علي فيلالي.**الالتزامات.الفعل المستحق للتعويض**.(د.ط).دار موفم.الجزائر .2007.

79. علي محمد علي قاسم. **نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي**.(د.ط). دار الجامعة الجديدة.الاسكندرية. مصر .2004.

80. علي محمد قاسم.**التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط**.(د.ط). دار الجامعة الجديدة. مصر .2005.

81. عمر فروخ. **الأسرة في الشرع الإسلامي**. ط1. مطبعة المكتبة العلمية. بيروت. لبنان.1951.

82. عمرو خليل. **انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**. دراسة مقارنة.(د.ط). دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية. مصر .2015.

83. عمرو عيسى الفقى.**الطاعة والنشوز في ضوء الفقه والقضاء**.(د.ط).المكتب الفني للاصدارات القانونية.القلعة.1999.

84. _____.**الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية**.(د.ط). المجلد2. المكتب الجامعي الحديث.(د.ت).

85. الغوثي بن ملحة. **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**. ط2. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر .2008.

86. فتحي الدريني. **النظريات الفقهية**. ط2. منشورات جامعة دمشق. سوريا.2004.

87. فضيل سعد.**شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**.(د.ط).المؤسسة الوطنية للكتاب.الجزائر .1986.

88. كمال حمدي. **الأحكام الموضوعية في الولاية على المال**.(د.ط). منشأة المعارف. الإسكندرية. مصر .(د.ت).

89. كوثر كامل علي. **شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية**.(د.ط). دار بوسلامة. تونس.1983.

90. لحسين بن شيخ آث ملويا. **المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية**.التعليق على قرارات المحكمة العليا بالاستناد إلى الفقه المقارن وقانون الأسرة.(د.ط).دار هومة.الجزائر.2005.

91. مجمع الفقه الإسلامي. **الإجبار على الزواج**. ط1. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.2007.

92. محمد إبراهيم دسوقي. **تقدير التعويض بين الخطأ والضرر**.(د.ط).مؤسسة الثقافة الجامعية.الإسكندرية.مصر.(د.ت).

93. محمد أبو زهرة. **الأحوال الشخصية**. ط3 . دار الفكر العربي. القاهرة. مصر.1950

94. محمد أبو زهرة.**الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**.(د.ط). دار الفكر العربي.القاهرة. مصر.1996.

95. محمد أحمد عابدين.**التعويض بين الضرر المادي و الأدبي والموروث**.(د.ط).منشأة المعارف.الإسكندرية.مصر.1995.

96. محمد الصغير بعلي. **المدخل للعلوم القانونية**. نظرية القانون والحق. (د.ط). دار العلوم. الحجار. عنابة .2006.

97. محمد باوني. **عقد الزواج وآثاره**. دراسة مقارنة بين الفقه والقانون. ط1. دار بهاء الدين. قسنطينة. الجزائر.2009.

98. محمد جمال أبو سنينة وحسين مطاوع.**الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية**.ط1.دار الثقافة.عمان.الأردن.2005.

99. محمد جواد مغنية. **الفقه على المذاهب الخمسة**. ط6. دار العلم للملايين. بيروت. لبنان.1979.

100. محمد حامد قمحاوي. عمر عبد الله.**أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين**.(د.ط).دار المطبوعات الجامعية.الإسكندرية. مصر.1986.

101. محمد حسن أبو يحي.أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية.دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني. ط1. دار يافا العلمية. عمان. الأردن.2011.

102. محمد خضر قادر. **دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق.**(د.ط). دار اليازوري. عمان. الأردن. 2009.

103. محمد سراج. **أصول الفقه الإسلامي.** (د.ط). دار الجامعة الجديدة. منشاة المعارف. الإسكندرية. مصر.1998.

104. محمد سمارة. **أحكام وآثار الزوجية.** شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية.(د.ط). الدار العلمية الدولية. دار الثقافة. عمان. الأردن. 2002.

105. محمد صبري السعدي. **النظرية العامة للالتزامات.**(د.ط).دار الكتاب الحديث.الجزائر.2003.

106. محمد علي الكيك.**السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة وتشديدها وتحقيق ووقف تنفيذها.**(د.ط). دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. مصر.2007.

107. محمد علي خليل الطعاني. **سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية.** دراسة مقارنة. ط1. دار المسيرة. عمان. الأردن. 2008.

108. محمد فتح الله النشار. **حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني.**(د.ط).دار الجامعة الجديدة.الإسكندرية. مصر.2002.

109. محمد كمال الدين أمام.**أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء.** دراسة لقوانين الأحوال الشخصية.(د.ط). دار الجامعة الجديدة.الإسكندرية. مصر.2007.

110. محمد لمين لوعيل. **الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي.**(د.ط). دار هومة. الجزائر. 2010 .

111. محمد لمين لوعيل. **المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري**.(د.ط).دار هومة.الجزائر.2004.

112. محمد مصطفى شلبي. **أحكام الأسرة في الاسلام**. ط2. دار النهضة العربية. بيروت. لبنان.1977.

113. محمد مصطفى شلبي.**المدخل لدراسة الفقه الإسلامي**.(د.ط).دار تأليف.القاهرة.مصر.1956.

114. محمود أحمد طه.**الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية**. دراسة مقارنة. منشأة المعارف.الإسكندرية. مصر.(د.ط).2008.

115. محمود السيد عمر التحيوي. نطاق **سلطة القاضي في إصدار الأمر القضائي**.(د.ط). دار الجامعة الجديدة . الإسكندرية . مصر. 1999.

116. محمود محمد حمودة و محمد مطلق عساف. **فقه الأحوال الشخصية**.(د.ط). مؤسسة الوراق. عمان. الأردن. 2000.

117. مصطفى أحمد الزرقاء.**الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد**. المدخل الفقهي العام.(د.ط). ج2. مطبعة طربين. دمشق. سوريا.1968.

118. مصطفى إبراهيم الزلمي.**أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن**. دراسة مقارنة بالقانون. ط1. المؤسسة الحديثة للكتاب. لبنان.2011.

119. مصطفى الخن و مصطفى البغا. **الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي**. ط3. المجلد2. دار القلم. دمشق. سوريا.1998.

120. مصطفى السباعي. **شرح قانون الأحوال الشخصية**. ط7. ج1. مطبعة جامعة دمشق.سوريا 1385هـ .

121. معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية. **التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون.** المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون. ط1. جمعية المقاصد الخيرية الإسلامية. بيروت. لبنان. 2000.

122. معوض عبد التواب. **المرجع في شرح قانون الأحداث.** ط3 . 1997.

123. _____. **الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية** .ط9. ج1. 2000.

124. ممدوح عزمي. **أحكام الطاعة والنشوز للمسلمين وغير المسلمين.**(دط).دار الفكر الجامعي.الإسكندرية. مصر.2004.

125. مولانا محمد علي. **الطلاق في الإسلام**.ط2.منشورات المكتبة العصرية.صيدا. بيروت. لبنان.(د.ت).

126. نبيل اسماعيل عمر. **التقدير القضائي المستقبلي في قانون المرافعات المدنية والتجارية.** ط1. دار الجامعة الجديدة.الإسكندرية. مصر. 1999.

127. _____. **امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي.** (د.ط). دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية.مصر.2004.

128. نبيل صقر. **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا.** (د.ط). دار الهدى. عين مليلة. الجزائر. 2006.

129. نبيل صقر و قمراوي عز الدين. **قانون الأسرة نصا وتطبيقا.** _____.

130. نصر سلمان وسعاد سطحي.**أحكام الطلاق.دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة** الواردة في الأمر02/05. (د.ط).دار الفجر .قسنطينة.الجزائر.(د.ت).

131. نضال جبر البلوي.**التحكيم في الشريعة الإسلامية ونظام التحكيم السعودي**.ط1. الثقافة.عمان.الأردن.2012.

132. ناصر أحمد ابراهيم النشوي. **موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح**. دراسة فقهية مقارنة. (د.ط). دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. مصر. 2005.

133. نضال محمد أبو سنينة. **الولاية في النكاح في الشريعة الاسلامية** . ط1. دار الثقافة. عمان. الأردن.2011.

134. وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان.**التفريق بالعيب بين الزوجين والآثار المترتبة عليه**. ط1. كنوز المعرفة. جدة. السعودية.1999.

135. وهبة الزحيلي. **الفقه الاسلامي وأدلته**. ط2. ج4. النظريات الفقهية والعقود. دار الفكر. دمشق.سوريا.1985.

136. _____.ج5. _____.

137. _____.ط4.ج7.دار الفكر.طبعة خاصة بالجزائر.1996.

138. _____. **نظرية الضرورة الشرعية**. ط5 . مؤسسة الرسالة. بيروت. لبنان. 1997.

139. يوسف دلاندة. **دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة**.ط2.دار هومة.الجزائر.2008.

140. _____. **قانون الأسرة**.(د.ط). دار هومة . الجزائر. 2003.

***مراجع متخصصة.**

1. أحمد الأمراني.**السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي**. ط1. دار القلم. الرباط. المغرب.2011.

2. محمود محمد ناصر بركات. **السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي**. ط1. دار النفائس. عمان. الأردن.2007.

3. نبيل اسماعيل عمر. **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**. دراسة تحليلية وتطبيقية.(د.ط). دار الجامعة الجديدة.الاسكندرية. مصر.2008.

***الرسائل الجامعية.**

1- ابتسام مليط. **الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**. مذكرة ماجستير. كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة.2012.

2- إبراهيم بن حديد. **السلطة التقديرية للقاضي المدني**. رسالة ماجستير.معهد الحقوق والعلوم الادارية. جامعة الجزائر.1998.

3- أحمد شامي **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة**.(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية).رسالة دكتوراه في القانون الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان. الجزائر.2014.

4- أسمهان عفيف.**السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر**.مذكرة ماجستير.تخصص قانون شؤون الأسرة.كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة العربي بن مهيدي.أم البواقي.2011.

5- آسيا بوخاتم. **الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**. مذكرة ماجستير في القانون الخاص. كلية الحقوق.جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان. الجزائر.2007.

6- آمال رواق. **علاقة قانون الأسرة الجزائري بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج والطلاق وآثارهما-دراسة مقارنة-**. أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون. تخصص أحوال شخصية. كلية الشريعة والاقتصاد. قسم الشريعة والقانون. جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة.2017.

7- بوزيان بوشنتوف. **قواعد التقاضي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري- قضايا الأسرة نموذجا-** رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون. تخصص أحوال شخصية. كلية الشريعة والإقتصاد. قسم الشريعة والقانون. جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية. قسنطينة.2014.

8- توفيق سلطاني. **حجية البصمة الوراثية في الإثبات.** مذكرة ماجستير في القانون. تخصص علوم جنائية. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة الحاج لخضر باتنة.2011.

9- جليلة نعمان. **البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي.** دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية. مذكرة ماجستير في القانون تخصص قانون العقوبات والعلوم الجنائية. كلية الحقوق. جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة.2009.

10- جمال عياشي. **قيود تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون.** مذكرة ماجستير فرع القانون الخاص. كلية الحقوق والعلوم الادارية. بن عكنون. الجزائر .2005.

11- خيرة قويدري.**حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء.** أطروحة دكتوراه في القانون.كلية الحقوق.جامعة الجزائر .2009.

12- دليلة آيت شاوش.**إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية.** رسالة دكتوراه علوم.تخصص القانون.كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة مولود معمري.تيزي وزو. الجزائر .2014.

13- زكية حميدو.**مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة.**رسالة دكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق.جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان.2005.

14- زهير بن حشاني. **النفقة الزوجية في قوانين الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي.** مذكرة ماجستير. تخصص قانون شؤون الأسرة. كلية الحقوق والعلوم السياسية . جامعة العربي بن مهيدي. أم البواقي.2011.

15- سليم بشير. **الحكم التحكيمي والرقابة القضائية.** أطروحة دكتوراه. تخصص قانون خاص. كلية الحقوق. قسم العلوم القانونية. جامعة الحاج لخضر باتنة. 2012.

16- الصادق فريوي. **طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.** دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه في القانون. معهد العلوم القانونية والإدارية. جامعة باجي مختارعنابة.1995.

17- عبد الرحمن مجوبي.**التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية**.مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية.كلية الحقوق.جامعة الجزائر.2006.

18- عبد الرزاق دربال.**التعويض عن الأضرار الجسدية في المسؤولية المدنية والتأمينات الاجتماعية**.دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون.بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه الدولة.كلية الحقوق.جامعة منتوري.قسنطينة.2001.

19- عثمان كرجاني. **السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وانحلال الرابطة الزوجية.** مذكرة ماجستير.شعبة الحقوق الأساسية والعلوم السياسية.تخصص عقود ومسؤولية. كلية الحقوق.جامعة مجمد بوقرة بومرداس.2012.

20- فاطمة الزهراء تبوب.**سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات في المواد المدنية**.رسالة ماجستير.معهد الحقوق والعلوم الادارية.جامعة الجزائر.1997.

21-فائزة اللبان.**إعجاز التشريع الإسلامي في أحكام الأسرة**.أطروحة دكتوراه.تخصص الفقه وأصوله.كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية.قسم الشريعة.جامعة الحاج لخضر باتنة.2010.

22- فؤاد بوصبع. **البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات النسب.** رسالة ماجستير في القانون الجنائي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة منتوري. قسنطينة.2012.

23- كريمة محروق. **الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء.** رسالة دكتوراه العلوم في القانون.فرع القانون الخاص.جامعة الإخوة منتوري قسنطينة.2015.

24- لخضر بن عائشة. **إثبات الحقوق المالية للزوجين.** دراسة مقارنة نقدية تحليلية. مذكرة ماجستير في القانون. كلية الحقوق. جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان. 2012.

25- لمياء شافعة.**حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**.دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة. مذكرة ماجستير في القانون الخاص.تخصص قانون شؤون الأسرة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة العربي بن مهيدي. أم البواقي.2012.

26- محفوظ بن صغير.**الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري.** أطروحة دكتوراه. كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية. قسم الشريعة.جامعة باتنة. 2009.

27- محمد بوكماش. **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي.** رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية. تخصص شريعة وقانون. كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية. قسم العلوم الإسلامية.جامعة باتنة .2012.

28- محمد الصايغ. **المصلحة في الشريعة الإسلامية والفكر الغربي.** مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية. تخصص شريعة وقانون. كلية العلوم الإسلامية. الخروبة. الجزائر. 2007.

29- محمد ولد عال ولد محمياي. **أحكام النسب وطرق إثباته.** دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني. مذكرة ماجستير في القانون الخاص. كلية الحقوق. جامعة أبوبكر بلقايد. تلمسان. الجزائر.2008.

30- محمد يوب. **تعويض الضرر الناتج من العلاقة الزوجية.دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**.رسالة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية.تخصص فقه وأصول.كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية.قسم العلوم الإسلامية.جامعة الحاج لخضر باتنة.2013.

31- محمود لنكار. **الحماية الجنائية للأسرة. دراسة مقارنة.** رسالة دكتوراه علوم. فرع القانون الجنائي. كلية الحقوق. جامعة منتوري. قسنطينة. الجزائر.2010.

32- مسعود هلالي. **الاطلاق والتقييد في تعدد الزوجات.** دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية العربية. مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون. كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية. جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية. قسنطينة. الجزائر.2007.

33- مسعود هلالي.**التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري**.رسالة دكتوراه علوم في الشريعة والقانون .تخصص الأحوال الشخصية.جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية.قسنطينة.2014.

34- مسعودة نعيمة إلياس.**التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق**.دراسة مقارنة.رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص.كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان.2010.

35- نجيب محمد مثنى ناجي. **خطبة الزواج في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والجزائري.** أطروحة دكتوراه في القانون الخاص. كلية الحقوق. جامعة باجي مختار عنابة. 2008.

36- نظيرة عتيق. **حماية العلاقة الزوجية في المستحدث من تشريعات الأسرة دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي.** رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون.تخصص أحوال

شخصية.كلية الشريعة والاقتصاد.قسم الشريعة والقانون. جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية. قسنطينة.2017.

37- نوال شعلال. **سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة.** دراسة مقارنة بين التشريع الوضعي والتشريع الاسلامي. مذكرة ماجستير تخصص قانون العقوبات والعلوم الجنائية. كلية الحقوق. جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة. 2009.

38- هدى دكدوك. **سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة في القانون الوضعي.** مذكرة ماجستير في الحقوق. تخصص قانون العقوبات والعلوم الجنائية. كلية الحقوق. جامعة العربي بن مهيدي. أم البواقي. 2009.

39- وردة بوزيد. **الصّلح والتّحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية.** مذكرة ماجستير في القانون الخاص.تخصص شؤون الأسرة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة العربي بن مهيدي. أم البواقي.2011.

40- اليزيد عيسات بلمامي. **التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.** مذكرة ماجستير. تخصص عقود ومسؤولية. كلية الحقوق. بن عكنون. الجزائر. 2003.

41- يوسف مسعودي.**الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.**مذكرة ماجستير.كلية الحقوق.المركز الجامعي بشار.2007.

***المقالات.**

1- أحسن زقور. **(أحكام القصّر في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.دراسة مقارنة).** مجلة البحوث والدراسات .كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية. جامعة وهران. الجزائر. العدد05 . جويلية .2005.

2- إدريس فاضلي.(**قانون الأسرة بين الثابت والمتغير**). المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية. معهد الحقوق والعلوم الإدارية. بن عكنون. جامعة الجزائر. الجزء34. رقم 04. 1996.

3- أم الخير بوقرة.(**دور البصمة الوراثية في حماية النسب**) . مجلة الاجتهاد القضائي. مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع.العدد07. جامعة محمد خيضر بسكرة.

4- بلقاسم شتوان. (**حقوق الطفل في الأسرة والمجتمع**). مجلة الإحياء. كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية. جامعة الحاج لخضر. باتنة. الجزائر. العدد13. 2009.

5- جيلالي تشوار. (**حماية الطفل عبر الإذن بالزواج**). المجلة الجزائرية للعلوم القانونية. جامعة الجزائر. الجزء 41. عدد 1 .2000.

6- حليمة جبار.(**دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف على ضوء أحكام ق إ م إ الجديد، الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة والصلح والتحكيم**). مجلة المحكمة العليا.عدد خاص.2009.

7- حميد مسرار. (**تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي- رؤية حقوقية**). مجلة الفقه والقانون. العدد الثالث. يناير 2013.

8- حنان براهمي. (**اجتهاد القاضي في مجال الحقوق والحريات في ظل الاتفاقيات الدولية**). مجلة الاجتهاد القضائي. مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع. جامعة محمد خيضر بسكرة. العدد الرابع.

9- خير الدين كاظم أمين. (**سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص**). مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية. المجلد15. العدد2. 2008.

10- ذياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري. (**السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية**). مجلة علوم الشريعة والقانون.المجلد 35. العدد2 . 2008.

11- رائف محمد النعيم. **(التنظير الفقهي لضرر العدول عن الخطبة- دراسة مقاصدية في ضوء الشريعة والقانون الليبي)**. مجلة معارف. المركز الجامعي البويرة. الجزائر .العدد السادس. جوان 2009.

12- ردينا ابراهيم حسين الرفاعي ومحمود علي الطوالبة.(**أحكام الهجر في الفقه الإسلامي)**.دراسات علوم الشريعة والقانون. المجلد36.العدد2 . 2009.

13- سعاد سطحي. **(موقف الشريعة الإسلامية من التفريق القضائي بسبب الإعسار بالنفقة)**. مجلة الحقيقة.جامعة أدرار. العدد السادس. ماي 2005.

14- سليمة مسراتي.**(استقلالية السلطة القضائية كأهم ضمان للحق في التقاضي)**. دستور الجزائر 1996 نموذجا. مجلة الاجتهاد القضائي. مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع. جامعة محمد خيضر بسكرة. الجزائر.العدد09.

15- سميرة معاشي. (**أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري**). مجلة المنتدى القانوني. العدد السادس. جامعة محمد خيضر بسكرة.

16- السيد شوقي. **(مفهوم المصلحة باعتبارها غاية للحق)**. مجلة دراسات قانونية. دار القبة . الوادي. الجزائر. العدد01. جوان 2002.

17- صالح بوبشيش.**(واقع الأسرة الجزائرية بين إلزامية القانون وحتمية الاجتهاد)**.مجلة العلوم الاجتماعية و الانسانية.جامعة باتنة.العدد13. ديسمبر 2005.

18- صالح حمليل. **(قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري)**. مجلة الحقيقة. العدد السادس. ماي2005.

19- عبد الحميد بن مشري.**(ضوابط تأديب الزوجة بين الشريعة والقانون)**.مجلة المنتدى القانوني.دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة محمد خيضر بسكرة.العدد6.أفريل2009.

20- عبد الرحمان خلفي.(**الجرائم الماسة بأحكام الحضانة**).المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية.جامعة مولود معمري.تيزي وزو.العدد2. 2008.

21- عبد الرؤوف دبابش.(**ثبوت النسب في الأنكحة الفاسدة و الباطلة في الشريعة وقانون الأسرة الجزائري**). مجلة الاجتهاد القضائي. العدد السابع.جامعة محمد خيضر. بسكرة.

22- عبد المجيد محمد السوسوه.(**أثر التحكيم في الفقه الإسلامي**). مجلة الشريعة والقانون. العدد 22. يناير 2005.

23- عدلان مطروح. (**الولاية على الراشدة في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري**).مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية. جامعة العربي تبسي.تبسة .المجلد03.العدد01.

24- العربي بلحاج.(**طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري**).المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية. معهد الحقوق والعلوم الإدارية.بن عكنون.جامعة الجزائر.عدد03.سبتمبر 1990.

25- علاء الدين عبد الفتاح و عبد الحميد علي.(**قانون الأحوال الشخصية وأثره على استقرار الأسرة**).كلية القانون.جامعة السودان.2007.

26- علي هاشم يوسفات.(**أثر تحليل الدم في ضبط النسب**). مجلة دفاتر السياسة والقانون. العدد06. جانفي 2012.

27- عماد أموري جليل الزاهدي.(**الوسائل القرآنية في علاج نشوز الزوجين وأقوال الفقهاء فيها**). مجلة كلية العلوم الإسلامية.جامعة الموصل.المجلد8.العدد2/15. 2014.

28- عماد محمد ربيع.(**تأديب الزوجة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية والقانون الجنائي**).مجلة جامعة دمشق.المجلد18.العدد2. 2002.

29- عواد حسين ياسين العبيدي(**اجتهاد القاضي في مورد النص بين نهي التشريع ومقتضيات العدالة**). مجلة التشريع والقضاء. السنة الثالثة.العدد 4.(صدر لتشرين الأول- تشرين الثاني-كانون الأول).سنة 2011.

30- عيسى حداد.(**الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي**).مجلة التواصل للعلوم الاجتماعية والانسانية.جامعة باجي مختار عنابة.عدد15.ديسمبر2005.

31- فواز صالح.(**حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب**). مجلة الشريعة والقانون. العدد19. يونيو 2003.

32- قاشي علال.(**حماية الطفل اللقيط في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري**).مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية. العدد23. ماي 2007.

33- كمال لدرع.(**الطلاق في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي**).مجلة جامعة الأمير عبد القادر.العدد 12.سبتمبر 2002.

34- كوثر زهدور.(**الولي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد تعديله سنة2005 مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية**). مجلة الفقه والقانون.

35- محمد إبراهيم محمود.(**دور القاضي والمحامي في الدعوى المدنية**). مجلة التشريع والقضاء. بحوث ودراسات. السنة الثالثة. العدد الثالث. صد ر لتموز- آب- أيلول.2011.

36- محمد رشوقي. (**ضوابط المصلحة والموازنة بينهما**). مجلة دراسات قانونية. دار القبة. الوادي. الجزائر. العدد 08. مارس 2003.

37- مراد كاملي .(**قراءة في الإجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية08-09**). مجلة الإحياء. العدد13. كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية. باتنة. الجزائر. 2009 .

38- مصطفى باحو.(**حرية الاشتراط في العقود في الفقه الإسلامي**).مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية.العدد26. 2008.

39- مهند عزمي أبو مغلي وأمجد حمدان الجهني.**(رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني)**. مجلة الشريعة والقانون. العدد38.أفريل2009.

40- ناصر عبد الله الميمان. **(البصمة الوراثية وحكم استخذامها في مجال الطب الشرعي والنسب)**. مجلة الشريعة والقانون.العدد 18. يونيو 2003.

41- نذير حمادو. **(أثر البصمة الوراثية في إثبات نسب الولد غير الشرعي)**. دراسة فقهية اجتماعية أخلاقية. مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية. العدد 26. سبتمبر 2008.

42- نعمان ثابت حسن.**(التفريق القضائي القائم على الضرر في قانون الأحوال الشخصية العراقي)**.مجلة التشريع والقضاء.السنة 4.العدد2. 2012.

43- نوارة دري.**(حق الزوجة في السكن المستقل)**. مجلة الإحياء. كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإنسانية. جامعة الحاج لخضر. باتنة. العدد13. 2009.

44- نور الدين أزرقون.**(سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع)**.مجلة دفاتر السياسة والقانون. العدد 08. جانفي 2013.

45- نور الدين عباسي.**(إتقان الضبط في الفرق بين السبب والشرط)**.مجلة الموافقات.المعهد الوطني العالي لأصول الدين.الجزائر.العدد الرابع.1995.

46- يونس شاهين. **(النظام القانوني لتعدد الزوجات)**. مجلة التشريع والقضاء. العدد الثاني. السنة الرابعة.2012.

***المعاجم والقواميس.**

1. ابراهيم أنيس وآخرون. **المعجم الوسيط**. ط2. ج1. دارعارف.1972.
2. ابن منظور. **لسان العرب**. المجلد2. (د.ط). دار صادر.دار بيروت. لبنان.1968.
3. _____ المجلد3._____

4. _____ المجلد4._____

5. _____ المجلد 5._____

6. _____ المجلد 6._____

7. _____ المجلد7._____

8. _____ المجلد9._____

9. ابن منظور.**لسان العرب المحيط**.(د.ط).المجلد1.دار لسان العرب. بيروت. لبنان.(د.ت).

10. _____المجلد2_____

11. _____المجلد3._____

12. أحمد رضا. **معجم متن اللغة**.(د.ط).المجلد1. دار مكتبة الحياة. بيروت. لبنان.1958.

13. _____ المجلد2_____.

14. _____ المجلد 3 _____ 1959.

15. _____ المجلد 4_____ 1960.

16. _____ المجلد 5_____.

17. بطرس البستاني. **محيط المحيط**. قاموس مطول للغة العربية. ط2. مكتبة لبنان. بيروت. لبنان.1993.

18. الطاهر أحمد الزاوي. **مختار القاموس مرتب على طريقة مختار الصحاح والمصباح المنير**. (د.ط). الدار العربية للكتاب. ليبيا . تونس. (د. ت).

19. الطاهر أحمد الزاوي. **ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة**. ط3. ج1. دار الفكر. (د.ت).

20. _____ ط2.ج1.

21. _____.ج2.

22. _____.ج3.

23. _____ ط3. ج4.

24. الزمخشري أبو القاسم محمود بن عمر. **أساس البلاغة** .(د.ط). دار المعرفة. بيروت. لبنان. 1979.

25. السيوطي. **الأشباه والنظائر**.(د.ط). دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.1979.

26. سعدي أبوحبيب. **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا**. دار الفكر. دمشق. سوريا. ط2. 1988.

27. عبد الله العلايلي.**الصحاح في اللغة والعلوم**.ط1. المجلد2. دار الحضارة العربية. بيروت. لبنان. 1974.

28. علي بن هادية وآخرون. **القاموس الجديد للطلاب**. ط1. المؤسسة الوطنية للكتاب.الجزائر.1991.

29. مجمع اللغة العربية.**المعجم الوسيط**.ط2.ج1. دار المعارف. مصر.1972.

30. _____. ط4. مكتبة الشروق الدولية. مصر. 2004.

31. نخبة من الأساتذة. **المنجد في اللغة والإعلام**. ط31. دار المشرق. بيروت. لبنان.1991.

***المجلات القضائية.**

1- نشرة القضاة. العدد05. 1969.

2- نشرة القضاة.العدد02. 1972.

3- نشرة القضاة.عدد خاص. 1982.

4- المجلة القضائية.العدد03. 1984.

5- نشرة القضاة.العدد44. 1988.

6- المجلة القضائية.العدد01. 1989.

7- المجلة القضائية.العدد02. 1989.

8- المجلة القضائية.العدد03. 1989.

9- المجلة القضائية.العدد01. 1990.

10- المجلة القضائية.العدد02. 1990.

11- المجلة القضائية.العدد03. 1990.

12- المجلة القضائية.العدد01. 1991.

13- المجلة القضائية.العدد03. 1991.

14- المجلة القضائية. العدد04. 1991.

15- المجلة القضائية.العدد02. 1992.

16- المجلة القضائية.العدد01. 1993.

17- المجلة القضائية العدد 02 .1993.

18- المجلة القضائية. العدد04. 1993.

19- المجلة القضائية.العدد02. 1994.

20- المجلة القضائية العدد03. 1994.

21- المجلة القضائية.العدد 01. 1995.

22- المجلة القضائية.العدد 02. 1995.

23- نشرة القضاة.العدد47. 1995.

24- نشرة القضاة.العدد48. 1995.

25- نشرة القضاة.العدد49. 1996.

26- المجلة قضائية.العدد01. 1997.

27- المجلة القضائية.العدد02. 1997.

28- نشرة القضاة.العدد50. 1997.

29- المجلة القضائية.العدد01. 1998.

30- نشرة القضاة.العدد54. 1999.

31- نشرة القضاة.العدد55. 1999.

32- نشرة القضاة.العدد56. 1999

33- اجتهاد قضائي.عدد خاص.2001.

34- المجلة القضائية.العدد01. 2001.

35- المجلة القضائية.عدد خاص. 2001.

36- المجلة القضائية.العدد02. 2002.

37- المجلة القضائية.العدد01. 2003.

38- المجلة القضائية.العدد01. 2004.

39- المجلة القضائية.العدد 14. 2004.

40- مجلة المحكمة العليا . العدد01. 2005

41- مجلة المحكمة العليا.العدد01. 2006.

42- مجلة المحكمة العليا. العدد02. 2006.

43- نشرة القضاة. العدد58. 2006.

44- نشرة القضاة.عدد59. 2006.

45- مجلة قضائية.العدد02. 2007.

46- مجلة المحكمة العليا.العدد01. 2008.

47- مجلة المحكمة العليا.العدد02. 2008.

48- نشرة القضاة.العدد03. 2008.

49- نشرة القضاة.العدد62. 2008.

50- مجلة المحكمة العليا.العدد01. 2009.

51- مجلة المحكمة العليا.العدد02. 2009.

52- مجلة المحكمة العليا. العدد02. 2010.

53- نشرة القضاة.العدد65. 2010.

54- مجلة المحكمة العليا.العدد02. 2011.

55- مجلة قضائية.العدد01. 2012.

56-نشرة القضاة.العدد57. 2012.

***المداخلات.**

1- راضية أمقران. **مداخلة حول "سلطة القاضي في الطلاق والتطليق"**. اليوم الدراسي الوطني حول "السلطة التقديرية للقاضي في شؤون الأسرة". كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية. يوم 01 ديسمبر 2015.

2- زبيدة اقروفه. **مداخلة حول "السلطة التقديرية للقاضي بين المرونة والرقابة"**. اليوم الدراسي حول:" السلطة التقديرية للقاضي في شؤون الأسرة".كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.يوم 01 ديسمبر 2015.

3- سناء قندوز، نجومن. **مداخلة حول "حدود إعمال القاضي لسلطته التقديرية"**. اليوم الدراسي حول:" السلطة التقديرية للقاضي في شؤون الأسرة".كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.يوم 01 ديسمبر 2015.

4- عادل عيساوي. **مداخلة حول "الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مسألة نفقة المتعة"**. الملتقى الوطني السادس حول الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قضايا شؤون الأسرة.كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة العربي بن مهيدي. 29 أفريل2013.

*محاضرات.

1. الضيف كيفاجي. **مطبوعة حول طرق الإثبات.** محاضرات ألقيت على طلبة السنة الرابعة ليسانس. كلية الحقوق . جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة. 2008.

2. عدنان مطروح. **محاضرات في مقياس فك الرابطة الزوجية.** ألقيت على طلبة مدرسة الدكتوراه.دراسات قانونية. تخصص قانون شؤون الأسرة. كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة العربي بن مهيدي.2010.

3. مراد كاملي. **مطبوعة في مقياس عقد الزواج.** محاضرات ألقيت على طلبة مدرسة الدكتوراه. دراسات قانونية. تخصص قانون شؤون الأسرة .كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة العربي بن مهيدي. أم البواقي. 2009.

*دورات التكوينية.

*عبد القادر بن داود. **دليل شرح قانون الأسرة الجزائري وعرض أسبابه.** دورة تكوينية – حول:"منازعات شؤون الأسرة". الفترة الزمنية الممتدة من 07إلى11 جوان2008. الجزائر.

ثالثا: مراجع باللغة الأجنبية.

1- Abderrahmane hernane .**la hadhana dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit Algérien**.office des publications universitaires.ben Aknoun.Alger.1996.

2- Farida dekhli.(**le principe d'égalité dans le mariage au regard du droit positif Algérien**).Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques.n-04.1988.

3- François Paul Blanc. **Le droit musulman**. édition Dalloz. Paris.1995

4- Jean Hauser.**la filiation**.éditions dalloz.paris.france.1996.

5- Ghaouti Benmelha.**Le droit Algérien de la famille**.office des publications universitaires.Algérie.1993.

6- Mohand issad.**(le rôle du juge et la volonté des parties dans la rupture du lien conjugal)**. revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques.volume.v.n04.décembre1968

7- Roussier.**le mariage et sa dissolution** en droit algérien. Alger. 1960.

8- Salah bey mohammed chérif.**le statut juridique de la femme algérienne**.Isbn.edition.2014.

رابعا: مواقع الكترونية.

1- http// law.uokerbala.edu.iq/index.php

2- http//rachidia25.com

3- http//sciences juridique blogspot.com

4- http/www.alexalaw.com

5- http://fiqh.islammessage.com

الفهرس

الفهرس.

مقدمة.....أ

الفصل التمهيدي: تأصيل مبدأ السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة.....ص11

المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة ومشروعيتها.....ص 12

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة.....ص12

المطلب الثاني: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة.....ص32

المبحث الثاني: مصادر السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة و مضمونها.....ص48

المطلب الأول: مصادر السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة.....ص48

المطلب الثاني: مضمون النشاط التقديري للقاضي في مسائل شؤون الأسرة.....ص68

الباب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الزواج.....ص79

الفصل الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الخطبة وتكوين عقد الزواج.....ص82

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الخطبة.....ص83

المطلب الأول: تعريف الخطبة.....ص83

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة.....ص87

المطلب الثالث: سلطة القاضي فيما يخص الهدايا المقدمة خلال فترة الخطوبة.....ص93

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الترخيص بالزواج للقصر ص100

المطلب الأول: تعريف الترخيص والقاصر ص106

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في حالة المصلحة.....ص110

المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في حالة الضرورة.....ص114

المبحث الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في الترخيص بالتعدد.....ص121

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير المبرر الشرعي.....ص123

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير مدى توافر العدل بين الزوجات والشروط الضرورية للحياة الزوجية.....ص128

المطلب الثالث: سلطة القاضي في التأكد من موافقة الزوجة السابقة واللاحقة فيما يتعلق بالتعدد.....ص133

المبحث الرابع: السلطة التقديرية للقاضي في الولاية بالتزويج.....ص141

المطلب الأول: تعريف الولاية.....ص141

المطلب الثاني: أنواع الولاية.....ص144

المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في الولاية بالتزويج في ظل نصوص قانون الأسرة.....ص147

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في آثار الزواج.....ص154

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في مسائل المهر.....ص154

المطلب الأول: تعريف المهر.....ص155

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير مهر المثل في حالة عدم تسميته.....ص158

المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في حالة النزاع حول أصل التسمية.....ص160

المطلب الرابع: السلطة التقديرية للقاضي في حالة النزاع حول مقدار المهر.....ص 161

المطلب الخامس: السلطة التقديرية للقاضي في حالة النزاع حول قبض المهر.....ص164

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في مسائل النفقة.....ص165

المطلب الأول: تعريف النفقة.....ص166

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير نفقة الزوجة.....ص168

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير نفقة الغياب.....ص177

المطلب الرابع: سلطة القاضي في تقدير نفقة الأبناء.....ص178

المبحث الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في إثبات النسب.....ص182

المطلب الأول: تعريف النسب و أهميته.....ص183

المطلب الثاني: أسباب ثبوت النسب.....ص187

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير طرق إثبات النسب.....ص194

المطلب الرابع: سلطة القاضي في إثبات النسب بالبصمة الوراثية.....ص201

الباب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في مسائل انحلال الزواج.....ص214

الفصل الأول: السلطة التقديرية للقاضي في مسائل وقوع الطلاق وإجراءات الصلح.....ص216

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في إجراءات الصلح والتحكيم.....ص217

المطلب الأول: تعريف الصلح.....ص218

المطلب الثاني: إجراءات الصلح ومدى سلطة القاضي في إنهاء النزاع بين الزوجين.....ص220

المطلب الثالث: تعريف التحكيم.....ص229

المطلب الرابع: التحكيم في الشريعة الإسلامية.....ص232

المطلب الخامس: إجراءات التحكيم ومدى سلطة القاضي والحكمين في إنهاء الخصومة بين الزوجين.....ص233

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في أسباب التطليق.....ص238

المطلب الأول: تعريف التطليق.....ص239

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير أسباب التطليق للضرر المادي.....ص242

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير أسباب التطليق للضرر المعنوي.....ص264

المطلب الرابع: سلطة القاضي في تقدير الضرر المعتبر شرعا.....ص339

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في آثار انحلال الزواج.....ص358

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الأضرار الناشئة عن انحلال الزواج.....ص358

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي..... 359

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض الناتج عن التطليق.....ص383

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير التعويض الناتج عن النشوز ص391

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الحضانة.....ص399

المطلب الأول: تعريف الحضانة.....ص400

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون.....ص405

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تمديد الحضانة.....ص412

المطلب الرابع: سلطة القاضي في إسقاط الحضانة.....ص415

خاتمة..... ص423

ملاحق.....ص429

قائمة المصادر والمراجع.....ص 444

الفهرس.....ص 483

ملخص البحث

ملخص البحث

عالج المشرع الجزائري مسائل الزواج وانحلاله في نصوص قانون الأسرة، وقد جاءت معظم نصوصه مرنة فاتحا المجال واسعا لإعمال القاضي لسلطته التقديرية، حيث جاءت هذه الأطروحة الموسومة بالسلطة التقديرية للقاضي في مسائل الزواج وانحلاله، لإلقاء الضوء على بعض المسائل التي يعمل فيها القاضي سلطته التقديرية، والتي قسمت إلى بابين أساسيين مع فصل تمهيدي.

الفصل التمهيدي منها تناول الإطار المتعلق بتأصيل مبدأ السلطة التقديرية للقاضي في مسائل شؤون الأسرة، بما في ذلك مفهومها و مدى مشروعيتها، كما تم التطرق إلى مختلف مصادرها ومضمونها.

أما الباب الأول الموسوم بالسلطة التقديرية للقاضي في مسائل الزواج، فقد تناولت فيه مختلف المسائل التي يعمل فيها القاضي الأسري سلطته التقديرية لاسيما في مسائل الخطبة و الترخيص بالزواج للقصر، وكذا في مسألة الترخيص بالتعدد، كما تم التطرق إلى سلطته في مجال الولاية، وفيما تعلق بسلطة القاضي في الآثار المترتبة على الزواج، فقد تم التعرض إلى كيفية إعماله لسلطته التقديرية في مختلف مسائل المهر والنفقة والنسب.

أما الباب الثاني الموسوم بالسلطة التقديرية للقاضي في مسائل انحلال الزواج، فقد تطرقت فيه إلى سلطة القاضي في إجراءات الصلح والتحكيم بين الزوجين، كما تعرضت إلى كيفية إعمال القاضي لسلطته التقديرية في مسائل التطليق، وكذا مختلف الآثار الناجمة عن انحلال الزواج، والمتمثلة في كيفية إعمال سلطته التقديرية في التعويضات الناشئة عن انحلال الزواج بما فيها التعويض عن الطلاق التعسفي والتعويض الناتج عن التطليق والنشوز، وفي الأخير عالجت السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الحضانة.

و من خلال بحثي في هذا الموضوع خرجت بجملة من النتائج، بالإضافة إلى مجموعة من الاقتراحات و التوصيات.

Résumé

Le législateur algérien a traité les questions du mariage et sa dissolution dans les textes du code de la famille. Ces différents textes sont pour la majorité souple ouvrant la voie au pouvoir discrétionnaire du juge. Nous voulons par cette thèse intitulée le pouvoir discrétionnaire du juge dans les questions du mariage et de sa dissolution jeté la lumière sur certains cas où le juge usera de son pouvoir d'appréciation. Ce travail comporte deux parties et un chapitre préliminaire réservé au cadre théorique de concept de pouvoir discrétionnaire du juge dans les questions de la famille.

Dans la première partie intitulée le pouvoir discrétionnaire du juge dans les questions du mariage, nous sommes penché sur les affaires ou le juge exercera son pouvoir d'appréciation notamment en ce qui concerne les Fiançailles, l'autorisation du mariage pour mineurs, l'autorisation pour la polygamie, la tutelle, les effets du mariage, la dot, la pension alimentaire, et la filiation.

Dans la deuxième partie intitulée le pouvoir discrétionnaire du juge dans les questions se rapportant a la dissolution du mariage, nous avons traité le pouvoir du juge sur les procédures de réconciliation entre époux, de divorce et ses effets comme les indemnisations surtout celles qui concernent le divorce arbitraire et la garde des enfants. Cette thèse est achevée par des résultats suivis de propositions et de recommandations.