جامعة ابن خلدون – تيارت –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة لنيل شهادة الماستر في شعبة الحقوق

التخصص: قانون خاص معمق

بعنوان:

سلطة قاضي شؤون الأسرة بين الإطلاق والتقييد في مواضيع الزواج والطلاق

من إعداد الطالبيين:

بن شبيرة نور الهدى

دهلي شروق رفيلة

تحت اشراف:

د. بوغرارة الصالح

أ.د بن عطية بو عبد الله	أستاذة التعليم العالي	**رئيسا**
أ.د بوغرارة الصالح	أستاذة التعليم العالي	**مشرفا مقررا**
أ.د شامي أحمد	أستاذة التعليم العالي	**مناقشا**
أ.د عليان بوزيان	أستاذة التعليم العالي	**مدعو**

نوقشت وأجيزت علنا بتاريخ:2023/06/18

السنة الجامعية: 2023/2022

الإهداء

و آخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين

عظم المراد فهان الطريق و جاءت لذة الوصول لتحمي مشقة السنين .الحمد لله الذي ما تم جهد ولا ختم سعي إلا بفضله و ما تخطى العبد من عقبات و صعوبات إلا بتوفيقه لطالما كان حلم و إنتظرته وبكل فخر تخرجت فالحمد لله على البدء و عند الختام أهدي هاذا العمل إلى سكان قلبي:

إلى أمي ثم أمي ثم أمي من ج&علت الجنة تحت أقدامها ،غاليتي التي سهرت و كنت معي في أسوء حالاتي و ظروفي و ضغوطاتي يكفي أن تعرفي أن لكي إبنة تنتظر فرصة واحدة لتقدم لكي الروح والقلب و العين هدية رخيصة لك لما قدمته وها اليوم صفقي فإبنتك كبرت و أصبحت خريجة شكرا لأنك أنت من صنعتي لي هاذا الاسم حماك الله و أدامك نورا يضيئ بيتنا.

إلى من رزقت به سندا و ملاذي الأول و الأخير ظلي حين يصيبني التعب و شمعة تنير حياتي إلى أخي الوحيد "مهدي"حفظه الله و رعاه .

إلى الشموع التي تنير لي الطريق أخواتي "فوزية .أمينة.حورية. و حبيبة قلبي نور هان "اللواتي أمسكن بيدي حين توقفت الحياة عن مد يدها لي فأنتن ضمادات ضمانات ضروريات أنتن حِصنٌ و حِرزٌ و حب و سعادات

إلى صديقة المواقف لا السنين شريكة الدرب الطويل إلى من أزالت من طريقي أشواك الفشل من كانت دائما موضع إتكاء عثرات حياتي أختي ورفيقتي "دهلي شروق"أدامك الله لي وحفظك

في الختام: كما قيل كان حلما فإحتمالا ثم أصبح حقيقة لا خيالا والحمد لله على التمام.

نور الهدى

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى :

من منحت لي الحياة أمي حفظها الله ورعاها ووفقني لبرها ورضاها

وإلى أعز إنسان على قلبي أم.

إلى من كانت نور عيوني ترعاني وتحميني وتلعب دور الأب والأم في كل مواقف حياتي في حياتي .

إلى أخواتي زهرات حياتي: **دعاء، ميلاد، طيمة .**

إلى كل الأهل و الأقرباء: **خالتي : حورية**

إلى كل الصديقات عامة وإلى **بن شبيرة نور الهدى خاصة** .

إلى كل من تعلمت على أيديهم عبر جميع الأطوار العلمية.

أهدي لهم جميعا هذا العمل

شروق روفيلة

التشكرات

نتوجه إلى الله تبارك وتعالى بالحمد و الثناء و الشكر كما يحبه ويرضاه على أن وفقنا لإنجاز هذا العمل ،على ما فيه من ضعف البشر وقصر النظر فما كان فيه من صواب فهو من فضله سبحانه وتعالى.

فله الحمد و الشكر وأسأله العفو و العافية.

كما لم نجد أصدق وأنبل من كلمة شكر وتقدير هي ابسط ما يمكن تقديمه إلى المشرف على هذا العمل ،الأستاذ ". بوغزارة الصالح " على كل النصائح و التوجيهات القيمة المقدمة من طرفه ،فجزاه الله عنا خير جزاء ، وأدامه ذخرا للأجيال.

إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم و المعرفة

إلى جميع أساتذتنا الأفاضل

ألف شكر تقدير.

قائمة المختصرات

باللغة العربية

ج.ر.ع: الجريدة الرسمية العدد

ص- ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ص: صفحة.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

غ.ش.أ: غرفة شؤون الأسرة

مقدمـــــــة

[الزواج آية من آيات الله التي فطر الناس عليها، ويعلم غرائزهم وطباعهم، يعلم سبحانه أن الإنسان لا يستغنى عن الإلف جسديا ونفسيا من أجل ذلك شرع الله عز وجل الزواج ليحقق للإنسان أهدافا لا غنى عنها لإرضاء الغريزة الفطرية والحصول عل الولد على نحو مشروع، فالزواج في الإسلام صلة مشروعة بين الرجل و المرأة فيها السكن و المودة و الرحمة والألفة و الاندماج الذي يبعث على الاستقرار، و الزواج كمال روحاني أراده الله لعلاقة الرجل بالمرأة فوضع له أحكاما تؤكد ذلك، و جعلها أصلا من الأصول الاجتماعية].

[الزواج والطلاق هما جانبان مترابطان في قضايا الأسرة. يتمحور الزواج حول تأسيس علاقة قانونية ودينية بين رجل وامرأة، بينما يتعلق الطلاق بإنهاء هذه العلاقة، ففي الزواج، يتم تشكيل عائلة وتكوين رابطة متينة بين الزوجين، ويتم ذلك من خلال الإقرار بالتزامات وحقوق متبادلة حيث يحظى الزواج بأهمية كبيرة في الإسلام وفي العديد من الثقافات والأنظمة القانونية الأخرى، حيث يعتبر الزواج سبيلاً للمحبة والاستقرار الأسري، وتكوين الأسرة هو طريقة لتحقيق السلام والتوازن الاجتماعين، ومن جهة أخرى يتعلق الطلاق بإنهاء العلاقة الزوجية وفسخ العقد الزوجي. يُعَدّ الطلاق آخر مسار يمكن اتخاذه في حالة فشل العلاقة الزوجية وعدم القدرة على إصلاحها. يتم تنظيم إجراءات الطلاق وفقًا للقوانين واللوائح المعمول بها في كل بلد وثقافة].

في الإسلام، ينصح بالمحافظة على استقرار الأسرة وعدم اللجوء إلى الطلاق إلا في حالات الضرورة، ويُعَدّ الطلاق خيارًا أخيرًا بعد تجاوز جميع السبل الأخرى لحل المشاكل الزوجية. توجد قواعد وإجراءات خاصة في الشريعة الإسلامية للطلاق، وتختلف هذه القواعد في تطبيقها بين البلدان والتيارات القانونية المختلفة، كما يعد قانون الأسرة أحد الأنظمة القانونية التي تهتم بتنظيم العلاقات الأسرية في الدول، ويُعَد الزواج والطلاق من بين المواضيع الهامة التي تنظمها قوانين الأسرة. في الجزائر، يُعَدّ قانون الأسرة الجزائري المرجع القانوني الرئيسي الذي يحكم قضايا الزواج والطلاق.

في الإسلام يعتبر الزواج عقدًا رسميًا وميثاقًا غليظًا بين الزوجين، ويهدف إلى تحقيق الرخاء والاستقرار الأسري. ومع ذلك، يدرك الإسلام أن العلاقات الزوجية قد تواجه صعوبات ومشاكل قد تؤدي إلى فشلها لذلك، تنص الشريعة الإسلامية على وجود إمكانية للطلاق، ولكنها تحكمه بشروط وآثار للحفاظ على كرامة وشرف الزوجين بثلاث طرق رئيسية لفك الرابطة الزوجية في الشريعة الإسلامية، على ان تمنح الشريعة الإسلامية القاضي سلطة تقديرية في النظر في دعوى حل الرابطة الزوجية، ويتم تطبيق القواعد والمبادئ العامة لقانون الأسرة، وفي الوقت نفسه يتم مراعاة الملابسات والظروف الخاصة بكل حالة. يتيح هذا المرونة للقاضي لاتخاذ قرارات مناسبة وعادلة وفقًا للمصلحة العامة والمبادئ الإسلامية

أهمية الموضوع

[موضوع سلطة قاضي شؤون الأسرة في الطلاق والزواج ذو أهمية كبيرة في نظام القضاء الأسري. يعتبر القاضي في هذا المجال مسؤولاً عن اتخاذ القرارات القانونية المتعلقة بالطلاق والزواج، ويتمتع بصلاحية تحديد حقوق وواجبات الأزواج ورعاية الأطفال في حالة الطلاق أو الانفصال، حيث من الأسباب التي تجعل سلطة قاضي شؤون الأسرة في الطلاق والزواج مهمة المتمثلة في حماية حقوق الأفراد التي يتولاها القاضي في قضايا الطلاق والزواج حماية حقوق الأفراد المعنيين] بما في ذلك حقوق الزوجين وحقوق الأطفال، كما يسعى القاضي إلى إتخاذ القرارات التي تكون في مصلحة الأطراف المعنية وتحقق العدالة والمساواة بينهم في تنظيم الإجراءات القانونية التي يساهم القاضي في تنظيم الإجراءات القانونية المتعلقة بالطلاق والزواج.

ومن جهة أخرى يقوم بفحص الشهادات والوثائق واستجواب الأطراف المعنية للوصول إلى فهم شامل للوضعية واتخاذ القرارات المناسبة بناءً على القانون المعمول به على حل النزاعات والخلافات يعد القاضي وسيطًا محايدًا في حل النزاعات والخلافات بين الأزواج. كما يسعى إلى التوصل إلى تسويات تكون في صالح الطرفين وتحافظ على

حقوقهم وتلبي مصالح الأطفال إذا كانوا معنيين مع تأمين مصلحة الأطفال في حالة الطلاق والزواج.

أسباب إختيار الموضوع

هناك عدة أسباب تجعل اختيار موضوع سلطة القاضي في شؤون الأسرة في الطلاق والزواج مهمًا ومثيرًا للاهتمام راجع إلى الأسباب الآتية:

تأثيره على الحياة الشخصية من ناحية الزواج والطلاق بحيث يعدان أحد أهم الأحداث في حياة الأفراد، كما يؤثران بشكل كبير على الحالة الاجتماعية والاقتصادية والعاطفية للأفراد وأفراد الأسرة المعنيين، لذا فإن سلطة القاضي في تحديد حقوق وواجبات الأطراف وتنظيم العلاقات العائلية تلعب دورًا مهمًا في تحقيق العدالة والاستقرار.

إن قضايا الطلاق والزواج تثير العديد من التحديات القانونية والاجتماعية وفي نظامها هذا تسليط الضوء على كافة المسألة تتغير باستمرار وتتطور لتلبية التطورات الاجتماعية والثقافية.

الدراسات السابقة

اعتمدنا في الدراسات السابقة على الباحث أحمد شامي بعنوان السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014 حيث تعرض الباحث في الجانب الشرعي إلى الأنظمة القانونية التي تستند إلى الشريعة الإسلامية، يُعتبر القاضي شخصًا مؤهلًا بالمعرفة الشرعية، وله صلاحية تفسير القرآن والسنة وتطبيقها في قضايا الطلاق والزواج. يحق للقاضي في هذه الحالة أن يستخدم الاجتهاد والتقدير لإصدار الأحكام وفقًا للمبادئ الشرعية والقيم الإسلامية، أما في الأنظمة القانونية الوضعية، فإن سلطة القاضي تعتمد بشكل أساسي على القوانين والتشريعات المحددة من قبل السلطات التشريعية. يكون للقاضي صلاحية تفسير القوانين وتطبيقها وفقًا للمعايير والمبادئ المحددة في النظام القانوني

المعمول به. قد يكون للقاضي مساحة أقل للتقدير الشخصي في هذه الحالة، حيث يكون ملتزمًا بتطبيق القوانين الموجودة وفقًا للإرادة السياسية المعبر عنها في التشريعات.

المنهج المتبع:

لقد اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي للنصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بموضوع الرابطة الزوجية، كما اعتمدنا المنهج الوصفي في عملية تجريد المسائل التي يختص بها القاضي بسلطته التقديرية وتحديد المشكلات الموجودة ووصف بعض الأمور التي تضم تقييد القاضي الذي تعمقنا به في دراستنا للوصول إلى الاستنتاجات المطلوبة في الموضوعات التي تضمنتها هذه الدراسة من خلال عرض وتحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية.

الإشكالية:

سنحاول الاقتصار في دراستنا هذه على معالجة دور القاضي في مسألة إنشاء و فك الرابطة الزوجية نظرا لأهمية هذا الموضوع، وسنحاول أن نبين السبل التي يعتمد عليها القاضي في معالجة هذه الأخيرة وكيفية إعماله لسلطته التقديرية في ذلك بالاعتماد على ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قراراتها، وكذا ما ذهب إليه فقهاء القانون والفقه الإسلامي من خلال طرح الإشكالية الآتية:

كيف يمارس قاضي شؤون الأسرة سلطته التقديرية لحل النزاعات المطروحة أمامه في القضايا المتعلقة بالزواج وانحلاله؟

وقد إقتضت طبيعة البحث في موضوع تقسيم هذا البحث إلى فصلين إثنين هما، الفصل الأول المعنون بالسلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية وإنحلالها، المقسم بدوره إلى مبحثين، الأول منه خصصناه بدراسة السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية والثاني منه دراسة السلطة التقديرية للقاضي عند إنحلال الرابطة الزوجية، أما في الفصل الثاني المعنون بالسلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة على نشوء الرابطة الزوجية وإنحلالها قسمنا إلى مبحثين، الأول خصصناه بدراسة السلطة التقديرية

للقاضي في الآثار المالية للزواج إنحلاله أما في المبحث الثاني قمنا بدراسة السلطة التقديرية للقاضي في النسب والحضانة.

الفصل الأول:

السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية وإنحلالها

عند نشوء الرابطة الزوجية وإنحلالها، يتمتع القاضي في بعض الأنظمة القانونية بسلطة التقدير في اتخاذ القرارات المتعلقة بالأمور الشخصية والمالية للأطراف المعنية، حيث يهدف القاضي في هذه الحالات إلى تحقيق العدل والمساواة وحماية مصالح الأطراف، وخاصة الأطفال إذا كانوا معنيين.

تتحول سلطة القاضي إلى مرحلة أكثر تعقيدًا وأهمية في تنظيم عملية الطلاق وفقًا للقوانين والإجراءات القانونية المعمول بها، يتولى القاضي في هذه الحالة اتخاذ قرارات بشأن توزيع الأصول والديون وتحديد حقوق الأبوين والنفقة وحضانة الأطفال، وفقًا للقوانين والمعايير القانونية المعمول بها.

كما أن سلطة القاضي التقديرية تأتي في هذه المرحلة من أجل تحقيق العدالة والمساواة بين الأطراف المعنية، وحماية حقوق الأفراد المعنيين، وخاصة حقوق الأطفال يتطلب من القاضي في هذه الحالة أن يستند إلى القوانين والتشريعات المعمول بها وأن يستخدم تقديره الشخصي لاتخاذ القرارات النهائية بناءً على الحقائق والأدلة المقدمة وبمصلحة الطرفين والأطفال في الاعتبار، فقد تختلف سلطة القاضي التقديرية في هذه الحالة بين الأنظمة القانونية المختلفة والثقافات والتقاليد المختلفة التي يمكن أن يؤدي ذلك إلى تباين في القرارات التي يتخذها القضاة في حالات الطلاق.

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية.

عقد الزواج من أخطر العقود التي يجريها الإنسان في حياته و من أهم التصرفات ذات الشأن الكبير، لما اشتمل عليه من حقوق و التزامات عديدة عظيمة الأثر و طويلة الأمد، فقد إختص المشرع عقد الزواج من بين العقود بمقدمات تمهيدية تمهد لإبرام العقد.

وهي ما يسمى عادة بالخطبة أو الوعد بالزواج ، حيث درج الناس على أن لا يقدموا على إنشاء هذا العقد إلا بعد التمهيد له بهاذا الإجراء أو هذه الوسيلة بعد التفكير و التدبير ، حتى تنشأ الرابطة الزوجية على أسس ثابتة و دعائم قوية ، تحقق الراحة و السعادة و الصفاء و الوئام فتدوم العشرة ، و يشيع الحب و الوفاق و المودة و الرحمة و التعاون بين الطرفين وقد تطول الخطوبة أو تقتصر ، فإن الخطبة لا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين معا و لو طالت فترة الخطبة و هذا معناه أنه يجوز لكل من الخاطبين التخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالعدول عن الخطبة ، إن لكليهما حقا شرعيا في العدول فترتب عليه آثار قد تكون مادية أو معنوية يعاني منها أحد الطرفين أو كلاهما الضرر الناتج عن فسخ الخطبة يعتبر واحدا من تلك الأضرار ذات التأثير الكبير في حياة الإنسان و سبب ذلك أن العدول في ذاته لا يجوز أن يقترن بما يمس حرية اختيار الانسان لمن يرغب في الزواج منه.

المطلب الاول: مجال تدخل القاضي في الخطبة

الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج ، و ليست عقدا و إن تمت باتفاق و رضى الطرفين[1] فهي لا تبيح لهما ان يختلطا اختلاط الأزواج، ولا يترتب على ذلك حق ما لأحدهما نحو لآخر، إن الخطبة وسيلة تمهيد لعقد الزواج المنشود لها نظام مستقل و متميز عن الوعد بالتعاقد، لأن الواعد من الناحية القانونية ملزم بإبرام العقد النهائي في حين

[1] د.عبد الرحمان الصابوني ,شرح قانون الأحوال الشخصية السوري (في الزواج والطلاق)، المطبعة الجديدة، جامعة دمشق1979، ص25

أنه ليس من شأن الخطبة الإلزام بإنجاز عقد الزواج فإنها لا تنشئ إلتزاما بالزواج و أن العدول عنها حق شرعي ، و تظهر هذه الاستقلالية في الصياغة اللازمة لصحتها و في أحكام تكوينها و آثارها الفقهية و القانونية [1]

سنحاول تبيان مجال تدخل القاضي في هذه المسالة من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعويض الضرر المترتب على العدول عن الخطبة.

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

الفرع الأول: تعويض الضرر المترتب على العدول عن الخطبة

إن العدول عن الخطبة قد يسبب أضرارا مادية او أدبية لأحد الطرفين ، دون أن يطالب ببيان الدوافع و المبررات التي دفعته للعدول ، فهاذا ما يتنافى مع النظام العام و الآداب العامة ، و ما تتعرض فيه الاسرة على كشف أسرارها إلا أن هذا العدول قد يوقع الضرر بالخاطب او المخطوبة يقال عادة لا مسؤولية بدون ضرر، فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقدار المسؤولية التقصيرية فلا بد من ثبوت الضرر في هذه المسؤولية حتى يستحق التعويض و لا يكفي أن يقع فعل ضار لكي يسأل عنه فاعله ما لم يكن قد احدث الغير ضررا[2]

أولا: حكم التعويض على العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي

نجد في هذه المسألة أربعة آراء[3]:

[1] د.بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج01، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012، ص99.

[2].علي سليمان ,النظرية العامة للإلتزام ,مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري الطبعة الأولى ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2007ص162

[3] د.بلحاج العربي ,أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص135

1- هو ما ذهب إليه الشيخ محمد بحيث رحمه الله (مفتي الديار المصرية سلبقا) إلى انه لا تعويض في حال العدول عن الخطبة لأن الخطبة ليست بعقد بل وعدا بالعقد ولا إلزام في هذا الوعد ومن عدل عن خطوبته انما يمارس حقا من حقوقه الشرعية[1]

2- و قال به الشيخ محمود شلتوت رحمه الله(شيخ الازهر السابق) ان العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر من غير تفصيل في ماهية الضرر [2].

3- وذهب اليه العلامة الشيخ محمد أبو الزهرة رحمه الله وهو ان العدول اذا ترتب ضرر مادي اتوجب التعويض اما اذا يترتب على العدول ضرر مادي او ترتب ضرر معنوي فلا تعويض [3].

4- وهو ماذهب اليه اغلبه الفقهاء المعاصرين وهو ان التعويض يترتب على العدول عن الخطبة اذا نشا عن ذلك ضرر مادي او معنوي فاذا كان لاحد الطرفين دخل في الضرر الذي أصاب الطرف الاخر بسبب عدوله عن الخطبة و في هذه الحالة يجوز الحكم بااتعويض عن الضرر الحاصل لانه لا ضرر ولا ضرار وأن الضرر يزال[4]

اما اذا لايكن لمن عدل عن الخطبة دخل في الاضرار الناتجة عن العدول عن الخطبة فهذا لا يلزمه شيء من التعويض لأنه لم يكن متسببا بوقوعه[5]

ثانيا: إمكانية التعويض عن الضرر المادي والمعنوي

قد إنتهى القضاء في مصر الى ثلاث مبادئ متعلقة بالتعويض على العدول عن الخطبة سردها الدكتور عبد الرزاق السنهوري وهي:

1- ان الخطبة ليست بعقد ملزم.

---

[1] د.عمر الأشقر شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة المحامات الشرعية، السنة 02، ع44، ص 39

[2] عبد الرحمان الصابوني في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 67.

[3] الشيخ محمد أبو الزهرة الأحوال الشخصية، دار الفكر، بيروت، 1971، ص 23,عقد الزواج و آثاره ص 64

[4] د.وهبة الزحيلي,الفقه الإسلامي و أدلته ج7، دار الفكر، دمشق، 1982، ص27

[5] د.عبد الرزاق السنهوري ,الوسيط في القانون المدني ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1964،ص827.

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

3- انه إذا اقترب بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى الحقت ضررا بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض.

نصت المادة 05 فقرة 03 من قانون الاسرة المعدل والمتمم على أنه إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي او معنوي لاحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

يتضح من خلال نص هذه الفقرة أنه جاء عاما و مطلقا ، مقررا قاعدة مفادها جواز الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن العدول ، يعني ان التعويض ليس مقررا بسبب العدول فقط ، و انما يجب ان ينشأ عن هذا العدول ضرر مادي أو معنوي على أساس المسؤولية التقصيرية لا االمسؤولية العقدية لأن الخطبة ليست بعقد [1].

وقد حسم المشرع الجزائري مسألة تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة، و ذلك بإقرار جواز الحكم به إذا ظهرت للقاضي المبررات المقنعة(م 2/5 المعدلة عام 2005) و هو ما انتهى إليه المشرع أيضا في المادة 182مكرر ق.م المضافة بالقانون رقم 05-01 المعدل للقانون المدني و التي تنص على انه:

"يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية و الشرف او السمعة"

إن العدول عن الخطبة حق ، لكن لا يجب التعسف في إستعمال هذا الحق (م124مكرر ق، م المعدلة بالأمر 05-10)[2]

كم أن الخطبة ليست بعقد ملزم (م 1/5 و 1/6 ق أ)و إن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض (م 2/5 ق أ)غير انه إذا اقترن بالعدول عن الخطبة

[1] د.بلحاج العربي النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري,ج2ص23.

[2] الغوتي بن ملحة ,قانون الاسرة على ضوء الفقه و القضاء ص24,بلحاج العربي التعسف في إستعمال الحق في القانون المدني الجزائري م ج 1992,العدد2 ص694

أفعال خاطئة في ذاتها و مستقلة إستقلالا تاما منسوبة لأحد الطرفين ، ألحقت ضررا ماديا أدبيا(أي معنويا)للطرف الآخر جاز الحكم بالتعويض.

وهنا يشترط ان يكون هذا الضرر على صلة مباشرة وحالة مع ذلك الخطأ الذي ارتكبه الخاطب الذي عدل عن الخطوبة ، اما اذا كان الضرر ناجما عن فعل المتضرر نفسه ، هنا في هذه الحالة اما ان تنتفي المسؤولية بين طرفي الخطبة[1].

وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في غرفتها المدنية بان يكون الضرر محقق الوقوع أي مؤكدا وان لا يكون افتراضيا او احتماليا أي بمعنى انه الخسارة التي لحقت المدي فعلا و على قضاة الموضوع تبينا الوسائل المعتمدة في تقرير التعويضات والتي سيتوجب ان تكون مناسبة للضرر الحاصل.

الفرع الثاني: سلطة القاضي فيما يخص الهدايا المقدمة خلال فترة الخطوبة

حكم الصداق في حالة العدول:

الصداق شرط من شروط صحة الزواج على ما أكده المشرع نفسه (9 مكرر.14 وما بعدها ق. أ) وقد اشارت الى ذلك المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومادام الزواج لم يتم فعلا فلاحق للمخطوبة في الاحتفاظ به، تطبيقا لمبدا عدم الثراء بلاسبب مشروع [2]

مسألة المهر أثناء الخطبة لم يتعرض لها قانون الأسرة الجزائري و لعل السبب في ذلك نظرة المشرع إلى ماهو متعارف عليه في المجتمع الجزائري من أن المهر يدفع أثناء او بعد إبرام عقد الزواج و ليس أثناء الخطبة.

ومع ذلك كان الأولى بالمشرع أن يضع حلا لها قد تكون هناك حالات معينة مستعجلة يتم فيها دفع المهر أثناء الخطبة.

[1] بلحاج العربي المرجع السابق ص138

[2] د.بلحاج العربي المرجع السابق ص 129

إن من حق الخاطب إسترداد ما دفعه من صداق و ذلك بأخذ عينة إن كان قائما ، و إذا هلك أو إسترد مثله إن كان مثليا ، أو أن يسترد قيمته إن كان قيما و هذا ما أخذ به الفقه الإسلامي [1] فالصداق من آثار عقد الزواج ، إذا لم يتم العقد عاد المهر إلى الخاطب ولا تستحق المخطوبة منه شيئا سواءا كان العدول منها او منه.

هذه المسألة تطرق لها قرارا المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1993/07/13ملف رقم 92714حيث جاء فيه:

من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد مالم يستهلك من هدايا و غيرها ، ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول.

ولما ثبت في قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج و بدون مبرر شرعي أو قانوني فإنه لا يمكن و الحالة هذه تحميل المطعون ضده بالخسائر و الأضرار المترتبة عن ذلك و أن دفع الطاعنة بأحقيتها في نصف الصداق إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابو في قضائهم و يتوجب رفض الطعن.[2]

الثابت من هذا القرار ان المحكمة العليا تولت في مسالة فقهية شرعية عادة ما يثار بشأنها عدة نزاعات أمام القضاة تعلق بمصير المهر بعد العدول عن الخطبة ، الحق في إسترداد المهر الذي دفعه مسبقا لخطيبته أثناء فترة الخطوبة.

هدايا الخطبة هي ما يقدمه كل من الخاطب و الخطيبة إلى الآخر إبان فترة الخطبة بقصد تودد كل منهما و تأكيد الصلة الجديدة بينهما.

---

[1] وهبة الزحيلي ,الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر للطباعة و النشر، دمشق ، 1992ص26

[2] شؤون الأسرة، المحكمة العليا، غ.ش.أ، المجلة القضائية، 1995، العدد، 01ص128

حكم الهدايا في حالة العدول هدايا الخطبة هي ما يقدمه كل من الخاطب و الخطيبة إلى آخر إبان فترة الخطبة بقصد تودد كل منهما و تأكيد الصلة الجديدة بينهما.

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نظم قانون الأسرة الهدايا و كيفية استردادها في المادة 5التي تنص في فقرتها الثالثة على ما يلي:

"لا يسترد الخاطب شيئا مما اهداه إن كان العدول منه"

و تضيف الفقرة الرابعة تنص على مايلي: "إن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم و يتضح من خلال نص المادة أن قانون الأسرة الجزائري قد فرق بين الحالة التي يكون فيها يستهلك "هاذا قبل التعديل

العدول من الخاطب بناءا على إرادته و الحالة التي يكون فيها العدول من جانب المخطوبة و بإرادتها حيث قرر أنه إذا كان العدول قد وقع من جانب الخاطب فلا يحق له المطالبة بإسترداد ما قدمه من الهدايا بغض النظر عما إذا كانت قائمة سواء كانت قابلة للاستهلاك كالمأكولات أو غير قابلة للاستهلاك أما إذا كانت الهدايا قد استهلكت فلا يجب عليه ردها و لا يحق للخاطب المطالبة بها [1].

لم يتعرض التشريع الجزائري للحالة التي يكون فيها العدول بسبب مشروع و مبرر معقول كأن يعدل الخاطب عن الخطبة بسبب المخطوبة نفسها أو العكس [2].

أما بعد التعديل الذي صدر بموجب الامر رقم 02/05المعدل و المتمم لقانون الاسرة فإنه تعرض إلى تعديل المادة الخامسة المذكورة أعلاه و التي تنص في فقرتها الرابعة والخامسة على ما يلي:

---

[1] عبد العزيز سعد ,قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد شرح احكام الزواج و الطلاق بعد التعديل الطبعة الثانية دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر 2009ص86

[2] محمد محده الخطبة و الزواج في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار الشهاب، الجزائر، سنة ،1994ص63

الفقرة الرابعة:

لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه ، و عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

الفقرة الخامسة:

و إن كان العدول من المخطوبة فعليها ان ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته.

إعتبر المشرع الناكل عن الخطبة سببا لمنعه من استرداد الهدايا التي قدمها ، دون النظر في سبب العدول إن كان السبب اضطراري أم بشروط يمليها الطرف الاخر ، كاشتراط التوقف عن العمل بالنسبة للمخطوبة العاملة أو لاكتشاف عيب او إخفائه زواجه بأخرى أو الاتصاف بالفسق و الانحراف بعد التظاهر بالإصلاح [1]

و منه فإن أغلب الأحوال لا يقع العدول عن الخطبة إلا تحت تأثير سبب معين لذلك وجب التنقيب عن سبب لتحديد الأحق بإمتلاك الهدايا

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

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية بصفة عامة في القانون المدني أما أهلية الزواج فقد نظمها في نص المادة 07 من قانون الأسرة والتي جاء نصها كما يلي: تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة.

الفرع الأول: المسائل المتعلقة بأهلية الزواج:

إعتبر المشرع الجزائري الزواج من التتصرفات التي تقتضي توافر الاهلية الكاملة لما يترتب عليه من الالتزامات المالية والواجبات الاجتماعية العائلية: ذلك انه ليس من

[1] د.بلحاج العربي المرجع السابق ص134

المصلحة الخاصة و العامة السماح لكل فرد الاقدام عليه من غير نضيج فكري وقدرة مالية ومعرفة بشؤون الحياة والأعباء الزوجية.

الزواج عند الفتهاء له شروط انعقاد و شروط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم وشروط الانعقاد يلزم مراعتها في اركان العقد او في الأسس التي تقوم عليها هذه الأركان بحيث اذا تخلف شرط منها كان وجود الأركان المنزلية العدوم ولم يكن للعقد وجود شرعي ومن شروط انعقاد الزواج ان يكون كل من العاقدين اهلا لمباشرة العقد ، والأهلية هنا تتحقق بالتمييز.

يلاحظ هنا ان الاهلية هي أهلية انعقاد وليست أهلية زواج ولذالك وجد في الفقه الإسلامي ما يسمى بالولاية على النفس و الولاية على المال –و الولاية على النفس قصد بها القدرة على انشاء عقد الزواج نافذا من غير توقف على إجازة من احد ، والولاية بهذا المعنى تنقسم الى ولاية الاجبار تثبت بسبب فقد الاهلية ونقصها ونقص الاهلية قد يكون بسبب الصغر ، بما مؤداه انه يجوز للولي ان يزوج ناقص الاهلية وكذا ناقصة الاهلية ، والمالكية يقولون ان علة ولاية الاجبار هي البكارة او الصغر و الأحنف يقولون بثبوت ولاية الإجبار أيضا على الصغير و الصغيرة [1].

وعلى هذا الأساس اعتبر القانون وحدد في المادة 7ق ا المعدلة بالامر 05 /02 سنا محددا للزواج، و(هو تسعة عشر سنة كاملة للرجل و المراة) وهو في ذات الوقت سن الرشد القانوني(م 40 /2ق) بان يكون كاملي الاهلية، ودون أي عارض من عوارضها(م 81 ق ا و م 42 و 43و 44 ق م)[2].

[1] المستشار أحمد نصر الجندي نائب رئيس محكمة النقض سابقا .شرح قانون الاسرة الجزائري ص30

[2] ربط المشرع الجزائري سن الزواج بالأهلية .وهاذا لا يتصل بالبلوغ ,لكن له علاقة بحكم المادة 81ق أ د.الغوثي بن ملحة المرجع السابق ص 31

وقد ساير المشرع ها هنا اعتبارات سن الرشد القانوني والمالي وتبعات الحياة الزوجية المادية والمعنوية، والمسؤوليات الزواج الحبسيمة والخطيرة وكذا العوامل البيولوجية و النفسية والجغرافية و الديمغرافية[1].

نرى ان مقصود بااكتمال أهلية الرجل والمراة صتمام التاسعة عشر هو اكتمال أهلية عقد الزواج وليس أهلية صلاحية كل منهما لان يكون زوجا لان هذه الصلاحية تثبيت بالبلوغ وذليلنا على راينا هذا من القانون [2]

أولا: المادة (222) قانون الاسرة نصت كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشرعية الإسلامية والفقهاء المذابح الأربعة قالو يجوز زواج الصغيرة وان لوليها اجبارها على هذا الزواج وسبب هذا الاجبار الصفر ، فاذا لا حظنا ان القانون لم ينص على الحكم اذا لم زواج من لم يكتمل التاسعة عشر من عمره فان هذا يقتضي ويحكم القانون الرجوع الى احكام الشرعية الإسلامية.

ثانيا: لو كانت الأهلية المقصودة هي أهلية زواج لما أجازت المادة السابعة للقاضي أن يرخص بالزواج قبل سن التاسعة عشر ، إذا كانت هناك مصلحة أو ضرورة

ثالثا: المادة 11في فقرتها الثانية: نصت يتولى زواج القصر أوليائهم...."و هذا يعني ان القاصر يجوز له أن يكون زوجا ، و هذا يعني أن سن التاسعة عشر ليس سن للصلاحية للزواج و إنما هو سن لأهلية إنعقاد الزواج و هو ما عبرت عنه المادة السابعة "أهلية في الزواج "فمن بلغ هذا السن يكون له أن يزوج نفسه بنفسه

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تزويج الصغير

سنتناول في هذا الفرع سلطة القاضي في تزويج الصغير أولا ثم نتطرق إلى سلطة القاضي من حيث السن الأدنى في حالة منح الترخيص ثانيا

[1] الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 30.

[2] المستشار أحمد نصر الجندي شرح قانون الاسرة الجزائري ص 30.31

أولا: سلطة القاضي في تزويج الصغير

الأصل في الزواج هو بلوغ الرجل و المرأة سن الزواج المنصوص عليها في المادة 07من ق أ (أي بتمام 19سنة)أي هو نفس سن الرشد القانوني [1]، فإنه يجوز للقاضي أي رئيس المحكمة أن يأذن بالزواج قبل بلوغ هذا السن لمصلحة او الضرورة ويقدرها وفقا لسلطته التقديرية بعد موافقة الولي (م 83ق أ) كما لو وجدت دوافع أو مبررات مقبولة او قوية ، كالخوف من الوقوع في الزنا أو التعرض لضرر الكبت ، أو الإنزلاق إلى الفساد و ما يجره من الامراض و العقد النفسية فيما اذا لم يتزوج قبل بلوغه تمام التاسعة عشرة من عمره[2]لاثبات البلوغ و الصلاحية القاصر يامر القاضي عرض المعنى بالامر على طبيب مختص ، ليتاكد من بلوغه وضرره من تاخره في الزواج ، فشهادة الطبيب في اهم وسيلة يعتمد عليها القاضي لمنع الاذن بالازواج ، جميع المخلفات التي توقع من طرف القاضي في هذا صدد تتضمن شهادة طبية فطبيب مختص[3].

ان المشرع الجزائري اشترط لزواج القاصر موافقة الولي وذلك طبقا الاحكام إعادة 02/11 ق ا بقولها "دون الاخلال باحكام المادة 07 من هذا القانون يتول زواج القصر اوليائهم وهم الاب فاحد الاولئي والقاضي ولي من لا ولي له[4] اذا امتنع الولي عن الموافقة واصر القاصر على الزواج و تمسك كل طرف بموفقة فالامر يعود هنا للقاضي

---

[1] نصت المادة 40من ق أ ج بقولها "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجز عليه يكون كامل الأهلية بمباشرة حقوق المدنية و سن الرشد (19) سنة كاملة "

[2] د.بلحاج العربي أحكام الزواج في ضوء قانون الاسرة الجديد ص162

[3] هذا ما نصت عليه أحكام المادة 07 مكرر من ق ا.المعدل بموجب أمر رقم 05-02بقولها" يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج"

[4] و هو ما نصت عليه احكام المادة 81ق أ بقولها " من كان فاقد الاهلية أو ناقصها لصغر سنه أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون ، كذلك ما نصت عليه المادة 835 من هذا القانون

(أي رئيس المحكمة) الذي يقرر اما إعطاء لترخيص باازواج او عدمه. و ذلك وفقا لما تأكد لديه عمليا من خلال أحكام المادتين 02/11و المادة 90من ق أ [1]هنا يجب على القاضي التأكد من وجود الضرورة و المصلحة الواضحة او الثابتة للزوجين و القدرة عل تحمل تبعات الزواج المادية و المعنوية إلى غير ذلك من المبررات التي يرى معها القاضي التخلي عن السن الذي فرضه القانون في المادة 1/7من ق أ المعدلة[2].

ثانيا: سلطة القاضي من حيث السن الأدنى في حالة منح الترخيص

إن المشرع الجزائري لم يحدد من خلال أحكام المادة 07 ق أ حدا للسن على رئيس المحكمة في حالة ما إذا قرر منح الترخيص بالزواج ان لا ينزل عنه بل ترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية ، و بالتالي القاضي لا يمكنه ان ينزل عن 19سنة إلا بسنة او سنتين و إستثناء جدا أربعة سنوات كان على المشرع الجزائري أن يجعل حدا أدنى في حالة منح الترخيص على نحو ما هو في بعض التشريعات العربية مثل التشريع السوري الذي حدد الحد الأدنى لسن الزواج ب 15سنة للذكر و 13سنة للأنثى طبقا لأحكام المادة 1/18من قانون الأحوال الشخصية السوري بقولها "إذا دعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكاملها الثالثة عشر و طلب الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما و إحتمال جسيمهما...[3]

أما بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية الأردني جعل القاضي من باب السلطة التقديرية الإذن بالزواج منة لم يكمل 18سنة شريطة أن يكمل 15من العمر و كان له مصلحة من هذا الزواج.

---

[1] تنص المادة 90 ق أ بقولها "إذا تعارضت مصالح الولي و مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناءا على طلب من له مصلحة"

[2]بلحاج العربي المرجع السابق ص 164

[3] قانون الأحوال الشخصية السوري المرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/09/07

أما بالنسبة للمشرعين المغربي و المصري اللذان لم يحدد الحد الأدنى [1]و هو ما قضت به محكمة الإستئناف طنجة بالمملكة المغربية في قرارها بقولها "طلب الإذن بزواج قاصر (14سنة) موافقة الولي –و تقرير الخبرة االطبية –السلطة التقديرية للمحكمة....نعم

المطلب الثالث: التعدد الزوجات و سلطة القاضي في الترخيص به

تشريع تعدد الزوجات في الإسلام ليسر أصلا لبناء الأسرة المسلمة ،كما أنه ليس قاعدة ملزمة يجب على الرجل إلتزامها ،و هذا التشريع لم ينظر للتعدد في الزوجات على أنه مكرمة ينبغي أن يشتمل عليها كل بيت في المجتمع الإسلامي ،وإنما التعدد رخصة شرعها الإسلام ليقيد بها التعدد في الزوجات الذي كان معروفا قبل الإسلام [2] فقد أقر الإسلام بتعدد الزوجات و سيجه بمجموعة من الظوابط و القيود التي تعصم مستعمله من التعسف و اشترط العدل والقدرة على الإنفاق و توعد كل من فرط فيها بالإثم و العقاب الأخروي لأنه جعل مجرد الخوف من الظلم موجبا للإكتفاء بزوجة واحدة لقوله سبحانه "فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة[3] "إن شرط العدل هاهنا هو شرط ابتداء و استمرار[4].

عملا بأحكام الفقه الإسلامي نص المشرع الجزائري على أن التعدد هو حالة استثنائية يسمح به عند الضرورة ،في حدود الشريعة الإسلامية مع تقييده ببعض القيود التي تمنع سوء استعمال من قبل الزوج للاضرار بالزوجة السابقة أو اللاحقة. فقد قيد التعدد بالشروط الفقهية العامة المتعلقة بالعدد الذي لا يتجاوز أربعة زوجات في عصمة الزوج ،و شرط النفقة و شرط العدل ،و أضيف شرط وجود المبرر الشرعي ،و شرط علم كل من الزوجة السابقة و اللاحقة بهاذا الزواج.

---

[1] إن المشرع المغربي لم يحدد لقاضي الاسرة حد السن الذي لا يمكنه ان ينزل عنه و امام هذا الإستثناء لا يمكن ان ينزل عن 18سنة إلا بسنتين و إستثناءا 3سنوات .محمد الكشبور الوسيط في شرح مدونة الاسرة المغربية ج01

[2] أحمد نصر الجندي نائب رئيس محكمة النقض سابقا شرح قانون الأسرة الجزائري ص 37

[3] سورة النساء، الآية 129.

[4] بلحاج العربي المرجع السابق ص 247

لهاذا سأحاول التطرق في هذا المبحث إلى السلطة التقديرية للقاضي في الإذن بالتعدد عن طريق تقسيمه إلى ثلاثة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير المبرر الشرعي

لم يحدد المشرع الجزائري للمبرر الشرعي، فقد يحتمل أن يشمل أي مبرر يقبله الشرع الإسلامي و هو ما يطلق عليه عادة في كتب الفقه و حتى في كتب شرح قانون الاسرة بالحكمة من تعدد الزوجات.

و هذا ما نصت عليه المادة 01/08من ق أ بقولها "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي...."المشرع الجزائري أورد عبارة عامة و لم يحدد المقصود منه لأن المبررات الشرعية كثيرة و تختلف بحسب الوجهة التي ينظر إليها [1].

لقد ألقى مجموعة من الفقهاء عدة إجتهادات في محاولتهم لتفسير هذا المبرر الشرعي الذي أورده المشرع الجزائري ،فنجد من الفقهاء من لا يجعل له مفهوما أصلا ،و منهم من لا يكاد يجعل له حدا فيجعل له مدلولا عاما وآخر خاصا فالعام ما إندرج تحت الأسباب العامة كالرغبة في تكثير النسل ،و الخاص ما تعلق بشخص الزوج المعدد أو الحالة التي يعيشها مع زوجته الأولى لكن يمكن القول أن المبررات الشرعية المقبولة تتمثل في حالة العقم بموجب الخبرة الطبية ،أو الأمراض المزمنة التي تؤثر على سير الحياة الزوجية و في جميع الأحوال الأمر متروك لتقدير المحكمة بناءًا على السلطة التقديرية للقاضي و ما يقدمه أمامه ادعاءات.

[1] الرشيد بن شويخ شرح قانون الأسرة ط 1 دار الخلدونية القبة الجزائر 2008ص 111/110

فالزوج هو المكلف بإثبات المبرر الشرعي ، و القاضي هو الذي يكيف هل هو مبرر شرعي أو لا[1] ومتى تعلق المبرر الشرعي بشخص الزوجة فوجب إستدعاءها من جانب المحكمة قصد الإطلاع على حالتها و الإستماع إليها. إن مبررات التعدد الشرعية كثيرة يمكن المشرع الجزائري جعلها على سبيل الحصر ممثلة في المرض المزمن و العقم فقط ،مما يجعل من عبارة المبرر الشرعي يقصد به المبرر القانوني و ليس الشرعي بالمفهوم الواسع للشريعة لقد حدد المنشور الوزاري رقم: 102/84 الصادر بتاريخ 1984/12/23 المبرر القانوني في حالتين:

1) إذا كانت الزوجة مريضة مرضا مزمنا أقعدها عن واجباتها الزوجية و أفقدها وظيفة الأمومة ،ومما جاء في المنشور المذكور " أن على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من وجود المبرر الشرعي و لا يكتفي فيه بالمشافهة أو الإقرار ،بل لا بد من شهادة طبيب إختصاصي يثبت ذلك فإن لم يثبت هذا رفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية إبرام هذا العقد "

2) عندما تكون الزوجة عقيما ،لا تلد و الزوج مولع بالذرية ذلك أن حب البنين من مقاصد الزواج والملاحظة هنا أن حصر مبررات الزواج على هذين الأمرين فقط فيه نوع من الإجحاف سواء في حق الرجل أو حق المرأة ،إما إلى درجة الخروج عن أحكام الشرع ،أو تطليق المرأة بالرغم من رضاها بالزواج عليها لإنعدام المبررين السالفين الأمر الذي يدفع بالناس إلى الزواج الشرعي غير المسجل...[2]

[1] القاضي المختص هو رئيس قسم شؤون الأسرة المخولة له صلاحيات قاضي الإستعجال طبقا لأحكام المادة 425من ق.إ.م.إ رقم 09/08المؤرخ في 2008/02/25الجريدة الرسمية رقم 21 سنة 2008ص03، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13.

[2] أحمد نصر الجندي المرجع السابق ص 38

الفرع الثاني: كيفية تقدير القاضي توفير الزوج للعدل بين الزوجات و الشروط الضرورية للحياة الزوجية

القرآن الكريم يقول "فإن خفتم ألا تعدلو فواحدة "[1]و يقول "و لن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء و لو حرصتم فلا تميلو كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان غفورا رحيما"[2] نجد الإشارة إلى أنه ليس هناك تعارض بين اللآيتين فالمقصود بالعدل في الآية الأولى هو العدل المادي المتمثل في النفقة و الكسوة و السكن و المبيت ، أما المراد بالعدل في الآية الثانية هو العدل القلبي و هو غير مستطاع و غير مقدور عليه ،نلاحظ أن العدل المادي بين الزوجات هو أمر يمكن تحقيقه رغم أنه لا يمنع من حدوث العديد من المشكلات الاجتماعية و القانونية ،أما العدل المعنوي فإنه غالبا يستحيل تحقيقه في الحياة العملية.

إشترط المشرع الجزائري على الزوج المقبل على الزواج من امرأة أخرى إثبات قدرته على تحقيق العدل بين زوجاته ،و لكنه لم يوضح الكيفية التي يتأكد بها القاضي من هذا الشرط.فإذا خيف عدم العدل بين الزوجات ،أو إنعدمت القدرة على الإنفاق من جانب الزوج لا يأذن القاضي بالتعدد (م 3/8 ق أ المعدلة)

إن التعدد لا يتم إلا بعد حصول الزوج على ترخيص قضائي يسمح له بذلك ،و القاضي يتمتع في هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة بحيث يمكنه منح الإذن كما يمكنه رفضه ،إنطلاقا من مدى إمكانية الزوج أو عدم إمكانية العدل بين الزوجات [3]و إعتمادا على المؤهلات البدنية و الاقتصادية و الاجتماعية.

---

[1] سورة النساء الآية 03

[2] سورة النساء الآية 129

[3] بلحاج العربي المرجع السابق ص250

فإن الترخيص القضائي مقيد بشروط قانونية تستوجب الوقوف على مدى عدل الرجل بين زوجاته [1]و المساواة في النفقة و توفير المسكن اللازم لكل زوجة مع أولادها ذلك أن لكل زوجة الحق في مسكن مستقل لها و لأبنائها ،غير أن المشرع لم يبين الجزاء القانوني الذي يترتب عن مخالفة أحكام التعدد ولا على العقوبة المقررة على الزوج المدلس و بالإضافة إلى هذا فإن القانون لم يتعرض لإمكانية الطعن في الترخيص بالزواج في المادة 2/8 ق أ حتى و إن كان شرط العدل أمر داخلي لا يمكن للقاضي الإطلاع عليه، إلا أنه لا يمنع من تدخله قبل منح الترخيص و ذلك بتبنبه الزوج على ضرورة الإلتزام بالعدل بين زوجاته و العواقب الناتجة من جراء عدم العدل بينهن،لا سيما فيما يخص إمكانية طلب الزوجة للتطليق وفقا لنص المادة 53ف6 و كذا التعويضات عن كل الأضرار المادية و المعنوية التي تلحق بها إضافة إلى تذكيره بالأحكام الشرعية المتعلقة بالعدل و الجزاء الآخروي المترتب عن ذلك[2]

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير رأي الزوجة السابقة و الزوجة اللاحقة

بعد ان نصت الفقرة الأولى من المادة الثامنة من قانون الاسرة الجزائري على تقييد الزواج بامرأة أخرى إلا بشرط أن يكون ضمن ما حددته الشريعة عددا ،و بشرط وجود المبرر الشرعي و شرط توفر العدل ، جاءت الفقرة الثانية و نصت على أنه يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها [3] و بالرجوع لهاذا النص

[1] العدل المطلوب هو العدل بشقيه المادي و المعنوي ،الذي يطبقه الإنسان بأن يعدل بين زوجاته،مهما كانت الفوارق بين النساء فلا تفضيل لإحداهن عن الأخرى

[2] محمد شمروك و آخرون السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و إنحلاله مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الدفعة 16الجزائر 2008ص06

[3] عبد العزيز سعد المرجع السابق ص 112

يمكن القول أن التعدد موقوف على إخطار الزوج للزوجة السابقة و اللاحقة و الحصول على ترخيص من القاضي بعد تأكد هذا الأخير من موافقة الزوجتين مع توفير العدل [1]

في أحدث قرار للمحكمة العليا، مؤرخ في 2005/01/19.ملف رقم 334060 ،قضت بأنه يجب إثبات رضى الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى ، و لا يكفي لرفض دعوى التطليق من أجل الضرر علم الزوجة بزواجه الثاني ،و ذلك لأن العلم به شيئ و الرضى به شيئ آخر ، و المادة 8من ق أ سمحت للزوجة السابقة أو اللاحقة برفع دعوى قضائية ضد الزوج تطلب فيها التطليق في حالة عدم الرضى بزواجه الثاني (م 8مكرر و6/53ق أ) [2].

و قد أشارت المكمة العليا في قراراتها المشهورة إلى وجوب العدل بين الزوجات [3]و المساواة بين النساء في النفقة بجميع مشمولاتها ، كما أن إسكان الزوجة منفردة واجب لها كوجوب النفقة الشرعية.

إن القاضي لا يجب عليه أن يقف عند حدود الترخيص بالتعدد فقط. بل إنه ملزم قانونا من التأكد من وجود المبرر الشرعي لتعدد الزوجات، و قدرة الراغب في التعدد على الإنفاق للأسرتين و هو ملزم أيضا بإخبار الزوجة المراد التزوج عليها ،إخبار الزوجة الثانية بأن مريد الزواج بها متزوج بغيرها و ذلك تفاديا لأي تحايل أو تدليس أو رجوع من طرف الزوجة (م 8مكرر و 6/53 من ق أ) [4]

فإن الترخيص بالزواج المشار إليه في المادة 2/8 ق أ المعدلة يمكن أن يبقى حبرا على ورق ، لأن الراغب في الزواج يمكن أن يلجأ إللى الزواج العرفي الذي لا زال سائدا

---

[1]طاهري حسين ،الأوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري ط1 دار الخلدونية القبة جزائر 2009ص62

[2] مجلة المحكمة العليا 2005،عدد1ص325وما يليها

[3]بما في ذلك العدل بين الزوجات في المبيت المحكمة العليا غ أش 1971/02/03

[4]سي يوسف زاهية تعليق على نص المادة 88من ق أ ج مجلة الحقوق جامعة الكويت 2010العدد1ص513/512

في المجتمع الجزائري (م 2/6 ق أ المعدلة) و هو تكريس للإجتهاد القضائي للمحكمة العليا [1]ف إن هذا الاعتراف بالزواج العرفي من شأنه أن يفقد المادة 8 ق أ كل أهميتها بل حتى وجودها [2].

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عند إنحلال الرابطة الزوجية

لقد حدد المشرع الجزائري أسباب انحلال الرابطة الزوجية في الباب الثاني من الكتاب الأول تحت عنوان "إنحلال الزوج"، فقد منح حق فك الرابطة الزوجية للزوج بموجب الطلاق، أو للزوجة عن طريق التطليق أو الخلع، حيث جعل القاضي حريصا وأمينا على ذلك، حتى لا يتعسف كل ذي حق في استعماله، كما منح له سلطة واسعة في الإصلاح بينهما، وكذا تقدير حالات التطليق وكذا تقدير تعسف الزوج في الطلاق التعسفي والنشوز.

المطلب الأول: دور القاضي في الصلح والتحكيم

إن إجراءات الصلح والتحكيم في قضايا شؤون الأسرة من الإجراءات الأولية والهامة حيث أوجب المشرع الجزائري القاضي قبل الفصل في النزاع والنطق بالحكم الفاصل في الطلاق، القيام بإجراء إجباري يتضمن ضرورة مباشرة وإتخاذ إجراءات الصلح حيث يتقيد بها القاضي في مسائل شؤون الأسرة، فهذه الإجراءات لم تكن مجهولة لدى التشريع في الفقه الإسلامي، إذ عرف قبل ميلاد القوانين الحديثة والدليل على ذلك قوله سبحانه وتعالى:" وإن خفتم شقاق بينكم فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن شاء الله كان عليما خبيرا"[3].

---

[1]المحكمة العليا غ أ ش 1995/04/04ملف رقم 111876 بن داودعبد القادر ،الوجيز في شرح قانون الاسرة الجديد ص 74وما بعده

[2]إن نص المادة 8من ق أ المعدلة عام 2005جاء خاليا من الجزاء القانوني الذي يوقع على الزوج في حالة الزواج بثانية دون رخصة قضائية و هي على كل لا تغيرشيئ في الواقع العملي لأن بإستطاعته اللجوء إلى الزواج العرفي ،حتى و لو لم يحصل عليها(م2/6من ق أ)سي يوسف زاهية ص515/514

[3] سورة النساء، الآية 34.

ونظرا لأهمية هذه الإجراءات في قضايا شؤون الأسرة سوف نحاول الحديث عن إجراءات الصلح في الفرع الأول، ثم إجراءات التحكيم في الفرع الثاني مع تبيان سلطة القاضي في كل منهما[1].

الفرع الأول: سلطة القاضي في إجراءات الصلح

نص المشرع الجزائري وفق نص المادة 49 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، بعد عدة محاولات الصلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدتها ثلاثة أشهر إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى، كما نصت في نفس المادة في الفقرة 02 منه على انه يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كتاب ضبط المحكمة والطرفين[2].

يستدعي القاضي المختص بالفصل في دعاوى الطلاق، الزوجين المتخاصمين إلى مكتبه بواسطة كاتب ضبط المحكمة في جلسات خاصة، يحاول فيها التوفيق بين الطرفين وإشعارهم بضرورة التسامح، والتفاهم وتبيان محاسن المحبة والإنسجام من أجل الإستقرار الأسري، فبمجرد تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات الصلح دون عذر مقبول يعتبر رافضا ضمنيا لمحاولات الصلح وحكم القاضي بعد ذلك بفضل محاولات الصلح.

كما يستوجب على القاضي بعد إجراء محاولات الصلح، سواء كانت ايجابية أو سلبية ضرورة تحرير محضر يبين فيه ما توصل إليه من نتائج وإرفاقه بملف الدعوى، حيث إذا كانت محاولات الصلح ايجابية عليه ذكر النقاط المتفق عليه، وإذا كانت سلبية

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ج01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 355.

[2] المادة 49 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر.ع 15، الصادرة في 27 فيفري 2005.

الحكم بان محاولات الصلح فاشلة، وإحالة الطرفين لحضور جلسة علنية للفصل في دعوى الطلاق[1].

كما تجدر بنا الإشارة أن إجراء الصلح كرسه قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وذلك بموجب نصوص مختلفة فأوجبت محاولات الصلح خلال المادة 439 التي تنص على أن:" محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية"[2].

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إجراءات التحكيم

الأصل أن الجهات القضائية هي التي تقوم بالفصل في المنازعاتّ، إلا أن القانون سمح للأطراف بأن يسلكوا طريق قصير وسريع، وذلك بعرض قضاياهم على المحكمين وفق إجراءات بسيطة. فأصل التحكيم يعود للشريعة إسلامية وبالتحديد ما ورد في سورة النساء الآية 34، حيث ساير المشرع الجزائري منهج الشريعة الإسلامية، أما فيم يخص التحكيم وفق نص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن:" إذا إشتد 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"[3].

لقد أضاف المشرع الجزائري المهلة التي يتم بمقتضاها تحديد الحل من الحكمين، وتقديم تقدير مفصلا للقاضي وهي مهلة شهرين، ولكن أغفل الطريقة التي يتم وفقها تعيين الحكمين هل يكون كتابيا أم شفويا، كما تناسى جوانب هامة متمثلة في موقف القضاء في

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون أسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، المرجع السابق، ص 356.

[2] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 -02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع 21، الصادرة في 23-04-2008 المعدل والمتمم

[3] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم .

حالة رفض أحد الطرفين للتحكيم، واحتمالية اللجوء إلى التحكيم قبل أو بعد الصلح، وعليه وجب علينا الوقوف في مجموعو نقاط وهي:

أولا: شروط التحكيم

يشترط اللجوء إلى التحكيم اشتداد وتفاقم النزاع بين الزوجين، وعدم ثبوت أي ضرر يمكن ان يلحق أحدهما جراء ذلك، فإذا تبين للقاضي ذلك تعين عليه قبل دراسة الموضوع و الفصل فيه و محاولة إصلاح بين الزوجين بموجب التحكيم[1].

ثانيا: كيفية تعيين الحكمين

يتم تعيين الحكمين من القاضي المختص الذي عرضت القضية أمامه للفصل فيها، فيكون التعيين بناءا على القانون أو باختيار وطلب الزوجين، وعلى القاضي عند تعيينهما، مراعاة القرابة بينهما وبين الزوجين[2].

ثالثا: مهمة الحكمين

مهمتهم البحث ودراسة أسباب النزاع بين الطرفين، والنظر لظروف كليهما، فمسؤوليتهم محاولة إزالة الخلاف بين الزوجين والصلح بينهما بمختلف الطرق المشروعة، فيتعين عليهم في الأخير سواء فشل أو نجح التحكيم تقديم تقرير على ذلك والنتائج المتوصل إليها للقاضي خلال المهلة المحددة لهم.

فالقاضي يحكم بذلك في ضوء ما توصل إليه الحكمين، فلا يشترط في التحكيم أن يكون معللا، فللقاضي سلطة رفض التقرير وتعيين حكمين آخرين، فإذا عجز الحكمين

[1] سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج01، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص 297.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلق)، مرجع سابق، ص 359.

عن التوفيق بينهما، وكانت الإساءة من أحدهما و ثبت الضرر، حكم القاضي بالطلاق بينهما، و ألزم الزوج بتعويض زوجته عن الضرر اللاحق بها[1].

نستنتج أنه إذا توفرت كل الأسباب والشروط الداعية لصحة التحكيم، يتعين على القاضي تأجيل الفصل في الدعوى، وإذا تبين للقاضي فشل الحكمين عن إصلاح بين الزوجين، خلال التقرير الذي قدمه في المدة المحددة، فالقاضي غير ملزم بما تضمنه، وإذا ثبت الضرر، حكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للزوجة المتضررة، وإذا لم تتمكن الزوجة بإثبات الضرر ورفضت المحكمة طلبها يجوز لها رفع دعوى ثانية لإثبات الضرر[2].

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق

إن حق المرأة في التطليق لا يقوم إلا بناءا على مبررات شرعية قيدها الشرع الإسلامي قانون الأسرة الجزائري، حيث وقفت الشريعة الإسلامية الى جانب الزوجة وعملت على رفع الظلم عنها فمنحت الزوجة حق طلب التفريق، وأوجبت على القاضي أن يجيبها على طلبها، كما ينظر في الأسباب الضارة بالمرأة ويعمل على إنصافها حسبما تقره العدالة، فإذا ثبت لديه تضرر الزوجة وأثبتت هذه الأخيرة بأي طريقة من طرق الإثبات ما يسوغ شرعا تطليقها، حكم القاضي بتطليقها بناءا على طلبها ويكون تطليق القاضي بها نيابة عن الزوج[3].

الفرع الأول: مفهوم التطليق

أولا: تعريف التطليق

[1] سعد بلفضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 298.

[2] سعد بلفضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 300.

[3] بدران أبو العيون بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)، ج01، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1967، ص 429.

أ- **التعريف اللغوي:** التطليق مأخوذ من الفعل طلق، يطلق، طلاقا، تطليقا، فهو مأخوذ من الإطلاق و معناه الترك، فنقول طلقت المرأة زوجها و تطليقها منه، بمعنى خلاها من قيد الزواج وتطليق الرجل من قومه يعني تركهم ومفارقتهم[1].

ب- **التعريف الإصطلاحي:** هو منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناءا على إرادتها المنفردة وإستنادا إلى القانون[2].

ت- **التعريف القانوني:** إن المشرع الجزائري لم يخص التطليق بتعريف معين بل إكتفى بتحديد أسبابه من خلال نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، بل أدرجه ضمن مفهوم الطلاق من خلال نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:" مع مراعاة احكام نص المادة 49 ادناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما وزرد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"[3].

وعرفت محكمة النقض المصرية الطلاق بأنه حل رابطة الزوجية الصحيحة بلفظ الطلاق الصريح أو بعبارة تقوم مقامه تصدر ممن يملكه وهو الزوج أو نائبه، والتطليق مشتق من الطلاق يقوم به القاضي نيابة عن الزوج إذا توفرت الأسباب الشرعية والقانونية لذلك[4].

ثانيا: دليل مشروعيته

لقد شرع الله عز وجل الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى الذي شرع من أجله النكاح ليكون وسلة لفض الخلاف بين الزوجين يلجأ إليها عند الحاجة، ويعتبر الكتاب

---

[1] محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ط02، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1994، ص 07.

[2] المنجد الأبجدي، ط08، توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص 665.

[3] المادة 48 من قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

[4] محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 08.

والسنة الإجماع لأدلة أصلية لمشروعية أي فعل وسند ودليل مشروعية التطليق من خلالهم فيما يأتي:

1- من الكتاب:

لم ترد آيات في كتاب الله العزيز تدل صراحة على مشروعية التطليق، إلا أن هناك من الآيات ما يدل ضمنيا على أن للمرأة حق التطليق إذا لحق بها ضرر منها قوله تعالى:" ولا تمسكوهن شرارا لتعتدوا"[1].

وقوله أيضا:" وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما"[2].

2- من السنة:

روى حميد إبن عبد الرحمان عن أبي موسى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" يقول أحدكم لإمرأته قد طلقتك قد راجعتك، ليس هذا طلاق المسلمين تطلق المرأة من قبل عدتها" وهذا التنظيم عن رسول الله للطلاق والتفرقة بين طلاق المسلمين وطلاق غيرهم هو دليل مشروعية الطلاق[3].

3- من الإجماع:

إنعقد الإجماع منذ عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اليوم على جواز الفرقة، وهي محضورة أصلا ولا تباح إلا لحاجة أو ضرورة، وإباحته مقيدة بقيود تكفل

[1] سورة البقرة، الآية 231.

[2] سورة النساء، الآية 130.

[3] منصوري نورة، التطليق الخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدة عين مليلية، الجزائر، 2012، ص 14.

الصالح العام، فهو مشروع بإعتباره ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها وعند عدم الحاجة وحرام على الرجل إيقاعه وحرام على الزوجة طلبه[1].

الفرع الثاني: حالات التطليق الواردة في قانون الأسرة الجزائري

لقد إتبع المشرع الجزائري ما أتى به الشرع الاسلامي وحذا في ذلك حذو اغلب التشريعات العربية وهذا ما ورد صراحة في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة أحكام المواد 18و79و80 من هذا القانون.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3- الهجر في المضجع فوق الأربعة أشهر.

4- الحكم عن الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري.

7- إرتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10-كل ضرر معتبر شرعا"[2]

[1] محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين (دراسة فقهية وقانونية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 30.

[2] المادة 53 من قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري الملغى

حيث نجد معظم فقراتها مأخودة من الفقه الاسلامي إلا البعض منها مثل حالة إرتكاب فاحشة مبينة أو حالة مخالفة ، وقد توسع هذا الأخير بعض الشيء في أسباب التطليق حماية للمرأة وكي لا يبقى الطلاق حكرا على الرجل يتلاعب به و يستعمله كوسيلة للإنتقام من المرأة وقت ما شاء و كيف ما شاء، و سمح للزوجة بطلب التطليق اذا ما لحقها ضرر ثابت من زوجها فدرء المفاسد مقدم على جلب المنافع حسب ما يستنتج من أحكام القواعد الشرعية الفقهية، وبالتالي يرفع الضرر عن الزوجة على حساب مصلحة الأسرة[1].

أولا: التطليق لعدم الإنفاق

نص المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري أنه يجب على القاضي الذي سيحكم بمثل هذه النفقة للزوجة في حالة النزاع أن يأخذ بعين الاعتبار كل هذه العناصر مجتمعة عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة، [2]كما أن تعداد أنواع النفقة الزوجية يتناسب مع حاجة الزوجة ويتفق مع مدلول قوله تعالى:" وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها"[3].

و نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى لهذا الموضوع نصيبا معتبرا من الاهتمام و يظهر ذلك من خلال عدة مواد ، حيث تحدث عن وجوب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها اليه، حيث يجب عليه الأخذ بعين الإعتبار حال الطرفين وظروف المعاش العام للمجتمع و أضافت نفس المادة جواز إعادة تقدير القاضي للنفقة حسب المتغيرات الاقتصادية و الاجتماعية لكن بعد مرور سنة من تاريخ صدور الحكم الاول[4].

---

[1] فتحي الدريني، نظرية التعسف في إستعمال الحق، ط03، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1981، ص 238.

[2] تنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على أن:" تشمل النفقة: الغذاء الكسوة العلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

[3] سورة البقرة، جزء من الآية 233.

[4] فتحي الدريني، نظرية التعسف في إستعمال الحق، مرجع سابق، ص 240.

ويعد إقرار النفقة كواجب على الزوج وحق للزوجة، فلهذه الأخيرة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها بإرادتها المنفردة في حالة عدم الانفاق، ولإمكانية طلب التطليق والحكم به تلبية لرغبتها المنفردة هو أن يصدر حكم من المحكمة يوجب نفقة الزوجة على زوجها بعد رفعها لدعوى قضائية طالبة حقها في النفقة وهو حق شرعي بحيث تثبت بكل وسائل الاثبات المختلفة إمتناعه عن الانفاق لمدة من الزمن قصيرة كانت ام طويلة، و عندما يصدر القاضي حكما لصالحها يوجب بموجبه على الزوج الانفاق بمبلغ معين يحدده القانون و السلطة تكون لتعديل هذا المبلغ[1].

ثانيا: التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

لقد أقر الفقهاء و كذلك القانون للزوجة الحق في طلب الطلاق اذا تبين وجود عيوب في الزوج من شأنها ان تؤثر على العلاقة الزوجية فتحول دون تحقيق الهدف من الزواج ، وهذا ما نص عليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الاسرة، و المقصود هنا بالعيوب هي تلك العلل الجنسية و الأمراض المنفردة التي من شأنها الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية الكاملة، ونرى ان المشرع الجزائري لم يبين المقصود بالعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج هل هي العيوب الجنسية فقط، أم عيوب أخرى كالبرص والجدام[2].

المراد بالعيب هو ذلك النقص البدني أو العقلي أو هو نقص مادي أو معنوي يعتري أحد الزوجين فيسبب ضيقا للزوج الآخر من جراء حرمانه من الحصول على ثمرة

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط03، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص 265.

[2] محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 268.

ومقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية، ومن أجل ذلك أعطى المشرع الإسلامي للمرأة الحق في طلب التطليق للعيب[1].

وقد ذهبت المحكمة العليا في عدة قرارات من أهمها قرار جاء فيه من المقرر قانونا وقضاءا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق إستنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج لتكوين أسرة وتربية الأبناء، ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد إستنادا الى نتائج الخبرة الطبية التي خلصت الى عقم الزوج، فإنهم قد وفروا لقضائهم هذه الأسباب الشرعية الكافية[2].

ونلاحظ من خلال نص المادة 53 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري بأن سلامة الزوج من العيوب شرط أساسي للزوم الزواج أي انه إذا تبين لها وجود عيب فيه كان لها الحق أن ترفع أمرها إلى القاضي تطلب التطليق[3].

ثالثا: التطليق للهجر في المضجع

يقول سبحانه وتعالى في كتابه العزيز:" فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي خافون نشوزهن فعضوهن وأهجرهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا"[4].

فالهجر في المضجع هو وسيلة من الوسائل التأديبية التي ملكها الش رع للزوج في مواجهة زوجته بهدف تهذيبها و ارجاعها إلى طاعته، ولقد أوجب الإسلام على الزوجة طاعة زوجها ولا يبيح لها النشوز والعصيان وقد أشار المشرع الجزائري خول للزوجة حق

[1] محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، مرجع نفسه، ص 266.

[2] قرار المحكمة العليا بتاريخ 22-121992، ملف رقم 87301، م.ق 1995، ع02، ص 82.

[3] نص المادة 53 فقرة 02 من قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري الملغى

[4] سورة النساء، الآية 34.

طلب التطليق لهجر زوجها لها في المضجع فوق اربعة أشهر، مما يجعلنا نميز بين حالتين وهما:

1- **الهجر كوسيلة تأديبية:** الزوجة الناشز والتي لا تأتمر بأوامر زوجها وطاعته والخضوع له، اباح له الإسلام أن يتخذ حيالها وسائل الإصلاح والتهذيب لتعود الى رشدها لإرجاع الحياة الزوجية الى وضعها السليم، وإن لم تنفع هذه الوسيلة يلجأ الزوج الى الهجر في المضجع، ويكون هذا العلاج نافعا وناجعا مع الزوجة التي يشق عليها الهجر في المضجع والتي ترغب دائما في ملازمة زوجها في المنام[1].

2- الهجر المصحوب بالقسم

قاعدة شرعية دينية إسلامية معروفة بالإيلاء ذكرها القرآن الكريم في قوله تعالى:" للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر، فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم"[2].

رابعا: التطليق لحكم بعقوبة على الزوج

لقد نصت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ي فقرتها الرابعة على أنه:" يجوز للزوجة ان تطلب التطليق في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، ونلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري قد منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بسبب الحكم عليه بعقوبة تقيد حريته او تحرمه منها، ولكن المشرع الجزائري قد قيد إستعمال هذا الحق بوجوب توافر عدة شروط أساسية مجتمعة كلها

[1] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)، مرجع سابق، ص 267.

[2] بلفضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 273.

وعدم توفر بعض هذه الشروط يؤدي إلى تبخر حق الزوجة في طلب التطليق وتحرم منه قانونا وتبقى تعاني الضرر الواقع عليها والناتج عن بعد زوجها عنها[1].

خامسا: التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر أو نفقة

إن من أهداف الحياة الزوجية المعاشرة بالمعروف والإستقرار، وبما أن الزوج هو رب الأسرة والمسؤول عن رعايتها فإن غيابه بدون عذر شرعي يعد سببا في تلاشي الإستقرار وإهتزاز كيان الأسرة، فالفراق ضرر يهون أمامه عدم الإنفاق و الفرقة به ثابتة حتى و لو كان للزوج مال ظاهر تنفق منه الزوجة لتعدد مطالب الحياة التي لا تنحصر فقط في السكن و الغذاء و الكسوة[2].

لقد عرف المشرع الجزائري المفقود في نص المادة 109 من قانون الأسرة بقوله:" المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم"[3].

كما جاء في نص المادة 110 من نفس القانون:" الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع على محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في شرر الغير يعتبر كالمفقود"[4].

فالنص الأخير عرف الغائب بأنه ذلك الشخص البعيد عن الأهل، و منعته جبرا قوة قاهرة من العودة ، والقوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه و غير ممكن التوقع، وبالتالي يصبح بعيد عن الزوجة لمدة سنة فأكثر ونتج عن غيابه هدا تضرر الغير و

---

[1] مالكي بلال، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل فك الرابطة الزوجية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، 2015-2016، ص 12.

[2] بلحاج العربي، قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 85.

[3] المادة 109 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري الملغى

[4] المادة 110 من قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري الملغى

الزوجة تدخل في حكم الغير و هي أول المتضررين من غياب زوجها من كل الزوايا ، فالفرق بينه و بين المفقود هو أن المفقود الذي لا يعرف مكانه ولا حياته ولا موته ورغم ذلك لا يدخل في حكم المفقود إلا بحكم قضائي[1].

سادسا: التطليق لارتكاب فاحشة مبينة

نصت المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها السابعة على أنه:" يجوز للزوجة طلب التطليق لارتكاب زوجها فاحشة مبينة"، وقد ذهب المشرع الجزائري إلى حصر الفواحش في نص المادة 337 مكرر من قانون العقوبات ومن ثم فهو في غير حاجة لإعادة ذكر ما يعد فاحشة في قانون الاسرة، ولكن من الصعب تعريف الفاحشة بدقة ولكن يمكن حصر مفهومها من خلال مدلولها اللغوي كما هو شائع الإستعمال وكما استعمله القرآن الكريم فنقول عن الامر أنه فاحش إذا زاد عن الحد المعقول[2].

وفي القرآن الكريم وردت عدة آيات كريمة تصور الفاحشة في الأمور التي تخل بالأنظمة العامة والسلوكيات الاجتماعية إخلالا كبيرا منها قوله تعالى:" ولا تقربوا الزنى انه كان فاحشة وساء سبيلا"[3].

من هنا نفهم أن المقصود بالفاحشة المبينة في الفقرة السابعة من المادة 53 من قانون الأسرة هو فعل الزنا مما يمس بالأمانة الزوجية وبكرامة الزوجة، كذلك تناول الخمر والشرك بالله والردة، أو الاعتداء على قاص روكل فعل مخل بالآداب بصفة خطيرة وجسيمة[4].

سابعا: التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج01، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1952، ص 876.

[2] المنجد في اللغة والإعلام، ط22، دار المشرق، بيروت، 1973، ص 570.

[3] سورة الإسراء، الآية 32.

[4] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 305.

أول شيء كما هو معلوم شرعا أن الفرقة بسبب الشقاق المستمر قد تكون طلاقا على الوجه المشروع إذا كانت الاساءة من جانب الزوجة، كما يكون خلعا إذا كان الشقاق بسبب كرهها له، ويكون تطليقا بين الحكمين إذا كان التشاجر بينهما وجهلت أحوالهما في التشاجر ولم يعرف المحق من المبطل[1].

غير أن المشرع الجزائري جعل الحق للمرأة في طلب التطليق عند الشقاق المستمر بينهما وبين زوجها، وهذا ما اوردته الفقرة الثامنة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في نصها:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية الشقاق المستمر بين الزوجين"، وهو الأمر الذي قد تكون المرأة ربما سببا في استفحاله واستمراره، وأجاز لها المشرع طلب التطليق عند قيام الشقاق وتكييفه الذي يؤدي إلى الوقوف بجانب الزوجة والقضاء لها بطلبها التطليق على زوجها، على أن يسبب الضرر الناتج عن الشقاق أو سوء العشرة والذي يتعذر معه مواصلة الحياة الزوجية كالهجر دون موجب شرعي والسب والشتم والضرب والإكراه على محرم أو تعاطي محرم[2].

وقد راعى المشرع الجزائري هذا الأمر بدقة وعناية متوخيا ما فيه خير للزوجين من ندبهما للصلح أولا طبقا لأحكام المادة 49 فقرة 01 من قانون الأسرة[3] ثم توسيط حكمين بينهما، فإذا كان الحل الأنسب بينهما هو الفرقة فيرفعا تقريرا إلى القاضي بذلك وهو ما نصت عليه المادة 56 من نفس القانون[4].

---

[1] محفوظ بن صغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010، ص 45.

[2] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 46.

[3] تنص المادة 49 فقرة 01 على أن:" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد بعدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى".

[4] تنص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري على أن:" إذا إشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي حكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

وتتمثل سلطة القاضي في تقديره لهذه المسألة في أمرين هما بذل القاضي جهدا للإصلاح وبذل الجهد يكون بعد أن يقف القاضي على أسباب النزاع والشقاق بين الزوجين بعد ثبوت الدعوى، ويقوم بوعضهم وإرشادهم لتجاوز هذه العقبة التي إعترضت طريقهما، مع تأجيل القاضي للدعوى مدة يراها مناسبة، فالمشرع وإن جعل لها حدا أعلى وقدَ رها بثلاثة أشهر، ترك الأمر للقاضي ليقدر المدة التي يراها كافية ليراجع الزوجان نفسيهما وذلك من أجل الإصلاح بينهما ويتجاوزا تلك العقبة أو المحنة[1].

ثامنا: التطليق للضرر المعتبر شرعا

لقد أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يسيء الزوج الى زوجته في المعاملة ولا أن يؤذيها بالقول، وهذه مبادئ قررها الإسلام فقد قال الله عز وجل في محكم تنزيله:" ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم"[2]. وقوله كذلك:" وعاشروهن بالمعروف"[3].

ونفرق هنا بين الضرر بالقول والذي يكون في صورة شتم وإهانة لا تليق بكرامة الانسان والذي يرقى الى مستوى الخطورة، او بين الضرر بالفعل الذي هو التصرف الذي يمس جسم الزوجة كالضرب والجرح وغير ذلك، فمعيار تقدير تضرر الزوجة فهو معيار شخصي يختلف من امرأة الى اخرى بإختلاف البيئة والثقافة والعمل والوسط الاجتماعي،

[1] محمد أمين كامل، دعوى التفريق للشقاق والنزاع أمام المحاكم الشرعية الأردنية، ط01، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، الأردن، 1995، ص 141.

[2] سورة البقرة، الآية 228.

[3] سورة النساء، الآية 19.

ولا يشترط تكراره إذ يكفي أن يتسبب فيه الزوج ولو لمرة واحدة، وكل ذلك متروك لتقدير قاضي الموضوع[1].

نجد أن المشرع الجزائري لم يتقيد بضرر معين تاركا للقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا التي تطلع برقابة مسائل القانون دون الواقع، وحسنا ما فعل لأنه ما يعتبر ضررا بالنسبة لزوجة قد لا يكون كذلك في نظر أخرى، كما أن الضرر المعتبر شرعا في زمن ما لدى جماعة ما قد لا يكون كذلك في زمن آخر بالنسبة لجماعة أخرى، خاصة وأن القواعد العامة في الشريعة الاسلامية لم تحدد انواع معينة من الضرر، وبذلك أمكن القول ان المشرع اعتمد معيارا شخصيا لتحديد الضرر اللاحق بالزوجة جراء تصرفات زوجها[2].

تاسعا: التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري

إذا كان المشرع الجزائري قد فتح الباب واسعا لتفسير معنى الضرر، إلا أنه خص من جهة أخرى المادة 08 من قانون الأسرة[3]، حيث جعل إخفاء الزوج عن زوجته الاولى زواجه بثانية سببا مبررا لطلب التطليق دون أن يحدد مدة أو أجل لممارسة هدا الحق، وحبذا لو أن المشرع الجزائري حدد مهلة لتقادم دعوى التطليق في مثل هذه الحالة حتى لا تتعسف الزوجة في إستعماله[4].

فعدم وجود المبرر الشرعي أو عدم العدل بين الزوجات أو عدم إخبار إحدى الزوجات بالزواج مرة اخرى أو عدم الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة كلها تعتبر

---

[1] منصورة نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 65.

[2] منصورة نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، مرجع نفسه، ص 67.

[3] المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري

[4] منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 67.

أسباب تبيح للزوجة المتضررة رفع دعوى للمطالبة بالتطليق، فبالنسبة لمسألة عدم العدل بين الزوجات فما على الزوجة إلا أن تثبت أن زوجها لا يعاملها معاملة عادلة مقارنة بالزوجة أو الزوجات الأخريات، وللقاضي هنا السلطة التقديرية في تحديد عدل الزوج من عدمه[1].

عاشرا: التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

والمقصود من الشروط المذكورة في الفقرة 06 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، فالإشتراط جائز في العقود بصفة عامة وذلك تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ولكن الأمر يختلف نوعا ما بالنسبة لعقد الزواج وذلك نظرا لما في هذا العقد من خصوصية، ضمانا لهذا العقد من أن يتعرض لشروط قد تتنافى مع مقتضى العقد نفسه أو تتعارض مع مقاصد المشرع، لكن ذلك لا يمنع الزوجين من أن يتبادلا أثناء إبرام عقد الزواج شروطا تتفق مع الآثار التي رتبها الشرع على الزواج، ولا تتنافى مع مقتضياته وخاصة إذا كانت هذه الشروط تحقق منافع شرعية لأحد الزوجين أو تضمن له مصالح شخصية مستقبلية[2].

المطلب الثالث: تقدير القاضي للتعويض في الطلاق التعسفي والنشوز

سوف نتناول في هذا المطلب نبين كيفية تحديد القاضي لمقدار التعويض، وأيضا تقدير القاضي في النشوز.

الفرع الأول: تقدير القاضي للتعويض عن الطلاق التعسفي

بالنسبة لتقدير وتحديد قيمة التعويض في حالة الطلاق التعسفي فإن المشرع الجزائري لم يتطرق لذلك من خلال أحكام قانون الأسرة الجزائري، إذ استقر المشرع على

[1] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 301.

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 167..

مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، ولكن لم يحدد قيمة هذا التعويض ولم يحد حتى أدنى أو أقصى قيمة له[1].

أمام هذا النقص المتعلق بجانب تقدير قيمة التعويض فقد أجاز المشرع الجزائري سلطة تقديرية لقاضي شؤون الأسرة لتحديد قيمة التعويض ولم يحدد له لا حدا أقصى ولا حدا أدنى وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 18-06-1991 بأنه:" من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل"[2].

فالقاضي 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 عديدة، أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك و إلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب[3].

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 مرتب الزوج وظروف المعيشة وحتى عدد سنوات الحياة الزوجية التي قضياها معا، كما يجب أن يراعي القاضي في تقدير التعويض عن تعسف الزوج في الطلاق جسامة الضرر الذي أصاب المطلقة وهي مسألة متروكة لتقدير

[1] منصوري نورة، التطليق ولخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص69.

[2] المحكمة العليا، إ، أ، ش، قرار بتاريخ 18-06-1991، ملف رقم 75099، م-ق، ع01، 1999، ص 65.

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 282.

قاضي الموضوع، ولذلك فإن إقرار مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري يعتبر وسيلة ناجعة في الحد من الطلاق[1].

الفرع الثاني: تقدير القاضي للنشوز

عالجت المحكمة العليا مسألة النشوز في العديد من إجتهاداتها ونرى ذلك في قرار لها الذي جاء فيه:" متى كان من المقرر شرعا أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية، وبعد ثبوت إمتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض، إذ كان من الثابت أن الزوجة طالبت الحكم لها بمطالبها من قضاة الموضوع فإنه لا مبرر لإعتبار الزوج في حالة نشوز ولا تستحق النفقة المقررة لها مادام لم يثبت نشوزها اما القضاة فإن نفقتها تظل مستمرة ومستحقة لها، مما يجعل القرار المطعون فيه مؤسسا تأسيسا قانونيا وشرعيا ومتى كان ذلك إستوجب رفضه"[2].

وخلصنا إلى أن سلطة القاضي التقديرية تتمثل في التحقق من أسباب إمتناع الزوجة من الرجوع إلى بيت الزوجية وأن يتفحص جيدا الأسباب التي نثيرها الزوجة فإن كان السبب مثلا هو عدم توفير الزوج سكنا لها بعد الحكم عليه فإن الزوجة هنا لا تعتبر ناشزا[3].

حيث جاء في حيثيات قرار المحكمة العليا:" من الثابت شرعا وفقا أنه في حالة الخصام بين الزوجين، فإن حضور الزوج إلى بيت اهل الزوجة وطلب رجوعها إلى بيت

---

[1] شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص 231.

[2] المحكمة العليا، قرار بتاريخ 09-07-1984، ملف رقم 33762، م ق، 1989، ع04، ص 119.

[3] مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في مسائل الطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص 206.

الزوجية مرغوب لرد كرامتها وبناء حياة زوجية صحيحة ولما كان من الثابت أن قضاة المجلس لما قضوا بجعل مسؤولية الطلاق على عاتق الزوجة بإعتبارها ناشز، فإنهم أخطؤوا في تفسير القانون والشرع، لأن الزوجة لا تعتبر ناشزا بل إشترطت لرجوعها حضور الزوج إلى بيت أهلها لرد كرامتها وهو الشرط الذي تنتفي معه حالة النشوز بأغلبية آراء الفقهاء فإنهم أخطأوا في تفسير القانون ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه"[1]

[1] المحكمة العليا، قرار بتاريخ 17-02-1998، ملف رقم 184055، م ق 1998، ع02، ص 85.

عند نشوء الرابطة الزوجية، يمتلك القاضي سلطة تقديرية في تنظيم وتنفيذ العقود الزوجية وفقًا للقوانين والمعايير المعمول بها. يتمكن القاضي في هذه المرحلة من التأكد من توافق الشروط والقيود المفروضة على الزواج، بما في ذلك موافقة الأطراف المعنية والامتثال للمتطلبات القانونية المحددة.

قد يتعين على القاضي في بعض الحالات النظر في قضايا مثل السن القانوني للزواج، ووجود موافقة الوالدين أو الولي، وعدم وجود عوائق شرعية أو قانونية أخرى للزواج، يجب على القاضي في هذه المرحلة أن يقوم بتقييم صحة وصحة الزواج والتأكد من التزام الأطراف بالقوانين والمعايير المطلوبة.

علاوة على ذلك، قد يتمكن القاضي في بعض الأنظمة القانونية من توجيه نصائح أو إرشادات للأزواج المقبلين على الزواج، مثل توفير المعلومات حول حقوق وواجبات الزوجين والاستعداد للحياة الزوجية.

يتنوع نطاق سلطة القاضي التقديرية في هذه المرحلة وفقًا للنظام القانوني والتشريعات المعمول بها ومع ذلك، يهدف دور القاضي إلى ضمان تنفيذ العقود الزوجية وفقًا للقوانين والمعايير المحددة، وحماية حقوق الأطراف المعنية وضمان سلامة وصحة الرابطة الزوجية

الفصل الثاني:

السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المالية المترتبة على نشوء الرابطة الزوجية وإنحلالها

[يعتبر عقد الزواج كغيره من العقود تترتب عليه آثار. و المقصود بآثار عقد الزواج هي النتائج القانونية التي تترتب على العقد بمجرد إنعقاده ،و الأصل في هذه الآثار أن تكون بحكم الشارع بما رتبه االقانون و الشرع على العقد من آثاره الملزمة للطرفين إلا أنه يجوز لأحد العاقدين ان يشترط شرطا في العقد لا ينافي هذه الآثار و لا يخالف طبيعة العقد أو أحكام قانون الأسرة (المواد 35،19،و 37 من ق أ) [1]

و على هذا فإن للزواج و الطلاق آثار كبيرة ،فالآثار المالية للزواج تتمثل في النفقة و الصداق ، أما من الآثار الغير مالية فإنه نجد النسب فهو أثر غير مالي لزواج.

و الآثار المالية لإنحلال الرابطة الزوجية تتمثل في نفقة العدة ،ونفقة الإهمال ،إضافة إلى ذلك التعويضات الناتجة عن هذا الإنحلال تقييم النزاعات حول متاع البيت ،أما عن الآثار الغير مالية فنجد الحضانة التي تعتبر أثر لفك الرابطة الزوجة

و تبعا لذلك سيتم تقسيم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين].

نتناول في الأول: سلطة القاضي في الآثار المالية الناتجة عن الزواج وإنحلاله

ونتطرق في الثاني إلى سلطة القاضي في النسب والحضانة

[1] بلحاج العربي أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 395

المبحث الأول: سلطة القاضي في الآثار المالية المترتبة عن الزواج و إنحلاله

تعتبر آثار الزواج كل ما يترتب من إلتزامات على طرفي العلاقة الزوجية فمنها ما يجب مرة واحدة لا أكثر و هو المهرو منها ما يستمر بإستمرار الزوجية و هو النفقة الزوجية و هو النفقة الزوجية و نفقة الأولاد.القاضي يتدخل في تقدير النفقة و كذلك نفس الشيئ كما تعتبر النفقة أثر من آثار المترتبة عن إنحلال الرابطة الزوجية ،لإستحقاق المطلقة نفقة العدة و المتعة [1].

خلال هذا المبحث نحاول معالجة سلطة القاضي في النفقة كأثر مالي يترتب على الزواج و الطلاق و ذلك خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: سلطة القاضي في الآثار المالية المترتبة عن الزواج

والمطلب الثاني: سلطة القاضي في الآثار المالية المترتبة عن إنحلال الزواج

[1] محمد كمال الدين إمام ،أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين دراسة تاريخية و تشريعية و قضائية ،جزء ثاني ،منشأة المعارف الإسكندرية 21 ص181

المطلب الأول: سلطة القاضي في الآثار المالية المترتبة عن الزواج

الزواج الصحيح هو كل عقد استوفى أركانه و شروطه المطلوبة في المادتين 9و9مكررمن قانون الأسرة فإذا توفر في عقد الزواج ركنه و شروطه الموضوعية و الشكلية كان صحيحا تترتب عليه آثار قانونية [1]ما دام أن من قوامة الرجل على أسرته و أهل بيته الإنفاق عليهم ، و رعاية شؤونهم و الاهتمام بمصالحهم وهو وحده المطالب شرعا بأن يوفر لزوجته و أولاده نفقة تسد حاجاتهم ولا يحتاجون بعدها لأحد [2]

تعتبر النفقة أثر من الآثار المترتبة على عقد الزواج الصحيح ،وهي من المسائل الأكثر شيوعا والتي تثور في الواقع العملي و المطروحة أمام قاضي شؤون الأسرة مما يحتم هذا الأخير إكمال سلطته التقديرية في هذا المجال بهدف حل مختلف النزاعات

وقبل التحدث عن السلطة التقديرية للقاضي في مسائل النفقة ،سأحاول التطرق أولا إلى مفهوم النفقة ثم نبين سلطة القاضي في تقدير النفقة الزوجية.

الفرع الأول: مفهوم النفقة

يتحدد مفهوم النفقة بتعريفها و تبيين أدلة مشروعيتها و مشتملاتها و هذا ما سنتطرق له تبعا ضمن هذا الفرع على النحو التالي:

أولا: تعريف النفقة

النفقة في اللغة: بمعنى الإخراج و الذهاب ،يقال نفقت الدابة إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع. و المصدر النفوق كالدخول ،و النفقة إسم مصدر و جمعها نفقات [3]

---

[1] بلحاج العربي ، المرجع السابق ص 288

[2] أحمد شامي السلطة التقديرية للقاضي المدني ،رسالة ماجيستر معهد الحقوق و العلوم الإدارية قليعة الجزائر 1998ص 263

[3] بلحاج العربي المرجع السابق ص 436

أما شرعا: ما يصرفه الزوج على زوجته و أولاده و أقاربه من طعام و كسوة و علاج و كل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس و حسب وسع الزوج [1]

كما ورد في زاد المحتاج فيقال "جمع نفقة من الإنفاق و هو الإخراج في الخير و جمعها لإختلاف أنواعها وهي قسمان نفقة تجب للإنسان على نفسه إذا قدر عليها و عليه أن يقدمها على نفقة غير و ذلك لقوله صلى الله عليه و سلم "إبدا بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيئ فلأهلك "[2] و نفقة تجب على الإنسان لغيره و أسباب وجوبها ثلاثة النكاح و القرابة و الملك [3]و النفقة التي تعنينا في هذه الدراسة هي النفقة التي سببها النكاح نفقة الزوجة و التي عرفت على أنها "ما تحتاج إليه من طعام و كسوة و مسكن و فرش و خدمة ،و كل ما يازم لمعيشتها حسب المعروف وهي حق واجب ما على زوجها [4]

ثانيا: أدلة مشروعية النفقة.

اعتمد الفقه أدلة مشروعية النفقة من الكتاب ثم من السنة و الإجماع و القياس على هذا الترتيب إحتراما لأولوية و قوة الدليل و المصدر الشرعيين.

1 –من الكتاب:

قوله تعالى " وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا

[1] لم يعرف قانون الاسرة النفقة ، غير أنه حدد ما يعتبر من مشتملاتها في المادة 78 ق أ

[2] أحمد شامي، السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 264.

[3] عبد الله بن الشيخ حسن الكوهنجي ، زاد المحتاج بشرح المنهاج ط 3ج3 الشؤون الدينية قطر (د–ت) ص 563

[4] عبد الوهاب خلاف أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما جرى عليه العمل بالمحاكم ط 2الكويت 1990 ص 104

عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ (233) "[1]

2 –من السنة النبوية:

قوله صلى الله عليه و سلم في حجة الوداع "و لهن رزقهن و كسوتهن بالمعروف "[2] و روي البخاري و مسلم أن هندا بنت عتبة زوج أبي سفيان قالت: يا رسول الله ،إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني و يكفي إبني ،قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف "[3]

3 –أما الإجماع:

فلقد أجمع الفقهاء منذ عصر النبي صلى الله عليه و سلم حتى عصرنا هذا على أن نفقة الزوجة على زوجها واجبة بالدخول بها (المادة 74ق.أ)

4 –أما القياس:

فلأن المرأة محبوسة لحق الزوج بمنعها من التصرف و الإكتساب ، فلا بد من أن ينفق عليها لأن القاعدة عند الفقهاء أن من إحتبس لحق غيره فنفقته على من إحتبس لأجله.

ثالثا: مشتملات النفقة

نص المشرع الجزائري على مشتملات النفقة في المادة 78من ق أ ج بأنه

"تشمل النفقة: الغذاء، والكسوة و العلاج و السكن أو أجرته ،ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة "[4].

---

[1] سورة الطلاق الأية 7

[2] عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص105.

[3] أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي المدني، مرجع سابق، ص 264.

[4] قانون 84–11 متضمن قانون الاسرة الجزائري معدل و متمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 عدد 15

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري ذكر مشتملات النفقة من غذاء و كسوة ،حيث تجب الكسوة على الزوج أيضا باجماع أهل العلم لقوله تعالى" وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ وهي معتبرة بقدر كفاية الزوجة و ليس لها مقدار معين عند العلماء و يرجع تقديرها إلى إجتهاد القاضي ،كما يجب على الزوج شرعا و قانونا أن يسكن زوجته مما يقدر عليه مكانا وحالا مع مراعاة قدر مثلها من النساء ،و ليس لها أن تمتنع عن السكن فيه سواء كان ملكا له أو مستأجرا له أو معيرا له لقوله تعالى "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ "[1].

إن المشرع الجزائري من خلال تعداده لعناصر النفقة الزوجية في هذه المادة "78ق أ" ورد على سبيل المثال لا الحصر ،بدليل أن المشرع قد قرر أنه يمكن أن يضاف إليها كل شيئ يعتبر ضروريا في عرف الناس و عاداتهم ،و العرف مصدر للقانون (م 3/1من ق أ) بما في ذلك المستجدات التي تطرأ على المعيشة و النفقات بصفة عامة كمصاريف المدرسة و تعليم الأولاد [2]مع مراعاة مقتضيات توفير السكن أو دفع بدل الإيجار بإعتبارهما من مشمولات نفقة المحضون [3] حتى و لول كان للحاضنة سكن (م 72من ق أ المعدلة بالأمر رقم 02/05) [4] فالعرف و العادة قد يضم للنفقة أمورا أخرى و بهاذا التحديد تجنب القانون الخلافات التي تدور بين الفقهاء في شأن بعض الأمور الخاصة بمن هم في حاجة إلى النفقة على غيرهم و لذلك قضى بأن لفظ النفقة اشتمل الطعام و الكسوة و السكن شأن

[1] سورة الطلاق الآية 6

[2] يجب على قضاة الموضوع مراعات مصاريف المعيشة و المدرسة و أجرة السكن ، المحكمة العليا غ أ ش 1996/04/23ملف رقم 136604

[3] المحكمة العليا غ أ ش 2002/03/13ملف رقم 276760م ق 2004 العدد 1 ص 274حتى ولو كان المحضون وحيدا لأن السكن هو من عناصر النفقة م 78 ق أ و هو من حقوق المحضون م 72ق أ

[4] المحكمة العليا غ أ ش 2002/07/31 ملف رقم 288072مذكور سابقا 2002/05/08 ملف رقم 282052

عام يتناول جميع أفراد مفهومه دفعة واحدة في حدود ما تواضع عليه العرف و حددته العادة و جرى به الإستعمال [1].

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير النفقة

أولا: سلطة القاضي في تقدير النفقة على الزوجة

إن تقدير النفقة هو مسألة تقديرية من إختصاص قضاة الموضوع انطلاقا من الوثائق و المستندات التي تحدد الوضعية المالية للزوج [2] تبعا لحال الزوجين يسرا و عسرا و رغم إطلاق النفقة في القانون و إعتباره للعرف و العادة في تحديد النفقة إلا أن القانون وضع للقاضي قيدا لا يتعداه و هو أن يراعي حال الطرفين أي من يستحق النفقة و من تجب عليه ،و على القاضي أيضا أن يراعي ظروف المعاش و ذلك من خلال أحكام المادة 79من ق أ بقولها " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين ،و ظروف المعاش ،ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم "

حسب ما نصت عليه المادة 79 ق أ ج أن النفقة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص على حسب حال الطرفين فقد بينت بأن المعتبر في النفقة هو حالهما معا (أي الزوجة و الزوج) يسرا و عسرا ،و ظروف المعيشة زمانا ومكانا ،على أن لا تقل على حد الكفاية ،تبعا للمستجدات التي تطرأعلى المعيشة و النفقات بصفة عامة [3] و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها حيث جاء فيه " من المقرر شرعا و قانونا أن تقدير النفقة

---

[1] المستشار أحمد نصر الجندي نائب رئيس محكمة النقض سابقا شرح قانون الأسرة الجزائري المرجع السابق ص 163

[2] زهير بن حشاني ،النفقة الزوجية في قوانين الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي مذكرة ماجيستر تخصص قانون أسرة كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي 2011ص 67

[3] بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج1 المرجع السابق ص348

يكون حسب وسع الزوج إلا إذا ثبت نشوز الزوجة ، و من المقرر أيضا أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم، من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس لما قضي بتحديد النفقة للبنت اعتبارا من تاريخ الدعوى القضائية دون أن يقدر ظروف الزوج و مدخوله ووسعه و المدة الزمنية التي مرت بها القضية طول المرافعات يكون قد خالف القانون و أحكام الشريعة الإسلامية "[1]

طبقا لما هو مقرر قانونا فإن النفقة تستحق من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءا على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى و أن يسار الزوجة لا يسقط حقها و حق أولادها في النفقة دون مبرر شرعي ،كما أنه تجوز المطالبة بزيادتها تبعا لتغير حال الزوج و الأسعار في الأسواق و ظروف المعيشة ، غير أنه لا تسمح دعوى الزيادة قبل مضي سنة من الحكم

عندما نصت المادة 79 ق أ ج على عدم مراجعة تقدير النفقة إلا بمضي سنة ، فهو تقدير معقول.وهاذا لأنه لا يتصور تغيير أسعار الغذاء و الكساء و أجرة السكن تغييرا فاحشا في مدة أقل من سنة ، فإن مهمة القاضي هي تقدير قيمة النفقة يكون وفق ميزان عامل لذا عليه أن يحكم ضميره و يعتمد في تقديره على مراعاة الأيسر و الأسهل على الزوج في الدفع الهدف منها هو الوصول إلى حسن تنفيذها فإذا كان في حكم القاضي نوع من الإرهاق للمكلف بالنفقة و تحميله ما لا طاقة له به فيمتنع عن أدائها

موقف القانون من زمن إستحقاق النفقة:

حسب ما نصت المادة 80ق أ ج "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى ، وللقاضي أن يحكم بإستحقاقها بناءا على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى "

[1] المحكمة العليا غ أ ش 1987/02/09 ملف رقم 44630م ق 1990العدد 3 ص 55، 1989/01/16ملف رقم 51715، 1980/12/15ملف رقم 21823ن ق 1981 العدد 2 ص 105

وعليه فإن تاريخ إستحقاق النفقة يبدأ من تاريخ رفع الدعوى و تسجيلها في كتابة الضبط بالمحكمة إلى تاريخ صدور الحكم [1] ولا يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة لما قبل الدعوى ، و لا لما بعد صدور الحكم إلا في الحالة التي يتضمن فيها الحكم القضاء بالطلاق و إستحقاق الحضانة إلى المطلقة ،كما يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة مؤقتة للزوجة و الأولاد بموجب حكم تمهيدي أثناء اجراء المرافعة ثم يقضي القاضي فيها بصفة نهائية مع الفصل في موضوع النزاع.

لقد سمحت المادة 80ق أ ج للقاضي بأن يحكم بالنفقة المتراكمة لمدة سنة واحدة سابقة لتاريخ رفع دعوى النفقة التي تستحقها هي و أولادها شرعا بشرط أن تثبت عدم الإنفاق بكل طرق الإثبات ،وجب على قاضي شؤون الأسرة الفصل في دعوى النفقة بشكل إستعجالي لإرتباطها بالطعام والشراب و الكسوة و السكن حفاظا على مصالح الزوجة و الأولاد ،بأن تتبع فيها الإجراءات المستعجلة فيها يتعلق بالمواعيد و سرعة الفصل فيها و ذلك طبقا لأحكام المادة 57مكرر من ق أ و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2005/01/19بقولها "قاضي الإستعجال مختص للحكم للزوجة و للأبناء بنفقة قبل الفصل في الدعوى ،من حيث الموضوع "[2].

- مسقطات النفقة

النفقة الواجبة على الزوج لا تسقط إلا بالأداء أو الإجراء و كذا بخروج المطلقة رجعيا من بيت عدتها دون عذر شرعي ،ولا رضى الزوج و تجوز أيضا المقاصة عند الجمهور ،فإذا كان للزوج دين ثابت على زوجته جاز أن يطلب منها إسقاط ما يقابل دينه

[1] المحكمة العليا ع أ ش 1990/04/16ملف رقم 59967، غير منشور يكون تاريخ سريان النفقات في جميع الأحوال من يوم رفع الدعوى 1989/001/16 ملف رقم 51715

[2] المحكمة العليا غ أش قرار بتاريخ 2005/01/19 ملف رقم 333042 م-م-ع عدد 01 2005 ص 321

من النفقة المفروضة كما تسقط النفقة بوفاة أحد الزوجين[1]و تبقى ذمة الزوج مشغولة بإلتزام النفقة الزوجية ،الناتجة عن عقد الزواج الصحيح من تاريخ الدخول (م 74من ق أ) وهي لا تسقط إلا بواحدة من هذه الأمور التالية:

- المعقود عليها بعقد فاسد ،و المدخول بها بناءا على شبهة بغير عقد .
- إذامنعت الزوجة نفسها من الزوج.أو إمتنعت عن الإنتقال إلى البيت الزوجية دون عذر شرعي.
- سفر المرأة دون إذن الزوج(غير أن سفرها لحج الفريضة لا يسقط نفقتها).
- المرأة الصغيرة التي لا تقدر على الوطء و كذلك المريضة مرضا شديدا أو مخوفا لا تقدر معه على الإستمتاع فليست لهم نفقة قبل الدخول. غير أن الزوجة المريضة تستحق النفقة بعد الدخول مع بقائها في البيت الزوجية و ذلك لأن المرض أمر خارج عن إرادتها لا قدرة لها على دفعه ، فلا تتحمل تبعته
- تسقط نفقة الزوجة إذا طلقت طلاقا بائنا لما جاء في صحيح مسلم، أن النبي صلى الله عليه و سلم قال لفاطمة بنت قيس حين شكت قلة النفقة وهي بائن "لا نفقة لك"[2].

إلا إذا كانت المطلقة حامل.

- الزوجة الناشز و هي التي خرجت عن طاعة زوجها بدون حق شرعي و التي خلرجت من بيت زوجها بلا إذنه وبغير وجه شرعي فقد فوتت حق الإحتباس على الزوج و على العموم فإن سقوط النفقة على الزوجة الناشز لا يكون إلا بعد تقدير القاضي وفقا لما يتمتع به من سلطة تقديرية في تقرير النشوز من عدمه [3].

---

[1] و ذلك لإمتناع الإحتباس الموجب للنفقة ، ابن قدامة ، المغني ج 11ص 405، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج3 ص489

[2] بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 349

[3] بلحاج العربي أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 449

ثانيا: سلطة القاضي في تقدير نفقة زوجة الغائب

نصت المادة 110من قانون الاسرة الجزائري على أن: " الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود "من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري قد عرف الغائب و ميزه 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.

فإذا طلبت الزوجة نفقة لها على زوجها الغائب كانت على حق لأن النفقة واجبة عليه حاضرا كان أو غائبا [1]و قد ترفع الزوجة أمرها طالبة التفريق بينها و بين زوجها الغائب الذي تعذر تحصيل النفقة من هنا قد يحكم القاضي بالتفريق بينهما.فإذا كان للزوج الغائب مال من جنس النفقة (كالنقود ،والغلال و غيرهما)في يد الزوجة فرض القاضي لها النفقة و أمرها بأخذ المفروض من المال الذي في يدها ،و هذا بعد أن يسمع القاضي دعوى الزوجة و دليل زوجها الغائب ،أمت إذا ترك مالا ليس من جنس النفقة (كالعقارات مثلا) حكم القاضي بالنفقة و تؤخذ من إيجار هذه العقارات.

أما في حالة ما لم يكن له مال أصلا فرض لها النفقة و أذن لها بالإستدانة على الزوج بعد أن يحلفها اليمين [2] ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 5/53 ق أ ، بأنه يمكن للزوجة طلب التطليق بعد مضي سنة على غياب الزوج دون عذر ولا نفقة كما أنه طبقا للمادة 40 إجراءات مدنية، فإن الحكم الصادر بالنفقة للزوجة يكون مشمولا بالنفاذ المعجل

[1] لا تسقط النفقة بغياب الزوج أو حبسه ، المحكمة العليا غ أ ش 1984/11/19 ملف رقم 34791 مذكور سابقا مجلس قضاء مسيلة 1983/05/17 ن ق 1986العدد 1 ص 75

[2] حسين طاهري الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ص 168

و للمادة 368من نفس القانون والتي تنص على أنه لا يمكن أن تخضع للحجز عند التنفيذ على أموال الغائب الموكلة للغير [1] و على هذا أخذ القانون الجزائري مسألة نفقة زوجة الغائب بإجتهاد المالكية فإنه إذا تضررت الزوجة بسبب غياب زوجها بعد مضي سنة (من الغيبة أو الأسر أو الحبس)أن ترفع دعوى بطلب التطليق.

ثالثا: سلطة القاضي في تقدير نفقة الأبناء

نفقة الأبناء هي من نفقة الفروع والفروع عدة ،فكافة الأحكام السابقة في تقدير النفقة من طرف القاضي للزوجة تنطبق على الأولاد إلا بعض الإستثناءات و بعض الأحكام التي خص بها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الأولاد و الأقارب و هذا ما نصت عليه المادة 75ق أ.

فبالنسبة إلى نفقة الولد الذكر تسري مدة النفقة عليه من يوم ولادته إلى يوم 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 و لم يعد الأب يتحمل الإنفاق عليها بعد ذلك [2]

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها: من المقرر أن الأنثى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على كسب "و عليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا احكام المادة 75 من ق أ و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص النفقة [3] و ذهبت في قرار آخر " تبقى نفقة البنت على والدها ملازمة

[1] راجع المادة 303 م ق إ م إ الجديد الصادر في 2008/02/25

[2] عبد العزيز سعد قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ص 106

[3] المحكمة العليا غ أ ش ملف رقم 218736 قرار بتاريخ 1999/02/16/ محمد لمين لوعيل الأحكام الإجرائية و الموضوعية لشؤون الألأسرة وفق التعديلات الجديدة و الإجتهاد القضائي ص 97

لها ولا تسقط عنها إلا بالدخول أو الإستغناء عنها بالكسب "[1] أما المادة 76منه فقد نصت على أنه في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم هي الملزمة بالإنفاق سواء بصيفة مؤقتة او بصفة مستمرة إذا كانت ذات مال و مدخول.

و هذا ما أكده القرار الصادر في 2007/05/09،حيث جاء فيه " لا تنتقل إلى الجد نفقة الأم على الأولاد طالما كان لها دخل "[2]نستنتج من خلال هذا القرار أنه جاء شارحا انصي المادتين 76و كذا المادة 77من قانون الاسرة التي نصت على أنه " تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع عللى الأصول حسب القدرة و الإحتياج و درجة القرابة في الإرث" فإذا كان الزوج عاجزا من الإنفاق إنتقل الإلتزام على الأم إذا كان لها دخل ولا تنتقل هذه النفقة إلى الجد ما دامتا أن الأم أقرب درجة من الجد.

تبقى مسؤولية تقدير نفقة الأولاد تخضع للسلطة التقديرية للقاضي بنفس الأحكام المتعلقة بكيفية تقدير نفقة الزوجة تنطبق على الأولاد فنفقة الأبناء تقدر بصفة خاصة حسب عدد الأبناء و العمر كذا مدخول الزوج و البيئة التي يعيشون فيها و قد استقر إجتهاد المحكمة العليا أن تقدير النفقة يكون بنفقة شهرية بكل مشتملاتها بدون تفصيل كما إعتبرت المحكمة العليا أن تقدير النفقة يعد مسؤولية موضوعية من إختصاص و تقدير قضاة الموضوع.

[1] المحكمة العليا غ أ ش ملف رقم 318418قرار بتاريخ 2005/02/23حسين طاهري الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ص 468

[2]المحكمة العليا غ أ ش ملف رقم 390381 قرار بتاريخ 2007/05/09 مجلة المحكمة العليا العدد الثاني 2008ص 295.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في الآثار المالية المترتبة عن انحلال الزواج.

لقد رتب كل من المشرع و القانون آثار مالية لإنحلال العلاقة الزوجية و المتمثلة في النتائج القانونية المالية الناتجة عن الطلاق سواء بسبب الزوج أو بسبب من الزوجة ،قد يترتب عليه أضرار يلزم المتسبب فيها بدفع تعويض للطرف الآخر من أهم هذه الأضرار نجد الضرر اللاحق بالمطلقة و نفقة أثناء العدة بالإضافة إلى نفقة الإهمال في حالة إذا الزوج امتنع عن الإنفاق على الزوجة ،بما في ذلك موضوع النزاع القائم حول متاع البيت الذي يعتبر هو أيضا أثر مالي لإنحلال الرابطة الزوجية.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض و المتعة

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على المتعة المقررة في الفقه الإسلامي كأثر من آثار الطلاق المالية ، وإنما تحدث عن حق المطلقة في التعويض في حالة الطلاق التعسفي. فقد نصت المادة 52منه "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها [1]لقد أكدت هذه المادة أن مسألة تعسف الزوج في الطلاق تعود للسلطة التقديرية للقاضي ،ذلك أنه إذا ما تبين له تعسف الزوج فإنه يحكم بالتعويض للمطلقة

أولا: التعويض عن الطلاق التعسفي

يحق للزوج شرعا وقانونا إيقاع الطلاق [2]و لكن لا يجوز التعسف في إستعمال هذا الحق فالطلاق التعسفي هو أن يطلق الزوج زوجته و هو حق مشروع دون سبب أو لغير حاجة ، فيناقض بذلك مقصد الشارع [3] كما يمكن تعريفه أيضا"بأنه فك الرابطة الزوجية من طرف الزوج دوم رضا الزوجة ودون سبب معقول و شرعي أو مبرر ذلك" كما يمكن أن

---

[1] قانون 84-11 متضمن قانون الأسرة الجزائري معدل و متمم

[2] شمس الدين محمد الشربيني بن الخطيب ،مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،دار الطباعة والنشر والتوزيع لبنان ج 3.1997ص368

[3] عبد الفتاح عايش عمرو ،السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية ط 1 دار النفائس عمان الأردن 1998ص 179

يكون من أجل الحصول على مصلحة غير مشروعة هدفه بذلك اضرار الزوجة فقط [1] إن التعسف في الطلاق يختلف في طبيعته عن التعسف في إستعمال الحق في القانون المدني المنصوص عليه في المادة 124مكرر.

فالشخص صاحب الحق المقرر له قانونا ، إذا ما استعمله في حدود ما ذكر في هذه المادة يكون متعسفا في إستعمال حقه و بالتالي يتحمل مسؤولية تعسفه و يلتزم بالتعويض، فمسألة اثبات التعسف تقع على عاتق الطرف المتضرر لأنه يدعي خلاف الأصل، فالأصل أن الشخص يستعمل حقه في الإطار المحدد له قانونا ولا يلزم بإثبات مبررات إستعماله لهاذا الحق.

و بخصوص ما يقال في هذه المادة السالفة الذكر (52 ق أ) فقد ترك الأمر إلى القاضي في معرفة التعسف من عدمه ، فإن رأى أن السبب معقول رد دعوى التعويض و إلا حكم على الزوج بالتعويض فبالنسبة لتقدير وتحديد قيمة التعويض في حالة الطلاق التعسفي فالمشرع لم يتطرق من خلال أحكام قانون الأسرة الجزائري ، فتقديره يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي و ذلك لإعتماد على الظروف و الأسباب و على ما أصاب الزوجة من ضرر، فإن التعويض لا يجوز إلا على تحقق الشروط الثلاثة التالية:

- أن يكون الطلاق من قبل الزوج بإرادته المنفردة.
- أن يكون الزوج متعسفا في الطلاق [2]
- أن يصيب الزوجة من هذا الطلاق بؤس و فقامة (ضررا لاحقا)[3]

[1] آسيا بوخاتم الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجيستر في القانون خاص كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان الجزائر 2007

[2] آسيا بوخاتم المرجع السابق ص 45

[3] باديس ذبابي ،آثار فك الرابطة الزوجية دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي دار الهدى عين مليلة الجزائر 2008ص 08

إن مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الاسرة الجزائري وسيلة ناجعة في الحد من الطلاق و التفكير جيدا قبل اللجوء إليه.

ثانيا: سلطة القاضي في التعويض عن التطليق

إن المشرع الجزائري قد نص على جواز الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن التطليق حسب المادة 53مكرر من قانون الاسرة التي نصت على أنه "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض من الضرر اللاحق بها " و يقع على الزوجة عبئ إثبات الضرر الذي لحقها من زوجها (وعلى إثره يحكم القاضي لها بالتعويض) أي نوع من أنواع الإيذاء سواء بالقول أو الفعل ، و إعتبار أن الضرر مسألة موضوعية فإنه يجوز إثباته لكل الوسائل القانونية و الشرعية ، فالقاضي يعتمد في تقديره لمدى قيام الضرر إستنادا إلى معيارين هما المعيار الشخصي و الموضوعي ، فوجب على القاضي بيان عناصر الضرر التي بموجبها يحكم بالتعويض.

وهاذا ما قضت له المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1999/05/18بقولها من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبرا شرعا "[1]كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، فبالنسبة لأسس التي يستند إليها في تقدير مقدار التعويض فهي حجم الضرر ومدى جسامته و يراعي في ذلك ظروف الطرف المتضرر من خلال منحه تعويضا عادلا.

ثالثا: العلاقة بين المتعة و التعويض

نجد المتعة أنها تمنح للزوجة عند الطلاق لجبر خاطرها و بمفهوم المخالفة أن الزوجة التي تطلب فراق زوجها لا تستحق المتعة.

[1] المحكمة العليا غ أ ش قرار بتاريخ 1999/05/18 ملف رقم 222134 إ ق عدد خاص 2001 ص 126

فالمشرع الجزائري لا ينص على المتعة فقد كان المجال مفتوحا لإجتهادات المحكمة العليا التي جاءت في قرار لها الصادر بتاريخ 1985/04/08على أنه " إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها و هي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هلذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة بدفع مبلغ مالي لها باسم المتعة و بدفع مبلغ آخر كتعويض [1].

لقد جعل هذا القرار أن المتعة هي نفسها تعويضا لم يكن موقف صارم فقد جاء فيه نوع من التردد ، حيث جاء في قرار لها آخر مخالف بتاريخ 1986/04/07 بأنه " من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة تعسفيا نفقة العدة ، نفقة الإهمال ، نفقة المتعة ،وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي ، و ينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة و في أي إطار تدخل [2].ما نلاحظ من خلال هذا القرار أنه من بين المتعة و التعويض عن الطلاق التعسفي ، و قد ذهب المشروع التمهيدي لتعديل قانون الأسرة ، حيث كان ينص في المادة 52المعدلة " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بتعويض عن الضرر اللاحق بها زيادة عن حقها في المتعة "

يتضح لنا من خلال عرض هذه القرارات أن قرار المحكمة العليا فيه نوع من التردد و غير مستقر بشأن المتعة و التعويض أحيانا إعتبرت التعويض هو نفسه المتعة و أحيانا لم تعتبر كذلك و فصلت بينهم.

---

[1] المحكمة العليا غ أ ش ملف رقم 35912 قرار بتاريخ 1985/04/08، المجلة القضائية 1989العدد1 ص 89 /جمال سايس ج1 الإجتهاد جزائري في مادة الأحوال الشخصية منشورات كليك المحمدية الجزائر 2013

[2] المحكمة العليا غ أ ش ملف رقم 41560 قرار بتاريخ 1986/04/07المجلة القضائية ط 1 1989العدد 2 ص 69/جمال سايس ج1 ص 253

إن العلاقة بين المتعة و التعويض هي أن كلاهما يجب للمرأة المطلقة على زوجها بعد الطلاق عن الضرر الذي أصابها ، فهما يشتركان في علة واحدة وهي رفع الضرر والفرق بينهما أن المتعة مصدرها الشرع و التعويض مصدره القانون[1] فالواضح أن ما ذهب إليه مشروع تعديل قانون الأسرة أن للمطلقة واجب لها أن تفرض لها متعة تعينها على تجاوز محنة الطلاق ، فالتعويض وحده لا يكفي خاصة أنه يمنح للمطلقات طلاقا تعسفيا أما باقي المطلقات فلا يستحق تعويضا ، ولذا يجب أن يحكم لهن بالمتعة[2].

الفرع الثاني: سلطة القاضي في نفقة العدة

لقد نص قانون الأسرة على النفقة كأثر من الآثار المالية للطلاق حيث أقر للزوجة المطلقة الحق في نفقة العدة فقد أوجب المشرع الجزائري نفقة العدة من خلال المادة 61 من ق أ بقولها " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها من مسكن الزوجية ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها ، إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة أثناء العدة" حسب نص المادة نجد أن المشرع الجزائري أعطى الحق لكل مطلقة أو المتوفي عنها زوجها في النفقة و السكن طيلة مدة عدتها ،فقد كان موقف القضاء الجزائري واضحا و صريحا من نفقة العدة ، فقد جاء في قرار المحكمة العليا 1984/10/22بقولها "متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الإسلامية [3] و في سياق آخر جاء قرار المؤرخ في 1996/06/18ما يلي " من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ

[1] آسيا بوخاتم ، الحماية الموضوعية للحقوق المالية للمطلقة المرجع سابق ص 55

[2] آسيا بوخاتم المرجع السابق ص 56

[3] المحكمة العليا غ أ ش قرار بتاريخ 1984/10/22 ملف رقم 34327 م ق عدد 1989.03ص 69

المتعة و التعويض و نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ،غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل [1].

يفهم من القرار أعلاه أنه يجب على القاضي في حالة الحكم بالنفقة مراعاة حال الطرفين عند تحديده لمبلغ النفقة يفهم من القرار أعلاه أن كل مطلقة معتدة تستحق النفقة من مال زوجها مدة عدتها ، فيجب على مطلقها أن يتحمل نفقة العدة و حق نفقة العدة ربطه المشرع الجزائري بمكوث الزوجة في البيت الزوجية، أي أن هذا الحق يسقط إذا تركت المطلقة بيت الزوجية ولم تقضي العدة فيه دون مبرر شرعي و للقاضي أن يحكم بنفقة العدة سواء طلبتها الزوجة أو لم تطلبها لأنها حق شرعي من الحقوق الزوجية ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعا ، أو تنازلت عنها الزوجة صراحة [2].

فالقاضي عند الحكم بالنفقة وجب عليه دراسة الوضعية حالة بحالة لأن هناك من النساء من يعتدن بثلاثة أشهر و أخريات من يعتدن عدة وضع الحمل و هي فترة أقل من ثلاثة أشهر كما قد تكون أكثر ،و قد تكون عدة طلاق ثم تتحول إلى عدة وفاة فإذا كانت الزوجة حاملا وقت الطلاق ،فإنه بالإعتماد على الشهادة الطبية يمكن أن تعرف الفترة المتبقية لوضع الحمل و التي هي فترة للعدة ، مما يتطلب بالضرورة إعمال السلطة التقديرية للقاضي لتقدير النفقة المستحقة لتلك الفترة ذلك أنه ليس من العدل أن تلتزم المطلقة الحامل بأن تعتد إلى غاية وضع حملها ، في حين أن المطلق لا يلزم بالإنفاق عليها خلال تلك الفترة علما بأن القانون يمنحها حق البقاء في مسكن الزوجية إلى غاية إنقضاء عدتها ولا تحرم من ذلك إلا في حالة إرتكابها الفاحشة المبينة وهاذا ما نصت عليه المادة 61من

[1] قرار المحكمة العليا غ أ ش ملف رقم 75029مؤرخ في 18/06/1996م ق 1994العدد 2 ص 65

[2] منصوري نورة التطليق و الخلع وفقا للقانون و الشريعة الإسلامية د.ط دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع الجزائر 2010ص 84

قانون الاسرة [1] وفي الأخير يتضح أن موقف المشرع الجزائري أنه متفق على أن نفقة العدة واجبة لكل معتدة من طلاق أو تفريق أو فسخ سواء كان الطلاق رجعيا أم بائنا وهاذا ما يتطابق و رأي فقه الأصناف.

الفرع الثالث: سلطة القاضي لنفقة الإهمال

نفقة الإهمال هي نفقة يحكم بها القاضي للمطلقة و تبدأ سريانها من يوم رفع الدعوى إلى حين صدور الحكم بالطلاق و إستثناءا من هذه القاعدة يمكن للقاضي الحكم باستحقاق نفقة الإهمال لمدة أقصاها سنة قبل رفع الدعوى و لكن بناءا على بينة.

إذا امتنع الزوج عن أداء النفقة لزوجته و نهائي أولاده فعلى الزوجة أن تطالب بها فلا يستطيع القاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه [2] عكس نفقة العدة التي تمنح لكل مطلقة في جميع الحالات فإن عدم تسديد النفقة يرتب نوعين من المسؤولية الأولى مسؤولية مدنية بإعتبارها أن النفقة عبارة عن دين، بحيث أن مستحق النفقة يمكنه بعد فشل المساعي الودية اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بالنفقة وبعد حصوله على حكم قضائي نهائي يمكنه استعمال طرف التنفيذ المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من أجل تحصيل هذا الدين كالحجز على المنقولات أو الرصيد البنكي أو العقارات و النوع الثاني هي مسؤولية جزائية بحيث أن إمتناع المدين بالنفقة عن تسديدها في ظل وجود حكم قضائي نهائي يمنح لمستحق النفقة الحق في اللجوء إلى وكيل الجمهورية الذي سيحيل بدوره القضية إلى قاضي الجنح بواسطة استدعاء مباشر.

فعدم تسديد النفقة تشكل جريمة تعاقب عليها المادة 1/331من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على " يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر على ثلاثة (3) سنوات و

[1] عبد الفتاح تقية قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء منشورات ثالة الأبيار الجزائر د.ط 2010ص212

[2] آسيا بوخاتم الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة و قانون الأسرة الجزائري المرجع نفسه ص 36

بغرامة من 50000إلى 300000دج كل من امتنع عمدا و لمدة تتجاوز شهرين (2) عند تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته ، و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه و أصوله أو فروعه ، و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم [1] إذا امتنع الزوج عمدا و لمدة تزيد عن شهرين عن دفع المبالغ المالية المقررة قضاء للإنفاق على أسرته و عن أداء كل النفقة سواء للزوجة أو الأولاد رغم إلزامه بأدائها أو بدفعها إليهم فإنه يعاقب بالحبس من ستة إلى ثلاثة سنوات و بغرامة مالية من 50000إلى 300000دج[2].

الفرع الرابع: سلطة القاضي في النزاع حول متاع البيع

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فإنه لم يعرف متاع البيت صراحة و لكن بالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا يمكن تعريفه في مجال العلاقة الزوجية على أنه كل ما يوجد في بيت الزوجية مما ينتفع به في الحياة.

و قد عرف الأستاذ سعد عبد العزيز متاع البيت بأنه " مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية و المخصصة للإستعمال المشترك داخل المنزل من كل من الزوجين و باقي أفراد الأسرة مثل الأواني و الأفرشة و الأغطية و جهاز التلفزيون و البراد و الكراسي و الأرائك و غيرها من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الجلوس و غرفة النوم و غيرها من الأشياء ذات الإستعمال المشترك [3].

---

[1] أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18صفر عام 1386هـ ، موافق ل 8يونيو سنة 1966متضمن قانون العقوبات معدل و متمم بقانون رقم 23/06 مؤرخ في 20ديسمبر 2006 عدد 84 صادرة في 24ديسمبر 2006 المعدل والمتمم بالقانون رقم 21-03

[2] عبد العزيز سعد جرائم الإعتداء على الأموال العامة و الخاصة ص 176ط2 دار هومه للنشر والتوزيع الجزائر 2006.

[3] عبد السلام عبد القادر ، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي و الإجتهاد القضائي مجلة الأحياء العدد 5، 2002ص 261

الإشكالات المتعلقة بمتاع البيت:

لقد عالج المشرع الجزائري النزاع حول متاع البيت بنص المادة 73 من قانون الأسرة والتي طرحت مجموعة من الإشكالات على القاضي عند تطبيقها و في مجال واسع لإعمال سلطته التقديرية و قد نصت المادة أعلاه على أن "إذا وقع الزواج بين الزوجين أو ورثتهما حول متاع البيت و ليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين المعتاد للنساء و القول للزوج أو ورثته مع اليمين المعتاد للرجال ، و المشتركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين"[1] خلال المادة نجد أن النص إفترض قيام نزاع بين الزوجين أو بين ورثتهما على متاع بيت الزوجية دون وجود دليل كتابي بين صاحب الحق في هذا المتاع من أجل ذلك جاء النص معتمدا على الإثبات باليمين.

ولكن ينبغي في هذه الحالة أن لا نغفل عما نصت عليه م 2/37 قأ التي أباحت للزوجين أن يتفقا بشأن الأموال المشتركة بينهما و المكتسبة خلال الحياة الزوجية و ذلك مع تحديد النسب الخاصة بكل واحد منهما فلكي يسترد كل من الزوج و الزوجة ما يزعمه حول ملكية كل واحد منهما لمتاع البيت وجب أولا من قيام دعوى قضائية التي تستند إلى شروط لقبولها و المتمثلة في:

1-أن يكون موضوع النزاع قائم بين الزوجين و حقيقيا.

2-أن يكون سبب النزاع منصبا على حق أحدهما في ملكية ما يدعيه ملكية خالصة له.

3-عدم وجود حجة كتابية أو شفاهية لكل منهما على الشيئ.

و في حال وجود حجة كتابية على ما يدعيانه لا يجب تطبيق المادة 73من قانون الأسرة الجزائري و جب تطبيق قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني في قاعدة

[1]قانون 84-11 متضمن قانون الأسرة الجزائري معدل و متمم.

"البينة على من إدعى و اليمين على من أنكر "[1] و هي قاعدة مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية مع العلم أن المسألة تثير مشكل ملكية المتاع المتنازع عليه دون وجود المتاع من عدمه ، ومنه جاء إجتهاد المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 1995/01/31ما يلي "حيث أن قضاة الموضوع بمجلس قضاة البويرة قد خرقوا المبادئ العامة لوسائل الإثبات لأنه كان من المفروض توجيه يمين إنكار للمطعون ضده في حالة تصميمه على أن الطاعنة لم تترك أية متاع لها بالمنزل الزوجية و عجز هذا الأخير عن التدليل على ما تدعيه ، الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه منعدم الأساس القانوني [2] وعليه يتضح أن المدعي ملزم بتقديم بينة على وجود المتاع و على عدم إستلامه فإنها واقعة مادية تثبت بكافة طرق الإثبات.و أن من ليس له حجة كتابية على ما يدعيه يحلف اليمين تحت إشراف أمين الضبط أو المحضر القضائي.

كما نجد أن ق إ م إ نص على زمان ومكان قيام اليمين و ذلك حسب المادة 191منه [3].

أما بخصوص تحديد قيمة المتاع المتنازع عليه فهي تتم في حالة رفض المدعي تسليمه أو في حالة عدم وجود المتاع بسبب إتلافه مثلا مع ثبوت ملكية للمدعي عليه بيان تحديد قيمة المتاع يعد عملا فنيا يتجاوز سلطة القاضي التقديرية مما يجعله يستعين بأهل الإختصاص و هذا ما تم الإقرار عليه في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1999/05/18" مع أن تقدير مبلغ الأمتعة هي مسألة فنية يرجع فيها إلى الخبرة من الصناع و التجار و ليس إلى القضاء"[4] فالخبرة تعني تعيين المحكمة شخصا من ذوي الإختصاص العلمي و

---

[1] عبد العزيز سعد مرجع سابق ص 150.

[2] المحكمة العليا غ أ ش قرار مؤرخ في 31-01-1995 ،ن ق 1996عدد 49 ص 237

[3]المادة 191 ق إ م إ تنص على ما يلي " يحدد القاضي اليوم و الساعة و المكان الذي تؤدي فيه اليمين ،يحدد القاضي الصيغة التي تؤدي بها اليمين و ينبه الخصوم إلى ما ترتب من عقوبات جزائية على اليمين الكاذبة"

[4] المحكمة العليا غ أ ش قرار رقم 222651 الصادر في 1999/05/18 م ق عدد خاص سنة 2001ص 248

الفني أو التقني للإسترشاد ،فالقاضي يثير مداركه بالخبرة و لا يمكنه في أي حال من الأحوال أن يلتزم بمضمونها ذلك أن التقدير من إختصاصه هو.

و هذا ما نصت عليه المحكمة العليا في قرار لها المؤرخ في 1988/04/11 بقولها " من المقرر قانونا إذا تنازع الزوجين حول قيمة الأمتعة فللقاضي سلطة في تحديد ذلك و لا يجوز تحويل سلطته إلى شخص أخر ومن ثم فإن القضاة بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون " [1]

يتضح من القرارين أعلاه فإن القضاء الجزائري يسمح للقاضي الإستعانة بأهل الخبرة في حالة نزاع الزوجين حول متاع البيت خاصة إذا كانت قيمة المتاع مرتفعة.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المعنوية

عند إنهاء عقد الزواج بفك العصمة الزوجية تترتب عليه آثار غير مالية أو بالأحرى آثار معنوية والمتمثلة في النسب والحضانة واللذان سوف نتناولهما في مطلبين، فخصصنا المطلب الأول بدراسة تقدير القاضي في ثبوت النسب ونفيه، وفي المطلب الثاني إلى مجال تدخل القاضي في الحضانة.

المطلب الأول: تقدير القاضي لثبوت النسب ونفيه

يعتبر النسب من أهم النتائج المترتبة عن الزواج والطلاق حيث يتعلق ذلك بنسب الأولاد الذين هم ثمرة ذلك الزواج فقد أحاط الشارع الحكيم للنسب أهمية بالغة لق وله تعالى:" والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفيدة"[2]. وهناك العديد من طرق إثبات نسب الولد فمنها ما هي تقليدية وحديثة.

[1] المحكمة العلياغ أ ش قرار رقم 49302صادر في تاريخ 1988/411 م ق 1992 عدد 2 ص 40

[2] سورة النحل، الآية 72.

الفرع الأول: سلطة القاضي في إثبات النسب بالطرق التقليدية

بإعتبار النسب موضوع ذا أهمية ومنعا لإختلاط الأنساب فلم يعترف الشارع الحكيم سوى بما هو ناتج من الزواج الصحيح، بحيث جعل الزواج طريقا أصيلا في ثبوت النسب[1]، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أن:" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البيئة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون"[2].

وفق نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن إثبات النسب يكون بعدة طرق محددة حيث يشترط توفر بعض الشروط لصحتها ويكون للقاضي سلطة تقديرية في التأكد من مدى توفر تلك الشروط وصحتها.

أولا: الزواج الصحيح

فالزواج يكون صحيحا متى استوفى كامل شروطه من صداق وشاهدان ولي وانعدام الموانع الشرعية المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري و ركنه الوحيد الذي يتمثل في الرضا، فيكون بذلك صالحا لثبوت النسب به دون إشتراط لصحة غير أن ذلك لا يكفي لوحده لإثباته دون مجيء الولد ممكن في تلك الحياة الزوجية، وإستنادا للحديث الشريف" الولد للفراض وللعاهر الحجر" معنى ذلك أن الولد يلحق للأب الذي له زوجية صحيحة والفراض هو الزوجة في رأي الجمهور من الفقهاء، أما الزنا فلا يصح كسبب لإثبات النسب وإنما يلحق الزنا العاهر بالحجر[3].

---

[1] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط01، الجزائر، 2008، ص 227.

[2] المادة 40 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص 675.

إن ما يتعلق بنسب الولد لأمه يثبت في جميع الحالات سواء كانت العلاقة شرعية أم غير شرعية، فهي التي حملت ووضعت وبالتالي تحمل صفة الأم وتسري بينهما سائر الحقوق من نسب ورضاع وغيرها من الحقوق، اما فيم يخص الرجل فلا يثبت نسبه لإبنه إلا من خلال الزواج الصحيح وذلك وفق ما تم النص عليه في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري التي تقضي:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفي بالطرق المشروعة"[1].

لثبوت النسب في الزواج الصحيح لابد من توفر شروط ضرورية لذلك التي تتمثل أساسا فيما يلي:

1- أن يكون إتصال الطرفين أي الزوج والزوجة ممكنا أثناء قيام الزوجية، بحيث لا يتصور أن تكون المرأة فراضا صحيحا للزوج إلا إذا أمكن التلاقي الجسدي والدخول الحقيقي بها، أي أن يكون هناك إختلاط جنسي بينهما[2].

2- أن يوضع المولود بين أقل مدة الحمل وأقصاها حيث أجمع الفقهاء على أن أقل مدة الحمل 06 أشهر من تاريخ الدخول، لأن العبرة بإمكانية تلاقي الطرفين والإتصال بينهما في رأي الجمهور، غير أن المذهب الحنفي أخذ بخلاف ذلك بحيث تعتبره من وقت عقد الزواج حتى ولو طالت مدة الدخول، ودليل إجماع الفقهاء على أقل مدة الحمل ما ورد في الآية الكرية 15 من سورة الأحقاف، وذلك لقوله تعالى:" وحمله وفصامه ثلاثون شهرا"، وكذا الآية 14 من سورة لقمان في قوله تعالى:" وفصامه عامين"، حيث ان الآية الأولى حددت الفصام ثلاثون شهرا، والآية الثانية حددت الفصام بعامين، فالفرق بينهما هو 06 أشهر وهو أقل مدة الحمل بإجماع الفقهاء[3].

---

[1] المادة 41 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

[2] محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة (الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالأحكام والقرارات القضائية)، مرجع سابق، ص 418.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص 677.

هذا ما تبناه المشرع الجزائري فقد وافق رأي جمهور الفقهاء من خلال نص المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن:" أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر"[1].

حيث إعتبر لثبوت النسب بالزواج الصحيح أن يوضع الحمل في أقل مدة له وهي 06 أشهر من وقت الدخول الحقيقي بالزوجة وإمكانية إتصال الطرفين، أما فيما يتعلق بأقصى مدة الحمل 10 أشهر فلا ندري هل إعتمد على رأي فقهي معين أم إعتمد على الخبرة الطبية[2].

3- ألا ينفيه بالطرق المشروعة بموجب نص المادة 41 فقد إشترط المشرع الجزائري لثبوت نسب الولد لأبيه ألا ينفيه هذا الأخير بالطرق المشروعة المتمثلة في اللعان، وهذا الأخير كلمات تفيد القذف وإطلاق العار وتلطيخ الشرف ونفي الولد، واللعان لم يرد في نص قانوني ولا في القرآن بل ورد في السنة، فينسب الولد لأبيه عن طريق الزواج الصحيح متى كانت ولادته خلال مدة 06 أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي بها أو 10 أشهر من تاريخ الوفاة أو الطلاق وخلاف ذلك لا يلحق نسبه لأبيه[3].

ثانيا: الإقرار

الإقرار هو استلحاق شخص لآخر بحيث يقر أنه منه فيثبت نسب المقر له في حالة عدم إعتراضه بذلك، أي أنه صدق ما أقر به المقر[4].

حيث إعتبر المشرع الجزائري الإقرار وسيلة ثانية لإثبات النسب وذلك حسب المادة 40 فقرة 01 من قانون الأسرة الجزائري، أما عن أنواع الإقرار فقد تناول المشرع الجزائري

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع نفسه، ص 678.

[2] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 232.

[3] محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، مرجع سابق، ص 419.

[4] عطية صقر، رعاية الأسرة في الإسلام (مشكلات الأسرة)، ج06، مكتتبة وهبة، القاهرة، 2006، ص 93.

في نص المادة 44 من نفس القانون على أن:" يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة، أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة"[1].

أما الإقرار بالأخوة والعمومة فمثل هذا الإقرار يكون حجة على غير المقر، فلا يسري بذلك الإقرار عليه إلا بتصديقه من طرف المقر له فقط، حيث إذا إدعى شخص بأخوة شخص آخر فلا يسري عليه ذلك الإقرار إلا بتصديق المقر له[2].

نستنتج أن سلطة القاضي في إثبات نسب الولد لأبيه عن طريق الإقرار تحققه من الشروط الواجب توافرها بالنسبة للإقرار على نفي المقر، وكذا صحة التصديق المتعلقة بالإقرار لغير المقر، حيث أن مسألة التصديق على غير المقر قد لا تستقيم في كثير من الأحيان حيث قد يكون المقر عديم التمييز لذا لا يعتد بالإقرار لثبوت النسب[3].

ثالثا: البينة

البينة كل وسيلة مثبتة للحق ومظهرة له مردفها الشهادة وهي طريق ثالث من طرق إثبات النسب وهي أقوى الوسائل إثباتا بدلا من الإقرار، فالبينة عادة ما تكون مطلوبة في حالة الإنكار من الزوج أو الآخرين، فلو ادعت إمرأة أمومة مولود من زوجها وأنكر الزوج ذلك لها ان تأتي ببينة، وكذا لو إدعى الزوج أن الحمل والطفل المولود من زوجته لا ينسب له كان عليه إقامة بينة وتكون بكافة الطرق المؤدية إليها وهي شهادة رجلين عدليين أو شهادة رجل وإمرأتين عدول[4].

---

[1] المادة 44 فقرة 01 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

[2] عبد الوهاب خلاف، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ط01، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990ص 174.

[3] عطية صقر، رعاية الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 95.

[4] عبد الوهاب خلاف، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا، مرجع سابق، ص18.

والقاضي لا يعتمد على كل وسائل الإثبات لإقرار النسب على أساس البينة أي لا يأخذ بالمفهوم الواسع للبينة بما تشمله من الكتابة والقرائن، بل أخذ بالمعنى الخاص له وهي شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، وهذا ما نصت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 15-06-1999[1].

رابعا: نكاح الشبهة

هو دخول شخص على إمرأة لا تحل له أصلا عن غير عام معتقدا أنها حليلته ثم يتبين له أنها غير ذلك، فيكون الشخص بذلك واقعا بتلك المرأة بشبهة فتكون بذلك مثبتة للنسب ومدراة للحد فلو أتت إمرأة بولد لستة أشهر أو أكثر من الفعلة إعتبر إبنا للواطي لتأكد الحمل منه، وإذا أتت به لأقل من ستة أشهر لا يثبت منه النسب لتأكد أن الحمل كان قبل ذلك الفعل[2].

خامسا: النكاح الفاسد والباطل

النكاح الفاسد هو النكاح الفاقد لركن واحد فقط سواء علم به قبل أو بعد الدخول أما النكاح الباطل فهو الذي لا يقر به على حال سواء قبل أو بعد الدخول، فالمشرع محافظة على إثبات النسب وعدم إضاعة الولد جعله كالنكاح الصحيح من حيث الإثبات، وذلك إذا ما توفرت شروط إثبات النسب عن طريق زواج الصحيح من دخول حقيقي بالمرأة وإختلاء وغيرها من الشروط الواجب توفرها في الزواج وللقاضي السلطة التقديرية في تكييف وإلحاق نسب الولد بأبيه أم لا[3].

---

[1] العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، ط02، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، دون سنة نضر، ص 38.

[2] بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 16، الجزائر، 2005-2008، ص 23.

[3] بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 23.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إثبات النسب بالطرق الحديثة

وسع المشرع الجزائري في دائرة إثبات النسب بالنص على الخبرة الطبية كوسيلة شرعية لإثباته فوفق نص المادة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر 05-02 أجاز المشرع الجزائري اللجوء لمثل هذه الطرق لإثبات النسب حيث نص على أن:" يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"[1].

لقد تنوعت هذه الطرق العلمية فبعد أن كان العالم بأكمله يخضع لطريقة واحدة للدلالات الوراثية في مجال البحث الجنائي وذلك في أواخر الستينات وهي الطريقة التي تعرف بخلايا الدم الحمراء، حيث أن من هذه الإكتشافات تحليل الحامض النووي أو ما يسمى البصمة الوراثية، إضافة إلى لأنظمة بيولوجية أخرى لا تزال قيد الإكتشافات، أما فحص فصائل الدم فتعتبر ذات دلالة نسبية، حيث لا يمكن إعطاء نتائج متطابقة في مجال إثبات النسب إلا ما يتعلق بنفيه وبالتالي لا ترقي لدليل الإثبات القطعي[2].

المطلب الثاني: مجال تدخل القاضي في الحضانة

تعتبر الحضانة أثر من آثار الطلاق بإعتباره مظهر من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفل، فتسند مهمة القيام بها عادة للنساء وهي كذلك عامل مدي يتصف بصفتين هما أن الحضانة حقا وواجبا، حيث تعتبر من جهة حقا للمحضون وحقا للحاضن، ومن جهة أخرى واجب على الحاضن فعليه إذا وقع الطلاق بين الزوجين، ينتج عن ذلك مباشرة حق للزوجة الأم في طلب الحكم لها بحضانة ولدها الصغير كما يكون كذلك للولد الحق في أمه بشأن حضانته، وينشأ كذلك واجب على الأم يتعلق بحضانتها لذلك الولد كمبدأ عام[3].

---

[1] المادة 40 فقرة 02 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

[2] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 500.

[3] بلحاج العربي، احكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 504.

وفق نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري وفق فقرتها الأولى عرفت الحضانة على أنها:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"[1].

الفرع الأول: سلطة القاضي في إسناد الحضانة وترتيب أصحاب الحق فيها

من المعلوم أن الإناث أليق بالحضانة على حساب الرجال لأنهم أشفق وأهدى إلى التربية والرعاية وأصبر على القيام بها، فالمشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة قدم النساء في حقهن لحضانة الولد على حساب الرجال، ثم قدمهن في نفس الجنس إناثا مع مراعاة من كان أشفق وأقرب منهن، غير أن التعديل الجديد لقانون الأسرة الجديد وفق نص المادة 64 من الأمر 25-02 الذي رتب من جديد أصحاب الحق في الحضانة والمستحقين لها و أبقى الأم على تقديمها عن غيرها في حقها لحضانة الولد حيث أن الأم أحق و أولى بحضانة ولدها بعد الفرقة[2].

نستنتج من نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على أنه جعل الأم في المرتبة الأولى في حقها لحضانة ابنها لإعتبارها المدرسة الأولى للطفل لأن لها التأثير البالغ على حياة الطفل نفسيا وإستقرارا له من حيث تربيته وتأدبيه[3].

و دليل تقديم الأم في السنة ما روى عن إمرأة جاءت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت له "يا رسول الله إن إبني هذا كان بطني له وعاءا، وثدي له سقاءا، وحجري له

---

[1] المادة 62 من قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم..

[2] تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على أن:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة، ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"

[3] سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص292.

حواء، وأن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها أنبي أحق به ما لم تنكحي، فمن فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبيه يوم القيامة"[1].

كمات رتب على الأب في المرتبة الثانية حيث يكون له حق حضانة الولد بعد الأم، فهو أولى بحضانة ولده قبل الجدة لأم وفق الترتيب القديم، حيث أن الأب أقدر على التوفير للطفل ما يحتاجه خاصة إذا كان فطيما، فالأب أولى برعاية وتربية أولاده ورعاية مصالحهم و هذا ما احتفظت به نص الم بعد التعديل.

فمصلحة المحضون فوق كل اعتبار، فمن شأنه تغيير ترتيب أصحابها، ومراعاة لمصلحة المحضون، يمكن للمحكمة أن تسند حق حضانة الولد لغير الأم، مثلما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا:" من المستقر عليه قضاءا أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون وإعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن"[2].

إن الأولوية في إسناد حق الحضانة بعد الوالدين، الجدة لأم تأتي مباشرة بعد الأب لمشاركتها الأم في الإرث والولادة، فالجدة لأم أكثر إشفاقا وأرفة، ولهذا فضلت جهة الأم على جهة الأب، بعد الجدتين تأتي حق الخالة في الحضانة وبعدها العمة فرجح المشرع الخالة على العمة، حيث أن شفقة الخالة على الصبي كشفقة أمه[3]

[1] وهبة الزحيني، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 780.

[2] المحكمة العليا، ملف رقم 15364 المؤرخ في 18 فيفري 1997، مق، 1997، ص 37.

[3] عدي السعدي، الحضانة في ظل لتعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 17، الجزائر، 2006-2009، ص 18.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إسقاط حق الحضانة وعودتها

عالج المشرع الجزائري أسباب سقوط حق الحضانة في عدة مواد ما بين المواد 66 إلى 70 من قانون الأسرة الجزائري على أسباب عودة حق الحضانة في المادة 71 من نفس القانون، فمن بين أسباب سقوط حق الحضانة من الحاضنة:

أولا: زواج الحاضنة بغير قريب محرم

اختلف الفقهاء في حكم تزويج الحاضنة بأجنبي عن المحضون وذلك وفق آراء منها أن الحضانة تسقط مطلقا بالتزويج سواء كان المحضون ذك ذكرا أم أنثى، و هذا ما ذهب إليه كل من الأئمة الأربعة (مالك و الشافعي و أبو حنيفة و احمد) في المشهور عنه، حيث أن للزوجة حق الحضانة حتى تتزوج، وبمجرد تزويجها يسقط عنها هذا الحق، وذلك أن تزويج الحاضنة بقريب محرم من الصغير كالعم مثلا لا تسقط عنها الحضانة، لأن العم له حق الحضانة أيضا و له صلة و قرابة دموية بالطفل المحضون، وذلك على عكس الأجنبي الذي لا يعطف على الطفل المحضون ، قول آخر يقر أن الحضانة لا تسقط بالتزويج مطلقا سواء كان المحضون ذك ذكرا أم أنثى[1].

نستنتج أن المشرع الجزائري وفق نص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة الذي أخذ رأي جمهور الفقهاء حيث أسقط الحضانة على الحاضنة لزواجها بغير ذي محرم .فكل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي و أسند لها حق الحضانة، فسوف يسقط حقها بحكم قانوني بمجرد تزوجها أثناء قيام حقها في الحضانة بشخص ليس من أقارب المحضون، فالمحكمة تحكم حتما بسقوط الحضانة عنها وتمنحها إلى الغير سواء كان الأب أو أحد آخر له حق حضانة الولد، و ذلك بعد دعوى يرفعها من له حق الحضانة، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة لمراعاة مصلحة المحضون.

[1] عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا، ط01، دار الفكر العربي، المملكة العربية السعودية، 1984، الص 258.

ثانيا: تنازل الحاضنة عن حقها في حضانة الصغير

حيث إذا سبق للمحكمة أن قضت بإسناد حق الحضانة للأم، أو الخالة أو العمة، و أثناء فترة الحضانة تنازل من له حق الحضانة عن حقه، وقدم المحضون للقاضي أو لأي شخص آخر له حق حضانته كالأب أو الجدة أو غيرها، وأعلن تنازله عن حق الحضانة، فان ذلك الحق سيسقط بحكم القانون، فتصدر بذلك المحكمة حكما بإسقاط حق الحضانة، ولكن المشرع الجزائري قيد ذلك الحق في التنازل بعدم الإضرار بمصلحة المحضون حيث إذا وجد في ذلك إضرارا فلا تنازل فيه[1].

ثالثا: إهمال وعجز من له حق الحضانة للقيام بها

وفق نص المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الأولى حيث لو أسند حق الحضانة لأحد مستحقيها قانونا ثم ثبت عجزه و إهماله للقيام بواجباته نحو الطفل المحضون فيعتبر بذلك غير أهلا لممارسة حق الحضانة، ويمكن للمحكمة أن تحكم بإسقاط الحضانة منه، ويستوجب لها عند تطبيقها للنص مراعاة دائما مصلحة المحضون[2].

رابعا: عدم طلب الحضانة في المدة المحددة قانونا

يقضي أنه إذا لم يطلب من له الحق في حضانة محضونه مدة تزيد عن سنة بدون عذر مقبول سقط حقه فيها، فعليه إذا كان مستحق الحضانة أما أو خالة أو غيرها وتخلت عنه ضمنيا ولم تطلبه في الوقت المحدد يسقط حقها في حضانة الولد .حيث بمرور

[1] تنص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على أن" يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

[2] عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا، مرجع سابق، ص 258..

سنة ولم يطلب من له حق الحضانة بانتقال الولد إليه، يسقط حقه في حضانة الولد بقوة القانون، فسيبقى الأب محتفظا به لأنه ليس هناك من هو أولى بحضانته من دونه[1].

خامسا: لإقامة الحضانة مع أم المحضون

يسقط حق حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، وهذا وفق نص المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري بحيث يعتبر من أسباب سقوط حق الحضانة مع الجدة او الخالة وذلك بموجب حكم قضائي[2].

حيث أخذ المشرع الجزائري برأي المالكي وفق نص المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري حيث يقضي أنه يعود حق الحضانة إذا ا زل سبب سقوطه الغير الإختياري، أي الإضطراري فإنه يعود حقه في الحضانة، أما إذا كان السبب إختياري للحاضن كالزواج بأجنبي مثلا ثم طلقها فلا يعود لها هذا الحق في حالة زوال هذا السبب[3].

الفرع الثالث: سلطة القاضي في إنهاء مدة الحضانة وتمديده

تنص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على ان يراعي في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون"[4].

فيما يتعلق بإنقضاء مدة الحضانة وإيقافها بحكم قانوني، فالمشرع الجزائري وفق الم قد حددها ببلوغ الذكر عشر سنوات والأنثى سن الزواج، وهو السن القانوني المحدود الذي حدد بسن 19 سنة، فالزوجين يجوز لهما الاختصام حول حضانة الطفل ما لم يبلغ

---

[1] سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج في الطلاق، مرجع سابق، ص 277.

[2] سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج في الطلاق، مرجع نفسه، ص 278.

[3] تنص المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري على أن:" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري".

[4] المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

السن القانوني المحدد بالنسبة للذكر والأنثى، حيث ببلوغ الصبي المحضون السن القانوني يسقط حق الأب والأم في طلب حضانته، وعليه ببلوغ السن القانوني يكون الأولاد غير محتاجون لمن يحضنهم وإنما يكون محتاجا لرعاية وتحسين سلوكه.

أما فيما يخص تمديد مدة الحضانة و منح الحق بإستمرارها رغم بلوغ الطفل المحضون السن القانوني ، فهي استثنائية حيث يجوز للقاضي وفق لسلطته التقديرية الأمر بتمديد مدة حضانة الولد الذكر، رغم بلوغه سن 10 سنوات إلى 16 سنة بشرط أن يكون طالب التمديد الأم نفسها وعدم تزويجها ثانية[1]

[1] سعيد فضل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج في الطلاق، مرجع سابق، ص 275.

سلطة القاضي التقديرية في الآثار المالية المترتبة على نشوء الرابطة الزوجية وانحلالها تشمل القرارات المتعلقة بتوزيع الأصول والديون وتحديد الحقوق المالية للأطراف المعنية.

عند نشوء الرابطة الزوجية، يمكن للقاضي أن يتخذ قرارات بشأن توزيع الأموال والممتلكات المشتركة بين الزوجين، وتحديد حقوقهم المالية وفقًا للقوانين والتشريعات المعمول بها. يستند القاضي في اتخاذ هذه القرارات إلى العدل والمساواة بين الأطراف، ويأخذ بعين الاعتبار المصالح المشروعة لكل منهما.

عند انحلال الرابطة الزوجية، يمكن للقاضي أن يقرر كيفية توزيع الأموال والممتلكات بين الزوجين المنفصلين. يتطلب ذلك من القاضي أن يستند إلى القوانين والمبادئ القانونية المعمول بها في النظام القانوني، وأن يأخذ بعين الاعتبار الظروف الفردية لكل طرف والمصلحة العامة.

سلطة القاضي التقديرية تسمح له باتخاذ قرارات ملائمة وعادلة بناءً على الحقائق والأدلة المقدمة أمامه، وتصون حقوق الأطراف المعنية في المسائل المالية المتعلقة بالرابطة الزوجية وانحلالها

خاتمة

نتوصل في الأخير إلى أن قانون الأسرة فتح مجالا واسعا للقاضي لحل كل نزاع قد يطرح أمامه بما له من سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال إضافة إلى مرونة أغلب نصوصه وعدم تبني المشرع لمذهب محدد من المذاهب الفقهية المختلفة، وإنما إستنبط أحكامه من أغلب المذاهب، فقانون الأسرة أحال القاضي في حالة عدم وجود نص قانوني إلى الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها، إلا أنه جعل من مهمته صعبة ومعقدة للغاية خصوصا وأن القضاة ليس لديهم التكوين الفقهي الكامل في كل مذاهب الشريعة الإسلامية، كما خلصنا إلى جملة من النتائج نستعرضها على النحو التالي:

- السلطة التقديرية للقاضي ثابتة فقها وقانونا إلا أن لها حدود فلا يخالف بسلطته دليلا ولا مصدا شرعيا ولا يتبع هواه ولا يقصر في إجتهاده.
- طبيعة السلطة التقديرية تتجسد في كونها عملا قانونيا وقضائيا في الوقت نفسه، يستقل فيه القاضي بتقدير وقائع الدعوة ولملة جوانبها وتفاصيله على ما رسمه القانون من قواعد تحكم عمله، حيث يكون للقاضي بموجب طبيعة عمله من مراعاة العوامل التي أدت إلى نشوب النزاع أو تعذر البقاء على الرابطة الزوجية.
- يعمل القاضي سلطته التقديرية وفق معياري العقلانية والملائمة.
- للقاضي سلطة تقديرية في النشوز من خلال البحث عن سبب نشوز الزوج أو الزوجة، إذ لأن بعض الحالات لا تعتبر نشوزا بينا تعتبر في الظاهر فقط، كإمتناع الزوجة من رجوعها إلى بيت الزوجية، فعلى القاضي التأكد من ذهاب الزوج إلى ردها إذ أن إمتناعه عن ذهابه إليها وردها بنفسه حفظا لكرامتها، لا يجعلها ناشزا إلا بعد أداء الزوج ما عليه ورفضها للرجوع.
- للقاضي سلطة تقديرية في الطلاق التعسفي من خلال مساءلة الزوج عن أسباب الطلاق حتى يتسنى له معرفة الطلاق تعسفي أم لا، وتقدير التعويض عن هذا النوع من الطلاق.

- تتمثل السلطة التقديرية للقاضي في النسب في تقديره للعلاقة الزوجية وما يلحق بها وتقديره في إثبات النسب بالإقرار والبينة والطرق العلمية.
- إهمال الشرع لشروط الحضانة وعدم ضبطها لتحديد من إستحقها وترك السلطة التقديرية للقاضي بالرغم من عدم إعطائه معايير يمكن إتباعها لتحقيق مصلحة المحضون.

وحتى تكون مهمة قاضي شؤون الأسرة مثمرة وتهدف إلى حماية فعالة للأسرة الجزائرية نقترح جملة من التوصيات والمقترحات التالية:

- ✓ على المشرع الجزائري النص صراحة على منح القاضي سلطة تقديرية في مجال الأحوال الشخصية عموما، ودعاوى إناء الرابطة الزوجية من حيث الإثبات.
- ✓ إقامة دورات تكوينية خاصة بقضاة شؤون الأسرة في مجال الشريعة الإسلامية.
- ✓ إعادة صياغة المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري ورفع اللبس الوارد فيها بضرورة تحديد الشروط اللازم توافرها في الحاضن ليكون أهلا لإسناد الحضانة له.
- ✓ إدراج فقرة لحل إشكالية تفصل ما بين إسناد الحضانة لأم غير مسلمة وتربية الولد على دين أبيه.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1. القرآن الكريم

ثانيا: المراجع:

1. المؤلفات: الكتب

أ. باديس ذبابي ،آثار فك الرابطة الزوجية دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي دار الهدى عين مليلة الجزائر 2008.

ب.بدران أبو العيون بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)، ج01، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1967،

ج. بلحاج العربي النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج02.

د. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج01، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012،

هـ.بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ج01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999،

و. بلحاج العربي، قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994،

ز. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط01، الجزائر، 2008

ح. الرشيد بن شويخ شرح قانون الأسرة ط 1 دار الخلدونية القبة الجزائر 2008

ط. سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج01، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988،

ي.شمس الدين محمد الشربيني بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،دار الطباعة والنشر والتوزيع لبنان ج 3، 1997.

ك. طاهري حسين ،الأوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري ط1 دار الخلدونية القبة جزائر 2009

ل. عبد الرحمان الصابوني ، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي،

م. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج01، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1952،

ن. عبد العزيز سعد جرائم الإعتداء على الأموال العامة و الخاصة ص 176ط2 دار هومه للنشر والتوزيع الجزائر 2006.

س. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط03، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996،

ع. عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد شرح احكام الزواج والطلاق بعد التعديل الطبعة الثانية دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر 2009.

ف.عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا، ط01، دار الفكر العربي، المملكة العربية السعودية، 1984

ص. عبد الفتاح تقية قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء منشورات ثالة الأبيار الجزائر د.ط، 2010.

ق. عبد الفتاح عايش عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية ط 1 دار النفائس عمان الأردن 1998

ر. عبد الله بن الشيخ حسن الكوهنجي ، زاد المحتاج بشرح المنهاج ط 3ج3 الشؤون الدينية قطر (د–ت)

ش. عبد الوهاب خلاف، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ط01، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990

ت.عطية صقر، رعاية الأسرة في الإسلام (مشكلات الأسرة)، ج06، مكتتبة وهبة، القاهرة، 2006

ث.علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري الطبعة الأولى ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2007

خ. عمر الأشقر شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني،

ذ. العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، ط02، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، دون سنة نشر.

ض. فتحي الدريني، نظرية التعسف في إستعمال الحق، ط03، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1981،

ظ. محمد أمين كامل، دعوى التفريق للشقاق والنزاع أمام المحاكم الشرعية الأردنية، ط01، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، الأردن، 1995.

غ. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ط02، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1994،.

أأ. محمد كمال الدين إمام ،أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين دراسة تاريخية و تشريعية و قضائية ،جزء ثاني ،منشأة المعارف الإسكندرية 21

بب. محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين (دراسة فقهية وقانونية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997،

جج. محمد محده الخطبة و الزواج الطبعة الثانية سنة 1994

دد. المستشار أحمد نصر الجندي نائب رئيس محكمة النقض سابقا، شرح قانون الاسرة الجزائري

هه. المنجد الأبجدي، ط08، توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،

وو. المنجد في اللغة والإعلام، ط22، دار المشرق، بيروت، 1973،

زز. منصوري نورة، التطليق الخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدة عين مليلية، الجزائر، 2012،

حح. منصوري نورة، التطليق والخلع وفقا للقانون والشريعة الإسلامية، د.ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 200 .

طط. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته الجزء السابع دار الفكر للطباعة و النشر دمشق 1992.

1. النصوص القانونية

أ. القانون:

1-قانون 84-11 متضمن قانون الاسرة الجزائري معدل و متمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 عدد 15.

2-القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 -02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع 21، الصادرة في 23-04-2008.

ب. الأوامر

1-أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966متضمن قانون العقوبات معدل ومتمم بقانون رقم 23/06 مؤرخ في 20ديسمبر 2006 عدد 84 صادرة في 24ديسمبر 2006.

2. الرسائل الجامعية

أ- أطروحات دكتوراه:

1-شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013-2014،

2-محفوظ بن صغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010،

3-مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في مسائل الطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010،

ب- رسائل ماجستير:

1-آسيا بوخاتم الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجيستر في القانون خاص كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان الجزائر 2007.

2-أحمد شامي السلطة التقديرية للقاضي المدني ،رسالة ماجيستر معهد الحقوق و العلوم الإدارية قليعة الجزائر 1998.

3-بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 16، الجزائر، 2005-2008،

4-زهير بن حشاني ،النفقة الزوجية في قوانين الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي مذكرة ماجيستر تخصص قانون أسرة كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي 2011

5-عدي السعدي، الحضانة في ظل لتعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 17، الجزائر، 2006-2009

6-محمد شمروك و آخرون السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و إنحلاله مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الدفعة 16الجزائر 2008 .

ت- مذكرة ماستر:

1-مالكي بلال، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل فك الرابطة الزوجية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، 2015-2016،

3. المجلات العلمية

أ. سي يوسف زاهية تعليق على نص المادة 88من ق أ ج مجلة الحقوق جامعة الكويت ع01، 2010.

ب.الغوتي بن ملحة ، قانون الاسرة على ضوء الفقه و القضاء ص24، بلحاج العربي التعسف في إستعمال الحق في القانون المدني الجزائري م ج 1992، العدد2

ج. المجلة القضائية 1995العدد01

د. عبد السلام عبد القادر ، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي و الإجتهاد القضائي مجلة الأحياء العدد 5، 2002

5-قرارات المحكمة العليا (الإجتهاد القضائي)

أ. قرار المحكمة العليا بتاريخ 22-121992، ملف رقم 87301، م.ق 1995، ع02

ب.المحكمة العليا، إ، أ، ش، قرار بتاريخ 18-06-1991، ملف رقم 75099، م-ق، ع01، 1999،

ج. المحكمة العليا، قرار بتاريخ 09-07-1984، ملف رقم 33762، م ق، 1989، ع04،

د. المحكمة العليا، قرار بتاريخ 17-02-1998، ملف رقم 184055، م ق 1998، ع02،

هـ. المحكمة العليا غ أ ش 1987/02/09 ملف رقم 44630م ق 1990العدد 3 ص 55، 1989/01/16ملف رقم 51715، 1980/12/15ملف رقم 21823ن ق 1981 العدد 2

و. المحكمة العليا ع أ ش 1990/04/16ملف رقم 59967، غير منشور يكون تاريخ سريان النفقات في جميع الأحوال من يوم رفع الدعوى 1989/001/16 ملف رقم 51715

ز. المحكمة العليا غ أش قرار بتاريخ 2005/01/19 ملف رقم 333042 م-م-ع عدد 01 2005

ح. المحكمة العليا غ أ ش ملف رقم 218736 قرار بتاريخ 1999/02/16/ محمد لمين لوعيل الأحكام الإجرائية و الموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة و الإجتهاد القضائي.

ط. المحكمة العليا غ أ ش ملف رقم 35912 قرار بتاريخ 1985/04/08، المجلة القضائية 1989العدد1 ص 89 /جمال سايس ج1 الإجتهاد جزائري في مادة الأحوال الشخصية منشورات كليك المحمدية الجزائر 2013

ي. المحكمة العليا غ أ ش، ملف رقم 41560، قرار بتاريخ 1986،/04/07المجلة القضائية، ط ،1 1989، العدد 2.

ك. المحكمة العليا غ أ ش قرار بتاريخ 1984/10/22 ملف رقم 34327 م ق عدد 1989.03

ل. قرار المحكمة العليا غ أ ش ملف رقم 75029مؤرخ في 18/06/1996م ق 1994العدد 2

م. المحكمة العليا غ أ ش قرار مؤرخ في 31-01-1995 ،ن ق 1996عدد 49

ن. المحكمة العليا غ أ ش قرار رقم 222651 الصادر في 1999/05/18 م ق عدد خاص سنة 2001

س. المحكمة العليا أ ش قرار رقم 49302صادر في تاريخ 1988/411 م ق 1992 عدد 2

ع. المحكمة العليا، ملف رقم 15364 المؤرخ في 18 فيفري 1997، مق، 1997.

ملخص

تناولت هذه الدراسة "سلطة قاضي شؤون الأسرة بين الإطلاق والتقييد في مواضيع الزواج والطلاق" يمتلك قاضي شؤون الأسرة سلطة واسعة في مواضيع الزواج والطلاق ومع ذلك، هناك قيود وشروط تنظم هذه السلطة، من جهة الإطلاق في موضوع الزواج يتمكن قاضي شؤون الأسرة في الجزائر من تسجيل عقود الزواج وإصدار شهادات الزواج الرسمية، ويتولى قاضي الأسرة أيضًا التحقق من استيفاء الشروط القانونية للزواج، مثل العمر القانوني والموافقة الشرعية والشهود، ومن جهة التقييد في موضوع الطلاق أنه لقاضي شؤون الأسرة في الجزائر يتعامل مع طلبات الطلاق ويصدر قرارات الطلاق بناءً على طلب الزوجين، كما يجب أن يكون هناك أسباب شرعية أو مدنية معترف بها للطلاق، مثل العنف الأسري أو الخيانة الزوجية أو عدم التوافق الزوجي، أما من جهة التقييد في بعض الأمور التي يكون فيها قاضي شؤون الأسرة متدخلا مثل حضانة الأطفال والنفقة وتوزيع الممتلكات بعد الطلاق، ويهدف القاضي إلى تحقيق العدل والمساواة بين الأطراف وحماية حقوق الأفراد الضعفاء، وخاصة حقوق الأطفال.

الكلمات المفتاحية: زواج، طلاق، قاضي، شؤون الأسرة، إنحلال الرابطة الزوجية

Abstract :

This study has been "the right of the family trial between the beginning and restrictions and marriage problems and marriage problems." The family judge has a big owner in a marriage. However, there is limited and conditioning conditions, from the next inquiry of marriage and Algeria , such as the thirestement and divorce and Algeria that says you're trying to stay divorce and a couple, as a result of divorce, as violence home, unfaithful or 'conjugal. To achieve justice and equality between the group and protects the power of weakness, and children.

Key words: Marriage, divorce, judge, family matters, dissolution of marriage

فهرس الموضوعات

الإهداء .....

التشكرات .....

مقدمـــــــة .....أ

الفصل الأول:السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية وإنحلالها 6

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية. 8

المطلب الاول: مجال تدخل القاضي في الخطبة 8

الفرع الأول: تعويض الضرر المترتب على العدول عن الخطبة.....9

الفرع الثاني: سلطة القاضي فيما يخص الهدايا المقدمة خلال فترة الخطوبة 12

المطلب الثاني: تحديد سن الزواج و سلطة القاضي في الإعفاء منه 15

الفرع الأول: المسائل المتعلقة بأهلية الزواج: 15

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تزويج الصغير 17

المطلب الثالث:التعدد الزوجات و سلطة القاضي في الترخيص به 20

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير المبرر الشرعي 21

الفرع الثاني: كيفية تقدير القاضي توفير الزوج للعدل بين الزوجات و الشروط الضرورية للحياة الزوجية 23

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير رأي الزوجة السابقة و الزوجة اللاحقة..... 24

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عند إنحلال الرابطة الزوجية 26

المطلب الأول: دور القاضي في الصلح والتحكيم 26

الفرع الأول: سلطة القاضي في إجراءات الصلح 27

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إجراءات التحكيم 28

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق..... 30

الفرع الأول: مفهوم التطليق 30

الفرع الثاني: حالات التطليق الواردة في قانون الأسرة الجزائري..... 33

المطلب الثالث: تقدير القاضي للتعويض في الطلاق التعسفي والنشوز 43

الفرع الأول: تقدير القاضي للتعويض عن الطلاق التعسفي..... 43

الفرع الثاني: تقدير القاضي للنشوز 45

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المالية المترتبة على نشوء الرابطة الزوجية وإنحلالها 48

المبحث الأول: سلطة القاضي في الآثار المالية المترتبة عن الزواج و إنحلاله..... 50

المطلب الأول: سلطة القاضي في الآثار المالية المترتبة عن الزواج..... 51

الفرع الأول: مفهوم النفقة..... 51

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير النفقة 55

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض و المتعة..... 62

الفرع الثاني: سلطة القاضي في نفقة العدة 66

الفرع الثالث: سلطة القاضي لنفقة الإهمال 68

الفرع الرابع: سلطة القاضي في النزاع حول متاع البيع..... 69

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المعنوية 72

المطلب الأول: تقدير القاضي لثبوت النسب ونفيه 72

الفرع الأول: سلطة القاضي في إثبات النسب بالطرق التقليدية 73

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إثبات النسب بالطرق الحديثة 78

المطلب الثاني: مجال تدخل القاضي في الحضانة 78

الفرع الأول: سلطة القاضي في إسناد الحضانة وترتيب أصحاب الحق فيها 79

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إسقاط حق الحضانة وعودتها 81

الفرع الثالث: سلطة القاضي في إنهاء مدة الحضانة وتمديده..... 83

خاتمة 86

قائمة المصادر والمراجع 89