

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم القانون الخاص

السلطة التقديرية للقاضي عند نشأة الرابطة الزوجية و
انحلالها و آثارهما

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

شعبة: القانون الخاص.

تخصص: قانون خاص شامل.

تحت إشراف الأستاذ :

عيسات اليزيد

من إعداد الطالبتين :

_ خبز اوي ليندة

_ موسي كاهنة

لجنة المناقشة :

- الأستاذ سعدون كريمة.....رئيسا.

- الأستاذ عيسات اليزيد مشرفا و مقرا.

- الأستاذ عثمانى بلال.....ممتحنا.

تاريخ المناقشة: 2013 |06|16

شكر وتقدير

اللهم أشهد أنني ما كتبت من كلمة إلا و ابتغيت من ورائها وجه الله فلك الحمد يا رب في الأولى و الآخرة و لك الفضل و الثناء أولا و آخرا.

نتقدم بالشكر الخالص إلى كل شخص ساعدنا من أجل إعداد هذا العمل، و نخص بالذكر الأساتذة الكرام:

الأستاذ عيسات اليزيد

الأستاذة موسي عتيقة

الأستاذ زروال بثنوية أدكار

كما لا ننسى بتقديم الشكر الخالص إلى كل طالب قدم لنا المساعدة ، كذا موظفي جامعات بجاية، الجزائر، سطيف، تيزي وزو، و موظفي المكتبات العمومية المتواجدة على مستوى الولاية.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على خاتم الأنبياء و المرسلين

أهدي هذا العمل إلى:

من ربتني و أنارت دربي و أعاننتي بالصلوات و الدعوات، إلى أغلى إنسان في هذا الوجود
أمي الحبيبة و الحنونة، إلى من عمل بكدي في سبيلي و علمني معنى الكفاح و أوصلني إلى
ما أنا عليه أبي الكريم أدامه الله لي.

إلى إخواني الذين ساندوني في حياتي نادير، مخلوف، راشيد. إلى أخواتي كنزة الدلوعة،
نسمة، سمينة و زوجها حميد و أبنائهما حسن و نادية، سعاد و زوجها سعيد و جنينها
المقبل على الحياة إن شاء الله يحفظه لنا.

إلى كل الأقارب من أحوال و أعمام خاصة ليندة و بالأخص ابنة عمي موسي حواء تغمد
الله روحها برحمته الواسعة. إلى كل الأصدقاء و الأحباء خاصة صوفيان الذي ساعدني في
مشواري هذا و فاتح ، و إلى كل صدقاتي أنيسة و ابنتها منال، جميلة، فطيمة، كهينة،
ياسمين، صبيحة.

إلى كل الأساتذة الأفاضل و رفاقي في الدراسة.

و أخيرا أرجو من الله سبحانه و تعالى أن يجعل عملي هذا نفعاً يستفيد منه جميع الطلبة.

موسي كاهنة

الإهداء

الى رمز الشموخ و العطاء ، الذي بعث في حياتي املا و ضياء..... الى والدى العزيز حفظه الله.
الى اجمل نعمة في حياتي و احلى ما تنطق به شفثاي.....الى امى
الحببية اطال الله في عمرها .
الى اعالى واحب الناس الى قلبى:اخوتى:مولود ، سعيد وزوجته كريستيل وبنته الصغيرة
كهينة، سمير و زوجته سميرة وابنه المقبل للوجود حفظه الله،الى لونيس. واخواتى :حياة،
مربوحة و زوييدة ومنيرة وليلى واولادهن.
الى اخواتى الصغيرات الكتكوتات : شهيناز و كهينة حفظهما الله من كل مكروه
الى جدى و جدتى وكل عائلتى صغيرهم و كبيرهم .
الى صديقاتى دون استثناء اللواتى جمعتنى بهم سنوات الدراسة ، وكل من يعرفنى من
قريب الى بعيد ويكن لى المحبة و الاحترام.
دون ان انسى شريكى فى هذا العمل المتواضع كهينة.
الى الوالدين الكريمين حفظهما الله واطال الله فى عمرهم أهديكما ثمرة جهدى.

ليندة

قائمة المختصرات

- ج. ر: جريدة رسمية.
- د.ب.ن: دون بلد نشر.
- د.س.ن: دون سنة نشر.
- د.ط: دون طبعة.
- ص: صفحة.
- ط: طبعة.
- ق.أ.ج: قانون أسرة جزائري.
- ق.إ.ج: قانون إجراءات مدنية.
- ق.ع.ج: قانون عقوبات جزائري.
- ق.م.ج: قانون مدني جزائري.
- غ.أ.ش: غرفة أحوال شخصية.
- غ.ق.خ: غرفة القانون الخاص.
- الم: المادة.
- م.ع: محكمة عليا.

مقدمة

السلطة التقديرية للقاضي هي الحرية التي تركها القانون للقاضي سواء صراحة أو ضمناً، و ذلك من أجل اختيار الحل الأنسب و الأقرب إلى الصواب من بين الحلول الأخرى. و تأتي صيغتها في النص القانوني كما يلي: "يمكن، يحق، يتعين، للقاضي أن...".

تتمتع السلطة التقديرية بالطابع المقيد و ليس بالسلطة المطلقة؛ لأنه لا يجب على القاضي أن يتخذ أي قرار على هواه أو الحكم به بغير نظر الترجيح إلا أنه يجب العمل بموجب اعتقاده فيما له وعليه إجماع⁽¹⁾. فيجب على القاضي أن يخضع للقانون و يصدر أحكامه وفق للمبادئ الشرعية و المساواة ولا يصدرها على هواه أو قناعته بل لا يخرج على غاية القانون، و ذلك حسب ما نصت عليه المادة 118 من القانون العضوي 11_04 الذي يتضمن القانون الأساسي للقضاء و ذلك كما يلي: "ذلك أنه يجب على القاضي أن يصدر أحكامه طبقاً للمبادئ الشرعية و المساواة و لا يخضع في ذلك إلا للقانون"⁽²⁾.

يعطي المشرع للقاضي في سبيل الفصل في الدعوى المعروضة أمامه سلطة اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع، و هذه السلطة تأخذ ثلاث مستويات هي فالمستوى الأول يكون في حالة كون الحل القانوني قاعدة قانونية واضحة في هذه الأخيرة تمنح للقاضي حل قانوني واضح وبالتالي لا تفتح مجال أمامه لأي تقدير أو تفسير، فإذا خالف القاضي ذلك الحل الذي نصت عليه تلك القاعدة القانونية أو أنه فسره على خلاف مقتضياته؛ فإن حكمه يعتبر مخالف للقانون و بالتالي يستوجب النقض به أمام المحكمة العليا. أما عن المستوى الثاني يكون في حالة وجود الحل القانوني يستند إلى قاعدة قانونية غامضة ففي هذه الحالة يكون بيد القاضي سلطة التقدير و التفسير ذلك بسبب أنه قد لا يصل إلى الحل الذي تقضي به القاعدة القانونية بسهولة و ذلك لغموضها و عدم وضوحها أو قد تتناقض مع قاعدة قانونية أخرى، مما يستوجب على القاضي تفسيرها للوصول إلى الحل القانوني السليم للنزاع⁽³⁾، ذلك

(1) ابن تيمية أحمد، المستدرك على مجموع الفتاوى، ط.1، مجلد خامس، د. دن، السعودية، 1997، ص.155.

(2) قانون عضوي رقم 11_04، مؤرخ في 21 رجب 1425 هـ الموافق ل06 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء.

(3) عجة الحلاوي، مدخل للعلوم القانونية، جزء أول، دار برتي للنشر، الجزائر، 2009، ص.498.

أن حاجة قاضي الموضوع لتفسير القاعدة القانونية هي واقعة تملئها عليه عدة أسباب متصلة بالقاعدة القانونية كالغموض و الجمود و المحدودية اتجاه كثرة الوقائع، كلها تجعل في تطبيق القاعدة القانونية في عدة حالات من طرف قاضي الموضوع لا يتم بشكل صحيح؛ إلا إذا تم بتفسيرها و تقديرها تقدير سليم يتمشى و غاية تلك القاعدة (1).

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

بعد تعرضنا لسلطة القاضي التقديرية في شكلها العام، نحيل دراستنا لسلطة القاضي في شؤون الأسرة و بالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن معظم نصوصه مرنة، و بالتالي تفتح المجال لتدخل القاضي لإيجاد الحل المناسب حسب كل قضية معروضة أمامه ؛ إلا أنه نرتكز في دراستنا على السلطة التقديرية للقاضي مسائل الزواج و انحلاله، و لمعالجته نطرح الإشكال التالي:

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

لمعالجة هذا الموضوع، فقد تتبعنا المنهج التحليلي للمواد التي يتدخل القاضي فيها في مجال الزواج و انحلاله، و التي من خلاله سوف تتم الإجابة عن الإشكالية المطروحة، و ذلك خلال الفصلين التاليين، الفصل الأول خصصناه لسلطة القاضي في الزواج و انحلاله، أما الفصل الثاني قد خصصناه لسلطة القاضي في الآثار المترتبة عن الزواج و انحلاله.

(1) الحجار حامي محمد، أسباب الطعن بطرق النقض، الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص. 88.

الفصل الأول

الفصل الأول:

سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

المشروع الجزائري في ظل القانون رقم 84_11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل بالأمر رقم 05_02 المؤرخ في 27 أبريل 2005، حدد أحكام الزواج التي تتمثل أساسا في مقدماته، و هي: الخطبة و العدول عنها، و تحديد سن الزواج، و تعدد الزوجات.

حدد كذلك المشروع طرق و إجراءات التي يتم فيه حلّ الرابطة الزوجية، سواء تم هذا الأخير بالإرادة المنفردة لكل من الزوج أو الزوجة، أو بالإرادة المشتركة لهما. خلال كل ما سلف ذكره، نجد أن قواعد قانون الأسرة قواعد مرنة، لذلك وضع المشروع حريص من أجل التقيد بكل هذه الأحكام والإجراءات، و هو قاضي شؤون الأسرة الذي يحكم وفقاً لسلطته التقديرية، و قناعاته الشخصية و ذلك حسب ظروف كل قضية مطروحة أمامه.

لعل ما يهمننا في هذا الفصل هو سلطة القاضي في نشأة الرابطة الزوجية و انحلالها، و عليه عل نقسمه إلى المبحثين الآتيين:

_المبحث الأول: سلطة القاضي في الزواج.

-المبحث الثاني: سلطة القاضي في انحلال الرابطة الزوجية.

المبحث الأول:

سلطة القاضي في الزواج

نشأت قدرة الله سبحانه و تعالى أن يبني هذا الكون، و أسسه على مجموعة من الأنظمة التي نذكر منها نظام الزواج الذي يعتبر أساس للحياة البشرية. بالتالي نتعرض في البداية لتعريفه و البحث عن الغرض منه.

يعرف عقد الزواج أنه ذلك العقد الذي يتم بين الرجل و المرأة و الذي يفيد حلّ العشرة بينهما، فيحدد لكل واحد منهما ما له من حقوق و ما عليه من واجبات. و حكم الزواج هو الوجوب؛ لأنه وردت مجموعة من الآيات القرآنية تحت على الزواج، و منها قول الله عزّ وجلّ: " أنكحوا الأيام منكم "(1)، وقوله تعالى: "فانكحوا ما طاب منكم من نساء مثنى و ثلاث و رباع"(2).

الغرض من الزواج هو أنه يجعل المتعة الموجودة بين الرجل و المرأة حلال، إضافة إلى الغرض الأسمى في هذه العلاقة، و هي التنازل و حفظ النوع البشري، و كذا حصول كلا العاقدين أي الزوج و الزوجة في صاحبه على الإنس الروحي الذي يكلف الله سبحانه و تعالى به بينهما ، و تكوين الراحة وسط متاعب الحياة و شوائبها(3). و ذلك لقوله عزّ و جلّ: " و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة"(4).

نبرز في موضوعنا هذا سلطة القاضي في الزواج، و ذلك خلال السلطة التقديرية التي يتمتع بها في كلّ من الخطبة، الصّدق، زواج القاصر و كذلك في حالة تعدد الزوجات. و هذا ما سنتعرض إليه في المطالب التالية:

_المطلب الأول: سلطة القاضي في الخطبة و الصّدق.

_المطلب الثاني: سلطة القاضي في زواج القاصر و تعدد الزوجات.

(1) سورة النور، آية 32 .

(2) سورة النساء، آية 04.

(3) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط. 2، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص. 17 .

(4) سورة الروم، آية 21.

المطلب الأول:

سلطة القاضي في الخطبة و الصّدّاق.

الخطبة عبارة عن وسيلة أو طريقة سابقة لإبرام عقد الزواج. و هي طلب الرجل التزوج من امرأة خالية من الموانع الشرعية⁽¹⁾.

الصدّاق هو الحق المالي الذي يقدمه الرجل للمرأة و ذلك بمجرد العقد عليهما أو الدخول بها⁽²⁾.

في هذا الصدد سنحاول تبيان تعريف كل من الخطبة و الصّدّاق، و تدخلات القاضي بسلطته التقديرية فيهما، و ذلك في الفروع التالية، حيث خصصنا الفرع الأول لدراسة سلطة القاضي في مجال الخطبة، أما الفرع الثاني قد خصصناه لسلطة القاضي في الصّدّاق .

الفرع الأول: سلطة القاضي في مجال الخطبة

نعرف خلال هذا الفرع الخطبة و الحكمة منها وتبيان سبب الاهتمام بها أولاً، ثم نبرز حكم الهدايا المتبادلة بين الزوجين خلال فترة الخطوبة، وبعد ذلك نبين كيف يقدر القاضي التعويض المترتب عن العدول عن الخطبة

أولاً: تعريف الخطبة و سبب الاهتمام بها

تعرف الخطبة على أنها إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة، فيتم بذلك إعلام تلك المرأة أو وليها بهذه الرغبة، فإذا وافقوا فإنه قد تمت الخطبة. فالخطبة ليست زواجاً و إنما هي وعد بالزواج و هذا حسب رأي أغلب الفقهاء ؛ لأنه يحق لكل من الخاطب و المخطوبة العدول عنها⁽³⁾.

(1) العمروسي أنور، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج الطلاق و الخلع (دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء المناهج الأربعة)، جزء ثالث، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003، ص . 62 .

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج و الطلاق)، جزء أول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص. 99 .

(3) الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي و أدلته، جزء سابع، ط.1، دار الفكر للطباعة و النشر، سوريا، 1984، ص. 9، 25.

يرجع سبب اهتمام الشرع به حسب رأي الدكتور وهبة الزحيلي؛ على أنه الحرص على إقامة الزواج على أمتن الأسس و أقوى المبادئ لتحقيق الغاية الطيبة منه و هي تهدف إلى الدوام و البقاء⁽¹⁾

ثانياً: حكم الهدايا المتبادلة خلال فترة الخطبة

الخطبة ليست عقد إنّما هي وعد بالزواج و بالتالي فإنّه يحق للخاطب أن يعدل عن خطوبته، وكما يحق للخاطبة أن تعدل عن قبولها، بمعنى لكل واحد منهما الحق في إنقاص وعده. ففي هذه المسألة نجد خلاف بين الفقهاء حول حكم الهدايا المتبادلة بين الخاطبين وذلك على النحو التالي:

1_ المذهب الحنبلي:

إذا ما قدم أحد الخاطبين لطرف الآخر هدايا في فترة الخطبة ثم تم العدول عنها؛ فإنه لا يجب لأحد الخاطبين أن يسترد هذه الهدايا، كون الهدية هبة لا يجوز الرجوع عنها؛ إلا إذا كانت لم قبضها . أما إذا تسلمها و انتقلت إلى المهدي إليه فلا رجوع فيها ؛ إلا أنّهم لم يفرقوا إذا ما كان العدول من جهة الخاطب أو المخطوبة، فالحكم واحد و هو عدم استرداد الهدايا سواءً كانت قائمة أو مستهلكة⁽²⁾ .

2_ المذهب الشافعي:

يرى هذا المذهب أنّه يجب استرداد هذه الهدايا أيّاً كان المهدي، فإذا كانت قائمة ترد بذاتها، و إن كانت غير قائمة لاستهلاكها مثلاً فترد بقيمتها⁽³⁾.

3_ المذهب المالكي:

يرى هذا المذهب أنّ الهدية لا تعتبر هبة، ذلك أنّه إذا ما قررت الهدية خلال فترة الخطبة و تم بعد ذلك العدول؛ فإذا ما ترتب هذا الخير من جانب المهدي ففي هذه الحالة لا يسترد هداياه ولو كانت قائمة بحالها، و إذا كان العدول من جهة المهدي إليه فيجب عليه أن يرد الهدية إن كانت

(1) الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ص.10 .

(2) وعراب كريمة، الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 17، الجزائر، 2006 | 2009، ص. 43، نقلاً عن، عبد الرحمان الصّابوني، شرح الأحوال الشخصية السوري الزواج و آثاره، جزء أول، مطبعة دمشق، سوريا، 1971 .

(3) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 39 _ 40 .

قائمة، و إذا كانت مستهلكة فإنه يلزم برد قيمتها و ذلك من أجل عدم إجماع المهدي لألم العدول وألم الاسترداد و المهدي قد يكون الخاطب أو المخطوبة، كذلك المهدي إليه⁽¹⁾.

4_ المذهب الحنفي:

يرى هذا المذهب أنّ الهدايا المقدمة خلال فترة الخطبة تأخذ حكم الهبة، وبالتالي تأخذ رأيها في جواز الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع الستة الآتية:

- _ موت الواهب أو الموهوب له.
- _ هلاك الهبة أو استهلاكها.
- _ خروج الهبة من ملك الموهوب له.
- _ أخذ عوض عن الهبة.
- _ القرابة المحرمة بين الواهب و الموهوب له.
- _ زيادة العين الموهوبة .

وفقا لهذا المذهب فإنه سواءً كان العدول من الخاطب أو المخطوبة، فلا بدّ من إرجاعها لطرف الموهوب؛ إلا أنه إذا صادفها مانع من موانع الرجوع السالفة الذكر فإنه لا تسترجع⁽²⁾

نصّ المشرع الجزائري على الخطبة في المادة 5 من ق. أ.ج. المعدلة بموجب الأمر 05 _ 02 و التي تنصّ على ما يلي: " الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة، إذا ترتب العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، و إن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمته"⁽³⁾.

خلال النصّ أعلاه نجد أنّ المشرع الجزائري قد عرف الخطبة على أنها وعد بالزواج و بالتالي يجوز للطرفين العدول عنها و هذا ما أقرّت به المحكمة العليا في قرارها الصادر

(1) محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص. 40 .

(2) العروسي أنور، المرجع السابق، ص. 63 .

(3) قانون 84_11 مؤرخ 09 رمضان 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984، متضمن قانون أسرة، معدل و متمم بأمر رقم

05_02، ج.ر. عدد 15، صادرة في 27 فبراير 2005 .

في 17 | 03 | 1992 الذي جاء بما يلي: "من المقرر عليه شرعا و قانونا أنّ الخطبة وعد بالزواج و لكل من الطرفين العدول عنها⁽¹⁾ .

العدول عن الخطبة حسب المادة السالفة الذكر إذا كانت من الخاطب، فلا يسترد شيئا مما أهدها للمخطوبة و يجب عليه أن يرد ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. أما إذا كان العدول من جهة المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك منها أو قيمتها⁽²⁾ .

الملاحظ أنّ المشرع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة أخذ بالرأي المالكي، و هذا خلافا لما أخذ به قبل تعديل القانون رقم 11|84 في المادة 05 منه ذلك أنّ المبدأ المقرر في استرجاع الهدايا هو الطرف العادل عن الخطبة، و لا أحقية له فيما أهدها للطرف الثاني ففي البداية أخذ بالرأي المالكي في بداية الفقرة، و في نهايتها خالف رأيه و ذلك بالعبارة "عليها رد ما لم يستهلك" و بالتالي أخذ بالمذهب الحنفي أي عدم استرداد الهدايا المستهلكة باعتبارها تأخذ حكم الهبة ، فالهبة المستهلكة تمنع من الرجوع.

النص القديم يفتح المجال أمام المخطوبة لتتحايل؛ ذلك أنّه قد تدعي المخطوبة أمام القضاء عن عدولها عن الخطبة بأنّ الهدايا المقدمة من طرف الخاطب قد استهلكت و تصرفت فيها، و بالتالي يرفض القاضي إرجاع ما أستهلك⁽³⁾ .

ثالثا: تقدير القاضي التعويض المترتب عن العدول

الخطبة ليس عقد ملزم إذ يجوز العدول عنه؛ إلاّ أنّه قد يرافق هذا العدول أضرار على الطرف المعدول عنه، الذي له الحق في طلب التعويض عن الأضرار اللاحقة به، و هذا حسب ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة السالفة الذكر⁽⁴⁾ .

منح النص القانوني حق العدول عن الخطبة، و من جهة أخرى منح لها حق التعويض عن الضرر الناتج عنه ؛ غير أنّه ترك السلطة التقديرية للقاضي الموضوع في تقدير مدى وجود الضرر من عدمه و لمعرفة الأسس التي يستند عليها قاضي شؤون الأسرة في تقدير وجود الضرر، ثم

(1) م. ع. غ. أ. ش، قرار رقم 81129 ، مؤرخ في 17 | 03 | 1992، (قضية ب ع م ضد م ه)، م. ق، عدد خاص، 2002، نقلا عن، العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، ط. 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د. س. ن، ص. 18 .

(2) بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 54

(3) وعراب كريمة، المرجع السابق، ص. 45 .

(4) قانون 84 _ 11 متضمن قانون أسرة جزائري، معدل و متمم، المرجع السابق .

تحديد مقدار التعويض و عليه أولاً لا بدّ من الرجوع إلى الآراء الفقهية التي تناولت التعويض.
مسألة التعويض لم تثير إلا حديثاً و بالأخص عندما مارست القوانين الوضعية في تشريعات
البلدان الإسلامية و تمكنت العادات المستردة داخل مجتمعاتها⁽¹⁾.

يرى أغلب الفقهاء أنّ التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة يكون نتيجة لما
صاحبه العدول لأفعال محدثة لأضرار مادية، أو معنوية بالطرف المعدول عنه، و تكون إما أجنبية
عن الخطبة أو ناتجة عنها. بالنسبة للأضرار الأجنبية فهي محل اتفاق فقهي على استحقاق
المضروور للتعويض؛ أمّا الأضرار الناتجة عن التصرفات الغير الأجنبية فهي محل خلاف فقهي من
منكر إلى مؤيد له.

1 _ الأضرار المادية:

نجد الآراء الفقهية التالية حول التعويض عن الأضرار المادية:

أ | الرأي الأول:

يرى هذا الرأي أنّ التعويض المترتب عن مجرد العدول لا يستوجب التعويض لأنّ الخطبة وعد
بالزواج غير ملزم من حيث الوفاء؛ لأنّ الفعل المشروع يرفع عن صاحبه الضمان و بالتالي لا
يستوجب على العادل التعويض عن الضرر.

ب | الرأي الثاني:

يرى هذا الاتجاه أنّ التعويض عن الخطبة يتحقق إذا قام العادل بأفعال مستقلة ألحقت أضرار
للمعدول عنه، و عليه هذه الأضرار تستوجب التعويض طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية عن الأفعال
الخاطئة⁽²⁾.

يقول الأستاذ السنهوري في هذا الصدد أنّ انحراف الخطيب في فسخ الخطبة عن السلوك
المألوف للشخص العادي مثل الظروف الخارجية والمحاظة بالخطيب فعليه فسخ الخطبة خطأ
يستوجب عليه المسؤولية التقصيرية⁽³⁾.

(1) الشلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام (دراسة مقارنة)، ط. 2، دار النهضة العربية، بيروت، 1977،
ص. 69 .

(2) محدة محمد، سلسلة فقه الأسرة (الخطبة و الزواج، دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائية)، جزء أول، ط. 2،
د. د. ن، الجزائر، 1994، ص. 66،74 .

(3) السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، ط. 3، منشورات الحلبي
الحقوقية ، لبنان ، 2000 ، ص. 865 .

ليتحقق التعويض فلا بدّ من توفر الخصائص التالية:

_ الخطبة ليست بعقد ملزم.

_ مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبب موجب للتعويض.

_ إذا اقترنت بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرر بأحد الخاطبين جاز الحكم بالتعويض⁽¹⁾.

ج | الرأي الثالث:

التعويض يكون عند مصاحبة العدول لأضرار ناتجة عن التقصير أو الإخلال بواجب الحيطة أثناء العدول، أو نتيجة لتصرفات أجنبية عنه بسبب التعسف في استعمال الحق لكونه ألحق ضرر بغيره بلا مبرر فعليه التعويض عن هذا الضرر⁽²⁾.

2 | الأضرار المعنوية:

و هي تلك الأضرار التي تصيب الشخص في سمعته، شرفه أو عرضه كالقذف أو السب و كل ما يمس بكرامته و يرى الأستاذ السنهوري أنّ الضرر الأدبي لا يعوض إلا إذا كان فيه غش أو ضغط أدبي⁽³⁾

ففي كل الحالات السالفة الذكر من ضرر مادي و معنوي وجب على القاضي أن يحكم التعويض عليه، و إذا لم يحكم بالتعويض فإنه يعتبر مخالف للقانون. هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 25 |12| 1989 و التي أقرت على ما يلي: " ... و من المقرر أيضا أنه إذا ترتب العدول عن الخطبة أضرار مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض و من ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأين يعد خرقا للقانون"⁽⁴⁾.

خلال كل ما سبق نستنتج أنّ المشرع الجزائري لم يحدد ما هو الضرر الواجب التعويض، هل هو الضرر الناجم بمجرد العدول أم لا؟

نجد القاضي يحمل سلطته التقديرية للإيجاد الحل المناسب للحكم بالتعويض، و في هذه المسألة نجد أنّ محكمة النقض المصرية، أقرت في سنة 1930 أنّه لا يترتب على العدول عن

(1) العمروسي أنور ، المرجع السابق، ص . 67 .

(2) زهدي يكن، الزواج و مقارنته بقوانين العالم، د. ط، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، د. س. ن، ص. 114 .

(3) السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص. 866 .

(4) دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و

المواريث، د. ط، دار هوم، الجزائر، 2004، ص.ص. 6 _ 7 .

الخطبة أية مسؤولية، سواءً كان هذا العدول مسند إلى مبرر شرعي أو بدونه؛ غير أنه إذا لازم هذا العدول أفعال مستقلة وخارجية، و ألحقت أضرار مادية أو معنوية بأحد الأطراف؛ فإنّ هذه الأضرار وجب عليها التعويض ذلك أنّها ناجمة عن أفعال ضارة، وكذلك الخاطب أو المخطوبة يعتبران موعودان فإذا ما تسبب أحدهما بالعدول؛ فإنّه قد ألحق ضرراً للموعود له مما يستوجب عن ذلك التعويض .

المبدأ أعلاه هو الذي أخذ به المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 5 السابقة الذكر . معنى ذلك القاضي يبحث عن سبب الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة، فإذا كان هذا العدول ناشئ بمجرد العدول، فلا تعويض للضرر الذي يدعيه الطرف المعدول عنه؛ أما إذا تبين للقاضي أنّ الضرر ناجم عن فعل أحد الطرفين فإنّ القاضي يجب عليه أن يحكم بالتعويض⁽¹⁾.
تقدير الضرر الذي يعتبر مسألة موضوعية، من اختصاص و تقدير قاضي الموضوع بأن يتناسب مقدار التعويض و الضرر الذي لحق بالمضرور⁽²⁾.

خلاصة نجد أن المشرع الجزائري قد منح الحق للمعدول عليه أي المتضرر بطلب من القاضي التعويض عن الضرر الذي لاحق به، إلا أن مسألة التعويض مسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يحكم به للمضرور بشرط تبيان تعسف الطرف العادل في استعمال حقه في العدول عن الخطبة ذلك أن الأضرار الناتجة عن مجرد العدول لا تعويض فيها⁽³⁾.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في الصداق

خلال هذا الفرع نقوم أولاً بتقديم بعض تعريفات الصداق، ثم بعد ذلك نحاول تبيان سلطة القاضي حين وجود نزاع حوله المقدم خلال فترة الخطوبة. و كذلك في النزاعات الأخرى له.

أولاً : تعريف الصداق

لقد تعددت تعريفات الصداق فكل فقيه و تعريفه، فالمذهب المالكي عرفه على أنّه ما يجعل للزوجة في نظر الاستمتاع بها. وعرفها المذهب الشافعي أنّه ما هو ملزم بنكاح أو وطأ أو تفويت

(1) سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ط. 3، دار هومه، الجزائر، 2011، ص. 21 .

(2) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد (وفق آخر التعديلات)، جزء أول، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص . 140 .

(3) وعراب كريمة، المرجع السابق، ص. 55 .

بضع قهراً. أما المذهب الحنبلي قدم التعريف التالي: هو العوض في النكاح سواء سمي في العقد، أو فرض بعده بالتراضي بين الطرفين⁽¹⁾.

عرفه عبد العزيز سعد أنه المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزاً لرغبة الاقتران بها⁽²⁾؛ أما المشرع الجزائري عرفه في المادة 14 من ق. أ. ج. التي نصت على ما يلي: "الصدّاق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"⁽³⁾.

ثانياً: حكم الصداق المقدم خلال فترة الخطوبة

جرت العادة في المجتمع الجزائري أين يدفع الخاطب للمخطوبة جزء أو كل المهر خلال فترة الخطبة، ذلك بغرض تجهيزها لإبرام عقد الزواج و بالتالي تتصرف فيه إلا أنّ هذه العادة كثيراً ما تخلق إشكالات في حالة العدول عن الخطبة، فيثور خلاف حول قبضه فيكون هناك خلط هل هو مهر أو هدية.

في هذه المسألة لا يوجد خلاف بين الفقهاء، بحيث إذا ادعى الخاطب أنه قد دفع المهر لمخطوبته و تم بعد ذلك العدول ثم طالب به الخاطب فرفضت المخطوبة ذلك الطلب⁽⁴⁾، ففي هذه الحالة يرجع القاضي إلى العرف السائد في المنطقة، وهذا ما يتوجب به أن يكون على علم و إدراك بعرف و عادات تلك المنطقة، فالحلي مثلاً هناك من الأعراف من يعتبره مهراً و هناك من يعتبره هدية، و عليه القاضي يحكم حسب عرف تلك المنطقة فهذا هو المبدأ.

يستثنى من المبدأ حالة تعذر القاضي على معرفة أعراف و عادات المنطقة و عجز الأطراف على إثبات أنه مهر أم هدية، هنا القاضي يلزم أحد الأطراف على أداء اليمين الحاسمة، أو يجوز للقاضي العودة إلى المبدأ المتمثل في أنّ الهدايا تقدم خلال فترة الخطبة والمهر يقدم خلال إبرام العقد⁽⁵⁾.

ثالثاً: النزاعات القائمة حول الصداق

المنازعة حول الصداق قد تناولها المشرع الجزائري في م 17 ق.أ.ج. و التي تنص على ما يلي "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما و ليس لأحدهما بينة و كان قبل الدخول،

(1) الزحيلي وهبة ، المرجع السابق، ص . 251 .

(2) سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط. 3، دار هوم، الجزائر، 1999، ص. 132.

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

(4) وعراب كريمة، المرجع السابق، ص. 48 .

(5) المرجع نفسه، ص. 48 .

فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين و إذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين⁽¹⁾ .
فخلال هذه المادة المشرع قد قسم النزاعات حول المهر إلى قسمان النزاعات حول المهر القائمة قبل البناء، و النزاعات القائمة بعد البناء.

1_ النزاعات القائمة قبل الدخول :

إذا ثار نزاع حول المهر بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر، و لم يتم بعده الدخول أو البناء، ففي هذه الحالة إن لم تتوفر أمام القاضي بيئة يحكم على أساسها سواء من المدعي أو المدعى عليه، فهنا يوجه القاضي القول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، فإذا تم اليمين يحكم القاضي لصالح الزوجة .

2_ حالة النزاع القائم بعد الدخول :

إذا تم البناء بين الزوجين و ثار النزاع بعد ذلك حول المهر، و لم تتوفر لدى القاضي بيئة يحكم كذلك على أساسها، ففي هذه الحالة القاضي يوجه اليمين إلى الزوج أو ورثته، فيحكم بذلك لصالح الزوج أو ورثته، ذلك أن المهر بعد الدخول يفترض أنه قد قدم للزوجة لهذا السبب يوجه القاضي اليمين إلى الزوج⁽²⁾.

(1) قانون 11_84، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل و متمم، المرجع السابق.
(2) بلعواد الزويبير، أركان و شروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الإسلامية و القانون، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة 12، مجلس القضاء، الجزائر، 2001|2004، ص. 32_33.

المطلب الثاني :

سلطة القاضي في زواج القاصر و تعدد الزوجات

الزواج رابطة روحية مقدسة بين الرجل و المرأة، ذلك أنه يقوم على أساس المودة والرحمة و الاحترام و لاعتبار أنّ العلاقة الزوجية هي من أهم العلاقات التي تربط بين الرجل و المرأة. على هذا الأساس المشرع الجزائري أحاطه بمجموعة من الاعتبارات منها الاشتراط في عقد الزواج أن يكون الطرفين بالغين؛ إلا أنّ هذه المسألة مرنة ذلك أنّ المشرع منح للقاضي سلطة التدخل و ذلك في زواج القاصر.

كما أنّ الشرع منح أيضا للقاضي السلطة التقديرية في مسألة تعدد الزوجات ذلك أنّ هذه الأخيرة من جهة سمح لما المشرع بالتعدد و من جهة أخرى قيده بشروط معينة. و هذا ما سنتناوله خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: ترخيص القاضي لتزويج القاصر

الفقهاء القدامى لم يحددوا سن البلوغ الذي تتم به أهلية زواج الفتاة و الفتى و قالوا أنّ مرحلة البلوغ هي مرحلة بعد التمييز فتظهر علامات في الفتى كالاختلام، و الفتاة بالحيض. رغم هذا قدر جمهور الفقهاء سن البلوغ بالخامسة عشر للذكر و الإناث. المذهب المالكي يرى أنّه سن الزواج هو ثمانية عشر سنة بالنسبة للذكر و الأنثى⁽¹⁾. القانون الجزائري اعتبر الزواج من التصرفات التي تقضي توفر الأهلية الكاملة لما يترتب عليه من التزامات مالية و اجتماعية عائلية، ذلك أنّه ليس من المصلحة السماح لكل فرد الإقدام عليه إذا لم يتوفر لديه البلوغ و النضج العقلي من أجل المقدرة على تحمل الأعباء الزوجية المادية منها و المعنوية⁽²⁾.

المشرع الجزائري نص على أهلية الزواج في المادة 07 ق.أ. التي تنص على ما يلي

:"تكتمل أهلية الرجل و المرأة بتمام 19 سنة، و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"⁽³⁾.

(1) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 156 .

(2) —، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج و الطلاق)، المرجع السابق، ص. 61_62 .

(3) قانون 84_ 11، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل و منتم، المرجع سابق .

الفصل الأول : سلطة القاضي في الزواج و انحلاله

خلال ما سبق نستنتج أنّ أهلية الزواج هي بلوغ سن 19 سنة للرجل والمرأة، فالمشرع قد سوى بينهما. فهذا السن هو سن الرشد المنصوص عليه في المادة 240 ق.م.ج. التي جاء بما يلي: "و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"⁽¹⁾ .
و هذا على خلاف ما كان عليه قبل تعديل القانون المدني، ذلك أنّ أهلية الرجل للزواج تكتمل بتمام 21 سنة؛ أما أهلية المرأة هي 18 سنة كاملة .

المادة 07 السالفة الذكر أعطت للقاضي السلطة في أن يرخص لكل من الزوجين أو لأحدهما بالزواج و ذلك إذا توفرت هناك مصلحة أو ضرورة، ومتى تأكد من قدرة الطرفين على الزواج؛ يعني أنّه لا يجوز للقاصر الزواج إلاّ بعد الحصول على إذن و رخصة مسبقة من رئيس المحكمة بناءً على طلب ولي القاصر و ممثله القانوني و القاضي يرخص له إذا ما توفرت هناك المصلحة وجود مرض مثلاً لا يكون علاجه إلاّ عن طريق الزواج. إضافة إلى تحقق القاضي من قدرة الفتاة و الفتى على تحمل أعباء الزواج.

نقول في الختام أنّ الإعفاء من سن أهلية الزواج و التي تكون بموجب من رخصة من القاضي، و الذي يتوجب من توفر شروط معينة من إثبات صغر السن و توفر المصلحة و الضرورة في الزواج فإذا توفرت كل هذه الشروط كان للقاضي أن يمنح ترخيصاً بالزواج قبل بلوغ السن القانوني⁽²⁾.

الفرع الثاني : ولاية القاضي لتزويج القاصر

الولاية هي تنفيذ القول أو الفعل على الغير سواءً شاء أو أبى، و الفقهاء قسموا الولاية في الزواج إلى قسمين ولاية اختيارية و ولاية إجبارية .

(1) أمر رقم 58_75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 متضمن قانون مدني، ج.ر. عدد 78، صادرة في 30 سبتمبر 1995، معدل و متمم بقانون 05|07 مؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر. عدد37، صادرة في جوان 2007 .
(2) سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل)، المرجع السابق، ص. 24_27 .

الفصل الأول : سلطة القاضي في الزواج و انحلاله

1_ الولاية الاختيارية :

هذه الولاية تثبت للمرأة البالغة و الراشدة ذلك أنّ لها الحرية الكاملة في اختيار وليها الذي يبرم عقد زواجها (1).

2_ الولاية الإجبارية :

هي الولاية الكاملة ذلك أنّ الولي يقوم بإنشاء عقد الزواج دون أن يشاركه فيه أحد، و هي تثبت كما إتفق عليه جمهور الفقهاء على الصغير و الصغيرة، المجنون والمجنونة وأضاف إلى ذلك الشافعي، الإمام مالك و أحمد بن حنبل على أن البكر حتى و لو كانت بالغة إلا أنها تلزمها ولاية الإيجار (2).

الولاية التي تهمنا هي الولاية الإجبارية على القاصر ففيها لابدّ من رضا وليها لإبرام عقد زواجها، و المشرع الجزائري عالجه في المادة 11|2 ق.أ.ج. التي تنص على ما يلي: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له" (3).

خلال المادة أعلاه المشرع جعل ولي المرأة في الزواج هو أبوها حتى ولو كان للمرأة ابن أو لا، و بالتالي قد نهج رأي الشافعي و الحنابلة وبالتالي هذه المادة سبقت الأصول عن الفروع، ذلك ابتداء من الأب ثم الأقربون و بالتالي أخذ كذلك بالرأي الشافعي و الحنبلي (4).
إلا أنه في حالة عدم وجود الأب أو أحد الأقارب فإنّ المشرع الجزائري نص صراحة في المادة السابقة الذكر على أن يتولى القاضي زواج القاصر في هذه الحالة ذلك أنّه ولي لمن لا ولي له (5).

(1) بن تواتي التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، جزء رابع، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص.118_119.

(2) بدران أبو العنين بدران، الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية و القانون، د.ط، مؤسسة شبان الجامعة، الإسكندرية، ص.148_149 .

(3) قانون 84_11، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل و متمم، المرجع السابق

(4) بلعود الزويبير ، المرجع السابق ، ص.19 .

(5) سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل)، المرجع السابق، ص.41 .

الفصل الأول : سلطة القاضي في الزواج و انحلاله

خلاصة القول سلطة القاضي في الولاية على الزواج أجازها المشرع الجزائري فقط للمرأة القاصرة دون الراشدة ذلك أنه بعد التعديل لقانون الأسرة أعطى لها الحق في تزويج نفسها، و ذلك بحضور الولي الذي تختاره.

الفرع الثالث : ترخيص القاضي لتعدد الزوجات

أذن الله سبحانه و تعالى بتعدد الزوجات و ذلك لمصلحة قدرها الله عزّ وجلّ للبشرية ، و ذلك بشرط العدل بينهنّ، فالتعدد ثابت في الكتاب⁽¹⁾، وذلك لقوله تعالى : "إن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من نساء مثنى وثلاث و رباع و إن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا"⁽²⁾.

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

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

أولاً: شرط العدد

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

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

الأحوال الشخصية، د.ب.ن، 2001، ص.252 .

(2) سورة النساء، آية 04.

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

ثانيا: شرط المبرر الشرعي

توفر المبرر الشرعي شرط من شروط التي يستلزم وجودها لترخيص القاضي بالتعدد، و هو أن تكون الزوجة مريضة مثلا لا تطيق الوطء، أو أنها عاقر أو تكون مصابة بمرض يجعلها لا تستطيع القيام بواجباتها الزوجية كالعناية بالزوج، و تربية الأولاد خاصة إن كانوا قصرا؛ أما إذا تخلف هذا الشرط فالزواج في هذه الحالة يكون غير شرعيا لأنّ القاضي لا يرخص به و بالتالي مصيره البطلان (1).

ثالثا: شرط العدل

جاز المشرع الجزائري للرجل الزواج بأكثر من زوجة واحدة، و ذلك بناءً على الترخيص من القاضي و هذا الأخير لا يقدمه إلا إذا توفر شرط العدل بين الزوجات، و ذلك بالإسناد إلى ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية (2).

يكون العدل في الأمور المادية، و في كل الأمور التي تكون المساواة فيها متوفرة في مقدرة الزوج؛ أما الأشياء التي لا يستطيع فيه مقدرة الزوج فإنّه ليس مجبر على العدل كالحب مثلا فلا خيار للإنسان في حب شخص أو كراهيته (3).

رابعا: شرط الإعلام

ترخيص القاضي للتعدد لابدّ أن يشمل على شرط مهم، و هو إعلام الزوجة السابقة بأنّه سيقبل على الزواج بثانية، فبعد إعلامه لها أن ترضى بالتعدد و يسقط حقها في المطالبة بالتطليق، كما لها أن ترفضه ويثبت لها هذا الحق .
يجب على الزوج كذلك إخبار المرأة التي يقبل على الزواج بها أنّ له زوجة سابقة، فلها أن تقبل إبرام عقد زواجها، وكما لها أن ترفض ذلك .

(1) أث ملويا لحسين بن شيخ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، جزء أول، دار هوم، الجزائر، 2005، ص. 390، 395، 401 .

(2) بلعود زويبير، المرجع السابق، ص. 40.

(3) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط.2، دار القلم للنشر و التوزيع، الكويت، 1990، ص. 118.

خامسا : شرط طلب الترخيص

يجب على الزوج الذي يرغب في التعدد أن يطلب الترخيص من قاضي الأحوال الشخصية أو رئيس المحكمة، و هذا الأخير لا يقدم ترخيص إلا بحضور الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها، فيتأكد القاضي من مدى توفر الشروط السابقة الذكر و المنصوص عليها أعلاه فيرخص به و يعتبر بذلك زواج صحيح⁽¹⁾.

خلال دراستنا لتعدد الزوجات نستنتج أن المشرع أجاز هذا التعدد إلا أنها إجازة غير مطلقة مقيدة بشروط محددة صراحة في المادة 08 ق.أ.ج⁽²⁾، يجب على القاضي مراعاتها عند تقديم الترخيص بالتعدد الزوجات.

(1) أث ملويا لحسين بن شيخ ، المرجع السابق، ص. 395، 396، 398.

(2) قانون 11_84، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل و متمم، المرجع السابق.

المبحث الثاني:

سلطة القاضي في انحلال الرابطة الزوجية

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

و من اجل ذلك سنحاول دراسة السلطة التقديرية للقاضي في محاولة الصلح بين الزوجين، و كذا سلطته التقديرية في النشوز و الطلاق التعسفي من الزوج، وكذا سلطته في انحلال الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة عن طريق التطلق أو الخلع؛ ذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول:

سلطة القاضي في إجراءات الصلح و التحكيم.

إن إجراءات الصلح و التحكيم في قضايا الأحوال الشخصية، من الإجراءات الأولية و الهامة، حيث أوجب المشرع الجزائري القاضي قبل الفصل في النزاع و النطق بالحكم الفاصل في الطلاق؛ القيام بإجراء إجباري يتضمن ضرورة مباشرة و اتخاذ إجراءات الصلح و التحكيم، حيث يتقيد بها القاضي في مسائل الأحوال الشخصية. فهذه الإجراءات لم تكن مجهولة لدى التشريع في الفقه الإسلامي، إذ انه عرفه قبل ميلاد القوانين الحديثة، و دليل ذلك قوله سبحانه و تعالى: "وان خفتم شقاق بينكم فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها أن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا" (1).

ونظرا لأهمية هذه الإجراءات في قضايا الأحوال الشخصية، فسوف نحاول الحديث عن إجراءات الصلح في الفرع الأول، ثم إجراءات التحكيم في الفرع الثاني، مع تبيان سلطة القاضي في كل منهما(2).

(1) سورة النساء، آية 34.

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

الفرع الأول: سلطة القاضي في إجراءات الصلح.

نص المشرع الجزائري وفق نص الم49 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري، في فقرتها

الأول على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي؛ بعد عدة محاولات الصلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدتها ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، كما نصت الم في فقرتها الثانية؛ على انه يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي، ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب ضبط المحكمة و الطرفين.

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

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

كما يستوجب على القاضي بعد إجراء محاولات الصلح، سواء كانت ايجابية أو سلبية ضرورة تحرير محضر يبين فيه ما توصل إليه من نتائج و إرفاقه بملف الدعوى؛ حيث إذا كانت محاولات الصلح ايجابية عليه ذكر النقاط المتفق عليه، وإذا كانت سلبية الحكم بان محاولات الصلح فاشلة، و إحالة الطرفين لحضور جلسة علنية للفصل في دعوى الطلاق.

وإذا تم صدور الحكم بالطلاق، دون اتخاذ هذه الإجراءات، يعتبر الحكم الفاصل في دعوى الطلاق باطلا مخالفا للقانون⁽¹⁾.

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون أسرة جزائري(الزواج و الطلاق)، المرجع السابق، ص.356 .

الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

كما تجدر بنا الإشارة أن إجراء الصلح كرسه قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وذلك بموجب نصوص مختلفة فأوجبت محاولات الصلح خلال الم 439 التي تنص : "محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إجراءات التحكيم.

الأصل أن الجهات القضائية هي التي تقوم بالفصل في المنازعات، إلا أن القانون سمح للأطراف بأن يسلكوا طريق قصير و سريع؛ و ذلك بعرض قضاياهم على المحكمين وفق إجراءات بسيطة. فأصل التحكيم يعود للشرعية الإسلامية وبالتحديد ما ورد في سورة النساء الآية 34 السابقة الذكر، حيث ساير المشرع الجزائري منهج الشريعة الإسلامية؛ فيما يخص التحكيم و هذا ما نستخلصه وفق نص الم 56 ق.أ.ج التي تنص : "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكيمين ، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ، وعلى هذين الحكيمين ان يقدموا تقريرا عن مهمتهما في اجل شهرين"⁽²⁾.

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

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

_موقف القضاء في حالة رفض احد الطرفين التحكيم.

_هل التحكيم يتم اللجوء إليه قبل أو بعد الصلح .

و لهذه الإشكاليات يستوجب علينا الوقوف في مجموعة نقاط:

اولا: شروط التحكيم :

يشترط للجوء للتحكيم الشروط التالية :

-اشتداد و تفاقم النزاع بين الزوجين.

(1) قانون 08_09 ، مؤرخ في 18 صفر عام 1429 ، الموافق ل25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الاجراءات

المدنية و الادارية ، ج.ر. عدد 21 ، صادرة في 23 افريل 2008 .

(2) قانون 84_11 ، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل و متمع ، المرجع السابق .

الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

- عدم ثبوت أي ضرر يمكن أن يلحق أحدهما جراء ذلك⁽¹⁾.

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

ثانيا: كيفية تعيين الحكّمين:

يتم تعيين الحكّمين من القاضي المختص؛ الذي عرضت القضية أمامه للفصل فيها، فيكون التعيين بناء على القانون أو باختيار و طلب الزوجين، وعلى القاضي عند تعيينهما، مراعاة القرابة بينهما وبين الزوجين⁽²⁾.

ثالثا: مهمة الحكّمين:

مهمتهم البحث و دراسة أسباب النزاع بين الطرفين، و النظر لظروف كليهما، فمسؤوليتهم محاولة إزالة الخلاف بين الزوجين و الصلح بينهما بمختلف الطرق المشروعة. فيتعين عليهم في الأخير سواء فشل أو نجح التحكيم تقديم تقريرا على ذلك والنتائج المتوصل إليها للقاضي خلال المهلة المحددة لهم. فالقاضي يحكم بذلك في ضوء ما توصل إليه الحكّمين، فلا يشترط في التحكيم أن يكون معللا، فللقاضي سلطة رفض التقرير و تعيين حكّمين آخرين. فإذا عجز الحكّمين عن التوفيق بينهما، و كانت الإساءة من احدهما و ثبت الضرر، حكم القاضي بالطلاق بينهما، و ألزم الزوج بتعويض زوجته عن الضرر اللاحق بها⁽³⁾.

خلاصة القول إذا توفرت كل الأسباب والشروط الداعية لصحة التحكيم، يتعين على القاضي تأجيل الفصل في الدعوى، وإذا تبين للقاضي فشل الحكّمين عن إصلاح بين الزوجين، خلال التقرير الذي قدمه في المدة المحددة، فالقاضي غير ملزم بما تضمنه. وإذا ثبت الضرر، حكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للزوجة المتضررة، و اذا لم تتمكن الزوجة بإثبات الضرر و رفضت المحكمة طلبها يجوز لها رفع دعوى ثانية لإثبات الضرر.

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

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

(3) سعد فضيل، المرجع السابق، ص 298.

المطلب الثاني:

سلطة القاضي في النشوز و الطلاق التعسفي.

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

فسنحاول تبيان و توضيح المقصود بالنشوز الوارد في نص الم 55 من ق.أ.ج، وسلطة القاضي في مدى اعتبار الطلاق الصادر من الزوج تعسفيا أم لا.

الفرع الأول: سلطة القاضي في النشوز.

نص المشرع الجزائري وفق نص الم 55 ق.أ.ج على انه: "عند نشوز احد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر".

وعليه فان النشوز قد يكون من الزوج كما قد يكون من الزوجة ، و المشرع الجزائري لم يحدد حالات النشوز، و لم يعرفها بل ترك أمرها للقاضي الذي يحيل دراسته لاحكام الشريعة الاسلامية هذا وفق نص الم 222 ق.أ. ج التي تنص: "كل ما لم يرد النص عليه في القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية"⁽¹⁾.

وبالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية، نجد أن النشوز يعني الترفع ومنع أداء الحقوق كراهة و النشوز هو جحود الزوجية بغير سبب شرع، وقد يكون من الزوج كما قد يكون من الزوجة. فبالنسبة للزوجة الناشز؛ تلك التي خرجت عن طاعة زوجها دون حق شرعي، و التي خرجت من البيت الزوجية دون إذن. الناشز: في اللغة العاصية على الزوج والمبغضة له، و في الشرع الخارجة من بيت الزوج بغير حق، أو امتناعها عن أداء حق الزوج و عصيانه و إساءة العشرة معه؛ أما الزوج يعتبر ناشزا بامتناعه عن تنفيذ الأحكام القضائية الملزمة له، و امتناعه من أداء واجباته الزوجية مما يلحق ضررا للزوجة⁽²⁾.

وعليه إذا كان النشوز من الزوج و ألحق ضررا لزوجته، فيكون بذلك الضرر ملزم الطلاق و التعويض. و يكون للقاضي السلطة التقديرية في تحديد حالات النشوز، وتكيف التصرف أنه نشوزا أو

(1) قانون 84_ 11 ، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل و متمم ، المرجع السابق.

(2) محمد ابو زهرة، المرجع السابق، ص. 227 .

الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

لا، كما له سلطة تقديرية في تحديد الطرف الناشز و تقدير التعويض للطرف المتضرر. فيكون للقاضي تلك السلطة بموجب دعوى الأطراف التي يرفعها إليه، و ذلك بموجب دعوى النشوز و للقاضي تقدير النشوز من عدمه، فإذا ثبت النشوز، حكم القاضي بالطلاق و التعويض⁽¹⁾.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في الطلاق التعسفي.

تنص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"⁽²⁾.

إذا كان الطلاق بيد الرجل في الشرع، يستوجب أن يكون ذلك بسبب أو حجة شرعية تدعو إليه، فلو كان طلاق الزوج لزوجته من دون سبب مشروع ولا معقول، وأن الزوجة بذلك سيصيبها ضرر جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه وفقا لسلطته التقديرية، بتعويض عادل. فالقضاء الجزائري استقر على أن؛ حق الطلاق بالإرادة المنفردة مخول للزوج و لا يترتب على استعماله سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخرة صداقها و نفقة عدتها، التي يراعيها القاضي في تقديرها حالة المطلق المالية، و إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع يدعو إليه، وجب على المطلق تعويض مطلقته على الأضرار اللاحقة بها.

والتعسف في استعمال حق الطلاق؛ هو الخروج عن الحكمة التي أباحته، فيشترط لاعتبار الطلاق تعسفيا، أن يقع بلا سبب، أو يكون بأسباب غير معقولة، مع الإشارة أن للزوج حق في الطلاق بإرادته المنفردة دون الإفصاح عن سببه للقاضي، لكنه يتحمل مسؤولية ذلك الطلاق. فبمجرد عدم تبيان الزوج لسبب الطلاق يكفي لاعتباره تعسفا، ولا تكلف المطلقة بإثبات تعسف زوجها⁽³⁾.

فالمشرع الجزائري وفق نص الم52 ق.أ.ج. سابقة الذكر؛ لم يحدد المعيار الذي يكيف على أساسه الطلاق انه تعسفيا، ولكن ذلك يقوم على اساس معيارين : احدهما شخصي يتمثل في النية و الباعث للطلاق، و ثانيهما موضوعي يتمثل في الموازنة بين الحقوق و الظروف التي سمحت

(1) عيسات اليزيد ، التطبيق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري (مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود و مسؤولية، جامعة فرحات عباس سطيف ، 2002 _ 2003 .

(2) قانون 84 _ 11 ، يتضمن قانون أسرة جزائري ، معدل متمم ، المرجع السابق .

(3) بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية)، ط.3، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر 2008، ص، 187-188.

الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

باستعمال حق الطلاق. فالمعيار يكون بضمان حالة التوازن طبقا للقاعدة الشرعية "لا ضرر و لا ضرار"، و هذا ما تجسده سلطة القاضي. فالقانون لم يحدد الأسباب التي تبيح الطلاق دون تعويض، و ترك تقديرها للقاضي بعد معالجة و دراسة ملائسات القضية و ظروف الزوجين، وما الذي أدى للانفصال بينهما، فإذا كان السبب معقول رد دعوى التعويض، و إلا حكم على الزوج بتعويض⁽¹⁾.
فوفق نص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، حددت معايير التعسف بوجه عام؛ حيث يكون الشخص متعسفا، إذا تحققت إحدى الصور التي نصت عليها المادة. حيث تنص : "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"⁽²⁾.

فوفق ما سبق؛ فان للقاضي سلطة تقديرية في استخلاص معايير التعسف، حتى يسهل عليه التأكد من أن الزوج عند استعمال حقه في الطلاق بإرادته المنفردة، متعسفا أم لا.

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، 239 .
(2) أمر رقم 58_75، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم، المرجع السابق.

المطلب الثالث:

سلطة القاضي في تقدير حالات التطلق و الخلع

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

الفرع الأول: سلطة القاضي في التطلق.

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

- 1_ عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 ، من هذا القانون ،
- 2_ العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج ،
- 3_ الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،
- 4_ الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية،
- 5_ الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،
- 6_ مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه ،
- 7_ ارتكاب فاحشة مبينة،
- 8_ الشقاق المستمر بين الزوجين ،

(1) منصورى نورة ، التطلق و الخلع وفقاً للقانون و الشريعة الإسلامية، د.ط، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، 2010، ص 19.

9_ مخالفة الشروط المتفق عنها في عقد الزواج.

10 _ كل ضرر معتبر شرعا "(1).

فبمجرد استقراء نص الم 53 ق.أ.ج. معدلة بالأمر 05_02، نجدها أضافت الأسباب الثلاثة الأخيرة التي نصت عليها الم 53 معدلة مقارنة بالنص القديم، الذي حصر حق الزوجة في طلب التطليق بضرورة توفر الأسباب السبعة الأولى المذكورة في الم 53 .
فكلما توفرت إحدى الأسباب العشرة المذكورة في نص الم 53 معدلة، يجوز فيها للزوجة طلب التطليق وفقها، مع إثبات الضرر اللاحق بها لتمكين القاضي الحكم بتطليقها من زوجها، فسوف نتحدث عن هذه الأسباب بوضوح وإبراز سلطة في كل سبب.

أولاً: التطليق لعدم الاتفاق .

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

المذهب الحنفي و الظاهرية : ذهب إلى القول بعدم جواز التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق،

حيث يجوز للزوجة أن تتفق على نفسها إن كان لها مال، أو تستدين على أن يكون ذلك على ذمة الزوج يدفعها لاحقاً، كما انه إذا تبين للقاضي امتناع الزوج عن الإنفاق أمر بحبسه. وحجتهم في ذلك أن الصحابة كان منهم الميسر و المعسر، ولم يعرف عن احدهما ان النبي عليه الصلات والسلام فرق بين الرجل و امرأته لعدم الإنفاق لفرقه.

كذلك مذهب جمهور الفقهاء : وهم الأئمة الثلاثة : مالك و الشافعي و احمد، فيذهبون إلى القول

بحق الزوجة لطلب التفريق من زوجها، متى امتنع عن الإنفاق عليها لعجزه أو امتناعه ظلماً منه مع قدرته في ذلك(2)، فاستدلوا في ذلك قوله تعالى "فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"(3).

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

(2) بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، الجزء الاول: الزواج و الطلاق ، طبعة 1967 ، دار الطباعة و النشر و التوزيع ، لبنان 1967 ، ص.424 .

(3) سورة البقرة، آية 229 .

الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

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

- _ عدم إنفاق الزوج على زوجته عمدا وقصدا، وامتناعه عن تقديم ما تحتاجه.
- _ يشترط أن يكون قد صدر حكم من المحكمة بوجوب نفقة الزوجة على زوجها؛ حيث يكون بذلك الزوج قد امتنع عن اتفاق على زوجته امتناعا حقيقيا، وأقامت الزوجة دعوى امام المحكمة فأثبتت امتناع زوجها من الإنفاق و اصدر حكم بإلزامه على النفقة.
- _ عدم علم الزوجة بإعسار زوجها وقت إبرام عقد الزواج، بحيث لو اثبت الزوج علم الزوجة بذلك ورضيت بحالته فانه لا يجوز لها طلب التطليق بسبب إعسار الزوج و كانت عالمة بها⁽¹⁾.
- _ أن تكون النفقة التي تطالب بها الزوجة نفقة مثل زوجها، بحيث يجب أن تكون النفقة التي تطالب بها تتوافق مع دخل و قدرة الزوج لها. و هي النفقة التي تشملها نص الم 78 ق.أ.ج⁽²⁾.
- قد ذهبت المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية في عدة أحكام إلى وجوب النفقة على الزوجة من طرف زوجها إلا إذا صدر منها نشوزها ومن الأحكام نجد :
 - 1_ "إن حق النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة ولو حكما"⁽³⁾.
 - 2_ "من المقرر قانونا أن امتنع الزوجة عن استئناف الحياة الزوجية المحكوم بها بأحكام أصبحت نهائية يعتبر نشوزا منها وبالتالي تفقد حقوقها الزوجية من نفقة و غيرها"⁽⁴⁾.
 - 3_ "من المقرر شرعا بان النفقة حق ثابت من حقوق الزوجة يتعين على القاضي الحكم بها".

(1) سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، (مدعما بالاجتهادات القضائية)، ط.3، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 1996، ص.256.

(2) الم 78 ق.أ.ج. تنص على ما يلي: "شمل النفقة : الغذاء و الكسوة و العلاج ، والكسوة و العلاج ، والسكن او اجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

(3) م .ع ، غ.أ.ش، قرار رقم 39394، مؤرخ في 10 - 02 - 1986، نشرة قضائية، عدد 44، ص.151، نقلا عن، عيسات ليزيد، المرجع السابق، ص.15 .

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

الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

مما سبق فان المشرع الجزائري وفق نص الم 53 في فقرتها الأولى، اخذ برأي الأئمة الثلاثة حيث جاز للزوجة طلب التفريق من زوجها لعدم إنفاقه عليها، وهو الرأي الراجح؛ حيث اعتبر عدم الإنفاق ضرر وبالتالي يحق لها طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق. فالسلطة التقديرية للقاضي للحكم بتطلق الزوجة بسبب تضررها من عدم إنفاقه، مقيدة بضرورة صدور حكم قضائي يلزم الزوج على الإنفاق على زوجته، وكذا يستوجب ثبوت الضرر اللاحق بها، فيكون بذلك حكم القاضي عندئذ منشأ لحق الزوجة.

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

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

و اختلفت الآراء الفقهية في الحكم بالتفريق للعيوب، حيث نجد منهم الذين اقرروا بجواز التفريق للعيوب، ومنهم الذين لم يجيزوا ذلك. فجمهور الفقهاء قد ذهبوا إلى جواز التفريق للعيوب، حيث أن العيوب مما يثبت خيار الفرقة؛ أما الظاهرية على رأسهم ابن حزم فقد قال بعدم جواز التفريق للعيوب سواء كان في الزوج ام الزوجة ، حيث استدلو انه لم يصح في فسخ الزواج لذلك أي دليل في القران أو السنة (1).

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

فإذا كان القانون قد منح للزوجة حق طلب تطليقها من زوجها بسبب وجود عيب فيه، فان المشرع وفق نص المادة لم يحدد العيوب الذي بموجبها يمنح لها حق التطلق فهي عيوب جنسية أم غير جنسية. بل استعمل المشرع عبارة عامة تشملهما معا، فحسن ما فعل لان تلك العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج عديدة و متنوعة و من الصعب تحديدها، فيبقى للمرأة الطلب من القضاء الحكم بتطليقها من زوجها لأي عيب من العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج، و من أهداف

(1) بدران ابو العنين بدران ، المرجع السابق، ص.436 .

الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

الزواج الاستمتاع الجنسي، إنجاب الأولاد، إقامة المودة و الرحمة بين الزوجين، و إنشاء رابطة تعاونية تساعد بينهما (1).

فجمهور الفقهاء قد أجازوا للزوجة بطلب التفرقة بينها وبين زوجها، إذا كان العيب جنسياً أو غير جنسي كمرض معدي أو غيرها من الأمراض التي تشكل نفورا بين الزوجين، ولا يؤدي ذلك إلى تحقق أهداف الزواج (2). وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري وفق نص الم السابقة، ولكن اشترط في ذلك ضرورة توفر جملة من الشروط يستوجب توفرها لطلب الزوجة فك الرابطة الزوجية وفقها و تتضمن :

_ أن يكون العيب في الزوج .

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

_ أن تكون العيوب دائمة ومستمرة لا يتوقع شفائها.

_ رفع الزوجة دعوى تطليقها للقاضي .

_ أن يتأكد القاضي بصحة دعواها ووجود عيوب في الزوج، قبل الحكم لها بتطليقها و إثبات ذلك بشتى الوسائل، ويمكن الاستعانة بخبراء و مختصين (3).

كما جاء في إحدى أحكام المحكمة العليا بحق الزوجة في طلب تطليقها من زوجها في ذلك :

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

مما سبق يتضح أن المشرع الجزائري وفق نص الم 53 فقرتها الثانية؛ لم يحصر العيوب التي يجوز وفقها للزوجة طلب التطلاق، ولم يفرق إن كانت العيوب جنسية أم خلقية أم عقلية، بل ترك سلطة تقديرها للقاضي وفقا لسلطته التقديرية، فبعد تأكد القاضي من تضرر الزوجة من العيوب الموجود في الزوج، حيث أن سلامة الزوج من العيوب كشرط ضروري للزواج، إضافة لذلك يجوز للقاضي منح

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

(2) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 516 .

(3) حفيظ جميلة، الضرر كمعيار لفك الرابطة الزوجية ، مذكرة التخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 17، الجزائر 2006-2009 ، ص37.

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

الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

الزوج مهلة بشأن تقدير العيوب إذا كانت محتمل شفائها أم لا، فإذا كان العيب ممكن استشفائه رفض طلبها في التطليق، أما إذا كان غير محتمل استشفائه حكم لها بالتطليق⁽¹⁾.

ثالثا : التطليق للهجر في المضجع.

إضافة للأسباب المذكورة سابقا التي بها يجوز للزوجة طلب التطليق وفقها، نجد ما نصت عليه الم 53 في فقرتها الثالثة، حيث يجوز للزوجة أن تطالب من القاضي بتطليقها إذا هجرها زوجها في المضجع مدة تفوق أربعة أشهر. فالهجر في المضجع معناه ان يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش ولا يقوم بالالتزام المطلوب منه كزوج اتجاه زوجته، ويتركها عن قصد وبدون مبرر شرعي لذلك⁽²⁾.

فمن واجبات الزوج نحو زوجته تحصيلها و معاشرتها و مجامعتها؛ حيث قال فقهاء الإسلام أن الزوج مفروض عليه مجامعة زوجته، و أدنى ذلك مرة في كل طهر و إلا كان عاص، برأي الإمام ابن حزم وتبنى هذا الرأي جمهور الفقهاء، حيث اقروا بوجوب الزوج معاشرته زوجته ما لم يكن له عذر يمنعه من ذلك. أما الشافعية فاعتبروا معاشرته الزوج لزوجته ليس من قبيل الواجب؛ بل هو باب الحق الذي يتمتع وقال احمد بن حنبل انه لا يمكن امتناعه عن ذلك مدة تفوق أربعة أشهر، ومن هنا توارث أن الزوجة كذلك لا يجوز لها الصبر عن زوجها مدة تفوق أربعة أشهر. وكذا الفقه المالكي يجعل ترك الزوج للواطئ مبررا لفسخ النكاح، في كل حال حتي ولو لم يقصد الزوج من ذلك الإضرار بالزوجة⁽³⁾. وعليه فان ما ذهب إليه الفقه المالكي هو الراجح، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري وفق نص الم 53 فقرتها الثالثة، حيث أن من حق الزوجة معاشرته زوجها لها، وامتناعه عن ذلك يلحق بها ضررا . المشرع الجزائري للاستجابة لطلب الزوجة بتطليقها من زوجها لهجرها في المضجع، اشترط ضرورة توفر ثلاثة شروط وهي :

- _ يستوجب ان يكون الزوج هجر زوجته ولم يعاملها معاملة الأزواج .
 - _ أن يدوم الهجر مدة زمنية تفوق الأربعة أشهر .
 - _ أن يكون هجره لها عمديا بقصد الإضرار بالزوجة
- يستوجب ان يكون هجر الزوج مستمرا مدة أربعة أشهر دون سبب مشروع، كالعلاج أو أداء الخدمة

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

(2) منصورى نورة، المرجع السابق، ص.30 .

(3) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص . 544 .

الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

العسكرية أو غيابه بسبب بحثه عن الرزق، أو كان سبب هجره شرعيا و قانونيا كان يكون غرض الزوج في ذلك تأديب الزوجة بسبب نشوزها، بحيث لا يكون قصد الزوج الإضرار بها⁽¹⁾.

تعتبر سلطة القاضي في الاستجابة لطلب الزوجة بتطليقها من زوجها بسبب هجره في المضجع، سلطة مطلقة وواسعة بحيث يقوم ذلك على أساس المعيار الموضوعي، باعتبار أن الهجر في المضجع إحدى الأسباب التي يصعب على الزوجة إثباتها و تقدير القاضي لمدى تضررها من جراء ذلك؛ حيث إذا ثبتت الزوجة هجر زوجها لها مدة تفوق أربعة أشهر، و اقتنع القاضي بواقعة الهجر خلال مدة أربعة أشهر حكم لها بتطليقها من زوجها⁽²⁾.

رابعا: التطلاق بسبب الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة و استحيل معها مواصلة الحياة الزوجية:

بموجب الفقرة 4 من المادة 53 ق.أ.ج. أجازت للزوجة طلب تطليقها من زوجها لغيابه بسبب حبسه بحيث أن غيابه عن أسرته خاصة إذا كانت المدة طويلة يضران بالزوجة ماديا و معنويا. وقد اختلف الفقهاء المسلمون في جواز تطليق الزوجة لحبس زوجها من عدمه، فمنهم من أباح تطليقها و منهم من ذهب لخلاف ذلك. فموقف الأحناف و الشافعية ذهبوا لعدم جواز تطليق الزوجة لحبس زوجها مهما طال مدة الحبس، و يبررون موقفهم بعدم وجود دليل شرعي لذلك؛ أما موقف المالكية و الحنابلة ذهبوا لجواز التفريق بين الزوجين لغياب الزوج، حيث صرح ابن تيمه من الحنابلة بحق زوجة المحبوس والأسير و نحوهما بالفرقة من زوجها، حيث يتعذر عليها الانتفاع منه خاصة إذا طال غيبته. أما المالكية صرحوا بان لزوجة الأسير الحق بطلب التفريق لان معيار و مناط التفريق عندهم هو بعد الزوج عن زوجته سواء كان اختياريا أو قهرا عنه. لان الضرر يلحق الزوجة من هذا البعد⁽³⁾.

المشروع الجزائري وفق نص الم 53 في فقرتها الرابعة، أخذ بموقف المذهب المالكي، حيث أجاز لزوجة المحبوس و المسجون طلب التطلاق من زوجها، حيث ببعد الزوج عنها يشكل لها ضررا يجيز التفريق ، ولكن المشروع الجزائري أضاف شرطا آخر كون الجريمة المعاقب بها فيها مساس بشرف و

(1) سعد عبد العزيز ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص 263.

(2) حفيظ جميلة ، المرجع السابق ، ص. 50 .

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

الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

سمعة الأسرة ، كما انه لم يبين مقدار العقوبة المقيدة لحرية الزوج، بل يشترط أن تكون الجريمة المرتكبة فيها مساس و مؤثرة بشرف و سمعة الأسرة و يستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية. وقد قيد المشرع الجزائري استعمال هذا الحق للزوجة بضرورة توفر عدة شروط أساسية مجتمعة و غياب أحدها يؤدي لسقوط حق الزوجة في طلب التطلق و منها نجد :

_ يجب على الزوجة إثباتها بطرق قانونية أن بسبب ارتكاب زوجها جريمة معينة صدر ضده حكم قضائي نهائي، و كان الحكم نهائي غير قابل لأي طريق من طرق الطعن.

_ أن تكون العقوبة شائنة و هي العقوبة التي تنفر منها النفس البشرية. و تخرج عن الأخلاق النبيلة و تخالف الشريعة الإسلامية.

_ أن تكون العقوبة المقيدة للحرية أكثر من سنة فلا يجوز لها طلب التطلق إذا كانت العقوبة بعض أشهر.

_ أن تكون العقوبة ماسة بشرف الأسرة، فهذا الأخير واسع المفهوم. فالنصب والاحتيال و الزينة و الاغتصاب كلها من الجرائم التي تمس بشرف الأسرة و سمعتها.

_ أن تكون العقوبة التي ارتكبتها زوجها قرينة على استحالة مواصلة الحياة الزوجية، بحيث أن علاقة الزوجين متوترة بسبب هذا الحكم. وتحول المحبة و المودة لبغض و خلافات⁽¹⁾.

المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها اقرت انه: " إن التعدي على الزوجة و اهانتها و المس بكرامتها بصفة صارت علاقتهما الزوجية أمر مستحيل، هي أسباب كافية لتبرير تطلقها"⁽²⁾.

فتنحصر سلطة القاضي للاستجابة لطلب الزوجة و تطلقها من زوجها، ضرورة إثبات الزوجة أن العقوبة التي قام بها الزوج تمس بكيان و شرف الأسرة، و تقدير القاضي لها عندئذ وفقا لسلطته التقديرية ووفقا للوقائع المطروحة أمامه بتكيفه للعقوبة و الجريمة في مدى تأثيرها بكيان و سمعة و شرف الأسرة .

خامسا: التطلق للغيبة.

من بين الحالات التي أجاز فيها القانون للزوجة طلب الحكم بتطلقها من زوجها؛ ما تضمنته

الفقرة 5 من الم 53 من ق.أ.ج. حيث اعتبر أن غياب الزوج بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة سببا من أسباب فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق، فقد اختلفت الآراء الفقهية حول جواز طلب الزوجة

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 198. 199 .

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

الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

للفرقه بسبب غياب زوجها، فوجد الأحناف و الشافعية يقرون أن الغيبه لا تكون سببا للفرار بين الزوج والزوجه، وان طالمت مدته لانعدام ما يصلح أن يبنى عليه التفريق بينهما، وحجتهم عدم وجود دليل شرعي يثبت وجود هذا الحق؛ أما المالكية و الحنابلة يرون بجواز التفريق لغيبه الزوج إذا طالمت غيبته، وتضررت الزوجه بسبب ذلك، حتى و لو ترك الزوج الغائب مالا تنفق منه مدة غيبته، لان إقامة الزوجه بعيدة عن زوجها مدة طويلة ومحافضة على الشرف و العفة أمر لا تتحمله الطبيعة البشرية في الغالب . أما المالكية أجازوا الفرقه مطلقا و لم يفرقوا بين الغيبه لعذر مطلوب كطلب العلم و التجارة، وجعلوا حد الغيبه سنة، وهو القول الراجح. و الحنابلة لا يجيزون التطلاق للغيبه إذا كان العذر مقبولا، حيث إذا كانت غيبه الزوج لعذر مقبول فلا يجوز التطلاق لسببها وجعلوا حد الغيبه ستة أشهر⁽¹⁾.

و موقف المشرع الجزائري وفق الم 53 فقرتها الخامسة، اخذ برأي المذهب المالكي حيث انه يجوز للزوجه طلب التطلاق بسبب غياب الزوج فترة زمنية تفوق سنة دون عذر مشروع ولا نفقة، ولكن لا يجوز للمحكمة أن تحكم للزوجه بتطليقها من زوجها بسبب غيابه، إلا إذا توفرت لديها الشروط التالية:

- 1 - أن يمضي على غياب زوجها سنة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى عليه.
- 2 - أن يكون الغياب وقع من الزوج دون عذر شرعي ولا قانوني، فلو كان غياب الزوج بعد مضي سنة للقيام بخدمة عامة، أو لغرض خدمة عسكرية أو التعليم في الخارج فلا يجوز لها طلب تطليقها على أساس غياب زوجها لان سببه كان مشروع .
- 3 - أن يكون غياب الزوج دون ترك مالا لزوجته تنفق به على نفسها و أولادها، أما إذا ترك لها ما تنفق به يسقط منها هذا الحق⁽²⁾.

فيستوجب ان تتوفر الشروط الثلاثة لطلب الزوجه تطليقها و إثبات غياب زوجها و تضررها فقد قضت المحكمة العليا بأنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق مع التعويض، إذا تأخر الزوج عن الدخول بها لمدة 5 سنوات ، فانه لذلك يعتبر في يبرر التعويض " ⁽³⁾.

فغياب الزوج عن زوجته من أنواع الضرر الذي يقع بها، و وقوع الضرر للزوجه مخالف للقاعدة الأصولية في الإسلام "لا ضرر ولا ضرار"، فاعتبار أن التطلاق للعيوب يقوم على أساس الضرر الواقع

(1) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص. 448 .

(2) سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 269 .

(3) م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 135435، صادف في 24 04 1996، م ق، عدد 1، 1998، ص 129 .

الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

فيشترط لاستجابة القاضي لطلبها رغبة الزوج في الإضرار بها و إيذائها و إثباتها لذلك الضرر، كما ان للقاضي سلطة في تقدير مدى وجود الضرر في الزوجة لغياب زوجها و مدى توفير شروط سابقة الذكر. فحالة الغياب تخضع لسلطة القاضي بتقديرها و التأكد منها بشتى الوسائل و النظر في أسباب غيابه⁽¹⁾.

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

وفق نص الم 53 المعدلة في فقرتها السادسة من ق.أ.ج، أحالت القاضي إلى نص الم 8 من هذا القانون، فنقض الم 8 من هذا القانون انه يسمح للزوج بالزواج بأكثر من زوجة واحدة؛ متى وجد مبرر شرعي في حدود الشريعة الإسلامية و توفرت نية العدل، حيث اتفق فقهاء القديم على تعدد الزوجات في حدود الأربعة، لقوله تعالى: "و ان خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى ، فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت إيمانكم ذلك ادني أن لا تعدلوا"⁽²⁾، فرغم إباحتهم للتعدد إلا أنهم اسندوا ذلك لشرطين؛ ضرورة العدل بين الزوجات، والقدرة على الإنفاق .

و المشرع الجزائري أخذ في مضمون الم 8 أعلاه، ما هو معروف في الشريعة الإسلامية التي جعلت للزوجة أو وليها الاشرط أن لا يتزوج الرجل عليها فيشترط في الزوج في حالة رغبته في التعدد، إخبار الزوجة السابقة والتي يقبل على الزواج بها، ولا بد أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة مكان مسكن الزوجية. فبذلك يجوز لرئيس المحكمة الترخيص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتها، و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفر العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية⁽³⁾.

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

(1) حفيظ جميلة، المرجع السابق ، ص 45.

(2) سورة النساء، آية 3 .

(3) لحسن بن الشيخ اث ملويا ، المرجع السابق، ص 390 .

الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

- وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى؛ كان يكون في الزوجة مرض يمنعها من تحقيق احد أهداف الزواج كمنعها من إنجاب.
- توفر في الزوج نية العدل بين الزوجات في الحقوق و الواجبات.
- إعلام الزوجة السابقة و اللاحقة بأمور الزواج حتى لا يكون ذلك غشا، فإذا امتنع الزوج يجوز للزوجة طلب التطلق .
- كما يشترط أن يقدم الزوج ترخيص إلى رئيس المحكمة بالزواج الصحيح، وفق شروط و هي تأكد من موافقة الزوجة السابقة و اللاحقة، و كذا إثبات الزوج المبرر الشرعي و قدرته في توفير العدل بين الزوجات (1). فقد يلحق الزوجة ضررا نتيجة غياب زوجها عنها بسبب إعادة زواجه ثانية حيث يجوز طلب تطليقها. والمحكمة العليا أقرت في إحدى اجتهاداتها القضائية نذكر منها:
_ " حيث أن القضاة استنتجوا من وقائع الدعوى بما لهم من سلطة تقديرية مطلقة لان بقاء الزوج مع زوجته الثانية بعيدا عن زوجته الأولى فيه ضررا." (2).
- _ "حيث الزوج لم يقم بواجباته الزوجة اتجاه المدعية في الطعن بمضي معظم أوقاته مع الزوجة الثانية، و بالتالي فان الزوج لم يطبق قاعدة المساواة بين الزوجتين طبقا للشريعة الإسلامية." (3).
فوفق ما سبق يجوز للزوجة طلب تطليقها من زوجها في حالة التعدد، و ألحقها ضرر نتيجة مخالفة زوجها لشروط منصوص عليها، فيقع عبئ إثبات مخالفة الزوج لذلك على الزوجة، فللقاضي سلطة تقديرية مطلقة في التأكد من مدى مخالفة الزوج للشروط الواردة في نص الم 8 ق.أ.ج.

سابعا: التطلق لارتكاب فاحشة مبينة:

- بموجب نص الم 53 في فقرتها 7، أجاز المشرع للزوجة حق طلب تطليقها من زوجها حال ارتكابه لفاحشة مبينة. فالمشرع الجزائري وفق نص المادة اعلاه، لم يحدد المقصود بالفاحشة؛ فنقول عن أمر فاحش إذا زاد عن الحد المعقول، فيقال رجل فاحش أي معتد عن القول أو يقال خسارة فاحشة أي كبيرة (4).

(1) حفيظ جميلة، المرجع السابق، ص 23 .

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

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

(4) حفيظ جميلة، المرجع السابق، ص 24 .

الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

وفي غياب الآراء الفقهية حول هذا الشأن، فما بقي لنا إلا الاستدلال بخير دليل؛ ما ورد في الآيتين الكريمتين حيث تصور الفاحشة بالأمر التي تخل بالنظام العام و السلوكات الاجتماعية ونذكر منها: قوله تعالى: "لا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا" (1)، وكذا قوله تعالى: "ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف انه كان فاحشة" (2).

فلا وجود لخلاف في القول أن الفاحشة هي جريمة مخلة لسمعة الإنسان، وتتحصر في الجرائم التي اقراها الله تعالى و التي تسمى بالحدود وتتمثل في: الزنا، القذف، الردة، السرقة، السكر، والبغي. وباستقراء الم 53 فقرة 7، فان للزوجة حق طلب تطليقها من زوجها حال ارتكابه لفاحشة مبينة تضر بسمعة الأسرة، وذلك بموجب دعوى قضائية بعد إثباتها لتضرره من الفعل الفاحش عن طريق مجموعة حجج. فوفقا لذلك فان سلطة القاضي حين رفع الزوجة لدعوى التطليق على أساس ارتكاب الزوج لفاحشة، فان القاضي لا يستجيب لطلب الزوجة إلا بعد تأكده من ارتكاب الزوج للفعل الفاحش، ومدى تأثر الزوجة بذلك وإلحاق الضرر بها، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة ومطلقة في تحديد المعيار الذي به يكيف الفعل ان كان فاحشا ام لا (3).

ثامنا : التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين.

إذا حصل خصام وشقاق بين الزوجين وساءت العشرة بينهما، أمكن للزوجة المتضررة اللجوء وطلب تطليقها من زوجها ، وهذا ما تضمنته الم الفقرة الثامنة من الم 53 ق ا ج . فالشقاق ؛ هو استمرارية العدا و الخلافات و الخصومات التي تعرض الحياة الزوجية للضياع و الانهيار ، فيقوم الضرر وفق هذه الحالة على عدم معرفة المتسبب فيه ، وهذا بسبب سوء المعاشرة الزوجية بينهما (4).

والأصل في الشقاق بين الزوجين، قوله تعالى: "وان خفتم شقاقا بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريد إصلاحا يوفق الله بينهما" (5).

(1) سورة الاسراء، آية 32،.

(2) سورة النساء، آية، 22 .

(3) منصورى نورة ، المرجع السابق، ص . 59 .

(4) حفيظ جميلة، المرجع السابق، ص. 27 .

(5) سورة النساء ، آية، 35 .

الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

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

"من المقرر عليه قانونا، انه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة صلح من طرف القاضي، وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن اثبات الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما"⁽¹⁾.

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

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

إلى جانب الفقرة الثامنة للمادة 53 ق.أ.ج. التي انت بموجب التعديل الجديد، نجد الفقرة التاسعة و العاشرة. حيث أن الفقرة التاسعة للمادة 53 ق.أ.ج المعدلة، تقضي انه يجوز للزوجة ان تطلب التظليق من زوجها في حالة ما إذا لم يوفى الزوج، ولم يلتزم بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج . فمصدر الفقرة نص الم 19 المعدلة من ق.أ.ج، التي تنص انه : " للزوجين ان يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم التعدد وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون "⁽²⁾.

فالمشرع الجزائري وفق تعديل الم 19 ق.أ.ج، لم يأتى بتغيير لها سوى إضافة شرطين لها هما شرط عدم التعدد وعمل المرأة، فيستوجب على الأطراف في حالة الاشتراط في عقد الزواج؛ أن لا يكون الشرط المتفق عليه يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا كان كذلك أعد باطلا، فإذا تم الاشتراط في عقد الزواج يستوجب على الزوج الامتثال لها وتنفيذها، وإذا لم يتم بذلك فتم الدخول فيبقى للزوجة سوى المطالبة بالتظليق مع الاحتفاظ بحقها في التعويض⁽³⁾.

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

(2) قانون 84_ 11 يتضمن قانون أسرة جزائري، معدل ومتمم ، المرجع السابق.

(3) حفيظ جميلة، المرجع السابق، ص 50 .

الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

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

عاشرا : التظليق بسبب كل ضرر معتبر شرعا .

كما استحدثت التعديل الجديد للمادة 53 الفقرة العاشرة لها، حيث تقضي انه يجوز للزوجة طلب التظليق من زوجها عن كل ضرر يصيبها، وهذا ما اقره الشرع و القانون لقوله تعالى: "ولا تمسكهن ضرا لتعتدوا، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه"⁽¹⁾. فقد أجاز الشرع و القانون للمرأة حق طلب تظليقها من زوجها، عن كل ضرر يلحق بها سواء كان ضرا ماديا أو معنويا. فيشترط المشرع لطلب الزوجة التظليق بسبب إلحاقها ضرا، أن تتحقق الشروط التالية:

_ أن يكون الضرر الواقع على الزوجة صادرا من الزوج .

_ أن يقع الضرر على الزوجة وتقوم بإثباته .

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

كما أن المحكمة العليا أكدت ذلك في إحدى قراراتها، حيث تقضي : " من المقرر عليه قانونا أنه يجوز أن تطلب الزوجة التظليق لكل ضرر معتبر شرعا "⁽²⁾.

فمبدئيا للقاضي سلطة تقديرية واسعة ، و أن الضرر المعتبر شرعا لا حدود له فيخضع لتقدير القاضي، فالضرر لا يجوز حصره حيث يختلف من زمان لزمان، فرغم أن سلطة القاضي واسعة في تقدير الضرر الذي لحق الزوجة حيث بسببه يجوز رفع دعوى التظليق تطالب بها فك الرابطة الشرعية، فإنها مضبوطة بقواعد شرعية فلا بد من وجود الضرر الذي هو معيار فك الرابطة الزوجية بالنسبة للزوجة⁽³⁾.

وفي الختام ما يمكن استخلاصه من السلطة التقديرية للقاضي في تقدير حالات التظليق، فان سلطة القاضي فيها مختلفة بحسب الحالات، فقد تكون سلطته مقيدة في حالات و مطلقة في حالات

(1) سورة البقرة ، آية 231 .

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

(3) حفيظ جميلة، المرجع السابق، ص 55 .

الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

أخرى ، كما انه وفق التعديل الأخير لق.أ.ج بموجب نص الم 53 مكرر، فانه يجوز للقاضي الحكم بالتعويض عند ثبوت الضرر للزوجة .

الفرع الثاني: سلطة القاضي في الخلع.

من أهداف عقد الزواج؛ تحقيق السكينة و الطمأنينة بين الزوجين، والمودة و الرحمة بينهما وحسن المعاشرة، وعند استحالة تحقق أهداف النكاح فمصير الرابطة الزوجية انحلالها، فالمشرع الجزائري قد جعل الطلاق بيد الزوج نظرا لخطورته . ولكن هذا لا يعني ضرورة إجبار الزوجة على استمرارية الحياة الزوجية إذا كانت أهدافها غير محققة، منح لها المشرع الجزائري طريقتين لفك الرابطة الزوجية ؛ أولهما التطلق، سبق تناوله سابقا، و ثانيهما الخلع وهو موضوع دراستنا مع تبيان سلطة القاضي فيه⁽¹⁾.

فبموجب المادة 54 ق.أ.ج. أبحاث للزوجة أن تفارق زوجها بواسطة مخالفة، بمقابل مالي يتم الاتفاق عليه بينهما، و سبب إلزام الزوجة بالدفع المبلغ هو أن الفرقة كانت من طرف الزوجة دون تقصير من الزوج، و بالتالي يستوجب عليها تحمل نتائج هذه الفرقة . تنص المادة 54 ق.أ.ج. على ما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها بمقابل مالي. اذا لم يتفق الزوجان على مقابل الخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداقها المثل وقت صدور الحكم"⁽²⁾.

فطريق فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع الوارد في المادة 54 ق.أ.ج؛ يختلف عن فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق المنصوص عليه وفق المادة 53 ق.أ.ج؛ حيث أن التطلق يقوم على أساس اسباب مادية واردة صراحة في نص المادة؛ و يستوجب على الزوجة إثباتها أمام القضاء حتى يقضي لها بالطلاق، إضافة لحقها في طلب التعويض. أما الخلع يقوم على أساس سبب نفسي و هو الكراهية، يكفي عدم وجود الزوجة لراحته النفسية و السكينة و هو الهدف المرجو من الزواج ، حيث إذا لم تتحقق السكينة و الطمأنينة بين الزوجين فلا فائدة من الزواج⁽³⁾.

فباعتبار ان للزوجة الحق في مخالعة زوجها؛ فان المشرع الجزائري يشترط في مقابل ذلك أن تدفع لزوجها مستحقاته المالية مقابل الخلع، فبدل الخلع يقدم من جانب الزوجة أو غيرها للزوج ، فلم يحدد الشيء الذي يكون محلا أو بدلا للخلع حيث اختلف فيه الفقهاء، ولكن جمهور الفقهاء اقرروا

(1) منصور نور ، المرجع السابق ، ص.100 .

(2) قانون رقم 84 - 11، يتضمن قانون أسرة جزائري، معدل ومتمم، المرجع السابق.

(3) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.209 .

الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.

انه كل ما يصلح ان يكون مهرا يصلح ان يكون بدلا للخلع، سوا كان مالا أو منفعة تقوم بالمال. غير انه ليس لبدل الخلع حد أقصى على خلاف المهر، فيتحقق الخلع بأي بدل سواء كان كثيرا أم قليلا، فالبدل في الخلع ركنا لازم كالمهر في عقد الزوج عند الحنفية و الحنابلة؛ حيث لو تم الخلع ولم يذكر أحدهما البديل صح الخلع ولزم العوض، أما المالكية يقع الخلع بغير عوض. و الراجح عند الحنابلة حيث أن العوض و البديل لازم في الخلع، فيعتبر ركنا فيه لا يصح الخلع من دونه⁽¹⁾. فالمرجع الجزائري أخذ بمذهب الحنابلة وفق نص الم 54 ق.أ.ج. ذلك ان الزوجة يجوز لها طلب من القاضي الحكم لها بمخالعة زوجها مقابل منحها له بدلا لخلعها، فالبدل شرطا أساسيا وركنا ضروريا لقبول القاضي طلبها في الخلع، و يكون تقدير المستحقات المالية إما باتفاق الطرفين أو بتقدير القاضي له وفق لسلطته التقديرية حسب نص الم 54 ق.أ.ج. و سلطته التقديرية؛ تنحصر في تحديد بدل الخلع في حالة الاختلاف بينهما و عدم الاتفاق عليه، ولا تمس جوهر الخلع، فالقاضي عند تقدير بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه، يقدره بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم. مما سبق يتضح أن سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة؛ يختلف بحسب ما إذا كان طلبها منصبا على تطليق أو خلع، حيث أن سلطة القاضي في التطليق واسعة، ذلك انه يستدعي عليه إجراء تحقيق عند دراسة الوقائع، و الموازنة بين طلبات الزوج و الزوجة، ليتسنى له الحكم لها بالتطليق أو يرفضها اعتمادا على الأسباب الواردة في نص المادة 53 ق.أ.ج. بينما سلطة القاضي في الخلع ضيقة، حيث تنحصر في تقدير بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه، بما لا يتجاوز صدق المثل و مراقبته لمدى صحة و مشروعية مقابل الخلع، حيث لا يجوز أن تكون الحضانة مثلا كبديل الخلع⁽²⁾. من خلال ما تمت دراسته في هذا الفصل، فان الضرر المعيار الأساسي الذي يبنى عليه التعويض عند نشوء الرابطة الزوجية أو انحلالها، الذي يتم تقديره وفقا للسلطة التقديرية للقاضي، بعد دراسة الوقائع المعروضة عليه، فسلطته في ذلك قد تكون مطلقة تارة كما قد تكون مقيدة تارة أخرى، سواء في تقدير التعويض الناتجة في العدول عن الخطبة، أو تحديد مصير الصداق في حالة العدول، اضافة للاستجابة لطلب الزوجة في طلبها للتطليق وتقدير التعويض عند ثبوت الضرر، وتقديره لبدل الخلع .

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 467 .

(2) منصور نور، المرجع السابق، ص.113، 159.

الفصل الثاني

الفصل الثاني:

سلطة القاضي في آثار الزواج و انحلاله

أصل عقد الزواج هو الاستمرار و التأييد و البقاء؛ غير أنه هناك حالات أين تصادف فيها العلاقة الزوجية عقبات و مشاكل تحول دون استمرارها و بالتالي يدفع بذلك إلى انحلال الرابطة الزوجية بأي طريق من طرق الحل أو الفك.

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

فالآثار المالية للزواج تتمثل في النفقة والصداق إلا أن هذا الأخير تم دراسته في الفصل الأول من هذه المذكرة، و عليه نقتصر دراستنا في هذا الفصل النفقة دون الصداق؛ أما عن الآثار الغير المالية فإنه نجد النسب فهو أثر غير مالي لزوج.

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

نقوم بدراسة هذه الآثار من ناحية تدخل القاضي أو في مجال تدخل لقاضي بسلطته التقديرية و ذلك من خلا المباحث التالية:

1_ المبحث الأول: سلطة القاضي في الآثار المالية الناتجة عن الزواج و انحلاله.

2_ المبحث الثاني: سلطة القاضي في النسب و الحضانة.

المبحث الأول:

سلطة القاضي في الآثار المالية المترتبة عن الزواج و انحلاله

النفقة من الإنفاق، و هي الإخراج و لا يستعمل إلا في الخير، جمعها نفقات و هي لغة ما ينفقه الإنسان على عياله؛ أما التعريف الشرعي هي كفاية من يمونه من الطعام و الكسوة و السكنى، وهذا الأخير يشمل البيت و متاعه و مرافقه حسب العرف. و النفقة قسمان:

_ نفقة الإنسان على نفسه.

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

النفقة الزوجية أثر من الآثار المالية التي تترتب على نشأة الرابطة الزوجية، فبمجرد إبرام عقد زواج صحيح توجب عنه النفقة⁽¹⁾؛ كما تعتبر النفقة أثر من آثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية، لاستحقاق المطلقة نفقة العدة والمتعة⁽²⁾.

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.

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

(1) العمروسي أنور، المرجع السابق، ص. 191 .

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

المطلب الأول:

سلطة القاضي في الآثار المالية المترتبة عن الزواج

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

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

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

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

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير النفقة على الزوجة

أوجب الله سبحانه و تعالى النفقة على الزوج لزوجته ، سواءً كان موسراً أو معسراً فإنه يلتزم بها اتجاه زوجته⁽¹⁾، لأنّ الزوجة بمقتضى عقد الزواج تصبح محبوسة لحق الزوج و في طاعته و حضانه أولادها وتربيتهم فمقابل كل هذا الزوج يقوم بالإنفاق عليها⁽²⁾.

المشرع الجزائري قد تناول النفقة في المواد من 74 إلى 80 ق.أ.ج. المعدل بموجب الأمر رقم 02|05 فنص في المادة 74 على ما يلي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها ، أو بدعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون"⁽³⁾.

(1) محمد عاشق إلهي البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري، جزء ثاني، مكتبة الشيخ، المملكة العربية السعودية، 1991، ص. 75 .

(2) السيد سابق ، فقه السنة ، مجلد ثالث، دار الفتح الإعلامي العربي، مصر، 2000، ص. 110 .

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

الفصل الثاني : سلطة القاضي في آثار الزواج و انحلاله

وفق المادة أعلاه فإنّ المشرع الجزائري ألزم الزوج بالإتفاق على زوجته وذلك إذا تمّ الدخول بها في البيت الزوجية أو متى دعت إليه⁽¹⁾

بعد كل ما سبق فإنّه نتساءل أو نطرح الإشكال الآتي: فيما تتمثل مشتملات النفقة و ما هي الطريقة التي يقدر بها القاضي لهذه النفقة وكيف يحدد تاريخ استحقاقها؟ فكل هذه النقاط نتعرض إليها فيما يلي:

أولاً: مشتملات النفقة

نص المشرع الجزائري على مشتملات النفقة في المادة 78 ق.أ.ج. بأنّه: "تشمل النفقة: الغذاء، و الكسوة، و العلاج، و السكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة"⁽²⁾. و المشرع حدد هذه المشتملات على سبيل المثال و ليس الحصر؛ لأنّ المشرع قرر أنّه يمكن أن يضاف إليها كل ما يعتبر من الضروريات في الناس و عاداتهم، و ذلك وفقاً للمستجدات التي تطرأ على المجتمع⁽³⁾.

ثانياً: تقدير القاضي لنفقة

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

(1) سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، المرجع السابق، ص.105.

(2) قانون 11_84، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل و متمم، المرجع السابق.

(3) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 442.

الفصل الثاني : سلطة القاضي في آثار الزواج و انحلاله

بالعودة إلى المادة 79 ق.أ.ج.(1). نجد أنّ المشرع الجزائري ألزم القاضي عند تقدير النفقة أن يراعي في ذلك ظروف المعاش لكلاهما أي الزوج والزوجة و الحالة الاقتصادية و الاجتماعية(2).

وردت في شأن المادة أعلاه بعض الاجتهادات القضائية و التي تناولت كيفية تقدير القاضي لنفقة الزوجة، فنذكر منها القرار الصادر عن المحكمة العليا في 16|03|1999 والتي أقرت على ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه في تقدير النفقة يراعي القاضي حال الطرفين و ظروف المعاش"(3).

ثالثاً: تحديد القاضي لتاريخ استحقاق النفقة

نص المشرع الجزائري على تاريخ استحقاق النفقة في المادة 80 ق.أ.ج. و التي تنص على ما يلي: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءً على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"(4).

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

غير أنّ هذه القاعدة ورد عليها استثناء و المتمثل في إمكانية إصدار القاضي بالحكم بالنفقة لمدة سابقة عن رفع الدعوى، و السبب في ذلك تتمثل في الظروف التي دفعت بها إلى التأخير عن رفع الدعوى و ذلك بشرط قيام و وجود دليل منها تثبت فيه عدم إنفاق زوجها؛ أما إذا انعدم الدليل فإنّ القاضي في هذه الحالة لا يطبق هذا الاستثناء(5).

(1) الم 79 ق.أ.ج. تنص على ما يلي: " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

(2) سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 107 .

(3) العيش فضيل ، المرجع السابق ، ص. 76 .

(4) قانون 84_11، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل ومتمم، المرجع السابق .

(5) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 449.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير النفقة على الأولاد

أوجب الله سبحانه و تعالى نفقة الأب على الأولاد فلا تشاركه في ذلك الأم و لا أحد الأقارب، و تقدر هذه النفقة حسب حال الأب من غنى و فقر و وسط، و ذلك بالمعروف أي حسب العرف و العادة المعروف بها في تلك المنطقة⁽¹⁾. و دليل وجوبها قول الله عزّ وجلّ : " و على المولود رزقهنّ بالمعروف"⁽²⁾.

فالولد إذا كان عاجزا عن الكسب لصغره، أو لإصابته بمرض مزمن منعه عن الكسب كالجنون العته والشلل، أو أنّه طالب العلم فنفقته تكون من أبيه⁽³⁾ هذا إن كان الأب موسرا؛ أما إذا كان عاجز، عن الإنفاق يتحول واجب الإنفاق إلى الأم القادرة⁽⁴⁾ ، هذا ما أكدته المادة 76 ق.أ.ج. التي تنص : "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"⁽⁵⁾.

غير أنّه إذا كان غنيا و كان قادرا على الكسب؛ فإنّ نفقته تكون من كسبه وهذا ما أقرت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998|04|21⁽⁶⁾؛ أما فيما يتعلق بأحكام التقدير لنفقة الأولاد وكذا وكذا تاريخ استحقاقها فهي نفس أحكام نفقة الزوجة.

النفقة من المسائل الإستعجالية ذلك لما للمرأة و الأولاد من ضرورة لتلبية حاجيات المعاش، و بالتالي وجب على القاضي حل قضايا النفقة في مدة معقولة و قصيرة⁽⁷⁾.

(1) البسام عبد الله بن عبد الرحمن، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، جزء سادس مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، د. س. ن، ص. 35_36.

(2) سورة البقرة، آية 233.

(3) الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ص. 823_824.

(4) سعد عبد العزيز، جرائم الاعتداء على الأموال العامة و الخاصة، ط. 2، دار هومه للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2006.

(5) قانون 84_11، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل و متمم، المرجع السابق.

(6) م.ع ، غ. أ. ش ، قرار رقم 189258، مؤرخ في 1998|04|21، قضية (فريق ح س) ضد: (ح أ)، م.ق، عدد خاص، 2001، نقلا عن، العيش فضيل، المرجع السابق، ص. 74.

(7) سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 156.

المطلب الثاني:

سلطة القاضي في الآثار المالية المترتبة عن انحلال الزواج

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

خلال الفروع اللاحقة نحاول دراسة كل هذه الآثار و سلطات القاضي فيها و ذلك حسب الخطة

التالية:

_ الفرع الأول: تقدير القاضي للتعويض و المتعة.

_ الفرع الثاني: تقدير القاضي لنفقة العدة.

_ الفرع الثالث: تقدير القاضي لنفقة الإهمال.

_ الفرع الرابع: سلطة القاضي في النزاع حول متاع البيت.

الفرع الأول: تقدير القاضي للتعويض و المتعة

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

أولاً: التعويض عن الطلاق التعسفي

الطلاق التعسفي هو الطلاق الذي لا يتوفر فيه سبب معقول و مقنع و شرعي لتوقيعه؛ غير أنه

إذا كان هناك سبب مشروع يتقدم به الزوج فإنه لا يعتبر طلاق تعسفي إنما يعتبر طلاق مشروع.

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

الفصل الثاني : سلطة القاضي في آثار الزواج و انحلاله

يلحق الطلاق التعسفي ضرر للمطلقة كالإساءة إلى سمعتها و بالتالي يجب التعويض عن ذلك الضرر، أيضا الشريعة الإسلامية رتبت على هذا النوع من الطلاق أثر وجب عليه التخفيف لضرر اللاحق بالمطلقة و هو ما يسمى بالمتعة⁽¹⁾.

مسألة تعسف الزوج في الطلاق تعود للسلطة التقديرية للقاضي، ذلك أنه إذا ما تبين له تعسف الزوج فإنه يحكم بالتعويض للمطلقة، هذا ما أكدته المادة 52 ق.أ.ج. بأنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"⁽²⁾.

المادة أعلاه لم تحدد المعيار الذي يعتمد عليه القاضي ليقدر التعويض عن الطلاق التعسفي، بل أنه تركه لسلطة التقديرية للقاضي الذي يحدده وفقا لدرجة التعسف و الحالة المالية للزوج⁽³⁾.

الإشكال القائم هل التعويض و المتعة لهما نفس المعنى؟

المشرع الجزائري لم ينص على المتعة إلا أن القضاء الجزائري جسده في قراراته فأعتبره في بعض الأحكام مثله مثل التعويض ذلك أن الزوجة التي طلقها، فإنها تقرر لها المتعة و ذلك تخفيفا على ألم فراق زوجها و هو ما يعتبر في حد ذاته تعويضا، و هناك أحكام قضائية أخرى ترى أن المتعة و التعويض يختلفان؛ ذلك أنه لا يجوز الحكم بالمتعة إلا لزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا ذلك أنها تمنح لها مقابل الضرر اللاحق بها جراء الطلاق التعسفي، و يسقط الحكم بالمتعة في حالة إذا ما تحمّل الزوجة المطلقة بالمسؤولية⁽⁴⁾.

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 238.

(2) قانون 11_84، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل و متمم، المرجع السابق.

(3) بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 238.

(4) قمرأوي عز الدين، صقر نبيل، قانون الأسرة قانونا وتطبيقا، د. ط، دار الهدى لطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر،

2008، ص. 65_66.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في نفقة العدة

العدة هي المدة المعلومة التي تمضي فيها المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها دون أن تتكح رجلا آخر و ذلك إلى غاية انتهاء هذه المدة⁽¹⁾؛ فإن أي فرقة حصلت بين الزوجين بأي سبب غير سبب الوفاة و ذلك سواء بالدخول الحقيقي في الزواج الفاسد، أو بالدخول الحقيقي أو الحكمي في الزواج الصحيح فإنه يجب على الزوج أن ينفق على المطلقة و هي ما تعرف بنفقة العدة⁽²⁾.

المشعر الجزائري تناول موضوع العدة في المواد 58 إلى 61 قانون الأسرة الجزائري، و في موضوعنا نرتكز على دراسة آثار العدة و سلطة القاضي التقديرية في ذلك حيث نص المشعر في المادة 61 ق.أ.ج.على أنه: "لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من المسكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة طلاقها"⁽³⁾.

خلال استقراء نص المادة نجد أن المشعر الجزائري أعطى الحق لكل مطلقة أو المتوفى عنها زوجها في النفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها، و ذلك يعتبر من مبادئ العدل على أساس المعتدة في هذه المرحلة تكون محتبسة عند الزوج بأمر الشرع ولمصلحة النظام العام، كذلك لمصلحة الرجل الذي تعتد لصيانة النسب إليه، لذلك يجب على القاضي أن يحددها و يشير إليها في نفس الحكم الذي تقضي فيه بالطلاق، حتى و إن كان ذلك بتظلمها و ذلك للعبرة المذكورة أعلاه⁽⁴⁾.

هذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 22|10|1984 والذي جاء فيه بما يلي: "متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تضل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة ، فإن القضاء بما بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"⁽⁵⁾.

نفقة العدة حق ربطه المشعر بمكوث الزوجة في البيت الزوجية؛ بمعنى أن هذا الحق يسقط في حالة تركها المقر الزوجي و لم تقضي العدة فيه دون مبرر شرعي، وتعتبر و كأنها ناشز و على القاضي

(1) محمد عاشق إلهي البرني، المرجع السابق، ص. 54.

(2) العمروسي أنور، المرجع السابق، ص. 275.

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

(4) منصور نور، المرجع السابق، ص. 83.

(5) م. ع ، غ .أ.ش، قرار رقم 34327، الصادر في 22|10|1989، م. ق، 1989، عدد 3، ص. 69.

الفصل الثاني : سلطة القاضي في آثار الزواج و انحلاله

أن يحكم بنفقة العدة سواء طالبت بها تلك الزوجة أو لم طلبها، و ذلك لاعتبار أن حق النفقة حق ثابت شرعا من الحقوق الزوجية التي لا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعا أو تنازلت عنها الزوجة صراحة⁽¹⁾.

القاضي عند الحكم بالنفقة فيجب عليه أن يراعي حال الطرفين عند تحديده لمبلغ النفقة، هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 18|06|1991 الذي يقر بما يلي: "إن تحديد مبالغ المتعة و التعويض و نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها"⁽²⁾.

الفرع الثالث: تقدير القاضي لنفقة الإهمال

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

_ أن يثبت أن الزوج قادرا على أداء النفقة .

_ أن تقدر النفقة من القاضي و تمضي مدة لا ينفق حتى يتكون دين على عاتقه⁽³⁾.

المشرع الجزائري في هذا الصدد أدخل في قانون العقوبات في المادة 1|331 التي تنص على: "

يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50000 إلى 300000 دج كل من إمتنع عمدا و لمدة تتجاوز شهرين (2) عند تقديم المبالغ المقررة قضاءً لإعالة أسرته، و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعها، و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم"⁽⁴⁾.

إذا امتنع الزوج عمدا و لمدة تزيد عن شهرين عن دفع المبالغ المالية المقررة قضاءً للإنفاق على

(1) منصوري نورة، المرجع السابق، ص. 84.

(2) م. ع، غ. أ. ش، قرار رقم 75029، الصادر بتاريخ 18|06|1991 م. ق، سنة 1994، عدد 2، ص. 65.

(3) بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص. 194_195 .

(4) أمر رقم 66_156، مؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ، موافق ل 08 يونيو سنة 1966، متضمن قانون عقوبات، معدل و متمم، بقانون رقم 23|06، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج.ر. عدد 84، صادرة في 24 ديسمبر 2006.

الفصل الثاني : سلطة القاضي في آثار الزواج و انحلاله

أسرته و عن أداء كل النفقة سواءً للزوجة، أو الأولاد رغم إلزامه بأدائها أو بدفعها إليهم، فإنه يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، و بغرامة مالية من 50000 إلى 300000 دج⁽¹⁾ .

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

1_ صدور قاضي قسم الأحوال الشخصية يلزم الزوج بتقديم النفقة.

2_ أن يكون الحكم الملزم للنفقة قد قضى على قوة الشيء المقضي فيه ن و لا يقل الطعن.

3_ إبلاغ الزوج بالحكم المسند إليه، و طلب تنفيذه وفقا للقانون .

4_ إثبات امتناع الزوج عن الإنفاق في محضر رسمي يحرره المحضر القضائي.

5_ يجب أن تكون الزوجة غير عالمة بإعساره وقت الزواج⁽²⁾.

خلال ما تم عرضه في هذا الفرع نتوصل إلى أن المادة 74 المذكورة سابقا أقرت أن نفقة الزوجة واجبة ولازمة على الزوج، و ذلك بمجرد الدخول بها؛ غير أنه إذ لم يتم بالإنفاق عليها، أي امتنع عن ذلك فيحق للزوجة أن ترفع دعوى قضائية للمطالبة بنفقة الإهمال، فيحكم القاضي بها؛ أما عن تقديرها تعود للسلطة التقديرية للقاضي الذي يقدرها مع مراعاة حال الطرفين⁽³⁾.

الفرع الرابع: تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت

النزاع حول متاع البيت من أخطر آثار انحلال الرابطة الزوجية، و هو كل ما يشمل البيت

الزوجية من أثاث، و مفروشات فيمكن أن يكون الزوج هو الذي اشتراها و جهز بها ذلك البيت، كما قد تكون الزوجة هي التي جلبتها من بيت أبيها يوم زفافها أي في جهازها⁽⁴⁾.

عالج المشرع الجزائري النزاع حول متاع البيت بنص واحد و هو المادة 73 من قانون الأسرة و التي

طرحت مجموعة من الإشكالات على القاضي عند تطبيقها و في مجال واسع لإعمال سلطته التقديرية،

وقد نصت المادة أعلاه على أن: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما حول متاع البيت و ليس

(1) عبد العزيز سعد، جرائم الإعتداء على الأموال العامة و الخاصة، المرجع السابق، ص.176.

(2) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.365.

(3) منصور نور، المرجع السابق، ص. 84.

(4) بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 365.

الفصل الثاني : سلطة القاضي في آثار الزواج و انحلاله

لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين المعتاد للنساء و القول للزوج أو ورثته مع اليمين المعتاد للرجال، و المشتركات بينهما يتقسمانها مع اليمين⁽¹⁾.

خلال المادة نجد أن المشرع وضع قاعدة عقلانية يعتمد عليها القاضي لتقدير ملكية أثاث البيت، ذلك أنه إذا كلن لأحدهما بينة على فالقاضي يحكم له بمقتضى البينة، وفي حالة عدم وجود أو عدم توفر بينة لأحدهما على دعواه فالقول قول من يشهد له الظاهر بذلك، أي ما يصلح للرجال عادة كأدوات الصيد و النجارة و ما يتعلق بمهنته و طلبه الزوج و نازعت فيه الزوجة، و أنكرت ملكيته له دون بينة فإنه يحكم به القاضي للرجل مع يمينه.

وقد يكون ذلك المتاع صالح للاستعمال النسائي عادة كالحلي وأدوات الخياطة و ما شابه ذلك و طالبت الزوجة به دون أن تتوفر لديها بينة ونازع في ذلك الزوج و أنكر ملكيتها له فإنه رغم ذلك يحكم به القاضي لها مع يمينها⁽²⁾.

الإشكال الذي يثور حالة وجود النزاع الذي يتمحور حول ملكية المتاع؛ الذي تجلبه الزوجة معها في عرسها، و الذي اشترته بالمهر المقدم لها و هذا الأخير ملك لها؛ غير أن القاضي في هذه النقطة لا يجد المعيار الذي يعتمد عليه لتحديد لتحديد الأشياء المشتركة بينهما، لكونه معتاد للنساء و الرجال.

المهر هو الذي يقدم نحلة للزوجة و هو ملك خالص لها، و بالتالي في ليست ملزمة بإعداد جهاز بيتها الزوجي إلا أنه ملزم على الزوج؛ غير أن العرف في بعض الحالات يلزم المرأة بأن تجهزه من صداقها أو تأتي ببعض الجهاز من نفقة الأقارب مثلا. هنا الزوجة تملك الجهاز و ليس هناك من يلزمها بأن يستعملها الزوج؛ أما إذا استعملها رغما عنها أي من غير رغبتها بذلك، فيحق لها استردادها بعينها أو قيمته أو مثله إذا استهلكت في يد زوجها، سواء كانت الزوجية قائمة بينهما، أو أنه تم الانحلال و الطلاق⁽³⁾.

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

(2) سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.148.

(3) عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية (فقها و قضاء)، ط. 1، دار الفكر العربي، مملكة عربية سعودية، 1984، ص. 198_199.

الفصل الثاني : سلطة القاضي في آثار الزواج و انحلاله

المحكمة العليا أقرت بشأن هذه المسألة في قرارها الصادر في 16|01|1989 الذي جاء بما يلي:
"من المستقر عليه قضاء وشرعا أن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملك للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للقواعد الشرعية"⁽¹⁾.

الإشكال الثاني الذي يثور هو حالة تزعم كل من الزوج و الزوجة؛ أن ذلك المتاع الموجود في البيت الزوجية قد ساهما كلاهما في إعدادها و انعدام الحجة على ذلك، فإذا كان هذا المتاع صالح لكل من الزوج و الزوجة فقد اختلف فيه الرأي في الفقه الحنفي إلى الآراء التالية:

1_ قول وفز:

كل ما يصلح للزوج والزوجة من المتاع التابع لمقر الزوجية يقسم بينهما مناصفة أي بالتساوي و ذلك لقيام الزوجية بينهما معا .

2_ قول أبو حنيفة وأحمد:

إذا كان المتاع المتواجد في البيت الزوجية صالح لكل من الزوج و الزوجة فإنه يكون ملك للمتصرف و هو الزوج و ليس الزوجة ذلك أنها تتمتع بأيدي حافظة وليست متصرفة.

3_ قول أبو يوسف:

في حالة كونه صالح لهما فإنه يكون ملك للزوجة، ذلك أن حسب العرف المرأة لا تدخل البيت الزوجي إلا بجهاز يليق بها، و ما زاد عن مثيلاتها فليس ملك لها؛ إنما هو ملك الزوج⁽²⁾.

بالعودة إلى القانون الجزائري نجد أنه في المتاع المشترك بين الزوجين فإنهم يتقسمانها و هو قول الفقيه وفز وذلك مع يمينهما و هذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 73 السالفة الذك⁽³⁾.

نرى أنه إذا كان النزاع حول متاع البيت بين الزوج و الزوجة، ولا يوجد أي دليل لكلاهما فإنه يجب على القاضي أعمال سلطته التقديرية مسند في ذلك إلى العرف، و العادة المتعارف بها بين الناس ذلك أنه

(1) م. ع ، غ.أ.ش ، قرار رقم 52212، صادر في 16|01|1989، م.ق ، عدد 3، 1991، ص.55.

(2) عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.203_204 .

(3) قانون 84_11، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل ومتمم، المرجع السابق.

الفصل الثاني : سلطة القاضي في آثار الزواج و انحلاله

هناك من الأعراف، أين تأتي الزوجة في زفافها بأثاث في جهازها ففي هذه الحالة رغم عدم وجود بينة و لا دليل؛ إلا أن القاضي يحكم وفق العرف لصلح المرأة؛ أما تعذر على القاضي ذلك فإنه يأخذ بأحكام المادة 73 ق.أ.ج. المذكورة سابقا.

ليسترد كل من الزوج والزوجة ما يتزعمه حول ملكية كل واحد منهما لمتاع البيت لابد أولا من قيام دعوى قضائية التي تسند إلى شروط لقبولها، من وجوب وجود المتاع، و مكان تأدية اليمين إضافة إلى تقدير القاضي لقيمة المتاع، هذا ما نعالجه فيما يأتي:

أولا: النزاع حول متاع موجود

لرفع دعوى النزاع حول متاع البيت فإنه لابد أن يكون المتاع المتنازع عليه موجودا، فلا نتصور قيام هذه الدعوى على متاع غير موجود أو متاع محل إنكار من المدعى عليه، مثلا يقدم أحد الزوجين قائمة من المتاع؛ إلا أنها تكون محل إنكار من الطرف الثاني ففي هذه الحالة لا دعوى على نزاع حول المتاع. كذلك مثال آخر في حالة ما ادعت الزوجة أنها تركت متاعا في البيت الزوجية ففي هذه الحالة يحكم القاضي وفق القاعدة التالية: "البينة على المدعي و اليمين على من أنكر" فيوجه القاضي يمين حاسمة إلى الزوج إذ لم تقدم الزوجة حجة على ما ادعته، و يحكم بذلك القاضي لصالح الزوج⁽¹⁾.

ثانيا: مكان اليمين و كفيته

المشرع الجزائري لم ينص في المادة 73 ق.أ.ج. على المكان الذي يؤدي فيه اليمين و لا على كيفية أدائها، ولا على إجراءاتها و بناءا على هذا السكوت دفع بالقضاء إلى الاجتهاد من أجل تحديد مكان و إجراءات و كيفية أداء هذا اليمين، بناء على ذلك توصل الاجتهاد القضائي إلى طرق مختلفة لتحديده.

ذهب بعض القضاة إلى اعتبار مكان الحلف هو المسجد، وبحضور المحضر القضائي و أمين ضبط المحكمة؛ إلا أن هذه الطريقة ليست صائبة ذلك أنه في غالب الأحيان أين يصدر القاضي أحكاما وفقا لهذا اليمين دون أن يشير إلى الخصم الآخر.

(1) أث ملويا لحسين بن شيخ، المرجع السابق، ص.569_570.

الفصل الثاني : سلطة القاضي في آثار الزواج و انحلاله

بناء على ما سبق نتوصل إلى أنه رغم سكوت المشرع و القضاء على تحديد مكان اليمين وكيفية أدائها؛ إلا أنه يجب أن نحيل إلى تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و ذلك في المادة 193 التي تنص على: "تؤدي اليمين من قبل الخصم الذي وجهت له شخصيا بالجلسة أو في المكان الذي يحدده القاضي، و إذا برر إستحالة التنقل يمكنه أدائها إما أمام قاضي منتدب لهذا الغرض، ينتقل إلى مكان تواجده بحضور أمين الضبط، و إما أمام المحكمة الموجود بدائرة اختصاصها محل إقامته، تؤدي اليمين حسب الحالة، بحضور أمين الضبط أو المحضر القضائي، الذي يحرر محضرا عن ذلك، و في جميع الحالات تؤدي بحضور الخصم الآخر أو بعد صحة تبليغه"⁽¹⁾.

خلال هذه الم نستنتج أنها بإسقاطها على كيفية أداء اليمين في النزاعات القائمة على متاع البيت ، نجد أن القاضي هو الذي يوجه اليمين إلى الخصم و ذلك في المكان الذي يختاره، و اليمين تؤدي بحضور أمين الضبط أو المحضر القضائي ، الذي بدوره يحرر محضر على ذلك. كما نجد أن ق.إ.م.إ. نص على زمان و مكان قيام اليمين، و ذلك حسب الم 191 منه⁽²⁾.

ثالثا: تحديد القاضي لقيمة المتاع المتنازع عليه

مسألة تحديد القاضي قيمة الأشياء المتنازع عليها بين الزوجين نجد أن القضاء قد تطرق لرأيين بشأنها، و هما في الآتي بيانه في لاحقا.

1_ الرأي الصادر عن المحكمة العليا في 11/04/1988:

هذا الرأي صادر عن الملف رقم 49302 و الذي جاء بما يلي: "من المقرر قانونا إذا تنازع الزوجين حول قيمة الأمتعة فللقاضي سلطة في تحديد ذلك و لا يجوز تحويل سلطته إلى شخص آخر، و من ثم فإن القضاة بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للقانون"⁽³⁾. هذا يعني أنه في حالة النزاع حول تحديد قيمة الأمتعة فإن القاضي هو الذي يحدد قيمتها وفقا لسلطته التقديرية، و لا يجوز له أن يحول سلطته إلى شخص آخر.

(1) قانون 09_08 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق.

(2) الم 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 يترتب من عقوبات جزائية على اليمين الكاذبة"

(3) م.ع ، غ.أ.ش، قرار رقم 49302، صادر في 11/04/1988، نقلا عن، دلاندة يوسف، المرجع السابق، ص. 87.

الفصل الثاني : سلطة القاضي في آثار الزواج و انحلاله

2_ الرأي الصادر عن المحكمة العليا في 18|05|1999:

هذا الرأي تم الإقرار عليه في القضية رقم 222651، و الذي جاء بما يلي: "تقييم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناع والتجار و ليس إلى القضاة"⁽¹⁾.

الرأي الذي نرجحه هو أن الرأي الثاني الذي تناولته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 18|05|1999 هو القريب للمنطق، ذلك أن القاضي قد لا يدرك الأشياء المتنازع عليها و بالتالي يجب الاعتماد على خبير الذي يحدد قيمتها بالإسناد على خبرته في المجال، هذا ما يتوجب على القاضي الاعتماد على خبير لتقييم قيمة المتاع المتنازع عليه.

(1) م.ح، غ.أ.ش، قرار رقم 222651، الصادر في 18|05|1999، م . ق، عدد خاص، سنة 2001، ص.248 ، نقلا عن، العيش فضيل، المرجع السابق، ص. 72.

المبحث الثاني:

السلطة التقديرية للقاضي في إثبات النسب و الحضانة.

من أهم ما يترتب عن انحلال الرابطة الزوجية من آثار؛ النسب و الحضانة، فلذلك سوف نتناول كل اثر بشكل منفرد، وإبراز سلطة القاضي في كل منهما.

المطلب الأول:

سلطة القاضي في إثبات النسب.

يعتبر النسب من أهم النتائج المترتبة عن الزواج و الطلاق، حيث يتعلق ذلك بنسب الأولاد الذين هم ثمرة ذلك الزواج. فقد أحاط الشارع الحكيم للنسب أهمية بالغة لقوله تعالى: "و الله جعل لكم من أنفسكم أزواجا و جعل لكم من أزواجكم بنين و حفيدة"⁽¹⁾، لعل هناك العديد من طرق إثبات نسب الولد فمنها ما هي تقليدية و حديثة، و هي محل دراستنا فيما يلي:

الفرع الأول: سلطة القاضي في إثبات النسب بالطرق التقليدية

باعتبار موضوع النسب ذا أهمية، ومنعا لاختلاط الأنساب فلم يعترف الشارع الحكيم سوى بما هو ناتج من الزواج الصحيح، بحيث جعل الزواج طريقا أصيلا في ثبوت النسب⁽²⁾، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص الم 40 ق.أ.ج. و ذلك كما يلي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون"⁽³⁾. فوفق نص الم السالفة الذكر نجد أن إثبات النسب يكون بعدة طرق محددة ، حيث يشترط توفر بعض الشروط لصحتها ، ويكون بذلك للقاضي سلطة تقديرية ؛ في التأكد من مدى توفر تلك الشروط وصحتها.

(1) سورة النحل، أية، 72.

(2) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 227 .

(3) قانون 84_11، متضمن قانون أسرة جزائري، المرجع السابق.

ومن تلك الطرق المحددة لإثبات النسب نجد منه:

أولاً- الزواج الصحيح:

فالزواج يكون صحيحاً؛ متى استوفى كامل شروطه من صداق وشاهدان، ولي و انعدام الموانع

الشرعية المنصوص عليها في المادة 09 مكرر ق.أ.ج. و ركنه الوحيد الذي يتمثل في الرضا، فيكون بذلك صالحاً لثبوت النسب به دون اشتراط لصحة، غير أن ذلك لا يكفي لوحده لإثباته دون مجيء الولد ممكن في تلك الحياة الزوجية، و استناداً للحديث الشريف " **الولد للفراش و للعاهر الحجر**". معنى ذلك أن الولد يلحق للأب الذي له زوجية صحيحة، و الفراش هو الزوجة في رأي جمهور الفقهاء، أما الزنا فلا يصح كسبب لإثبات النسب و إنما يلحق الزنا العاهر بالحجر⁽¹⁾.

ما يتعلق بنسب الولد لأمه ؛ يثبت في جميع الحالات سواء كانت العلاقة شرعية أم غير شرعية، فهي التي حملت و وضعت، وبالتالي تحمل صفة الأم و تسري بينهما سائر الحقوق من نسب و رضاع و غيرها من الحقوق، أما فيما يخص الرجل؛ فلا يثبت نسبه لابنه إلا من خلال الزواج الصحيح. و ذلك وفق ما تم النص عليه في الم 41 من ق.أ.ج. التي تقضي: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً و أمكن الاتصال و لم ينفي بالطرق المشروعة"⁽²⁾.

لثبوت النسب في الزواج الصحيح لابد من توفر شروط ضرورية لذلك، و تتمثل أساساً فيما يلي:

1_ أن يكون اتصال الطرفين أي الزوج و الزوجة ممكناً أثناء قيام الزوجية؛ بحيث لا يتصور أن تكون المرأة فراشاً صحيحاً للزوج إلا إذا أمكن التلاقي الجسدي و الدخول الحقيقي بها، أي أن يكون هناك اختلاط جنسي بينهما⁽³⁾.

2 _ أن يوضع المولود بين أقل مدة الحمل و أقصاها ؛ حيث أجمع الفقهاء على أن أقل مدة الحمل هي 6 أشهر من تاريخ الدخول، لأن العبرة بإمكانية تلاقي الطرفين و الاتصال بينهما في رأي الجمهور؛ غير أن المذهب الحنفي أخذ بخلاف ذلك بحيث تعتبره من وقت عقد الزواج حتى و لو طالبت مدة الدخول، و دليل إجماع الفقهاء على أقل مدة الحمل ما ورد في الآية الكريمة 15 من سورة الأحقاف، و ذلك لقوله تعالى : " و حملهُ و فصامه ثلاثون شهراً" ، كذا الآية 14 من سورة لقمان في قوله تعالى: "و

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 675 .

(2) قانون 84_11، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل ومتمم، المرجع السابق.

(3) محمد محدة، المرجع السابق، ص. 418.

فصامه عامين " ، حيث أن الآية الأولى حددت الفصام ثلاثون شهرا ، و الآية الثانية حددت الفصام بعامين، فالفرق بين الثلاثون والعامين (24) هو 6 أشهر، و هو أقل مدة الحمل بإجماع الفقهاء.

أما فيما يخص أقصى مدة الحمل، فقد تضاربت آراء الفقهاء فيه ؛ حيث أن الفقه الحنفي حدده بمدة سنتين من يوم وفات الزوج أو الطلاق؛ لقول عائشة رضي الله عنها: "لا يبقى الجنين في بطن أمه أكثر من سنتين من يوم وفات زوجها أو الطلاق"⁽¹⁾، أما الشافعية و الحنابلة فقد حددها بمهلة أربع سنوات، أما جمهور المالكية حددها بمهلة خمس سنوات⁽²⁾.

هذا ما تبناه المشرع الجزائري فقد وافق رأي جمهور الفقهاء من خلال نص الم 42 ق.أ.ج التي تنص: "أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة (10) أشهر"⁽³⁾. حيث اعتبر لثبوت النسب بالزواج الصحيح، أن يوضع الحمل في أقل مدة له و هي 6 أشهر من وقت الدخول الحقيقي بالزوجة و إمكانية اتصال الطرفين، أما فيما يتعلق بأقصى مدة الحمل 10 أشهر فلا ندرى هل اعتمد على رأي فقهي معين أم اعتمد على الخبرة الطبية⁽⁴⁾.

3_ أن لا ينفيه بالطرق المشروعة، فبموجب نص الم41 سالف الذكر، فقد اشترط المشرع الجزائري لثبوت نسب الولد لأبيه أن لا ينفيه هذا الأخير بالطرق المشروعة المتمثلة في اللعان. و هذا الأخير كلمات تفيد القذف و إطلاق العار و تلطيخ الشرف و نفي الولد، و اللعان لم يرد في نص قانوني ولا في القرآن بل ورد في السنة⁽⁵⁾. فينسب الولد لأبيه عن طريق الزواج الصحيح، متى كانت ولدته؛ خلال مدة 6 أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي بها، أو 10 أشهر من تاريخ الوفاة أو الطلاق، و خلاف ذلك لا يلحق نسبه لأبيه. خلاصة القول نستنتج أن؛ سلطة القاضي في إثبات النسب عن طريق الزواج الصحيح، تأكده من مدى توفر الشروط الثلاثة السابقة الذكر، و مدى صحتها و حجيتها في الحكم بإسناد نسب الولد لأبيه.

(1) حديث شريف، رواه الدرقي و البيهقي في سسنهما، نقلا عن، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 677.

(2) وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص. ص. 676_ 677 .

(3) قانون 84_11، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل ومتمم، المرجع السابق.

(4) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 232.

(5) محمد محدة ، المرجع السابق، ص. 419 .

ثانياً_ الإقرار:

الإقرار هو استلحاق شخص لآخر، بحيث يقر أنه منه، فيثبت نسب المقر له في حالة عدم اعتراضه بذلك، أي أنه صدق ما أقر به المقر⁽¹⁾. و المشرع الجزائري اعتبره الإقرار وسيلة ثانية لإثبات النسب و ذلك حسب الم 40 في فقرتها الأولى من ق.أ.ج؛ أما عن أنواع الإقرار فقد تناوله المشرع الجزائري في نص الم 44 من نفس القانون حيث تنصت: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة ، أو الأبوة ، أو الأمومة ، لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل و العادة"⁽²⁾.

فوفق نص الم فإن الإقرار بالنسب؛ قد يكون فيه حمل النسب على المقر نفسه، وقد يكون حمل النسب على غيره . فالإقرار بالأبوة و الأمومة و البنوة ، فمثل هذا الإقرار يكون حجة قاصرة على نفس المقر، لا يسري إلا عليه و هذا ما نصت عليه الم 44 سالف الذكر، حيث يشترط لثبوت النسب وفقه توفر الشروط التالية :

_ أن يصدقه العقل و الحس، بأن يكون فارق السن بينهما يسمح بالادعاء.

_ أن يكون المقر له مجهول النسب، فإذا كان معلوم النسب فلا يعتد بالإقرار كطريق لثبوت النسب.

أما الإقرار بالأخوة و العمومة، فمثل هذا الإقرار يكون حجة على غير المقر؛ فلا يسري بذلك الإقرار عليه إلا بتصديقه من طرف المقر له فقط. حيث إذا ادعى شخص بأخوة شخص آخر، فلا يسري عليه ذلك الإقرار إلا بتصديق المقر له⁽³⁾.

في الأخير نستنتج أن سلطة القاضي في إثبات نسب الولد لأبيه عن طريق الإقرار، تحققه من الشروط الواجب توفرها بالنسبة للإقرار على نفس المقر، وكذا صحة التصديق المتعلقة بالإقرار لغير المقر، حيث أن مسالة التصديق على غير المقر قد لا تستقيم في كثير من الأحيان؛ حيث قد يكون المقر عديم التمييز لذا لا يعتد بالإقرار لثبوت النسب .

(1) عطية صقر، رعاية الأسرة في الإسلام(مشكلات الأسرة)، جزء سادس، مكتبة وهبة ، القاهرة ، 2006 ، ص.93.

(2) قانون 84-11، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل ومتمم، المرجع السابق.

(3) عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص، 174 .

ثالثا_البينة:

البينة كل وسيلة مثبتة للحق و مظهرة له؛ مرادفها الشهادة و هي 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 امرأة أمومة مولود من زوجها و أنكر الزوج ذلك، لها أن تأتي ببينة، و كذا لو ادعى الزوج أن الحمل و الطفل المولود من زوجته لا ينسب له؛ كان عليه إقامة بينة و تكون بكافة الطرق المؤدية إليها. و يستوجب على المدعى إثبات دعواه ببينة كاملة؛ وهي شهادة رجلين عدليين، أو شهادة رجل و امرأتين عدول⁽¹⁾.

و القاضي لا يعتمد على كل وسائل الإثبات لإقرار النسب على أساس البينة أي لا يأخذ بالمفهوم الواسع للبينة بما تشمله من الكتابة و القرائن؛ بل أخذ بالمعنى الخاص له وهي شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، و هذا ما أقرت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 15/06/1999⁽²⁾.

وللقاضي السلطة التقديرية عند ثبوت النسب بالبينة، بالأخذ بها و اعتبارها وسيلة لإثبات النسب ، و ذلك من خلال شهادة الشهود أو استبعادها ؛ فله سلطة واسعة في ذلك.

رابعا_ نكاح الشبهة:

هو دخول شخص على امرأة لا تحل له أصلا عن غير علم، معتقدا أنها حليلته، ثم يتبين له أنها غير ذلك، فيكون الشخص بذلك واقعا بتلك المرأة بشبهة، فتكون بذلك مثبتة للنسب ومدرات للحد. فلو أتت امرأة بولد لستة أشهر أو أكثر من الفعلة، اعتبر ابنا للواطي لتأكد الحمل منه، و إذا أتت به لأقل من ستة أشهر لا يثبت منه النسب، لتأكد أن الحمل كان قبل ذلك الفعل⁽³⁾.

للقاضي سلطة تقديرية لإثبات نسب الولد للفاعل، أو استبعاده وذلك استنادا لكل الطرق لإثبات ذلك الفعل.

(1) عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص.18.

(2) م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم: 222674، مؤرخ في 15-6-1999 ، م.ق، عدد خاص، سنة 2001، نقلا عن، العيش فضيل، المرجع السابق، ص.38.

(3) بومجان سولاف، إثبات النسب و نفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 16، الجزائر، 2005 | 2008، ص.22- 23.

خامسا_ النكاح الفاسد و الباطل:

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 و اختلاء و غيرها من الشروط الواجب توفرها في الزواج الصحيح السابق الذكر. وللقاضي السلطة التقديرية، في تكيف و إلحاق نسب الولد بأبيه أم لا⁽¹⁾.

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 الم40 فقرة ثانية من ق.أ.ج. المعدلة بموجب الأمر 05_02، أجاز المشرع الجزائري اللجوء لمثل هذه الطرق لإثبات النسب حيث ينص: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"⁽²⁾.

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 (ABO)، من هذه الاكتشافات تحليل الحامض النووي أو ما يسمى بالبصمة الوراثية (ADN)، وكذا نظام (HLA)، إضافة لأنظمة بيولوجية أخرى لا تزال قيد الاكتشافات .

فقد اتفق علماء الطب على أن نظام البصمة الوراثية (ADN) ونظام (HLA) ذات دلالة قطعية في مجال إثبات النسب ، أما فحص فصائل الدم فتعتبر ذات دلالة نسبية، حيث لا يمكن إعطاء نتائج متطابقة في مجال إثبات النسب إلا ما يتعلق بنفيه، وبالتالي لا ترقى لدليل الإثبات القطعي⁽³⁾.

للقاضي سلطة تقديرية في استبعاد أو الاستعانة بما تضمنته نتائج الخبرة الطبية لإثبات النسب وعليه فإنه لا يمكن له بأي حال من الأحوال، الفصل في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية إلا باللجوء

(1) بومجان سولاف، المرجع السابق، ص.23.

(2) قانون 84_11، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل ومتمم، المرجع السابق.

(3) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 492، 500.

إلى استشارة آراء الخبراء والعلماء المتخصصين في مجال البيولوجي؛ للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة بحيث لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلا بالاستعانة إليهم والاسترشاد بأرائهم⁽¹⁾.

و أخيرا فان المشرع الجزائري قد أباح للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب فقط دون النفي، لأن النفي يتم باللعان وفق النصوص الشرعية و القانونية.

المطلب الثاني:

السلطة التقديرية للقاضي في الحضانة.

تعتبر الحضانة أثر من آثار الطلاق، فيعتبر كذلك مظهر من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفل، فتسند مهمة القيام بها عادة للنساء، و هي كذلك عامل مادي يتصف بصفتين: هما أن الحضانة حقا و واجب؛ حيث تعتبر من جهة حقا للمحضون و حقا للحاضن، و من 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.

وفق نص الم 62 ق.أ.ج. في فقرتها الأولى، عرفت الحضانة على أنها: "الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة وخلقاً"⁽²⁾.

فنص الم عرفت الحضانة و حددت أهدافه، و عليه سنبين خلال دراستنا لهذا الموضوع؛ أصحاب الحق في ممارسة الحضانة، وسلطة القاضي في إسنادها وكذا إسقاطها في حالة توفر أسباب سقوطها، إضافة لسلطة القاضي في تمديدها و عودتها رغم انتهاء مدتها.

الفرع الأول: سلطة القاضي في إسناد الحضانة و ترتيب أصحاب الحق فيها.

من المعلوم أن الإناث أليق بالحضانة على حساب الرجال، لأنهم أشفق و أهدى إلى التربية و الرعاية و أصبر على القيام بها. فالمشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة، قدم النساء في حقهن

(1) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 503 .

(2) قانون 84_11، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل و متمم، المرجع السابق.

لحضانة الولد على حساب الرجال ، ثم قدمهن في نفس الجنس إناثا مراعاة من كان أشفق وأقرب منهن . غير أن التعديل الجديد لق.أ.ج ، و فق نص الم 64 أمر رقم 05 - 02 ، رتب من جديد أصحاب الحق في الحضانة و المستحقين لها، فأصبح الأب ثاني في المرتبة، و أبقى الأم على تقديمها عن غيرها في حقها لحضانة الولد. حيث أن الأم أحق و أولى بحضانة ولدها بعد الفرقة. فنصت الم 64 ق.أ.ج. المعدلة أن : "الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة لأم ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ثم العمّة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"⁽¹⁾. فوفق نص الم أعلاه فقد رتب أصحاب الحق في الحضانة كما يلي:

_ فجعلت الأم في المرتبة الأولى في حقها لحضانة ابنها، فتعتبر المدرسة الأولى للطفل، فلها التأثير البالغ على حياة الطفل نفسيا و استقرارا له من حيث تربيته و تأديبه⁽²⁾.

و دليل تقديم الأم في السنة : ما روى عن امرأة جاءت لرسول الله (صلى الله عليه و سلم)، فقالت له: يا رسول الله ؛ان ابني هذا كان بطني له وعاء، و ثدي له سقاء ، و حجري له حواء، و أن أباه طلقني و أراد أن ينتزعه مني ، فقال لها : أنت أحق به ما لم تتكحي ، فمن فرق بين والدته و ولدها، فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيام "⁽³⁾.

كما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا، أن الأم أولى بحضانة ولدها حتى و لو كانت كافرة، حيث جاء فيها: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة ، إلا إذا خيف على دينه ، و ان حضانة الولد للبلوغ و حضانة الأنثى حتى سن الزواج " ⁽⁴⁾.

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

(1) قانون 84_11، متضمن قانون أسرة جزائري، المرجع السابق.

(2) سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 292 .

(3) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 720 .

(4) قرار المحكمة العليا ، رقم: 52221 ، صادر بتاريخ 13 مارس 1989، م. ق، عدد 1، سنة 1993، ص. 48 .

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 قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، و لما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فان قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن"⁽¹⁾.

_ الأولوية في إسناد حق الحضانة بعد الوالدين؛ الجدة لأم تأتي مباشرة بعد الأب، لمشاركتها الأم في الإرث و الولادة، فالجدة لأم أكثر إشفاقا و رأفة، ولهذا فضلت جهة الأم على جهة الأب. ثم تأتي حق الجدة لأب بعد الجدة لأم مباشرة.

_ بعد الجدتين تأتي حق الخالة في الحضانة وبعدها العمة، فرجح المشرع الخالة على العمة، حيث أن شفقة الخالة على الصبي كشفقة أمه⁽²⁾.

ما يمكن استخلاصه أن المشرع الجزائري عند ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، قد وضع مبدأ التداول؛ حيث جاء تارة من جهة الأم وتارة من جهة الأب مع منح الأولوية للأم. فالمشرع الجزائري فتح المجال أمام سلطة القاضي في تقدير أصحاب الحق في الحضانة، مع مراعاة معيار أساسي؛ يتضمن ضرورة مراعاة مصلحة المحضون في تحديد أصحاب الحق فيها، فمصلحة الطفل الصبي فوق كل اعتبار.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إسقاط حق الحضانة و عودتها.

عالج المشرع الجزائري أسباب سقوط حق الحضانة في عدة مواد ما بين الم 66 إلى الم 70، ونص على أسباب عودة حق الحضانة في الم 71 من ق.أ.ج. فأسباب سقوط حق الحضانة هي:

(1) م.ع، غ. أش، ملف رقم 15364، مؤرخ في 18 فيفري 1997، م ق، عدد 1، سنة 1997، ص. 37 .
(2) عدي السعدي، الحضانة في ظل التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 17، الجزائر، 2006|2009، ص. 17_ 18 .

أولاً- زواج الحاضنة بغير قريب محرم:

اختلف الفقهاء في حكم تزويج الحاضنة بأجنبي عن المحضون وذلك وفق آراء منها،الرأي القائل أن الحضانة تسقط مطلقا بالتزويج سواء كان المحضون 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 تنزوج، وبمجرد تزويجها يسقط عنها هذا الحق؛ وذلك أن تزويج الحاضنة بقريب محرم من الصغير كالعَم 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 ذكرا أم أنثى ، وهذا الرأي أكده الحسن البصري، و حجته في ذلك أن أم سلمة لما تزوجة برسول الله لم تسقط بزواجها كفالة ابنها⁽¹⁾.

نستنتج أن المشرع الجزائري وفق نص الم 66 ق. أ.ج. المعدلة، أخذ برأي 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 تزويجها 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 .

ثانياً- تنازل الحاضنة عن حقها في حضانة الصغير:

حيث إذا سبق للمحكمة أن قضت بإسناد حق الحضانة للأم، أو الخالة أو العمّة، 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⁽²⁾.

(1) عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص . 258.

(2) الم 66 ق.أ.ج. تنص على ما يلي: "يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

ثالثاً_ إهمال و عجز من له حق الحضانة للقيام بها:

وفق نص الم 67 ق.أ.ج. في فقرته الأولى، نصت أنه تسقط حق الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليه وفق نص الم 62 سالفه الذكر؛ حيث لو أسند حق الحضانة لأحد مستحقيها قانوناً ثم ثبت عجزه و إهماله للقيام بواجباته نحو الطفل المحضون فيعتبر بذلك غير أهلاً لممارسة حق الحضانة، ويمكن للمحكمة أن تحكم بإسقاط الحضانة منه، ويستوجب لها عند تطبيقها للنص مراعاة دائماً مصلحة المحضون.

رابعاً_ عدم طلب الحضانة في المدة المحددة قانوناً:

السبب الوارد وفق نص الم 68 ق.أ.ج. 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 أمماً أو خالة أو غيرها وتخلت عنه ضمناً ولم تطلبه في الوقت المحدد يسقط حقه في حضانة الولد. حيث بمرور سنة ولم يطلب من له حق الحضانة بانتقال الولد إليه، يسقط حقه في حضانة الولد بقوة القانون، فسيبقى الأب محتفظاً به لأنه ليس هناك من هو أولى بحضانتها من دونه⁽¹⁾.

خامساً_ إقامة الحاضنة مع أم المحضون:

يسقط حق حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم؛ وهذا وفق نص الم 70 ق.أ.ج. بحيث يعتبر من أسباب سقوط حق الحضانة من الجدة أو الخالة وذلك بموجب حكم قضائي⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بعودة و رجوع حق الحضانة إلى صاحبه بعد سقوطه، فإذا سقطت الحضانة لمانع من الموانع، فهل يعود حق الحضانة لصاحبها بعد زوالها؟ ولقد اختلف الفقهاء في الرد عن ذلك وفق رأيين:

(1) سعد فضيل، المرجع السابق، ص.277.

(2) _____، المرجع نفسه، ص.378.

أولاً_ الرأي الأول:

قال المالكية أنه إذا سقطت الحضانة لعذر مشروع كالمرض و السفر للحج مثلا أو أي مانع اضطراري، ثم زال المانع و العذر، عادة الحضانة إليها لأن المانع كان اضطراريا و زال. أما بوجود مانع اختياري وإرادتي للمحضونة؛ كتزوجها بأجنبي عن المحضون مثلا فإذا زال المانع كالطلاق فلا يعود إليها الحق في الحضانة.

ثانياً_ الرأي الثاني:

أقر جمهور الفقهاء الشافعية و الحنفية و الحنابلة أن سقوط الحضانة لمانع، ثم زال المانع عادت الحضانة إلى صاحبها، سواء كان المانع اضطراريا أو اختياري⁽¹⁾.

ثالثاً_ موقف المشرع الجزائري:

المشرع الجزائري أخذ برأي المالكي وفق نص الم 71 ق.أ.ج.⁽²⁾. حيث يقضي أنه يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه الغير الاختياري، 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.

مما سبق فان تقدير الأسباب المسقطه لحق الحضانة تكون بتقدير القاضي لها وفقا لسلطته التقديرية، حيث بمجرد دراسة الموضوع يقدر الأسباب المسقطه لحق الحضانة و مدى جواز عودتها بعد زوال السبب المسقط لها، مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون.

الفرع الثالث: سلطة القاضي في إنهاء مدة الحضانة وتمديده

تنص الم 65 ق.أ.ج. أنه " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، و الأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أمًا لم تتزوج ثانية. على أن يراعي في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون "⁽³⁾.

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 732 .

(2) الم 71 ق.أ.ج. تنص على أنه: " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

(3) قانون 84-11، متضمن قانون أسرة جزائري، معدل ومتمم، المرجع السابق.

الفصل الثاني: سلطة القاضي في آثار الزواج وانحلاله.

فموجب نص الم أعلاه ، نجدها تتضمن قاعدتين أساسيتين : تتعلق أولها بإنقضاء مدة الحضانة وانتهاءها بحكم قانوني، و أخرى متعلقة بتمديدتها.

ففيما يتعلق بإنقضاء مدة الحضانة و إيقافها بحكم قانوني؛ فالمشرع الجزائري وفق الم قد حددها ببلوغ الذكر عشر سنوات، و الأنثى سن الزواج؛ وهو السن القانوني المحدود وفق نص الم 7 ق.أ.ج. الذي حدده بسن (19) سنة، فالزوجين يجوز لهما الاختصاص حول حضانة الطفل ما لم يبلغ السن القانوني المحدد بالنسبة للذكر و الأنثى، حيث يبلغ الصبي المحضون السن القانوني الوارد في نص الم، يسقط حق الأب و الأم في طلب حضانتها، و عليه يبلغ السن القانوني يكون الأولاد غير محتاجون لمن يحضنهم و إنما يكون محتاجا لرعاية و تحسين سلوكه.

أما فيما يخص تمديد مدة الحضانة و منح الحق باستمرارها 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 و عدم تزويجها ثانية⁽¹⁾.

وبذلك فالسلطة التقديرية للقاضي واسعة ؛ في تقدير مدي توفر السبب الداعي لضرورة تمديد الحضانة بالنسبة للطفل الحاضر مع احتفاظ القاضي بضرورة مراعاة مصلحة المحضون.

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

(1) سعد فضيل، المرجع السابق، ص. 278 .

خاتمة

و في ختام ما تم دراسته من هذا الموضوع، نستنتج أن قواعد قانون الأسرة الجزائري قواعد مرنة تفتح المجال أمام تدخل القاضي الذي يقوم بحل النزاعات المطروحة أمامه وفقا لسلطته التقديرية، ليتوصل إلى الحلول القضائية التي تعبر عن إرادة المشرع، إضافة أن الطابع الشخصي و قدرات القاضي لها أهمية بالغة، حيث استتبط أحكامه من أغلب المذاهب الفقهية.

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

فنصوص قانون الأسرة الجزائري كما لأشرنا سابقا نصوص مرنة، يشوبها الكثير من الغموض، و أمثلة ذلك عديدة في هذا الموضوع؛ النصوص المتعلقة بالخطبة، و التحكيم في الشقاق بين الزوجين، و النشوز و ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.

كما لاحظنا على مستوى مختلف المحاكم و المجالس القضائية، في مختلف ربوع الوطن انتشارا واسعا لقضايا الطلاق بمختلف أنواعه، وهذا ما يستوجب على القضاة ضرورة إيجاد حلول مناسبة لحل هذا الخلل الذي يهدم كيان الأسرة و كيان المجتمع ككل.

إضافة لانتشار ظاهرة الزواج العرفي التي كثرت، حيث يترتب عليها العديد من المشاكل يصعب حلها، فهناك من يلغي الكثير من أحكام قضايا الأسرة التي تتمثل في وجوب ترخيص رئيس المحكمة لزواج القاصر، أو في تعدد الزوجات، فالكثير من الأشخاص يلجئون لنوع هذا الزواج للهروب من هذه

الأحكام، ثم بعد ذلك يرفعون دعاوي لإثبات الزواج، و ما على القاضي إلا الحكم بذلك إذا توفرت شروطه القانونية، كما أن عديد الرجال ينكرون هذا الزواج مما تعجز المرأة عن إثباته، و بالتالي تضيع حقوقها و حقوق أولادها من نسب و حضانة و نفقة.

و في الأخير نقدم بعض الاقتراحات التي نراها ضرورية و هي:

_ إعادة نظر في صياغة مضمون قواعد قانون الأسرة، و جعلها أكثر وضوحا لتسهيل على القضاة من إيجاد الحل الأنسب للنزاع المطروح أمامه.

_ إحالة قاضي شؤون الأسرة في حالة عدم وجود نص تشريعي إلى مذهب محدد من مذاهب الشريعة الإسلامية لتسهيل المهمة على القاضي و عدم تضارب و اختلاف الأحكام القضائية.

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

قائمة المراجع

(1) القرآن الكريم

(2) الكتب

- أث ملويا لحسن بن شيخ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، جزء أول، دار هومه، الجزائر، 2005.
- ابن تيمية أحمد، المستدرک في مجموع الفتاوى، ط.2، مجلد خامس، د. د. ن، السعودية، 1997.
- البسام عبد الله بن عبد الرحمان، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، جزء سادس، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، د.س.ن.
- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون (الزواج و الطلاق)، جزء أول، دار الطباعة و النشر و التوزيع لبنان، 1967.
- بدران أبو العينين بدران، الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية و القانون، ط.1، مؤسسة شبان الجامعة، الإسكندرية، د. س. ن.
- البكري محمد عزي، موسوعة الفكر و القضاء في الأحوال الشخصية، ط. 2، دار محمود للنشر و التوزيع، مصر، 1994.
- بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري و مبادئ الاجتهادات القضائية (وفق لقرارات المحكمة العليا)، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
- —، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج و الطلاق)، جزء أول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

- ———، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد (وفق آخر التعديلات)، جزء أول، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012.
- بن تواتي تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، جزء 4، دار الوعي للنشر و التوزيع، الجزائر، 2010.
- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، ط. 1، الجزائر، 2008.
- الحجار حامي محمد، أسباب الطعن بطرق النقض، جزء أول، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004.
- حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية (أحكام عقد الزواج)، د.ط، محكمة النقض لدائرة الأحوال الشخصية، د. ب. ن، 2001.
- دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث، د. ط، دار هومه، الجزائر، 2004.
- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي و أدلته، جزء 7، دار الفكر للطباعة و النشر، سوريا، 1984.
- زهدي يكن، الزواج و مقارنته بقوانين العالم، د. ط، منشورات المكتبة العصرية، لبنان، د.س.ن.
- سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط. 3، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 1999.
- ———، جرائم الإعتداء على الأموال العامة و الخاصة، ط. 2، دار هومهلنشر و التوزيع، الجزائر، 2006.

- _____، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد(شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل)، ط. 3، دار هومه، الجزائر، 2011.
- سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، جزء أول، مؤسسة وطنية للكتاب، الجزائر، 1988.
- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(مصادر الإلتزام)، ط. 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- السيد سابق، فقه السنة، مجلد ثالث، دار الفتح الإعلامي العربي، مصر، 2000.
- الشلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام(دراسة مقارنة)، ط. 2، دار النهضة العربية، لبنان، 1977.
- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية(فقهها و قضاء)، ط. 1، دار الفكر العربي، المملكة العربية السعودية، 1984.
- عبد الوهاب خلاف، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية(وفق مذهب أبي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاكم)، ط. 1، دار القلم للنشر و التوزيع، الكويت، 1990.
- عجة الحلالي، مدخل للعلوم القانونية، جزء أول، دار برتي للنشر، الجزائر، 2009.
- عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام(مشكلات الأسرة)، جزء سادس، مكتبة وهبة، القاهرة، 2006.
- العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، ط. 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د. س.ن.
- العمروسي أنور، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج و الطلاق و الخلع(دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء المناهج الأربعة)، جزء ثالث، دار الفكر العربي، مصر، 2003.

- قمرأوي عز الدين، صقر نبيل، قانون الأسرة قانونا و تطبيقا، د. ط، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2008.
- مأمون محمد أبو يوسف، اجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية، د. ط، عالم كتب الحديث، الأردن، 2010.
- محدة محمد، سلسلة فقه الأسرة(الخطبة و الزواج، دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائية)، جزء أول، ط. 2، د. د. ن، الجزائر، 1994.
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط. 2، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين(دراسة تاريخية تشريعية قضائية)، جزء ثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية، د. س. ن.
- منصورى نورة، التطبيق و الخلع(وفق القانون و الشريعة الإسلامية)، د. ط، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2010.

3) الأطروحات و المذكرات

- بلعواد الزويبير، أركان و شروط عقد الزواج و أثر تخلفها في الشريعة الإسلامية و القانون، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني، مجلس القضاء، الجزائر، 2001|2004.
- بومجان سولاف، إثبات النسب و نفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 16، الجزائر، 2005|2008.
- حفيز جميلة، الضرر كمعيار لفك الرابطة الزوجية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 17، الجزائر، 2006|2009.
- عدي السعدي، الحضانة في ضل التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، دفعة 17، 2006|2009.

- عيسات اليزيد، التطبيق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري(مدعما بالإجتهااد القضائي للمحكمة العليا)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2002|2003.
- وعراب كريمة، الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17، الجزائر، 2006|2007.

4) المجلات القضائية

- المحكمة العليا، مجلة قضائية، عدد 3، لسنة 1989.
- _____، عدد3، لسنة1991 .
- _____، عدد 1، لسنة 1993.
- _____، عدد 4 ، لسنة 1993.
- _____، عدد2 ، لسنة 1994.
- _____، عدد 2 ، لسنة 1995.
- _____، عدد 1، لسنة 1997.
- _____، عدد 1 ، لسنة 1998.

5) النصوص القانونية

أ | النصوص التشريعية

- أمر رقم 75_58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، بالأمر رقم 05|07 المؤرخ في13 ماي 2007، ج.ر. عدد 31، صادرة في 13 ماي 2007 .

- قانون 11_84 ، مؤرخ في 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، المعدل و المتمم ، بالأمر رقم 02|05 ، المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ج.ر. عدد 15 ، صادرة في 27 فبراير 2005 .
- أمر رقم 156_66 ، المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ ، الموافق ل 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات ، المعدل و المتمم ، بالقانون رقم 23|06 ، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 ، ج.ر. عدد 84 ، صادرة في 24 ديسمبر 2006.
- قانون رقم 09_08 ، مؤرخ في 25|02|2008 ، متضمن قانون إجراءات مدنية و إدارية، المعدل و المتمم، ج.ر. عدد 21 ، صادرة في 23 أبريل 2008.

ب | النصوص التنظيمية

- قانون عضوي رقم 11_04 ، مؤرخ في 21 رجب 1425 هـ ، الموافق ل 06 سبتمبر 2004 ، المضمن القانون الأساسي للقضاء.

الفهرس

العنوان	الصفحة
• مقدمة.....	01.
• الفصل الأول: سلطة القاضي في الزواج و انحلاله.....	03.
• المبحث الأول: سلطة القاضي في الزواج.....	04.
• المطلب الأول: سلطة القاضي في الخطبة و الصداق.....	05.
• الفرع الأول: سلطة القاضي في مجال الخطبة.....	05.
• أولاً: تعريف الخطبة و سبب الاهتمام بها.....	05.
• ثانياً: حكم الهدايا المتبادلة خلال فترة الخطبة.....	06.
• ثالثاً: تقدير القاضي التعويض المترتب عن العدول.....	07.
• الفرع الثاني: سلطة القاضي في الصداق.....	11.
• أولاً: تعريف الصداق.....	11.
• ثانياً: حكم الصداق المقدم خلال فترة الخطبة.....	12.
• ثالثاً: النزاعات القائمة حول الصداق.....	12.
• المطلب الثاني: سلطة القاضي في زواج القاصر و تعدد الزوجات	14.
• الفرع الأول: ترخيص القاضي لتزويج القاصر.....	14.
• الفرع الثاني: ولاية القاضي لزواج القاصر.....	15.
• الفرع الثالث: ترخيص القاضي لتعدد الزوجات.....	17.

- أولاً: شرط العدد.....17.
- ثانياً: شرط المبرر الشرعي.....18.
- ثالثاً: شرط العدل.....18.
- رابعاً: شرط الإعلام.....18.
- خامساً: شرط طلب الترخيص.....19.
- المبحث الثاني: سلطة القاضي في انحلال الرابطة الزوجية.....20.
- المطلب الأول: سلطة القاضي في إجراءات الصلح و التحكيم.....20.
- الفرع الأول: سلطة القاضي في إجراءات الصلح.....21.
- الفرع الثاني: سلطة القاضي في إجراءات التحكيم.....22.
- أولاً: شروط التحكيم.....22.
- ثانياً: كيفية تعيين الحكّمين.....23.
- ثالثاً: مهمة الحكّمين.....23.
- المطلب الثاني: سلطة القاضي في النشوز و الطلاق التعسفي.....24.
- الفرع الأول: سلطة القاضي في النشوز.....24.
- الفرع الثاني: سلطة القاضي في الطلاق التعسفي.....25.
- المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير حالات التطلق و الخلع.....27.
- الفرع الأول: سلطة القاضي في التطلق.....27.
- أولاً: التطلق لعدم الإنفاق.....28.
- ثانياً: التطلق للعيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج.....30.
- ثالثاً: التطلق لهجر المضجع.....32.
- رابعاً: التطلق بسبب الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة و

- 33.....تستحيل معها الحياة الزوجية.....
- 34.....خامسا: التطلق للغيبة.....
- 36.....سادسا: مخالفة الأحكام الواردة في نص المادة 08 ق.أ.ج.....
- 37.....سابعا: التطلق لارتكاب فاحشة مبينة.....
- 38.....ثامنا: التطلق للشقاق المستمر بين الزوجين.....
- 39.....تاسعا: التطلق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.....
- 40.....عاشرا: التطلق بسبب كل ضرر معتبر شرعا.....
- 41.....الفرع الثاني: سلطة القاضي في الخلع.....
- 43.....الفصل الثاني: سلطة القاضي في آثار الزواج و انحلاله.....
- 44.....المبحث الأول: سلطة القاضي في الآثار المالية الناتجة عن الزواج و انحلاله.....
- 45.....المطلب الأول: سلطة القاضي في الآثار المالية المترتبة عن الزواج.....
- 45.....الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير النفقة على الزوجة.....
- 46.....أولا: مشتملات النفقة.....
- 46.....ثانيا: تقدير القاضي للنفقة.....
- 47.....ثالثا: تحديد القاضي لتاريخ استحقاق النفقة.....
- 48.....الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير النفقة على الأولاد.....
- 49.....المطلب الثاني: سلطة القاضي في الآثار المالية المترتبة عن انحلال الزواج.....
- 49.....الفرع الأول: تقدير القاضي للتعويض و المتعة.....
- 51.....الفرع الثاني: سلطة القاضي في نفقة العدة.....
- 52.....الفرع الثالث: تقدير القاضي لنفقة الإهمال.....
- 53.....الفرع الرابع: تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت.....

- أولاً: النزاع حول متاع موجود.....56
- ثانياً: مكان اليمين و كفيته.....56
- ثالثاً: تحديد القاضي لقيمة المتاع المتنازع عليه.....57
- المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في النسب و الحضانة.....59
- المطلب الأول: سلطة القاضي في إثبات النسب.....59
- الفرع الأول: سلطة القاضي في إثبات النسب بالطرق التقليدية.....59
- أولاً: الزواج الصحيح.....60
- ثانياً: الإقرار.....62
- ثالثاً: البينة.....63
- رابعاً: نكاح الشبهة.....63
- خامساً: النكاح الفاسد و الباطل.....64
- الفرع الثاني: سلطة القاضي في إثبات النسب بالطرق الحديثة.....64
- المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الحضانة.....65
- الفرع الأول: سلطة القاضي في إسناد الحضانة و ترتيب أصحاب الحق فيها.....65
- الفرع الثاني: سلطة القاضي في إسقاط حق الحضانة و عودتها.....67
- أولاً: زواج الحاضنة بغير قريب محرم.....68
- ثانياً: تنازل الحاضنة عن حقها في حضانة الصغير.....68
- ثالثاً: إهمال و عجز من له حق الحضانة للقيام بها.....69
- رابعاً: عدم طلب الحضانة في المدة المحددة قانوناً.....69
- خامساً: إقامة الحاضنة مع أم المحضون.....69
- الفرع الثالث: سلطة القاضي في إنهاء مدة الحضانة و تمديدها.....70

- خاتمة.....72.
- قائمة المراجع.....74.
- الفهرس.....80.

