وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة 20 أوت 1955- سكيكدة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

التطليق لعدم النفقة في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأحوال الشخصية

من تقديم الطالب:

- نور الدين ديبون

الأستاذ المشرف:

د. منصور رحماني

ـ لجنة المناقشة:

أ. د. رحماني منصور .....مشرفا ومقررا

أ. د. بودفع علي .....رئيسا

د. رواق أمال .....مناقشا

دورة جوان 2018

بسم الله الرحمن الرحیم

يقول الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾

صدق الله العظيم

« .الآية 21 من سورة الروم »

إهـــــداء

إلى

منبع الحنان وفيض العطاء بلا امتنان والدي الحبيبين

إلى

الذين حملوا الهمّ معي وشاركوني الآمال والآلام إخوتي وأخواتي.

إلى

كل من علمني أو كان سببا في ذلك أو أمدني في مساري العلمي ولو بابتسامة طيبة .. إلى أرباب الحقوق علي..

إلى

كل طالب علم.

الشكر

الشكر أولا و أخيرا للمولى المنعم والثناء عليه بما هو أهل له

ثم اعترافا بالفضل لأهله

أتوجه بأسمى معاني الشكر إلى من تفضل بشرف الإشراف على هذه المذكرة أستاذي الفاضل المميز جدا الدكتور منصور رحماني على ما جاد به من نصائح و توجيهات أثرت البحث وعلى تكرمه بمراعاة طريقتي في البحث كما أتوجه بجزيل الشكر إلى أساتذتي الأفاضل في طور الماستر الذين جلونا بما أفاض الله عليهم من العلم والأدب

والشكر موصول إلى كل من أسدى إلي معروفا متعلقا بإعداد هذا البحث

قائمة لأهم الرموز المستعملة:

الرمز	دلالته
ق. أ. ج	قانون الأسرة الجزائري.
ق. م. ج	القانون المدني الجزائري.
ق. إ. م. إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
ق. ع. ج	قانون القوبات الجزائري
م م ع	مجلة المحكمة العليا
م ق	المجلة القضائية
غ أ ش	غرفة الأحوال الشخصية
غ ش أ ث	غرفة شؤون الأسرة والمواريث
ب د ط	بدون طبعة
ب ت ن	بدون تاريخ نشر

مقدمـــــــــــــة

مقدمـــــــــة

الحمد لله باسمه نعتصم و بحوله نستدفع وببركته نستهدى، سبحانه لا نحصي ثناء عليه و حمدا له في الأولى والآخرة، إنه ملهم الصواب و ولي التوفيق، خلق الإنسان من ذكر وأنثى وجعل سبحانه بينهما مودة ورحمة لبناء لبنة صلبة تمهد لاستمرارية الحياة في ظل شرعية الارتباط، فبين سبحانه حقوق الزوجين وما لكل على صاحبه، وأن الحقوق بمقدار الواجبات و أنها متقابلة، ما أعطيت إلا نضير التمكين من الواجبات، وفي مقدمتها حق الزوجة في النفقة، إذ هي مقوم الحفاظ على النفس إحدى الكليات الخمس بما لها من المعاني والأسرار ما يجعل الحياة الزوجية سكنا ورحمة.

ولأن المرأة تحتمي بالزوج لما له عليها من القوامة فلا تلزم بالسعي نحو الكسب المادي فإن النفقة ليست إلا واجبا تنظيميا يحكم دائرة البناء الأسري.

وفي ظل مجتمع متغير أغلب أفراده من ذوي الدخل الصغير ولأن الرزق في مد وجزر وكل إنسان تمر به أيام العسرة والضيق فإن مظنة القدرة على الإنفاق توشك أن ترتفع مما يمهد لحياة بؤس وشقاء، ومن هنا يصبح العمل بالشريعة متوجها لإزالة الشرور وأسبابها بإهدار المفاسد و درؤها، لأن الشريعة مبنية على الاحتياط و الأخذ بالحزم والتحرز مما عسى أن يكون طريقا إلى مفسدة.

غير أن علاقة الزوجين تبنى في أصلها على المودة والرحمة ذلك أن السماحة واليسر ظلا المقصد الأعظم للشريعة الإسلامية وبذا تستمر آصرة الزواج وتستقر دون أن تتأثر بالعوارض الجزئية.

غير أن الشريعة الغراء ورغم صفة القداسة التي تميز الزواج إلا أنها تركت الباب مفتوحا لفصم عرى الزواج من خلال باب الطلاق وجعلت العصمة فيه بيد الزوج نظرا لما يتميز به من بعد النظر و سداد الرأي و بما له من أناة و ترو و تفكير و حسن تقدير للنتائج والعواقب.

ونظرا لأنه من الاستغلال والاستعباد أن تعيش المرأة تحت سلطة رجل يستبدها ويهضم حقوقها ومنها حق النفقة فقد منح لها قانون الأسرة الجزائري مكنة التطليق من خلال رفع صوتها إلى القاضي تلتمس فيه رفع ضرر عدم الإنفاق من خلال تطليقها من زوجها و إعطائها فرصة التكسب لحالها.

إشكالية البحث:

إن مكنة التطليق التي منحها إياها المشرع الجزائري ليست على إطلاقها بل إن ذلك يقتضي إعمالها ضمن نطاق تحكمه ضوابط محددة لكيفيات ممارستها ما يدفعنا إلى التساؤل حول مدى أحقية الزوجة في التطليق لعدم النفقة ؟.

و تتفرع على هذه الإشكالية اسئلة جزئية منها:

هل أن القانون منحها الحق في التطليق أم الحق في طلبه ؟ ، هل يجاب لطلبها برفع التماسها إلى القاضي أم أن ذلك مقيد بشروط ؟

ماهي حدود عدم الإنفاق الموجب للتفريق؟ و هل المعسر و الممتنع في الحكم سواء، ما مدى أثر يسر الزوجة على دعوى التطليق؟

أهمية الموضوع:

لا شك أن موضوع التطليق لعدم النفقة قد تناوله كثير من الفقهاء و تحدث عنه الأقدمون و المحدثون فجاء فيها الكلام شاملا و الاستقصاء كاملا غير أن البحث في الموضوع وفق ما حمله قانون الأسرة الجزائري يبدو ليس بالغزير و القول فيه قليل فلم يكن شاملا ولا الاستقصاء فيه كاملا خاصة و نحن في زمن خرجت فيه المرأة للعمل وزاحمت الرجل في كل مناحي الحياة و أمام تدني مستوى المعيشة واستفحال البطالة بين أفراد المجتمع وكلها عوامل تداخلت فأنتجت غموضا في فهم النص مما أطلق العنان وفتح باب التأويلات فتعالت أصوات جمعيات نسوية تنادي بالمساواة ووضعها على كف واحد مع الزوج في موضوع العصمة وإنهاء الزواج في محاولة لإطلاق حق التطليق الممنوح لها قانونا والاستفادة منه دون قيد أو شرط.

وفي مقابل ذلك فقد انتشرت بين العقول أفكار مغلوطة ناتجة عن جهل أو سوء فهم لأحكام و روح قانون الأسرة الجزائري بخصوص الحياة الزوجية، حيث شاع بينهم أن قانون الأسرة بما حملته المادة 53 في فقرتها الأولى يدعو إلى تفكيك الأسر و تشريد أفرادها إذ فتح الباب واسعا أمام الزوجة حسب زعمهم ونقل لها العصمة التي هي في الأساس بيد الرجل.

كل هذا على الرغم من أن الشريعة تتصف بالكمال والرحمة والعدل كيف لا وأحكامها تنفذ وفقا للمقاصد التي وضعت لها، فمن ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، ومن هنا تبرز أهمية الموضوع .

أسباب اختيار الموضوع:

اجتمعت جملة من الأسباب حفزتني لدراسة الموضوع و محاولة الإحاطة بجوانبه وهي كالآتي :

1. لم يحظ الموضوع في جوانبه القانونية بدراسة خاصة في مستوى أهميته العلمية والعملية.
2. نزوعي إلى وصل النص بالتطبيق من خلال تتبع العمل القضائي و مدى انسجامه مع روح النص.
3. كثرة الخلافات بين الأزواج في البيوت والمحاكم بفعل تدني القدرة الشرائية وغلاء المعيشة.

أهداف الموضوع

بيان الكيفية السليمة لاستعمال الحق في التطليق لعدم النفقة وفق ما جاء به قانون الأسرة.

الدراسات السابقة:

لم أقف في حدود ما اطلعت على دراسات أكاديمية متخصصة في الموضوع و إنما عثرت على جزئيات متناثرة , من هذه الدراسات نجد:

أولا: أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون من إعداد الطالبة قويدري خيرة بعنوان حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء سنة، 2009 .

ثانيا: بحث مقدم لنيل شهادة ماجستير في القانون, إعداد الطالب اليزيد عيسات بعنوان التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا, سنة 2003 .

ثالثا: مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، إعداد الطالبة حفيظة فضلة بعنوان الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، المشرف: منصور رحماني، سنة 2009.

منهج البحث:

اقتضت الإجابة على إشكالية البحث التوسل بثلاثة مناهج وذلك للحاجة التي تمليها طبيعة هذا الموضوع فبدأت بالمنهج الاستقرائي و قمت بتتبع الجزئيات المبعثرة في الكتب الفقهية القديمة والحديثة المتعلقة بالموضوع.

كما اعتمدت المنهج التحليلي فقمت بتحليل النصوص القانونية التي يتطلب تحليلها كما حاولت تحديد موضع قانون الأسرة الجزائري بين المذاهب الفقهية.

صعوبات البحث:

يمكن تحديد بعض العقبات في مسيرة البحث كالآتي:

1. لم أوفق في الحصول على قرارات وأحكام المحاكم الابتدائية و المجالس القضائية.
2. صعوبات في التقريب بين أراء الفقهاء و شرّاح القانون باعتبار الموضوع محل اجتهاد فقهي و قانوني بالدرجة الأولى لعدم استناده على نصوص قطعية الدلالة.

خطة البحث:

استقر النظر بي وأنا أحاول الإجابة على إشكالية البحث على تقسيم موضوع البحث وفق فصلين.

-الفصل الأول خصصته لمعرفة مدى مشروعية التطليق لعدم النفقة عبر التعرض أولا لحق النفقة الزوجية و ذلك بتحليل مواد النفقة الزوجية من جهة و تفكيك المادة الرئيسية للموضوع محل البحث و نعني بها المادة **53** من قانون الأسرة الجزائري.

- الفصل الثاني أردته أن يكون إجرائيا عالجت فيه إجراءات التداعي أمام القاضي ومدى سلطة هذا الأخير.

الفصل الأول

حق الزوجة في النفقة و مشروعية التطليق لعدمها

الفصل الأول: حق الزوجة في النفقة و مشروعية التطليق لعدمها.

مما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية جاءت وافية بمصالح العباد و قد عنيت بالأسرة باعتبارها خلية المجتمع و أساس تكوينه فأنزلت الزواج منزلته و أقرت له ما يضبط أحكامه، ثم إن هذه المقاصد السامية لا تتحقق إلا إذا حسنت العشرة فإنّ استحكم الشقاق وتنافرت الطباع والأخلاق اهتزت علاقة الزوجين فتخلفت الالتزامات وهضمت الحقوق ومنها حق النفقة الواجبة للزوجة على زوجها ، وبارتفاع هذا الحق حق للزوجة طلب التطليق من زوجها من بوابة التفريق القضائي عملا بنص الفقرة الأولى من المادة **53** في فصل الطلاق باب انحلال الزواج من القانون رقم **11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984** المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر رقم **02/05 المؤرخ في 2005/02/27.**

وفي هذا الفصل سنحاول تأصيل حق الزوجة في النفقة من خلال تقسيم الفصل إلى مبحثين.

-المبحث الأول يعنى بالنفقة الزوجية و أحكامها.
-المبحث الثاني خصص لدراسة مشروعية التطليق لعدمها.

المبحث الأول : النفقة الزوجية وأحكامها.

إن دراسة موضوع التطليق لعدم ال نفقة يقتضي بنا أولا التعرض إلى مفهوم النفقة الزوجية ثم بيان أحكامها.

المطلب الأول: مفهوم النفقة الزوجية.

تحت هذا المطلب سنحاول وضع تعريف للنفقة الزوجية مع بيان أدلة وجوبها وسبب استحقاقها في الفرع الأول وفي الفرع الثاني سنعالج مشتملات النفقة وكيفية تقديرها.

الفرع الأول: تعريف النفقة, حكمها وسبب وجوبها.

إن محاولة الإحاطة بجوانب النفقة يقتضي وضع تعريفا لغويا و اصطلاحيا للنفقة ثم بيان أدلة الوجوب و سبب الاستحقاق.

أولا: تعريف النفقة الزوجية:

1. التعريف اللغوي:

جاء في لسان العرب و غيره من معاجم اللغة العربية أن النفقة بمعنى الهلاك يقال نفق الزاد بمعنى نفد و منه قوله تعالى ﴿ **إِذًا لَّأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنفَاقِ** ﴾[1]، أي خشية الفناء والنفاد،[2] و نفقت نفاقهم أي فنيت نفقاتهم و منه رجل منفاق أي كثير النفقة[3].

2. التعريف الفقهي:

أما الفقه الإسلامي فقد خص النفقة بتعريفات مجملة و مفصلة تدور في أغلبها حول المحافظة على حق البقاء ، ومن هذه التعريفات أنها ما به قوام معتاد الآدمي دون سرف

1- سورة الإسراء الآية 100.

2- أبو الفضل جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، ب د ط، ب ت ن، المجلد 10، ص 520.

3- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط8، 1426 هـ - 2005 م، ص 926.

وهي بهذا المعنى خصصت للإنسان دون سواه بحسب ما اعتاد عليه الناس في قوتهم وما زاد على ذلك عد سرفا و صرفا فيما لا ينبغي وخرج من مدلول النفقة الشرعية ،[1] ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يضع تعريفا للنفقة واكتفى بتحديد عناصرها ،[2] ومما لا شك فيه أن تعداد هذه العناصر إنما ورد على سبيل المثال لا الحصر و سنترك تفصيل ذلك إلى دراسة مشتملات النفقة ضمن الفرع الثاني من هذا المطلب.

ثانيا: حكم النفقة الزوجية:

وحكم النفقة الزوجية أنها واجبة على الزوج لزوجته شرعا و حقا قانونيا ثابتا بنص المادة **74 من ق. أ. ج** والتي جاء فيها **– تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة –.**

ومن الأدلة الشرعية لوجوب النفقة للزوجة على زوجها ما ورد في الكتاب والسنة ومنطق العقول.

1 – دليل وجوبها من القرآن الكريم:

قال تعالى في محكم تنزيله﴿ **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾.[3]

ووجه الاستدلال في هذه الآية الكريمة أنها تقرر لهن أجرة الرضاعة والزوجة في العصمة لها نفقة وكسوة لأجل العصمة لا لأجل الرضاعة.[4]

1– الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف بيروت، لبنان، ط2، 2005، ج4، ص 254.

2–العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط6، 2010، ص 346.

3– سورة البقرة، الآية 233.

4– الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، ب د ط، 1984، ج2، ص 429.

قال تعالى﴿ **لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ** ﴾،[1]و وجه الاستدلال هنا أن الآية وردت في المطلقات وتعم كل إنفاق يطالب به المسلم مفروضه ومندوبه[2].

2 – دليل وجوبها من السنة النبوية :

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:– **خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول**–.[3]

ولقد أجمع علماء الأمة والمجتهدون من بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم على وجوب النفقة الزوجية ولم يخالفهم في ذلك أحد إلى يومنا هذا.[4]

3 – دليل وجوبها من المعقول :

و العقل يقضي بذلك فالغرم بالغنم ، وإلزام المرأة بالقرار في دار زوجها و حاجتها لإذنه عند الخروج مع قطع النفقة عنها فيه مهلكة للبدن و هضم لحق البقاء ، وهذا أمر لا يقبله عقل ولا ترضى به مروءة و لا إنسانية.

ثالثا: سبب الوجوب:

اعتبر المشرع الجزائري أن وجوب النفقة الزوجية على الزوج مرده إلى اعتبار ذلك حقا من حقوق الزوجة الثابتة بموجب عقد الزواج الصحيح متى تم الدخول بها أو دعوتها إليه على الأقل،[5] ومن هنا يظهر أن المناط أصلا في الوجوب في نظر المشرع الجزائري هو العقد الصحيح فإن كان فاسدا فلا نفقة لها والعقد الفاسد يرتب الافتراق لا المعاشرة ،[6]

1– سورة الطلاق، الآية 7.

2– الطاهر بن عاشور، مرجع سابق، ص 330.

3– محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الحضارة للنشر والتوزيع، كتاب النفقات، ب د ط، حديث رقم 5356، ص 885.

4– محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، ب د ط، 1971، ص 296.

5– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط4 2013، ص 105.

6– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 341.

والنكاح يوجب النفقة بشرط التمكين و ترتيبا على ذلك كله فإن السبب الذي من أجله استحقت الزوجة النفقة على زوجها لا يمت بصلة إلى حاجتها الضرورية للنفقة وليس هو الصلة والقصد إلى المودة و إنما مرد ذلك إلى كونها محبوسة لمصلحته [1]، ولهذا فإن وجوب النفقة للزوجة حق ثابت بغض النظر عن كونها مسلمة أو كتابية موسرة أو معسرة[2].

إنه من المقرر فقها أن تعذر ثبوت حق الاحتباس للزوج يقابله عدم استحقاق الزوجة النفقة الشرعية وكان له الرجوع عليها بما أنفق إذا كان إنفاقه بقضاء القاضي لا من تلقاء نفسه متى ظهر فساد العقد ولم يكن عالما بفساده وقت العقد[3].

وللفقهاء في المذاهب الأربعة أراء مختلفة في سبب الوجوب.

1. المذهب الحنفي:

تستحق الزوجة النفقة بسبب الحبس الثابت عليها بالنكاح الصحيح واستدل المذهب في ذلك بالقياس على وجوب النفقة للقاضي والعامل على الصدقات فكل من كان محبوسا لغيره ولمنفعته كانت نفقته عليه ، ومما استدلوا به أيضا أن وجوب النفقة إنما هو عجز المنفق نتاج الحبس الدائم[4].

2. مذهب المالكي:

يرى المذهب المالكي أن وجوب النفقة على الزوج إنما يعود في سببه إلى التمكين من الاستمتاع، ومتى تحقق ذلك وجب ما هو بذل له.[5]

1- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ب د ط، 2005، ص 198.

2- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 341.

3- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، توزيع المعارف، الإسكندرية، ط6، 1995، ج2، ص 876.

4- إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2009، ص 200.

5- الحبيب بن الطاهر، مرجع سابق، ص 256.

3. المذهب الشافعي

لا يكفي وجود العقد الصحيح لقيام واجب النفقة على الزوج لزوجته وإنما يجب فوق ذلك التمكين الذي يكون بعد عقد صحيح, والزوجة التي مكنت نفسها تكون قد سلمت ما استحق عليها ووجبت لها أجرة لأجل ذلك ، وترتيبا على ذلك فإن السبب عند المذهب في الوجوب هو اعتباره معاوضة في مقابلة التمكين ، والمقرر عندهم أن الحبس وحده لا يفي بواجب النفقة [1].

4. المذهب الحنبلي:

سبب وجوب النفقة للزوجة على زوجها عند المذهب الحنبلي هو تسليم الزوجة نفسها تسليما كاملا وهي مطيقة للوطء [2].

والذي يلاحظ أن المشرع الجزائري قد تبنى المذهب المالكي بهذا الخصوص ويظهر ذلك جليا بالنص الصريح في المادة **74 من ق. أ. ج** والذي جاء فيها **– تجب النفقة للزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة –.**

والقول عندي أن ما ذهب إليه الحنفية هو عين الصواب لأن الزوجة محبوسة عن الكسب و مشغولة لخدمة زوجها فهي عاجزة عن كسب قوتها لدوام ا حتباسها لأجله ومنفعته فكان واجب النفقة على من احتبست لأجله وأن حق الحبس لا يثبت إلا بعد عقد صحيح.

ذلك أن وجوب النفقة واستحقاقها من معنيين مختلفين فالوجوب قائم بقيام عقد الزواج ومستمر معه, غير أنه ولقيامه يلزمه شروط استحقاق ، وتبعا لذلك فإن ما عد عند الحنفية شرطا من شروط الاحتباس عده الجمهور سببا في الوجوب، وترتيبا على ذلك فإن سبب

1- إسماعيل أبا بكر علي البامريي، مرجع سابق، ص 201.

2- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1993 ، ج7، ص 155.

الوجوب يبدو أوسع من حصره في مقابلة الوط ء بدليل وجوبها للمريضة والحائض والنفساء بل إنها تجب للرتقاء والقرناء والمعتوهة و ما دون ذلك إذا تمسك بها زوجها وهذا ما ينسجم مع منطق العقول و الله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: مشتملات النفقة وكيفية تقديرها.

نخصص هذا الفرع لدراسة عناصر النفقة و كيفيات تقديرها

أولا: مشتملات النفقة:

تناول المشرع الجزائري في المادة **78 ق. أ . ج** بشيء من التفصيل عناصر النفقة الشرعية **– تشمل النفقة الغداء والكسوة والعلاج و السكن أو أجرته –**

يستقرئ من نص المادة أن النفقة بمفهوم المشرع الجزائري تشمل عناصر أربعة تمثل نفقة الضرورة وتتمثل في الغداء والكسوة والعلاج والسكن ثم تلحقها توابع النفقة ، والذي يبدو أن المشرع بذكره لعناصر محددة لم يرد بذلك حصر النفقة في أوجه معينة بدليل تعمده إعطاء النص طابعا مرنا تماشيا مع أعراف الناس ، والحق أنه أصاب في ذلك طالما أن أحوال الناس تختلف باختلاف الأماكن والأزمان[1].

والنفقة عند الفقهاء على ثلاثة أنواع، غذاء وكسوة ومسكن تقدم إما تمكينا أو تمليكا،[2] فيفرض لها من الغ ذاء القوت والادام وما ألحق به من كل ما يقتات و يدخر ، و أما الكسوة فتقتضي فرض الزينة التي يحصل الشعث بتركها و يخرج من عموم الزينة الحلي والطيب،[3] و أما السكن فيلزمها سكنا شرعيا مجهزا صالحا للسكن وبهذا الخصوص وتكريسا للنص التشريعي للمادة **78 ق. أ. ج** سالفة الذكر فقد أكدت ذلك المحكمة العليا

1- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2012، ص 442.

2- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 204.

3- الحبيب بن الطاهر، مرجع سابق، ص 258.

في قرار لها – يعد **السكن أو بذل الإيجار من مشتملات النفقة** –[1] و عملا بذلك (..**فإنه من المقرر شرعا أنه يحق للزوجة أن تطلب سكنا منفردا عن أهل الزوج** – تقول المحكمة العليا في قرار لها.[2]

ومما جاء فيه أيضا: – **أن قضاة الموضوع لما حكموا في قضية الحال بعدم إمكانية تلبية طلب الزوجة في الإنفراد بالسكن عن عائلة زوجها الذي يعتبر بمثابة حق لها فإنهم خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية وعرضوا قرارهم للنقض** –.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري أدرج أيضا ضمن عناصر النفقة العلاج والتطبيب واعتبر أن ذلك يدخل ضمن نفقة الضرورة، وهذا ما أخذت به أغلب القوانين العربية على غرار القانون السوري في المادة **71** منه – **النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والسكن والتطبيب بالقدر المعروف.... –**[3].

والقضاء الجزائري اعتمد النص التشريعي وأقر بدوره حق التداوي والعلاج للزوجة على زوجها وأدرجه ضمن مشتملات النفقة، ومن أوجه نفقات التداوي والتطبيب، مصاريف وضع الحمل وبهذا الخصوص فقد جاء في قرار للمحكمة العليا ما نصه – **تعتبر مصاريف وضع الحمل نفقة إضافية يتحملها الزوج طالما الوضع ناجم عن العلاقة الزوجية –**[4].

غير أن مصاريف التطبيب بهذا الخصوص لا تتوقف عند وضع الحمل بل تشمل مصاريف النفاس بما فيها ضرورة تخصيص نظام غدائي للزوجة النفساء تضاف إلى الأدوية والعلاج و بذا تقول المحكمة العليا في قرار لها ما نصه – **تشمل مصاريف**

1– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 554808، 2010/04/15، م م ع، 2010، عدد1، ص 241.

2– جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، المحمدية، الجزائر، ط1، 2013، ج2، ص 885.

3– أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار الكتب القانونية، مصر، ب د ط، 2009، ص 66.

4– المحكمة العليا،غ أ ش، ملف رقم 478795، 2009/02/11، م م ع، 2009، عدد1، ص 269.

النفاس مصاريف العناية بصحة النفساء و صحة طفلها ونظامها الغذائي لمدة معينة ولا تقتصر على العلاج والأدوية فقط –[1].

والقول عندي أن ما درج عليه القضاء وقبله التشريع في ق. أ. ج هو عين الصواب فالطعام والأدوية يشتركان في مقصد حفظ المرأة من الهلاك حفاظا على حق البقاء ولما كان الطعام ضرورة فكذلك العلاج والتداوي.

و حسن العشرة تقتضي أن يسارع الزوج لعلاج زوجته و في ذلك تجسيد للمودة والرحمة قال تعالى ﴿ **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾،[2] و رغم ما يبدو جليا من كون التطبيب ضرورة في زمننا هذا إلا أن الاجتهاد الفقهي لا يوجب على الزوج نفقة التطبيب بل أن الفقهاء اختلفوا حتى في أجرة القابلة و مصاريف النفاس غير أن المشهور في الفقه المالكي يقول بأن أجرة الولادة على الزوج ولها فوق ذلك ما تقوي به أيام نفاسها وهذا ما أخذ به القضاء الجزائري كما بينا و بخلاف ذلك يرى أبو حنيفة، إذ اعتبر أن ذلك متروك لاختيار الزوج وليس للقاضي فرضه عليه[3].

و خلاصة القول في هذا أن المشرع الجزائري أحسن صنعا بإدراجه نفقات التداوي والعلاج ضمن مشتملات النفقة لحاجة الناس للعلاج كحاجتهم للطعام[4].

ثانيا: كيفية تقدير النفقة.

1 – أساس التقدير:

لم تشر النصوص القانونية الخاصة بموضوع النفقة الزوجية لمقدار محدد للنفقة الواجبة للزوجة واكتفى المشرع الجزائري في ذلك بوضع معايير يستند إليها القاضي عند

1– المحكمة العليا،غ أ ش، ملف رقم 594435، 2011/01/13، م م ع، 2011، عدد2، ص 266.

2– سورة النساء، الآية 19.

3– نبيل صقر، موسوعة الفكر القانوني نصا فقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ب د ط، 2006، ص 274.

4– بلحاج العربي، أبحاث و مذكرات في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط3، 1996، ج1، ص 137.

تقديره النفقة، و من هنا يظهر أن المناط أصلا في تقدير النفقة إنما هو أمر نسبي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، الذي يكون ملزما بمراعاة حال الزوجين يسرا وعسرا وكذا ظروف المعاش وكل ما هو ضروري في العرف والعادة على أن لا تقل النفقة المحكوم بها في كل الأحوال عن حد الكفاية [1] وفقا لما اشتملت عليه المادة **78 ق. أ.ج**، والعمل وفق هذين المعيارين موافق لما هو مقرر في اجتهادات المحكمة العليا ذلك أن الفصل في النفقة ابتداء و دون النظر في دخل الزوج و حال معيشة الزوجة و دون حساب مستوى المعيشة السائدة في المكان الذي يستوطن فيه الزوجان يعد خرقا للقواعد الشرعية والنصوص القانونية.

وعملا بذلك فقد جاء في قرار للمحكمة العليا ما نصه – **من المقرر فقها وقضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا وعسرا ثم حال مستوى المعيشة ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية**–، [2] وتبعا لذلك فإن الحكم الصادر بوجوب النفقة يستوجب أن يكون مؤسسا على أحكام المادتين **78 و79 من ق. أ. ج** والتي تلزم القاضي بما يلي:

أ. مراعاة حال الزوجين.

فإن تبين للقاضي أن وضع الزوج المادي لا يسمح له إلا بنفقة الضرورة اللازمة في أدنى حالاتها قضى عليه بذلك والقدر الذي يفي بحاجات الزوجة الضرورية هو الذي يعبر عنه في العرف القضائي بنفقة الفقراء، [3] جاء في المحلى – **أن الزوج يقدر على بعض النفقة والكسوة فيقضى عليه بما قدر سواء قل ما يقدر عليه أو كثر**–[4].

و تأصيلا عما سبق فإن النفقة الزوجية يجري تقديرها بمراعاة حال الطرفين معا فإن كانا موسرين يقضي عليه بنفقة اليسار و إن كانا معسرين يقضي عليه بنفقة الإعسار

1– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 350.

2– جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص 391.

3– معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص 874.

4– ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003، ج9، ص 253.

وللمعسرة نفقة الوسط إن كان موسرا و للموسرة نفقة الوسط أيضا إن كان معسرا بشرط أن لا تقل عن حد الكفاية،[1] وتبعا لذلك لا يمكن للزوج أن يدفع بتخفيض النفقات إلى ما دون حد الكفاية و بهذا الخصوص أكدت المحكمة العليا في معرض حكمها عن الوجه الذي أثاره الطاعن والمأخوذ من مخالفة **المادة 78 ق. أ. ج** اعتبارا من أن النفقات إنما تقدر حسب دخل الفرد والطاعن مجرد فلاح بسيط وليس مقاول كما يدعي المطعون ضده، أجابت المحكمة العليا – **أن النفقات المحكوم بها تشكل حدا أدنى للمعيشة و أنه لا يمكن الاحتجاج في هذه الحالة بعدم التقدير السليم للنفقات حتى ولو كان فلاحا بسيطا**–[2].

وتبعا لذلك فإن قاضي الموضوع ملزم بالاطلاع على الوضعية المادية و الاجتماعية للزوج و من ذلك مرتبه الشهري و أن يدرج كل المستندات التي اعتمدها في تقديره للنفقة عند تسبيبه الحكم الصادر بشأنها، [3] وفي هذا الإطار يظهر جليا مدى حرص القضاء الجزائري على تفعيل و إعمال أحكام المادتين **78 و 79 من ق. أ. ج** بالشكل الذي أراده المشرع من خلال ما درج عليه قضاء المحكمة العليا إذ جاء في قرار لها ما نصه – **إن عدم الاطلاع على الوضعية المادية والاجتماعية للزوج و على مرتبه الشهري و إغفال ذكر المستندات التي اعتمد عليها في تقدير مبلغ النفقة كل ذلك يجعل القرار مستوجب النقض** –[4].

ب. مراعاة ظروف المعاش والعرف السائد بالبلد.

ألزم المشرع الجزائري القاضي عند تقديره للنفقة الواجبة للزوجة أن يراعي مستجدات الحياة و ما يطرأ عليها من متغيرات تمس المستوى العام للمعيشة و كذا القدرة الشرائية للزوج، وعلى القاضي أن يراعي العرف السائد في المنطقة ذلك أن العرف كالشرط

1– محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 204.

2– جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص 253.

3– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 349.

4– جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق،ج1، ص 136.

والزوجان قد دخلا في الإنفاق على عرف البلد، [1] وبناء على ذلك فقد أعطى المشرع الجزائري للزوجين إمكانية مراجعة النفقة المحكوم بها وفقا للمعطيات الجديدة.

و يظهر أن المشرع الجزائري في تفصيله لكيفية تقدير النفقة أنه أخذ برأي مالك على أنها غير مقدرة بالشرع وإنما يقتضي تقديرها مراعاة حال الزوجين الذي يختلف بحسب الأمكنة و الأزمنة والأحوال، و برأي المالكية قال الحنفية و خالفهم في ذلك الشافعي إذ قدر على الموسر مدان و على المعسر مد و الأوسط يقضى عليه بمد ونصف[2].

2 – مراجعة تقدير النفقة:

مما لا شك فيه أن مقادير الأثمان تختلف حسب اختلاف الأسعار و أنه و في الحالة التي تكون فيها النفقة مقدمة تمليكا فإنه ينبغي على القاضي أن يراجع مقدار النفقة المحكوم بها حتى تكون أكثر انسجاما مع المستجدات سواء ما تعلق منها بحال المعاش أو حال الزوجين يسرا أو عسرا متى طلب واحد من الزوجين ذلك[3].

غير أن كل ذلك لن يكون إلا بعد مضي سنة من الحكم طبقا لنص المادة **78 ق.أ.ج** ولعل هذا ما يفسر اكتساب الحكم القاضي بالنفقة حجية مؤقتة باعتبارها من المواد التي يمكن لقاضي الأمور المستعجلة الفصل فيها بسبب توفر عنصر الاستعجال، [4] وتفعيلا للنص التشريعي فقد كرس الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا العمل بمضمون المادة **78 ق.أ. ج** حيث جاء في قرار لها ما نصه – **من المقرر قانونا أنه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم و لا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة**–[5].

1– الحبيب بن الطاهر، مرجع سابق، ص 260.

2– إسماعيل أبا بكر علي البامري، مرجع سابق، ص 203.

3– محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 206.

4– محمد براهيمي، القضاء المستعجل، دار المطبوعات الجامعية، ب ت ن، ج1، ص 95.

5– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 136604، 1996/04/23، م ق، 1997، عدد 2، ص 89.

والظاهر من نص المادة سالفة الذكر أن المشرع الجزائري في اشتراطه مضي سنة عن صدور الحكم لمراجعة تقدير النفقة زيادة أو نقصان مرده في ذلك إلى اعتباره أن تغير الوضع العام للمعيشة لن يكون في أقل من سنة في المتوسط و يبدو أنه أخطأ في تقديره المدة بدليل أن هناك ظروفا طارئة تنتقل بالطرفين من حال إلى حال يسرا و عسرا يستوجب معها مراجعة التقدير زيادة أو نقصانا،[1] و فضلا على ذلك فإنه وفي الحالة التي يتبين فيها أن التقدير كان خاطئا وأن المقدار المقضي به للزوجة إنبنى على معطيات غير دقيقة أو مغلوطة فإنه ولابد للقاضي حينها أن يعدل في النفقة تعديلا ينسجم مع المعطيات الجديدة.[2]

و بهذا الخصوص نقترح إعادة صياغة المادة من خلال إضافة استثناء الحالات الطارئة التي يجوز فيها مراجعة النفقة قبل مضي سنة عن صدور الحكم، و هذا ما ذهبت إليه بعض القوانين العربية ومنها القانون الإماراتي، حيث استثنت المادة **64** منه في فقرتها الثانية العمل بالقيد الوارد على مراجعة التقدير والمتمثل في اشتراط مضي سنة عن صدور الحكم بوجوب النفقة، وهذا الاستثناء يتمثل في الظروف الاستثنائية التي تقتضي الزيادة و النقصان حتى قبل مضي المدة.[3]

المطلب الثاني: أحكام النفقة الزوجية.

إن تحديد الإطار القانوني لحق الزوجة في النفقة الزوجية لا يتأتى إلا بمعرفة الأحكام الشرعية والقانونية للنفقة وسنحاول إبراز ذلك ببيان شروط وجوبها ضمن الفرع الأول من هذا المطلب ثم نخلص إلى تاريخ استحقاقها وسقوط الحق فيها في الفرع الثاني.

1- المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ب د ط، 2010، ص 469.

2- محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 206.

3- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، ب د ط، 2007، ص 196.

الفرع الأول: شروط وجوب النفقة.

اشترط المشرع الجزائري لوجوب النفقة الشرعية المستحقة على الزوج لزوجته شروطا محددة منها ما بينته المادة **74 ق. أ. ج** ومنها ما يستقرئ من النصوص التي وردت ضمن أحكام قانونية على صلة بموضوع النفقة وهذه الشروط هي كالآتي:

أولا: صحة عقد الزواج:

أن تكون الزوجة معقودا عليها بعقد زواج صحيح مستوف لكافة الشروط المحددة قانونا بموجب المواد **4، 9، و9 مكرر من ق. أ. ج** فإن كان العقد باطلا أو فاسدا لم تجب لها النفقة،[1] ذلك أن العقد الباطل لا يرتب إي التزامات بين الطرفين فمتى كان العقد صحيحا وجب على الزوج نفقة زوجته و لو كان معسرا مسلمة كانت أو كتابية فقيرة أو غنية و لا يوقف النفقة إذا حضر في الزوجة عيب من العيوب التي تحول دون تحقيق مقاصد الزواج كأن تكون رتقاء أو قرناء أو معتوهة أو مسنة طالما تمسك بها زوجها فإن ردها إلى أهلها لم يلزم بواجب النفقة المقرر بموجب العقد الصحيح[2].

وترتيبا على ذلك فإن واجب النفقة الشرعية يسقط في حال أقترن عقد النكاح بمانع من موانع الزواج كأن يتبين للزوج بعد ثبوت النفقة قضاء فساد العقد كما لو كانت المعقود عليها أختا من الرضاعة، [3]وعلى ذلك فإن المعتدة من عقد صحيح تجب لها النفقة الشرعية ما دامت في عدتها وعلى نقيض ذلك فإن المعتدة بعد عقد زواج فاسد لا تستحق

1- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 344.

2- معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص 875.

3- إسماعيل أبا بكر علي البامري، مرجع سابق، ص 200.

النفقة سواء تمت المخالطة الجنسية أم لم تتم، [1]وتأصيلا عما سبق فإن النفقة لا تثبت في زواج المتعة لأنه باطل عند المذاهب الإسلامية وغير دائم عند الامامية.[2]

وعليه فإن عقد الزواج الصحيح هو المناط في استحقاق الزوجة للنفقة الشرعية سواء زفت إلى زوجها أو لم تزف ما لم تكن قد امتنعت هي وكان امتناعها غير مشروع بأن كان بغير حق.[3]

ثانيا: التسليم.

إن تحقق شرط صحة عقد الزواج لا يكفي لوجوب النفقة وهذا ما يستقرئ من نص المادة **74 ق. أ- تجب النفقة للزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة-**، ويستخلص من نص المادة أن وجوب النفقة يستدعي توفر شرط التسليم والذي يأخذ صورتين.

الصورة الأولى: الدخول بالزوجة.

والدخول الذي جاءت به المادة وقصده المشرع والذي يرتب بموجبه إلزام الزوج بواجب النفقة هو الخلوة الصحيحة بالزوجة سواء تم الاتصال الجنسي أم لم يتم متى كان السبب في تعذر المخالطة الجنسية من قبل الزوج،[4]ذلك أن تسليم الزوجة نفسها برفعها للمانع من وطئها أو الاستمتاع بها حقيقة بأن زفت إلى بيته يوجب لها النفقة الشرعية [5], وبمفهوم المخالفة فإن عدم استيفاء الزوج حقه في الاستمتاع بالزوجة بسبب امتناع الزوجة عد من قبيل النشوز، ما من شأن ذلك أن يوقف حقها في النفقة إلى غاية إنهاء حالة النشوز لأن

1- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، مطبعة دار التأليف، مصر، ط1، 1961، ص 176.

2- محمد كمال الدين إمام، التطليق لعدم الإنفاق، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، ب د ط، 2006، ص 75.

3- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، مرجع سابق، ص 68.

4- عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، ب د ط، 2006، ص 269

5- عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 157.

النفقة عوض في مقابلة التمكين من حق الاستمتاع و تبعا لذلك فإن منعها إياه يمنعها من استحقاق بذله،[1] غير أن امتناع الزوجة من الانتقال إلى بيت الزوجية لا يعد نشوزا ومن تم لا يوقف النفقة الواجبة شرعا متى كان امتناعها مشروعا و يكون الامتناع مشروعا إذا كان مؤسسا على عذر شرعي كما لو كان سبب امتناعها عن النقلة يعود لعدم توفير سكن مستقلا عن أهله،[2] ولا ترغم على السكن مع أقاربه، ذلك أن تهيئة المسكن الشرعي بأن يسكنها في دار مفردة بعيدا عن أهله يدخل ضمن العمل بمعيار الكفاية في تقدير النفقة الشرعية، و يخضع تقدير ذلك إلى سلطة القاضي،[3] و تأصيلا عما سبق فإن وجوب النفقة والذي مقتضاه ثبوت الزوجية بعقد صحيح ليس كافيا لاستحقاق الزوجة النفقة الشرعية و إنما يتعين أن يضاف إلى هذا وجوب الاحتباس لحق الزوج الذي يتأتى بالتسليم التام سواء حقيقة بالدخول بها أو حكما بدعوتها إليه ببينة [4] طبقا لنص المادة **74 من ق. أ. ج**، ويعزز هذا الطرح ما درج عليه القضاء الجزائري والذي يبدو أكثر انسجاما مع النص التشريعي للمادة **74** سالفة الذكر و يبرز ذلك جليا في قرار للمحكمة العليا اعتبر فيه – **أن حق النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة ولو حكما**– ،[5] و يكون التسليم حكميا بالدعوة إليه ببينة و هذا ما سنعالجه في الصورة الثانية للتسليم .

الصورة الثانية: الدعوة إلى الدخول ببينة.

جاء في المادة **74 ق. أ.ج** ما نصه تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة و بهذا يكون المشرع الجزائري قد أعطى حماية قانونية واسعة للنفقة الزوجية من خلال توسيع مجال استحقاقها لتشمل الزوجة الغير مدخول بها، [6] و يلاحظ أن أن المشرع الجزائري اشترط لوجوب النفقة قبل الدخول أن يصاحب الدعوة إلى الدخول

1- الحبيب بن الطاهر، مرجع سابق، ص 268.

2- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 344.

3- العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، كنوز الحكمة، حي الشمس الضاحكة، الجزائر، ط1، 2013، ص 115.

4- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 177.

5- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص 181.

6- عيسى حداد، مرجع سابق، ص 272.

بينة تثبت بها الزوجة نيتها في رفع المانع من وطئها بأن لا تمنع نفسها من النقلة، والزوج بتخليه عن مطالبة الزوجة بالانتقال إلى مسكن الزوجية الذي أعده يكون قد أسقط حقا له مع إمكان الاستيفاء، ما من شأن ذلك أن يوجب للزوجة على زوجها نفقتها الشرعية[1].

و ما يحسب للمشرع الجزائري أنه تفطن لأمر مهم كثير ما يحدث في المجتمع الجزائري و هو بقاء الزوجة عند أهلها في الفترة ما بين الدخول و عقد الزواج والتي قد تطول لأشهر و ربما سنوات دون نفقة، رغم أن الزوجة تجهزت لنفسها ودعته إلى الدخول بها، وتبعا لذلك فإن تماطل الزوج في الانتقال بالزوجة إلى بيت الزوجية يعد قصورا منه لا يسقط حق الزوجة في النفقة الشرعية طالما دعته إليه و تجهزت لنفسها، [2]غير أنه وفي الحالة التي يتساكت فيها الطرفان بأن لاتبدي الزوجة رغبتها في الدخول و أن لا يطلب الزوج استيفاء حقه بنقل الزوجة إلى بيت الزوجية يسقط حقها في النفقة الشرعية مدة التساكت[3].

ثالثا: أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة.

و تكون الزوجة صالحة للمعاشرة متى كانت أهلا للزواج و من هنا يشترط المشرع الجزائري في صحة عقد الزواج أن تكون الزوجة قد بلغت 19 سنة كاملة يوم إبرام العقد طبقا لنص المادة **7 ق. أ. ج**, والأهلية في عقد الزواج تستوجب العقل والبلوغ والقدرة على الانسجام مع تبعات الحياة الزوجية المادية والمعنوية، [4]و بناء على ذلك فإن صغر الزوجة الذي لا تتحقق معه أغراض الزواج المشروعة طبقا لنص المادة **4 ق. أ. ج** بأن كانت لا تصلح للمعاشرة والائتناس، يوقف عنها النفقة الشرعية إلى بلوغها السن القانونية ما لم يدخل بها، اعتبارا من كون النفقة تجب للمدخول بها مطلقا صغيرة أم بالغة.

1- عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 157.

2- المصري مبروك، مرجع سابق، ص 468.

3- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، ط1، 2007، ص 383.

4- العربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 344.

و تأصيلا على ذلك فإن كانت الزوجة مريضة مرضا مخوفا بأن كانت مشرفة على الموت لا تجب لها النفقة الشرعية قبل الدخول، [1] غير أن النفقة لا تتوقف عن الزوجة حالا إذا حل بها داء كالرتق و نحوه ما لم يتعارض مع موجب الخيار والرد وفي كل الأحوال فإن استحقاق الزوجة النفقة في مثل هذه الحالة موقوف على ضرب أجل لها للعلاج و متوقف على بقائها ببيت الزوجية ولو حكما.

الفرع الثاني: تاريخ استحقاق النفقة وسقوط الحق فيها.

إن القول بتوقف وجوب النفقة على ثبوت الزوجية بعقد صحيح مع تحقق شروط استحقاقها يدفعنا إلى التساؤل عن نوع النفقة الواجبة من كونها فيما مضى وهل تجب في كل ما مضى أم في جزء منه فقط أم أن وجوبها يقع فيما حضر، وهل يمكن فرض نفقة المستقبل؟، هل هناك عوارض توقف الحق وتسقطه؟، سنحاول الإجابة على هذه التساؤلات من خلال دراسة تاريخ استحقاق النفقة أولا ثم سقوط الحق فيها ثانيا.

أولا: تاريخ استحقاق النفقة الزوجية.

تنص المادة **80 ق. أ. ج – تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم بها بناء على بينة لمدة تتجاوز السنة قبل رفع الدعوى –.**

واضح من نص المادة أن المشرع كان واقعيا إلى حد ما و اعتبر أن النفقة الواجبة للزوجة لا يمكن أن تكون إلا النفقة الحاضرة أما النفقة الماضية فلا تستحقها لأن حاجتها إلى الإنفاق قد اندفعت فعلا و أضحت نفقة متجمدة، [2] وتأصيلا على ذلك فإنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة لما قبل رفع الدعوى ولا لما بعد صدور الحكم كمبدأ عام غير أنه ولظروف معينة يجوز للقاضي أن يحكم باستحقاق النفقة لمدة ماضية قبل رفع الدعوى بسنة بشرط إثبات عدم الإنفاق, فإذا انعدمت البينة تعذر القول والإشهاد بادعاء الزوجة

1– الحبيب بن الطاهر، مرجع سابق، ص 257.

2– قويدري خيرة، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، المشرف: صالح باي محمد الشريف، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص 25.

عدم الإنفاق، كما يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة مستقبلية لما بعد صدور الحكم كما في الحالة التي يتضمن فيها الحكم القضاء بالطلاق و إسناد الحضانة إلى المطلقة، و نظرا لأن النفقة ذات طابع استعجالي لارتباطها بمقصد مهم غايته سد الخلة و الحاجة لدفع الهلاك عن الزوجة وحفاظا منه على مصالح الزوجة والأولاد فقد قرر المشرع ضرورة القضاء بنفقة مؤقتة للزوجة بموجب أمر على عريضة [1] طبقا لنص المادة **57 مكرر من ق. أ.ج.**

وعليه فإن قرار القاضي بتقرير نفقة مؤقتة يكون مشمولا بالنفاذ المعجل بقوة القانون بمعنى أنه يكون واجب النفاد سواء نص في منطوقه على ذلك أو لم ينص، وفي الحالة التي تزيد فيها النفقة المؤقتة عما فرض أخيرا من نفقة فإن المشرع الجزائري أغفل الحديث عن إمكانية رجوع الزوج على زوجته بما زاد عن النفقة النهائية المحكوم بها, أما إذا زادت النفقة النهائية عن النفقة المحكوم بها فإنه و استنادا إلى المبادئ العامة للقانون كان لصاحب الحق أن يستكمل حقه متى ظهرت حقيقة هذا الحق[2]، وعلى ذلك حق للزوجة أن ترجع على زوجها لاستكمال ما نقص من نفقتها والوصول بها إلى مقدار ما قضى به القاضي في معرض حكمه.

وعليه فإن حكم القاضي بوجوب النفقة يترتب عليه صيرورتها دينا في ذمة الزوج، وعلى ذلك فإنها لا تسقط بعد الحكم إلا بالأداء أو الإبراء وبهذا قال الجمهور غير الحنفية[3] وهو نفسه ما أخذ به المشرع في نص المادة **80 ق. أ. ج** ذلك أن جواز الحكم بنفقة لمدة تزيد عن سنة من رفع الدعوى علم منه أن النفقة الواجبة للزوجة لا تسقط إلا

1- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة, دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، المشرف: رايس محمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص 283.

2- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص 202.

3- عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 224.

بالأداء أو الإبراء وفيما دون ذلك تبقى دينا في ذمة الزوج ذلك أن القاضي لا يحكم بشيء إلا إذا تأكد ثبوته[1].

ويلاحظ أن المشرع بتقريره لنفقة ماضية عن تاريخ رفع الدعوى بسنة واحدة قصد من وراء ذلك أن إطلاق المطالبة بهذه النفقة فيه إرهاق للزوج بتراكم نفقات السنوات الماضية وإرهاق للقضاء إذ يلقي عليه عبئا مضاعفا عند التحري وتقصي حال الزوجين و ظروف المعاش الذي ساد تلك المدة كما أن من شأن ذلك أن يدفع بالزوجة إلى المبادرة بالمطالبة بنفقتها وفي ذلك مصلحة لها و لزوجها وهذا ما يحسب للمشرع الجزائري تقديره للمدة بعام واحد قبل رفع الدعوى[2].

يبقى أن نشير في الأخير إلى أن مواعيد تسليم الزوجة نفقتها سواء قدرت النفقة شهريا أو أسبوعيا أو مياومة فإن دفعها يكون في أول هذه المدة لا في نهايتها.[3]

والقول بما سبق كرسه القضاء الجزائري إذ اعتبر – **أن الحكم بالنفقة من تاريخ رفع الدعوى تطبيق صحيح للقانون** –،[4] و سواء قضى للزوجة بالنفقة من تاريخ رفع الدعوى أو بسنة قبل ذلك فإن النفقة تستمر إلى يوم النطق بالحكم إذا تعلقت بدعوى التطليق, تضيف المحكمة العليا في ردها عن الوجه الذي أثارته الطاعنة بخصوص استحقاقها لنفقة إهمال ابتداء من رفع الدعوى إلى غاية النطق بالحكم أجابت المحكمة العليا، – **ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بدفع الزوج لمطلقته نفقة إهمال ابتداء من رفع الدعوى إلى يوم النطق بالحكم طبقوا صحيح القانون و سببوا قرارهم تسبيبا كافيا** –.

1– المصري مبروك، مرجع سابق، ص 470.

2– المصري مبروك، مرجع سابق، ص 470.

3– عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 211.

4– جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية،مرجع سابق، ج1، ص 500.

ثانيا: سقوط الحق في النفقة.

إذا تحقق سبب وجوب النفقة وشروطها استحقت الزوجة النفقة الشرعية سواء بالتراضي أو بحكم القاضي تمكينا أو تمليكا ولا تسقط عنها إلا بالأداء أو الإبراء [1]، غير أنه و في الحالة التي ينعدم فيها السبب الموجب للنفقة أو يتخلف شرط من شروط استحقاقها فإن ذلك من شأنه أن يسقط واجب النفقة عن الزوج ولا يتصور ذلك إلا في الحالات التالية:

1 -الزوجة الناشز.

سكت المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجديد والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 02/05 عن مسألة نشوز الزوجة و مدى أحقيتها في النفقة خلافا للنص القديم من ق. أ. ج في المادة **37 فقرة 1** والتي جاء نصها كتالي – **تجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها** –، [2]هذا السكوت ترك فراغا تشريعيا يستوجب معه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية, و فيها أن جمهور الفقهاء و منهم المذهب المالكي رأوا بعدم استحقاق الزوجة الناشز النفقة الزوجية مدة نشوزها، [3] وبذا أخذ القضاء الجزائري على أن نشوز الزوجة من شأنه أن يفقدها حقوقها الزوجية ومنها النفقة الشرعية ومن النشوز ما يأتي:

أ. **ترك الزوجة بيت الزوجية:** و امتناعها من الرجوع إليه أو منعها زوجها من الدخول إليه, كل ذلك ما لم يكن لمسوغ شرعي، و تأصيلا على ذلك فإنه لا يعد نشوزا امتناع الزوجة عن الرجوع في حال عدم توفير الزوج للمسكن المستقل المحكوم به قضاء.[4]

1- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ب د ط، 2013، ص 596.

2- المادة 37 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984.

3- الحبيب بن الطاهر، مرجع سابق، ص 268.

4- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 354.

و بهذا الخصوص فإن الذي يثار في هذا الإطار هو حول ثبوت النشوز من عدمه في الحالة التي تكون فيها الزوجة قد سكنت مع أقارب زوجها ثم امتنعت عن الرجوع بسبب الضرر الذي لحق بها منهم و بهذا الخصوص تجيب المحكمة العليا في قرار لها – **متى كان من الأحكام الشرعية أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة و مستقلة عن أهله ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم, فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لما أقرته من مبادئ** –.[1]

غير أنه يستثنى من إعمال أحكام النشوز على الناشز الحامل ذلك أن الحمل مانع من إيقاف النفقة والتي هي حقا للحمل لا للحامل طبقا لنص المادة **60 من ق. أ. ج.**

وفي كل الأحوال فإن النشوز لا يتحقق إلا بعد تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع وإعطاء مهلة للمحكوم عليها للانصياع له طواعية، ففي ردها عن الوجه الذي أثاره الطاعن بخصوص انتفاء علة النشوز مع إصرار الزوجة المطعون ضدها على عدم الرجوع ما يعرضها إلى ثبوت النشوز في حقها، اعتبرت المحكمة العليا – **أن المطعون ضدها لم تكن ناشزا في حدود القانون على أن المرأة لا تعد ناشزا إلا إذا حكم عليها بالرجوع ورفضت الرجوع و حرر عليها محضرا تشهد على ذلك بعد التنفيذ عليها** –، [2] غير أن الزوج مطالب مرة أخرى بانتظار ثبوت حالة النشوز بحكم قضائي حتى يسقط عنه واجب النفقة وهذا ما استقرت عليه المحكمة من أن – **الزوج يبقى مطالبا بالنفقة مدة إقامتها في بيت أهلها ما لم يثبت نشوزها بحكم قضائي** –.[3]

ب.الزوجة المحترفة:

إذا لم تمتثل لأمر زوجها بالقرار في البيت ما لم تشترط عند العقد العمل الذي يقتضي خروجها من مسكن الزوجية، ووافق الزوج على شرطها طبقا لنص المادة **19 من ق. أ.**

1– جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق،ج1، ص 229.

2– جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج1، ص 343.

3– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 466390، 2008/11/12، م م ع، 2008، عدد2، ص 317.

ج. الزوجة المحبوسة:

لا نفقة للزوجة إذا حبست ولو ظلما لأن فوات الاحتباس لحق زوجها كان بسبب منها لا يد له فيه، والمغصوبة والمخطوفة في الحكم سواء.[1]

2 -موت أحد الزوجين:

اعتبارا من كون النفقة صلة والصلات تسقط بالموت ما لم تكن دينا فإن كانت كذلك بأن أمرها القاضي بالاستدانة لم تسقط ويجري عليها مجرى الديون عامة.[2]

3 عسر الزوج :

ينفق الزوج على قدر حاله و من وسعه فإن عجز عن نفقة زوجته فلا تجب عليه النفقة مدة إعساره, ولا يطالب بنفقة ما مضى إن أيسر على قول المالكية [3] مصداقا لقوله تعالى ﴿ **لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا** ﴾،[4] **فصح يقينا أن ما ليس في وسعه ولا أتاه الله تعالى إياه , فلم يكلفه الله تعالى إياه و ما لم يكلفه الله تعالى فهو غير واجب عليه،**[5] وبسقوط النفقة الزوجية لعسر الزوج يكلف بالإنفاق عليها من تجب في حقه نفقتها فيما لو لم تكن زوجة من أب أو جد أو أخ, و جاز لها أن تستدين على زوجها فإن كان بأمر القاضي ثبت دينا في ذمته، [6]غير أنها تكلف بالإنفاق على نفسها إن ثبت إعساره وكانت قادرة على ذلك و هذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا حيث جاء في إحدى قراراتها ما نصه – **من المقرر شرعا أن يسر الزوجة لا يسقط حقها و حق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في**

1- اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون، المشرف: عمر بلمامي، كلية بن عكنون، جامعة الجزائر، 2003، ص 46.

2- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 188.

3- الحبيب بن الطاهر، مرجع سابق، ص 266.

4- سورة الطلاق، الآية 7.

5- ابن حزم الأندلسي، مرجع سابق، ص 254.

6- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 185.

الحكم المستأنف بحجة يسر الزوجة رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطؤا في تطبيق القانون –،[1] فعلم يقينا أن يسر الزوجة مع ثبوت إعسار الزوج ينقل عبء الإنفاق على عاتق الزوجة طبقا لنص المادة **76 ق. أ. ج** ،– **في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك** – و متى وجب عليها نفقة أولادها فنفسها أولى بالإنفاق.

وعليه نخلص إلى أن عسر الزوج مانع من وجوب النفقة لكن مادا لو توقف الزوج على الإنفاق وامتنع من وجبت في حقه النفقة هل تجبر الزوجة على البقاء مع زوجها دون نفقة أم تطلق دفعا للضرر أم أنها على الخيار؟، هذا ما سنستعرضه في المبحث الثاني من هذا الفصل تحت عنوان مشروعية التطليق لعدم النفقة.

1– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 237148، 2000/02/22، م ق، 2001، عدد1، ص 284.

المبحث الثاني: مشروعية التطليق لعدم النفقة:

نستعرض في هذا المبحث الخطوط العريضة لمشروعية التطليق لعدم النفقة من خلال تحديد الإطار القانوني للتطليق لعدم النفقة ثم تحديد ضوابط التطليق وسقوط الحق فيه.

المطلب الأول: الإطار القانوني للتطليق لعدم النفقة.

إن البحث في مشروعية التطليق لعدم النفقة سواء من الناحية الشرعية أو القانونية يستدعي أولا تحديد حكم التطليق لعدم النفقة ثم الانتقال إلى بيان الشروط التي يستوجب مراعاتها قبل الاستجابة لطلب الزوجة بالتطليق من زوجها.

الفرع الأول: حكم التطليق لعدم النفقة.

غني عن البيان أن مسألة التطليق لعدم النفقة مسألة شرعية بالدرجة الأولى قبل أن يقننها المشرع الجزائري في قانون الأسرة وتبعا لذلك سنحاول استعراض الموقفين معا التشريعي والفقهي.

أولا: الموقف التشريعي من التطليق لعدم النفقة.

قد عرفنا مما سبق أن نفقة الزوجة واجبة لها على زوجها وأن المشرع الجزائري قد أعطى لها حماية قانونية خاصة و أحاطها بنصوص قانونية عدة تنم عن اهتمام بالغ يوليه المشرع لموضوع النفقة الزوجية مؤكدا على الطابع الإلزامي لدفعها و أن الإخلال بهذا الالتزام يعطي الحق للزوجة في التظلم للقاضي ملتمسة منه التطليق من زوجها وهذا بصريح المادة **53** في فقرتها الأولى ق. أ. ج والتي جاء فيها ما نصه – **يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب التالية:**

1-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78, 79, 80....-[1].

و يستقرئ من نص المادة أن الحق الممنوح للزوجة يبقى في حدود طلب التطليق أي الالتماس من القاضي التفريق بينها وبين زوجها والقاضي غير ملزم بالاستجابة الفورية لطلب الزوجة ذلك أن التطليق من اختصاص قاضي الموضوع وأن إيقاعه من عدمه يخضع لمدى توفر شروط إيقاعه، و تأصيلا عما سبق فإن حق طلب التطليق لعدم الإنفاق هو حق شخصي للزوجة دون سواها لذلك أوجب القانون أن يتم بطلب من الزوجة[2] التي أخل زوجها بالتزاماته المادية المترتبة عن ثبوت الزوجية بعقد النكاح الصحيح ومنها واجب النفقة متى استوفت الزوجة شروط استحقاقها.

و على ضوء ذلك فإن تعليق التطليق على استيفاء إجراء معين فيه ممارسة للحق في الدعوى القضائية[3] لا الحق في التطليق ذاته وبالتالي فالحكم الصادر بالتطليق تلعب في تكوينه إرادة القاضي دورا مهما في حين تقتصر إرادة الزوجة على تقديم الطلب إلى القاضي و تبعا لذلك فإن الحكم الصادر بالتطليق هو حكم منشئ له [4] و أن إرادة الزوجة في التطليق تصبح عاجزة وحدها على ترتيب الأثر القانوني للتطليق.

هذا وتجدر الإشارة أن حق طلب التطليق الممنوح للزوجة ذو طابع جوازي للزوجة الحق في استعماله من عدمه و للقاضي سلطة إيقاعه متى ثبت له عدم الإنفاق بالشروط المنصوص عليها قانونا، وتبعا لذلك فإن الزوجة مخيرة بين الرضا بالبقاء مع زوجها من دون نفقة، وإما أن تطلب التطليق لعدمها.

1- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9جوان 1984 المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 2 ماي 2005.ج م، عدد 15 صادرة بتاريخ 2005/02/27.

2- عبد القادر بن حرز الله, مرجع سابق، ص 277.

3- بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، المشرف: لمطاعي نور الدين، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015، ص 139.

4- بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 139.

والحق في ممارسة دعوى التطليق إضافة إلى كونه مدرج ضمن نصوص التشريع فإنه كذلك قد كرسه العمل القضائي و يظهر ذلك جليا في قرارات المحكمة العليا و منها ما نصه – **من المقرر فقها و قانونا أنه يجوز طلب التطليق في حالتي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين أو في حالة عدم الإنفاق...**–،[1] و في ردها عن الوجه الذي أثاره الطاعن المتعلق بخرق قواعد الشريعة فيما يخص العصمة أجابت المحكمة العليا بأنه – **لا يوجد خرق لأحكام الشريعة الإسلامية التي تجيز للزوجة طلب التطليق في حالات منها عدم الإنفاق و خاصة بعد صدور حكم بوجوبها وبتالي كان هذا الوجه غير مؤسس و تعين رفضه**–.

والذي اختاره المشرع هو نفسه ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من استحقاق الزوجة التطليق لعدم النفقة خلافا لأبي حنيفة ومن رأى برأيه وهذا ما سنبينه في العنصر التالي.

ثانيا: الموقف الفقهي من التطليق لعدم النفقة.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة اتجاهات:

1 – الاتجاه الأول: جواز التفريق لعدم النفقة.

يرى جمهور الفقهاء بجواز التطليق لعدم الإنفاق، [2] واستدل الجمهور لرأيهم بأدلة من الكتاب و السنة والمعقول.

أ. الأدلة من الكتاب :

قال تعالى في محكم تنزيله﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾.[3]

1– جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص 513.

2– بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 289.

3– سورة البقرة، الآية 229.

ووجه الاستدلال من الآية الكريمة أن التسريح بعد تعذر الإمساك بالمعروف توسعة على الناس ليرتؤوا بعد الطلاق لحالهم وحال نسائهم.[1]

قال تعالى﴿ **وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ** ﴾.[2]

و في هذه الآية تصريح بمفهوم ﴿ **فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ** ﴾،وعدم الإنفاق لا يكون بأي حال معروفا و حيثما انتفى المعروف تحقق الضرر و الضرر يزال[3].

ب.الأدلة من السنة النبوية:

عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم –**اليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني.**–[4].

و يجد الجمهور في قاعدة الضرر يزال والذي يرجع أصلها إلى الحديث النبوي لا ضرر ولا ضرار السند القوي و الحجة الدامغة في أن عدم الإنفاق ضرر ينبغي أن يزال وأن المرأة لم تكن لتطلب التطليق إلا بناء عن ضرر أحاط بها لا مرد لها منه إلا بدفعه بالتفريق[5].

ج. الأدلة من المعقول.

إن العجز عن الوطء فيه ترك للذة ليس إلا وأن في ترك الإنفاق مهلكة للبدن وقد ثبت الفسخ عن العنين لعجزه عن الوطء فكان من باب أولى ثبوت الفسخ لعدم الإنفاق.

1– الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، مرجع سابق، ص 406.

2– سورة البقرة، الآية 229.

3– الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، مرجع سابق، ص 423.

4– البخاري، مرجع سابق، كتاب النفقات، حديث رقم 5355، ص 885.

5– محمد كمال الدين إمام، التطليق لعدم الإنفاق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ب د ط، 2006، ص 88.

2 - الاتجاه الثاني: عدم جواز التطليق لعدم النفقة.

و بخلاف الجمهور يرى أبو حنيفة في مذهبه وابن حزم و غيره من الفقهاء الذين رأوا برأيه بعدم جواز التفريق لعدم النفقة [1]سواء كان سبب ذلك امتناع الزوج وإعراضه عن الإنفاق مع القدرة عليه أو كان مرده إلى إعسار و ضيق عارض أو أصلي.

وقد استدلوا في ذلك بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول.

أ. الأدلة من الكتاب.

قال تعالى في محكم تنزيله﴿ **لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ، وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ، لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا** ﴾.[2]

ووجه الاستدلال في الآية الكريمة أن المعسر ومن ليس في وسعه الأداء ينظر إلى ميسرة و تكون نفقته دينا في الذمة [3], وفي المحلى لابن حزم - **أن الآية الكريمة رفعت التكليف عن الذي ليس في وسعه ومن لم يكلفه الله فهو غير واجب عليه وما لم يجب عليه فلا يجوز أن يقضى عليه أبدا أيسر أو لم يوسر.**[4]-

قال تعالى﴿ **وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ** ﴾.[5]

ووجه الاستدلال في الآية الكريمة أن الشارع الحكيم يوجب انظار المعسر إلى حال الملاءة، وفي الآيتين إرساء لأصل عام في العلاقة بين الدائن والمدين أساسها الرفق بالمدين باعتباره الطرف الأضعف في العلاقة.[6]

1- أحمد المومني و إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة للنشر و التوزيع والطباعة، عمان، الأردن، ط1، 2009، ص 114.

2- سورة الطلاق، الآية 7.

3- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 310.

4- ابن حزم الأندلسي، مرجع سابق، ص 254.

5- سورة البقرة، الآية 280.

6- محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 82.

ب. الأدلة من السنة النبوية.

- دخل أبو بكر يستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجد الناس جلوسا ببابه لم يؤذن لأحدهم قال فأذن لأبي بكر فدخل ثم أقبل عمر فاستأذن فأذن له فوجد النبي صلى الله عليه وسلم جالسا حوله نساؤه واجما ساكتا قال: لأقولن شيئا أضحك النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقمت فوجئت عنقها فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هن حولي كما ترى يسألني النفقة فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول تسألن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ليس عنده ثم اعتزلهن شهرا أو تسعا و عشرين-،[1] ووجه الاستدلال في ذلك أن إقرار رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب صحابته رضوان الله عليهم لابنتيهما في سؤالهما النفقة لا يجدها عليه السلام فيه دلالة على أنه لا حق لهما في طلب النفقة حال الإعسار, وترتيبا على ذلك فإنه لا يصح للمرأة طلب الفرقة بما ليس لها طلبه ولا يحل لها[2].

ج. المعقول:

إن في إمهال الزوج و انظاره تأخير لحق الزوجة و على عكس ذلك فإن في إلزام الزوج بالفسخ إبطال لحقه بالكلية و أمر الزوجة بالاستدانة أهون من الإبطال فكان أولى[3].

3-الاتجاه الثالث: جواز التفريق في حالتين:

يرى ابن قيم الجوزية بثبوت حق الفسخ للزوجة في حالتين:

1- النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، المطبعة المصرية بالأزهر، ط1، 1347 هـ- 1929 م، ج10، ص 80-81.

2- محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 83.

3- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 291.

أ. الحالة الأولى:

هي الحالة التي يغر بها زوجها فيوهمها بأنه ذو مال ثم يظهر معدما لا مال له ذلك أنها لم تكن لتقبل زواجها منه على إعساره لو علمت بحاله قبل العقد عليها.

ب. الحالة الثانية :

أن يمتنع عن الإنفاق مع قدرته عليه و يشترط في ذلك عجز الزوجة عن أخذ كفايتها منه سواء بنفسها أو بالحاكم،[1] و معنى ذلك أن حق الفسخ يسقط إذا تزوجته و هي عالمة بإعساره وقت الزواج أو كان موسرا ثم أعسر [2]– **ولم تزل الناس تصيبهم الفاقة بعد اليسار ولم ترفعهم أزواجهم إلى الحكام ليفرقوا بينهم**[3]–.

والقول عندي هو تبني الاتجاه الأوسط و الأقرب لروح الشريعة والذي يلزم المرأة بالصبر و إنظار المعسر لحال الملاءة و لها التفريق إن غر بها فإن كان م وسرا و تعذر تحصيل ماله لامتناعه جاز لها التفريق بعد عجزها عن أخذ كفايتها بنفسها أو بالحاكم غير أن ذلك مرهون بمدى حرص الدولة على ضمان نفقة الزوجة .

الفرع الثاني: شروط التطليق لعدم النفقة.

في هذا الفرع سنستعرض الشروط التي وضعها المشرع حتى يستجيب القاضي بموجبها لطلب الزوجة والتي جاءت بها المادة **53 فقرة 1 ق. أ. ج** وهي كالآتي:

أولا: عدم الإنفاق:

يشترط المشرع الجزائري على الزوجة التي تطلب التطليق لعدم النفقة, إثبات حالة عدم الإنفاق, وعبارة عدم الإنفاق على إطلاقها كما أراد لها المشرع أن تكون تجمع صورا

1– ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر والتوزيع، ط 3، 1998، ج5, ص 465.

2– بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 289.

3– ابن قيم الجوزية، مرجع سابق، ص 465.

ثلاثة لعدم الإنفاق, فإما أن يكون امتناعا تعنتا و ظلما, أو يكون إعسارا وضيقا في الرزق, وأخيرا قد يكون بسبب غياب الزوج.

أ. الامتناع عن الإنفاق:

لما كان للزواج مقاصد جليلة أصلية وتبعية فقد أورد المشرع لذلك ضمانات للحصول على النفقة الممتنع عنها مع القدرة عليها بدلا من سلوك دعوى التطليق [1] حماية و تقديسا لآصرة الزواج بأن أدرج النفقة الزوجية ضمن قائمة الديون التي أقر لها امتيازا على غيرها و هذا ما جاء في ق. إ. م. إ في نص المادة **777** منه و التي نصها – **يجوز الحجز على الأجر أو المرتب بقيمة النفقة الغذائية إذا كان الدين المحجوز من أجله يتعلق بنفقة غذائية للقصر أو الوالدين أو الزوجة أو كل من تجب نفقتهم قانونا, وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يتجاوز الحجز نصف الأجر أو المرتب** –.

و تضيف المادة **993 ق. م** [2] في فقرتها الثالثة أن النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة من الديون التي لها امتياز على جميع أموال المدين من منقول أو عقار, وعليه فإن الامتناع سلوك وضيع وموقف سلبي ينم عن عناد ظاهر دلالته واضحة وأسبابه متعددة ونتيجته واحدة و علاجه يقتضي حالتين:

الحالة الأولى: للزوج مال ظاهر.

إذا امتنع الزوج عن الإنفاق وكان له مال ظاهر أخذت الزوجة ما يكفيها إن استطاعت ذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم لهند –**خذي ما يكفيك وولدك**

1– بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 151.

2– القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 يتمم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني جريدة رسمية عدد 31 صادرة بتاريخ 13 ماي 2007.

بالمعروف-[1] وإلا فرض القاضي لها النفقة في ماله بعد أن تطلب منه ذلك فإن أبى أخذ المفروض من ثمنه بعد بيعه جبرا[2].

الحالة الثانية: ليس للزوج مال ظاهر.

و حاصل المسألة عند المالكية على قولين:

الأول يطلق عليه حالا حيث لا فائدة في الانتظار والعناد ظاهر والضرر جلي والثاني يطلق عليه بعد أن يحبس.[3]

والحبس عند الحنفية على شرطين أوله أن يثبت لدى القاضي استطاعته الإنفاق أو يحصل لديه إمكان ذلك، وثانيه صيرورة النفقة دينا في ذمته بعد أن يقررها القاضي.[4]

ب.الإعسار بالنفقة:

الإعسار قلة ذات اليد وضيق في الرزق يصيب الرجل فيعجزه نفقة زوجته و حكم الإعسار بها في نظر المشرع الجزائري أن الزوجة على الخيار إما أن تقبل الحياة مع زوجها بدون نفقة أو أن تطلب التطليق[5] و هذا ما تعنيه المادة **53 فقرة 1 من ق. أ. ج** إذ تسقط عنها حق التطليق بمجرد علمها بإعسار زوجها ما يفهم منه أن لها ذلك عند عدم علمها بإعساره، وتأصيلا على ذلك فإن عسر الزوج يتيح لها مكنة التفريق.

و جواز التفريق للإعسار أجازه جمهور الفقهاء غير الحنفية والظاهرية و من رأى برأيهم, وأمر الفرقة بالإعسار نظر إليه الفقهاء من جانبين, جانب قدر أن الفرقة لا تستقيم و مقاصد الزواج و جانب نظر إلى طبيعة العقد التي تجيز الفسخ متى ما أخل واحد من

1- مسلم بن الحجاج بن مسلم، صحيح مسلم، دار الحضارة للنشر والتوزيع، كتاب الأقضية، باب قضية هند، حديث رقم 1714، ط2، 2015، ص 563.

2- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 185.

3- محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 69.

4- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 185.

5- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 357.

طرفيه بالتزاماته العقدية، [1] فمن نظر إليه نظرة مقاصدية أسقط عن الزوجة حق التطليق وأمكنها من الاستدانة ممن تجب عليه نفقتها لو لم تكن زوجة على أن يرجع من أنفق بما أنفق على الزوج عند يسره، [2]و من نظر إلى الزواج باعتباره عقدا يرتب التزامات متبادلة أمكن الزوجة من حق التطليق و بذلك رأى جمهور الفقهاء.

ج. غياب الزوج:

الصورة الثالثة لعدم الإنفاق أن يكون لغياب الزوج، وهذه الصورة من عدم الإنفاق لم يرد ذكرها صراحة في نص المادة **53 فقرة 1 ق. أ. ج** والتي تعتبر الأساس القانوني في دعوى التطليق لعدم النفقة وسكوت المشرع الجزائري فيه قصور تشريعي ترك فراغا قانونيا من شأنه فتح باب التأويل و تفسير النصوص على مصراعيه وبالنتيجة عدم توحيد الأحكام بالنسبة للقضية الواحدة، [3]وكان على المشرع الجزائري أن يحدو حذو التشريعات العربية في غالبيتها التي أعطت لموضوع التطليق حيزا معتبرا بنصوص واضحة فصلت حالة الإعسار بين إن كان المعسر حاضرا أو غائبا.

والمعتمد من أقوال فقهاء المالكية بهذا الخصوص أن قريب الغيبة لا يطلق عليه إلا بعد أن يرسل إليه القاضي فيخيره بين الإنفاق أو التطليق, فإن امتنع عن الاثنين طلق عليه القاضي، [4] فإذا كانت غيبته بعيدة يمهله القاضي مدة مناسبة قبل أن يطلق عليه وهذا كله ما لم يتعذر على الزوج الغائب إثبات إعساره بالنفقة. [5]

ثانيا: استصدار حكم قضائي بوجوب النفقة.

اشترط المشرع الجزائري على الزوجة في طلبها التطليق لعدم النفقة ضرورة استصدار حكم قضائي بوجوب النفقة، ومؤدى هذا الشرط أن الزوجة مطالبة أولا برفع دعوى

1- محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 78.
2- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 309.
3- قويدري خيرة، مرجع سابق، ص 30.
4- الحبيب بن الطاهر، مرجع سابق، ص 272.
5- عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 485.

قضائية ضد الزوج تطالبه فيها بالنفقة الشرعية المترتبة عن ثبوت الزوجية بعقد النكاح الصحيح, فإن قضى لها القاضي بالنفقة وأغفل بعد ذلك الزوج واجب النفقة المحكوم بها قضاء بعد أن تسعى في تنفيذه بالطرق القانونية, حق للزوجة حينها أن ترفع دعوى ثانية تلتمس فيها هذه المرة من القاضي تطليقها من زوجها [1] لدفع الضرر اللاحق بها جراء إخلال الزوج بواجباته المادية, على أن تثبت بكل وسائل الإثبات الممكنة عدم امتثاله لواجب النفقة الشرعية المحكوم بها قضاء بعد مرور المدة المناسبة[2].

ويفهم ضمنيا من ذلك أن حق التطليق الممنوح للزوجة لن يتأتى لها بصفة فورية عند أي خلل في الإنفاق، بما يعني أن الحكم القضائي القاضي بوجوب النفقة يعد قاعدة إثبات موضوعية تستند إليها الزوجة في دعوى التطليق.[3]

و قد كرس العمل القضائي النص التشريعي للمادة **53 فقرة 1 من ق. أ. ج** و يظهر ذلك جليا في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا حيث جاء في قرار لها ما نصه **– لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال و عدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة للزوجة وأن امتنع الزوج على تنفيذه** [4]–،وعليه فإن اعتماد الإهمال العائلي للحكم بالتطليق يعد خرقا لأحكام المادة **53 فقرة 1** التي تشترط صراحة صدور حكم بوجوب النفقة و أن تقيم الزوجة التدليل على امتناع الزوج عن دفع النفقة.

إن غاية المشرع من اشتراط صدور حكم بوجوب النفقة أن القاضي عند تقديره للنفقة الشرعية ملزم بمراعاة حال الزوجين و ظروف المعاش وبالتالي فإن النفقة الموجبة للتفريق هي النفقة المحكوم بها قضاء و تبعا لذلك فإن ادعاء الزوجة عدم الإنفاق قبل صدور الحكم بوجوبه لا يعتد به و لا يجاب حينها لطلبها التطليق.

1– منصوري نورة، التطليق والخلع في القانون و الشريعة الإسلامية, دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع, عين مليلة، الجزائر، ب د ط، 2012، ص 25.

2– اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص 52.

3– شامي أحمد، مرجع سابق، ص 139.

4– جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق،ج2، ص 819.

وقد وافق المشرع الجزائري بهذا الشرط ما ذهب إليه فقهاء الشريعة من اعتبارهم أن لا فسخ إلا بعد الأمر بالنفقة [1]، والذي يبدو أن المشرع الجزائري أراد إثقال عبئ الزوجة بإجراءات يمكن اعتبارها عقبات تصعب من أمر التطليق حماية منه للأسر من التفكك في ظل تفاقم البطالة وانغلاق سوق العمل و أزمة السكن و تأزم مشاكل الأفراد والأسر، غير أن ذلك يتنافى و مقتضيات العدالة التي لا تستدعي معها إطالة الإجراءات وتعقيدها على الزوجة طالما أن ذلك مكنة مكنها إياها المشرع، وأن في تعقيد الإجراءات إطالة أمد الإضرار بالزوجة جراء عدم الإنفاق.[2]

ثالثا: عدم علم الزوجة بإعسار زوجها وقت الزواج:

بعد أن تثبت الزوجة حالة عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه يشترط القانون هذه المرة أن لا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت انعقاد زواجهما و إلا فلا يجاب لطلبها لأنها تكون حينئذ أقدمت على بصيرة بحاله فرضيت بالنفقة التي يقدر عليها والتي تناسب حاله.

وتبعا لذلك فإن علمت الزوجة بالوضع المادي للزوج بأن كان ذا دخل محدود أو أن شهادته غير مطلوبة في سوق العمل أو أن طبيعة مهنته تقتضي دخلا غير مستقر يجعله يعيش انفراجا ماليا أحيانا وضيقا في الرزق أحيانا أخرى [3]، فإنه لا يجاب لطلبها والقاضي يرد دعواها لتخلف شرط جوهري في موضوع الدعوى ورد ذكره في المادة **53 فقرة 1 ق. أ.ج- ما لم تكن عالمة بإعساره وقت زواجهما -.**

غير أن التمسك بحرفية النص يرتب نتائج غير عادلة في كثير من الحالات و منها حالة الزوجة التي تقدم على الزواج و هي على معرفة بعسر زوجها و لكنها لم تكن لترضى إلا ظنا منها أن المسألة عابرة ووقتية كون الزوج حاملا لشهادات علمية أو كونه جامعيا مثلا ثم طال انتظارها و تضررت لسوء الوضع و تأزمه ففي هذه الحالة وأشباهها

1- المصري مبروك، مرجع سابق، ص 297.

2- شامي أحمد، مرجع سابق، ص 139.

3- منصوري نورة، مرجع سابق، ص 26.

ينبغي الانتقال من ألفاظ النص و مبانيه إلى مقاصده و معانيه، [1]غير أنه و في الحالة التي يكون فيها الزوج على وضع اليسار بأن اشتهر بالعطاء وانقطع عنه ذلك بأن اعترضه ضيق في الرزق فإن ذلك من شأنه أن يبقي حق الفرقة قائما للزوجة.

إن شرط عدم العلم بفقر الزوج عند العقد الذي أوردته المادة **53 فقرة 1 ق. أ. ج** وافق فيه المشرع المذهب المالكي ويضيف المذهب أن علم الزوجة بحال زوجها كونه من الذين يستعطفون الناس ويطلبون صدقاتهم يوقف عنها طلب التفريق ما لم يترك زوجها الاستجداء والطواف على أبواب الناس.[2]

والذي يبدو أن المشرع الجزائري لم يوفق في إطلاق هذا الشرط وكان عليه أن يعيد الصياغة بأن يجمع فيها بين المبدأ والاستثناء [3]طالما أن هناك حالات لا تستسيغ هذا الشرط على إطلاقه بهذه الصيغة.

وعلى خلاف ذلك يرى المذهب الحنبلي ووافقه في ذلك الشافعية أن وجوب النفقة يتجدد كل يوم فيتجدد لها الفسخ تبعا لذلك و عليه فإن علمها بإعساره لا يقف حائلا بينها و بين حق الفسخ، [4] و يبدو أن هذا الرأي يتناسب مع مقتضيات العصر والتي اقتحمت فيه المرأة عالم الشغل و في كثير من الحالات نجد الزوج معسرا و يشترط عليها مشاركته واجباته المادية بما فيها النفقة الشرعية مقابل السماح لها بالعمل فهل يعتبر اتفاقها معه على تحمل الأعباء المالية مسقطا لحقها في التطليق فيما إذا انقطعت عن العمل لمرض أو فصل أو عزل عن العمل ؟

1- بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط1، 2008، ص 189- 190.

2- الحبيب بن الطاهر، مرجع سابق، ص 271.

3- بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، المشرف: تشوار حميدو زكية، كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص 180.

4- عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 488.

يرى المذهب الحنبلي أن علم الزوجة بإعسار زوجها وقت العقد لا يسقط عنها حق الفسخ ولو اشترط عدم الإنفاق عليها في العقد قياسا لعدم صحة إسقاط شفعتها قبل البيع.[1]

المطلب الثاني: ضوابط التطليق لعدم النفقة وسقوط الحق فيه.

ضمن هذا المطلب سنحاول استنتاج الضوابط التي تحكم ممارسة الحق في التطليق وكذا سقوط الحق فيه.

الفرع الأول: ضوابط التطليق لعدم النفقة.

إن شرط عدم الإنفاق يقودنا إلى التساؤل حول أجل عدم الإنفاق أولا ثم النفقة الموجبة للتفريق ثانيا.

أولا: الأجل في التطليق لعدم النفقة.

لم يحدد المشرع الجزائري أجلا تتربصه الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة الشرعية وامتناع الزوج من تنفيذ الحكم، وأمام هذا القصور التشريعي تضاربت آراء شراح قانون الأسرة الجزائري بين من يرى بضرورة العودة إلى قانون العقوبات والاحتكام بالمادة الواردة في جنحة عدم تسديد النفقة والمحددة بشهرين كاملين طبقا للمادة **331 ق. ع. ج** [2] و بين من يلتزم بمرجعية المذهب المالكي باعتباره المذهب السائد[3].

والحق أن الاحتكام إلى قانون العقوبات جنوح عن الصواب على اعتبار أن ثبوت امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته وأولاده لا يشترط في وجوده حكما قضائيا مدان فيه

1- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 488.

2- القانون رقم 2/16 المؤرخ في 19 جوان 2016 المتضمن قانون العقوبات يعدل و يتمم الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 جويلية 1966 ج م، عدد 37.

3- إسماعيل شيخ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، المشرف: ليلى جمعي، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2013، ص 103.

من أجل ذلك بل يثبت بكل وسائل الإثبات بعد صدور الحكم بوجوب النفقة الشرعية ، ذلك **أن دعوى الطلاق غير مرتبطة بالدعوى الجزائية** –[1] تقول المحكمة العليا في قرار لها.

و رغم أن المشرع الجزائري لم يحدد مذهبا معينا أو الراجح من المذاهب من خلال إطلاق المادة **222** لاحتوائها كل أحكام الشريعة الإسلامية و ذلك مزية لاختيار الحل الأنسب حسب كل قضية لكن الإطلاق يؤدي إلى اختلاف الأحكام [2], لذلك كان على القضاء الجزائري الاستقرار على موقف فقهي يلزم القضاة بالوقوف عنده و كان له ذلك باختياره أجل الشهرين الموافق لقول الفقيه ابن عاصم من متأخري فقهاء المالكية الزوج إن عجز عن الإنفاق لأجل شهرين دون استحقاق و يظهر ذلك جليا من خلال قرارات المحكمة العليا حيث جاء في إحدى قراراتها **– متى كان من المقرر فقها و قضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها و ذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عاصم ...فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية ..[3]–.**

غير أن ما يعيب على القضاء عدم تكملته للنص الذي جاء به الفقيه ابن عاصم والذي اختاره مرجعا وأساسا لتسبيب قراراته و مما فيه أيضا – **ولاجتهاد الحاكمين يجعل في العجز لمن هذا و هذا الأجل [4]** –، ففيه أن الأجل موكول إلى اجتهاد القاضي يطلق على من لا أمل في الخروج من ضائقته و ينظر إلى ميسرة لمن يرجى يسره و هو الرأي الراجح في المذهب المالكي وعلى خلاف ذلك يرى الحنابلة أن طلب الفرقة شأن خاص بالمرأة فلها طلبه على الفور أو التراخي بخلاف القول الأظهر عند الشافعية والذي يمهل فيه الزوج ثلاثة أيام[5].

1– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 0857934، 2013/09/12، م م ع، 2013، عدد2، ص 297.

2– إسماعيل شيخ، المرجع السابق، ص 157.

3– جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص 302.

4– ابن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط1، 2011، ص 56.

5– محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 98.

و القول عندي أن مدة الإمهال أمر موكول للقاضي يراعي فيه ظروف الزوج و مدى رجاء وسعه من جهة و حال الزوجة و مدى قدرتها على الصبر من عدمه من جهة ثانية, فلا هو محدد المدة فيرفع عن الزوج عصمته على زوجته رغم انفراج حاله بعد انتهاء الأجل المضروب له و لا هو شأن الزوجة ذاتها فيحملها تهورها و عدم سداد رأيها على طلب الفسخ فورا دون تراخي.

ثانيا: النفقة الموجبة للتفريق:

إن عدم الإنفاق الذي يجيز للزوجة طلب التطليق بشأنه هو العجز عن الضروري من النفقة بعناصرها و مشتملاتها الواردة في صلب المادة **78 ق. أ. ج** و على ضوء ذلك فإن قدرة الزوج على تحصيل نفقة الضرورة من غذاء و كسوة و علاج و سكن كفيل برد ادعاء الزوجة عدم الإنفاق، وتبعا لذلك لا يثبت للزوجة حق التطليق ما لم يعجز الزوج عن نفقة الإعسار ذلك أن إعساره بما زاد عن ذلك يسقط عنها حق التطليق لسقوط الزيادة بإعساره،[1] قال تعالى ﴿ **لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا** ﴾،[2] و إذا كان من الثابت فقها أن توفير الضروري من الغداء والكسوة لدفع الجوع و العري يخول للزوجة طلب الفرقة من زوجها فإن عجز الزوج عن توفير المسكن ورد بشأنه اختلاف فقهي بين من يقضي بأحقيتها في الفسخ لعجزه عن إسكانها و بين من يرى بعكس ذلك [3]، غير أن المشرع الجزائري فصل في ذلك و اعتبره حقا مقررا قانونا و شرعا و مستقرا عليه قضاء إلا أن مجرد العجز عن توفيره لا يعد سببا كافيا لطلب التطليق فورا و إنما يخضع بدوره إلى كيفيات تقديره تماما مثلما هو عليه الحال بشأن النفقة على اعتبار أن السكن تستغرقه النفقة كونه عنصر من عناصرها [4].

1- منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت،، ب د ط، 1983 ، ج5، ص 476.

2- سورة البقرة، الآية 286.

3- المصري مبروك، مرجع سابق، ص 292.

4- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية في ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ب د ط، 2007، ص 33.

و تكريسا لذلك قررت المحكمة العليا في قرار لها ما نصه – **متى كان من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في السكن المنفرد بعيدا عن أهل الزوج فليس معنى ذلك أنها تطلق إذ لم يكن لها ذلك حالا بل يجري عليه ما يجري على النفقة و من تم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الشريعة الإسلامية و الخطأ في تطبيقها في عير محله يستوجب رفضه،** [1]– و عليه فإن عدم الإنفاق الذي تطالب الزوجة بالتطليق بشأنه يجب أن يكون في حدود الإعسار الذي رسمه القاضي في معرض حكمه بوجوب النفقة والذي يفترض أنه قد راعى فيه المادتين **78 و 79 ق. أ. ج.**

و بخصوص نفقات العلاج فقد رتب المشرع الجزائري جواز الفسخ عند إعسار الزوج و عدم قدرته على مداواة زوجته باعتباره من عناصر النفقة لا يقل أهمية عن الغداء والكسوة والمسكن و بهذا الخصوص يكون المشرع قد خالف جمهور الفقهاء باعتبارهم لم يدرجوا أصلا التطبيب ضمن مشتملات النفقة، و حسنا فعل المشرع الجزائري بتمكينه الزوجة حق التطليق متى ما تعرضت صحتها لخطر لم يكن بمقدور زوجها دفعه عنها ففيه هلاك البدن وشيك و إزالة الضرر عنها لا يكون إلا بالتطليق.

و في كل الأحوال فإن العجز عن الضروري من النفقة الذي يخول للزوجة طلب التطليق بشأنه لا يسري على متجمد النفقة إنما يكون للعجز عن الضروري من النفقة الحالية أو المستقبلية، و تأصيلا على ذلك فإن النفقة الضرورية الحاضرة التي يوفرها الزوج المعسر لا توجب التفريق[2].

1– جمال سايس، مرجع سابق، ج1، ص 339.

2– قويدري خيرة، مرجع سابق، ص 25.

الفرع الثاني: سقوط الحق في التطليق.

تحت هذا العنوان سنحاول معرفة ما إذا كان التبرع بالنفقة مانع من ممارسة حق التطليق أولا ثم التعرض إلى المسقط الثاني بنص المادة **53 فقرة 1 ق. أ. ج** وهو العلم بالإعسار وقت الزواج ثانيا.

أولا: التبرع بالنفقة.

إن علة التطليق لعدم النفقة هو إزالة ضرر عدم الإنفاق وإذا كان التبرع يوفر للزوجة كفايتها التي ذهبت بالامتناع أو الإعسار فهل تجبر المرأة على قبول التبرع وبالتالي يسقط حقها في التطليق؟

أغفل المشرع الجزائري تفصيل ذلك و اعتبر أن حق الزوجة في التطليق يثبت بمجرد تحقيق شروطه المنصوص علها في المادة **53 فقرة 1 ق. أ. ج** و بالعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية يتبين أن التبرع بالنفقة و أثره في التطليق محل اختلاف فقهي في بعض التفاصيل لا أكثر بيد أن جمهور الفقهاء غير المالكية ربطوا موضوع التبرع بحصول منة الإنفاق من عدمه فقالوا إن حق الفسخ لا يثبت لها إذا استلمت النفقة المتبرع بها من الزوج بعد أن ملكها إياه المتبرع بها لأن المنة عليه لا عليها [1] وبانتفاء المنة ينتفي معها حق الفسخ, غير أنها لا تجبر على قبولها من غيره لما يلحقها من المنة ما لم يكن المتبرع قريبا فإن كان أجنبيا ثبت لها الفسخ لأن فيه من المنة و فيه معنى الصدقة والصدقة لا تسقط ما هو حق لها و بهذا قال الشافعية و الحنابلة و بعض الزيدية [2].

و حاصل المسألة عند مالك أن التبرع بالنفقة مسقط لحق التطليق سواء استلمتها من زوجها أو من المتبرع نفسه و العبرة عندهم بوصول النفقة للزوجة بغض النظر عن مصدرها[3]، و يفهم من رأي المالكية أنهم يشترطون لثبوت حق الفسخ عدم وجود المسقط

1- منصور بن يونس البهوتي، مرجع سابق، ص 477.

2- محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 96.

3- عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 490.

من حق التطليق و هو وجود المتبرع بالنفقة, فتكون الزوجة مجبرة على قبول التبرع وليس لها الخيار في ذلك سواء كان المتبرع قريبا أم أجنبيا[1].

و الذي يبدو لي أن القول بإجبار الزوجة على قبول النفقة المتبرع بها فيه إذلال للزوج و امتهان للزوجة في ظل فساد الزمان قد يكون ذلك ذريعة إلى الممنوع ينبغي اجتنابه فذرء المفاسد أولى من جلب المصالح.

ثانيا: علم الزوجة بالإعسار.

علمنا مما سبق أن حق التطليق الممنوح للزوجة مشروط بعدم علمها بإعسار زوجها وقت العقد فعلم يقينا أن ثبوت علمها بإعساره مانع من ممارسة حق التطليق و مسقطا له طبقا لنص المادة **53 فقرة 1** و يظهر أن غاية المشرع من التضييق على الزوجة في استعمال مكنة التطليق هو حماية الأسر من التفكك قدر المستطاع إذ الأصل أن العصمة بيد الزوج ثم إن الطلاق أبغض الحلال عند الله.[2]

1- نبيل صقر، مرجع سابق، ص 170.

2- راجع الصفحة 36 وما يليها.

الفصل الثاني

إجراءات التقاضي في دعوى التطليق لعدم النفقة وسلطة القاضي في إيقاعه

الفصل الثاني: إجراءات التقاضي في دعوى التطليق لعدم النفقة وسلطة القاضي في إيقاعه.

غني عن البيان أن الزوجة عندما تكون بصدد ممارسة حقها في التطليق لا يتأتى لها ذلك إلا من خلال تقديم طلب إلى القاضي بموجب عريضة تلتمس فيه تطليقها من زوجها الممتنع عن أداء نفقتها و في هذا الفصل سنحاول التعرض لهذه الإجراءات واستعراض دور القاضي في دعوى التطليق من خلال تقسيم الفصل إلى مبحثين

1. المبحث الأول : إجراءات التقاضي في دعوى التطليق
2. المبحث الثاني: دور القاضي في دعوى التطليق

المبحث الأول : إجراءات التقاضي في دعوى التطليق لعدم النفقة.

في هذا المبحث سنحاول معرفة الطريقة الإجرائية لرفع عريضة الدعوى وتبليغها ضمن المطلب الأول و إجراءات الصلح في المطلب الثاني.

المطلب الأول: رفع الدعوى و تبليغها.

تحت هذا العنوان نستعرض إجراءات رفع عريضة الدعوى في الفرع الأول ثم إجراءات الإيداع و التبليغ لعريضة افتتاح الدعوى في الفرع الثاني.

الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى التطليق .

يقتضي التداعي أمام القضاء ضرورة استيفاء شروط رفع الدعوى والالتزام بقواعد الاختصاص القضائي.

أولا: شروط رفع الدعوى.

1. الصفة.

الأصل أن صاحب الحق هو الذي يرفع الدعوى إلى القاضي لذلك يشترط القانون في الزوجة التي تطلب التطليق أن تكون ذات صفة بمعنى أنها هي نفسها صاحبة الحق في الدعوى بأن تكون على علاقة مباشرة بموضوعها متى كانت أهلا لمباشرتها، و تكون أهلا لمباشرة حق التقاضي في دعوى التطليق إذا كانت بالغة غير محجور عليها لسفه ونحوه[1].

وفي هذا الإطار يلاحظ أن ق. أ. ج قد منح للقاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وواجبات طبقا لما جاء في المادة **7 فقرة 2 ق. أ. ج**[2] و هي رخصة أتى بها المشرع استثناء على القاعدة العامة التي تثبت للشخص صلاحيته

1- عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مكتبة البشائر، عمان، الأردن، ط2، 1989، ص 129.

2- المادة 7 فقرة 2- **يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وواجبات** -

لاستعمال إرادته وتوظيفها لمباشرة تصرفاته المرتبة للأثر القانوني المراد ترتيبه متى اكتسب أهلية الأداء.[1]

و عليه فإن اكتفاء القاصر بأهلية الوجوب أو أهلية الاختصام لا يكسبه أهلية التقاضي و يكون حينها مطالب بوكالة رسمية و قانونية لتمثيل دعواه، و تبعا لذلك فإن القاضي ملزم أولا بالتأكد من صحة التمثيل قبل أن يبحث في عنصر الصفة لدى صاحب الحق، فقد تنتهي أهلية أو سلطة الشخص الذي يكفل التمثيل القانوني للخصم أمام القضاء كما لو كان الوكيل ليس أهلا للوكالة فتكون تبعا لذلك النيابة باطلة، [2] وبالتالي فإن الأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى و إنما هي شرط لصحة الإجراءات و هذا ما يفسر تراجع المشرع عن إدراج الأهلية ضمن شروط قبول الدعوى إلى جانب كل من الصفة و المصلحة في التعديل الأخير، [3] و على ضوء ذلك فإن صحة التمثيل القانوني يدخل ضمن شروط صحة إجراءات الخصومة و فساده يرتب رفض الدعوى أو شطبها بينما انعدام الصفة يقابله عدم قبول الدعوى باعتبارها شرطا من شروط قبولها طبقا لما جاء في المادة **13 ق. إ. م. إ** [4] و تأصيلا على ذلك فإن الزوجة عند رفعها لدعوى التطليق ملزمة بأن تبرز كل ما يثبت صفتها كزوجة للمدعى عليه تحت طائلة عدم قبول الدعوى لانعدام الصفة في التقاضي.

و شرط الصفة مطلوب توفره لدى المدعي كما المدعي عليه ذلك أن الدعوى لا تصح إلا إدا رفعت من ذي صفة على ذي صفة، و تكريسا لذلك فقد اتجهت المحكمة العليا

1- يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومة للنشر والتوزيع، ط 2009، ص 23.

2- سوزان محمد شحاذة العرموطي، العيب الجوهري و أثره في بطلان الإجراءات القضائية، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون تخصص القانون الخاص، المشرف: مؤيد أحمد عبيدات، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، 2009، ص 64.

3- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، منشورات دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الرويبة، الجزائر، ط2، 2009 ، ص 35.

4- القانون رقم 09/08، المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، عدد 21، صادرة بتاريخ، 23 أفريل 2008.

إلى – **عدم جواز رفع أي دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة التقاضي** [1]–، وتأسيسا على ذل فإنه تنعدم لديه الصفة في رفع الدعوى كل من ينازع في موضوع غير مملوك له ولم يثبت توكيله بوكالة رسمية و قانونية[2].

2. المصلحة:

و يقصد بها الفائدة العملية المرجوة من رفع الدعوى لصاحب المطالبة القضائية بمعنى أنها الغاية والهدف الذي من أجله رفعت الدعوى،[3] و على هذا الأساس يفترض أن غاية الزوجة عند طلبها التطليق لعدم الإنفاق إزالة ضرر عدم الإنفاق غير أن مجرد قيام المصلحة لا يكفي لصحة الدعوى ما لم تكن مصلحة قانونية و شرعية و معنى ذلك أن الزوجة بعد أن تثبت مصلحتها في التقاضي يشترط المشرع أن تكون مصلحتها قانونية وشرعية و على هذا الأساس فإن دعوى التطليق لعدم الإنفاق هي مطالبة قضائية لحماية حق يعترف به القانون و يحميه أساسه القانوني المادة **53 فقرة 1 ق. أ. ج.**

و شرط المصلحة ورد ذكره في المادة **13 ق. إ. م.** إ سالفة الذكر و كرسه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا إذ جاء في إحدى قراراتها ما نصه – **من المقرر قانونا أنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم لم يكن طرفا فيه** [4] –، ورغم أهمية المصلحة باعتبارها مناط الدعوى ذلك أنه لا دعوى بدون مصلحة إلا أنها و بخلاف الصفة لا يجوز للقاضي أن يثير انعدامها من تلقاء نفسه و بذلك فالقاضي ملزم بانتظار دفع الخصم بذلك حتى يمكنه النظر في مدى قيامها من عدمه، و يشترط في المصلحة أن تكون قائمة و حالة وقت رفع الدعوى بمعنى تحقق الضرر الذي يبرر الالتجاء إلى

1– حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، ط8، 2009، ص 39.

2– يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مرجع سابق، ص 21.

3– بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 38.

4– حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 40.

القضاء و التداعي أمامه، [1] غير أن مجرد احتمال وقوعه يكفي لقيام المصلحة و تسمى حينها مصلحة محتملة الهدف من ورائها منع وقوع ضرر محتمل الوقوع[2].

ثانيا: قواعد الاختصاص القضائي.

تشمل قواعد الاختصاصي القضائي الإختصاص النوعي و الاختصاص الإقليمي.

أ. الاختصاص النوعي لدعوى التطليق.

يعد الاختصاص النوعي للدعاوى القضائية من المسائل الجوهرية في سير الدعوى القضائية و يقصد به ولاية الجهة القضائية بالفصل في القضايا المطروحة وفقا لنوع الدعوى[3]، ويعنى قسم شؤون الأسرة بالفصل في المنازعات التي تتعلق بحال الأشخاص وكذا ما تعلق منها بنظام الأسرة كدعاوى فك الرابطة الزوجية [4] و منها دعوى التطليق طبقا لما جاء في نص المادة **423 ق. إ. م. إ – ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:**

1-الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج و الرجوع إلى بيت الزوجية و انحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات المذكورة في قانون الأسرة...-.

و نظرا لاعتباره من المسائل الجوهرية فإن عدم الاختصاص النوعي يمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها اعتبارا من كونه يدخل ضمن النظام العام، وعلى هذا استقرت المحكمة العليا حيث جاء في قرار لها ما نصه – **متى كان من المقرر قانونا أن عدم اختصاص المحكمة بحسب نوع الدعوى يعد من النظام العام و تقضي به المحكمة العليا من تلقاء نفسها وفي أي حالة كانت عليها الدعوى** [5] –، و يبدو ذلك منطقيا إذا

1- فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 2013، ص 16.

2- بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 38.

3- بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 74.

4- فريجة حسين، مرجع سابق، ص 169.

5- حمدي باشا، مرجع سابق، ص 6.

ما اعتبرنا أن مخالفة هذه القواعد يؤدي إلى خلل في النظام الذي يعنى بكيفية توزيع الدعاوى والمنازعات على مختلف الجهات القضائية حسب نوعها.[1]

غير أن إثارة عدم الاختصاص سواء بداعي النظام العام أو على أساس تمسك الخصم من شأنه إثقال المدعي بعبء إجرائي يتمثل في رفع الدعوى من جديد أمام القسم المختص لذلك ارتأى المشرع لتفعيل نظام الإحالة ما بين الأقسام، و بهذا الخصوص أكدت المحكمة العليا في إحدى قراراتها على – **أن المجلس لما رفض الدعوى لعدم الاختصاص النوعي بحجة أن المطالبة بالسكن لممارسة الحضانة ليس من اختصاصه أخطأ في ذلك بصفته هيئة لمراقبة الأحكام الصادرة عن المحاكم و تصحيحها و لو وجد خطأ في وصفها.... ولما قضى المجلس بذلك فقد حاد عن الصواب..**[2]–.

ب.الاختصاص الإقليمي لدعوى التطليق:

يقصد به النطاق المكاني الذي يمكن أن تباشر فيه جهة قضائية معينة ولايتها بنظر الدعوى، وإذا كان موضوع الاختصاص الإقليمي يرتكز أساسا على قاعدة محكمة موطن المدعى عليه اعتبارا من أن الأصل براءة الذمة،[3]و من تم فإن على من يدعي حقا السعي إليه طبقا للمادة **37 ق. إ. م. إ**، فإنه و بخلاف ذلك يؤول الاختصاص إلى قسم شئون الأسرة لمكان وجود مسكن الزوجية [4] عملا بنص المادة **40 ق. إ. م. إ**، [5] وفي هذا الإطار أكدت المحكمة العليا النص الإجرائي ل ق. إ. م. إ حيث جاء في إحدى قراراتها

1– فريجة حسين، مرجع سابق، ص 37.

2– جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج2، ص 965 – 967.

3– بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 84.

4– فريجة حسين، مرجع سابق، ص 170.

5– المادة **40 ق. إ. م. إ،– فضلا عما ورد في المواد 37،38، 46، من هذا القانون ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها:**

... 2–في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن على التوالي أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن... –.

ما نصه **– من المقرر قانونا أن دعوى الطلاق من اختصاص محكمة مقر الزوجية**[1]**–.**

و يثار التساؤل حول مقر الزوجية الذي اختاره المشرع من كونه مقر إبرام عقد الزواج أو المكان الذي تمارس فيه فعليا الحياة الزوجية، و بهذا الخصوص ردت المحكمة العليا عن الوجه الذي أثاره الطاعن من عدم اختصاص محكمة باب الوادي للفصل في القضية بقولها **كان يجب تحديد المحكمة بالجزائر تحديدا يتماشى مع الإجراءات المدنية فالزوجة لم تثبت أن مقر الزوجية هو باب الوادي و اقتصارها على القول بأن زواجها انعقد بهذا المكان ليس من شأنه أن يتخذ دليلا على أن المقر الزوجي كان به ..–** ،و تضيف المحكمة **أنه كان على المجلس أن يبحث عن المقر و لا يصدق الزوجة فيه إلا بدليل...** [2]**–.**

وبخلاف الاختصاص النوعي فإنه يجوز للزوجة الاتفاق على فض النزاع أمام جهة قضائية أخرى غير التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية اعتبارا من كون الاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام.[3]

الفرع الثاني: إجراءات الإيداع والتبليغ لعريضة افتتاح الدعوى.

يشمل هذا الفرع دراسة كيفية تقديم عريضة افتتاح دعوى التطليق لعدم النفقة وإجراءات تبليغها.

أولا: تقديم عريضة افتتاح دعوى التطليق.

حدد المشرع الجزائري في المادة **14 ق. إ. م. إ** عريضة افتتاح الدعوى كوسيلة إجرائية يتمكن من خلالها من يدعي أنه تعرض لاعتداء على حق من الحقوق أن يتقدم بعريضة قضائية أمام الجهة القضائية المختصة بالفصل في الدعوى للحصول على

1– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 44041، 1986/12/29، م ق، 1994، عدد 2، ص 51.

2– جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج2، ص 570.

3– يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مرجع سابق، ص 40.

الحماية القضائية للحق المعتدى عليه و الذي يعترف به القانون و يحميه بعد أن تستوفي الزوجة شرطي الصفة و المصلحة, تتضمن هذه العريضة موضوع الطلب القضائي من خلال تقديم عرض موجز عن الوقائع ينتهي بطلب أو طلبات مؤسسة قانونا، [1] و تأصيلا على ذلك فإن الزوجة التي تطلب التطليق مطالبة بتقديم المبررات القانونية وإلا عدت العريضة إنشاء لا يستند لأي مرجعية قانونية أو موقف قضائي مستقر عليه [2]، ويكون ذلك كله من خلال إيداع العريضة لدى أمانة ضبط المحكمة أين يكون كاتب الضبط ملزما بتقييد العريضة حالا بتسجيلها في سجل خاص مع إعطاء رقما للقضية تبعا لترتيب ورودها إضافة إلى تحديد تاريخ أول جلسة وهذا كله بعد أن تقدم الزوجة نسختين من العريضة واحدة لقلم كتاب الضبط و أخرى للمدعي عليه.

و قد نص المشرع على مجموعة من الشروط الشكلية عبارة عن بيانات يرد ذكرها في عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا قبل التطرق لأي دفع في الموضوع طبقا للمادة **15 ق. إ. م. إ.**

غير أن السؤال الذي يثار في هذا الإطار هو حول جزاء الإخلال بشكل العريضة سواء من حيث الكتابة أو التوقيع أو الإيداع لأمانة الضبط.؟

تجيب المحكمة العليا في قرار لها – **من المقرر قانونا أنه إذا كان البطلان أو عدم صحة الإجراءات المدفوع به ليس من النظام العام فيجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيحه....–**[3].

وبخصوص موقفه من خلو العريضة من التوقيع يضيف القرار –**... ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس لما قضى بعدم قبول الاستئنافين الذين قدمهما الطاعن بحجة عدم توقيع العريضة ... بالرغم من أن الإجراء ليس من النظام العام يكون بقضائه كما فعل قد خالف القانون**– ، و تأصيلا على ذلك فإن مجرد الخطأ في ذكر

1– فريجة حسين، مرجع سابق، ص 18.

2– بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 49.

3– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 59728، 1990/04/30 م ق، 1992 عدد 4، ص 61.

البيانات أو السهو الذي لا يرقى لدرجة التشكيك أو التجهيل بالأطراف و الجهة القضائية ليس من شأنه أن يرتب جزاء عدم القبول على اعتبار أن هذا الجزاء مقرر لخلو العريضة من البيانات[1].

هذا ولما كانت العريضة في شؤون الأسرة لها خصوصياتها التي تميزها عن باقي العرائض فقد أوصت المادة **15 ق. إ. م. إ** بعبارة –**عند الاقتضاء**– الزوجة بضرورة تدعيم الطلب القضائي بالوثائق والمستندات والتي من شأنها أن تؤكد جدية الدعوى مع الإشارة إلى أن عدم إرفاق العريضة بالمستندات وقت تقديم العريضة لا يرتب البطلان على صحة الإجراء[2].

ثانيا: إجراءات التبليغ لعريضة افتتاح الدعوى.

حدد المشرع الجزائري التكليف بالحضور كوسيلة إجرائية لانعقاد الخصومة، و هو بذلك خطوة أساسية و إجراء جوهري في مسار الدعوى على اعتبار أن عدم تكليف المدعى عليه بالحضور لتمكينه من إعداد دفاعه و الرد على ادعاء المدعي يجعل الدعوى كأن لم تكن و يتعين القول عندها بعدم قبول الدعوى لعدم انعقاد الخصومة[3].

و يلزم المدعي فوق ذلك بتبليغ النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا في النزاع بموجب المادة **3 مكرر من ق. أ. ج**[4]، وهذا ما أكده العمل القضائي حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما نصه – **إن تطليق الزوجة زوجها يدخل في قضايا حالات الأشخاص التي فرض القانون قبل الفصل فيها إبلاغ ملفها إلى النيابة العامة**[5] –

و يلاحظ أن المشرع الجزائري قد فصل بين التكليف و محضر التسليم فإذا كان الأول يعنى بمواعيد الحضور فإن الثاني يعتبر عمل إجرائي لاحق يثبت قيام عملية التكليف.

1– بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 50.

2– بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 49.

3– عبد العزيز سعد،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 118.

4– المادة **3 مكرر ق. أ.ج–تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون–**

5– جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص 203.

1. مواعيد الحضور:

يلزم المشرع الجزائري المدعي بالاحترام الكامل للمواعيد و الآجال القانونية حماية للخصوم من عنصر المفاجأة و تمكينهم من إعداد وسائل دفاعهم ومراعاة لحسن سير القضاء وتبعا لذلك حددت المادة **16 ق. إ. ج. م. إ** [1] مهلة عشرون يوما كأجل لتبليغ التكليف قبل انعقاد الجلسة تجدر الإشارة أن هذه المدة مقررة للمدعى عليه المقيم بالجزائر و في الحالة التي يكون فيها الزوج مقيما بالخارج فإن المدة المذكورة تمدد لثلاثة أشهر، و-**يجري تبليغه حينها عن طريق النيابة العامة والتي تكون ملزمة بإرسال نسخة إلى وزارة الشؤون الخارجية أو أية سلطة أخرى مختصة بذلك طبقا للاتفاقيات الدبلوماسية و من تم فان القضاء بخلا ف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون-** [2] تقول المحكمة العليا، وبناء على ذلك فإن مخالفة الإجراءات المتعلقة بمواعيد الحضور يؤدي بالنتيجة إلى عدم انعقاد الخصومة ما لم يكن ذلك بسبب من المدعى عليه كما لو امتنع عن الحضور بإرادته المنفردة رغم صحة التبليغ[3].

إضافة إلى مهلة التكليف بالحضور المذكورة آنفا فقد حددت المواد من **406 إلى 416** آجال و أوقات التكليف بالحضور علاوة على ما نصت عليه المادة **14 من القانون رقم 03/06** المتضمن مهنة المحضر القضائي.[4]

2. محضر التكليف بالحضور:

1- المادة **16 ق. إ. م. إ - يجب احترام أجل 20 يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور و التاريخ المحدد بأول جلسة ما لم بنص القانون على خلاف ذلك-.**

2- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج2، ص 562.

3- بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 63.

4- يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مرجع سابق، ص 31.

يلزم المشرع الجزائري المحضر القضائي الذي تقع في دائرة اختصاصه المحكمة المختصة والمرفوع أمامها دعوى التطليق بتحرير محضرا بتكليف المدعى عليه بالحضور إلى الجلسة المعينة عند تقديم عريضة افتتاح الدعوى، [1] وبذلك يكون المحضر القضائي بمثابة حلقة الوصل بين طرفي الخصومة و يؤدي دورا محوريا في تحريك دعوى التطليق بصفته الضابط العمومي المخول له بالإشهاد على واقعة استلام التكليف من المدعي عليه ثم تحرير محضرا بذلك، [2] و نظرا لكونه عملا إجرائيا لابد منه في الدعوى فقد حدد المشرع الجزائري على سبيل الحصر بيانات يجب أن يتضمنها محضر التكليف ورد ذكرها في المادة **19 ق. إ. م. إ** تحت طائلة رفض الدعوى شكلا لعدم صحة الإجراءات متى ما تحققت أي مخالفة لما هو مقرر.

المطلب الثاني: إجراءات الصلح في دعوى التطليق لعدم النفقة.

إن محاولة الإحاطة بالجوانب الإجرائية للصلح تتطلب أولا معرفة مدى وجوبية إجراء الصلح و مدى علاقته بدعوى التطليق لعدم النفقة في الفرع الأول، يليه دراسة كيفية سير جلسات الصلح في الفرع الثاني.

الفرع الأول: وجوبية الصلح ومدى علاقته بالتطليق لعدم النفقة.

في هذا الفرع سنتعرف على مدى وجوبية إجراء الصلح و كذا العلاقة التي تربطه بدعوى التطليق لعدم النفقة.

أولا: وجوبية الصلح.

يعد الصلح عملا إجرائيا بالغ الأهمية ضمن دعاوى شؤون الأسرة بما فيها دعاوى فك الرابطة الزوجية و منها دعوى التطليق لعدم النفقة بنص المادة **49 ق. أ. ج** و التي أكدت على عدد محاولات صلح يجريها القاضي قبل الفصل في موضوع الدعوى، و هو

1- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع، سابق، ص 117.

2- بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 62.

بذلك طريق من الطرق البديلة لحل النزاعات بأنواعها والتي اقرها القانون في تشريع الأسرة و أكد عليها ق. إ. م. إ طبقا لمقتضيات المادة **439** منه.

ومن خلال استقرائنا للمادة **49 ق. أ. ج** نجد أن المشرع الجزائري لم يترك الخيار للقاضي بشأن إجراء الصلح من عدمه بدليل عدم ثبوت الطلاق ما لم تجرى محاولة الصلح و الوفاق بين الزوجين و على ذلك فإن قاضي الموضوع عند نظر الدعوى لا يمكن له مناقشة الدعوى قبل محاولة إنهاء النزاع صلحا، و تبعا لذلك أمكن القول بأن إجراء الصلح يعتبر إجراء جوهريا ضمن إجراءات التقاضي و تؤكد ذلك المادة **439 ق. إ. م. إ** والتي أعطت للصلح صبغة وجوبية تلزم القاضي بالوقوف عنده تحت طائلة بطلان الحكم لتخلف عنصر جوهري في الإجراءات[1].

و إيمانا منه بالدور المحوري للصلح كطريق بديل لحل المنازعات الأسرية وبالأخص دعاوى الطلاق والتطليق فقد اعتبر المشرع الإجرائي محاضر الصلح بمثابة السند التنفيذي، لا يقبل الطعن إلا إذا خالف أحكام القانون.

إن اعتبار الصلح كذلك هو نفسه ما أخذ به القضاء الجزائري و هذا ما يستشف من بعض قرارات المحكمة العليا و منها ما نصه – **من المقرر قانونا لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من القاضي ... ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون**– [2].

غير أن القول بأن الصلح إجراء جوهري من إجراءات الدعوى ليس على إطلاقه إذ يرى جانب من شراح القانون أن العمل الإجرائي المتمثل في الصلح لا يعدو كونه إجراء وجوبيا جاء ضمن قاعدة آمرة لم يرتب المشرع جزاء الإخلال بها[3].

1– سفيان سوالم، الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق، صعوبات تطبيقه وآليات تفعيله، الملتقى الوطني الثامن حول حماية الأسرة في التشريع الجزائري، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق هراس، 4–5 نوفمبر 2015، ص 5.
2– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 75141، 1991/06/18، م ق، 1993، عدد 1، ص 65.
3– بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 54.

هذا الإجراء رغم أنه وجوبي إلا انه لا يرقى إلى اعتباره جوهريا إذا ما اعتبرنا أن الإجراء يكون كذلك كلما رتب القصور الذي يقع في العمل الإجرائي نتيجة مخالفة الشكل المنصوص عليه قانونا بطلان ذلك الإجراء، [1] غير أن تقرير البطلان لا يمكن أن يكون إلا بنص طبقا لمقتضيات المادة **60 ق. إ. م.** إ وبالرجوع إلى المادة **49 ق. أ. ج** و كدا المادة **439 ق. إ. م.** إ يتضح أن المشرع أوجب الصلح كعمل إجرائي قبل الفصل في موضوع الدعوى دون أن يرتب أي جزاء على تخلفه.

و بهذا الخصوص يبدو أن القضاء الجزائري أكثر تماشيا مع اعتبار الصلح إجراء غير جوهري واعتباره عمل إجرائي جوازاي و يظهر ذلك جليا في قرارات المحكمة العليا حيث جاء في إحداها ما نصه – **من المقرر قانونا أنه ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ إجراء ما منهم جعله القانون جوازي لهم فعله أو تركه و من تم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات و عدم كفاية الأسباب تأسيسا على أن محولة الصلح لم تتم بين الطاعنة و زوجها في غير محله و يستوجب رده**[2] **–.**

و الأكثر من هذا فإن إجراء الصلح يخص دعوى الطلاق بإرادة الزوج المنفردة لا علاقة له بدعاوى التفريق القضائي بما فيها دعوى التطليق لعدم النفقة و هذا ما نستعرضه فيما يلي:

ثانيا :علاقة الصلح بدعوى التطليق لعدم النفقة.

إن المتتبع للمواد **49, 50, ق. أ. ج** لا يجد أي علاقة تربطها بالتطليق, بدليل استحالة تطبيق المادة **50** من نفس القانون والتي ترتبط بشكل مباشر مع المادة **49** سالفة الذكر على أساس أن حق الرجعة طبقا لنص المادة **50** و ما هو مقرر شرعا إنما هو حق خالص للزوج دون الزوجة، والذي يكون في فترة زمنية يقصد منها العدة فكيف تثبت للزوجة العدة قبل صدور الحكم بالتطليق[3].

1– سوزان شحاذة محمد العرموطي، مرجع سابق، ص 24.

2– جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص 347

3– بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 141.

غير أن إجراء الصلح قد يكون منتجا في دعوى التطليق لعدم الإنفاق إذ يمكن اعتباره مناسبة لتذكير الزوج بمسؤولياته تجاه زوجته سواء كان فقيرا أو غنيا بحسب حاله و أنه يعتبر ناشزا و يتحمل مسؤولية الطلاق في حالة إصراره على عدم الإنفاق، وعليه فإن جلسات الصلح عندما نكون بصدد دعوى التطليق لعدم النفقة لا تكون بالضرورة غايتها دفع الزوجة للتراجع عن طلبها التطليق بقدر ما تكون فرصة لمناقشة كل ما يتعلق بالنفقة و مشتملاتها[1].

الفرع الثاني: سير جلسات الصلح.

إن مباشرة إجراء الصلح انطلاقا من عقد جلسات الصلح إلى محاولة فض النزاع قبل الفصل فيه يستدعي بنا التطرق إلى الجهة القضائية المؤهلة للإشراف عليه أولا ثم بيان قواعد الحضور والغياب ثانيا.

أولا : الجهة القضائية المختصة بإجراء الصلح.

انطلاقا من نص المادة **49 ق. أ. ج** يتبين بوضوح أن جلسات الصلح تباشر لأول مرة أمام المحكمة الابتدائية فالمشرع يتكلم عن إجراء الصلح في بداية نظر النزاع و قبل أي فصل في الموضوع عند عرضه على مستوى محكمة أول درجة.[2]

وعليه فإن طرفا الصلح ممثلان في الزوج والزوجة ملزمان بالحضور شخصيا أمام المحكمة و بمفهوم المخالفة فإنه لا يكفي وجود عقد صلح صحيح قائم بين الطرفين وهذا ما أكده العمل القضائي.[3]

غير أن التساؤل الذي يثار بهذا الخصوص هو حول مدى إمكانية مباشرة الصلح أمام المجلس القضائي؟.

1- بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 141.

2- شامي أحمد، مرجع سابق، ص 100.

3- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 370130، 2006/11/15، م م ع، 2007، عدد 2، ص 463.

أغفل المشرع الجزائري سواء على مستوى نصوص قانون الأسرة أو حتى قانون الإجراءات المدنية والإدارية تفصيل ذلك, لكن ولما كان الحكم الصادر في دعوى التطليق قد يكون برفض طلب الزوجة لأسباب معينة قبل النظر في موضوع الدعوى فإنه لا يعد حكما بفك الرابطة الزوجية كما أنه لا يكتسي حجية الشيء المقضي به، [1] و لما كان كذلك فإن لها أن ترفع الدعوى من جديد أو استئنافها أمام المجلس و في الحالتين فإن قاضي الموضوع يكون بصدد دراسة القضية من البداية من حيث الوقائع والقانون [2] وأمكن القول حينها بإمكانية إجراء الصلح أمام المجلس القضائي .

غير أن القضاء الجزائري في هذا المجال ساده الغموض والاضطراب و لم يستقر على اتجاه معين ما يؤكد بما لا يدعو مجالا للشك أن الصلح بين الزوجين من مهام القاضي حصريا له إعماله كلما كان ذلك ممكنا و تبعا لذلك فالمسألة خاضعة لتقدير القاضي فله كامل الصلاحية في إعماله سواء على مستوى أول درجة أو أمام المجلس القضائي، وفي ردها عن الوجه الذي أثاره الطاعن لما اعتبر أن طلب الطلاق يجب أن يكون مسبوقا بمحاولة الصلح، أجابت المحكمة العليا عن هذا الوجه – **أن المصالحة في الطلاق أثناء الاستئناف ليست من النظام العام و يمكن تغطيتها بالتصدي للموضوع..**[3]–، فالمحكمة لم تنفي إجراء الصلح من صلاحيات المجلس بل اعتبرت فقط أنه ليس من النظام العام بما يعني أن إجراء الصلح لا يعد خرقا للقواعد الإجرائية.

ثانيا : قواعد الحضور والغياب.

تحت هذا العنوان سنحاول معرفة كيفية سير إجراءات الصلح من ناحية الحضور والغياب من خلال بيان مدى جواز الوكالة في الصلح أولا، ثم التعرض إلى أثر الغياب عن جلسات الصلح ثانيا.

1– عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ب د ط، 2013 ، ص 82.

2– بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 199.

3– سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص 128.

أ. مدى جواز الوكالة في الصلح:

لما كان الصلح في قضايا شؤون الأسرة يختلف عن الصلح كإجراء بديل لحل النزاعات المدنية بحكم خصوصية العلاقة الزوجية فإن إمكانية قبول الوكالة عن الزوجين في جلسات الصلح تبدو مستبعدة و هذا ما درج عليه العمل القضائي حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما نصه – **يجب على طالب فك الرابطة الزوجية حضور الصلح شخصيا تحت طائلة رفض دعواه** [1]**–**، وفي ردها عن الوجه الذي أثارته الطاعنة بخصوص عدم حضور الزوج شخصيا و اكتفائه بإنابة محاميه ليمثله أمام محكمة أول درجة أجابت المحكمة العليا– **لكن حيث أن اجتهاد المحكمة العليا استقر على وجوب حضور الزوج شخصيا الذي طلب فك الرابطة الزوجية جلسة الصلح و إبداء طلباته–.**

إن ما استقر عليه العمل القضائي يبدو سليما إذا ما نظرنا إلى طبيعة الصلح في قضايا الطلاق والتي تقتضي تنازلات من الطرفين تستلزم حضورهما الشخصي لما في ذلك من تفعيل تأثير القاضي على نفسيتهما في محاولة ثنيهما أو أحدهما عن التفكير في الطلاق ناهيك عن الدور بالغ الأهمية الذي يؤديه حضور الزوجة طالبة التطليق إذ يساعد ذلك القاضي في التأكد من سلامة إرادتها و خلوها من العيوب و لما كان كذلك أمكن القول بأنه – **لا يمكن بأي حال إيقاع الطلاق مهما كان وصفه في غياب الزوج طالب حل عقد الزواج و عدم حضوره جلسة الصلح والاستماع إليه كما لا يمكن أن ينيبه أحد في جلسات الصلح مهما كان نوع الوكالة عامة أم خاصة رسمية أم غير رسمية**– تقول المحكمة العليا في قرار لها[2].

لكن حيث أن الوكالة المقصودة في إجراء الصلح، هي حضور الوكيل نيابة عن موكله حتى لا يعد غائبا من الناحية القانونية، و حيث أن المادة **431 ق. إ. م.** إ تنص صراحة على أن **– للقاضي أن ينظر مع الزوجين أو وكلائهما** بما يعني أن المشرع لم يستثني الوكالة من قضايا شؤون الأسرة، و يتأكد ذلك إذا ما اعتبرنا أن إرادة كل من

1– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 474956، 2009/01/14، م م ع، 2009، عدد 2، ص 278.

2– المحكمة العليا، غ ش أ ث، ملف رقم 09500026، 2014/07/10، م م ع، 2014، عدد 2، ص 278.

الوكيل و الحكمين عند القضاء بتعيينهما تحل محل إرادة الأصيل امتثالا لأوامره و تحقيقا لإرادته و رغبته في البحث عن السبل الكفيلة للتوفيق بين الزوجين ومن تم أمكن القول بأن القضاء الجزائري بقضائه كما فعل قد حاد عن الصواب بل يمكن القول بأنه مخالف للنصوص القانونية و منها المادة **431 ق. إ. م.** إ سالفة الذكر والتي لم تستبعد حضور الوكيل القانوني جلسات الصلح نيابة عن موكله.[1]

ب. التغيب عن جلسات الصلح و أثره على سير الدعوى.

نظم المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قواعد الحضور والغياب لجلسات الصلح و فق نص المادة **341** منه والذي جاء نصها كالآتي – **إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو أن يندب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة بدون عذر رغم تبليغه شخصيا يحرر القاضي محضرا بذلك** –، و يستقرئ من نص المادة أن المشرع ميز بين حالة الغياب التي لا يكون للمعني يد فيها لاستحالة الحضور أو تعذره كالمرض و نحوه فما على القاضي إلا تأجيل الجلسة إلى تاريخ لاحق متى كان الغياب لفترة قصيرة أو اللجوء إلى الإنابة القضائية إذا تبين أن الغياب كان للضرورة الملحة التي يطول معها الغياب أما الحالة الثانية للغياب والتي تستدعي معها تحرير محضر يثبت فيه القاضي تخلف الخصم عن حضور الجلسة فهي حالة الغياب بدون عذر رغم ثبوت تبليغ الخصم شخصيا بتاريخ الجلسة.[2]

و في الحالتين يعتبر الغياب المتكرر لجلسات الصلح مؤشرا على رفض الصلح كلما كان الغياب صادرا من الزوجة طالبة الطلاق إذ العبرة بحضور طالب الطلاق لجلسة محاولة الصلح بغض النظر عما إذا كان الخصم قد حضر جلسات الصلح أم لا، و بهذا

1– بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 222.

2– بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 214.

الخصوص تؤكد المحكمة العليا في قرار لها أنها – **غير ملزمة بإصدار إنابة قضائية لسماع الطاعنة طالما أن المطعون ضده قد حضر جلستي الصلح..** [1]–.

1– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 751790، 2012/06/14، م م ع، 2014، عدد2، ص 254.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في إيقاع التطليق.

في هذا المبحث سنحاول إبراز سلطة القاضي في إيقاع التطليق من خلال استعراض دور القاضي قبل و بعد الفصل في الموضوع.

المطلب الأول: دور القاضي قبل الفصل في الدعوى.

قبل الفصل في موضوع الدعوى يعمل القاضي على تقدير أدلة الإثبات ثم يلجأ إلى تعيين الحكمين في حالة استحكام الخصام و عدم ثبوت الضرر.

الفرع الأول: تقدير أدلة الإثبات.

يظهر الدور الإيجابي للقاضي في تقديره لأدلة الإثبات سواء فيما تعلق بوقائع الدعوى أو بشأن عبء الإثبات.

أولا: سلطة القاضي بصدد وقائع الدعوى.

يتمتع القاضي في دعوى التطليق لعدم النفقة بمطلق الصلاحية فيما يتعلق بتقدير وقائع النزاع حول الحق موضوع المطالبة القضائية، ويظهر ذلك في صورتين:

أ -دور القاضي بخصوص تقدير الأدلة و تقدير كفايتها:

للقاضي أن يأخذ من الأدلة التي ساقها الزوجان ما يراه كافيا لإقامة الدليل على صحة أو بطلان الإدعاء، كأن يقوى الدليل لديه على رجحان الأدلة التي ساقها الزوج بشأن علم الزوجة بفقره عند العقد رغم ثبوت عدم الإنفاق الذي تدعيه الزوجة فترد دعواها و لا يستجاب لطلبها التطليق بناء على رجحان أدلة الزوج، و عليه فإن قاضي الموضوع لا يطالب بتقديم الأسباب التي رجح بموجبها دليلا على آخر، [1] بما يعني أن قاضي الموضوع غير ملزم بالاستجابة لطلب أحد الزوجين و المتمثل في ضم أوراق أو مستندات

1- محمد حسن منصور، قانون الإثبات، مبادئ القانون و طرقه، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ب د ط، 1998، ص 17.

أخرى غير التي اعتمدها عند تسبيبه النتيجة التي انتهت عليها الدعوى طالما أن الأوراق و المستندات التي اعتمدها كافية لإقامة الدليل على صحة أو بطلان الإدعاء.

و نشير هنا إلى أن اعتراف المشرع لقاضي الموضوع بسلطته في تقدير كفاية الأدلة لا يمنع من الوقوف عند كل دفاع جوهري من شأنه إحداث تحول في مسار الدعوى و إلا عد ذلك من قبيل الإخلال بحق الدفاع.[1]

ب –دور القاضي في استكمال الأدلة و جمعها:

تمتد السلطة التقديرية الواسعة للقاضي في مجال الإثبات لتشمل سلطته في استكمال الأدلة في سبيل استجلاء الحقيقة، فله أن يأمر بالإثبات بشهادة الشهود و الانتقال إلى المعاينة بطلب من أحد الزوجين أو من تلقاء نفسه ولا يقبل من الطاعن أن ينعى على المحكمة رفضها إجراء المعاينة طالما انتفى الغموض و تجلت الحقيقة، كما يجوز للقاضي أيضا توجيه اليمين المتممة ليستكمل بها اقتناعه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى[2]، و يقدر ذلك حسب ظروف الدعوى و ملابساتها، فإذا كان الزوج غائبا يحلف الزوجة اليمين بأنها تستحق النفقة على زوجها و أنه لم يترك لها كفايتها منها ولا أرسل بها إليها،[3] و تأكيدا لذلك فقد اعتبرت المحكمة العليا في إحدى قراراتها أنه – **من الخطأ أن تطلق الزوجة لعدم الإنفاق عليها دون يمين** –[4].

1– نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ب د ط، 2008، ص 48.

2– إيهاب عبد المطلب، أدلة الإثبات و أوجه بطلانها في ضوء الفقه والقضاء، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2009، ص 188.

3– عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، مرجع سابق، ص 486.

4– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم56247، 1989/11/27، م ق، 1992، عدد 1، ص 53.

ثانيا: سلطة القاضي بشأن عبء الإثبات.

أ. تعيين الزوج المكلف بالإثبات:

تعد مهمة تعيين الخصم الذي يكلف بالإثبات أمر بالغ الخطورة في سير الدعوى و محدد لنتيجة النزاع في حالات كثيرة، قد يعجز معها الخصم عن إقامة الدليل رغم أنه في الواقع صاحب حق و تبعا لذلك فإن القاضي ملزما قبل الفصل في النزاع و بعد تقديره لوقائع الدعوى بتعيين الزوج المكلف بالإثبات، و تأكيدا منه لمبدأ حياد القاضي فقد ضيق المشرع الجزائري من سلطة القاضي في تعيين الخصم المكلف بالإثبات [1] حيث جاء في المادة **323 ق. م. ج** ما نصه **– على الدائن إثبات الالتزام و على المدين التخلص منه–** .

و يستفاد من النص أن على المدعي إقامة الدليل على مديونية المدعي عليه، ومن هنا نجد أن شرط استصدار حكم بوجوب النفقة و الممتنع من تنفيذه يعد قاعدة إثبات تعفي من تقررت لمصلحته وهي الزوجة من إثبات الالتزام بواجب النفقة، [2] وبالنتيجة يصبح الزوج مدينا مدعيا بخلاف الثابت عرضا و يقع عليه عبء إثبات انقضاء الدين إما بالإبراء أو الوفاء بما يعني أن عبء الإثبات يمكن أن ينتقل بين الزوجين، و هذا موضوع العنوان التالي.

ب. تبادل عبء الإثبات:

الأصل أن لا يطالب المدعي بإثبات كامل لادعائه و يكفي في ذلك أن يكون ما يدعيه مرجح الوقوع و حتى ينفي القاضي ما بقي من شك يكلف الخصم بإثبات خلاف الظاهر ثم يرد عبء الإثبات إلى المدعي حتى يتسنى له دحض ادعاء الخصم بقرائن أخرى تعيد إليه كفة الرجحان و هكذا ينتقل عبء الإثبات إلى أن يعجز من ألقي عليه أخيرا عبء الإثبات فيخسر دعواه، و تطبيقا لذلك تعفى الزوجة من تحمل عبء إثبات

1– نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 71.

2– شامي أحمد، مرجع سابق، ص 139.

وجود التزام بالنفقة طالما بيدها حكما قضائيا بوجوبها و عليه فإن القاضي يسمع أقوال الزوج فإن أنكر إدعاءها فالقول قوله مع يمينه و تكلف بالبينة لادعائها خلاف الظاهر فإن دفع الزوج دعوى زوجته بإعساره وأنها على علم بإعساره وقت العقد أصبح مدعيا طبقا لقاعدة صاحب الدفع مدع و انتقل عبئ الإثبات إليه فإن شهدت له البينة كان للزوجة ردها بإثبات تغرير الزوج بها بأن أوهمها بأنه موسر فظهر معسرا فإن شهدت لها البينة أجيبت لطلب التطليق[1].

الفرع الثاني: تعيين الحكمين.

في هذا الفرع سنتعرف على الدور الذي يؤديه القاضي بصدد مهمة تعيين الحكمين ومجال عملهما.

أولا: كيفية تعيين الحكمين

لا يشترط لعرض النزاع على الحكمين توافق إرادة الزوجين على اعتبار أن حاصل المسألة هو تعذر كفاية الصلح لاستفحال الخصام و عدم ثبوت الضرر فألزم ذلك تعيين الحكمين في محاولة لشق طريق أخر لإصلاح ذات البين بين الزوجين.

و تبعا لذلك أمكن القول بأن تعيين الحكمين إجراء وجوبي بنص المادة **56 ق. أ. ج** والتي نصها – **إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين حكما من أهله و حكما من أهل الزوجة و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين** –.

و يستقرئ من نص المادة أن القاضي ملزم بتعيين الحكمين قبل الفصل في موضوع الدعوى لمباشرة عملية التوفيق بينهما، [2] و في هذا الإطار صدر عن المحكمة العليا قرارات عدة تؤكد النص التشريعي حيث جاء في إحداها –**من المقرر قانونا أنه لا يثبت**

1– حجاري محمد، دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في التأسيس لقواعد الإثبات في أحكام الأسرة – دراسة في قانون الأسرة والفقه المالكي، مجلة العلوم الإسلامية والحضارة، العدد 7، فيفري 2018، ص 154.

2– شامي أحمد، مرجع سابق، ص 121.

الطلاق إلا بعد محاولة الصلح من طرف القاضي و عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و إذا اشتد الخصام بين الزوجين و عجزت الزوجة على إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون –[1].

و يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أوكل مهمة تعيين الحكمين إلى القاضي دون سواه وفقا لما جاء في الفقرة الثانية من المادة **56** سالفة الذكر، غير أنه قد يحدث وإن يتعذر على القاضي و يشق عليه تعيينهما ففي هذه الحالة أجاز المالكية للزوجين تعيين حكما واحدا قريبا أو أجنبيا عنهما يشترط فيه العدل و الرشد والذكورة.[2]

ثانيا: مجال عمل الحكمين.

ينحصر عمل الحكمين في أمرين:

1 – إصلاح ذات البين بين الزوجين

حتى يتمكن الحكمان من إصلاح ذات البين يتعين عليهما أولا البحث في أسباب النزاع وسبل فضه و لن يتأتى ذلك إلا من خلال الاستماع إليهما على إنفراد [3] و يكرران الخلوة بهما و يجتهدان في الإصلاح ما استطاعا مع إظهار الحرص على مصلحتهما وينشغلان بإثارة معاني الإيمان في نفوس الزوجين و تذكيرهما بالتزاماتهم المتقابلة، و كل ذلك بلطف و مودة [4].

1– المحكمة العليا، ملف رقم 57812، 1989/12/25، م ق، 1991، عدد، 3، ص 71.

2– أحمد نصر الجندي، إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، ب د ط، 2008، ص 358.

3– أحمد المومني و إسماعيل أمين نواهضة ، مرجع سابق، ص 109.

4– أحمد محمود أبو هشهش، الصلح و تطبيقاته في الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ب د ط، 1423هـ– 2010م ، ص 158– 159.

2 - رفع تقرير للقاضي:

تنص الفقرة الأخيرة من المادة **56 ق. أ. ج** سالفة الذكر أن الحكمين ملزمان بإعداد تقرير مفصل يرفع إلى القاضي في أجل أقصاه شهرين يتضمن النتائج المتوصل إليها لفض النزاع طبقا لنص المادة **448 ق. إ. م. إ** والتي نصها إذا تم الصلح بين الحكمين يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

تجدر الإشارة إلى أن القاضي له كامل السلطة في إنهاء مهمة الحكمين كما له سلطة تعيينهما، و على ذلك فإن فشل الحكمين في المهام المنوط بهما يستدعي إنهاء مهامهما تلقائيا و يمر بالقضية إلى باب المناقشة للفصل فيها طبقا لنص المادة **449 ق. إ. م.** إذ يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا ثبت له صعوبة تنفيذ المهمة و في هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة و تستمر الخصومة[1].

المطلب الثاني: دور القاضي بعد الفصل في موضوع الدعوى.

سنحاول استعراض ذلك من خلال تحديد دور القاضي عند تقديره توابع التطليق في الفرع الأول و في الفرع الثاني نحدد دوره بشأن حجية الحكم الصادر في دعوى التطليق.

الفرع الأول: تقدير توابع التطليق:

تحت هذا العنوان سنتعرف على دور القاضي بشأن الحقوق المقررة للزوجة أولا والحقوق المقررة للأولاد ثانيا.

أولا: الحقوق المقررة للزوجة.

توابع فك العصمة المقررة للزوجة تشمل التعويض و نفقة العدة والإهمال و متاع البيت.

1- شامي أحمد، مرجع سابق، ص 122.

1 الحكم بالتعويض:

تحت هذا العنوان نستعرض أساس التعويض ثم معرفة كيفية تقدير التعويض.

أ -أساس التعويض:

تبرز سلطة القاضي في دعوى التطليق بشكل جلي في صلاحيته للحكم بالتعويض للطرف المتضرر، و إذا كان التعسف في استعمال حق الطلاق الواقع بإرادة الزوج المنفردة موجب للتعويض بنص المادة **52 ق. أ. ج** فإن استحقاق المطلقة للتعويض بموجب التفريق القضائي يحكمه أساسا نص المادة **53 مكرر ق. أ. ج** والتي نصها – **يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها** –، و يستقرئ من نص المادة أن التعويض المحكوم به متوقف عن صدور الحكم بالتطليق و أنه لا يجوز الحكم بالتعويض بمجرد إخلال الزوج بواجباته المادية في صورة عدم الإنفاق ما لم يصدر حكم بالتطليق بعد أسبقية رفع دعوى بخصوص الحق موضوع المطالبة القضائية.

و يلاحظ أن قانون الأسرة لم يكن يرتب التعويض عند الحكم بالتطليق قبل التعديل مكتفيا بتعداده لحالات معينة كسبب موجب للتطليق دون التعويض و مرد ذلك إلى اعتبار التعويض أثرا من أثار الطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة، [1] لا تستحقه الزوجة متى وقع الطلاق بطلب منها إذ يعتبر حينها التطليق تعويضا في حد ذاته وتأصيلا على ذلك فإنه لا يمكن أن يكون تعويضان عن ضرر واحد.

و يؤكد ذلك ما درج عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا حيث جاء في إحدى قراراتها عن الوجه الذي أثاره الطاعن بخصوص استحالة استفادة الطاعنة من تعويضين، التطليق والتعويض أجابت المحكمة العليا **– حيث أن مرض العقم و عدم القدرة على**

1– مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، المشرف: جيلالي تشوار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص 235.

الإنجاب و إن كان فعلا يشكل سببا من أسباب التطليق طبقا لأحكام المادة 53 ق. أ. ج و يخول للزوجة الحق في المطالبة به فهو لا يحمل الزوج المصاب أية مسؤولية عن دفع التعويض لها عنه[1] –.

و أكثر من ذلك اعتبرت المحكمة العليا أن التعويض و المتعة شيئا واحدا و حيثما حكم للزوجة بالمتعة انتفى حقها في التعويض– **... كان على القاضي أن يحكم للمطلقة في القضية بمبلغ يفي المراد تحت التعبير الشرعي و هو المتعة لا أن يمنحها مبلغا زهيدا باسم المتعة و يجعل لها مبلغا آخر غير شرعي تحت اسم التعويض مما حرمها من هذا الأخير لأنه غير واجب و أجحف في حقها بالنسبة للمتعة ...– [2].**

لكن العمل القضائي لم يستقر على ذلك و تبنى اتجاه آخر يجيز للقاضي الحكم بالتعويض للمطلقة حتى ولو كان الطلاق بطلب منها و يبدو أن القضاء الجزائري خلص أخيرا إلى اعتبار أن الزوج بما قد ألحقه بزوجته من أدى و ظلم و ضرر قد عرض نفسه إلى ثبوت واجب التعويض في حقه نظرا لإضراره بزوجته فيكون التطليق سببا لرفع الضرر و التعويض جبرا له و يظهر ذلك جليا في قرارات المحكمة العليا و التي أكدت في مجملها استحقاق التعويض متى قدر القاضي ذلك [3], حيث جاء في إحدى قراراتها ما نصه **– .. متى تبين في قضية الحال أن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة و محقة في طلبها التعويض ...–[4].**

و عن مدى استحقاق الزوجة للتعويض رغم أنها استحقت تعويضا عن ثبوت جنحة الإهمال العائلي، فقد ساد الغموض النصوص التشريعية في هذا الإطار، غير أن المحكمة العليا اعتبرت أن الحكم بالتعويض بموجب الحكم الجزائي عن ترك الأسرة

1– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 596191، 2011/01/13، م م ع، 2011، عدد 2، ص 272.

2– جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص 221.

3– مسعودة نعيمة إلياس، مرجع سابق، ص 237.

4– جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج2، ص 1051.

والتعويض المحكوم به لصالحها بعد الطلاق لا يمكن أن يكونا محل تعويض عن واقعة واحدة[1]

ب -كيفية تقدير التعويض:

أورد المشرع الجزائري في المادة **53 مكرر ق. أ. ج** والتي تمثل الدعامة القانونية التي ينبني عليها التعويض، نصا غامضا لم يحدد فيه معيارا لقياس الضرر غير أنه تدارك الخطأ من خلال صياغة النص التي تمنح للقاضي مطلق الصلاحية في تقدير ما يعتبر ضررا من عدمه.

و لئن كان للقاضي سلطة واسعة في تقدير التعويض لأنه ينطوي على معيار شخصي بالدرجة الأولى إلا أنه ملزم بتقديم الأسانيد التي اعتمدها في تقديره باعتباره يعتمد أيضا على معايير موضوعية.

و في خضم تقديره للتعويض فإنه مطالب ببيان عناصر الضرر الموجبة للتعويض غير أنه غير ملزم بعرض كل عنصر على حدا. [2]

و في نفس السياق اعتبرت المحكمة العليا أن مسألة التعويض تدخل في صميم القانون و من تم فإنه يخضع لرقابة المحكمة العليا, وعلى ضوء ذلك فإن قضاة الموضوع ملزمون بالإطلاع على حال و طبقة كل من الزوجين آخذين بعين الاعتبار مقدار ما يتقاضاه الزوج كالأجرة الشهرية. [3]

2 -نفقة العدة و الإهمال:

انطلاقا من نص المادة **61 ق. أ. ج**, نجد أن المشرع الجزائري قد أقر حق النفقة بما فيها السكن للمطلقة ما دامت في عدتها تحددها المحكمة و لا يضرها في ذلك تحديدها

1- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 356896، 2006/07/12، م م ع، 2006، عدد 2، ص 433.
2- شامي أحمد، مرجع سابق، ص 203.
3- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص 247.

إجمالا أو شهريا، [1] و بهذا الخصوص فقد أكد العمل القضائي النص التشريعي و ألزم بدوره الزوج بواجب النفقة حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما نصه **– نفقة المطلقة و منها السكن أثناء العدة على عاتق الزوج[2] –.**

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يفرق بين المطلقة طلاقا بائنا أو رجعيا و سواء حاملا أم حائلا، [3] رغم أن المسألة لم تكن محل إجماع فقهي، [4] غير أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أكد مجددا ما اقره المشرع الجزائري بهذا الشأن و اعتبر أن نفقة العدة تستحقها الزوجة في كل الأحوال سواء كانت الفرقة طلاقا أو تطليقا[5].

و إذا كانت النفقة تشمل أيضا السكن فإنه يجب أن نفرق بين السكن المقرر للزوجة بموجب المادة **72 ق. أ. ج** و السكن المقرر للمعتدة والتي تحكمها المادة **61 ق. أ. ج** التي تلزم الزوجة بعدم الخروج من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها ما لم تأتي بفاحشة مبينة، غير أن ذلك يطرح إشكالا فيما يخص إلزام الزوجة بالإقرار بمسكن الزوجية رغم أنها أجنبية بموجب الحكم القاضي بالتطليق، [6] و لحماية هذا الحق أمكن للزوجة في حالة تعرضها للطرد من السكن العائلي رفع دعوى قضائية إستعجالية [7] طبقا لنص المادة **183 ق. إ. م. إ.**

1- منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة والإسلامية، دار الهدى للطباعة و النشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ط 2012، ص 83.

2- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 390091، /2007/04/11، م م ع، 2008، عدد 1، ص 245.

3- محمد يوب، تعويض الضرر الناتج عن العلاقة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه و أصول، المشرف: مسعود بن موسى فلوسي، كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013، ص 199.

4- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 308.

5- –...**متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية**–، أنظر جمال سايس, مرجع سابق, ج1، ص 297.

6- بوجاني عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 246.

7- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي، دار فسيلة، الجزائر، ط2، 2009، ص 260.

و بخصوص نفقة الإهمال فقد أوردت المادة **80 ق. أ. ج** أن الزوجة لها الحق في نفقة الإهمال يحكم لها بها من تاريخ خروجها من بيت الزوجية و إلى غاية الحكم بالتطليق.[1]

3 -متاع البيت:

يقصد بمتاع البيت كل التجهيزات والألبسة و الحلي الموجودة بمسكن الزوجية، [2] و غالبا ما يحدث نزاع بشأن ملكيتها سواء في بعضها أو كلها و قد وضع المشرع لذلك ضوابط تحكم النزاع وفق قاعدتين:

أ القاعدة الأولى: تطبيق القواعد العامة للإثبات المادة 323 ق. م. ج.

نطبق هذه القاعدة في الحالة التي لم يكن فيها المتاع موجودا ببيت الزوجية، حيث تدعي الزوجة بأن الزوج قد أخذ المتاع و رغم ذلك ينكر الزوج وجودها بحوزته فالبينة على من ادعى و اليمين على من أنكر و نطبق نفس القاعدة على الزوج الذي يطالب زوجته باسترداد ما له من المتاع سواء خلال دفع مقابل أو دعوى خاصة.

ب القاعدة الثانية: تطبيق نص المادة 73 ق. أ. ج .

وتطبق هذه القاعدة في الحالة التي يكون فيها متاع البيت موجودا و ادعى كل من الزوجين ملكيته سواء في بعضه أو كله, ومن هنا نجد أن المشرع قد قرر في حال تعذر البينة إعمال اليمين آخذا بعين الاعتبار طبيعة الأشياء محل النزاع [3] و تأصيلا على ذلك فالقول قول الزوجة مع يمينها في المعتاد للنساء و القول قول الزوج في المعتاد للرجال مع يمينه وفي الحالة التي يشترك فيها الزوجان يتقاسمانها مع اليمين.

و قد حاول الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في بعض قراراتها تصحيح الفهم الخاطئ لقضاة المحاكم و المجالس القضائية في تطبيق نص المادة **73 ق. أ. ج**

1- منصوري نورة، مرجع سابق، ص 84.

2- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 89.

3- منصوري نورة ، مرجع سابق، ص 89 – 90.

بخصوص كيفية توجيه اليمين بين الزوجين، [1] معتبرا أن اليمين توجه لمن ادعى ملكية شيء يخصه في المعتاد و يقضى له به بعد أدائه اليمين.

غير أن المشرع يعيب عليه سكوته فيما يخص مكان تأدية اليمين ما ترك فراغا قانونيا بهذا الخصوص.

و نشير أخيرا إلى أن دعوى المطالبة بالمتاع تتقادم بمرور 15 سنة من تاريخ صدور الحكم بالتطليق.[2]

ثانيا: الحقوق المقررة للأولاد.

تشمل توابع انحلال العصمة أيضا حقوقا مقررة للأولاد تتمثل في ثبوت النسب والحضانة.

1 ثبوت النسب:

النسب إحدى أهم النتائج المترتبة عن الزواج والطلاق على سواء و نظرا لأهميته في حفظ الأنساب فقد خصه المشرع الجزائري بحماية مقررة في المواد من **40** إلى **45 ق. أ. ج**، و عليه فإن مسألة ثبوت النسب تكون بالزواج الصحيح و متى ثبت ذلك فلا نحتاج إلى إثباته بواسطة أخرى [3] فإن تعذر ذلك فإن ثبوت النسب يكون أيضا بالإقرار و البينة ونكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد **32، 33, 34, ق. أ. ج**، فإذا تحققت واحدة من هذه الحالات أمكن إلحاق الولد بأبيه ما لم يكن حمل المطلقة قد

1- **إذا اختلف الزوجان على متاع البيت و كان ما يصلح عادة للنساء يقضي بما تطلبه الزوجة بعد تحليفها اليمين**..- ملف رقم 39775، صادر بتاريخ 1986/01/27، أنظر جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص 234.

2- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 582154، 2010/11/11، م م ع، 2011، عدد 1، ص 255.

3- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 93.

تجاوز أقصى مدة الحمل المحددة ب 10 أشهر طبقا لنص المادة **43 ق. أ. ج**, غير أن ذلك لا يمنع ثبوت نسب الولد لأمه.[1]

2 -الحضانة:

نظرا لأهميتها البالغة باعتبارها أكثر ما يحتاجه الولد في سنواته الأولى فقد أولى لها المشرع الجزائري اهتماما كبيرا إذ قرر لها نصوص قانونية تناهز 10 مواد كاملة بداية من المادة **62** وصولا إلى المادة **72 ق. أ. ج** غير أن بعض هذه النصوص تثير إشكالات في التطبيق و منها:

-أن المشرع الجزائري ولئن أصاب عند وصفه لمسكن ممارسة الحضانة بالملائم إلا أنه حاد عن الصواب عند تقديره لبذل الإيجار وحده دون ذكر ما يتبع بدل الإيجار .

- سكوت المشرع عن وضعية الطفل بعد انتهاء مدة الحضانة المقررة بعشر سنوات بالنسبة للذكر و استمرارها إلى سن الزواج الموافق ل 19 سنة بالنسبة للأنثى مع إمكانية تمديدها بالنسبة للذكر إلى 16 سنة, خصوصا في الحالة التي يرفض معها الطفل الانتقال نظرا لتعوده الحياة مع حاضنه[2].

-إمكانية تعذر تربية الولد على دين أبيه طبقا لنص المادة **62 ق. أ. ج** في حالة إسناد الحضانة للأم على أساس أن تتم الحضانة في بلد أجنبي خصوصا إذا كانت كتابية، غير أنه و استنادا إلى المادة **67 ق. أ. ج** يمكن إسقاط حق الحضانة في حال تخلف أحد الشروط المنصوص عليها في المادة **62 ق. أ. ج** و منها تربية الولد على دين أبيه بما يعني إمكانية استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمخالفته النظام العام[3].

1- منصوري نورة، مرجع، سابق 93.

2- بوجاني عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 254.

3- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 253.

الفرع الثاني: حجية الحكم الصادر في دعوى التطليق لعدم النفقة.

غني عن البيان أن حكم القاضي برفض دعوى التطليق لا يمنع الزوجة من رفعها من جديد عند توفر الأسباب لعدم خضوع قضايا الحالة لقاعدة حجية الشيء المقضي فيه، غير أن مسألة الطعن في الحكم الصادر بشأنها تطرح عديد الإشكالات وسنخصص هذا الفرع لدراسة مدى قابلية الحكم الصادر بشأن دعوى التطليق للطعن فيه سواء فيما يخص الطرق الطعن العادية أو غير العادية.

أولا: طرق الطعن العادية.

1 - المعارضة:

يحدث أن يتخلف الخصم أو ممثله عن الحضور في إحدى الجلسات الخاصة بالأحكام التي لم يكلف الخصم فيها بالحضور الشخصي ففي هذه الحالة فقط يمكن للخصم المعارضة في الحكم الصادر غيابيا طالما لم يقدم مذكرة في الموضوع، وبمفهوم المخالفة فإن الزوج لن يكون بوسعه المعارضة متى تخلف عن إحدى جلسات الأحكام التي يكون فيها مكلفا بالحضور الشخصي ذلك أننا نكون حينها بصدد حكم حضوري اعتباري لا يمكن الطعن فيه بالمعارضة[1].

والمعارضة تشمل أيضا تلك الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل المنصوص عليها في المادة **323 ق. إ. م. إ** إلا أن القانون يشترط لذلك وجوب الطعن في الحكم القاضي بالنفاذ المعجل[2], غير أن الأوامر الاستعجالية الصادرة عن أول درجة لا تقبل المعارضة طبقا لنص المادة **303 ق. إ. م. إ،** ويكون الزوجان ملزمين باحترام الآجال القانونية المحددة بشهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي طبقا لنص المادة **325 ق. إ. م. إ.**

1- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 259 – 260.

2- يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، مرجع سابق، ص 162.

تجدر الإشارة إلى أنه لا تقبل المعارضة على المعارضة بما يعني أن الحكم الصادر بالمعارضة يقع حضوريا في مواجهة جميع الخصوم[1].

2 +الاستئناف:

إن مبدأ التقاضي على درجتين يتيح للمتقاضي مكنة استئناف الحكم الصادر ضده أمام محكمة أول درجة بهدف مراجعته أو إلغائه، [2] غير أن القضاء في قسم شؤون الأسرة يختلف عن غيره من الأقسام نظرا لتميز هذه الأخير بما لها من خصوصية تقتضي سرعة الفصل في المنازعات و مراعاة لذلك قرر المشرع عدم قابلية الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية[3] و منها التطليق للاستئناف طبقا لنص المادة **57 ق. أ. ج** و التي نصها **– تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية–** .

وقد سار القضاء الجزائري في هذا الاتجاه و أقر بدوره عدم قابلية هذا النوع من الأحكام للاستئناف حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما نصه **– متى كان مقررا أن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا جوانبها المادية فإن قضاة المجلس في قضية الحال بإلغائهم للحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق بين الطرفين خالفوا القواعد الجوهرية...[4]–.**

و في نفس السياق فإنه لا يجوز للزوجة التي تطلب التطليق لعدم الإنفاق أن تغير في الاستئناف سبب دعواها إلى إحدى الحالات المذكورة في المادة **53 ق. أ. ج** و إن كان يجوز أن تقدم أدلة أو دفاعا أو دفوعا جديدة في الاستئناف، كما لا يجوز لقضاة المجلس التغيير في سبب الطلب المرفوع أو التعديل فيه، [5] و بهذا الخصوص تؤكد

1– بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 349.

2– فريجة حسين، مرجع سابق، ص 135.

3- يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، مرجع سابق، ص 172.

4– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 79858، 1991/11/26، م ق، 1993، عدد 3، ص 85.

5– أحمد نصر الجندي، إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 612 – 613.

المحكمة العليا في قرار لها أن مجال اختصاص جهة الاستئناف في قضايا الطلاق يقتصر على مناقشة الجوانب المادية منه حيث جاء في قرار لها ما نصه .... **و لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما عدلوا الحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق بالخلع إلى الطلاق بتظليم الزوج يكونوا قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته إلا في جوانبه المادية** ..[1]-، كل ذلك مع مراعاة أجل شهر واحد يبدأ من تاريخ التبليغ الحضوري ومن تاريخ انقضاء أجل المعارضة بالنسبة للأحكام الصادرة غيابيا.[2]

ثانيا: طرق الطعن غير العادية.

نظرا لأن طبيعة المنازعات المتعلقة بفك الرابطة الزوجية و التي لا تستدعي تدخل الغير الخارج عن الخصومة فسنستبعد هذا الوجه من الدراسة و نركز على التماس إعادة النظر و الطعن بالنقض.

1 -التماس إعادة النظر:

الالتماس طريق من طرق الطعن غير العادية هدفه مراجعة الأوامر الاستعجالية والأحكام والقرارات الصادرة بعد الفصل في الموضوع والحائزة لقوة الشيء المقضي به وذلك من خلال إعادة النظر في النزاع من حيث الوقائع و القانون[3].

و إذا كان الأصل أن حكم المحكمة الفاصل في النزاع لا يجوز إعادة النظر فيه فإنّ الاستثناء لابد أن يكون على نطاق محدد و مراعاة لذلك فقد حدد المشرع الجزائري في

1- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 72858، 1991/03/20، م ق، 1993، عدد 1، ص 57.

2- عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الحجار، عنابة، ب د ط، 2002، ص 133.

3- يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، مرجع سابق، ص 200.

ق. إ. م. إ سببين اثنين لا يجوز القياس عليهما [1] طبقا لنص **المادة 392 ق. إ. م. إ** وهما:

– إذا بني الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي على شهادة شهود أو على وثائق اعترف بتزويرها أو ثبت قضائيا تزويرها بعد صدور ذلك الحكم أو القرار أو الأمر وحيازته قوة الشيء المقضي فيه.

– إذا اكتشفت بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوة الشيء المقضي به أوراق حاسمة في الدعوى كانت محتجزة عمدا لدى الخصم (الزوج).

و تبعا لذلك فإنه يشترط عدم علم القاضي بالوقائع المثارة في الطعن نظرا لوجود أوراق حاسمة في النزاع بحوزة الخصم، غير أن المتقاضي عند طلبه التماس إعادة النظر أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر الملتمس فيه، ملزم بمراعاة الآجال القانونية المحددة بشهرين يبدأ سريانها من تاريخ ثبوت التزوير أو تزوير شهادة الشاهد أو تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة، [2] و يراعي المتقاضي فوق ذلك الأشكال القانونية المقررة لرفع الدعوى من ضمنها إرفاق العريضة بوصل يثبت إيداع كفالة بأمانة ضبط المحكمة مع وجوب بيان الحكم الملتمس فيه و تاريخه و أسباب الالتماس[3].

الطعن بالنقض:

يعرف الطعن بالنقض على أنه طريق من الطرق غير العادية للطعن إذ يطعن بموجبه في الأحكام النهائية بسبب مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون بما يعني أنه يكون رجاء التأكد من التطبيق السليم للقانون.[4]

1– فريجة حسين، مرجع سابق، ص 155.

2– يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، مرجع سابق، ص، 208 – 209.

3– فريجة حسين، مرجع سابق، ص 156.

4– فريجة حسين، المرجع السابق، ص 139.

و عموما فإن الأحكام والقرارات التي يمكن أن تكون محلا للطعن بالنقض يجب أن تكون صادرة في آخر درجة والموصوفة بأنها فاصلة في الموضوع فصلا قطعيا غير أن التساؤل الذي يثار في هذا الخصوص هو عن مدى قابلية حكم التطليق للطعن بالنقض علما أنه لا يقبل الاستئناف طبقا لنص المادة **57 ق. أ. ج .؟**

استثناء على ذلك فإن الأحكام الخاصة بقضايا فك الرابطة الزوجية و منها التطليق رغم عدم قابليتها للاستئناف إلا أنها تقبل الطعن فيها بالنقض مباشرة دون الحاجة لاستئنافها،[1] و عموما فإن موضوع الطعن بالنقض لابد أن ينطوي عن وجه واحد على الأقل من مجمل الأوجه التي ورد ذكرها على سبيل الحصر في المادة **358 ق. إ. م.** إ والتي تناهز 18 وجها لا تقبل غيرها باستثناء الأوجه القانونية المحضة أو تلك الناتجة عن الحكم أو القرار المطعون فيه كما عبرت عن ذلك المادة **359 ق. إ. م. إ** , وتجدر الإشارة إلى أنه و بخلاف ما هو عليه الحال في الاستئناف فإن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم أو القرار، أما إجرائيا فإن الطعن بالنقض يرفع بموجب تصريح من الطاعن أو بعريضة أمام أمانة ضبط الجهة القضائية المخولة سواء كانت المجلس القضائي أو المحكمة العليا أين يكون أمين الضبط الرئيسي ملزما بإعداد محضر موقع يتضمن البيانات الوارد ذكرها في المادة **562 ق. إ. م. إ** [2]، كل هذا مع مراعاة الآجال القانونية والمحددة بشهرين يبدأ سريانها من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه غير أنه يمدد الأجل إلى ثلاثة أشهر في حالة التبليغ الرسمي بالموطن الحقيقي أو المختار [3].

1- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 284-285.

2- يوسف دلاندة، طرق الطعن العادية و غير العادية في الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة أمام القضاء العادي والإداري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائ، ط 2012، ص 112.

3- بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 364.

الخاتمـــــــــــــة

الخاتمة:

تبنى الحياة الزوجية على حقوق وواجبات متقابلة تحكمها السماحة واليسر منها النفقة الزوجية إذ هي حق خالص للزوجة على زوجها وهي بما تحمله من معاني المودة والرحمة تمهد لحماية مقصد مهم من مقاصد الشريعة الإسلامية ألا و هو حفظ النفس والمحافظة على حق البقاء ومراعاة لقيمة هذا الحق من جهة و رفعا لضرر عدم الإنفاق على الزوجة من جهة ثانية فقد منح المشرع الجزائري للزوجة مكنة التفريق من بوابة التفريق القضائي باستعمال آلية التطليق لعدم الإنفاق تأسيسا على نص المادة **53 فقرة 1** من قانون الأسرة الجزائري، ومن هنا كان موضوع الدراسة حيث توصلنا لنتائج مهمة مرفقة بتوصيات أردناها لسد بعض النقائص التي نراها مؤثرة في موضوع التطليق لعدم النفقة نوردها كالآتي:

النتائج:

1. .إن مكنة التطليق لعدم الإنفاق هي أمر جوازي، تكون الزوجة فيه على الخيار لها استعماله من عدمه.
2. .إن حق الزوجة في التطليق لعدم الإنفاق معلق على استيفاء شروط معينة حددتها المادة **53 فقرة 1 ق. أ. ج** .
3. .إن عدم الإنفاق الذي تدعيه الزوجة قبل صدور الحكم بوجوب النفقة لا يعتد به في دعوى التطليق لعدمها.
4. .إن يسر الزوجة يؤثر في تحديد مقدار النفقة الواجبة و بالنتيجة فإن حدود الإعسار قد تضيق و تتسع تبعا لحالها و حال زوجها و ظروف المعاش.
5. .إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يفرق بين الممتنع والمعسر رغم أن نصوص القانون المدني أدرجت النفقة الزوجية من الديون الممتازة التي يجوز الحجز عليها.
6. .أن المشرع الجزائري تبنى رأي الجمهور غير الحنفية ومن رأى برأيهم بجواز التفريق لعدم الإنفاق.

7. إن حاصل مسألة التطليق لعدم النفقة هو اعتبارها مسألة اجتهادية خاضعة للسياسة الشرعية نظرا لغياب أدلة قطعية الدلالة.
8. سكوت المشرع الجزائري عن مسألة نشوز الزوجة وعلاقته بالنفقة خلافا لما كان عليه الحال قبل التعديل الأخير.
9. إغفال المشرع الجزائري مسألة انتقال واجب النفقة الزوجية إلى الزوجة عند قدرتها و اكتفائه بالتأكيد على تكليفها بنفقة أولادها.
10. اعتماد مدة الشهرين المقررة لقيام جنحة الامتناع عن النفقة المحكوم بها قضاء كأجل للتطليق الموافقة لرأي الفقيه ابن عاصم أحد فقهاء المالكية رغم أنّ الرأي الراجح في المذهب هو أن المدة موكولة للقاضي غير مقدرة بالشرع.
11. أن النفقة الموجبة للتطليق هي نفقة الضرورة التي تمثل الحد الأدنى للإنفاق دون أن تقل عن حد الكفاية.
12. إن عسر الزوج يسقط عنه واجب النفقة لكن لا يسقط حق التطليق عن الزوجة.
13. أن الحكم الصادر بدعوى التطليق لا يقبل الاستئناف في ماعدا جوانبه المادية.
14. لم يتفق القانون والقضاء حول مدى اعتبار الصلح إجراء جوهريا ضمن إجراءات رفع الدعوى من عدمه.

التوصيات:

1. إعادة صياغة المادة **79** بما يجمع المبدأ المتمثل في وجوب مرور سنة من الحكم لمراجعة تقدير النفقة مع استثناء حالات الظروف الطارئة.
2. إعادة صياغة المادة **53 فقرة 1** بما يجمع المبدأ المتمثل في شرط عدم العلم بإعسار الزوج وقت الزواج مع استثناء الحالات التي يغر فيها بالزوجة و حالات حسن النية من طرفها .
3. إضافة تعديل للمادة **56 ق. أ. ج** بما يضمن كيفيات تعيين الحكمين و حجية التقرير المرفوع للقاضي و مدى سلطتهما في إيقاع التطليق.
4. إضافة تعديل للمادة **73 ق. أ. ج** يحدد مكان تأدية اليمين.

المصادر و المراجع

المصادر والمراجع:

أولا: القرآن الكريم.

ثانيا: معاجم اللغة العربية.

1 -أبو الفضل جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، ب د ط، د ت ن، المجلد 10.

2 -مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط8، 1426هـ – 2005م.

ثالثا: كتب الفقه الإسلامي.

1 -ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، ج9، 2003.

2 -ابن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط1، 2011.

3 -ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط 3، ج5، 1998.

4 -أبي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشري النيسابوري، صحيح مسلم، دار الحضارة للنشر والتوزيع، الرياض، ط2، 1936هـ– 2015 م.

5 -أحمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، ط1، 2009.

6 -إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة والزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2009.

7 -الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، ط2، ج4، 2005.

8 -الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، ب د ط، ج2، 1984.

9 -النووي، بشرح صحيح مسلم، ط1، 1337هـ- 1929م، ج10، ص، 80-81.

10 -بدران أبو العينين بدران، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961.

11 -بلحاج العربي، أبحاث و مذكرات في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط3، ج1، 1996.

12 -عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، ج7، 1993.

13 -عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مكتبة البشائر، عمان، الأردن، ط2، 1989.

14 -محمد أبو زهرة، محاضرات في الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، ب د ط، 1971.

15 -محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الحضارة للنشر والتوزيع، الرياض، ط3، 1436 هـ - 2015 م.

16 -محمد كمال الدين إمام، التطليق لعدم الإنفاق، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، ب د ط، 2006.

17 -محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الأسكندرية، ب د ط، 2006.

18 -منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ب د ط، ج5، 1983.

ثالثا: كتب القانون.

1 -أحمد نصر الجندي ، إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية ، دار الكتب القانونية، مصر، ب د ط، 2008.

2 -أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية في القانون السوري ، دار الكتب القانونية، مصر، ب د ط، 2009.

3 -أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، ب د ط، 2007.

4 -العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري, كنوز الحكمة ، حي الشمس الضاحكة ، الجزائر ، ط1، 2013.

5 -العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2012.

6 -العربي بلحاج ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ب د ط، 2013.

7 -المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ب د ط، 2010.

8 -إيهاب عبد المطلب، أدلة الإثبات وأوجه بطلانها في ضوء الفقه والقضاء، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2009.

9 -باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية في ضوء القانون والقضاء في الجزائر ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ب د ط، 2007.

10 -بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، منشورات دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الرويبة، الجزائر، ط2، 2009.

11 -بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط1، 2008.

12 -جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك ، المحمدية، الجزائر، ط1، ج1، 2013.

13 -جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، منشورات كليك، المحمدية، الجزائر، ط1، ج2، 2013.

14 -حمدي باشا عمر ، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية والإدارية, دار هومة، الجزائر، ط8، 2009.

15 -عبد العزيز سعد ، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ب د ط، 2013.

16 -عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط4، 2013.

17 -عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، ط1،2007.

18 -عيسى حداد ، عقد الزواج ، دراسة مقارنة ، منشورات جامعة باجي مختار ، ب د ط، 2006.

19 -فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 2013.

20 -محمد براهيمي ، القضاء المستعجل ، دار المطبوعات الجامعية ، ط3، ج1، ب ت ن.

21 -محمد حسن منصور ، قانون الإثبات ، مبادئ القانون وطرقه ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ب د ط، 1998.

22 -معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، توزيع المعارف، الإسكندرية، ط6، ج2، 1995.

23 -منصوري نورة، التطليق والخلع في القانون والشريعة الإسلامية ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع, عين مليلة، الجزائر، ب د ط، 2012.

24 -نبيل إبراهيم سعد ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ب د ط، 2008.

25 -نبيل صقر ، موسوعة الفكر القانوني نصا فقها وتطبيقا ، دار الهدى، عين مليلة, الجزائر، ب د ط، 2006.

26 -لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي، دار فسيلة، الجزائر، ط2، 2009.

27 -يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر، ط 2009.

28 -يوسف دلاندة ، طرق الطعن العادية وغير العادية في الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة أمام القضاء العادي والإداري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2012.

رسائل الدكتوراه والماجستير:

1 -إسماعيل شيخ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير في الشريعة والقانون ، المشرف: ليلى جمعي ، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2013.

2 -اليزيد عيسات, التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون ، المشرف: عمر بلمامي ، كلية بن عكنون ، جامعة الجزائر، 2003.

3 -بن هبري عبد الحكيم, أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة, مذكرة ماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة ، المشرف: لمطاعي نور الدين ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 01، 2015.

4 -بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، المشرف: تشوار حميدو زكية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014.

5 -سوزان محمد شحاذة العرموطي ، العيب الجوهري وأثره في بطلان الإجراءات القضائية، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون تخصص القانون الخاص ، المشرف: مؤيد أحمد عبيدات ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، 2009.

6 -شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ، دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية ، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص ، المشرف: رايس محمد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان, 2014.

7 -قويدري خيرة ، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون ، المشرف: صالح باي محمد الشريف، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

8 -محمد يوب، تعويض الضرر الناتج عن العلاقة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول, المشرف: مسعود بن موسى فلوسي ، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2013، ص199.

9 -مسعودة نعيمة إلياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، المشرف: جيلالي تشوار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2010.

خامسا: الملتقيات.

1 -سفيان سوالم، الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق ، صعوبات تطبيقه وآليات تفعيله, الملتقى الوطني الثامن حول حماية الأسرة في التشريع الجزائري ، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق هراس، 4-5 نوفمبر 2015.

سادسا: المقالات العلمية.

1 -حجاري محمد، دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في التأسيس لقواعد الإثبات في أحكام الأسرة – دراسة في قانون الأسرة والفقه المالكي ، مجلة العلوم الإسلامية والحضارة – العدد 7، فيفري 2018.

سابعا: المجلات القانونية والقضائية.

1 -مجلة المحكمة العلي، 1991 عدد3.
2 -المجلة القضائية ، 1992،عدد 1.
3 -المجلة القضائية ، 1992، عدد 4.
4 -المجلة القضائية، 1993، عدد 1.
5 -المجلة القضائية، 1993،عدد 3.
6 -المجلة القضائية، 1994، عدد 2.
7 -مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 2.
8 -مجلة المحكمة العليا، 2007، عدد 2.
9 -مجلة المحكمة العليا،2008، عدد 1.
10 -مجلة المحكمة العليا،2009، عدد,1.
11 -مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد 2.
12 -مجلة المحكمة العليا،2011، عدد1.
13 -مجلة المحكمة العليا، 2011، عدد2 .
14 -مجلة المحكمة العليا، 2014، عدد 2.

القوانين والأوامر:

1 -القانون رقم **11/84**، المؤرخ في، **9 جوان 1984**، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم **02/05** المؤرخ في **2005/02/27**، جريدة رسمية، عدد**15**، صادرة بتاريخ، **2005/02/27**.

2 -القانون رقم **05/07** المؤرخ في **13 ماي 2007** ويتمم الأمر رقم **58/75** المؤرخ في **26** سبتمبر **1975** والمتضمن القانون المدني جريدة رسمية عدد **31** صادرة بتاريخ **13 ماي 2007**

3 -القانون رقم **09/08** المؤرخ في **2008/02/25**، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، عدد **21**، صادرة بتاريخ، **23 أفريل 2008**.

4 -القانون رقم **2/16** المؤرخ في **19** جوان **2016** المتضمن قانون العقوبات يعدل ويتمم الأمر رقم **156/66** المؤرخ في **8 جويلية 1966** جريدة رسمية رقم **37**

5 -القانون رقم **03/06** المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، جريدة رسمية عدد 14، صادرة بتاريخ 08 مارس 2006.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
مقدمة.....	أ-ج
الفصل الأول: حق الزوجة في النفقة و مشروعية التطليق لعدمها.....	01
المبحث الأول: النفقة الزوجية و أحكامها.....	02
المطلب الأول: مفهوم النفقة الزوجية.....	02
الفرع الأول: تعريف النفقة, حكمها, و سبب وجوبها.....	02
الفرع الثاني: مشتملات النفقة و كيفية تقديرها.....	07
المطلب الثاني أحكام النفقة الزوجية.....	13
الفرع الأول: شروط وجوب النفقة الزوجية.....	14
الفرع الثاني: تاريخ استحقاق النفقة و سقوط الحق فيها.....	18
المبحث الثاني: مشروعية التطليق لعدم النفقة.....	25
المطلب الأول: الإطار القانوني للتطليق لعدم النفقة.....	25
الفرع الأول: حكم التطليق لعدم النفقة.....	25
الفرع الثاني: شروط التطليق لعدم النفقة.....	31
المطلب الثاني: ضوابط التطليق لعدم النفقة وسقوط الحق فيه.....	38
الفرع الأول: ضوابط التطليق لعدم النفقة.....	38
الفرع الثاني: سقوط الحق في التطليق.....	41
الفصل الثاني: إجراءات التقاضي في دعوى التطليق وسلطة القاضي في إيقاعه.	45
المبحث الأول: إجراءات التقاضي في دعوى التطليق.....	46
المطلب الأول: رفع الدعوى و تبليغها.....	46
الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى التطليق.....	46

الفرع الثاني: إجراءات الإيداع والتبليغ لعريضة افتتاح الدعوى.....	51
المطلب الثاني: إجراءات الصلح في دعوى التطليق لعدم النفقة.....	55
الفرع الأول: وجوبية الصلح و مدى علاقته بالتطليق لعدم النفقة.....	55
الفرع الثاني: سير جلسات الصلح.....	58
المبحث الثاني: سلطة القاضي في إيقاع التطليق.....	63
المطلب الأول: دور القاضي قبل الفصل في الدعوى.....	63
الفرع الأول: تقدير أدلة الإثبات.....	63
الفرع الثاني: تعيين الحكمين.....	66
المطلب الثاني: دور القاضي بعد الفصل في موضوع الدعوى.....	68
الفرع الأول: تقدير توابع التطليق:.....	68
الفرع الثاني: حجية الحكم الصادر في دعوى التطليق لعدم النفقة.....	76
الخاتمة.....	82
المصادر والمراجع.....	85
الفهرس.....	93