

كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

بعضوان :

# السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مرحلة انعقاد وإنحلال الزواج

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأحوال الشخصية

المشرف : د/ بودفع علي

الطالبة : مباركي دنيا

لجنة المناقشة :

رئيسا

أ/ داود كمال

مشرفا ومناقشا

د/ بودفع علي

مناقشا

أ/ سيليني كريمة

دورة جوان 2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## كلمة شكر و عرفان

بعد الشكر والحمد لله سبحانه وتعالى الذي وفقنا لهذا  
وجدت لزاما علي هنا أن أبادر فأسجل شكري الخالص لأستاذي الدكتور بودفع  
علي ، إذ أضاف يدا إلى أيديه السالفة فتكرم بقبول الأشراف على أعداد هذه  
المذكرة .

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى رئيس لجنة المناقشة و الأساتذة المناقشين الذين  
لم يبخلوا علي بوقتهم الثمين بقراءة هذه المذكرة و مناقشتها.

كما أتقدم بامتناني الخالص إلى كل من ساهم في مساعدتي في إنجاز هذا  
العمل أخص بالذكر أمي وأبي و أخي علاء الدين الذين ساعدوني كثيرا و كل  
أفراد عائلتي لمساعدتهم ومساندتهم لي بكل حب و تفان .

\*\*\*إهداء\*\*\*

إلى:

من كان بطنها لي وعاء

وثديها لي سقاء

و حجرها لي حواء

إلى الحُضن الدافئ

والدتي الحبيبة أطل الله في عمرها

إلى الحب الصادق و المثالي والدي رعاه الله كما

رعاني صغيرة

إلى زوجي و رفيق دربي : محسن

إلى قرّة عيني و فلذة كبدي: عبد المعز

إلى أخوتي و توأم روحي مروى ، إسكندر،

علاء الدين ، أمين.

# مقدمة

## مقدمة

إن الدعوى إذا ما عرضت على القاضي عرضا صحيحا واستقامت أمامه تعين عليه أن يفصل فيها بحكم قانوني يستوعب النزاع المعروض أمامه، وهذه تمثل في نفس الوقت وظيفة القاضي التي لا يستطيع أن يتحلل منها بحجة عدم وجود نص وإذا ما كان ذلك فانه مما لا شك فيه يعتبر من المسلمات في فن القضاء .

إن القاضي ملزم بالحكم عندما يلجأ إليه الخصوم، وهذا يمثل غاية النظام القضائي حيث أن العدالة يجدها القاضي في القانون ويجدها المتقاضي في القاضي الذي هو تجسيد للقانون، فالقانون ليس مجرد شكل يصاغ إنما هو تعبير عن الواقع الاجتماعي والإنساني، هذا الواقع الذي يكون مضمون القاعدة القانونية التي يعمل القاضي في إطارها على محاولة التوفيق بين الواقع و هذه القاعدة .

إن هذه العملية ليست بالسهلة أو اليسيرة كما تبدو لأول وهلة من القاضي الذي يحكم النزاع خصوصا إذا ما واجه القاضي نصوص قانونية مرنة غير جامدة، فالقواعد القانونية نوعان منها الجامدة وهي تلك التي لا تقبل التغيير والتطور ولا الانتقال من حال إلى حال، ومنها المرنة وهي التي يضعها المشرع هاديا للقاضي الذي يسترشد بها فيما يعرض عليه من القضايا ولا يتقيد فيها، بحل واحد بل تتغير الحلول وتتفاوت بتغير الظروف وتفاوت الملابسات فالقاضي وان كان ليس مشرعا إلا أن له من سلطات التقدير ما يبسر له أن يجعل أحكام القانون متماشية مع مقتضيات الظروف فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطورا مستمرا ويواجه بها ما يتغير من ملابسات وأحوال، وهذه الحركية التي تصاحب تطبيق النص القانوني من قبل القاضي تسمى بالسلطة التقديرية، والتي أصبحت ركنا ركينا في العمل القضائي بصفة عامة وبالتالي فقد اكتسى هذا الموضوع أهمية قصوى في نشاط القاضي خصوصا عندما يستعمل المشرع عبارات مطلقة ويترك المجال واسعا أمام القاضي بمناسبة تطبيقه للنص القانوني على الواقعة المعروضة أمامه.

فالسطة التقديرية أصبحت ضرورة حتمية وخصيصة جوهرية للدعوى والقاضي يلجأ إليها بموجب تصريح من قبل المشرع للاهتداء إلى حكم قانوني بصدد الدعوى المثارة أمامه، فهو يفصل في المنازعات بما يتفق وصحيح القانون دون أن تصل هذه الحرية إلى حد وضع نصوص القوانين، لأن هذا من صميم اختصاص المشرع وحده. فالقاضي عندما يصدر أحكامه فإنها تصدر منه وفقا لسطته التقديرية ومعنى ذلك انه لا يقوم بعمل المشرع، فهو لا يضع قاعدة قانونية جديدة وإنما يقوم بعمل تقديري بهدف تحديد مضمون إرادة قانونية قائمة، وهو بهذا النشاط يرمي إلى تحقيق غاية العمل القضائي وهي المصلحة العامة وإلى إزالة التجهيل الذي أحاط بالقاعدة القانونية وما تنظمه من مراكز قانونية.

ولابد من الإشارة إلى أن القاعدة القانونية ليست هي موضوع السطة التقديرية للقاضي وإنما ينصب على مفترضات تطبيقها وعلى الأثر القانوني الذي تنظمه، ففي كل الحالات التي يكون فيها للقاضي حرية تقدير الحل الموضوعي الذي يتبناه فإننا نكون بصدد ما يسمى السطة التقديرية، وتتعد هذه الأخيرة في الأحوال التي يكون فيها نشاط القاضي منظما من قبل القانون في جميع عناصره، فالسطة التقديرية للقاضي لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أيا كان موضوع المنازعة، فهذه السطة عمل يقوم به القاضي بهدف تحقيق الغاية الموضوعية من القانون ومن ثم تعد من صميم عمله ومن الصعوبة أن نجد تعريف واضحا دقيقا لهذه السطة لأنها لا تقوم على أساس موضوعي فهي لا تختلف من حيث ممارستها من قاضي إلى آخر فقط، بل أنها قد تختلف لدى نفس القاضي باختلاف الظروف والأزمنة وكل ما يمكن قوله أن السطة التقديرية مكنة لمواجهة ظروف تطبيق القانون وما دامت السطة التقديرية للقاضي لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أيا كان موضوع المنازعة، فإننا ارتأينا أن نخصص موضوع دراستنا للسطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وذلك لمرونة جل نصوص قانون الأسرة بالإضافة إلى أنها جاءت يشوبها الكثير من الغموض، وهذا ما فتح المجال الواسع أمام قاضي شؤون الأسرة لحل كل نزاع قد يطرح أمامه بما له من

سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال .

### الإشكالية المطروحة:

مما سبق نصل الى طرح عدة إشكاليات :

- ما مجال تدخل قاضي شؤون الأسرة في النزاعات الخاصة بالزواج و انحلاله؟
- وكيف يمارس قاضي شؤون الأسرة سلطته التقديرية لحل النزاعات المطروحة
- أمامه في مسائل الزواج و انحلاله؟ وماهي السبل التي يعتمد عليها في ذلك؟

### أسباب اختيار الموضوع:

- قلة الدراسات في مجال السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة فمن النادر أن نجد بحثا أو مؤلفا يتناول هذا الموضوع بصورة متكاملة.
- الرغبة في الموضوع باعتباره يمس الحياة الاجتماعية للأسرة.
- عظم شأن قانون الأسرة واتصاله الوثيق بكل فرد من أفراد المجتمع الذي لا يمكن الاستغناء عنه والخضوع لأحكامه.
- قانون الأسرة الجزائري جاءت معظم نصوصه مرنة تسمح بإيجاد الحل المناسب باختلاف الظروف والملابسات.
- قانون الأسرة فتح باباً واسعاً أمام القاضي لأعمال سلطته التقديرية وإيجاد الحل المناسب لكل عارض قد يعترض استقرار الأسرة أو يهدد مسار أفرادها.
- أهمية السلطة التقديرية للقاضي والتي تعتبر عنصر مهما في عمله.

### أهمية الموضوع:

- الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة يختلف نوعا ما عن الدور الذي يقوم به باقي القضاة كالذين ينظرون في القضايا التجارية أو الاجتماعية، فكل فرد في المجتمع

هو أب أو أم، أو زوج وان لم يكن كذلك فهو لا محالة ابن، فهذا القانون ينظم

العلاقات الداخلية للأسرة ويرتب الحقوق والواجبات

لأفرادها ويمس بجوهر الحياة الخاصة، فحل المشاكل الأسرية يختلف عن حل باقي المشاكل لأن هذه الأخيرة مرتبطة بأمور شديدة الصلة بالمسائل النفسية والاجتماعية والدينية .

➤ وظيفة القاضي هنا فيها جانب اجتماعي كبير باعتبار أن إصلاح الأسرة هو إصلاح المجتمع بأكمله لان الأسرة اصغر وحدة في النظام الاجتماعي.

**الصعوبات:**

- إنعدام المراجع التي تتناول موضوع السلطة التقديرية للقاضي في إطار قانون الأسرة.

**المنهج المختار:**

المنهج المعتمد هو المنهج التحليلي الذي يعتمد على تحليل و تتبع كل المعلومات المتعلقة بالموضوع، بالإضافة إلى تحليل محتوى النصوص القانونية والقرارات القضائية.

## خطه البحث:

للإجابة على الإشكالية التي سبق طرحها قسمنا هذا البحث الى فصل تمهيدي وفصلين أساسين وذلك كما يلي :

تعرضنا في الفصل التمهيدي لماهية السلطة التقديرية ومشروعيتها حيث قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، خصصنا المبحث الأول لماهية السلطة التقديرية، وتناولنا في المبحث الثاني مشروعية السلطة التقديرية، أما الفصل الأول فقد خصصناه لمجالات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عند الزواج والآثار المترتبة عنه، وقسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول مجالات السلطة التقديرية للقاضي عند الزواج، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه مجالات السلطة التقديرية للقاضي في آثار عقد الزواج، والفصل الثاني خصصناه مجالات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عند انحلال الزواج والآثار المترتبة عنه، وقسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول مجالات السلطة التقديرية للقاضي عند انحلال الزواج، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه مجالات السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة عن انحلال الزواج .

# الفصل التمهيدي

ماهية السلطة التقديرية ومشروعيتها

إن دراسة ماهية السلطة التقديرية للقاضي بوجه عام يهتم في المقام الأول ببيان كيف يسلك القاضي عند إصداره للعمل القضائي، وما مدى مشروعية هذه السلطة. وعلى ذلك نقوم بدراسة هذا الفصل عن طريق تقسيمه إلى مبحثين :

✓ المبحث الأول: ماهية السلطة التقديرية.

✓ المبحث الثاني: مشروعية السلطة التقديرية

## المبحث الأول: ماهية السلطة التقديرية.

السلطة التقديرية مفهوم مركب من جزئين، الجزء الأول السلطة والجزء الثاني التقديرية، وسوف نحاول بيان ماهية السلطة التقديرية عن طريق تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، حيث نخصص المطلب الأول لتعريف كل من السلطة والتقدير على حدى لغة واصطلاحاً والمطلب الثاني نتناول فيه تعريف السلطة التقديرية باعتبارها لفظاً مركباً وأخيراً في المطلب الثالث نتطرق إلى نطاق السلطة التقديرية للقاضي.

### المطلب الأول: تعريف السلطة – التقدير لغة و اصطلاحاً.

حاولنا في هذا المطلب الامام بتعاريف شاملة للسلطة التقديرية من خلال التعرض الى المعنى اللغوي و الاصطلاحى، و على ذلك قسمنا هذا المطلب الى فرعين سنقدمهما على النحو التالي:

#### الفرع الأول: تعريف السلطة و التقدير لغة.

1. السلطة: سَطَطَ، يَسْطِطُ، سَطَاطَةً، وَسَطَطَ سَطَاطَةً، وَالسَّلَاطَةُ: الْقَهْرُ وَالْحِدَّةُ. وَالتَّسْلِيطُ: إِطْلَاقُ السُّلْطَانِ، وَقَدْ سَطَّ اللَّهُ عَلَيْهِ فَتَسَلَّطَ وَالِاسْمُ سُلْطَةٌ وَالسُّلْطَةُ: التَّسَلُّطُ وَالسَّيْطَرَةُ، وَالتَّحْكُمُ.
- وَالسُّلْطَانُ: الْحُجَّةُ وَالْبُرْهَانُ وَقُدْرَةُ الْمَلِكِ، وَسُلْطَانُ كُلِّ شَيْءٍ شِدَّتُهُ وَحِدَّتُهُ وَسَطْوَتُهُ، وَسَمِّيَ السُّلْطَانُ سُلْطَانًا أَمَا لَتَسْلُطِهِ أَوْ لِأَنَّهُ حُجَّةٌ مَنْ حَجَّجَ اللَّهُ فِي أَرْضِهِ وَيُقَالُ لِلْأَمْرَاءِ سُلْطَانِينَ لِأَنَّهُمْ الَّذِينَ تَقَامَ بِهِمُ الْحُجَّةُ وَ الْحُقُوقَ. (1)
2. التقدير: مِنْ قَدَرَ يَقْدِرُ وَبَابُهُ نَصَرَ وَضَرَبَ، وَالْقَدْرُ وَالْقُدْرَةُ وَالْمِقْدَارُ: الْقُوَّةُ،

(1) محمد بن مكرم بن علي جمال الدين بن منظور، لسان العرب، ج 7، دار صادر، بيروت، لبنان، ط 5، 2005 ص 231.

وَالْقَدْرُ: الْغِنَى وَالْيَسَارُ، وَهُوَ مَنْ ذَلِكَ لِأَنَّهُ كُلُّهُ قُوَّةٌ، وَقَدَرَ كُلُّ شَيْءٍ وَمَقْدَارُهُ، مَقْيَاسُهُ،

وَقَدَرَ الشَّيْءَ بِالشَّيْءِ وَقَدَّرَهُ: قَاسَهُ، وَالتَّقْدِيرُ عَلَى وَجْهِهِ مِنَ الْمَعَانِي:

✓ التَّرْوِي وَالتَّفْكِيرُ فِي تَسْوِيَةِ أَمْرٍ وَتَهْيِئَتُهُ.

✓ تَقْدِيرُهُ بِعَلَامَاتٍ يَقْطَعُهُ عَلَيْهَا.

✓ أَنْ تَتَوَيَّ أَمْرًا بِعَقْدِكَ، تَقُولُ: قَدَّرْتُ أَمْرًا كَذَا وَكَذَا أَي نَوَيْتُهُ وَعَقَدْتُ عَلَيْهِ، وَيُقَالُ

قَدَّرْتُ لِأَمْرٍ كَذَا أَقْدِرُ لَهُ وَأَقْدِرُ قَدْرًا: إِذَا نَظَرْتُ فِيهِ وَدَبَّرْتُهُ وَقَايَسْتَهُ، وَقَدَّرْتُ: أَيَّ

هَيَّاتُ وَأَطَقْتُ وَمَلَكْتُ وَوَقْتُ. (1)

الفرع الثاني: تعريف السلطة و التقديرية اصطلاحا.

### 1. تعريف السلطة اصطلاحا:

السلطة في الاصطلاح تعني القوة والتمكن (2) فالقول بمنح القاضي سلطة ينبغي أن

يعني منح القاضي القوة والصلاحية، وان يمكن من استعمالها على الشكل الصحيح وان

ينفذ ثمرتها ولو بالقوة، وان تكون أحكامه الصادرة عن هذه السلطة لها من الحجية

والنفاد ما يجعلها مفيدة و مستقلة (3)

✓ وعند البحث في كتب الفقهاء عن لفظ السلطة بصورة عامة، سواء أكانت

سلطة ولي الأمر، أم سلطة القاضي، لا نجد متداولاً ولا مشهوراً، ذلك أن الفقهاء

عندما عالجوا موضوع السلطة لم يستخدموا لفظ السلطة إلا في عهود متأخرة، نظراً

لما قد يوحي به اللفظ من نزعة التحكم والتسلط التي أخذت عن الفكر الإداري. (4)

(1) ابن منظور، المرجع السابق، المجلد 12، ص 248.

(2) محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط 1، دار النفائس، عمان الأردن، 2007، ص 77.

(3) ناصر بركات، نفس المرجع، ص 79—80.

(4) كايد يوسف محمود قرعوش، طرق انتهاء ولاية الحكام في الشريعة الإسلامية و النظم الدستورية، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987، ص 75.

✓ إلا أن هناك تعريفات عديدة من قبل المحدثين، ومعظمها تقصد سلطة ولي الأمر أو السلطان أو صاحب الحكم ومن هذه التعريفات :

(الحكم المعترف به بوصفه حكماً شرعياً، كما أنها الحكم المقبول و المحترم) (1)

✓ وهناك من عرفها مضافة إلى القاضي بأنها: (سلطة البث بالنزاع بأكمله في عناصره جميعاً الواقعية والقانونية والحكم) . (2)

✓ الذي يلاحظ في التعريفات السابقة أنها قصدت بالسلطة ذلك النفوذ وتلك الصلاحية المتأتيان لصاحبهما بسبب الوظيفة التي عهدت إليه و خولته ذلك.

## 2. تعريف التقدير اصطلاحاً:

التعريف الاصطلاحي للتقدير لا يخرج عن المعنى اللغوي له فيراد به التروية والتفكير في تسوية الأمر وتهيئته، كما يراد به النظر والتدبير والمقايضة، وهذه المعاني من معاني التقدير اللغوي كما سبق بيانه في التعريف اللغوي للتقدير. (3)

## المطلب الثاني: تعريف السلطة التقديرية باعتبارها لفظاً مركباً

أن مصطلح السلطة التقديرية هو ذات معنى واسع في مختلف فروع القانون يقوم على أساس من التحليل الذهني أو الفكري للقاضي فهو نشاط ذهني وعقلي يضطلع به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط عناصر هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية يعتقد أنها تحكم النزاع المعروض، وهي بذلك تتألف من عنصرين شخصي وهو القاضي وموضوعي وهو القانون.

(1) سامي محمود ديبان، قاموس المصطلحات السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، ط 1، رياض الريس للكتب والنشر 1990 ، ص 258.

(2) جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية ، ترجمة منصور القاضي ، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات لنشر والتوزيع، بيروت لبنان ، 1998 ، ص 910 .

(3) احمد محمود سعد ، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ماهيتها – ضوابطها وتطبيقاتها ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 ، ص.13

كما عرفت بأنها النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه هذا النشاط وعلاقته بالواقع والقانون.<sup>(1)</sup> ويرى أصحاب هذا التعريف أن هذا النشاط الذهني ينبع من عدة نشاطات ذهنية للقاضي أولها تقدير أولي لمجموع الوقائع واستخلاص المنتج منها في النزاع المطروح يشترط ألا يتعدى في بحثه الإطار الذي رسمه الخصوم، يكون هذا التقدير بمثابة أدلة للقاضي للبحث عن القاعدة القانونية، ثم نشاط ذهني يتضمن العودة بالقاعدة إلى الوقائع المطروحة وذلك عن طريق تحليل هذه القاعدة إلى عناصرها الأولية، وإجراء نشاط ذهني يتعلق بمطابقة مفترض هذه القاعدة لمجموع الوقائع وذلك عن طريق تجريد القاعدة القانونية مؤقتاً واعتبارها قاعدة مجسدة تحتوي على الواقع المطروح، وعلى هذا تجدر الإشارة إلى أن السلطة التقديرية تكون منصبة على الواقع والقانون من حيث فهم وتقدير كل منهما، وتكون هذه السلطة أيضاً كلاً لا يتجزأ فهي واحدة سواء أكانت في مجال القانون الموضوعي أم في مجال القانون الإجرائي.<sup>(2)</sup>

وبناء على ذلك رفض أصحاب هذا الرأي التسليم بقول من يقول: أن سلطة القاضي التقديرية منصبة على الواقع فقط بل رجح أن نشاط القاضي الذهني أي السلطة التقديرية تنصب على الواقع والقانون في آن واحد، وهذا ما حدا ببعض القانونيين إلى تعريف سلطة القاضي التقديرية بأنها نشاط ذهني يقوم به قاضي الموضوع وهذا النشاط مادته القانون والواقع في آن واحد.<sup>(3)</sup>

(1) نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية، (د ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008، ص 78.

(2) إسماعيل عمر، نفس المرجع، ص 165.

(3) احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 459.

من خلال تعريف سلطة القاضي التقديرية نتوصل إلى:

1. هذه السلطة تكون ضمن إطار القاعدة القانونية لا تتعداها ففي الحقيقة السلطة

التقديرية المطلقة لا تتواجد إلا لدى المشرع أما الأجهزة الأخرى للدولة، فلا بد من

وجود مفترضات محددة سلفا، تنطلق منها السلطة التقديرية.

2. كذلك على أن نشاط القاضي الذهني يكون منصبا على الواقع وعلى القانون من

حيث فهم وتقدير كل منهما ولا يقتصر على أي منهما.

نلاحظ من خلال هاذين التعريفين أن القاضي في عمله التقديري ينصب عمله

على مفترضات القاعدة القانونية بمعنى أن القاضي لا يقوم بدور المشرع إنما يدور في

فلك القاعدة القانونية.

### المطلب الثالث: نطاق السلطة التقديرية للقاضي

ان تحديد نطاق السلطة التقديرية للقاضي يتطلب منا الانطلاق من معرفة كيفية

ممارسة القاضي لنشاطه في اعمال تقديره الشخصي، وكذا تقديره الموضوعي، وعلى

ذلك قسمنا هذا المطلب الى فرعين سنقدمها على النحو التالي:

#### الفرع الأول: نشاط القاضي في أعمال التقدير الشخصي

يقصد بالتقدير الشخصي في نطاق المسائل القانونية قيام القاضي بتحديد المصلحة

المقصودة بالحماية في هذه المسائل، وبالتالي لا يقصد بمصطلح التقدير الشخصي كيفية

فهم القاضي لمسائل القانون، ولا كيفية تفسيره لهذه المسائل، فكل هذا يعتبر مجرد

نشاط ذهني الهدف منه هو التوصل إلى فهم مضمون المصلحة التي تحميها القاعدة

القانونية لهذا فان نشاط القاضي الذهني يمثل الإطار العام لسلطة القاضي التقديرية، ولا

يعتبر هو نفسه تقديرا شخصيا موضوعيا. (1)

(1) نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 213 .

والقاضي في إعماله للتقدير الشخصي يهدف إلى التوصل إلى تحديد العناصر اللازمة لإعمال القاعدة القانونية، التي تستجيب موضوعيا لحسم هذا النزاع.

### الفرع الثاني: نشاط القاضي في إعمال التقدير الموضوعي

إن التقدير الذي يقوم به القاضي يكون تقديرا موضوعيا في الأحوال التي يحمل فيها الشخص بالتزام معين.

ففي التقدير الموضوعي يستبعد القاضي العناصر الخاصة بأشخاص النزاع ويأخذ في اعتباره الظروف الخارجية عن أشخاص الخصوم والتي تميز وتحدد مركزا قانونيا معيناً.

وسبب استبعاد القاضي بعض العناصر، والاحتفاظ بالباقي الآخر، هو أن تقدير القاضي لن يتأثر بما تم استبعاده، ولكن ما تم الاحتفاظ به هو الذي يؤثر على النتيجة التي سيتوصل إليها القاضي.

فالتقدير الموضوعي يأخذ في الاعتبار فقط العناصر الخارجية عن شخص المخاطب بالقانون ويهمل العناصر الذاتية المتعلقة بذات هذا الشخص والقاضي في هذه المرحلة يستخلص الوقائع الفعالة في الدعوى ويقوم بنشاط ذهني محله واقع وقانون وبغض النظر عن مادية الوقائع وسلطة الخصوم إزائه، وبغض النظر كذلك عن نموذجية وتجريد القاعدة القانونية وسيطرة المشرع عليها، فالقاضي يمارس حتما سلطته في إطار هذا الواقع وذلك القانون.

وإذا ما قام بتقدير موضوعي لوقائع النزاع فإنه يتعين عليه أن يطابق نشاطه مع الموجهات القانونية وفقا للاعتبار الذي يحدده القانون.<sup>(1)</sup>

(1) نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 165.

### المبحث الثاني: مشروعيه السلطة التقديرية

نتناول مشروعية السلطة التقديرية من خلال تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب

حيث نتعرض في المطلب الأول إلى مشروعية السلطة التقديرية في نصوص القرآن الكريم، وفي المطلب الثاني مشروعيتها في نصوص السنة النبوية، ونخصص المطلب الثالث لمشروعيتها في نصوص القانون والقرارات القضائية .

#### المطلب الأول: مشروعيتها في نصوص القرآن الكريم.

قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدِيًّا بِأَلْفِ كَعْبَةٍ أَوْ كَفَّارَةً طَعَامٍ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَنَنْقُمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ﴾ سورة المائدة الآية 95.

وجه الدلالة الشاهد على وجود سلطة التقدير للقاضي أو الحاكم في الآية الكريمة من قوله تعالى: "يَحْكُمُ ذَوَا عَدْلٍ مِ رُكْمٌ" ويحكم بمعنى يقضي فالعمل الذي يقوم به العدلان هو التقدير و المقايسة وهو بمثابة عمل القاضي أو الحاكم، وبتقديرهما يعرف قاتل الصيد ما يلزمه أدائه مما أوجبه الله تعالى عليه سببا ما خلق منه وتقديرهما نافذ في حقه لقوله تعالى "يَحْكُمُ بِهِ" وما لا شك أن حكم العدلين أو تقديرهما نابع عن اجتهادها. (1)

#### المطلب الثاني: مشروعيتها في نصوص السنة النبوية.

مما مسلم عنه عند كل مسلم أن محمد صلى الله عليه وسلم نبي الأمة وقائدها ورجل الإدارة الأول منها ومفتيها وقاضيها والمرجعية لكل مسلم ومسلمة مقصد قلوب

(1) ذياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري، السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، العدد2، الجامعية الأردنية، الأردن، 2007، ص483 .

المؤمنين، علاوة على كل وصف حميد يخطر على البال يوصف به صلوات الله وسلامه عليه، ولما كان صلى الله عليه وسلم قاضي الأمة نجده صلى الله عليه وسلم قد أرسى قواعد مبدأ التقاضي وبين ما يجب لكل طرف وما ينبغي عليه، وكذلك القاضي ما عليه من واجبات وما له من صلاحيات وبينت سنته القولية والعملية والتقديرية ما يدل على تمتع القاضي بسلطة التقدير، وعندما نمعن النظر في سنة النبي التي تدل إلى ما تسعى إلى إثباته نجد أن هذه السلطة متنوعة بعضها يتجلى في الحرية الممنوحة للقاضي في استصدار الأحكام في مختلف القضايا التي يعوزها النص أو في تلك التي يكون فيها النص ظنياً أو محتملاً في دلالاته وبعضها يتجلى في حرية القاضي باستخدام الأسلوب الذي يراه مناسباً في إدارة الدعوى وباعتماد طرق الإثبات فيها حسب ما يراه محققاً للعدالة وغيرها من الحرية التي كفلها الشرع للقاضي لضمان تحقيق العدالة. (1)

**الفرع الأول: إثبات السنة التقديرية للقاضي في السنة التقريرية.**

حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذ بن جبل قاضياً على اليمن قال له: "كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بما كتب في كتاب الله، قال: وإن لم يكن في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله، قال: فإن لم يكن في سنة الرسول صلى الله عليه وسلم، قال: أجتهد رأيي فضرِب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره، وقال الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله"

وجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم رضي عن منهج معاذ رضي الله عنه في القضاء، وتدرجه في تتبع الحكم من الكتاب والسنة، ثم سلوكه مسلك الاجتهاد فيما لم يجد له حكماً نص عليه الشارع الحكيم، ودليل رضاه صلى الله عليه وسلم على ذلك

(1) نياض عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري، المرجع السابق، ص484.

انه حمد الله إن وفق الله لما يرضي رسول الله صلى عليه و سلم.

قال ابن القيم (وقد اقر النبي صلى الله عليه وسلم معا ذ على اجتهاده برأيه فيما لم يجد فيه نصا عن الله و رسوله). (1)

روي أن قوما باليمن حفروا زبية لأسد فوق منها، فتكاب الناس عليه فوق فيها رجل فتعلق بآخر، ثم تعلق الآخر بالآخر حتى كانوا فيها أربعة، فتنازعوا في ذلك حتى أخذ السلاح بعضهم لبعض فقال لهم علي رضي الله عنه أنقتلون متئين في أربعة؟ ولكن سأقضي بينكم بقضاء للأول ربع الدية وللثاني ثلث الدية وللثالث نصف الدية وللرابع الدية فلم يرضو بقضائه فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فقال: سأقضي بينكم بقضاء قال فأخبر بقضاء علي رضي الله عنه فأجاره. (2)

وجه الدلالة : يظهر وجه الدلالة على مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من خلال اجتهاد علي رضي الله عنه في هذه المسألة، فقد قدرنا رضي الله عنه أن التعويض للهالكين بقدر ما تسبب به احدهم من إلحاق الهلاك بغيره، فقد قدر للأول ربع الدية لأنه كان السبب في هلاك ثلاثة غيره فاسقط من تعويضه ثلاثة أرباع الدية وقضى له بالربع فقط، وقضى للثالث ثلث الدية لأنه تسبب في إهلاك اثنين فأسقط بثلثي الدية وقضى له بثلثها، ثم قضى للثالث بنصف الدية لأنه تسبب في هلاك رجل واحد فأسقط نصف الدية عنه وقضى له بالنصف، أما الرابع فقضى له بالدية كاملة لأنه لم يتسبب بإهلاك غيره بل كان الوحيد الذي جني عليه ولم يجن على أحد، فهذا اجتهاد وتقدير علي رضي الله عنه في مسألة لم يرد بها نص في الكتاب أو في السنة وقد اقره

(1) ذياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري، المرجع السابق ص 485.

(2) ذياب عبد الكريم، نفس المرجع ، ص 486 .

النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك وقد يقال: بما أن الأمر انتهى إلى النبي صلى الله

عليه وسلم واقره فقد أصبح في المسألة نص فأين السلطة للقاضي؟

فيقال: إن الحكم الذي انتهى إليه علي رضي الله عنه وإن أصبح من قبيل السنة التقديرية وهو نص في المسألة، بحيث لو تكررت الحادثة فيما بعد ، سقنا لهم الحكم نفسه، ألا أن المراد من الاستدلال به هو أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أقر عليا على مبدأ التقدير في القضية التي عرضت عليه ولم يكن له إلا أمرين:

✓ الأول: أن يتوقف عن الحكم، نظرا لعدم النص.

✓ الثاني: النظر والتقدير وهو ما قام به علي رضي الله عنه. (1)

الفرع الثاني: إثبات السنة التقديرية في السنة الفعلية.

روي البخاري أن البراء رضي الله عنه قال: "لما اعتمر النبي في ذي القعدة فأبى

أهل مكة أن يدعوه يدخل مكة ،حتى قاضاهم على أن يقيم بها ثلاثة أيام، فلما كتبوا

الكتاب كتبوا هذا ما قضى عليه محمد رسول الله قالوا: لا نقر لك بهذا، لو نعم أنك

رسول الله ما منعناك شيئا ولكن أنت محمد بن عبد الله، فقال أنا رسول الله، وأنا ابن

عبد الله، ثم قال لعلي امح رسول الله، قال علي: لا والله ما أمحوك أبدا، فأخذ رسول

الله الكتاب وليس يحسن يكتب ،فكتب هذا ما قضى محمد بن عبد الله لا يدخل مكة

السلاح إلا في القراب، لا يخرج من أهلها بأحد إذا أراد أن يتبعه ولا يمنع من صحابه

أحدا إن أراد أن يقيم بها، فلما دخلها ومضى الأجل أتو علي فقالوا: قل لصاحبك اخرج

عنا فقد مضى الأجل، فخرج النبي فتبعته ابنة حمزة تنادي يا عم يا عم، فتناولها علي

فأخذها بيدها وقال لفاطمة عليها السلام: دونك ابنة عمك حمليها، فاختصم فيها علي

وزيد وجعفر، قال علي أنا أخذها وهي ابنة عمي، وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها

تحتي، وقال زيد ابنة أخي، فقضى بها النبي لخالتها وقال الخالة بمنزلة الأم، وقال

لعلي: أنت مني وأنا منك، وقال لجعفر: أشبهت خلقي وخلقي، وقال لزيد: أنت أخونا

(1) نيباب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري، المرجع السابق ، ص 486.

ومولانا، وقال علي: ألا تتزوج بنت حمزة؟ قال أنها ابنة أخي من الرضاعة. (1)

موضع الاستدلال من هذا الحديث من مشروعية السلطة التقديرية للقاضي في قوله صلى الله عليه وسلم "الخالة بمثابة الأم" وقضاؤه صلى الله عليه وسلم بحضانة البنت لخالتها، والجدير بالذكر أن خصومة نشبت في شأن حضانة بنت حمزة رضي الله عنه بين علي وجعفر وزيد رضي الله عنهم أجمعين وكان ذلك بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم وكلهم قد أدلى بسبب استحقاقه الحضانة، إلا أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى أين تكمن مصلحة البنت فقدر أنها عند خالتها التي هي بمنزلة أمها فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بالحضانة لجعفر لا على أساس قرابة البنت منه، ف إن علي له مثل تلك القرابة، بل على أساس أن زوجه خالة البنت، والخالة تعطف على البنت كم لو كانت أمها. (2)

### المطلب الثالث: مشروعية السلطة التقديرية في نصوص القانون.

إن قانون الأسرة الجزائري جاءت معظم نصوصه مرنة فتحت باباً واسعاً أمام القاضي لإعمال سلطته التقديرية لإيجاد الحل المناسب لكل نزاع يعرض عليه يمس استقرار الأسرة، ومن النصوص القانونية التي فتحت المجال أمام القاضي لممارسة سلطته التقديرية نأخذ بعض المواد منها: **المادة 5** من قانون الأسرة فقد نظم فيها المشرع تعريف الخطبة وأحكام الهدايا إلا أنه جعل المجال مفتوح فيما يخص التعويض **الفقرة 3** من **المادة** المذكورة كرست مبدأ الحق في طلب التعويض شريطة حصول الضرر وتركت المسألة تقديرية للقاضي في تحديد الضرر الموجب للتعويض.

بالإضافة إلى **المادة 7** من قانون الأسرة حدد المشرع من خلالها السن القانوني

(1) نزياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري، المرجع السابق ص 487.

(2) نزياب عبد الكريم، نفس المرجع، ص 488.

قدرة الطرفين، إلا أن المشرع لم يحدد السن الأدنى الذي يمكن للقاضي أن يصل إليه وبالتالي نجد المشرع ترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذه المسألة ، وكذلك المادة 08 من قانون الأسرة: أباح المشرع تعدد الزوجات بشروط ومنح للقاضي سلطات واسعة في تقدير هذه الشروط وجعله رقيباً وأميناً على عقود الزواج التي تبرم أمامه. والمادة 53 من نفس القانون نص فيها المشرع على الطلاق بطلب من الزوجة وعدد حالات لا بد من توافرها حتى يتأكد حق الزوجة في طلب التطليق، وترك المجال للقاضي للتأكد من توافر هذه الأسباب ، والمادة 52 التي تحدثت عن تعسف الزوج في الطلاق، المشرع لم يضع حداً للتعويض المالي الذي ينشأ في ذمة الزوج المتعسف بل تركه لسلطة القاضي التقديرية وفقاً لطبيعة الطلاق التعسفي وحالة الزوج المالية والقاعدة الشرعية (لا ضرر ولا ضرار).

المشرع من خلال المادة 74 أكد على وجوب النفقة الزوجية، أي نفقة الزوج على زوجته مقابل احتباسه لها، إلا أنه جعل تقديرها إذا ما اشتكت الزوجة بخل زوجها للقاضي خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي .<sup>(1)</sup>

أما مشروعية السلطة التقديرية من الناحية التطبيقية، فقد جسدت المحاكم العليا هذه المشروعية في قرار لها المؤرخ في 18/06/1991 الذي جاء فيه:  
(من المقرر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والنفقة والتعويض و نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاء الموض —وع غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها ...).<sup>(2)</sup>

(1) أمر 05— 02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل و يتم قانون 84 —11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة .

(2) نبيل صقر — قمرأوي عز الدين ، قانون الأسرة نسا وتطبيقا ، دار الهدى، عين مليلة الجزائر ، ص 71 .

وفي قرار آخر لها:

- (من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير القضاة .....). (1)
- (.....تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يعود الاختصاص فيها لقضاة الموضوع). (2)

---

(1) نبيل صقر، المرجع السابق، ص 74 .

(2) نبيل صقر، نفس المرجع ، ص 76 .

# الفصل الأول

تطبيقات السلطة التقديرية  
لقاضي شؤون الأسرة عند الزواج والآثار المترتبة عنه

لما كان عقد الزواج من أخطر العقود التي يجريها الإنسان في حياته، ومن أهم التصرفات ذات الشأن العظيم لما اشتمل عليه من تكاليف و التزامات و آثار عديدة، فقد اختص الشارع عقد الزواج من بين العقود بإحكام تنظمه لكونه أخطر عقد في الحياة.

سنتناول في هذا الفصل دراسة المسائل التالية :

**المبحث الأول: مجالات السلطة التقديرية للقاضي عند الزواج.**

**المبحث الثاني: مجالات السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة على الزواج.**

**المبحث الأول: مجالات السلطة التقديرية للقاضي عند الزواج.**

يعرف الزواج بأنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتطلبه الطبع الإنساني مدى الحياة، ويجعل لكل منهما حقوق وواجبات قبل الآخر ، لذا كان لابد لمن أراد أن يدخل في هذا الرباط أن يكون على بينة من أمره قبل أن يرتبط بعقد الزواج.

**المطلب الأول: مجال تدخل القاضي في الخطبة.**

قبل أن نتعرض إلى مجال تدخل القاضي في الخطبة، رأينا انه من المفيد أن نبحث في مدلولها ثم في آثارها باعتبارها من المقدمات التمهيدية للزواج والتي من خلالها نتعرف على المجال الذي يقوم القاضي فيه بممارسة سلطته التقديرية.

**الفرع الأول: تعريف الخطبة.****➤ لغة:**

من الخطب وهو الشأن والأمر صغر أو عظم وهي الدعوة إلى التزويج ويأتي معنى الخطبة في اللغة والشرع واحداً، فهي لغة وشرعا التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة فالخطبة كما يقول ابن نجيم الحنفي هي سؤال الرجل المرأة شأن في نفسها وهي الـذكر الذي يستدعي به إلى عقد النكاح، فالخطبة ليست عقداً وإنما وعد بالزواج<sup>(1)</sup> وتعرف أيضا بأنها تعني طلب النكاح، و إختطبو فلان أي دع—وه إلى تزويج صاحبته<sup>(2)</sup>.

(1) إسماعيل ابى بكر علي البامري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق، دار الحامد، ط 1، 2009، ص 63.

(2) محمد محدة، الخطبة و الزواج، ج 1، دار الشهاب، الجزائر، ط 2، 2000، ص 5 .

## ➤ اصطلاحاً:

لقد عرفها المشرع في المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري بأنها وعد بالزواج كما يجوز للطرفين العدول عنها كما، يعرفها الفقهاء بأنها: طلب التزويج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية بتوجيه هذا الالتماس إليها، والى وليها أو هي طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية، وذلك بأن يتقدم إليها مباشرة أو إلى وليها أو عن طريق أجنب يعيّنهم للتفاهم و التفاوض في أمر العقد والمطالب الخاصة بهذا الشأن، فإذا أُجيب الطلب تمت الخطبة بينهما. (1)

وقد ثبتت الخطبة في القرآن ورد قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ سورة البقرة الآية 235، وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام: "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه" (2)

## الفرع الثاني: آثار العدول عن الخطبة.

ذكرنا سابقاً بأن الخطبة هي من مقدمات الزواج ولا تعتبر زواجاً شرعياً، وهي مجرد وعد بالزواج لا يربط كل من الخاطب والمخطوبة برباط الزوجية، بل لكل منها أن يعدل عن الخطبة وينقض وعده على أساس عدم وجود فكرة العقد والالتزام (3) لأن الخطبة ليست عقداً يلتزم فيه الطرفان قبل بعضهم بالتزامات لها قوة الإلزام، وغاية ما يمكن أن يقال في الخطبة إذا تمت أنها وعد بعقد ولكل من الطرفين العدول عن هذا الوعد وعدم المضي في إبرام عقد الزواج وهذا محل اتفاق وينتج عن القول بخلافه انه قد ينعقد في أحيان ما بدون رضا الطرفين أو احدهما وليس هذا من شأن عقد الزواج

(1) بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ط 1 ، 1999 ، ص 44 .

(2) بلحاج العربي ، نفس المرجع ، ص 45 .

(3) بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص 52 .

لما له من خطر، والمصلحة توجب إعطاء كل من الطرفين التحلل من الخطبة إذا وجد ما يدعو إلى ذلك.

ويوجد رأي شاذ في المذهب المالكي وهو رأي ابن شبرمة : ومقتضاه أن الوعد يلزمه الوفاء بالوعد ويجبر على ذلك بواسطة القضاء وحسب هذا الرأي لا يجوز للخاطب أو المخطوبة أن يعدل عن الخطبة وأنها إذا عدل أحدهما لا يترتب عن هذا العدول فسخ الخطبة ويلزمها الاستمرار فيها وإبرام عقد الزواج، إلا إذا وجد ما يمنع ذلك كالموت وعدم القدرة على التنفيذ.

ورأي الجمهور هو المعتبر لان المنفق مع الحكمة في الخطبة وهي الاختيار السليم ولان إزام احد الطرفين بإجراء العقد يتضمن الإكراه وهو ما لا يجوز في الزواج الذي يفترض فيه انه عقد أبدي، مما يوجب أن تكون الحرية في إنشائه أوسع مجالاً مما في غيره من العقود والارتباطات (1)، ومن ثم يبقى لكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عن الخطبة بإرادته المنفردة دون الرجوع إلى الطرف الثاني وهذا ما هو منصوص عليه صراحة في المادة 5 فقرة 1 قانون الأسرة والحكم من تجويز العدول وإباحته هو تمكين طرفي الخطبة من تفادي الارتباط بزواج لا يحقق الغاية المرجوة منه. (2)

قد تترتب على العدول عن الخطبة ضرر يلحق أحد الطرفين مادياً أو معنوياً خاصة إذا استمرت الخطبة عدة سنوات، كما إذا كلف الخاطب نفسه بإعداد مسكن للزوجة المرتقبة، ثم عدلت المخطوبة عن الخطبة بغير مبرر أو يطلب الخاطب من مخطوبته ترك دراستها أو الاستقالة من وظيفتها أو إعداد جهاز مهم، كما قد تفوت عنها خطابا آخرين، أو يكون في فسخ الخطوبة ما يمس كرامة الطرف الآخر، وهذا ما

(1) لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج 1، دار هومة، ط 2، 2006، ص 33.

(2) محمد محده، المرجع السابق، ص 58.

نصت عليه المادة 5 في فقرتها الثالثة: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض، " إذن ما هو حكم العدول هنا والضرر قد أصاب الطرف الآخر؟<sup>(1)</sup> في الإجابة عن السؤال يكمن المجال الواسع الذي يمارس فيه القاضي سلطته التقديرية، ألا وهو التعويض إذا ترتب عن العدول ضرر

**الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن العدول**

**الفقرة الثالثة من المادة 5 من قانون الأسرة كرست مبدأ الحق في طلب التعويض شريطة حصول الضرر وتركت المسألة تقديرية للقاضي وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية ". كما أن المشرع لم يبين بدقة سبب حدوث الضرر الموجب للتعويض اهو ناجم عن مجرد العدول أم هو ناجم عن تغيير احد الطرفين ؟ قيل بأن العدول وان كان حق للخاطب، إلا انه قد يكون سبباً في التعويض إذا أسئ استعماله، لان الضرر ي زال شرعاً إذا المقرر في الحديث انه لا ضرر ولا ضرار"<sup>(2)</sup>**

ويقول الأستاذ عبد العزيز عامر: والأرفق أن يقال بالتعويض إذا كان لمن عدل عن الخطبة غير مجرد العدول دخل فيما أصاب الطرف الاخر من الضرر حان يحون طلب إعداد الجهاز فأعدت، أو يكون طلب منها ترك العمل فتركت، أو تكون هي طلبت منه إعداد منزل الزوجية ففعل، ففي كل هذه الحالات وأمثالها حصل ضرر بسبب فعل من عدل، وأساس التعويض هنا ليس المسؤولية العقدية، لكن المسؤولية التقصيرية، أما إذا كان الضرر ناشئ عن مجرد العدول غير المصحوب بأي فعل فأرى بأنه لا تعويض هنا. "<sup>(3)</sup>

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 55 .

(2) محمد محده، المرجع السابق، ص 74.

(3) لحسين بن الشيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص 37 .

فالأستاذ عبد العزيز عامر لا يقر بلزوم التعويض عن الضرر المعنوي أما قانون الأسرة الجزائري فنجد نص في المادة الخامسة فقرة 3 على ما يلي:

"إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض".

وعلى ذلك فالقانون جعل التعويض مقابل الضرر المادي أو المعنوي معاً و الضرر المعنوي هو إيلاام العادل المعدول عنه، لان هذا الضرر اشد على النفس من الضرر المادي وفي ذلك يقول الأستاذ محمود جبر الفضيلاة:

"وترك تقدير الضرر وما يترتب عليه أما للعرف وأما للقاضي، وليس أمام القاضي في هذه الحالة إلا الفتوى المعمول بها في المذهب، علما أن علماء العصر أجازوا التعويض عن الضرر في العدول عن الخطوبة، إلا أن الفقهاء القدامى لم يتعرضوا إلى الضرر المعنوي الناتج عن العدول عن الخطوبة....." (1)

كما لخص الدكتور عبد الرزاق السنهوري ما استقر عليه الفقه والقضاء في هذا الصدد مؤكداً على أن الخطبة ليست بعقد ملزم وأن مجرد العدول لا يترتب شيئاً، وإذا افترن العدول بأفعال أخرى ألحقت الضرر بالطرف الآخر جاز الحكم بالتعويض مؤسساً هذا الحكم على قواعد المسؤولية التقصيرية.

أما حالة الإغواء فأن الدكتور السنهوري لا يراها سبباً للتعويض إلا عند اصطحابها بالخدعة والغش أو بواسطة الضغط الأدبي. (2)

وقد قررت محكمة النقد المصرية في حكم شهير بتاريخ 14/12/1939 ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً

(1) لحسين بن الشيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص 37 .

(2) بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط 1 ، دار الخلدونية، 2008، ص 34 .

وكانت هذه الأفعال قد ألحقت أضراراً مادية أو أدبية بأحد المتواعدين فأنها تكون مستوحية للتضمنين على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها أفعال ضارة موجبة للتعويض. (1)

أما الشيخ محمد أبو زهرة: فيرى انه للحكم بالتعويض من عدمه نفرق بينما إذا كان هناك تغيير أو اغترار، فالأول يجيز التعويض لأن احدهما قد غرر بالطرف الآخر والتغيير يوجد الضمان.

ويرى الدكتور محمد مصطفى شلبي ما يلي: "ينظر للضرر المترتب على العدول إن كان للطرف الآخر دخل فيه سبب حصل منه حكم بالتعويض كما إذا تركت المرأة الموظفة وظيفتها بتحريض من الخاطب لتتفرغ لشؤون البيت بعد الزواج أو قامت بإعداد الجهاز اللازم بإيعاز منه ثم عدل عن الخطبة فإنه يلزم بالتعويض ومثل ذلك إذا قام بإعداد بيت الزوجية بإيعاز من مخطوبته ثم عدلت عن الخطبة حكم عليها بالتعويض ، لأن الضرر الذي لحقه كان بسبب تغييرها ، أما إذا فعل كل منهما ذلك دون إيعاز من الآخر ثم فسخت الخطبة فيكون الضرر اللاحق بأحدهما نتيجة اغتراره وهو عدم تربيته في الأمر فلا تعويض لأنه هو الذي جلب على نفسه الضرر" (2)

أما الدكتور مصطفى السباعي فيخلص إلى القول بما يلي : " لهذا كله نرى أن نعطي القاضي حق تقدير التعويض عند العدول إذا تحققت الشروط التالية:

1. أن تثبت أن العدول لم يكن سبب من المخطوبة.
2. أن يكون العدول قد اضر بها مادياً ومعنوياً.
3. أن الخاطب قد أكد رغبته في الزواج من المخطوبة بما يستدل به عادة و عقلاً.

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 35.

(2) بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ن ص.

وترى الدكتورة وهبة الزحيلي في نفس السياق :

"وأما الضرر الناشئ عن فسخ الخطبة دون مسوغ فإن بعض المحاكم في البلاد العربية تحكم بالتعويض عنه عملاً بنظرية التعسف في استعمال الحق، إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام أو بناءً على المسؤولية التقصيرية أي الخطأ الذي سبب ضرراً للغير. (1)

وقد جاء في حكم لمحكمة الفيوم في مصر مايلي: "من المسلم به قانوناً اعتبار

الزواج و الوعد به من النظام العام ومن المسلم به أيضاً أن العدول عن الوعد لا يترتب عليه أية مسؤولية إلا إذا كان في هذا العدول ما حمل احد الطرفين ضرراً مادياً وأديباً بسبب خطأ وقع ممن عدل في حق الآخر"

أما نص الفقرة الثالثة من المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري فإنها على ما

يبدو كرسست مبدأ الحق في طلب التعويض شريطة حصول الضرر وتركت المسألة التقديرية للقاضي يقدرها حسبما يقدم أمامه من أدلة في هذا الشأن (2)

وكخلاصة لما ذكر سابقاً وما انتهى إليه القضاء فإن المبادئ المتعلقة بالتعويض

على العدول عن الخطبة هي أن الخطبة ليست بعقد ملزم، بالإضافة إلى أن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض، كذلك انه إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض.

وأساس الحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة هو التعسف في استعمال الحق وهذا ما أخذ به المالكية والحنابلة<sup>(3)</sup> وليس مجرد العدول الذي هو حق للطرف العادل فالقاضي يبحث عن سبب الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة فإذا كان هذا الضرر ناشئ عن مجرد الخطبة والعدول عنها فلا تعويض للطرف الذي يدعي الضرر أما إذا

(1) بن شويخ الرشيخ، المرجع السابق، ص 36.

(2) بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص 37.

(3) محمد محده، المرجع السابق، ص 83 .

كان سبب الضرر هـ و فعل احد الطرفين فالقاضي يحكم بالتعويض وما عليه إلا أن يدقق بحثه في أسباب العدول وتقدير جديتها من عدمها.

ويبدو أن الاجتهاد القضائي الجزائري هذا ما استقر عليه و يظهر في:

قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/12/25 جاء فيه: " ومن المقرر أيضا إذا ترتب على العدول على المخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً للقانون...." (1)

قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/03/16:

▪ .....والإزام المدعي بأن يدفع لها مبلغ 20.000 دج تعويض....."

والتعويض الناجم عن العدول عن الخطبة يشمل التعويض عن الضرر المادي والمعنوي كما اشرنا سابقاً، والضرر المادي هو الذي يصيب الطرف المتضرر في حق ثابت أو مصلحة مالية، لهذا فالقاضي لا يجد صعوبة في تقديره والتعويض عليه أما الضرر المعنوي فهو الذي يصيب مصلحة غير مالية كالتشهير وتشويه السمعة هذا ما قد يجعل القاضي يجد صعوبة في تقديره و التعويض عليه .

ولتقدير قيمة التعويض يجب على القاضي أن يبحث أولاً عن المعيار الذي يعتبر

معه الفعل خطأ يستوجب التعويض عن العدول عن الخطبة، وفي ذلك يرى جمهور الفقهاء أن المعيار المعول عليه في هذا المجال هو المعيار الموضوعي الذي يقدر فيه معيار السلوك المألوف للشخص العادي إذا وجد في نفس الظروف وأدى هذا الانحراف إلى الإضرار بالطرف المعدول عنه كان مسؤول عن تعويض هذا الضرر كما أن القاضي يراعي في تقديره لتعويض الشخص المضروب والمعيار المعتمد هنا هو المعيار الشخصي. (2)

(1) نبيل صقر - قمرأوي عز الدين، المرجع السابق، ص 10.

(2) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 38.

بالإضافة إلى الحق في العدول والتعويض عن الضرر فإن المشرع الجزائري عالج مصير الهدايا المقدمة من احد الخطيبين بعد العدول عن الخطبة من أحدهما في الفقرة 4-5 من المادة 5 قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها:

" لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيء مما أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته "

ما نلاحظه أن المشرع في القسم الأول من كلا الفقرتين 4-5 كان واضحاً بقوله بوجود استرداد الهدايا من الطرف العادل عن الخطبة وهو رأي عادل وعقلاني فالعدل يقضي بأن المتسبب في منع الزواج هو الذي يتحمل نتيجة عمله، لأن الخاطب إذا عدل عن خطوبته فليس من اللائق مضاعفة ألم المخطوبة، ولعل في ترك الهدايا بعض التخفيف من ألمها ومصائبها، أما إذا كان العدول من جانبها فليس من العدالة أن تحرم الخاطب ما قدمه من هدايا . (1)

وهو لم يقترف ذنباً أو يرتكب أي خطأ، إذ لا وجه لها في أخذه بعد أن ألمته بالرجوع عن الخطبة ولأن ما قدمه لها لولا الخطبة الموصلة للزواج لما قدم لها شيئاً وهو ما حكمت به المحكمة العليا في قراراتها الصادرة بهذا الخصوص، ومن ذلك قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1984/12/30 ملف رقم 39065 (غير منشور) وبتاريخ 1985/12/30 ملف رقم 39289 (غير منشور).

ولقد قرر القضاء الفرنسي انطلاقاً من المادة 1088 قانون مدني فرنسي على أن الهدايا المهمة التي دفعت لأجل التزوج تحكمها أحكام التبرعات، وهي تسترد في حالة عدم قيام الزواج غير انه طبقاً لقواعد العدالة فإنه يحرم منها من ارتكب الخطأ أو كان هو المسؤول عن العدول. (2)

إلا انه في القسم الثاني من كلا الفقرتين 4-5 كان المشرع غامضاً بنصه "...ما

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 54.

(2) بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 55.

لم يستهلك من هدايا أو قيمته " ولعل في هذا الجزء الكثير من الغموض مما يفتح المجال الواسع لإعمال القاضي لسلطته التقديرية، فعبارة ما لم يستهلك التي أوردتها المشرع توحي بأن الطرف العادل إذا استهلك الهدايا أو تصرف فيها بأي شكل من الأشكال الناقلة للملكية كالهبة والبيع فإنه لا يردها، لأنه لم يعد لها وجود وبالتالي فهي مستهلكة حسب ما جاء في النص القانوني " رد ما لم يستهلك " .

إلا إذا قصد المشرع من وراء ذلك عدم رد الهدايا التي تستهلك بطبيعتها أو لقلّة قيمتها، كل هذا يجعل القاضي يبحث عن المعنى الحقيقي الذي قصده المشرع من هذه العبارة و استخلاص القصد السليم الذي يتماشى مع العقل والمنطق.

كما أن بقاء النص على هذه الصورة قد يؤدي إلى التحايل لأن تطلب المخطوبة من الخاطب تقديم هدايا ذات قيمة معتبرة ثم تتصرف فيها بشكل من الأشكال الناقلة للملكية ثم تعدل عن الخطبة، فعندما يطالب الخاطب باسترداد الهدايا تدعي بأن هذه الهدايا قد استهلكت أي لم يعد لها وجود.

كما أنها قد تتصرف في الهدايا بحسن نية وبعقد حقيقي كالبيع وربما كانت بحاجة إلى المال فتقوم ببيع الهدية للحصول على الثمن كأن تبيع الذهب الذي قدم لها كهدية لشراء أغراض أخرى ، فاكتشاف التحايل وحسن النية لا يكون إلا بتقدير من القاضي.(1)

كما أن المشرع اغفل نقطة في غاية الأهمية ألا وهي حكم المتسبب في العدول عن الخطبة فقد يقدم الخاطب هدايا ذات قيمة معتبرة وربما حتى بطلب من المخطوبة وبعدها تلجأ إلى التحايل كأن تقوم بتصرفات لا ترضي خطيبها أو تتعمد الخصام فتدفعه إلى العدول على الخطبة، وبالتالي لا يسترد هداياه في هذه الحالة مع أن المتسبب في العدول هي المخطوبة.

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 42 .

على القاضي قبل الحكم في مسألة كهذه أن يبحث عن المتسبب في العدول وعن الأسباب التي دفعت إليه، فإذا تبين له أن طرفاً ما قد تسبب في العدول بـ أن غرر بالطرف الآخر ودفعه عن الخطبة جاز له أن يقضي على الطرف المتسبب في العدول بإرجاع الهدايا ولو أن العدول من الطرف الآخر، إذ من المتعارف عليه أن التعرير يوجب الضمان في الشريعة الإسلامية (1)

وقد أخذ المشرع في دولة الإمارات العربية بهذا الحل بوضعه المتسبب في العدول في حكم العادل حيث نصت المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على انه:

"لكل من الطرفين العدول عن الخطبة وإذا ترتب ضرر من عدول احد الطرفين عن الخطبة بغير مقتض كان للطرف الأخر المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل".

القانون الإماراتي أضاف شيئاً جديداً لم نجد له نظير في القانون الجزائري وهو استعماله لعبارة "ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل" وهو حكم وجيه يحقق الغرض المقصود في باب المسؤولية التقصيرية وتقدير التعويضات ولمنع التحايل بأن يعتمد الخصام من الطرف الآخر فيدفعه دفعاً للعدول وبالتالي يتملص من المسؤولية والتعويضات (2)

وأخيراً المشرع لم يتعرض أيضاً في المادة المذكورة سالفه الذكر مصير المهر بعد العدول عن الخطبة ولعل المشرع الجزائري قد نظر إلى عادات المجتمع الجزائري المتعارف عليها في أن المهر يدفع بعد أو أثناء العقد وليس أثناء الخطبة وبالتالي لم ينص على هذه الحالة، فقد اغفل هذه النقطة وهنا على القاضي أعمال سلطته التقديرية.

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 44 .

(2) بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص 39 .

إذن المشرع الجزائري اغفل العديد من المسائل المهمة التي تحدث عند العدول عن الخطبة وهنا على القاضي أعمال سلطته التقديرية والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك اعتماداً على نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي سمحت بالرجوع إلى أحكام الشريعة في كل ما لم يرد النص عليه، وفي هذه الحالة يعتبر كل من الخاطب والمخطوبة مدعياً ومنكراً فأيهما أقام بينة على دعواه واقنع القاضي حكم له وفقاً لتقديره ووفقاً للأدلة المقدمة.

وعلى المستوى التطبيقي فقد أصدرت المحكمة العليا العديد من القرارات ومنها :

قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/12/25 ملف رقم 56097

▪ "....إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدئين يعد خرق للقانون...."

قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/03/16، ملف رقم 219313

▪ "....إلزام المدعي عليها بردها إلى المدعي ما قدمه لها من قبل الصداق من حلي و نقود و إلزام المدعي بأن يدفع لها مبلغ 20.000 دج تعويضاً.."(1)

**المطلب الثاني: سلطة القاضي في الترخيص بالزواج والإعفاء منه .**

نظم المشرع الجزائري أهلية الزواج في نص المادة 07 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 والتي جاء نصها كما يلي:

" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة والقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج." و يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

أما فيما يتعلق بالسن القانوني للزواج (19 سنة) فهو منطقي تماشياً مع سن الرشد المدني، إلا أن الإشكال يقع في حالة الترخيص بالزواج دون السن القانونية لان

(1) نبيل صقر - قمرابي عز الدين، مرجع سابق، ص 10 - 14.

النص لم يحدد السن الأدنى الذي يمكن القاضي أن يصل إليه مع مراعاة الضوابط الأخرى المنصوص عليها في القانون وهي القدرة الجسدية والمادية، بالإضافة إلى القدرة على تحمل المسؤولية<sup>(1)</sup> وبالتالي نجد المشرع الجزائري ترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتحديد السن الأدنى لا يكون هباء وإنما بالاستعانة بالأطباء وعلماء الاجتماع بحيث يفترض أن يكون في حدوده الفتى أو الفتاة قادرين على تحمل أعباء الحياة مع مراعاة البلوغ الجسماني لهما .

وما تجدر الإشارة إليه أيضا أن المشرع لم يحدد مفهوم الضرورة والمصلحة تاركاً ذلك للقاضي لما له من سلطة تقديرية واسعة كما انه لم يفصل المعايير التي تساعد في تحديدها وبالتالي على القاضي دراسة القضايا المطروحة عليه حالة بحالة وان يكون حذراً في تقدير المصلحة والضرورة التي هي مناط الترخيص .  
والجدير بالذكر أن المصلحة والضرورة تختلف من قاضٍ إلى آخر ومن منطقة لأخرى ومن عرف إلى آخر وبهذا نكون أمام تفاوت في منح التراخيص حيث يمنح الترخيص في جهة ولا يمنح في نفس الحالة في جهة أخرى.  
إلا أن معيار المصلحة والضرورة لا يكفيان وحدهما لمنح القاضي الإذن بالزواج وإنما عليه أن يتأكد أيضا من قدرة الطرفين عليه، ولا يتم إلا باللجوء إلى أهل الخبرة لمعرفة ما إذا كان القاصر المراد الترخيص له بالزواج أهلا لذلك أم لا، وذلك بالاستعانة بآراء المختصين من الأطباء على قدرة القاصر على تحمل الأعباء الجسمانية والنفسية للزواج، وكذا تمتعه بقدر كاف من التمييز يستطيع خلاله إدراك نتائج وعواقب الأمور.<sup>(2)</sup>

المشرع بتحديد سن الزواج قد ساير اعتبارات سن الرشد القانوني والمالي، وكذا تكاليف ومطالب الحياة الزوجية، غير انه قدر الأوضاع والعادات في البلاد فأجاز

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 61.

(2) جيلالي تشوار، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، ج 41، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، جامعة الجزائر، 2000، ص 60 .

للقاضي في نفس المادة أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة وهذا من السياسة الشرعية و ضمان للمصلحة الخاصة والعامة. (1)

إلى هنا يتضح أن القاضي عند ترخيصه بالزواج وإعفائه من سن الأهلية يكون مقيد بالتحقق من صغر السن، ومن وجود مصلحة وضرورة، ومن قدرة الطرفين على الزواج وبالتالي يمكن القول أن السلطة الممنوحة للقضاة ليست أمره وإنما هي ترخيص وإذن يتم بناءً على الطلب يقوم القاضي بدراسته بعناية تامة وفحصه بدقة ومنح الترخيص أو عدم منحه يبقى خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي ، بالإضافة إلى ما سبق ذكره فليق القاضي غير ملزم بتسبب قبوله أو رفضه لطلب الإعفاء من الزواج.

### المطلب الثالث: تعدد الزوجات وسلطة القاضي في الترخيص به

اتفق الفقهاء في القديم على إباحة تعدد الزوجات لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتًى وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ آدْنَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا ﴾ سورة النساء الآية 03 .

الآية دالة على منع الزيادة فوق أربع نسوة كحد أقصى وقد جاءت السنة النبوية

الشريفة موافقة لهذا النص، فقد روي عن غيلان الثقفي اسلم وتحتة عشرة نسوة تزوجهن في الجاهلية وأسلمن معه، فقال له الرسول عليه الصلاة والسلام: "امسك أربعا وفارق سواهن".

وعندما أباح الله تعالى التعدد في الزواج، اشترط فقط العدل بين الزوجات (2) لقوله

تعالى ﴿.فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ النساء الآية 03، ومن هنا فقد أمر الله تعالى

بالاقتصار إن خيف الجور، وإيجاب العدل عند التعدد حملا للأمر على الوجوب وقد

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 62 .

(2) بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 107 .

دلت السنة النبوية كذلك على العدل بين الزوجات، لقول عليه السلام " من كان له امرأتان فمال إلى أحدهما جاء يوم القيامة وشقه مائل " (1)

ثم يعود القرآن الكريم فينفي الاستطاعة في العدل حيث يقول تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۗ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا ۝﴾ سورة النساء الآية 129.

والعدل المقصود هنا هو العدل القلبي الداخلي وليس العدل المادي كما هو في الآية الأولى، ففطرة الإنسان ميالة دائماً إلى المحاسن والجمال ونحو ذلك وهذه الأمور قد لا تتوفر في الزوجات الأربع، وبالتالي تجد الرجل يميل إلى أحدهن دون الأخريات . (2)

أما من الناحية القانونية فقد أباح المشرع الجزائري تعدد الزوجات في المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها:

"يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط النية والعدل".

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وان يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية، يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتها واثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية. (3)

باستقراء نص هذه المادة نستخلص أن القانون وبمقتضى التعديل الجديد قد سمح بالزواج بأكثر من واحدة، إلا أنه لم يطلق حكم التعدد وإنما قيده بقيود وإجراءات تضمن سلامة تطبيق هذا الحكم من خلال تحقيق مقاصده وتفادي المفسد والأضرار

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 163.

(2) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 108.

(3) بن شويخ الرشيد، نفس المرجع، ص 110.

التي يرتبها في حالة عدم مراعاة الزوج لها وهذه القيود هي :

- ✓ وجود المبرر الشرعي .
  - ✓ توافر شروط و نية العدل .
  - ✓ إعلام الزوجة السابقة والمرأة اللاحقة .
  - ✓ تقديم طلب ترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية (1) .
- من خلال هذه الشروط نستخلص أن المشرع منح للقاضي سلطات واسعة في تقدير توافر هذه الشروط، وجعله رقيباً وأميناً على عقود الزواج التي تبرم أمامه، وهذا ما سنحاول توضيحه:

### الفرع الأول: دور القاضي في تقدير المبرر الشرعي

في واقع الأمر يبدو أن هذا الشرط مناسب بل ضروري لإباحة التعدد، غير أن المشرع الجزائي لم يوضح المقصود منه، كما لم يبين أشكاله التي يباح معها للزوج أن يتزوج امرأة أخرى، فعبارة المبرر الشرعي جاءت عامة لم تحدد المقصود لأن المبررات الشرعية كثيرة وتختلف بحسب الوجهة التي ينظر إليها إلا أنه بالرجوع إلى المنشور الوزاري الذي أصدره وزير العدل بتاريخ 1984\12\23 (2) كتفسير للمادة 8 قبل تعديلها نجد أنه حصر المبرر الشرعي في مرض الزوجة مرضاً عضالاً أو حالة عقمها لا غير حيث جاء فيه: "على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من وجود المبرر الشرعي ولا يكتفي فيه بالمشافهة أو الإقرار، بل لا بد من شهادة طبيب اختصاصي يثبت ذلك، فإن لم يثبت هذا رفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية إبرام هذا العقد". ما نلاحظه أن هذا المنشور الوزاري قد جاء متجاهلاً لغير ذلك من المبررات الأخرى وهذا أدى إلى صدور منشور آخر بتاريخ 1985\06\22 (3) يبين شروط التعدد وحالاته واعتبر ما ذكر في المنشور الأول كله حالة واحدة، وأضاف

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 112.

(2) منشور وزاري رقم 84 – 108 ، الصادر بتاريخ 1984/12/23.

(3) منشور وزاري رقم 14، الصادر بتاريخ 1985/08/22.

حالة ثانية وهي حال الرضا والعلم من الزوجتين لكن دائما تحت سلطة القاضي وصلاحياته، والناظر في هذا المنشور يجد انه قد وسع من صلاحيات القاضي وزاد من اختصاصه في هذا المجال، حيث انه جعل حتى أمر العريضة الصادر منه غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، كما أضاف هذا المنشور صورة أخرى وان كانت تحمل نوع من التحايل، ألا وهي حال رفع دعوى بالطلاق أمام المحكمة وذلك بعد استخراج شهادة من كتابة الضبط وإيداعه بملف عقد الزواج .<sup>(1)</sup>

وفي جميع الأحوال فان الأمر متروك لتقدير المحكمة بناء على السلطة التقديرية للقاضي وما يقدم أمامه من ادعاءات<sup>(2)</sup>، لذا وجب على القاضي أن يكون حكيما واسع الأفق لمعرفة الدوافع التي أدت بالزوج إلى الزواج من امرأة ثانية .

#### الفرع الثاني: تقدير القاضي لتوفر الشروط ونية العدل بين الزوجات.

نية العدل المطلوبة هنا، هي في مسائل الحياة من مبيت و نفقة سواء في صحة أو مرض، وحسن معاشرة ومبيت، بمعنى أن يثبت الزوج قدرته على توفير العدل من الناحية المادية، كقدرته على النفقة وتوفير المسكن وغير ذلك من الأمور المادية<sup>(3)</sup> أما العدل في الحب والمال فليس بشرط التعدد وذلك لان العدالة في هذه الأمور شيء وهمي .<sup>(4)</sup>

ويلاحظ هنا أن القانون لم يبين الإجراءات الكفيلة لتحقيق القاضي من هذا الشرط وإذ انه لم يحدد الطريقة التي يتم بها إثبات نية العدل، هل تتم شفويا ؟ أم لابد من إفراغها في قالب مكتوب؟ من الأفضل استحداث استمارة لدى الجهات المختصة يتعهد

(1) محمد محده، مرجع سابق، ص 393 – 394.

(2) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 115.

(3) بن شويخ الرشيد، نفس المرجع، ص 11 .

(4) محمد محده، المرجع السابق، ص 396 .

فيها الزوج بإقامة العدل في حالة الزواج بأخرى و ترفق بالملف مع الوثائق الأخرى.  
بالإضافة إلى ذلك فشرط تحقيق العدل المذكور في المادة 08 أمر مستقبلي وهذا ما يصعب مهمة القاضي، إن لم يجعلها مستحيلة للتأكد من هذا الشرط.

ومع هذا فإننا نقول: القضاء ليس معرفة توافر هذا الشرط أو عدمه قبل الزواج ومن ثم كان من الأفضل للمشرع أن لا يطلب توافر نية العدل لدى الزوج قبل الزواج ومراقبة القضاء هذا الشرط بعد ذلك، وهذا حتى لا تكلف القضاء بالبحث في أمور غيبية أو نضع بين يديه مصير أشخاص دون رقيب، فيجيز لمن يشاء و يمنع عن من يشاء بحجة توافر نية العدل عن هذا و انعدامها عند الآخر. (1)

أما فيما يتعلق بإثبات الزوج قدرته على توفر الشروط الضرورية للحياة فيجب عليه أن يقدم للقاضي الإثباتات اللازمة بذلك كسند الملكية، أو عقد إيجار وكشف الراتب أو السجل التجاري وغيرها، وان يصرح بأنه ينوي العدل في الجانب المعنوي (2)، إذن فرقابة القاضي للقدرة المالية للزوج يمكن التأكد منها بسهولة من خلال الإثباتات.

نستخلص أن المشرع أعطى للقاضي المختص سلطة تقديرية واسعة في منح الترخيص للزوج الذي يرغب في التعدد وذلك بغية عدم تعسف بعض الأزواج أو تهورهم.

**الفرع الثالث : تأكد القاضي من علم كل من الزوجة السابقة و اللاحقة بالتعدد.**

إذ العلم بهذا الزواج من الطرفين أمر وجوبي، حتى لا تفاجئ الزوجة الأولى أو الثانية أو هما معاً (3)، وهذا فيه تحقيق لمبدأ الحرية و المساواة.

(1) محمد محده، المرجع السابق، ص 397 .

(2) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 112.

(3) بن شويخ الرشيد، نفس المرجع، ص 112.

ذلك أن زواجاً تعلم فيه المرأة ماهي مقبلة عليه وترضى به وتعلم السابقة بما هو قادم عليها وتقبله وتقره لا إنقاص فيه للحرية ولا انعدام فيه للمساواة بل هو عين الحرية و العدل إذا ما توافر له مبرره.

المشرع عند نصه على العلم للسابقة و اللاحقة و جعل الغش فيه سبب في أسباب المطالبة بالتطليق وفق ما نصت عليه **المادتين 8 و المادة 53/ف6** من قانون الأسرة الجزائري لم يبين كيفيته ولا الطريقة التي يعلم بها ضابط الحالة المدنية أو القضاء مختارين في كيفية تطبيق هذا الشرط إلى أن جاء منشور وزارة العدل رقم **102/84** شارحاً طريقة إعلام الزوجين قائلًا: "وان تحقق المبرر الشرعي لديه اخبر كلاً من الزوجتين السابقة و اللاحقة أن حضرتنا، برغبة الزوج في إبرام عقد زواج بثانية ويسجل في صلب العقد رضا كل منهما أو اعتراف الزوجة السابقة ليكون حجة يرجع إليه عند التنازع فإن تعذر حضور هذه الأخيرة يتعين إخطارها في اجل معقول بعقد غير قضائي بواسطة مصلحة التبليغ بالمحكمة بالتاريخ والمكان الذي سيبرم فيه عقد الزواج الثاني .

فإذا حضرت و اعترضت سجل الموثق \_\_\_\_\_ القاضي حالياً<sup>(1)</sup> \_\_\_\_\_ اعترضها، كما أن سبق و إن تغييت اثبت غيبتها و ابرم العقد.<sup>(2)</sup> وهنا لا بد أن نشير انه على القاضي التأكد من إعلام الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها وأن يسعى جاهداً لحضور كلا منهما أمامه والحقيقة أن ما جاء به التعديل الجديد يصعب تحقيقه من الناحية الواقعية وخصوصاً مسألة حصول الموافقة المسبقة على الزواج من طرف الزوجتين وهي مسألة نادرة جداً، بل إن هذه الموافقة تعد مستحيلة في كثير من الأحيان<sup>(3)</sup> وعلى هذا الحديث فالسؤال الذي لا بد من طرحه هو ماذا لو تعسفت الزوجة في استعمال حقها وأبدت رفضها بدون مبرر شرعي

(1) قبل تعديل قانون الأسرة كان الإخبار يتم بالحضور أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، وبعد التعديل الأخير أي تعديل 2005 أصبح الإخبار يتم أمام القاضي.

(2) محمد محده، المرجع السابق، ص 398 .

(3) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 113 .

إلا من أجل الإضرار بالزوج والغيرة العمياء واثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته المالية وكل الشروط الضرورية واللازمة للتعدد فهل يتمتع رئيس المحكمة أو القاضي عن منحه الترخيص أو لا؟

في هذه الحالة يجب على القاضي أن يكون دقيقاً وصائب التقدير، إذ عليه أن يوازن بين قيمة المبرر الشرعي والقدرة على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، ثم بعد ذلك له السلطة التقديرية الواسعة في منح الترخيص من عدمه. إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن هذا الموضوع ينبغي إعادة النظر فيه بما يحقق التوازن بين مصلحة جميع الأطراف، إذ لا بد من إيجاد آلية إجرائية تسمح لرئيس المحكمة أو القاضي في حالة عدم موافقة الزوجة ، وذلك إذا تعسفت في عدم منح الموافقة بالرغم من وجود المبرر القوي الذي يسمح للزوج بالزواج، وتمسك الزوج بحقه في الزواج أن يستدعي الزوجة الأولى ويناقش معها الموضوع، ومن خلاله هذه المناقشة والاستماع إليها يمكن له بعد ذلك أن يخلص نتيجة بمنح أو عدم منح الرخصة وذا بحسب الوقائع و الظروف. (1)

من الجانب التطبيقي قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1995/09/26 ملف رقم 122443: "...الطاعنة صرحت لقضاة المجلس عبر مراحل الدعوى بأن زوجها المطعون ضده تزوج ثانية دون أن يعلمها بذلك، وأنها غير راضية وتضررت وغير راغبة في مواصلة العشرة الزوجية، وطلبت إس بتادا على ذلك التطبيق طبقاً للمادة الثامنة من قانون الأسرة لكن قضاة الموضوع أجابوها بأن زواج المطعون ضده ثانية لا ضرر فيه و إن طلبها التطلاق غير مؤسس وقضوا برفضه". (2)

(1) بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق ، ص114.

(2) لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 388.

## المبحث الثاني: مجالات السلطة التقديرية للقاضي في آثار عقد الزواج.

نظراً لأن عقد الزواج يربط بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، فإنه من المنطقي بعد انعقاده صحيحاً أن يرتب جملة من الآثار الشرعية، وهذه خاصية في كل العقود المعروفة في الحياة العملية، فجميع العقود بعد أن تنشأ بشكل صحيح ترتب آثارها على المتعاقدين.

وبخصوص آثار الزواج في قانون الأسرة فإننا نجد في المواد من 36 إلى 46 ويمكن تقسيمها إلى ثلاث أقسام، نوزعها عبر ثلاث مطالب:

- ✓ المطالب الأول: حقوق وواجبات الزوجين.
- ✓ المطالب الثاني: تقدير القاضي للنفقة الزوجية.
- ✓ المطالب الثالث: مجال تدخل القاضي في إثبات النسب ونفيه.

### المطلب الأول: حقوق وواجبات الزوجين.

عقد الزواج الصحيح يرتب حقوق الزوجة على زوجها، وحقوق الزوج على زوجته، وحقوق مشتركة بينهما، وفي المقابل قيام كل من الزوجين بما عليه نحو الآخر وبهذا تستقر الحياة الزوجين بين الطرفين.

نظم المشرع الجزائري حقوق وواجبات الزوجين في مادتين المادة 36-37 من قانون الأسرة الجزائري.

"يجب على الزوجين :

1. المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة .
2. المعاشرة بالمعروف و تبادل الاحترام والمودة و الرحمة.
3. التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.
4. التشاور في تسيير شؤون الأسرة و تباعد الولادات.

5. حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم .
6. المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.
7. زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه، استضافتهم بالمعروف.
- كما نصت المادة 37 على: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. غير انه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل منهما "
- من خلال هذين النصين نستنتج بأن الأسرة مؤسسة في طور الإنشاء والمشرع الجزائري يبين لمؤسسيها الركائز الأساسية التي تقوم عليها هذه المؤسسة، وبالتالي لا دخل لسلطة القاضي في هذه المسألة .

### المطلب الثاني: تقدير القاضي للنفقة الزوجية.

لتحديد كيفية تقدير القاضي للنفقة الزوجية يتوجب علينا أولاً التعرف على المعنى اللغوي للنفقة المنبثق منه المصطلحات و التعاريف، ثم تحديد سبب و شروط استحقاقها وعلى ذلك سنقسم هذا المطلب على النحو التالي:

**الفرع الأول: تعريف النفقة.**

النفقة في اللغة بمعنى الإخراج والذهاب.

وهي في الاصطلاح الشرعي ما يصدقه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام و كسوة ومسكن<sup>(1)</sup> وكل ما يلزمه للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وضع الزوج.

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 145 .

ولقد فرض المشرع الجزائري على الزوج النفقة الشرعية حسب وسعه على الزوجة في نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه:  
"تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون".

#### الفرع الثاني: سبب استحقاق النفقة:

مقرر في الفقه الإسلامي أن من كان محبوساً بحق مقصود لغيره كانت نفقته على هذا الغير، وقد حبست الزوجة نفسها لزوجها للقيام على البيت ورعاية شؤون حياتهما كما أنها تفرغت للقيام بالمقصود من الحياة، وهذا يستوجب كفايتها من النفقة على زوجها في ماله، وقد قرر الفقهاء أن النساء محبوسات لأزواجهن صيانة للنسل عن الاشتباه بمعنى أن رابطة الزوجية تحت سلطان الزوج فيما يحفظ به عرضه ونسبه وماله وفي المقابل وجوب النفقة عليه لمن تشاركه هذا السلطان و تحافظ عليه. (1)  
إن نفقة الزوجة واجبة على زوجها ما دامت في طاعته ، ومن هنا فإن سبب استحقاق الزوجة النفقة على زوجها هو جزاء احتباسها لحقه ومنفعته، لأن عقد الزواج متى وقع صحيحاً صارت الزوجة حلالاً للزوج، لا تحل لغيره أن يستمتع بها (2) وهي تمثل الطعام والكسوة والسكنة بالإضافة إلى العلاج وما يعتبر من الضرورات في العرف و العادة.

(1) احمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية أثار التفريق بين الزوجين، ج 3، دار الكتب القانونية ، مصر ( د ط )، 2006 ، ص 1561 .  
(2) بلحاج العربي ، مرجع سابق، ص 170 .

### الفرع الثالث: شروط النفقة الزوجية.

من خلال المادة 74 نستخلص بأنه تجب نفقة الزوجة على زوجها إذا توافر في ذلك الأمور التالية:

1. أن يكون عقد الزواج بينهما صحيحاً شرعياً لأن الزوجة على زوجها تجب بالعقد أي بنكاح صحيح والقضاء على أن الحكم بالنفقة للزوجة يستدعي أولاً ثبوت الزوجية إذ أن النفقة مترتبة عليها اثر من أثارها.
2. تسليم الزوجة نفسها لزوجها تسليماً حقيقياً أو حكم يُلِّى أو الدخول بالزوجة إذا كان العقد تجب به نفقة الزوجة على زوجها، فإن احتباس الزوجة سبب لاستحقاق هذه النفقة فإذا فات الاحتباس لا تستحق النفقة على الزوج إذ لا نفقة لناشر.
3. ظهور عطل الزوج وعدم إنفاقه: فإذا أبى الزوج عن الإنفاق عن زوجته وشكت الزوجة عطله إلى القاضي، فحين إذن يفرض عليه النفقة. (1)

### الفرع الرابع: مجال تدخل القاضي في تقدير النفقة الزوجية.

إذا كان الزوج شحيحاً وبخيلاً لا يكفي الزوجة، أو انه تركها بدون نفقة بغير مبرر شرعي فلها أن تطلب من القاضي فيرض نفقة لها من غداء ومسكن وعلاج، وما يعتبر من الضروريات، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 87 من قانون الأسرة، ويجب على القاضي أن يراعي كل هذه العناصر مجتمعة ولا ينسى أن يدخلها كلها في اعتباره عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة .

(1) احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 1567 .

يراعي القاضي في تقدير النفقة عادة أمران وهما:

➤ حال الزوج وحال الزوجة معاً من الناحية المالية يسراً وعسراً وتوسط بينهما. (1)

➤ ونقد نص المشرع في المادة 79 من قانون الأسرة: "يراعي القاضي في تقدير

النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم "

وعليه فإن تقدير النفقة في القانون الجزائري يخضع للسلطة التقديرية للقاضي

المختص على حسب حال الطرفين اعتباراً من يوم الطلب.

وهذا على أساس مراعاة حال الزوج المالية وتغير الأسعار في الأسواق وظروف

المعيشة على أن يراعي في هذا ألا تقل النفقة على الحاجات الضرورية مهما كان

معسر. (2)

والقاضي عند تقديره للنفقة يراعي حالة الزوج يسراً وعسراً فان كان الزوج

موسراً فرض لها نفقة يسر وان كان معسراً فرض لها نفقة الإعسار وان كان متوسط

الحال فرضت لها نفقة متوسطة بين الأمرين. (3)

كما يجوز زيادة النفقة ونقصانها بتغير حال الزوج أو أسعار البلد، ومجال تدخل

القاضي في هذه المسألة واسع جداً فهو الذي يقدر مدى تأثير تغير حال الزوج

والأسعار على المبالغ المحكوم بها.

إلا أن المشرع اشترط على القاضي ألا يقوم بمراجعة تقديره إلا بعد سنة من الحكم

إلا في الحالات الاستثنائية التي بدورها تدخل في تقدير القاضي إذ تعد مراجعة مقدار

النفقة من المسائل الهامة خصوصاً من حيث العمل القضائي بالنظر إلى معطيات عدة.

ومن قرارات المحكمة حول حق الزوجة في النفقة القرار المؤرخ في 01/16

1989 نفقة عدم تقديرها حسب وسع الزوج طول مدة المرافعات مخالفة .

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 148.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 174 .

(3) لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 538 .

▪ (من المقرر شرعاً و قانوناً أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إلا إذا اثبت نشوز الزوجة ومن المقرر أيضاً أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم من ثم فإن القضاة بما يخالف ذلك يعد خرقاً لأحكام الشريعة.

ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن المجلس لما قضى بتحديد النفقة اعتباراً من تاريخ الدعوى القضائية دون أن يقدر ظروف الزوج ومد خوله و وسعه والمدة الزمنية التي مرت بها القضية وطول المرافعات يكون قد خالف القانون وأحكام الشريعة الإسلامية).<sup>(1)</sup>

كما نص المشرع في المادة 80 من قانون الأسرة على ما يلي:

"تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى والقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى."

يتضح من خلال نص هذه المادة أن تاريخ استحقاق النفقة يبدأ من تاريخ رفع الدعوى وتسجيلها في كتابة ضبط المحكمة إلى تاريخ صدور تاريخ الحكم ولا يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة لما قبل الدعوى كقاعدة بمعنى انه لا يمكن للزوجة أن ترفع دعوى ضد زوجها طالبة إياه نفقتها لمدة طويلة سابقة عن رفع الدعوى بسنوات المشرع منح للزوجة الحق فقط في استحقاق نفقة سنة قبل رفع الدعوى، أما ما قبل هذه السنة فليس لها الحق في المطالبة به.

وهذا ما جسده المحكمة العليا في قراراتها ومن هذه القرارات :

#### 1. القرار المؤرخ في 1989 / 12 / 25 :

▪ ( من المقرر قانوناً انه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءً على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى).<sup>(2)</sup>

(1) نبيل صقر - قمر اوي عز الدين، مرجع سابق، ص 168 .

(2) نبيل صقر ، نفس المرجع، ن ص .

نص المشرع في المادة 57 مكرر من قانون الأسرة: " يجوز للقاضي الفصل

على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما  
منها بالنفقة ....."

كما كرست المحكمة العليا ما جاء في هذه المادة في قرار لها المؤرخ  
في 2005/1/19 نفقة – دعوى في الموضوع قبل الفصل – قاض الاستعجال  
مختص.

(قاض الاستعجال مختص للحكم للزوجة والأبناء بنفقة قبل الفصل في الدعوى من حيث  
الموضوع)<sup>(1)</sup>

وتقدير حالة الاستعجال تخضع للسلطة التقديرية للقاضي فلقاض السلطة التقديرية  
الواسعة في تقدير الظروف التي تدخل في دائرة الاستعجال.

**المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في إثبات النسب ونفيه.**

الأصل في النسب هو صلة الدم، وقد عدد الشرع و القانون شروط لثبوته،  
وعلى النقيض من ذلك بين الشرع والقانون حالات نفيه، إلا هناك العديد من المسائل  
التي جاءت مبهمه و يشوبها الكثير من الغموض متروك أمرها للسلطة التقديرية  
للقاضي و في ذلك تفصيل من خلال الفروع التالية:

**الفرع الأول: تعريف النسب.**

**النسب:**

هو القرابة يقال نسبه في بني فلان وهو منهم والجمع انساب وكلمة نسب إذا  
أطلقت تشمل \_\_\_\_\_ صلب \_\_\_\_\_ أي النسب بين الإباء والأبناء خاصة سواء

(1) نبيل صقر – قماروي عز الدين ، المرجع السابق، ص 169 .

علو أو سلفوا كما تشمل العصبية بين الرجل وبنيه وكذا قرابة الرجل من ناحية أمه وعمته وجدته سواء لأبيه أو لأمه ولذلك يقال بينهما رحم أو قرابة رحم، والنسب صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم ، والغالب في استعمال كلمة النسب هو نسب الشخص لأبيه، ولهذا لما أبطل الإسلام نظام التبني أمر الله عز وجل أن ينسب الشخص لأبيه وهو النسب الحقيقي . (1)

### الفرع الثاني: حالات ثبوت النسب.

أقر الفقهاء بان النسب يثبت بالزواج والإقرار والبينة وتطبيقاً لهذا نص قانون الأسرة في المادة 40 على انه: يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج ثم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب." وفي المادة 41 "وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

وكذلك في المادة 42 "اقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر " ومن هنا طرق إثبات النسب في القانون الجزائري :

أولاً: الزواج الصحيح (الفراش).

#### ▪ النسب أثناء الزواج:

أ. الزوجية قائمة بين الرجل وامرأته حين ابتداء الحمل على أساس عقد الزواج الصحيح" والزواج الصحيح هو الذي استوفى جميع شروط الانعقاد والصحة طبقاً للمواد من 7 إلى 31 من قانون الأسرة.

(1) احمد نصر الجندي، النسب في الإسلام و الأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص 07 .

ب. أن يثبت التلاقي بين الزوجين من حين العقد أي تحقق الدخول والاتصال الجنسي. (المادة 41).

ج. ولادة الولد بين اقل وأقصى مدة حمل طبقاً للمادة 42.

د. ألا ينفه الأب بالطرق المشروعة، الطريق المشروع لنفي الولد عنه هو اللعان. ومن شروط ثبوت النسب بالفراش الفقهاء وضعوا شروطاً يتعين توافرها لإعمال القاعدة العامة وهذه الشروط هي أن يكون الزوج مما يتصور الحمل منه عادة بقدرته على الوطء والإنزال، وهذا الشرط يقتضي أن يكون الزوج بالغاً. (1)

إذن فإذا تزوج الرجل زواجاً صحيحاً في نظر الشرع الإسلامي والقانون وكان الدخول ممكناً وانت زوجته بولده في مدته لحق نسبه بزوجها تلقائياً من غير حاجة إلى اعترافه<sup>(2)</sup>، وإذا اثبت أن الدخول أو الاتصال الجنسي غير ممكن أو أنهما لم يلتقيا قط فإن النسب لا يثبت. (3)

ولذلك نجد رسول الله صلى الله عليه وسلم يضع القاعدة العامة بهذا الخصوص إذ قال: "الولد للفراش و العاهر للحجر".

بمعنى أن المرأة التي تحل للرجل أن يفتريها شرعاً يبيح نسب ودها منه حار لهذا الحل الذي أوجده عقد الزواج وصارت فراشاً وتعينت له دون غيره من الرجال (4) وهكذا فإن القاعدة العامة أيضاً : لكي يثبت بهذا الفراش النسب أن يأتي الولد في الفترة الواقعة بين اقل مدة من الحمل وهي ستة أشهر وأقصاها وهي عشرة أشهر وحساب هذه المدة يعتبر من يوم تحقق الوطء، فإذا أنت بالولد لأقل مدة الحمل فصاعداً فإن النسب يثبت أما إذا أنت به قبل مضي اقل مدة الحمل فمن المقطوع انه ليس من الزوج ولا يثبت نسبه منه (5)، بالإضافة إلى كل ما سبق يجب ألا ينف الزوج الحمل

(1) احمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، المرجع السابق، ص 32 .

(2) احمد نصر الجندي، نفس المرجع، ص 22.

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 190 .

(4) بلحاج العربي، نفس المرجع ، ص 192 .

(5) لحسين الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 97 .

بالطرق المشروعة وهو ما ذهب إليه القانون الجزائري في **المادة 41** قانون أسرة على انه ينسب الولد لأبيه ما لم ينفه بالطرق المشروعة، والطريق المشروع لنفي الولد يكون باللعان.

وعليه فانه لا ينتف الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه إلا بحكم من القاض ي ويعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا وقانونا. (1)

ومن قرارات المحكمة العليا : القرار المؤرخ في 1985\02\25

▪ (من المقرر قانونا أن قل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومن ثم فان القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون.

ولما كان من الثابت \_\_\_\_\_ في قضية الحال \_\_\_\_\_ إن مدة حمل المطعون ضدها اقل من الحد الأدنى المقرر قانونا .

فان قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون ) (2)

#### النسب بعد الطلاق أو الوفاة:

نصت **المادة 43** من قانون الأسرة على ما يلي: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع

الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة."

إن القانون قد نص على المبدأ الأساسي في اعتماده الحد الأقصى للحمل فبمجرد الطلاق أو الوفاة تحسب مدة عشرة أشهر لاحتمال الحمل قبل الطلاق أو الوفاة، إلا أن المشرع لم يحتط لبعض المسائل التي تفرض نفسها مما قد يؤدي إلى عدم ثبوت النسب إذ لم يميز بين المطلقة بائنا والمطلقة رجعيا مع أن الفقهاء قد فرقوا بينهما وان بعضهم يجيز للمطلق زوجته رجعيا أن يجامعها خلال فترة العدة و يعتبر هذا مراجعة فعلا، فقد تحمل منه خلال ذلك وتمضي عشرة أشهر على وقوع الطلاق ولم تمض بعد عشرة أشهر من المراجعة الفعلية لزوجته، وعليه لا بد التمييز في هذا الموضوع بين المطلقة رجعيا والمطلقة بائنا. (3)

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 194.

(2) نبيل صقر - قمرأوي عز الدين، المرجع السابق، ص 47 .

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 195 .

بالإضافة إلى انه إذا تبين للزوج على سبيل المثال بان الزوجة غادرت بيت الزوجية ولم تعد إليه مدة من الزمن بان اعتبرت ناشزا قانونا، وبناءا عليه حكم القاضي بالطلاق فان النص القانوني يسمح بثبوت النسب بعد عشرة أشهر من تاريخ الطلاق، بل قد يكون الزوج قد طلقها قبل الحكم. فاعتماد عشرة أشهر لا يستقيم. كذلك قد يثبت بان الزوج كان مسافرا مثلا مدة ستة أشهر و توفي في الخارج، ثم وضعت الزوجة حملها في الشهر الثامن بعد الوفاة. فنص **المادة 43** يقضي بثبوت النسب لان الوضع جاء في ميعاده القانوني بعد الوفاة، في حين أن الواقع يكذب ذلك. فسته أشهر مضافا إليها ثمانية أشهر يصبح العدد 14 شهرا و هو أمر غير مقبول. زيادة على أن الزوج قد يطلق زوجته قبل الدخول بها، بالتالي فان الحمل لا ينسب إليه لعدم الدخول. في حين أن النص القانوني لم يشر إلى هذه الحالة ، وبالتالي فالمشرع بإغفاله لمثل هذه المسائل، فانه فتح للقاضي المجال لإعمال سلطته التقديرية، للتوصل إلى الحل المناسب في مثل هذه الحالات. (1)

### ثانيا: الزواج الفاسد

تنص **المادة 40** من قانون الأسرة : "يثبت النسب ...بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و33و34 من هذا القانون ."  
المقصود بالزواج الفاسد: المالكية يرون أن الزواج الفاسد أو الباطل هو الذي حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروطه كزواج المحارم من النسب أو الرضاع أو المصاهرة. (2)

(1) بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق، ص 233 – 234 .

(2) احمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، المرجع السابق، ص 71 .

وهذا ما ذهب إليه المشرع من خلال المادة 34 من قانون الأسرة بان " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الإستبراء"

بالتالي فالزواج الفاسد تثبت له بعد الدخول بعض الآثار القانونية منها: ثبوت النسب مع وجوب التفريق بين الزوجين، وذلك لمصلحة الولد خشية من ضياع نسبه وذلك إذا توافرت شروط إثبات النسب الموجودة في الزواج الصحيح من دخول حقيقي بالمرأة وأن يمضي على الزواج الفاسد اقل مدة الحمل وهي ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي أما أقصى فترة الحمل بالنسبة للزواج الفاسد فإنها تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين فان جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه من أبويه . (1)

إلا انه ما تجدر الإشارة إليه أن في ثبوت نسب هذا المولود يفرق المالكية بين حالتين:  
 ✓ الحالة الأولى: حالة العقد المختلف في فساده: هذا العقد مع الدخول فيه يثبت به نسب المولود إذا توفرت شروط إثبات النسب.

✓ الحالة الثانية: حالة العقد المتفق على فساده: (وهو ما يهمننا) وفيها صورتان  
 1. أن يكون الرجل غير عالم بالحرمة في هذا الزواج الفاسد في هذه الحالة يثبت نسب الولد الذي تأتي به الزوجة.

2. أن يكون الرجل عالما بالحرمة في هذا الزواج الفاسد، في هذه الحالة اعتبر دخوله بالمرأة زنا، ووجب الحد، ولا يثبت النسب. (2)

المشرع من خلال المواد السابقة الذكر لم يذكر شرط علم الزوجة بالحرمة ، فإذا

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 195 .

(2) احمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، المرجع السابق، ص 75 .

ما عرض نزاع على القاضي لإثبات نسب بنكاح فاسد، مع العلم بهذا الفساد قبل الزواج يتعين على القاضي ممارسة سلطته التقديرية للحكم في هذا النزاع، وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة طبقاً للمادة 222، وذلك لإغفال المشرع لهذه المسألة.

### ثالثاً : الدخول بشبهة

تنص المادة 40 من قانون الأسرة : "يثبت النسب ... بنكاح الشبهة...)

المقصود بوطء الشبهة هو الوطء غلط فيمن تحل له في المستقبل، وقيل هو كل وطء حرام لا حد فيه، وهو أنواع ثلاث: شبهة في الحل أو الحكم هي التي تنشأ عن جهل الزوج حكماً من أحكام الزواج ونشأ عنه الدخول، شبهة فعل الواطئ هنا ظن حل الوطء كما لو دخل شخص على امرأة ظناً أنها زوجته وهي ليست كذلك، شبهة العقد بمعنى أن يكون هناك عقد زواج صورة لا حقيقة . (1)

وبالتالي يثبت نسب المولود من الوطء بشبهة، إذا جاءت به ما بين أقل وأقصى مدة للحمل لتأكد مولده حينئذ من ذلك الوطء (المادة 40).

وعن حقيقة التشريع الإسلامي الذي ينص بأن الشبهة لا تمحو وصف الجريمة ولا تسقط الحد، إلا إذا ثبت الخطأ أو الغلط أو الجهل الذي وقع فيه الشخص بحسن نية والأمر موكل إلى تقدير القاضي . (2)

### رابعاً: الإقرار.

الإقرار بالنسب إخبار عن صلة ثابتة ومستقرة في الواقع، ولا يمكن أن يكون إنشاءً باعتبار أن الإقرار إخبار بأمر وليس إنشاءً لحق، فإذا أقر شخص ولو كان في مرض الموت بنسب ولد، ثبت منه إن كان الولد مجهول النسب ويولد مثله لمثله

(1) احمد نصر الجندي، النسب في الإسلام و الأرحام البديلة ، المرجع السابق ، ص 88 – 89 .

(2) بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 197 .

وصادقه المقر له إن كان مميزاً وهذا الإقرار لا يصح الرجوع عنه، ولا يبطل نسب الولد الثابت بهذا الإقرار بالرجوع عنه بعد ذلك . (1)

وهناك نوعان من الإقرار وهما:

✓ الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة.

✓ الإقرار في غير الأبوة والبنوة والأمومة.

■ بالنسبة إلى القرار المتعلق بنفس المقر: كأن يقول هذا ابني أو هذا أبي أو هذه أمي، المشرع يشترط لصحة اعتباره شرطين هامين هما:

✓ أن ينصب الإقرار على شخص بجهول النسب.

✓ أن يكون من النوع الذي يصدقه العقل أو تصدقه العادة.

وهو ما جاء في **المادة 44** من قانون الأسرة، فمن قال هذا الطفل ابني، وكان

سن الطفل 10 سنوات وسن المقر 20 لم يعتبر هذا الإقرار لأنه لا يعقل أن يولد

لإنسان ولد وهو ابن 10 سنوات، وإذا كان المقرر ببنوة الطفل زوجة أو معتدة فيشترط

مع ذلك أن يوافق زوجها على الاعتراف ببنوته له أيضاً، أو أن يثبت ولادتها من ذلك الزوج، لأن فيه يحتمل النسب على الغير فلا يقبل إلا بتصديقه أو بيئته.

■ أما بالنسبة إلى الإقرار المتعلق بغير المقر أو المحمول على الغير فالشروط

السابقة معتبرة هنا أيضاً ويضيف إليها القانون الجزائي شرطاً آخر وهو أن يوافق

المحمول له عليه بالنسبة على هذا الإقرار ففي قوله هذا أخي يشترط لثبوت نسبه مع

الشروط السابقة أن يصدقه أبوه في ذلك .

■ وهذا ما نصت عليه **المادة 45** حيث جاء فيها " الإقرار بالنسب في غير

البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه " (2)

(1) احمد نصر الجندي، النسب في الإسلام و الأرحام البديلة ، المرجع السابق، ص 106 .

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 198 .

▪ وبالتالي نستنتج أن الإقرار المتعلق لنفس المقر بتوفر الشرط فالنسب يثبت مباشرة أما بالنسبة للإقرار المتعلق بغير نفس المقر فلا يثبت النسب مباشرة إذ يجب أن يقيم المقر بيّنة على قراره . (1)

الإقرار لا يكون إلا أمام القاضي، وهو ما جسده المحكمة العليا في قرار لها

المؤرخ في 1989\10\30

▪ (من المقرر قانوناً أن الإقرار هو الاعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التعليل و انعدام الأساس القانوني غير مؤسس. ولما كان ثابتاً – في قضية الحال – أن إقرار الزوجة بنفي الحمل لم يقع أمام القاضي ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإلحاق نسب الولد لأبيه طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً). (2)

**خامساً: البينة.**

نص المشرع الجزائري في المادة 40 بأنه: " يثبت النسب.... بالبينة.....".

(3) المراد بالبينة هي الدلائل أو الحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجوداً حقيقياً ويراد بها أيضاً إخبار صادق لإثبات حق في مجلس القضاء. (4)

إذا استطاعت المرأة أو الرجل إقامة البينة في دعوى ثبوت النسب والبينة ثبت شرعاً وقانوناً، لأن البينة أقوى من الإقرار في موضوع النسب، والبينة عادة ما تكون مطلوبة في حالة الإنكار من الزوج أو من الآخرين، فلو ادعت المرأة أمومة طفل من

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 199 .

(2) نبيل صقر – قمرأوي عز الدين، المرجع السابق، ص 54 .

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 199 .

(4) احمد نصر الجندي، النسب في الإسلام و الأرحام البديلة، المرجع السابق، ص 134.

زوجها وأنكر ذلك كان عليها أن تأتي بالبينة. (1)

قبل تعديل 2005 كان الإثبات بالبينة الكاملة يقتصر على شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول (2) وبعد التعديل فقد نص قانون الأسرة في الفقرة الثانية من المادة 40 المعدلة على انه يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ويبقى هذا النوع من الإثبات متعلق بسلطة القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب لأن المشرع لم يحدد هذه الطرق هذا من جهة، ومن جهة أخرى للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في الأخذ بتقرير الخبير لأن المشرع جعلها جوازية لم يضيف عليها صفة الوجوب إذ للقاضي أن يأخذ بهذه الطرق كلياً أو جزئياً أو لا يحكم بدونها. وذهبت المحكمة العليا في العديد من قراراتها إلى إثبات النسب باعتمادها على كل

هذه الحالات؛ ومن قرارها المؤرخ في 1997\10\28

▪ (من المقرر شرعاً انه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة ...). (3)

### الفرع الثالث: حالات نفي النسب.

الأصل انه متى تم الزواج صحيحاً وأمكن الاتصال بين الزوجين ومضت المدة الكافية التي طلبها المشرع والقانون وهي بحسب القانون الجزائري 6 و10 أشهر ثبت نسب المولود من الأبوين معاً، ولا يجوز للزوج نفي المولود إلا بالطرق المشروعة كما عبر عنها المشرع في المادة 41 إلا أن النص لم يحدد المقصود بالطرق المشروعة وهي كل الطرق المؤدية شرعاً وقانوناً لنفي النسب وهذا يفتح المجال الواسع أمام القاض لإعمال سلطته التقديرية، في تقدير الطريقة المشروعة دون سواها لنفي النسب

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 236.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 199 .

(3) نبيل صقر - قماروي عز الدين، المرجع السابق، ص 49 .

إلا انه يمكن إجمالها في ما يلي: (1)

**1. نفي النسب عن طريق إنكار الولادة :** يجوز للزوج أن ينكر ولادة زوجته إذا كان لا يعلم أو لم يعلم في غيابه عنها بأنها حامل قبل ولادتها، أو يقيم الدليل على عدم ولادتها، وإذا عجز الزوج عن إقامة الدليل فالقول قول الزوجة.

**2. نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب :** إذا تبين للزوج عدم إمكان الإنجاب بأن ثبت عقمه، أو كان مصاباً بمرض جنسي لا يستطيع الإنجاب بسببه، أو صار شيخاً كبيراً لا يقوى على الإنجاب، جاز له نفي النسب .

**3. نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين :** إذا اثبت الزوج بأنه لم يلتق ولم يدخل بزوجته منذ إنشاء العقد، فلا يثبت نسب المولود منه، وكذلك يسري الحكم في حالة الطلاق قبل الدخول. (2)

**4. نفي النسب لعدم مرور أو تجاوز مدة الحمل :** إذا وضعت الزوجة الحمل قبل ستة أشهر من تاريخ الزواج الشرعي والدخول أي الاتصال الجنسي، فلا يثبت نسب المولود منه، وكذلك الأمر لا يثبت النسب إذا وضع الحمل لمدة تزيد عن عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة. (3)

وهذا ما جسده المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1985\02\25 :

▪ (من المقرر قانوناً أن اقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقاً للقانون.

ولما كان من الثابت — في قضية الحال — أن مدة حمل المطعون ضدها اقل من الحد الأدنى المقرر قانوناً. فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسبه لأبيه خرقوا القانون. (4)

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 237.

(2) بن شويخ الرشيد، نفس المرجع، ص 239 .

(3) بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص 240.

(4) نبيل صقر — قمرأوي عز الدين، المرجع السابق، ص 47 .

ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع لم يبين المقصود بالانفصال، هل هو الانفصال الجسماني أي تباعد الزوجين عن بعضهما البعض بسبب الشقاق أو الخصام، فكثيرا ما تذهب المرأة إلى بيت أهلها مدة طويلة ولا تعود إلى الزوج، وقد يكون عدم الرجوع هو الذي أدى إلى الطلاق، فهنا نعتقد ب أن حساب المدة يكون من تاريخ الخروج من بيت الزوجية، وقد يكون الانفصال هو تلفظ الزوج بالطلاق بالإرادة المنفردة، هل حساب المدة يكون هنا من تلفظ الزوج بالطلاق أم من يوم استصدار الحكم بالطلاق، قد تكون المدة الفاصلة بين التلفظ بالطلاق وتاريخ الحكم به طويلة.

القاضي هنا من المفروض عندما تعرض عليه دعوى الطلاق من الزوج يسأله

هل تلفظ بالطلاق أم لا لكي يبني عليه حكمه. (1)

**5. نفي النسب عن طريق اللعان: اللعان هو** أن يتهم الزوج زوجته حين قيام الزوجية بأن الولد ليس منه فيتلى العنان أمام القاضي كما يلي: يقسم بالله أربع مرات انه لصادق في اتهامه للزوجة من أن الولد ليس منه، ويقول في الخامسة غضب الله عليه إن كان من الكاذبين، فان تم اللعان بهذا الشكل يحكم القاضي بالتفريق بينهما فوراً ويثبت نسب الولد من أمه فحسب. (2)

وهذا ما جسده المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1997\10\28

■ (تأييد الحكم القاضي بفسخ عقد الزواج مع التحريم المؤبد وإلحاق نسب الولد بأمه — طعن بالنقض لان اقل مدة للحمل هي ستة أشهر والمولود ولد له أكثر من ثمانية أشهر، وان اللعان لا يتم بالمحكمة وإنما بالمسجد — طبقا للمادة 42 من قانون الأسرة فان اقل مدة الحمل هي ستة أشهر، أما المادة 41 فتتص على أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا ولم ينفه بالطرق المشروعة لم ينفه باللعان بالحمل الذي يراد نفيه) (3)

(1) بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 240 — 241 .

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 194 .

(3) نبيل صقر — قمر اوي عز الدين، المرجع السابق، ص 55 .

6. نفي النسب بالطرق العلمية: لا يجوز تضييع حقوق الطفل بمجرد ادعاء قد

يكون كاذباً، وفي هذه الحالة يصبح اللجوء إلى الطرق العلمية أمر لا بد منه لحسم موضوع النزاع، غير انه لا ينتفي الولد عن الرجل أوع ن الزوجة منه إلا بحكم القاضي ويعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقررة، شرعاً وقانوناً في نفي النسب وبالتالي للقاضي السلطة التقديرية في اعتماد الوسيلة المثبتة لنفي النسب

وهذا ما ذهبت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2006/03/05:

- (المبدأ: يمكن طبقاً للمادة 40 من قانون الأسرة، إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون) ، وبين إلحاق النسب، في حالة العلاقة غير الشرعية). (1)

(1) نبيل صقر- قمرأوي عز الدين، المرجع السابق ، ص 45 .

# الفصل الثاني

مجالات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة  
عند انحلال الزواج والآثار المترتبة عنه

إن الحياة الزوجية ذات قدسية عظيمة كون القرآن وصفها بالميثاق الغليظ و أن هدمها له من الآثار الوخيمة ما يهدد المجتمع برمته، فوق كل ذلك فهو يهز عرش الرحمن كما أخبر بذلك الرسول صلى الله عليه وسلم حيث قال : " تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتز له عرش الرحمان".

من أجل ذلك وحفاظاً على حقوق الأزواج والأولاد، رتب الإسلام آثاراً للطلاق تتجم من حدوثه بالشكل الذي يحفظ الحقوق وينشئ الالتزامات.

تتجسد هذه الآثار أساساً في إلزام المطلق بدفعه لمطلقاته تعويضات جراء الطلاق فيوجد ما يسمى بالتعويض الذي يكون نتاج استعمال الزوج لحقه في الطلاق دون أن يكون مبرراً أن يدفع لها مقابل اعتدادها وهو ما يسمى نفقة العدة .

كما أن للأولاد حقوق تتمثل في الحضانة التي تشمل الرعاية والتربية والنفقة والسكن وجميع ما تشتمل عليه من ضروريات الحياة.

بالإضافة إلى مسألة النزاع حول أثاث بيت الزوجية إن ثار بين المطلقين.

وهذا يتطلب منا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين كل مبحث نخصه لدراسة موضوع من هذه المواضيع وذلك على النحو التالي:

**المبحث الأول: مجالات السلطة التقديرية للقاضي عند انحلال الزواج**

**المبحث الثاني: مجالات السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة**

**عن انحلال الزواج**

## المبحث الأول: مجالات السلطة التقديرية للقاضي عند انحلال الزواج.

هناك سببين هامين لانحلال الرابطة الزوجية: الأول ليس لأي من الزوجين الدخل فيه وهو الوفاة، إذ بالوفاة تنحل الرابطة الزوجية، وأما الثاني فلا إرادة الطرفين دخل في إنهاء الرابطة الزوجية، ولا يهم إن الإنهاء بإرادة الزوج وحده، أو باتفاق الطرفين، أو بطلب من الزوجة<sup>(1)</sup> وقد نصت المادة 47 من قانون الأسرة على أنه: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة."

إلا أن ما يهمنا هو الطلاق بإرادة الزوج المنفردة والطلاق بطلب من الزوجة وسنتناول ذلك في ثلاثة مطالب المطلب الأول نتعرف فيه على سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق، أما المطلب الثاني فنتناول فيه تقدير القاضي للطلاق التحسفي والنشوز أما المطلب الثالث فنخصصه لمعرفة دور القاضي في الصلح والتحكيم في مراحل انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بنوعيه .

### المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق

الطلاق ملك للزوج دون الزوجة، غير أنه يمكن للزوجة إذا لم تجد سعادتها في الحياة الزوجية أن ترفع الأمر للقاضي ليفرق بينهما، وهو ما يسمى بالتطليق ويتم بحكم قضائي بناء على طلب الزوجة، واستنادا على أم — نص عليه القانون على سبيل الحصر.<sup>(2)</sup>

لقد نص المشرع الجزائري على الطلاق بطلب من الزوجة أو التطليق بناء على إرادتها المنفردة، وانطلاقا من القانون في **المادتين 48 و 53** من قانون الأسرة واشترط القانون في التطليق أن يتم بطلب من الزوجة وأمام القضاء في المحكمة استنادا إلى القانون، وقد أوردت **المادة 53** أسباب طلب الزوجة التطليق، وسنحاول تبيان دور القاضي في التأكد من توافر هذه الأسباب و موضحين مجال سلطته التقديرية في ذلك :

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ، ص 171 .

(2) العربي بلحاج، المرجع السابق ، ص 273 .

**أولاً: التطبيق لعدم الإنفاق :**

إن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها، فنفقة الزوجة واجبة على زوجها لقاء احتباسه لها عن الزواج بغيره، وذلك حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها. فإذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها، أو أعسر بالنفقة فهل لها أن تطلب التفريق القضائي بينها وبينه لذلك ؟

تنص المادة 53 فقرة 1 من قانون الأسرة على أنه يجوز للزوجة أن تطلب الحكم لها بتطليقها من زوجها استناداً إلى إرادتها المنفردة في حالة عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78- 79 - 80 من قانون الأسرة (وهي المواد المتعلقة بمشمولات النفقة، وتقديرها، وتاريخ استحقاقها).

إنطلاقاً من نص المادة فإن شروط التطبيق لعدم الإنفاق هي: امتناع الزوج عن النفقة الزوجية عمداً وقصداً، وأن تكون الزوجة قد رفعت دعواها من قبل للمطالبة بالنفقة وصدور حكم من المحكمة يلزمه بذلك ولكنه امتنع عن تنفيذ هذا الحكم وأصر على عدم الإنفاق، وأن لا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره، وألا تكون عالمة بإعساره وفقده وقت الزواج. (1)

إن السلطة التقديرية للقاضي في هذا السبب تتجلى في إعسار الزوج من عدمه بالإضافة إلى علم الزوجة به وقت الزواج أو عدم علمه. بالإضافة أنه إذا أثبت عسر الزوج وعدم إنفاقه هل يكون ملزم بالحكم بالتطليق أم يمنح له مهلة لتدبر أموره ؟ إن نفقة الزوجة لا تقدر بقدر معين، وإنما تكون بحسب كفايتها، فإذا كان الزوج معسر ينفق عليها في القدر الذي يفي بحاجاتها الضرورية، وإن كان متوسطاً ينفق

(1) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 276 .

عليها أوسع من ذلك بالمعروف، وإن كان غنيا ينفق عليها أوسع من ذلك بالمعروف لأن دفع الضرر عن الزوجين واجب، وذلك في إيجاب الوسط من الكفاية. (1)

وعليه فإن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة، والتي يحق لها طلب التطليق بسببه هو مثل زوجها على مثلها، لأنه لا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه عنها. (2)

وبالتالي إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته دون سبب وادعت الزوجة بأن زوجها موسر، وشكت ضرر ذلك وثبتت الزوجية، يرى المالكية بأن على القاضي استجواب الزوج على حاله، فإن أقر بأنه موسر أو سكت فلم يجب القاضي، فإن القاضي يأمره بالنفقة والكسوة، فإن أنفق و كسا فلا كلام لها، وإن أبى من ذلك ومن الطلاق، فإن لم يكن له مال ظاهر فإنه يحكم عليه بالطلاق، وفي قول آخر يحبس حتى ينفق عليها وإن حبس ولم ينفق طلقها القاضي منه، وإن أنكر ما ادعته الزوجة من كونه موسرا وادعى بالإعسار فإن أثبته بالبينة واليمين فإن القاضي يمهله مهلة معقولة ثم يطلق عليه، وقيل بأنه يطلق عليه حالا حتى لا تضار الزوجة من الانتظار.

أما إذا تقدمت الزوجة إلى القاضي مدعية إعسار زوجها و أنه عاجز عن الإنفاق عليها ووافقها زوجها على ذلك أمره القاضي بالتطليق، فإن لم يطلق طلق عليه في الحال أو بعد منحه أجلا للإنفاق على الخلاف في ذلك وإن ادعى يساره أمره القاضي بالإنفاق وحدد له أجلا، فإن أنفق فيه وإلا أمره بالطلاق، فإن امتنع طلق عليه في الحال، وهذا لما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية. (3)

(1) احمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية أثار التفريق بين الزوجين، المرجع السابق، ص 1659.

(2) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 77.

(3) لحسين الشريخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 370 .

ونقد ذهبت المحكمة العليا في قراراتها إلى منح الزوجة التطلاق بسبب عدم الإنفاق و من هذه القرارات :

### 1. القرار الصادر بتاريخ 1984\11\19 رقم 34719:

▪ (...إن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبرراً لطلبها التطلاق عن زوجها وذلك وفقاً لما نص عليه الفقيه ابن عمام بقوله : "الزواج أن عجز عن لاتفاق لأجل شهرين دون استحقاق بعدهما الطلاق لا من فعله وعاجز عن كسبه كمثلته فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد فقيه مستمدة من الشريعة الإسلامية ) (1)

### ثانيا : التطلاق للعيوب

أقر المشرع للزوجة الحق في طلب التطلاق إذا تبين وجود عيب في أحد الزوجين من شأنه أن يؤثر على الحياة الزوجية ولقد نص المشرع على هذا في الفقرة الثانية من المادة 53 والتي جاء فيها : " العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج" المشرع لم يحدد هذه العيوب على سبيل الحصر وإنما توسع فيها مشترط فقط تأثيرها على الحياة الزوجين تأثيرا بالغا، وتقدير القاضي في النهاية. كما أن القانون الجزائري لم ينص على علم أحد الزوجين بهذه العيوب قبل الزواج أو رضاه به بعد الزواج، لأن الكثير من الفقهاء لا يعطون الحق في طلب الطلاق في هذه الحالة هو ما أخذت به التشريعات العربية .(2)

هذا ويجب أن نشير هنا، إلى أن القاضي لا يملك حق التفريق بين الزوجين بما له من ولاية في رفع الظلم، في حالة العلل أو العيوب أو الأمراض إلا بعد إثبات العيب أو

(1) نبيل صقر - قمرابي عز الدين، المرجع السابق ، ص79 .

(2) بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص 194 .

المرض من طرف الزوجة، ويمكن للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة من الأطباء المختصين في معرفة العيب، كما أنه يشترط في العيب أن يكون من العيوب المانعة من تحقيق الهدف من الزواج و أن يكون مستحكماً لا يمكن الشفاء منه أو يمكن ولكن بعد زمن طويل ولا يمكن المقام إلا بضرر عام يشمل ضررها وضرر نسله - أ فلو تزوجته وهي تعلم بحاله ليس لها الحق في طلب التفريق لأن زواجهما منه حينئذ يعتبر رضا منها بالعيب وإسقاط لحقها وإذا لم تكن تعلم بالعيب ثم بعد ذلك رضت بالبقاء معه لم يكن لها الحق في طلب التطلق<sup>(1)</sup>، إذا أصيب الزوج وقت العقد أو بعده بأمراض ضارة أو منفردة بحيث لا يقوم مقامها إلا بضرر أو فتنة وطلبت الزوجة التطلق فإنه يجب على القاضي أن يؤجل الحكم بالطلاق إلى مدة معلومة لا تتجاوز السنة وفي حالة عدم شفائه طلقها عليه والحكمة من الإمهال هنا هي المحافظة على الرابطة الزوجية ، فإذا لم تزل العلة بعد تلك المدة المناسبة فرق القاضي بينهما في الحال.<sup>(2)</sup>

وقد قررت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 14/05/1984 بأنه:

- (من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة للعلاج، وان الاجتهاد القضائي استقر أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها وبعدها فإن لم يتحسن حال مرضه حكم للزوجة بالتطلق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية).<sup>(3)</sup>

وفي قرار آخر لها:

- ( يؤسس طلب التطلق بشهادة طبية تثبت بكارتها أو قرار من الزوج على عجزه عن معاشرتها جنسياً).<sup>(4)</sup>

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 280 .

(2) بلحاج العربي، المرجع نفسه ، ص 287 .

(3) ملف رقم 33275 قرار بتاريخ 24 /05/1984، المجلة القضائية، العدد 2 ، لسنة 1990، ص 75 .

(4) نبيل صقر - قمرأوي عز الدين ، المرجع السابق، ص 85 .

ثالثاً: التطلاق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر .

نص المشرع على هذا السبب في الفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة

بقوله: "...الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر."

في البداية ينبغي التفريق بين نوعين من الهجر المنصوص عليها في القرآن

الكريم:

الأول: جاء بغرض التأديب لقوله تعالى : ﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ، فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً ﴾ سورة البقرة الآية 224 .

الثاني: جاء بغرض الإيلاء وهو الهجر المصحوب بالقسم، بمعنى أن يقسم الرجل على هجر زوجته في الفراش مدة من الزمن قد تطول أو تقصر والمشار إليه في قوله تعالى : ﴿.....لَّذِينَ لَا يُؤُولُونَ مِنْ نَسَائِهِنَّ تَرْبُصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ فَأَءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَأَنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ سورة النساء الآية 34 .

ونعتقد أن الفقرة الثالثة من المادة 53 تقصد الإيلاء، أي الهجر المصحوب بالقسم والذي إذا طالته مدته قد يؤدي إلى الإضرار بالزوجة ولذلك حدد النص القرآني وكذا النص القانوني مدة أربعة أشهر تنتظرها الزوجة قبل اللجوء لطلب الطلاق، فالإيلاء القصد منه هو الإضرار ولهذا حدد الشارع الحكيم له مدة معقولة وما جاوز ذلك يعتبر ضرراً بالزوجة فإذا تمادى الزوج في هجره جاز لها أن تطلب التطلاق. (1)

القاضي هو الذي يحدد ما إذا كان الهجر شرعياً أم لا، وهل تعسف الزوج في استعماله لحقه أم لا وفقاً لما له من سلطة تقديرية مطلقة في هذا المجال.

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

وتعتبر مسألة إثبات الهجر في المضجع والخوض فيها أمر من الصعوبة، نظراً لدقة وحساسية هذه الحالة وكذلك صعوبة معرفة نية الزوج عند هجر زوجته أو هجر بقصد التأديب أم بقصد الإضرار، وكذلك كيفية إثبات مدة أربعة أشهر متتالية غير متقطعة فإذا عجزت الزوجة عن إثبات كل من العناصر فكيف للقاضي أن يحكم بتطليق الزوجة في غياب الدليل، وعليه فسلطة القاضي هنا سلطة مطلقة، أما إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني، كوجود الزوج في المستشفى، أو في الخدمة العسكرية، أو في مكان آخر من أجل القيام بوظيفته، أم كان الهجر تعبيراً عن غضب الزوج من سلوك زوجته الطائش، وكذا إذا كان الهجر لا يتجاوز 4 أشهر ولو بيوم واحد، أو كان لعدة مرات وفي أوقات مختلفة ومتفرقة فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بتطليقها في مثل هذه الحالات لان الهجر شرعي ولأسباب معقولة. (1)

وقد جاء في قرار المحكمة العليا المتعلق بالتطليق للهجر المؤرخ في 04/23

1996 ما يلي:

▪ "إن بقاء الزوج بعيداً عن زوجته المطعون ضدها لمدة 4 سنوات يعد هجراً وإن كان غير إرادي إلا أن المطعون ضدها تضررت منه ، و يحول تحقيق الهدف من الزواج ."(2)

رابعاً: التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

نص المشرع الجزائري على أن الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية تعتبر حالة من حالات الضرر التي تجيز للزوجة طلب التطليق في الفقرة الرابعة من المادة 53 قانون أسرة. من خلال هذا النص فإن المشرع يشترط في التطليق للحكم بعقوبة الشروط التالية (3):

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 289 .

(2) نبيل صقر - قمرأوي عز الدين، المرجع السابق ، ص 85.

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 294.

1. صدور حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي فيه لم يعد يقبل طرف الطعن القانونية العادية وغير العادية.
  2. أن تكون العقوبة مقيدة للحرية ، أي يتضمن عقوبة بدنية بالسجن أو الحبس .
  3. أن تكون مدة العقوبة المقيدة للحرية أكثر من سنة، مما يفيد انه لا يجوز للزوجة أن تطلب التطلق إلا إذا صدر حكم ضد زوجها يتضمن عقوبة بالحبس لمدة سنة فما فوق .
  4. أن تكون العقوبة مشينة، أي تعلق الفعل بأعمال شائنة منافية للأخلاق وان تكون الإدانة متصلة بشرف الأسرة وكرامتها وسمعتها مثل عقوبة الاعتداء على العرض الاغتصاب والاحتيال والزنا...— ووصف الفعل الشائن يعتمد على معيار الأخلاق من وجهة نظر القانون والشريعة الإسلامي.
  5. أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية وتعذر الاستمرار في الرابطة الزوجية.
- إن فقدان احد هذه الشروط يحرم الزوجة من ممارسة حقها في طلب التطلق طبقاً للمادة 53 ف4 .
- ويخضع هذا التطلق للسلطة التقديرية للقاضي الذي يستعين بالمعيار الموضوعي المطلوب لقبول الطلب أو رفضه، وقد جاءت صياغة **الفقرة 4 من المادة 53** غامضة<sup>(1)</sup> وتفسيرها يرجع إلى القاضي، وعليه أن يعتمد على عادات وتقاليد المجتمع لتحديد مساس هذه الجريمة بشرف الأسرة وتأثيرها على الحياة الزوجية .
- هذا وذهبت المحكمة العليا إلى جواز تطلق الزوجة تأسيساً على **الفقرة الرابعة من المادة 53** حيث جاء في إحدى قراراتها:

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 297 .

"المبدأ: أن الاستجابة لطلب الزوجة المتمثل في التخليق للضرر لكون زوجها مسجون يعتبر حكم سليم ولا يخضع هذا الأمر لقبول الزوج أو لحضوره." (1)

**خامساً: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.**

نص المشرع الجزائري على أن غياب الزوج يعد حالة من حالات الضرر المجيزة للزوجة طلب التخليق وذلك في **الفقرة الخامسة من المادة 53** من قانون الأسرة الجزائري والتي اشترطت أن يكون الغياب قد دام أكثر من سنة، و أن يكون هذا الغياب بدون عذر ولا نفقة.

والغياب الغير المبرر للزوج يعني أنه قد تعمد الإضرار بالزوجة وهذا سبب كاف وحده لطلب الطلاق بغض النظر عن الإنفاق، فإذا رفعت الزوجة دعوى الطلاق بسبب الغياب عليها إثبات أن المدة تفوق السنة، وانتفاء عذر الغياب والاستمرار فيه، فإن كان له مكان معلوم أرسل إليه القاضي للعودة إلى زوجته خلال مدة يحددها له وإلا سيطلق عليه زوجته إذا رغبت في الطلاق منعاً للضرر الذي أصابها مع حفظ حقوقها المادية . كذلك إذا كان الزوج مفقوداً أو لم يظهر عليه أي خبر فيحق للزوجة بعد مرور السنة من فقدان أن تطلب الطلاق وفقاً **للمادة 112** من قانون الأسرة والتي أحالت إلى **الفقرة الخامسة من المادة 53** بمعنى الغياب لمدة سنة بدون عذر ولا نفقة. (2)

القانون الجزائري قصر المسألة على غياب غير مبرر وليس هذا فحسب بل ينبغي أن يكون هذا الغياب مصحوباً بعدم الإنفاق أي أنه ربط بين الموضوعين معاً. وهو ما يدعو للتساؤل حول مدى جواز طلب الطلاق إذا وجدت الحالة الأولى دون الثانية أي الغياب غير المبرر فقط دون الإمتناع عن النفقة ؟

(1) نبيل صقر— قمرأوي عز الدين، المرجع السابق، ص 92.

(2) بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 201 .

للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في إيجاد حل لهذا الإشكال. (1)

### سادساً: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8.

يقصد بذلك الزواج بأكثر من واحدة، فإذا تزوج الرجل أكثر من زوجة واحدة حسب الضوابط التي نصت عليها المادة الثامنة، كان عليه واجب العدل بينهما وفق ما يتطلبه الشرع والقانون.

أي أنه عدم وجود المبرر الشرعي أو عدم إخبار إحدى الزوجات بالزواج مرة أخرى أو عدم الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة أو عدم العدل بين الزوجات كلها أسباب تبيح للزوجة المتضررة رفع دعوى للمطالبة بالتطيق.

ويجب على الزوجة المتضررة إثبات ما تدعيه حتى يقضي لها بالطلاق والمسألة يقدرها القاضي في النهاية (2)، فيما يخص المبرر الشرعي على الزوجة أن تثبت على الأقل أن هذا المبرر قد زال ولم يكن له وجود عند إبرام العقد الثاني، أما فيما يخص الإخبار فتجدر الإشارة هنا أن هذا الإعلام لا يحصل غالباً إذ يلجأ الزوج إلى الزواج العرفي لعدم تسجيل عقد الزواج لدى مصلحة الحالة المدنية، ثم يطلب تسجيله أمام المحكمة واضعاً إياها وكذا الزوجة السابقة أمام الأمر الواقع، وبالتالي إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية زواج مكتمل الأركان والشروط الشرعية دون أن يقوم بتسجيل هذا الزواج وانعدام المبرر الشرعي يجوز للزوجة طلب التطيق بسبب هذا التدليس (المادة 8

مكرر) وبالنسبة لعدم الحصول على ترخيص لكل زوجة تزوج عليها زوجها دون ترخيص منها يجوز لها طلب التطيق، وأخيراً بالنسبة لشرط عدم العدل بين الزوجات ما على الزوجة إلا أن تثبت زوجها لا يعاملها معاملة عادلة مقارنة بالزوجة أو

(1) بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 203.

(2) بن الشويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص 204.

الزوجات الأخريات وللقاضي هنا سلطة تقديرية في تحديد عل الزوج من عدمه. ما تجدر الإشارة إليه أنه بالرغم من اقتصار نص المادة الثامنة أعلاه طلب التطلاق في حالة عدم رضا إحدى الزوجتين، فإنه باستطاعتهم أن يطلبن التطلاق والتعويض معاً لأننا أمام ضرر يجب أن يجبر التعويض<sup>(1)</sup>. وللقاضي في كل هذا واسع السلطة التقديرية للتحقق من مخالفة أحكام المادة 8.

ولقد ذهبت المحكمة العليا في العديد من قراراتها للاستجابة لطلب الزوجة للتطلاق بسبب الضرر الناتج عن مخالفة شروط التعدد ومن هذه القرارات :

### 1. تطلاق – تعدد الزوجات.

▪ المبدأ: عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعترف شرعاً طبقاً للفقرة 6 من 53 من قانون الأسرة ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطلاق. "..... نظراً للضرر الذي لحقها من طرف الطاعن لتقاعسه في العدل بينهما وبين ضررتها والاعتداء عليها وهو ما يشكل الضرر المعترف شرعاً طبقاً للفقرة 06 من المادة 53 من قانون الأسرة." (2)

### 2. تطلاق كان للضرر بسبب زواج المطعون ضده ثانياً دون علمها.

▪ "أن المادة 8 من قانون الأسرة تعطي الحق للزوجة السابقة في طلب التطلاق عندما يتزوج بثانية دون علمها لان هذا يعتبر إضراراً أصابها." (3)

سابعاً: التطلاق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة.

نص المشرع الجزائري في المادة 7/53 من قانون الأسرة بأنه يجوز للزوجة أن

(1) لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 395 .

(2) نبيل صقر قمرأوي عز الدين، المرجع السابق، ص 96 .

(3) نبيل صقر، المرجع نفسه، ص 87 .

تطلب التطلق في حالة ارتكاب فاحشة، لم تحدد هذه الفقرة المقصود بالفاحشة إلا أنه من الناحية الفقهية فالمقصود بالفاحشة المبينة هنا، هو الخطأ المخل بالآداب، بصفة خطيرة أو جسيمة، في ضوء أحكام الفقه الإسلامي والعرف والضمير الاجتماعي وقد وردت في القرآن الكريم آيات عديدة تصور الفاحشة في المسائل التي تحل بالسلوك والأنظمة إخلالا كبيرا كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ، وَلَا يَخْرُجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ فَاحِشَةً مُبِينَةً﴾ الطلاق الآية 1، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَتَّكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً﴾ النساء الآية 22، وقوله أيضا ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطْنَ .....﴾ الأعراف الآية 33 صدق الله العظيم. (1)

أما من الناحية القانونية فقد عرفها المشرع من خلال المادة 337 مكرر بأنها العلاقات الجنسية والتي ترتكب بين ذوي المحارم، وقد ذكر المشرع على سبيل الحصر تلك الفواحش في قانون العقوبات (2) ومن ثم فهو في غير حاجة إلى إعادة ذكر ما يعد فاحشة في قانون الأسرة. (3)

وعليه فإنه في حالة ارتكاب الزوج فاحشة مبينة، يجوز للزوجة أن ترفع الأمر للقضاء وتطلب التطلق، والقاضي حين ترفع إليه الزوجة طلب التطلق بناءً على ارتكاب زوجها الفاحشة، فإنه لا يجيب إلى طلبها، إلا بعد أن يتأكد من أن الفعل المرتكب فاحش انطلاقاً من سلطته التقديرية، فللقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة في هذا الشأن.

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 305 .

(2) قانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 يعدل و يتم قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتضمن قانون العقوبات.

(3) عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، Edition ENCYCLOPEDIA ، الجزائر، ص 54.

## ثامناً : التطلاق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين.

حسب ما جاء في الفقرة الثامنة من المادة 53 فإنه إذا حصل خصام و شقاق بين الزوجين وساءت العشرة بينهما أمكن للزوجة المتضررة اللجوء إلى طلب التطلاق وقد نصت المادة 56 من نفس القانون على انه: " إذا اشتد الخصام ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي حكمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين ."

يبدو من خلال هذا النص أنه بمجرد رفع دعوى التطلاق يعقد القاضي جلسة صلح وإذا لم يفلح يتعين عليه وجاباً تعيين حكمين من أهل الزوجين بغية التوفيق والإصلاح بينهما ويقدمان تقريرهما في أجل شهرين من تاريخ تعيينهم ا. (1) فإذا لم يفلح الحكمان في الإصلاح بينهما بعد أن يقدموا تقريرهما وتبين ألا فائدة ترجى من هذا الصلح قضى القاضي بالطلاق بينهما.

وبالتالي فإن القاضي لا يحكم بالتطلاق بمجرد وجود شقاق وخصام بين الزوجين بل عليه أن يقتنع بأن الخصام مستفحل بينهما وطال أمده وعدم جدوى بقاء العلاقة الزوجية (2)، فسلطة القاضي التقديرية في هذه المسألة مطلقة وواسعة لأنها مبنية على اقتناعه بتضرر الزوجة من الشقاق المستمر.

لقد منحت المحكمة العليا الزوجة الحق في التطلاق بسبب الضرر الناتج عن الشقاق المستمر في العديد من قراراتها ومن بين هذه القرارات.

## 1. تطلاق – طول أمد النزاع – ضرار الزوجة – جواز القضاء به

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 205 .

(2) بن شويخ الرشيد ، المرجع نفسه ، ص 206.

▪ (من المقرر شرعاً أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين ولحق بالزوجة بذلك ضرراً بين واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما، فإنه لا سبيل إلا بفك الرابطة الزوجية...)

**تاسعاً : التطلاق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.**

نص المشرع الجزائري في الفقرة التاسعة من المادة 53 على أن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج تعتبر سبباً من أسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلاق. ونص أيضاً في المادة 19 من نفس القانون على أنه للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافي هذه الشروط مع أحكام هذا القانون. إذن إذا تضمن عقد الزواج جملة من الشروط كانت الزوجة قد اشترطتها في عقد الزواج يتوجب على الزوج أن يفي بها ويسعى إلى تنفيذها، فإذا لم يمتثل وخالفها، جاز للزوجة إما المطالبة بتنفيذها على الوجه المطلوب، وإذا لم يحصل الدخول جاز للزوجة فسخ العقد .

أما بعد الدخول فما يبقى أمام الزوجة سوى المطالبة بالتطلاق إن رأت ضرورة لذلك مع الاحتفاظ بحقها في طلب التعويض فوق ذلك، والمسألة تقديرية للقاضي بحسب المعطيات المعروضة أمامه . (1)

**عاشراً : كل ضرر معتبر شرعاً.**

قد يسيء الزوج استعمال حقه في تأديب زوجته سواء بالقول أو الفعل كأن يضربها ضرباً غير لائق أو يشتمها شتماً مهيناً أو لا يقوم بالواجبات الشرعية المقررة نحوها وهنا يجوز للزوجة رفع الأمر إلى القاضي وطلب التطلاق ، وبذلك أخذ القانون

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 207 .

الجزائري في المادة 10/53 من قانون الأسرة بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق من زوجها في حالة الضرر المعتبر شرعاً، وعلى هذا فإذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطاع معه دوام الحياة الزوجية، وقامت الزوجة بإثبات دعواها يطلقها القاضي طليقة بئنة إذا عجز عن الإصلاح بينهما<sup>(1)</sup>، إلا أن المشرع لم يتقيد بضرر معين تاركاً للقاضي سلطة تقدير الضرر في مثل هذه القضايا معتمداً في ذلك على المعيار الشخصي إنطلاقاً من المعطيات الاجتماعية والثقافية الخاصة بكل زوجة، لأن ما يعتبر ضاراً للزوجة ما قد لا يكون ضاراً للزوجة أخرى.

كما أن الضرر المقصود في المادة المذكورة أعلاه هو الضرر المعتبر شرعاً سواء كان بالقول أو الفعل مما ينتج عنه استحالة الإستمرار في الحياة المشتركة، ولقد قررت المحكمة العليا في حكمها الصادر في 1968/12/11 بأن تقدير قساوة المعاملة أو الإهانات أو الإساءة خاضعة لسلطة القاضي التقديرية الذي يجب عليه التأكد من وجود الإهانات ومن خطورتها أو جسامتها .<sup>(2)</sup>

للقاضي سلطة تقديرية واسعة لأنه لا حدود للضرر الشرعي الموجب للتفريق بل يخضع لتقدير القاضي، الذي يقدره بكل موضوعية وبدون أي قيد ولا حتى الخضوع لرقابة المحكمة العليا<sup>(3)</sup> وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من القرارات التي أصدرتها في هذا الموضوع من هذه القرارات : القرار صادر بتاريخ 2001/01/23:

▪ " المبدأ: أن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعاً التي يستوجب التطلاق دون اشتراط صدور حكم جزائي، وحيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه والى عريضة الطاعن ووقائع الملف يتبين أن قاض الموضوع قضى بتطلاق المطعون ضدها بالضرب والجرح العمدي وذلك ما اعترف به الطاعن شخصياً أمام المحكمة وصرح نادماً على ما وقع منه في الشخص المطعون ضدها بالضرب والجرح العمدي... " <sup>(4)</sup>

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 302.

(2) بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 303-304 .

(3) عمر زودة، المرجع السابق، ص 54.

(4) نبيل صقر - قمرأوي عز الدين، المرجع السابق، ص 89 .

### المطلب الثاني: تقدير القاضي للطلاق التعسفي والنشوز

التعسف ليس هو النشوز وذلك ثابت من خلال مواد القانون وكذا اجتهاد المحكمة العليا **فالمادة 52** التي تحدثت عن التعسف خصت الحديث به عن الزوج فحسب دون الحديث عن الزوجة بقولها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق..." فالتعسف متعلق بالزوج دون الزوجة، وذلك أمر منطقي على اعتبار أن التعسف لا يرد على الحق المكفول شرعاً وقانوناً والزوج له الحق في إيقاع الطلاق دوناً عن الزوجة وذلك بإرادته المنفردة فالمبدأ أنه غير متعسف والاستثناء هو استعماله لحقه في الطلاق على الوجه الذي يلحق الضرر للزوجة .

أما **المادة 53** من نفس القانون والتي تتحدث عن النشوز فقد خصت الحديث به عن الزوجين معاً، وذلك واضح بنص المادة التي أكدت على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

وبالتالي فإذا ما فكت الرابطة الزوجية بين الطرفين لوجود الشقاق بينهما فعلى القاضي أن يحدد نشوز احد منهما ويحكم بالطلاق وبالتعويض للطرف الآخر المتضرر ويكون الزوج ناشز كما قد تكون الزوجة على عكس حالة التعسف ومما يؤكد الفرق بين الحالتين هو قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه :

▪ (من المقرر قانوناً أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق)

الواضح من خلال هذا القرار انه فرق بين حالتين، حالة التعسف وحالة النشوز ذلك باستعمال الحرف (أو) ثم في التأسيس وذلك أن للحالتين شروط مختلفة من حيث إثباتهما وإن كانتا تنفقان في الأثر وهو إحداث الطلاق وفق الرابطة الزوجية بين الزوجين . (1)

(1) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، (دط)، دار الهدى، الجزائر ، 2008 ، ص20 .

### الفرع الأول: تقدير القاضي لتعسف الزوج في الطلاق.

لم يعرف المشرع الجزائري التعسف في استعمال الحق وترك ذلك قطعاً إلى الفقه الذي خلص في مجمله أن التعسف هو انحراف عن سبيل إستخدام الحق الإستخدام الشرعي و القانوني.

وقد عرفت المادة 41 من قانون المدني (1) التعسف في استعمال الحق بذكرها الحالات الثلاثة وهي: يعتبر استعمال الحق في الحالات التالية تعسفاً:

✓ إذا وقع بقصد وحيد ، وهو الإضرار بالغير .  
 ✓ إذا كان يرمي الحصول على فائدة ذات أهمية قليلة بالنظر إلى الضرر اللاحق بالغير.

✓ إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

بإسقاط هذه المادة على التعريف الفقهي وعلى موضوعنا فإن التعسف يعني الإنحراف في استخدام الحق بالشكل الذي يوقع الضرر بالغير عن قصد وتعمد، أو الحصول على منافع ضئيلة قياساً بحجم الضرر الذي ينشأ للغير، أو قصد الحصول على فائدة غير شرعية ولا قانونية . (2)

**فالزوج عند استعماله لحقه في الطلاق دون تبرير لذلك، فإنه يكون متعسفاً في حقه وتطبق على ذلك الحالة الثانية من حالات التعسف فالزوج يحصل على فائدة قليلة بالطلاق وهي تفرغه للزوج بأخرى، ولكن بالنظر للضرر اللاحق بالزوجة والتي لا يمكنها إيجاد زوج آخر إلا نادراً يجعل الضرر الحاصل لها أكبر من الفائدة التي حصل عليها الزوج . (3)**

(1) قانون رقم 05 – 10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتم الأمر 75 – 56 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(2) باديس ديابي ، المرجع السابق، ص 17 .

(3) لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق، ص 220 .

نقد نصت المادة 52 المعدلة من قانون الأسرة على ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها."

إذن فالطلاق الذي يوقعه الزوج دون مبرر شرعي، يسمح للزوجة بطلب التعويض عن الضرر اللاحق بها، فالزوج استعمل حقاً له لكن تعسف فيه فهذا التعويض يكون على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق، إلا أن تعويض الزوجة في حال الطلاق لا ينطلق من المادتين 41 و124 مكرر من قانون المدني (1) وإنما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية .

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه ما يلي:

▪ " أن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق." (2)

رتبت الشريعة الإسلامية على الطلاق أثراً يهدف إلى تخفيف الضرر عن المطلقة وذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج لمطلقته وهو ما يسمى بالمتعة، ومن هنا يرى الفقه المالكي بأن المتعة مندوبة إليها أما من الناحية القانونية فالمشرع لم يذكر نفقة المتعة إلا أن القضاء اعتبر المتعة والطلاق التعسفي عملة واحدة ومعنى واحد مثلما جاء في قرار للمحكمة العليا، اشتمل على ما يلي :

▪ "من المقرر شرعاً وقضائياً أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من الطلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه." (3)

وعليه إذا كان الطلاق بيد الرجل في الشرع والقانون فإنه لا بد من سبب أو حاجة

(1) قانون رقم 05 – 10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(2) باديس ديابي، المرجع السابق، ص7.

(3) ملف رقم 39731 مؤرخ في 01/27 – 1987 /المجلة القضائية، عدد 4، لسنة 1993، ص 61.

شرعية تدعو إليه فلو طلق الزوج زوجته من غير داع مشروع للطلاق، ففي هذه الحالة تكون المتعة واجبة على الرجل لمطلقته ووجوب المتعة بهذه الكيفية يجعلها تعويضاً للمطلقة عما يلحقها من ضرر سبب الطلاق . (1)

وعليه فإذا طلق الزوج زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك ضرر، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض عادل.

لم يضع المشرع الجزائري حداً للتعويض المالي الذي ينشأ في ذمة الزوج المتعسف بل تركه لسلطة القاضي التقديرية وفقاً لطبيعة الطلاق التعسفي وحالة الزوج المالية وللقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار" (2)

وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص إلى :

- " متى كان من المقرر قانوناً أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفاً زوجته ونتج عن ذلك ضرراً لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطبيقها من زوجها وحكم لها به فالحكم لها بالتعويض غير شرعي . " (3)
- "ومن المقرر شرعاً وقضائياً أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه ."

لم يوضح المشرع الجزائري في نص المادة 52 معيار الطلاق التعسفي كما انه لم يحدد حداً أقصى ولا حداً أدنى للتعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة، بل ترك للقاضي الحكم بالتعويض الذي يراه كفيلاً بدفع الفقر والحرمان عن الزوجة المطلقة بنسبة التعسف ودرجته والحالة المالية للزوج والمعيار في ذلك يقوم على أساسين

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص234.

(2) بلحاج العربي، نفس المرجع، ص235.

(3) قرار رقم 53017، مؤرخ في 1989/03/27 /المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1991، ص56.

إحداها شخصي أو ذاتي ويتمثل في النية أو الباعث وثانيها موضوعي وهو الموازنة بين الحقوق والظروف التي أحاطت باستعمال الحق، فالمعيار هو ضمان التوازن طبقاً للقاعدة الشرعية :

" لا ضرر ولا ضرار" وهذا ما تجسده السلطة التقديرية للقاضي لأن المحكمة حيادية في كل الأحوال، كما أن القانون الجزائري لم يحدد الأسباب المعقولة التي تبيح الطلاق دون تعويض بل ترك تقدير ذلك للقاضي بعد دراسة ملاسبات الطلاق و ظروف و أحوال الزوجين وما أدى إلى الانفصال بينهما . (1)

### الفرع الثاني: دور القاضي في تحديد حالات النشوز.

نشوز الزوج هو التجافي عن زوجته ظلماً ، وهذا ما جاء في تفسير قول الله عزوجل: ﴿ وَإِنَّ امْرَأَةً خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ ﴾ سورة النساء الآية 128 وقد يكون النشوز من الزوجة والذي عرف بأنه عصيان الزوج أو عدم طاعته أو الامتناع عن فراشه أو الخروج عن بيته دون إذنه، وجاء ذلك فيما ذكر الله عز وجل: ﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ ... ﴾ سورة النساء الآية 34.

النشوز وارد في القرآن والسنة إلا أن المعالجة الواردة فيهما ليست نفسها الواردة في قانون الأسرة، ذلك أن المشرع الجزائري أكد فحسب عن الطرف الناشز في الخلاف الموجود بين الزوجين وتباينه حتى يتم تحميله تبعة فشل العلاقة الزوجية وبالتالي إلزامه بتعويض الزوج المتضرر . (2)

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 239 .

(2) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 19 .

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 55 من قانون الأسرة على أنه: " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر." المشرع الجزائري لم يعرف النشوز ولا حالاته وترك ذلك للقاضي إلا أنه من خلال التطبيقات القضائية فإن النشوز من الناحية القانونية يختلف من الناحية الفقهية ففي الجانب الفقهي يتحقق النشوز بمجرد تخلي الزوج عن زوجته بإهمالها من الناحية المادية أو المعنوية سواء أ بقي داخل البيت أو خارجه، كذلك الزوجة تكون ناشزا بمجرد خروجها عن طاعة زوجها سواء داخل المنزل أو خارجه، أما من الناحية القانونية فإن المحاكم عادة لا تعتبر الزوج أو الزوجة في حالة نشوز إلا إذا كان أحد الزوجين خارج البيت ويطلب منه أو منها الرجوع إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الزوجية خصوصاً في جانبها المعنوي أي العودة إلى المعاشرة الزوجية . (1)

فإذا امتنع الزوج أو امتنعت الزوجة يؤدي ذلك إلى صدور حكم بالنشوز أولاً وانطلاقاً من هذه اللحظة يثبت النشوز ويقضي القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر.

لعل السبب الذي جعل القضاة لا يعتبرون النشوز خصوصاً إذا كان من الزوجة إلا ما كان خارج البيت هي لمقتضيات الإثبات، فعندما يطلب القاضي من الزوجة أو الزوج العودة إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الشرعية ولا يستجيب المعني لهذا الأمر فالقاضي يأخذ هذا الإمتناع ضده ويعتبره ناشزاً ومن ثم يحول المسؤولية ويقضي بالتعويض للطرف المتضرر بعد الطلاق.

لقد عدد الدكتور بلحاج العربي بعض حالات نشوز الزوجة دون الزوج :

- التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي .

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ، ص 215 .

- أو تخرج من البيت الزوج بدون إذن زوجها و بغير حق .
- أو لا تطيع زوجها بالأمر التي اوجب الشرع عليها طاعته فيها .
- أو امتنعت عن الإنتقال إلى بيت الزوج بدون سبب شرعي .
- أو منعت من الدخول إلى البيت الزوجي الذي يقيم فيه معاً .
- كل امرأة سجنّت في جريمة أو غيرها .
- أو المسافرة دون إذن زوجها .
- أو الزوجة العاملة دون إذن زوجها .

مضيفاً إلى هذه الحالات: فإنه يجوز للزوج في هذه الحالات طلب الطلاق على أساس النشوز انطلاقاً من المادة 55 من قانون الأسرة طالما أن الزوجة مستمرة في نشوزها واستحالت الحياة الزوجية المشتركة، وعلى المحكمة أن تكلف الزوج بإثبات النشوز فإن صح هذا فهو مانع من إلزامه النفقة عليها وسبب من أسباب الطلاق ولا يثبت النشوز إلا بوجود مسكن شرعي رفضت الزوجة الانتقال إليه. (1)

وعلى المستوى التطبيقي نجد أن قرار المحكمة العليا رقم 189226 اعتبرت فيه نشوز الزوج بامتناعه عن سكن منفرد للزوج الحكم بتطبيق الزوجة و تعويضها :  
"حيث أن القرار المنتقد قد قضى بطلاق المطعون ضدها بعد نشوز الطاعن لإمتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به لها حسب وهذا يعتبر منه نشوزاً طبقاً للمادة 55 من قانون الأسرة." (2)

كما اعتبرت في قرار آخر صادر بتاريخ 1984/07/09 نشوز الزوجة بصدور حكم نهائي بالرجوع وامتنعت – تحرير محضر تنفيذ –

▪ "متى كان من المقرر شرعاً أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم ما يجعلها ناشزاً عن طاعة زوجها ...". (3)

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 310.

(2) نبيل صقر – قمرأوي عز الدين، المرجع السابق، ص 104 .

(3) نبيل صقر، نفس المرجع، ص 107 .

### المطلب الثالث: دور القاضي في الصلح و التحكيم.

إجراءات الصلح والتحكيم في قضايا الأحوال الشخصية هي من الإجراءات الهامة والأولية التي يجب على القاضي القيام بها بصفة إجبارية قبل النطق بالطلاق. (1)

#### الفرع الأول: إجراءات الصلح

ويقصد بمحاولة الصلح هو أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج عن التراجع عن طلبه في الطلاق، وتعد محاولة الصلح عنصراً من العناصر الشكلية لممارسة الحق الإداري، وإذا لم يحضر طالب الطلاق للجلسة الصلحية حكم بإبطال إجراءات الطلاق. (2)

نص المشرع الجزائري في نص المادة 49 من قانون الأسرة الجـ جزائري على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته 3 أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى . يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط أو الطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ". المشرع الجزائري من خلال نص هذه المادة يوجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق، وإلا يكون حكمه معيباً ومخالفاً للقانون ويتحتّم نقضه (3) أي أن الصلح إجراء إجباري يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق.

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 356 .

(2) عمر زودة، المرجع السابق، ص 108 .

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 357 .

وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قراراتها حيث اعتبرت محاولة الصلح قبل صدور الحكم إجراءً جوهرياً وهو من النظام العام، ففي قرارها الصادر بتاريخ 1994/01/18 أكدت ذلك بقولها:

▪ "حيث انه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، تبين أن القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة 49 من قانون الأسرة. التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية، الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه وإحالته على نفس المحكمة...".<sup>(1)</sup>، فعلى القاضي أن يحاول الصلح قبل إصدار حكمه وهذا في مهلة ثلاثة أشهر<sup>(2)</sup> إذ عليه بمجرد تسجيل الدعوى و طرحها عليه أن يستدعي الزوجين إلى مكتبه بواسطة رسالة مضمنة الوصول أو بواسطة المحضر أو كاتب المحكمة أو ببرقية<sup>(3)</sup>، وذلك في جلسة خاصة في تاريخ محدد، ثم يحاول أن يصلح بينهما، ويكون ذلك بإشعار الزوجين بضرورة التسامح المتبادل وبيان محاسن المحبة ويكون الانسجام من أجل استقرار الأسرة وضمان مصالح الأطفال<sup>(4)</sup>، فإذا فشل القاضي في التوفيق بينهما فعليه أن يحاول مرة ثانية إذا تبين له جدوى من محاولة الصلح فإذا فشل مرة ثانية ورأى أن هناك إمكانية الوصول إلى إصلاح ذات البين فله الحق في إجراء محاولة صلح ثالثة ورابعة لأن القانون أعطاه الحق في إجراء عدة محاولات صلح قبل الطلاق على أن لا تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى سواء نجح القاضي أو فشل فإنه يحزر محضر بما توصل إليه ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين وإن تغيب أحد الطرفين وتعذر إجراء محاولة الصلح من حق

(1) نبيل صقر - قمرأوي عز الدين، المرجع السابق، ص 59 .

(2) لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 198 .

(3) عمر زودة، المرجع السابق، ص 109 .

(4) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 357 .

القاضي الفصل في النزاع وتحرير محضر عدم الصلح بسبب عدم حضور احد الطرفين<sup>(1)</sup>، وعلى ذلك قضت المحكمة العليا قرار لها صادر في 1997/10/23 بالتأكيد على محاولة الصلح وان تعذر على القاضي ذلك لعدم حضور احد الزوجين يكون له الفصل في الدعوى، وسببت المحكمة العليا قرارها كما يلي:

▪ "عن الوجه الأول المأخوذ عن مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات بدعوى أن المحكمة فصلت في طلب التطلق المقدم من طرف المطعون ضدها دون منح اجل الطاعن ليتمكن من الحضور الشخصي أثناء جلسة الصلح ...ومن جهة أخرى فالمادة 49 من قانون الأسرة تنص على إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي ليتم دون أن تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر ، مما يجعل الوجه غير مؤسس ..."

وتبعاً لذلك يكون إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي قبل الحكم بالطلاق من الإجراءات الجوهرية التي يترتب على إغفالها بطلان الحكم، وعلى ذلك فان هذا الاجتهاد من المحكمة العليا لا يستساغ فهو خروج صريح عن النص القانوني الواضح المعالم وغير المحتاج إلى تفسير يجعلها إجراء محاولة الصلح جوازياً .

كما أنه خروج عن الاجتهاد القضائي السابق للمحكمة العليا، ان سبق للمحكمة العليا وان فصلت في هذه النقطة في قرارها المؤرخ في 18 يناير 1994 والقرارات اللاحقة بأن أقرت في كون محاولة الصلح التي يجريها القاضي قبل الحكم بالطلاق من قبيل الإجراءات الجوهرية وبالتالي فهي من النظام العام، ولا يجوز للقاضي إغفال ذلك الإجراء تحت طائلة بطلان حكمه .

وخروج القرار الحالي للمحكمة العليا عن ذلك الاجتهاد لا يوجد ما يبرره كما أنه وتبعاً للمادة 23 من القانون رقم 89/22 المؤرخ في 1989/12/12 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، فإن تغيير

(1) لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 201 .

الاجتهاد القضائي لها لا تتم إلا بقرار صادر عن الغرف المجتمعة وقد جاء نصها كما يلي: "إن هيئة الغرف المجتمعة للمحكمة العليا مدعوة للفصل في الحالات التي يحتمل أن تؤدي قراراتها إلى تغيير الاجتهاد القضائي". فالقرار محل التعليق صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، وبما أنه جاء من أجل تغيير الاجتهاد القضائي القائم بخصوص محاولة الصلح، كان يجب أن تجتمع جميع غرف المحكمة العليا. (1)

بالإضافة إلى كل ما سبق فعلى القاضي أن يتثبت أيضا من هوية الزوجين في طور الصلح، لأن هناك نسوة تعرضن لعمليات تغريب فاحش نجمت عنه مضار جسام قد يعسر إصلاحها، فالذي يحصل في هذا الصدد أن من الأزواج من تقدم بطلب الحكم بالطلاق و أحضر في جلسة محاولة الصلح امرأة غير زوجته المعنية بالأمر وتأتي له بهذه الوسيلة للحصول على الإتفاق على الطلاق والتنازل عن الحقوق التي كفلها القانون للزوجة. (2) ومن خلال كل ما تقدم يمكننا القول أن سلطة القاضي التقديرية في مرحلة الصلح واسعة جداً فعليه أن يبذل قصارى جهده لتقريب وجهات النظر بين الزوجين ومحاولة وضع حد للتناظر والتنازع الحاصل بينهما.

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم .

نص المشرع الجزائري في المادة 56 من قانون الأسرة بأنه "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ، يعين القاضي الحكمين حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين".

واضح من هذه المادة أنه بعد فشل محاولة الصلح واشتداد الخصام والشقاق بين الزوجين، أو أضر أحدهما بالآخر واستحالة استمرار المعيشة المشتركة بينهما، ولم

(1) لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق ، ص 202 .

(2) عمر زودة، المرجع السابق ، ص 109 .

يثبت الضرر، يعين القاضي حكمين حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقادراً على الإصلاح بينهما، وعلى علم سبب الشق -اق بينهما، وببذلان جهـداً في الإصـلاح بينهما<sup>(1)</sup> وهنا تتجسد السلطة التقديرية للقاضي في اختيار الحكمين العدلين اللذان لهما تأثير على الزوجين والقدرة على حل النزاع بينهما.

لقد اوجب القانون على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي عن مهمتهما في اجل شهرين، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه، وإذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت من الزوج أو منهما أو جهل الحال وثبت الضرر حكم القاض بالطلاق بين الزوجين وألزم الزوج بالتعويض عن الضرر إذا طلبت الزوجة ذلك.<sup>(2)</sup> ما تجدر الإشارة إليه أن التحقق من وجود أو عدم وجود الضرر ومدى جسامته متروك للسلطة التقديرية للقاضي الذي يفصل في موضوع الدعوى.<sup>(3)</sup>

من الجانب التطبيقي فيما يخص الصلح : القرار الصادر بتاريخ 2011/04/14

### الموضوع: طلاق – صلح قانون الأسرة المادتان : 49 – 50

■ "المبدأ: القاضي غير ملزم بتعيين الحكمين في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وثبوت الضرر بدعوى أن قاض ي الدرجة الأولى أجرى محاولة صلح واحدة بدل محاولات صلح لكن حيث انه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين وأن قاض الموضوع أجرى محاولة صلح بين الزوجين وعقد لذلك جلسة بتاريخ 30/11/2008 تمسك فيها الزوجان بمطالبهما وبالتالي فإن الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة : تم استفاده ولا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض"<sup>(4)</sup>

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 359 .

(2) لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 199 .

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 360 .

(4) ملف رقم 620084، بتاريخ 14 / 04 / 2011/ مجلة المحكمة العليا، العدد 1، السنة 2012، ص301.

المبحث الثاني: مجالات السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة عن

### انحلال الزواج

من المعلوم أن الطلاق يرتب عادة جملة من النتائج منها ما هو خاص بالزوجين (العدة والنفقة ونزاع حول متاع البيت) ومنها ما هو خاص بنتائج الولادة (الحضانة) وهذا ما نتطرق إليه من خلال ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول تقدير القاضي لنفقة العدة وفي المطلب الثاني مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت ، ونخصص المطلب الثالث لمجال تدخل القاضي في الحضانة :

#### المطلب الأول: نفقة العدة.

نصت المادة 61 من قانون الأسرة على ما يلي: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق." وتستحق المطلقة المعتدة النفقة والسكنى ما دامت في منزل الزوجية، نفقة العدة هي التي يراعى فيها حال الزوج يسارا أو إعسارا بشرط عدم خروجها من منزلها فإذا خرجت منه، أو سكنت منزلاً آخر دون ضرورة يقدرها الشارع تعتبر حينئذ ناشز وتسقط نفقة العدة.<sup>(1)</sup>

نفقة العدة واجبة على الزوج وسبب استحقاقها الفرقة بينه وبين زوجته<sup>(2)</sup>، وذلك يعتبر من مبادئ العدل على أساس أن المعتدة في هذه المرحلة تكون محتبسة عن الزواج بأمر الشرع لمصلحة النظام العام ولمصلحة الرجل الذي تعتد لصيانة النسب

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 77.3.

(2) احمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية عدة النساء النسب و المواريث، ج 2، دار الكتب القانونية، مصر 2006، ص 1124 .

إليه، ونفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها في جميع الأحوال سواءً كانت ظالمة أو مظلومة وتعتبر هذه النفقة ديناً صحيحاً من وقت الطلاق ولا تتوقف عن التراضي والإقصاء، ولا يسقط هذا الدين إلا بالأداء أو الإبراء لأنه من النظام العام. (1)

وتحديد قيمة نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية للقاضي وهذا ما ذهبت إليها

### المحكمة العليا في قرار لها المؤرخ في 18/6/1991:

▪ " من المستقر عليه قضاء تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع

للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم غير ملزمين بذكر أسباب تحديدها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصوراً في التعليل". (2)

ومن تطبيقات المحكمة العليا فيما يتعلق بنفقة العدة :

### قرار مؤرخ في 10/02/1971:

▪ "حيث أن كل مطلقة بعد البناء عليها أن تعتد وهي في أثناء هذه المدة محبوسة

من اجل الزوج، وعلى كل مطلق أن ينفق على مطلقاته فالنفقة حق ثابت شرعاً من حقوق الزوجية يتعين على القاضي الحكم بها، طلبتها الزوجة أو لم تطلبها، ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعاً أو سمحت فيها الزوجة صراحة بخلع والمجلس له الحق في الحكم بها إذا أغفلها القاضي الأول ، فالوجه سديد ويتعين رفضه. " (3)

(1) باديس ديابي، المرجع السابق ، ص 31.

(2) نبيل صقر – قمرابي عز الدين، المرجع السابق، ص 71 .

(3) قرار مؤرخ في 10/02/1971 / النشرة القضائية، العدد 2، لسنة 1992، ص 66 .

## المطلب الثاني: مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت

يعد النزاع حول أثاث بيت الزوجية من اعقد المسائل المثارة في المحاكم والواقع في المحاكم الجزائية أثبتت أن هذه المسألة تشكل معضلة حقيقة للأطراف وحتى للجهات القضائية الفاصلة فيها، وذلك أن الصعوبة تكمن في كيفية إثبات الأثاث سواء بالنسبة للزوج أو الزوجة، والتي تكون في معظم المواقف الطرف الأضعف لان المتاع عادة ما يتواجد في بيت الزوجية الذي هو بيت الزوج، ولان الزوجة عادة تغادر البيت المشترك دون أن تأخذ كامل أثاثها ثم تجد بعد ذلك صعوبة في إثباته والقول به سيما إذا أنكر الزوج ما تدعيه نكاية بها ومحاولة لابترازها مقابل التنازل له عن حقوق لها كفلها الشرع والقانون <sup>(1)</sup> يشترط في المتاع محل النزاع أن يكون موجودا ومشاهدا للجميع بما فيها المطلقين، أو ورثتهما، فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن تنشأ خصومة قضائية حول متاع لا وجود له أصلا أو محل إنكار من الخصم ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 73 من قانون الأسرة بأنه: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال".

ويتضح من هذه المادة أن النزاع في متاع البيت وأثاثه ينتهي لصاحب البينة وذلك انطلاقا من القاعدة المشهورة "البينة على من أنكر" وبالتالي نفرق بين مسألتين وهما حالة إقامة احد الزوجين لبينة على ملكه للمتع محل النزاع وحالة انعدام البينة:

1. حالة وجود النزاع حول المتاع و تقديم احدهما للبينة: إذا قدم احد بينة على انه هو المالك للمتع، فان القاضي يحكم لصالحه دون يمين لأننا بصدد وجود دليل للإثبات سيان ما بين أن يكون المتاع مما يعرف للرجال أو النساء أو لهما معا .

(1) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 95 .

2. حالة انعدام الدليل: إذا وقع نزاع حول المتاع ولم يقدم أي من الطرفين دليلاً على ملكيته للشيء المتنازع فيه، فإن القاضي يحكم للزوجة بخصوص المعتاد للنساء بيمينها ولصالح الزوج في المعتاد للرجال مع يمينه وان كان المتاع مشترك بينهما، فإنه يقسم بينهما مناصفة مع يمين كل منهما<sup>(1)</sup>، على القاضي عندما يكلف أحد الزوجين بأداء يمين الحاسمة أن يراعي شخصية كل منهما، وظروف وملابسات كل قضية على حدى<sup>(2)</sup> وللقاضي سلطة تقديرية في ذلك، إذ يستطيع أن يمنع الخصم من إساءة استعمال هذا الحق (اليمين) وله أن يرفض اليمين وذلك ما جسدهت المحكمة العليا في قراراتها منها قرار جاء فيه ما يلي:

▪ "من المقرر قانوناً أنه في حال إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبيق العامة في الإثبات البينة على من ادعى واليمين على من أنكر..."  
 عند اختلاف الزوجين حول قيمة الأمتعة فللقاضي السلطة في تحديد ذلك ولا يجوز له تحويل سلطته إلى المنفذ أو أي رجل آخر<sup>(3)</sup> وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1998/02/17 :

▪ "من المقرر قانوناً أنه إذا اختلف الزوجان حول قيمة الأمتعة فللقاضي سلطة لتحديد ذلك ولا يجوز له تحويل سلطته إلى شخص آخر..."<sup>(4)</sup>  
 من تطبيق المحكمة العليا فيما يخص النزاع حول متاع البيت :

1. توجيه اليمين للمطعون ضدها بعد النكول خطأ في تطبيق القانون  
 ▪ "من المقرر قانوناً أن الناكل عن اليمين خاسر دعواه..."<sup>(5)</sup>

(1) لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 573 .

(2) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 395 .

(3) بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 396 .

(4) نبيل صقر - قمرأوي عز الدين، المرجع السابق، ص 150 .

(5) ملف رقم 32131، قرار بتاريخ 05 / 11 / 1989 / المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1990، ص 78.

### المطلب الثالث: مجال تدخل القاضي في الحضانة.

تعد الحضانة من أبرز الآثار المنجزة عن انحلال عقد الزواج لاسيما في صورته الأولى المتمثلة في الطلاق، و مؤداها البحث عن وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه عند من هو أقدر على الاهتمام و الرعاية به و بشؤونه، ومن هنا عدت الحضانة أجل مظهر من مظاهر الرعاية التي أولتها الشريعة الإسلامية بالطفل.

#### الفرع الأول: تعريف الحضانة.

**لغة:** من الحضن بالكسر وه و ما دون الإبط إلى الصدر وما بينهما وجانب الشيء وناحيته والجمع أحضان وحضن الصبي حضنا وحضانة جعله في حضنه أو رباه ورجل حاضن أو امرأة حاضنة لأنه وصف مش توك، واحتضن الطائر بيضه: رخم عليه للتفـريخ. (1)

**اصطلاحاً:** الحضانة هي حفظ الولد في بيته وذهابه و مجيئه، والقيام بمصالحه، أي في طعامه ولباسه وتطهير جسمه وموضعه (2) وفي تعريف آخ، الحضانة هي تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء . (3)

#### الفرع الثاني: مصلحة المحضون اتجاه شروط أهلية مستحقي الحضانة.

المشرع الجزائري لم يسرد شروط الحضانة، وإنما أجملها في عبارة واحدة "أهلا للقيام بذلك" في الفقرة الثانية من المادة 62 من قانون الأسرة.

○ فالأهلية لغة هي الصلاحية للأمر أو صلاحية الشخص لصدور الأمر عنه وطلبه منه.

(1) إسماعيل أبا بكر البامري، مرجع سابق، ص 442.

(2) احمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية آثار التفريق بين الزوجين، ج3، مرجع سابق، ص 1782.

(3) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 49.



فكلاهما يعد من موانع الحضانة، ويتساوى المجنون مع المعتوه لأنه يأخذ صورة الفاقد للقدرة على تدبير شؤونه .

## 2. البلوغ: لأن الصغيرة لا تستطيع أن تقوم برعاية نفسها فلا تصلح لرعاية

غيرها فلا حضانة للصغير المميز لأنه عاجز عن رعاية شؤونه بنفسه.

إلا انه السؤال الذي يطرح نفسه بخصوص هذا الشرط، ما لو توفرت كل

الشروط في الأم ما عدا شرط السن؟ فكيف يمنح القاضي إمكانية الإذن بالزواج في سن

اقل من 19 سنة وفي الوقت ذاته لا يمنح الحضانة للام إذا لم تبلغ سن الرشد

المدني؟<sup>(1)</sup> إزاء هذا الإغفال التشريعي بشأن تحديد سن ادني للزواج في حالة الرخصة

القضائية، فينبغي على القاضي عند ممارسته لسلطته التقديرية أن يجعل نصب عينيه

في كل ذلك مصلحة المحضون إذ انه لا بد أن لا يكون المرشح للحضانة صغير السن

كثيرا وإنما سنا يؤهله لممارسة ولرعاية مصلحة المحضون وان كان القاضي في

السابق يقره شخصيا بحضور المعني بالأمر أمامه<sup>(2)</sup> ولذا فان معالجة هذا الفراغ

التشريعي سيوفر للقاضي ربح الوقت والجهد من حيث انه يسهل عليه إسناد الحضانة

وبالتالي يلتفت لمصلحة الطفل ومقتضياتها بدل من الانشغال بسن الحاضن والانغماس

في المسائل اللصيقة بها.

## 3. القدرة على التربية : وهي الاستطاعة على رعاية الصغير وصيانتته في خلقه

وصحته،<sup>(3)</sup> فلا حضانة لمن عجز عن القيام بها لكبر السن أو المرض<sup>(4)</sup> وتجدر

الإشارة إلى انه مما لا شك فيه أن قدرة الحاضن على الحضانة مسألة تقديرية، ولذلك

فهي متروكة للقاضي فهو الذي يتحقق من قدرة الحاضن عن طريق دراسة كل حالة

(1) حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة دراسة مقارنة ، رسالة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2004 – 2005، ص 263 .

(2) حميدو زكية، نفس المرجع ، ص 339 .

(3) بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 383 .

(4) باديس ديابي، المرجع السابق ، ص 56 .

على حدی وفحص وقائعها معتمد في كل ذلك على خبرة طبية تثبت استطاعة الحاضن أو عدم استطاعته على تولي الحضانة (1)، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2002/02/13 :

■ " أن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة القانون ينجر عنه النقص دون إحالة... (2) بالإضافة إلى المرض وكبر السن، هناك فريق من الفقهاء يعتبران عمل المرأة إذا كان يمنعها من تربية الصغير فلا حضانة لها، غير أن القضاء الجزائري سار على خلاف هذا المبدأ، وأكد في عديد قرارات المحكمة العليا أن عمل المرأة الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ويكاد الأمر يكون مطلقا دونما أي استثناء وذلك ما أيده قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/07/18 تحت رقم 245156 والذي جاء فيه ما يلي:

■ " من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة (... (3) جاء في تأسيسه لهذه النتيجة أن اجتهاد المحكمة العليا استقر على أن العمل لا يعتبر مسقط للحضانة .

غير أن المحكمة العليا استدركت في قرار آخر لاحق للأول استثناء والمتمثل في قيام الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية إذ جاء القرار المؤرخ في 2002/07/05 تحت رقم 274207 يتضمن ما يلي:

■ (عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية) . (4)

(1) حميدو زكية ، المرجع السابق ، ص 263 .

(2) نبيل صقر - قمرأوي عز الدين، المرجع السابق ، ص 119 .

(3) باديس ديابي، المرجع السابق ، ص 56 .

(4) باديس ديابي، نفس المرجع، ص 57 .

4. الأمانة على الأخلاق : لا حضانة للمرأة الفاسدة التي لا تقيم الأخلاق الفاضلة وزنا، ولا للمرأة المهملّة الضائعة، لان الطفل تتطبع في نفسه صور ما يراه في محيطه ويحاكيه، فينشأ على أخلاقها السيئة (1) إذن هذا الشرط مفهوم أيضا، إذ من المحتمل أن يكون من بين الأشخاص الذين استوفيت فيهم الشروط السالفة أشخاص من سيئي السير والسلوك ولا يعتقدون لمصلحة المحضون عزما، وإنما يقصدون من وراء حصولهم على الحضانة تحقيق بعض المصالح الشخصية لا غير (ولو كانت سلبية كالانتقام بسبب الطلاق) ولذلك خول القاضي سلطة تقديرية طبقا للمبادئ المستقر عليها قضاء حق إسناد الحضانة أو عدم إسنادها (2)، كما حذر الأستاذ الغوتي ابن ملحمة من تعرض الطفل وهو في بيت الحاضن الشخصي لمخالطة قرناء السوء نظرا لما فيها من خطر على أخلاقه ونفسيته، وهذا ما سيقوم به القاضي عند استعمال سلطته التقديرية مراعى في ذلك قبل كل شيء مصلحة المحضون (3)، وعليه فالفاسق أو السكير أو الزاني أو اللاهي باللهو الحرام سواء كان رجل أو امرأة تسقط عنه الحضانة، وعلى ذلك سار القضاء الجزائي الذي شدد فيمن تثبت عليهم أخلاقا سيئة، وهم من اجل ذلك بإسقاط حقهم في الحضانة خوفا على تربية سيئة ومنحرفة (4). ومن بين عديد القرارات التي خاضت في هذا المجال نجد القرار المؤرخ في 15 ماي 1968:

▪ (من المقرر شرعا أن عندما تعترف الأم دون تفسير ولا تحليل بزناها، فانه يجوز لقضاة الموضوع الحكم بأنها صارت غير جديرة بحضانة الولدين، لان الحضانة يراعى في أسبابها توفر مصلحة المحضون وهذه يقدرها قضاة الموضوع (...)(5)

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 384 .

(2) حميدو زكية، المرجع السابق، ص 276.

(3) حميدو زكية، نفس المرجع، ص 278 .

(4) باديس ديابي، المرجع السابق، ص 58 .

(5) حميدو زكية، المرجع السابق، ص 27 – 280 .

الإسلام: المشرع الجزائري ساير المذهب المالكي في اتجاهه القائل بأن الإسلام ليس شرط لممارسة الحضانة، لكون هذه الأخيرة لا تتعدى حد الرضاع وخدمة المحضون ودليل ذلك ما ورد في المادة 62 من قانون الأسرة التي نصت على ما يلي:

" الحضانة هي رعاية الولد، وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلق.<sup>(1)</sup>

فعبارة (القيام بتربيته على دين أبيه) تعني لمفهوم المخالفة ان الزوج المسلم يمكن أن يتزوج بامرأة غير مسلمة وان هذه الأخيرة حالة وجود أبناء يجب عليها أن تربي الأبناء على دين أبيهم وهو الإسلام، وقد أكدت المحكمة العليا هذا الاتجاه في عدة قرارات منها القرار المؤرخ في 13 مارس 1989 تحت رقم 52221:

▪ ( من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة... )<sup>(2)</sup>

ب. الشروط المتعلقة بالنساء: فقهاء الشريعة الإسلامية خصوا بعض الشروط جانب النساء حتى تعطى لهن الحضانة، أما من الناحية القانونية فقد نص المشرع في المادة 66 من قانون الأسرة على: " يسقط حق الحاضنة بالترزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بملحة المحضون " ونورد مجمل هذه الشروط فيما يلي:

### 1. ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه:

اشترط الفقهاء والقانون في الحاضنة ألا تكون متزوجة من زوج أجنبي عن الصغير فإن كانت متزوجة عن من أجنبي عنه، فلا حق لها في حضانة الصغير، لان زواجها هذا مسقط لحقها في الحضانة<sup>(3)</sup>، فقيام الحاضنة بحضانة محضونها في بيت

(1) باديس ديابي ، المرجع السابق، ص 60 .

(2) باديس ديابي، نفس المرجع ، ص 61 .

(3) احمد نصر الجندي ، موسوعة الأحوال الشخصية آثار التفريق بين الزوجين، ج 3، مرجع سابق، ص 1814 .

الزوج الأجنبي قد لا يعطف عليه ولا يمكنها من رعايته والسهر على حمايته والتكفل بشؤونه وقد لا يجد المحضون المكان الملائم ولا الطرف المناسب لحسن تربيته صحياً وأخلاقياً واجتماعياً.<sup>(1)</sup>

وبالتالي ما تجدر الإشارة إليه انه استكمالاً لتحقيق مصلحة المحضون وتناسقاً مع التحليل الذي بسط في معرض دراسة معايير تقدير مصلحة المحضون، نرى أن القاضي يعتمد عند تقديره لتلك المصلحة إلى استعراض المعطيات المتوفرة لديه وليس مستبعداً في الواقع أن يدخل بين هذه المعطيات إهمال المحضون فلا تغيب عنه هذه الدرجة عند قياسه للعناصر المكونة لهذه المصلحة ولا نرى ما يوجب تحميل المصلحة تلك أكثر مما تفترضه مدلولاً وواقعياً، كما لا نرى الحل بخلاف ذلك، إذا تحتم الأمر على القاضي إسناد الحضانة لشخص غير محرم للمحضون فليفعله بعد أن يتأكد من أن مصلحة المحضون لن تمس، أي أن يتحقق من توافر الشروط الأخرى في الحاضن المرشح للحضانة، وان يبدي هذا الشخص رغبته في حضانة الطفل.<sup>(2)</sup>

وهذا الحل منطقي لان الأخذ بعدم المحرمية اجتهاداً من دون نص عليه في النصوص القانونية يفترض قياسه على مبدأ مصلحة المحضون الذي ورد النص عليه صراحة في قانون الأسرة حتى يستوي وإياه في مفعوله ولى هذا المبدأ سارت عديد قرارات المحكمة العليا ، فقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي:

▪ ( المقرر قانوناً انه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا اضر بمصلحة المحضون".<sup>(3)</sup>

(1) باديس ديابي، المرجع السابق ، ص 62 .

(2) حميدو زكية، المرجع السابق ، ص 325 .

(3) نبيل صقر- قمرأوي عز الدين، المرجع السابق ، ص 126 .

## 2. أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون :

ذلك ما نوه عليه المشرع الجزائري في مادته 72 من قانون الأسرة عندما نص على انه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة وان تعذر ذلك فعليه بذل الإيجار وتنص المادة 70 من نفس القانون على انه تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المتزوجة بغير قريب محرم.

3. ألا تكون قد امتنعت عن حضانتها مجاناً والأب معسراً فعدم الامتناع يبقى شرط من شروط الحضانة<sup>(1)</sup>، ولكن تبقى دائماً للقاضي السلطة في تقدير مصلحة المحضون فإذا كانت هذه الأخيرة تتوفر مع الأم رغم تنازلها عنها، فالقاضي يحكم وفقاً لما يحقق مصلحة المحضون، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/04/21:

▪ (عن الوجه الثالث: من مخالفة المادة 65 من قانون الأسرة، بدعوى أن المطعون ضدها قد تنازلت عن الولدين مع ذلك فقد أسندت لها الحضانة ولكن حيث أن المادة 66 من قانون الأسرة تقضي بأنه لا يعتد بالتنازل إذا أضر بمصلحة المحضون و عليه فالوجه غير مؤسس).

### ج. الشروط الخاصة بالرجال :

اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون: والمبدأ في حضانة الرجال مبني على الميراث إذ لا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان المحضون غير مسلم وكان ذو الرحم مسلماً فليس له حق الحضانة، بل حضانتها لذوي رحمه من أهل دينه .<sup>(2)</sup>

(1) باديس ديابي، المرجع السابق ، ص 65 .

(2) باديس ديابي، نفس المرجع ، ص 66 .

### الفرع الثالث: مصلحة المحضون اتجاه اختياري مستحقي الحضانة.

أن تقدم جهة النساء على الرجال في حضانة الصغار هي قاعدة شرعية تقتضيها طبيعة الحياة في المراحل الأولى من حياة الأطفال، وفيما يخص بمراتب الحاضنين فان قانون الأسرة في المادة 64 على النحو التالي: " الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب، ثم الجدة الأم، ثم الخالة ، ثم الخالة ثم العممة ثم الأقربين درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك "

والمهم أن يبحث القاضي عن الشخص والمكان الملائم لإسناد الحضانة، وان لا يتقيد بالترتيب الوارد في النص كما انه لا يسند الحضانة للقريب البعيد وبترك الأقرب منه درجة للصغير مع توخي دائما مصلحة المحضون لأنها هي أساس الموضوع (1). وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2011/03/10 إلى :

▪ ( المبدأ: تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة ، يخضع تقدير مصلحة المحضون ، للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع. ) (2)

ومن هنا فقد أحسن صنعا المشرع عندما خول للقاضي حق اختيار الأصلح انطلاقا من مصلحة المحضون التي ركز عليها كثيرا (3) وان هذه المصلحة لا يقدرها إلا القاضي عند استعمال سلطته التقديرية، وهكذا لما كان تقدير القاضي تحده مصلحة المحضون وان هذه الأخيرة تتحقق أساسا بوجود أمه بجانبه، فإن القاضي إذا لاحظ أن الأم تريد التحرر من حضانتها والمحضون في حالة لا يستغني عنها، فإنها تعامل بعكس قصدها، ولهذا بث المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 03 جويلية 1989 حينما تبين عن وقائع القضية أن أما تنازلت عن حضانتها لأب طفلتها، وكانت هذه الأخيرة مريضة تحتاج إلى عناية في كل وقت، وان الشهادة الطبية أثبتت ذلك، فقد قرر أن تنازل الأم عن حضانة بنتها أصبح دون جدوى وغير ملفت إليه لان التنازل هذا قد مس مصلحة المحضون . (4)

(1) بن شويخ الرشيد، مرجع سابق ، ص 257 .

(2) ملف رقم 613469 بتاريخ 2011/03/10 / مجلة المحكمة العليا، العدد 1 ، لسنة 2012 ، ص 285 .

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 391 .

(4) حميدو زكية، المرجع السابق، ص 241 .

ومن جهة أخرى انه يجوز للقاضي أيضا أن يقضي بإسناد الحضانة للأقربين درجة حسبما يراه خيرا لمصلحة المحضون، وهذا التأثير يمتد صداه إذا أحسن القاضي اختيار الحواضن وإسناد الحضانة للأجدد ولو من الأقربين درجة .

#### الفرع الرابع: مصلحة المحضون اتجاه مدة الحضانة

نصت المادة 65 من قانون الأسرة على انه : "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهاء مصلحة المحضون "

لقد رفع المشرع الجزائري سن الحضانة بإعطاء القاضي الحق بذلك إذا رأى مصلحة المحضون تتطلب هذا الأمر. وعليه تنتهي الظروف التي يعيشها الطفل حتى يستغني عن خدمة النساء و يقدم على القيام بحاجته الضرورية ، ومن هنا فان سياسة المشرع في هذا الخصوص هي دائما وأبدا مراعاة مصلحة المحضون ، ومن اجل هذه الغاية خول للقاضي في هذا الشأن صلاحيات مهمة . (1)

ومن جهة أخرى في بعض الحالات قد يرفض الذكر العودة إلى حضانة أبيه فهل يمكن إجباره على الذهاب لحضانة أبيه، فهذه مسألة بالغة الأهمية لتعلقها بمصلحة المحضون، فهذه المسألة لو يشر إليها المشرع بالرغم من أهميتها.

وبالتالي القاضي هنا يكون أمام مسألة شائكة تستدعي الموازنة بين أمرين:

✓ إما تطبيق النص القانوني بانتهاء حضانة الأم وبالتالي يعود الصغير إلى العيش مع أبيه حتى لو رفض الصغير .

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 392 .

✓ إما الأخذ بعين الاعتبار رغبة الصغير في الانتقال من عدمه أخذاً في الحسبان  
مصلحته. (1)

ومن قرارات المحكمة العليا في هذه المسألة ، القرار المؤرخ في 2011/02/10 :

▪ ( المبدأ: لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي.

الحاضنة غير ملزمة بالمطالبة قضائياً بالمطالبة قضائياً بالتمديد، في حالة تجاوز سن  
المحضون 10 سنوات.

تبقى الحاضنة متوفرة على صفة التقاضي، للمطالبة بالحقوق المقررة للمحضون . (2)

الفرع الخامس: مصلحة المحضون في مواجهة مسقطات الحق في الحضانة  
والتنازل عنها.

مسقطات الحق في الحضانة هي تلك المبنية على اختلال احد شروط الحضانة  
ومع هذا التنبيه إن أسباب الإسقاط المعتمدة عن هذه الشروط لا تتضح لنا في قانون  
الأسرة الجزائري إلا بتنسيق مادتيه 62 و 67 غير انه بالتأمل في هاتين المادتين  
وإمعان النظر فيها نستشف أن مناط سقوط الحق ليس هو المرض أو الانحراف في حد  
ذاته وإنما المناط لذلك هو ضياع الولد وإهماله وقد اوجب الفقه والقانون توافر جملة  
من الشروط ترجع في حقيقتها إلى المحافظة على الطفل وتوفير راحته وصحته من  
نحو عقل الحاضن، وأمانته، وقدرته على التربية ولعل سلامته من الأمراض المعدية  
ليست أقل من الشروط المشترطة وجوبا إن لم تكن أولى منها بالرعاية. وعموما نقول  
إذا كان عدم أهلية الحاضن حائلا للاضطلاع بالحضانة (3) ، وأدى هذا المانع إلى  
المساس بمصلحة المحضون أسقطت الحضانة عن صاحبها.

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ، ص 258 .

(2) ملف رقم 599850 قرار بتاريخ 2011/02/10، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2012، ص281.

(3) حميدو زكية، المرجع السابق ، ص 393.

ومن الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة هي كالاتي :

1- بتنازل الحاضن القانوني عن حقه القانوني و الشرعي في حضانة الطفل (المادة66) ويشترط في هذا التنازل أن يصدر من المحكمة المختصة وإلا يضر ذلك بمصلحة المحضون، وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ ب 1998/04/21 تحت رقم 189234 إلى:

▪ (عن الوجه الثالث: المأخوذ من مخالفة المادة 65 من قانون الأسرة بدعوى أن المطعون ضدها قد تنازلت عن الولدين ومع ذلك فقد أسندت لهما الحضانة.)<sup>(1)</sup>

2- تسقط الحضانة بزواج الحاضنة بأجنبي بغير قريب محرم ولا تسقط بزواج القريب (المادة 66 من قانون الأسرة).

3- تسقط بالإخلال بواجبات الحضانة المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة سواء تعلقت بأهلية الحاضن أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة (أي التربية والرعاية الصحية والخلقية) ولكن المحكمة تأخذ بعين الاعتبار في هذه الحالة مصلحة المحضون.

4 - تسقط بقوة القانون ببلوغ المحضونة 19 سنة و المحضون 10 سنوات، إذا لم يطلب الحضانة من له حق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر ( المادة 68 ) وبالنسبة للمحضون إذا مددت مدة الحضانة إلى أكثر من ذلك فإنها تنتهي بأقصاها وهي 16 سنة (المادة 65 من قانون الأسرة ) على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون(المادة 65 /2 من قانون الأسرة )

5- تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم (المادة 70).

<sup>(1)</sup> نبيل صقر - قمرأوي عز الدين، المرجع السابق ، ص 130.

6- إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، ويرجع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في إثبات الحضانة له و إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون ومن زاوية التطبيق فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكل للقاضي انطلاقاً من قناعاته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية (1) فالقاضي لا يقض بتلك المسقطات إلا بعد رعاية حقوق الطفل ومصالحه مستهدياً في ذلك بما تتطلبه الحياة المعاصرة، فهو يواكب العصر دون أن تغطي اعتبارات الحاضن على مصلحة المحضون ويسترشد القاضي عند استعمال سلطته في مسألة أسباب إسقاط الحضانة هذه بمعياريين أساسيين هما:

✓ الأول موضوعي مستنبط من قانون الأسرة الجزائري من الفقه الأولى من

#### المادة 67

✓ والثاني شخصي، مستنبط في قانون الأسرة من الفقرة الثالثة من المادة 67

وهو في الواقع مستمد من سلطة القاضي عند تقديره لمصلحة المحضون وفق ما تتطلبه معطيات المعاشة في الوقت الراهن . (2)

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 389 .

(2) حميدو زكية، المرجع السابق ، ص 391 .



الختمة

## الخاتمة:

ما يمكن أن نخلص إليه في نهاية هذا الموضوع أن قانون الأسرة الجزائري، فتح المجال الواسع أمام القاضي لحل كل نزاع قد يطرح أمامه بما له من سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال.

فالحلول القضائية وان كانت تعبر عن إرادة المشرع أو تهدف إلى ذلك، إلا أن للطابع الشخصي ولقدرات القاضي نصيب فيها.

إضافة إلى مرونة جل نصوص قانون الأسرة وعدم أخذ المشرع بمذهب محدد من المذاهب الفقهية المختلفة، وإنما استتبط أحكامه من اغلب المذاهب الفقهية المختلفة وهذا ما يسميه فقهاء الشريعة الإسلامية بالاجتهاد الانتقائي، كما انه أحال القاضي في حالة عدم وجود النص القانوني إلى الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها أيضا .

ومهمة قاضي شؤون الأسرة الجزائري ليست بالمهمة البسيطة، فإضافة إلى وجوب تمكنه من القانون بكل فروعها فعليه التعمق في دراسة الشريعة الإسلامية بمختلف فروعها ومذاهبها، كما عليه معرفة عادات وتقاليد وأعراف المنطقة التي يمارس بها مهامه إضافة إلى وجوب تمكنه من الغوص في أغوار النفس البشرية لان مهمته متعلقة بأمر شديدة الصلة بالأمر النفسية .

نصوص قانون الأسرة الجزائري وان كانت مرنة كما اشرنا، إلا أنها جاءت يشوبها الكثير من الغموض والأمثلة التي تناولناها كثيرة في هذا المجال، أولها النصوص المتعلقة بالخطبة وآخرها المتعلقة بالحضانة. وبالتالي فمجال تدخل القاضي في النزاعات الخاصة بالزواج وانحلاله هو مجال واسع.

وفي الختام هناك مجموعة من التوصيات نراها ضرورية :

1. إعادة نظر شاملة في أحكام قانون الأسرة الجزائري تجعله أكثر وضوحا

وشمولا.

2. إحالة قاضي شؤون الأسرة في حالة عدم وجود النص التشريعي إلى مذهب

محدد من مذاهب الشريعة الإسلامية لتسهيل المهمة عليه من تضارب واختلاف الأحكام

القضائية.

3. إقامة دورات تكوينية خاصة بقضاة شؤون الأسرة في مجال الشريعة الإسلامية .



## نموذج لعريضة طلب ترشيد للزواج " الإعفاء من شرط السن

لفائدة السيد.....المقيم ب.....  
والذي يعمل .....  
وكيله الأستاذ .....  
السيد رئيس المحكمة .....

### ليطلب للرئيس المحترم

إن العارض يتشرف أن يتقدم لسيادتكم بهذا الطلب ملتمسا طلب التصريح له بإعفاء من شرط السن من أجل الزواج  
حيث أن العارض ولى أمر الطالبة.....المولودة بتاريخ.....وثيقة 1 حيث أنها  
مؤهلة طبيا لممارسة الحياة الزوجية.....وثيقة 2  
حيث أنها ترغب في الزواج من السيد.....المولود بتاريخ.....وثيقة 3

### لهذه الأسباب

في الشكل: قبول الطلب لتقديمه طبقا للقانون

في الموضوع: الموافقة على طلب الإعفاء من شرط السن من أجل الزواج المقدم  
من طرف العارضة طبقا للمواد 8 وما بعدها من قانون الأسرة.

### المرفقات

- شهادة ميلاد القاصر - شهادة ميلاد طالب الزواج من القاصر.
- شهادة طبية تثبت الأهلية الطبية للقاصر المطلوب ترشيده.
- صورة لبطاقة التعريف لولي القاصر والقاصر راغب الزواج.



# قائمة المصادر والمراجع

# قائمة المراجع و المصادر

القرآن الكريم

❖ الكتب العامة

- احمد محمود سعد، السلطة التقديرية للقاضي المدني ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- احمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية مصر 2003 .
- 3 — احمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية آثار التفريق بين الزوجين، ج 3 دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- احمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية عدة النساء النسب والمواريث ج 2، دار الكتب القانونية، مصر، 2006 .
- إسماعيل أبا بكر البامري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية ط 1، دار حامد، 2009.
- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية تعويض نفقة عدة حضانة متاع مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة الجزائر، 2008.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الزواج و الطلاق، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1999.
- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط 1، دار الخلدونية الجزائر، 2008.
- جيلالي تشوار، حماية الطفل عبر الإنذ بالزواج، ج 41، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، جامعة الجزائر، 2000 60 .
- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، éditionsENCYCLOPEDIA، بن عكنون الجزائر، 2003.

- كايدي يوسف محمود قرعوش، طرق انتهاء ولاية الحكام في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987.
- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج 1، دار هومة ط2، 2006.
- محمد محدة، الخطبة و الزواج دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ج 1 شهاب، ط2، 2000.
- محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط 1، دار النفائس، عمان الأردن، 2007
- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2008.
- نبيل صقر— قمرأوي عز الدين، قانون الأسرة نسا و تطبيقا، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2008.

#### ❖ الرسائل الجامعية

- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة رسالة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، تحت إشراف الدكتور جيلالي تشوار، جامعة أبو بكر بالقايس، تلمسان، 2004/2005.

#### ❖ المقالات القانونية

- دياب عقل ومحمد علي العمري، السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، العدد2، الجامعة الأردنية، 2007 .

#### ❖ المعاجم والقواميس

- أحمد ابن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ج 1، المطبعة الأميرية، 1931.
- جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية ، ترجمة منصور القاضي ، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان ، 1998.

— سامي محمود دبيان، قاموس المصطلحات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ط 1، رياض الريس للكتب و النشر، 1990.

— محمد بن مكرم بن علي جمال الدين بن منظور، لسان العرب، ج 7، دار صادر، بيروت لبنان، ط 5، 2005.

#### ❖ المجلات القضائية

- المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد 3، لسنة 1990.
- المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد 1، لسنة 1991.
- المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، العدد 4، لسنة 1993.
- المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، العدد 2، لسنة 1989.
- المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد 3، لسنة 1989.
- المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2010.
- المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2011.
- المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2012.

#### ❖ المصادر القانونية

- قانون رقم 05 — 10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر 75 — 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .
- قانون رقم 09—01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 يعدل ويتمم قانون رقم 6—23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتضمن قانون العقوبات.
- أمر 05—02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل و يتمم قانون 84 — 11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة .

# الفهرس

## الفهرس

أ	مقدمة .....
	<b>الفصل التمهيدي ماهية السلطة التقديرية ومشروعيتها</b>
8	المبحث الأول: ماهية السلطة التقديرية.
8	المطلب الأول: تعريف السلطة – التقدير لغة و اصطلاحا .....
8	الفرع الأول: تعريف السلطة والتقدير لغة .....
9	الفرع الثاني: تعريف السلطة و التقديرية اصطلاحا .....
10	المطلب الثاني: تعريف السلطة التقديرية باعتبارها لفظا مركبا .....
12	المطلب الثالث: نطاق السلطة التقديرية للقاضي .....
12	الفرع الأول: نشاط القاضي في أعمال التقدير الشخصي .....
13	الفرع الثاني: نشاط القاضي في أعمال التقدير الموضوعي .....
14	المبحث الثاني: مشروعية السلطة التقديرية .....
14	المطلب الأول: مشروعيتها في نصوص القرآن الكريم .....
14	المطلب الثاني: مشروعيتها في نصوص السنة النبوية .....
15	الفرع الأول: إثبات السلطة التقديرية للقاضي في السنة التقريرية .....

17	الفرع الثاني إثبات السلطة التقديرية في السنة الفعلية.....
18	المطلب الثالث: مشروعية السلطة التقديرية في نصوص القانون .....
	<b>الفصل الأول: مجالات السلطة التقديرية لقاض شؤون الأسر عند الزواج و الآثار المترتبة عنه</b>
23	المبحث الأول: مجالات السلطة التقديرية للقاضي عند الزواج .....
23	المطلب الأول: مجال تدخل القاضي في الخطبة .....
23	الفرع الأول: تعريف الخطبة .....
24	الفرع الثاني: آثار العدول عن الخطبة .....
26	الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن العدول .....
34	المطلب الثاني: سلطة القاضي في الترخيص بالزواج والإعفاء منه .....
36	المطلب الثالث: تعدد الزوجات وسلطة القاضي في الترخيص به .....
38	الفرع الأول: دور القاضي في تقدير المبرر الشرعي .....
39	الفرع الثاني: تقدير القاضي لتوفر الشروط ونية العدل بين الزوجات .....
40	الفرع الثالث : تأكد القاضي من علم كل من الزوجة السابقة و اللاحقة بالتعدد.
43	المبحث الثاني: مجالات السلطة التقديرية لقاضي في آثار عقد الزواج .....
43	المطلب الأول: حقوق وواجبات الزوجين .....

44	المطلب الثاني: تقدير القاضي للنفقة الزوجية
44	الفرع الأول:تعريف النفقة
45	الفرع الثاني: سبب استحقاق النفقة
46	الفرع الثالث:شروط النفقة الزوجية
46	الفرع الرابع:مجال تدخل القاضي في تقدير النفقة الزوجية
49	المطلب الثالث:السلطة التقديرية للقاضي في إثبات النسب ونفيه
49	الفرع الأول:تعريف النسب
50	الفرع الثاني:حالات ثبوت النسب
58	الفرع الثالث:حالات نفي النسب
	<b>الفصل الثاني مجالات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة انهلال الزواج والآثار المترتبة عنه</b>
54	المبحث الأول: مجالات السلطة التقديرية للقاضي عند انهلال الزواج
54	المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق
79	المطلب الثاني:تقدير القاضي للطلاق التعسفي والنشوز
80	الفرع الأول: تقدير القاضي لتعسف الزوج في الطلاق
83	الفرع الثاني: دور القاضي في تحديد حالات النشوز
86	المطلب الثالث: دور القاضي في الصلح و التحكيم

86	الفرع الأول: إجراءات الصلح .....
89	الفرع الثاني: إجراءات التحكيم .....
91	المبحث الثاني : مجالات السلطة التقديرية للقاضي على الآثار المترتبة عن انحلال الزواج .....
91	المطلب الأول: نفقة العدة .....
93	المطلب الثاني :مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت .....
95	المطلب الثالث: مجال تدخل القاضي في الحضانة .....
95	الفرع الأول: تعريف الحضانة .....
95	الفرع الثاني: مصلحة المحضون اتجاه شروط أهلية مستحقي الحضانة .....
102	الفرع الثالث: مصلحة المحضون اتجاه اختيار مستحقي الحضانة .....
104	الفرع الرابع: مصلحة المحضون اتجاه مدة الحضانة .....
109	خاتمة .....
112	الملاحق .....
114	قائمة المراجع و المصادر .....