

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: أسرة

رقم:

إعداد الطالب:

جبير معاش

يوم: 01/10/2020

السلطة التقديرية لقاضي الأسرة في فك الرابطة الزوجية

لجنة المناقشة:

رئيسا	الجامعة: محمد خيضر بسكرة	أستاذ محاضر أ	بوضياف عبد المالك
مشرفا	الجامعة: محمد خيضر بسكرة	أستاذ محاضر أ	كيحل عز الدين
مناقشا	الجامعة: محمد خيضر بسكرة	أستاذ محاضر أ	مدور جميلة

السنة الجامعية: 2019-2020

* اللهم لك الحمد عدد خلقك ورضا نفسك

وزنة عرشك ومداد كلماتك *

والصلاة والسلام على خير الأنام

"سيدنا وحبیبنا محمد"

"قال عماد الأصفهاني"

" لا يكتب إنسان كتابًا في

يومه، إلا وقال في تحفه، لو كان

هذا لكان أحسن، ولو زيد لكان

يُستحسن، ولو ترك هذا لكان

أفضل، وهذا من عظيم العبر،

وهو دليل استيلاء النقص على

جملة البشر."

" وإلى الله العليّ القدير الوليّ

الحميد، أتوجه بالحمد والشكر

وأسأله التوفيق والسداد وهو

حسبي، نعم المولى ونعم النصير"

الإهداء

إلى من ليس لديّ أعزّ منهما فوق الأرض
إلى الوالدين الكريمين اللّذين لولا منّ الله
وكرمه عليّ بهما ما أتممتُ عملي هذا
أسأل الله الكريم أن يطيل في عمرهما.

إلى أهل العلم قاطبة وإلى كل ناشد معرفة
إلى أصدقائي وزملائي كافة
إلى كل من كان سندي وعونني في إنجاز هذا البحث
أهدي عملي هذا.

شكر

أتوجه بخالص الشكر والامتنان إلى كل من ساهم في إحياء نفوسنا
بالعلم وأنار عقولنا ووجه خطانا نحو ما فيه النفع والخير وكان
النبيراس الذي اقتدينا به لتحصيل العلم والمعرفة.
كما أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير إلى كل من مد لي
يد العون من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل، وأخص
 بالذكر:

-الأستاذ الفاضل/ عز الدين كجيل ، أستاذي خلال سنوات
دراستي، والمشرف على مذكرتي والذي لم يبخل عليّ
بإرشاداته ومساعداته وبدون مجاملة " أبي الثاني "
- كل أساتذة كلية الحقوق بجامعة محمد خيضر /بسكرة
وكل القائمين عليها من عمال وإداريين.

شكراً

جُبَيْر معاش

قائمة المختصرات

- * ص صفحة.
- * ج الجزء.
- * ط الطبعة.
- * غ أش غرفة الأحوال الشخصية.
- * م ر ملف رقم.
- * غ ق خ غرفة القانون الخاص للمحكمة العليا.
- * م ع المحكمة العليا.
- * م أ المجلس الأعلى.
- * م ق المجلة القضائية.
- * م م ع مجلة المحكمة العليا.
- * ق أش قسم الأحوال الشخصية.
- * ق ش أ قسم شؤون الأسرة.
- * د.س.ن دون سنة النشر.
- * د.د.ن دون دار النشر.
- * د.ب.ن دون بلد النشر.
- * ق أ ج قانون الأسرة الجزائري.
- * ق م القانون المدني الجزائري.
- * ق ع ج قانون العقوبات الجزائري.
- * ق إ م إ قانون الإجراءات المدنية الادارية الجزائري.

مقدمة

مقدمة

وضع الله عز وجل سُنن كونية تضمن استمرار الجنس البشري، ومن هذه السنن الزواج الذي يُعد الرِباط المقدس بين الرجل والمرأة، والذي يهدف إلى إنشاء أسرة يسودها التعاون والمودة، لقوله تعالى: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ "1.

يعد الزواج عقد يبرم بين الزوجين ينتج حقوقاً وواجبات لكلا الطرفين، ولأهمية هذه العلاقة فقد حظيت بحماية إلهية وقانونية، حيث وضعت عدة أحكام لتنظيمها، ويتجلى ذلك من خلال قانون الأسرة الجزائري.

يتضمن هذا القانون عدة نصوص قانونية تسعى إلى الحماية والحفاظ على الحقوق الأسرية أثناء عرض أي نزاع على القضاء، وتسهيل على القاضي إيجاد الحلول للقضايا المعروضة عليه خاصة المتعلقة بالعدول عن الخطبة وانحلال الرابطة الزوجية (الطلاق، التطليق، الخلع)، ونعني بهذه الأخيرة هي صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايسة، لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها ابتداء من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي².

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع منحه سلطة تقديرية في أغلب مواده، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، فالتمتع فيه يجد سلطة القاضي حاضرة في جميع المجالات سواء في الزواج أو الطلاق وحتى النيابة الشرعية. ففي الزواج منحه سلطة تزويج القاصر، كما منحه سلطة في الطلاق والآثار المترتبة عنه.

¹ الروم الآية 21.

² محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس للنشر، الأردن، 2007، ص77.

كما تجدر الإشارة إليه أن قانون الأسرة الجزائري جاءت معظم نصوصه مرنة تسمح للقاضي بإيجاد الحل المناسب باختلاف الظروف والملابسات، فقد فتحت الباب واسعا أمام القاضي لإعمال سلطته التقديرية وإيجاد العلاج المناسب لكل عارض قد يعترض استقرار الأسرة أو يهدد مصالح أفرادها، حيث تتمتع السلطة التقديرية بالطابع المقيد وليس بالسلطة المطلقة؛ لأنه لا يجب على القاضي أن يتخذ أي قرار على هواه أو الحكم به بغير نظر الترجيح إلا أنه يجب العمل بموجب اعتقاده فيما له وعليه إجماع¹، فيجب على القاضي أن يخضع للقانون ويصدر أحكامه وفق للمبادئ الشرعية والمساواة ولا من يصدرها على هواه أو قناعته بل لا يخرج على غاية القانون، وذلك حسب ما نصت عليه المادة 118 من القانون العضوي 11/04 الذي يتضمن القانون الأساسي للقضاء وذلك كما يلي: " ذلك أنه يجب على القاضي أن يصدر أحكامه طبقا للمبادئ الشرعية والمساواة ولا يخضع في ذلك إلا للقانون"²

وقد اقتصرنا في دراستنا على معالجة دور القاضي في مسائل انحلاله الزواج دون غيرها من المسائل نظرا لأهمية هذا الموضوع، إضافة إلى أن معالجة السلطة التقديرية للقاضي في كل ما ورد في قانون الأسرة يحتاج إلى مجلدات، وحتى مسائل انحلال الزواج فقد تطرقنا إلى النقاط التي تبين لنا أن لسلطة القاضي التقديرية أثر بالغ فيها وقد حاولنا أن نبين السبل التي يعتمد عليها القضاء في معالجة هذه النقاط وكيفية إعمالهم لسلطتهم التقديرية في ذلك باعتمادنا على ما ذهب إليه المحكمة العليا في قراراتها وكذا ما ذهب إليه فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية.

وأمام هذه المعطيات يمكننا طرح الإشكال على النحو التالي:

ما مدى سلطة القاضي في فكّ الرابطة الزوجية في ظلّ محدودية النصوص القانونية وتنوع تصرفات الخصوم؟

¹ ابن تيمية أحمد، المستدرک على مجموع الفتاوى، ط 1، مجلد خامس، د.د.ن، السعودية، 1997، ص 155.
² قانون عضوي رقم 11/04، مؤرخ في 21 رجب 1425 هـ، الموافق ل 06 سبتمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

أسئلة فرعية:

- ما مفهوم السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة؟ وماهي معايير سلطته في مجال فك الرابطة الزوجية الرابطة الزوجية؟
- ما هي الحالات التي يسلكها القاضي في بناء الحكم بالتعويض عن الضرر؟ وما نوع التقدير القضائي الذي يقوم به عند تقدير استحقاق التعويض وتقدير قيمته؟
- هل القاضي ملزم قانونا بالحكم بفك الرابطة الزوجية وفرض التعويض في حالة ثبوت الضرر؟ وما هو الأساس القانوني الذي يستند إليه في ذلك؟

أهمية البحث وأهدافه:

- محاولة استنباط مدى إلمام المشرع الجزائري بالشروط والحلول الممكنة للتقليل من هذه الظاهرة "الحالة".
- تفتي حالات الطلاق التعسفي واستسهال الزوجة الخطوة بالمبادرة الى ذلك.
- اكتشاف دور قاضي شؤون الأسرة في فك الرابطة الزوجية العلاقة الزوجية ومدى سلطته في الحد من آثارها.
- مدى اعتماد القاضي على الشريعة الإسلامية في ميدان عمله من خلال تطبيقه للقانون.
- للقاضي أهمية في تبيان مفهوم السلطة التقديرية وكيفية مباشرته لسلطته الذاتية في التعويض ومقداره، ومعرفة أنواع التقدير الذي يقوم به في صدد ذلك.
- معرفة إذا ما كان القاضي يخضع لأي قيد خلال ممارسة سلطته في مجال التعويض.
- كونه من المواضيع المطروحة بكثرة في مجتمعنا، ولا تخلو محكمة من محاكمتنا إلا وفيها قضايا من هذا النوع، لذلك وجب دراسته، وإيجاد حلول له.

• أسباب اختيار الموضوع:

- الميل الشخصي لدراسة قانون الأسرة، وخاصة موضوع الطلاق وما يترتب عليه باعتباره مؤثرا مباشراً على الأسرة من جهة وتأثيره السلبي على النشء من جهة أخرى.

مقدمة

- شغفي لدراسة هذه المواضيع، حبي للاستزادة من المعارف فيها، والاطلاع على أقوال فقهاء الشريعة الاسلامية، وفقهاء القانون الوضعي في مسائلها الكثيرة.
- محاولة التركيز وإبراز الآثار السلبية على الأسرة والمجتمع جراء اللجوء إلى هذه الخطوة.
- انتشار ونقشي هذه الظاهرة "الحالة" بصورة رهيبية في المجتمع الجزائري.

*الدراسات السابقة:

بالنسبة للرسائل التي لها علاقة مباشرة بموضوع البحث فقد وجدت:

*رسالة دكتوراه للباحث أحمد شامي بعنوان (السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة، مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية) ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان لسنة 2013-2014 تعرض فيها لسلطة القاضي في انعقاد الرابطة الزوجية وانحلالها والآثار المترتبة عنها، وتختلف دراستي عن دراسته إذ تناول نقاط لم أتناولها منها: سلطة القاضي في التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، إضافة إلى أي تطرقت إلى سلطة القاضي في تقدير حالات النشوز وهو لم يتناولها.

* شمروك محمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008/2005، إذ قسم دراسته إلى قسمين دراسته إلى قسمين تناول في الشق الأول سلطة القاضي التقديرية في الزواج وأما الشق الثاني فتطرق إلى سلطة القاضي انحلال تلك الرابطة، وتختلف دراستنا بحث تطرق لسلطة القاضي في إثبات الزواج في حين لم أتناولها.

*المنهج المتبع:

كما اتبعنا في بحثنا هذا منهجاً تحليلياً، وذلك أننا قمنا بتحليل بعض المواد الخاصة بموضوع بحثنا هذا وبعض الآراء الفقهية والقانونية في كل جزئياته، كما أننا قد استقرأنا كافة المعلومات

مقدمة

الخاصة بالموضوع وما صاحب ذلك من تفسير للمواد والتعليل المنسب لذلك دون أن نغفل أيضاً عنصري الفك والتركيب، ولم أغفل أيضاً المنهج التاريخي من خلال الاستشهاد بوقائع تاريخية لها صلة وثيقة بموضوع الدراسة، وذلك لإعطاء شرحاً وافياً وكافياً للموضوع.

ولإلمام بجميع جوانب هذا الموضوع قسمناه إلى فصلين رئيسيين، هذا ما سار بنا وفق خطة إستهليناها بالفصل الأول الذي تطرقنا فيه إلى السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بفك الرابطة الزوجية، حيث أدرجنا تحته مبحثين الأول مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج انبثق عنه مطلبين الأول الطلاق والمطلب الثاني كان التشوز، أما المبحث الثاني فجاء تحت عنوان مسألة التطلاق بطلب من الزوجة مفصل في مطلبين المطلب الأول التطلاق والمطلب الثاني الخلع، أما الفصل الثاني كان موسوم بسلطة القاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية وقمنا بتقسيمه أيضاً إلى مبحثين، درسنا في المبحث الأول الآثار المالية الناشئة على فك الرابطة الزوجية، فكان المطلب الأول حول النفقة وتناولنا في المطلب الثاني النزاع حول متاع البيت، أما المبحث الثاني جاء مُعنوناً بالآثار الغير مالية الناشئة عن فك الرابطة الزوجية بمطلب أول تحت عنوان النسب ومطلب ثاني حول مسألة الحضانة.

الفصل الأول:

السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بفك الرابطة الزوجية

المبحث الأول: مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

المبحث الثاني: مسألة التظليق بطلب من الزوجة

المبحث الأول: مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

المطلب الأول: الطلاق

الفرع الأول: مفهوم الطلاق

الفرع الثاني: تقسيمات الطلاق

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير الطلاق

المطلب الثاني: النشوز

الفرع الأول: مفهوم النشوز وطرق إصلاحه

الفرع الثاني: دور القاضي في تحديد حالات النشوز

الفصل الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بفك الرابطة الزوجية

الطلاق هو حل أو فك عقد الزواج لأسباب عديدة قد تهدد استقرار الأسرة، حيث قام المشرع بتنظيم طرق فك هذه الرابطة وخصها بإجراءات عديدة فمنح حق الطلاق للرجل كما اعطى للمرأة الحق في طلب التطليق والخلع مع ضرورة توفر شروط معينة، ومنح لكل من تضرر من انهاء هذا العقد الحق في المطالبة بالتعويض، ولضمان التقيد بأحكام هذا القانون ومختلف نصوصه جعل قاضي شؤون الأسرة الجزائري رقيباً ومسؤولاً عن تطبيق هذه النصوص حسب الحالات المعروضة عليه، وقد استنبط جل أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية مراعيًا في ذلك تطورات المجتمع ومستجدات العصر وحدد شروطاً في عقد الزواج لا بد من توافرها في المقدمين عليها، لكن مهما بلغت حيطة المشرع في صياغة النصوص فإنه سيظل عاجزاً عن معالجة كل الحالات المعروضة على القضاء، لذلك كانت جل النصوص مرنة تسمح للقاضي أن يواجه ظروف تطبيق القانون، أي جعل أحكام القانون متناسبة مع مقتضيات الظروف ومن هنا سنتطرق في هذا الفصل إلى مبحثين حيث يتضمن المبحث الأول مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أما المبحث الثاني سيتضمن مسألة التطليق بطلب من الزوجة.

المبحث الأول: مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

لقد منح المشرع الرجل حق طلب الطلاق دون أن يذكر الأسباب التي جعلته يقدم على هذا القرار، لكن قيده بتعويض الضرر اللاحق بالزوجة في حالة ما إذا كان هذا الطلاق طلاقاً تعسفياً، وسنوضح ذلك من خلال ما سيأتي ذكره في المطالب المعتمدة في مبحثنا هذا والتي جاءت تحت العناوين التالية:

المطلب الأول: الطلاق

المطلب الثاني: النشوز

المطلب الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة

الفرع الأول: مفهوم الطلاق

تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً:

وينبغي لنا هنا أن نقوم بتعريف الطلاق تحت نقطتين فيما يلي:

أولاً: التعريف اللغوي:

والطلاق في اللغة من طَلَّقَ يُطَلِّقُ طَلْقًا وَتَطْلِيْقًا وَتَطْلِيْقَةً؛ يقال: امرأة طالق وطالقة، بالهاء وبغير الهاء، إذا أطلق سراحها زوجها وفارقها وتركها، ويقال: طلقت البلاد: فارقتها وطلقت القوم وتركتهُم¹. والطلاق أصله التخليّة من وثاق، ومنه استعير، طلقت المرأة نحو خليتها فهي طالق أي: مخلّاة من حبال النكاح، والتركيّب يدل على الحل والنكاح، يقال: أطلقت الأسير، خليت عنه فانطلق، أي: ذهب في سبيله، ومن هنا قيل أطلقت القول، أي: أرسلته بغير قيد أو شرط². * والطلاق يُطَلِّقُ لمعنيين، أحدهما: حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى: التخليّة والإرسال؛ ويقال للإنسان إذا عتق: طليقٌ أي صار حرّاً³.

* والطلاق: عبارة عن إزالة القيد سواء كان حسيا كقيد الفرس وقيد الأسير، أو معنويا كقيد النكاح، وهو مأخوذ من الإطلاق بمعنى لإرسال والحرية⁴. * يقول الرجل: أطلقت إبلي إذا أرسلها من عقال وقيد، وطلقتُ امرأتي : إذا فارقها وأطلقها من وثاق، إلا أن العرف قد جرى على قصر الإطلاق على القيد الحسي، وقصر الإطلاق على رفع القيد المعنوي⁵.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي:

* عند الحنفية: الطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص.

¹ لسان العرب: لابن منظور المصري الإفريقي، ج 10، ص 227.

² محمد عبد الرؤوف المناوي، التعاريف، دار الفكر المعاصر، بيروت: دمشق ط1، ص 484.

³ المرجع نفسه: ج 10، ص 227.

⁴ محمد محي الدين عبد الحميد: المبسوط في الشريعة الإسلامية والأحوال الشخصية: ج 5 ص 250.

⁵ أنظر نفس المراجع ص 250.

* عند المالكية: صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته¹.

* عند الحنابلة: حل قيد النكاح أو بعضه بوقوع ما يملكه من عدد الطلاقات أو بعضها، أو تحريم بعد التحليل.

* عند الشافعية: حل قيد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه².

بعد التطرق إلى تعريف الطلاق عند كل مذهب يمكن لنا الخروج بتعريف شامل للطلاق في الفقه الإسلامي وهو: "رفع قيد النكاح في الحال والاستقبال بعبارة وأفاد تفييد الطلاق صراحة أو معنى"³.

تعريفه قانوناً: ذكر المشرع الجزائري في المادة "48" (الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27

فبراير 2005) "يحل عقدة الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"⁴.

ومنه نلاحظ أن المشرع قد عزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق واكتفى ببيان طرق انحلال الرابطة الزوجية ولم يتطرق حقيقةً إلى تعريفه وبيان أركانه وضوابطه وفي ذلك محاولة منه للتملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه أحد إحدى التعاريف الفقهية.

وبهذا فإن قانون الأسرة الجزائري لم يتوسع في الأمور المتعلقة بالطلاق، كما توسع علماء الفقه، ذلك أن المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري أجملت ما جاء مفصلاً⁵.

الفرع الثاني: تقسيمات الطلاق

قسم الفقهاء الطلاق لغايات البيان والتوضيح في فهم أحكامه إلى أقسام عدة:

فهو من حيث موافقة فعل المطلق لهدى الشرع يسمى بالطلاق (السنّي) وبالنسبة لعدم موافقته له يسمى بالطلاق (البدعي).

وهو من حيث دلالة الصيغة على الطلاق يسمى بالطلاق (الصريح) والطلاق (الكنائي).

¹ أحمد محمد المومني: الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريغ والخلع، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، ص 19.

² محمود علي السرطاوي: فقه الأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، الطبعة الأولى 2007، دار الفكر، الأردن، ص 126.

³ ملياني بغدادي، حقوق المرأة في الشريعة والقانون، قصر الكتب، الجزائر، 1997، ص 194.

⁴ الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

⁵ العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري - الطبعة الأولى، كنوز الحكمة 2013، ص 10.

ومن حيث الزمن الذي أضيف إليه وقت وقوع الطلاق يسمى بالطلاق (المنجز) والطلاق (المضاف) والطلاق (المعلق).

ومن حيث صفة وقوعه والأثر المترتب عليه يسمى بالطلاق (الرجعي) والطلاق (البائن)¹

يعتبر التلفظ بالطلاق هو الصيغة الواضحة والدالة على إنهاء الرابطة الزوجية في الحال أو المآل، غير انه قد تكون صيغة الطلاق بلفظ صريح أو كناية، ويختلف التعبير عن الإرادة في الطلاق فقد تكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة فهذا ما سنوضحه:
أ_ الألفاظ الصريحة: وهو كل لفظ صريح لا يستعمل إلا في الطلاق غالباً، مثل أن يقول لزوجته أنتِ طالق³.

ب_ الألفاظ الكنائية: فهي كل لفظ يحتمل الطلاق يقع بها الطلاق بائناً بالنية، أي لفظ أريد به لازم معناه، ومثاله كأن يقول لزوجته أنتِ بائن أو أنت حرام وغيرها من الألفاظ التي جرى بها العرف⁴.

وتتنوع صيغ الطلاق كالاتي:

ج_ الطلاق المنجز: هو ما قصد به إيقاع الطلاق في الحال مثل أن يقول الزوج لزوجته أنتِ طالق وحكم هذا النوع أنه متى توفرت فيه الشروط السالفة المتعلقة بالمطلق فإنه يقع في الحال بمجرد اللفظ به وتترتب عليه جميع آثاره⁵.

د_ الطلاق المضاف: وهو ما قصد به وقوع الطلاق في زمن المستقبل مثل: أن يقول لزوجته أنتِ طالق ابتداء من أول الشهر القادم بحيث يربط إيقاع الطلاق بهذا الزمن المعين، وحكمه عند جمهور الفقهاء: أنه ينعقد سبباً للفرقة في الحال، ولا يقع به الطلاق إلا عند حلول

¹ محمود علي السرطاوي: المرجع السابق، ص151.

² عبده غالب أحمد عيسى: فقه الطلاق، دار الجيل، بيروت، ط1، 1991، ص29.

³ العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط5، 2007، ج1، ص249.

⁴ عبده غالب أحمد عيسى: المرجع السابق، ص29.

⁵ كيدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، ط1، دس، ج1، ص329.

أجله، فإذا قال لها أنت طالق آخر الشهر، فلا تطلق حتى ينتهي الشهر، وهي قبل ذلك زوجته لها كل حقوق الزوجة وعليها كل الواجبات، في حين أقر المالكية أنه إذا أضاف طلاقه إلى زمن مستقبل كأن يقول لها أنت طالق بعد سنة طلقت للحال منجزاً، كذلك إذا أضافه إلى زمن ماضي قاصدا الإنشاء.

هـ_ الطلاق المعلق: وهو ما جعل فيه الزوج حصول الطلاق معلقاً على حصول شيء آخر، وقد يكون فعلاً للمطلق أو المطلقة أو لم يكن كذلك كأن يقول لها أنت طالق إذا طلعت الشمس، فإذا كان فعل المطلق أو المطلقة سمي يميناً لدى الجمهور مجازاً، وذلك لما فيه من معنى القسم، وإذا كان معلقاً لا على فعل اختياري فهو التعليق الحقيقي لانتفاء معنى اليمين وقد اتفق الجمهور على صحة تعليق الطلاق ويمين الطلاق، فإذا حصل الشرط المعلق عليه وقع الطلاق¹

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير الطلاق التعسفي

يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ولا يمكن التحكم في إرادته ولو تبين للقاضي أنه ظلم زوجته وأولاده باستعمال هذا الحق، وكذلك الحال بالنسبة للزوجة عند استعمالها لحقها في الخلع، ولا يملك القاضي سلطة مراقبة فك الرابطة الزوجية إلا في حالة التطليق.

نص المشرع الجزائري في المادة (48 ق.أ.ج) بأنه يتم الطلاق بإرادة الزوج، أو بتراضي

الزوجين أو بطلب من الزوجة فب حدود ما ورد في المادتين (53) و (54) من قانون الأسرة، كما أنه قرر في المادة 49 من نفس القانون بأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، ولم يورد القانون الجزائري أي نص يتعلق بشروط المطلق، مما يوجب الأخذ بالمذهب المالكي طبقاً للمادة (222 ق.أ.ج)، ويقرر الفقه المالكي بأنه لا يقع طلاق الصبي ولا المجنون ومن في حكمه ولا السكران الطافح ولا المكره ولا الغضبان ولا المخطئ ولا الساهي ولا الناسي.

¹محمود علي السرطاوي: المرجع السابق، ص168.

وبعد أن يقوم القاضي بالتهيئة للدعوة ويقوم بكل إجراءات الصلح والتحكيم بعد استنفاد جميع الطرق والوسائل التي تسبق الطلاق في مدة لا تزيد عن ثلاث أشهر، فإذا فشلت هذه المحاولات يقوم القاضي بإصدار حكم الطلاق كما نصت المادة (49) من ق.أ.ج. وخلال فترة الصلح يعين القاضي حكيمين من أهل الزوجين، حكم من أهله وحكم من أهلها للإصلاح بينهما وعلى هذين الحكيمين أن يقدموا تقرير عن مهمتها خلال شهر والتحكيم شرط إلزامي في قانون الأسرة هدفه الصلح بين الزوجين قبل وقوع الطلاق¹ وفي حالة فشل محاولات الصلح والتحكيم يصدر أمر بالطلاق لأنه يتوجب على القاضي عند فشل محاولات الصلح أن يصدر قرار الطلاق بعد فشل محاولات الصلح مباشرة وإلا فإنه يعرض حكمه للإلغاء أو التعديل. وقد رأينا سابقا أنه يجوز للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة شرط أن تكون هناك أسباب ومبررات شرعية وقانونية وإلا فقد يكون الزوج قد تعسف في استعمال حقه في الطلاق وهذا ما نصت عليه المادة (52) من ق.أ.ج، التي جاء فيها ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف² الزوج في الطلاق حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" وهذا يعني أن تطبيق الزوج للزوجة بدون سبب شرعي أو قانوني قد يلحق بها ضررا معنويا وفي هذه الحالة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه وفقا لسلطته التقديرية بتعويض عادل يقدره حسب الضرر الذي لحق بها.

كما أن الحكم على الطلاق بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالمطلقة إذا ثبت للقاضي تعسف الزوج في الطلاق من شأنه أن يحد من إقدام كثير من الأزواج على الطلاق ويزجرهم عنه تقاديا لدفع ما لا يستطيعوا دفعه من مال للزوجة المطلقة.

ويعتبر هذا أمرا إيجابيا للحفاظ على الحياة الأسرية.

كما التعسف غير مضبوط ويخضع لتقدير القاضي ما يجعل الأحكام القضائية متباينة في المسائل المتشابهة تبعاً لتباين نظر وتقدير كل قاضي.

¹ عبد العزيز سعد: قانون الأسرة في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط2، دار هومة للنشر، دج، الجزائر، 2005، ص 119.

² عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ط 3 دار هومة للطباعة والنشر، دج، الجزائر، دبت، ص 347.

وقد استقر القضاء الجزائري على أنه يحق الطلاق بالإرادة المنفردة مخولاً للزوج، ولا يترتب على استعمال للأحكام سواء استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها التي يراعي القاضي في تقديرها حالة المطلق المالية.

غير أنه إذا كان الطلاق لسبب لغير مشروع يدعو إليه وجب على المطلق التعويض للزوجة المطلقة عن الأضرار التي أصابتها. والتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج عن الحكمة التي أباحتها كالطلاق في مرض الموت لحرمانها من الميراث أو الطلاق من دون أدنى سبب معقول¹.

وتكمن السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مدى تعسف الزوج في قرار الطلاق الذي اتخذه ضد زوجته وعلى نحوه يقدر قيمة التعويض المستحق للزوجة نتيجة الضرر اللاحق بها.

المطلب الثاني: الطلاق للنشوز

الفرع الأول: مفهوم الطلاق للنشوز وطرق إصلاحه

النشوز لغة:

النشز هو المكان المرتفع من الأرض، وهو أيضا ما ارتفع عن الوادي إلى الأرض والجمع أنشاز ونشوز، لذا سميت قطعة اللحم الزائدة على الجسم نشوزا، وقيل ذلك الرجل ناشز الجبهة إذا كان مرتفعا بها، وقلب ناشز من الخوف إذا ارتفع عن مكانه من الخوف، والنشوز من النهوض مصداقا لقوله تعالى: " وَإِذَا قِيلَ انشُرُوا فانشُرُوا"² أي قوموا إلى الصلاة أو قضاء حق، ونشز الرجل نشوزا إذا كان قاعدا فقام.

وقوله أيضا: {وَانظُرْ إِلَى الْعِظَامِ كَيْفَ نُنشِزُهَا ثُمَّ نَكْسُوهَا لَحْمًا}³ أي نرفع بعضهما على بعض⁴.

النشوز اصطلاحا: عرفه الفقهاء بمعناه العام بكونه من جانب المرأة أو الرجل أن يتعدى

كل واحد من الزوجين على صاحبه، أما تعريف النشوز إذا كان من قبل الزوجة فقد تعددت

¹ إباديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض نفقة عدة حضانة متاع)، د.ط، دار الهدى للنشر، د.ج، الجزائر، ص08.

² سورة المجادلة، الآية 11.

³ سورة البقرة، الآية 259.

⁴ ابن منظور جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، د.ط، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1981، مج6، ج49، ص4425.

تعريفات الفقهاء لذلك.

فعرف المالكية نشوز الزوجة بأنه: خروج الزوجة عن الطاعة الواجبة المانعة عن الاستمتاع بها، الخارجة بلا إذن لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه، التاركة لحقوق الله تعالى.
أما الحنفية: فعرفوه بأن تخرج المرأة من منزل زوجها بغير إذنه وتمنع نفسها منه بغير حق.
وعند الشافعية: هو عصيان الزوجة لزوجها وتعالیه عما أوجب الله عليها وارتفاعها عن أداء الحق والواجب عليها. أما **الحنابلة** فقد عرفوه بقولهم: هو معصية الزوجة زوجها فيما يجب عليها من طاعته من حقوق النكاح¹.

وبناء على ما تقدم يتضح لنا جليا أن النشوز: هو الخروج عن الواجبات التي تطلب من الزوجة في إطار الأسرة، فكل من الزوج والزوجة له حقوق وعليه واجبات نحو الآخر فإذا ما تخلى عن هذه الواجبات أُعتبر متمردا وناشزا، ومرتفعا عما أمره الله سبحانه وتعالى به من واجبات، فهم مُثابون على فعلها، ومعاقبون على تركها.

التعريف القانوني:

لقد حاول الأستاذ فضيل سعد تعريفه النشوز بأنه: " عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة بذلك"²
أما بالعودة إلى القانون ج فإنه لم يعرف لنا النشوز، بل اكتفى فقط بذكر آثاره واعتباره سبب من أسباب الرابطة الزوجية وهذا من خلال نص المادة 55 قانون الأسرة الجزائري "عند نشوز أحد الزوجان يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر"³

¹صالح بن غانم السدلان، النشوز (ضوابطه - حالاته - أسبابه - طرق الوقاية منه)، وسائل علاجه في ضوء القرآن والسنة، ط4، دار بلنسية، الرياض- السعودية 1417 هـ 1993، ص17.

²فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء الأول، المكتبة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص140.

³فتيحة سويسبي: النشوز في ظل الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، 2004 الجزائر.

1- علاج نشوز المرأة:

إذا أصبح خلق المرأة على الوصف الذي ذكره الفقهاء والذي تعد به ناشزا سواء ظهر ذلك منها جليا أو بدأت ملامحه وأماراته، فعلى الزوج أن يبادر في معالجة هذا الطارئ الذي يهدد الكيان الأسري قبل أن يستفحل ويتعاضم، فوضع الشارع العلاج في يد الزوج لإصلاح حال زوجته¹ ولأن كرامة الرجل تأبى أن يلجأ إلى طلب محاكمة زوجته كلما انحرفت على الفطرة السليمة، كما أن كرامة المرأة لا تسمح لها بأن يلجأ زوجها كلما وقعت في شيء من المخالفة بأن يعرض الأمر على أبيها أو على الحاكم فخولت الشريعة الإسلامية للزوج وسائل لعلاج نشوز زوجته² ويظهر ذلك في قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾³.

فقد جعلت الآية الكريمة علاج نشوز الزوجة على ثلاثة مراحل تتمثل في الوعظ، الهجر في المضجع، الضرب غير المبرح.

أولا: الوعظ والإرشاد

وذلك لقوله تعالى: " فعظوهن " أي بتذكير الزوجة الناشز بالله تعالى وتخويفها من عقابه إن هي قصرت من حقوق زوجها ولم تلتزم طاعته مما أوجب الله عليها القيام به نحوه⁴ وهي أولى الخطوات التي ينبغي على الزوج اتباعها إذا ما وقع في نفسه خوف متيقن من مظاهر نية الإعراض، لأن التشريع الإسلامي لا ينتظر حتى يقع منها النشوز بالفعل وتعلن راية العصيان وتسقط مهابة القوامة، فحين يصل الأمر إلى هذا الوضع لن يجد العلاج⁵، والوعظ والإرشاد يختلف باختلاف حال المرأة، فمنهن من يؤثر في نفسها التخويف من الله -عز وجل- وعقابه على النشوز والعصيان، ومنهن من يؤثر في نفسها التهديد والتحذير من سوء العاقبة في الدنيا كشماتة الأعداء والمنع من بعض الرغائب كالثياب الحسنة والحلي،

¹ عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، ص. 103

² علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة - أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 3.

³ سورة النساء، الآية 34.

⁴ عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 103.

⁵ علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 114.

وهذه الوسيلة من الوعظ أخف من غيرها والرجل العاقل لا يخفي عليه نوع الوعظ الذي يؤثر في نفس امرأته¹.

ثانيا: الهجر في المضجع

هذا الإجراء يفيد في بعض الأحيان صنف الزوجات التي لا ينفع معهم الوعظ الإرشاد. إذ هناك صنف من الزوجات لا ينع معها التأديب إلا بهذه الطريقة أي هجرها في المضجع وتركها وحدها في الفراش لمدة مؤقتة، فهذا يجعلها تفكر في حالها وفي خطئها فتتقص من كبريائها. إلا أن هذا الهجر لا يكون لمدة تتجاوز الأربع أشهر لأنه في هذه الحالة يكون من حق الزوجة طلب التفريق لذلك ويكون إثبات نشوزه هو لا هي طبقاً لنص المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري².

والهجر يختلف باختلاف أحوال النساء فمنهن من لا يصلح حالها إلا بترك جماعها ومنهن من يزداد لها في العقوبة فلا تكثر بترك الجماع فيترك لها الحجرة، ومنهن من لا يصلح حالها إلا بعدم الكلام علاوة على ترك الجماع، وكل ذلك جائز رجاء صلاح حالة الزوجة وردها عن النشوز³.

ثالثا: الضرب غير المبرح

إذا جرب الزوج مع زوجته الوسائل السابقة الذكر من الوعظ والهجر في المضجع ولم ترتدع انتقل إلى الوسيلة الثالثة من وسائل التأديب التي يملكها وهي الضرب، إذ هو العلاج الأخير الذي يملكه الزوج ليقاوم اعوجاج زوجته وعصيانها له، حسب ما نصت عليه الآية الكريمة لقوله تعالى: " واضربوهن " فإن لم تسمع للموعظة ولا تنزجر بالهجران دلّ على أنّها من اللواتي لا يقمن إلا بالضرب، فعندها يتعين ويصبح ضرورة إن ظن إفادته، وأنه بذلك سيحافظ على كيان الأسرة واستقراره⁴.

¹ معتصم عبد الرحمان محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، رسالة للحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص 114.

² عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط 3، د.ج، الجزائر، د.ت، ص 205.

³ علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص ص 126-127.

⁴ عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 107.

فلا يلجأ الزوج إلى الضرب كوسيلة لعلاج نشوز زوجته إلا إذا تعذر عليه إصلاحها بالموعظة الحسنة أو الهجر في المضجع، لأن الهدف منه هو الإخافة دون أن يوجعها ويجب ألا يكون الضرب إلا ببيان الفعل وتحقق النشوز¹.

ورغم أن الشرع رخص للزوج استخدام الضرب كوسيلة من وسائل التأديب لزوجته، إلا أنه لم يترك الأمر هكذا دون ضوابط أو شروط، وبالتالي حدد شروطا للضرب لا ينبغي للزوج أن يتجاوزها وإلا أصبح متعديا وظالما² من أهمها:

- ألا يكون الضرب مبرحا لأن المقصود ضرب التأديب والإصلاح، والضرب غير المبرح هو الضرب الخفيف الذي لا يدمي ولا يخشى منه تلف نفس أو تلف عضو أو خرق جلد أو كسر أو تشويه³.

لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا، عندما جعل فك الرابطة الزوجية تخضع لإشراف ورقابة القضاء، مما يخول لهم سلطة منع أي تعسف في استعمال الحقوق، وجبر الضرر الذي يلحق بالطرف المتضرر، ومنحه التعويض المناسب. سنحاول تبيان وتوضيح المقصود بالنشوز الوارد في نص المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني: دور القاضي في تحديد حالات النشوز:

نص المشرع الجزائري في المادة 55 من قانون الأسرة على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"، وعليه فإن النشوز قد يكون من الزوجة كما قد يكون من الزوج، لكن المشرع الجزائري لم يحدد حالات النشوز ولا تعريفه وترك أمره للقاضي⁴. وحسب نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت:

" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "

بالرجوع إلى أحكام الشريعة نجد أن النشوز يعني الترفع ومنع أداء الحقوق كراهة، قد

¹ أحمد محمد المومني، اسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط1، دار المسيرة، عمان، الأردن 2009، ص 97.

² معتصم عبد الرحمان محمد منصور، المرجع السابق، ص 136.

³ صالح بن غانم السدلان، المرجع السابق، ص 44.

⁴ اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، سنة 2003-2002، ص 45.

يكون من الزوج وقد يكون من الزوجة، فبالنسبة للزوجة الناشز هي تلك التي خرجت عن طاعة زوجها بدون حق شرعي والتي خرجت من بيت الزوج بدون إذنه وبدون سبب شرعي وبالتالي قد فوتت حق الاحتباس على الزوج بغير حق.

والناشزة في اللغة هي العاصية على الزوج المبغضة له، وفي الشرع هي الخارجة من بيت الزوج بغير حق¹.

أولاً: يمكن أن نذكر بعض الحالات التي تكون فيها الزوجة ناشز:

1/ إذا امتنعت الزوجة عن الانتقال إلى منزل الزوج بدون وجه حق وبدون سبب شرعي وقد دعاها للانتقال وأعد المسكن الملائم، أو أنها خرجت منه دون مبرر شرعي بعد انتقالها إليه ولم تعد، وهنا لا بد على الزوج أن يستصدر حكماً يرجوع الزوجة إلى بيت الزوجية ويثبت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم وهذا ما ذهبت المحكمة العليا في قرار صادر في:

1984 / 07 / 09 جاء فيه " متى كان من المقرر شرعاً أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت بأنها بُلغت بالحكم النهائي للقاضي برجوعها لمحل الزوجية و بعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزاً عن طاعة زوجها و من ثم فالنعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله و يستوجب الرفض " ².

وهنا لا بد من الإشارة أنه يشترط أن يكون مسكن الزوجية مشتملاً على لوازم الحياة الأساسية والمرافق الكافية وألا يكون مخوفاً وموحشاً وألا يجمعها مع ضررتها بغير رضاها³، فمتابعة الزوجة زوجها للمسكن الشرعي وهو بيت الزوجية الذي يختاره الزوج مستوفياً للشروط الضرورية للحياة هو واجب أساسي على المرأة من واجبات الحياة الزوجية، فإذا تمردت المرأة عن متابعة زوجها دون أن يكون هناك مانع، كما لو أن الزوج لم يؤدها ما يجب تعجيله من المهر أو لم يهيئ لها المسكن الزوجي الصالح فإنها بهذا التمرد الغير معذور تسقط نفقتها

¹ و هبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 79 .

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1984 / 07 / 09 ، ملف رقم 33762 ، المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الرابع، ص 119 .

³ مشروع قانون الأحوال الشخصية، الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، المرجع السابق، ص 104 .

الزوجية عن عاتق الزوج مدة هذا التمرد والامتناع وتعود النفقة متى أذعن وتناقذت وهذا باتفاق جمهور الفقهاء¹.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 09 / 07 / 1984 المذكور أعلاه وقد أكدت هذه الأخيرة المحكمة العليا على أنه لا يمكن اعتبار كل زوجة امتنعت عن الرجوع إلى بيت الزوجية ناشزا وذلك في القرار الصادر بتاريخ 09 / 02 / 1987 الذي جاء فيه " من المقرر شرعا أنه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تعتبر ناشزا تحرم من أجلها من حقوقها الواجبة لها شرعا من جراء طلاقه لها، ومن المقرر أيضا أن النشوز لا يعمل به شرعا إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم لها بها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقوانين الشرعية"²

كما أن امتناع الزوجة عن الرجوع لبيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا وهذا ما ورد في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 19 / 05 / 1998 الذي جاء فيه "... ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده قد سبق وأن رفع دعوى طلاق على الطاعنة على اعتبار أنها مريضة عقليا، ثم تراجع عن ذلك وطالب برجوعها من جديد ليتجنب مسؤولية الطلاق، فإن امتناع الطاعنة عن الرجوع بعد إهانتها لا يعتبر نشوزا..."³ وحتى اشتراط الزوجة لرجوعها إلى بيت الزوجية حضور الزوج إلى بيت أهلها كرد لكرامتها هو شرط ينتفي معه النشوز، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17 / 02 / 1998 حيث جاء فيه : "من الثابت شرعا و فقها أنه في حالة الخصام بين الزوجين فإن حضور الزوج لبيت أهل الزوجة وطلب رجوعها إلى بيت الزوجية مرغوب لرد كرامتها لبناء حياة زوجية صحيحة".

من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بجعل مسؤولية الطلاق على عاتق الزوجة باعتبارها ناشز، فإنهم أخطئوا في تفسير القانون والشرع لأن الزوجة لا تعتبر

¹مشروع قانون الأحوال الشخصية، نفس المرجع السابق، ص107 .

²المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 19 / 05 / 1998 ، ملف 189324 ، الاجتهاد القضائي

لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001 ، ص 14 .

³المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 19 / 05 / 1998 ، ملف رقم 189324 ، المجلة القضائية،

لسنة 2001 ، عدد خاص، ص 147 .

ناشزا، بل اشترطت لرجوعها حضور الزوج إلى بيت أهلها لرد كرامتها وهو الشرط الذي ينتفي معه النشوز بأغلبية آراء الفقهاء، فإنهم أخطأوا في تفسير القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

إضافة إلى هذا فامتناع الزوجة من السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا منها وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000-11-21 الذي جاء فيه " إن امتناع الزوجة عن السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا وأن القضاء بإيقاع الطلاق على الطاعنة يعد تعسفا في حقها وتستحق التعويض جبرا للضرر"².

2/ تعتبر الزوجة ناشزا إذا كان الزوج يقيم معها في بيتها بإذنها ثم منعه من الدخول ولم تطلب منه الانتقال لمسكن آخر ولم تترك له فرصة للبحث عن مسكن لأن منعها له من غير طلب سابق والإمهال خروج عن طاعته³.

3/ خروج الزوجة من بيت زوجها في غيبته أو دون إذنه للحاجيات التي تستدعي خروجها أو للأموال أو الزيارات المشروعة كزيارة الأهل مثلا، وجدنا فيه اختلافات كبيرة بين الفقهاء في اعتبارا الزوجة ناشزا أم لا فهناك من يرى أنه ليس للزوجة الخروج من المنزل ولو إلى الحج إلا بإذن زوجها⁴.

وهناك رأي آخر وهو رأي فقهاء الحنفية الذين يرون أن للزوجة الحق في أن تخرج من بيت الزوجية لزيارة والديها وليس للزوج أن يمنعها من ذلك، وإن كان أبوها مريضا مرضا معقدا واحتاج إليها فعليها أن تذهب إليه وإن كان غير مسلم وإن أبى الزوج، وليس للزوج منع أوبوها وغيرهم من المحارم زيارتها⁵.

ويرى أن الشافعية أن للزوجة الخروج في غيبة زوجها إلى بيت أبيها أو أقاربها أو جيرانها ونحوها كالعبادة والتعزية، ولا يسقط هذا الخروج نفقتها لأنه لا يعد نشوزا عرفا⁶.

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1998 / 02 / 17 ، ملف رقم 184055 ، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1998 ، ص 85 .

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2000 / 11 / 21 ، ملف رقم 251682 ، المجلة القضائية لسنة 2001 ، ص 290 .

³ رمضان علي، السيد الشرباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة، 2001 ، ص 202 .

⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1998 / 05 / 19 ، ملف رقم 189324 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001 ، ص 147 .

⁵ مشروع قانون الأحوال الشخصية، الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، المرجع السابق ص 113 .

⁶ مشروع قانون الأحوال الشخصية، نفس المرجع السابق، ص 133 .

ونميل إلى الرأي الذي ذهب إليه فقهاء الحنفية والشافعية لكن هذا لا يعني أن تتعسف الزوجة استعمال حقها بالخروج من بيت الزوجية بين كل لحظة وأخرى نكاية في الزوج أو ما شابه ذلك ونؤكد أن الخروج لا يكون إلا للحاجات التي تستدعي خروجها وللمأمور والزيارات الشرعية فالقاضي هنا هو الذي يحدد الحالات الضرورية التي تستدعي خروج الزوجة من بيت الزوجية وكذا الزيارات التي تعتبر شرعية وذلك وفقا لسلطته التقديرية باعتماده على عرف المنطقة التي يقطن فيها الزوجان أو على عادات أهليهما وتقاليدهم.

4/ قضية سفر الزوج بزوجته وكون عدم سفر الزوجة مع زوجها يعتبر نشوزا أم لا فقد تعددت فيها آراء الفقهاء والرأي الراجح في الفقه أن للزوج بعد أدائه كل المهر المعجل لزوجته أن يسافر بها إذا كان مأمونا عليها، فإن كان الزوج غير مأمون عليها يريد نقلها من بيت أهلها ليؤذيها، أو يأخذ مالها وامتنعت عن السفر فلا تعتبر ناشزا¹.

وعليه فوجوب سفر الزوجة مع زوجها ومتابعتها له فيه هو الأصل ما لم تكن قد اشترطت عليه في عقد الزواج خلاف ذلك، ويترك للقاضي في غير حالة الشروط العقدية تقدير الظروف والملابسات التي تسوغ إسقاط هذا الواجب عن الزوجة، ومنع الزوج من السفر بها، فالقاضي يقدر ذلك بحسب ما يراه من الوقائع ويأخذ بعين الاعتبار أن يكون الزوج مأمونا على نفس الزوجة ومالها ولا يقصد بنقلها الكيد والإضرار بها إلى غير ذلك من الاعتبارات التي تختلف باختلاف المواطن ولا تخفى على فطنة القضاة².

ثانياً:

أما عن نشوز الزوج فيتحقق بمنع الزوجة من حقوقها كترك الإنفاق عليها، أو المبيت عندها أو هجرها بالمرّة أو إيذاؤها بالضرب والسب وما إلى ذلك من ضروب الإهانة والتعسف، فيصدق على الزوج وصف الناشز إذا منع زوجته من حقوقها، ولو في بعض منها ويسيء خلقه معها وهناك العديد من الحالات التي يعتبر فيها الزوج ناشزا وبالتالي يمكن للزوجة أن تطلب حل الرابطة الزوجية والحصول على التعويض طبقاً لنص المادة 55 من قانون الأسرة ونذكر منها:

1/ نشوز الزوج عن طريق الظهار: قد تصدر عن الزوج عبارة لا تدل على الفرقة وإنما على

¹وهية الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص342.

²مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، المرجع السابق، ص117.

تحريم الحياة الزوجية، فهي تدل على بقاء العلاقة الزوجية لكنها تبقى علاقة محرمة، وذلك بأن نسب زوجته إلى إحدى محارمه فيقول لها أنت علي كظهر أمي أو نحو ذلك، والظهار هو تشبيه الرجل زوجته في التحريم بإحدى المحرمات على وجد التأييد سواء كان ذلك بالنسب أو المصاهرة أو الرضاع¹.

2/ نشوز الزوج عن طريق الإيلاء:

الإيلاء هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعداً بالله أو بتعليق القربان على ما يشق، فالحلف بالله ألا يقرب زوجته خمسة أشهر إيلاء، وإذا علق الدخول بها على عبادة فيها مشقة أو أمر فيه مشقة عليه فهو إيلاء².

3/ نشوز الزوج عند هجره للأسرة وإهماله لواجباته لمدة تتجاوز شهرين:

فالزوج الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي، يعتبر ناشزاً كما أن الزوج الذي يتخلى عمداً ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بحالها وذلك بغير سبب جدي يعتبر ناشزاً.

4 / نشوز الزوج بسبب عدم الإنفاق:

إن امتناع الزوج عن الإنفاق عن زوجته دون سبب شرعي يعد نشوزاً منه، وعدم الإنفاق إذا أثبت بحكم قضائي حائز لقوة الأمر المقضي فيه يعد سبباً من أسباب التطلق الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة، واشتراط إثبات عدم الوفاء بالنفقة بواسطة حكم قضائي وصيرورة هذا الحكم حائز لقوة الأمر المقنضى به فيه غبن للزوجة، لذلك فإنه من الأحسن أن يكون إثبات نشوز الزوج لعدم الإنفاق طبقاً للقواعد العامة للإثبات³، وامتناع الزوج عن توفير مطالب الزوجة المحكوم بها قضاء يعد نشوزاً منه وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ

¹ عمر زودة، المرجع السابق، ص 46.

² محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، أغسطس 1957، ص 343.

³ عمر زودة، المرجع السابق، ص 48.

1998 / 4 / 21 حيث جاء فيه " من المقرر قانونا أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون...".

المبحث الثاني

مسألة التطلاق بطلب من الزوجة

إذا كانت حكمة الشريعة قد قضت أن يكون الطلاق بيد الزوج، فقد اقتضت عدالتها أن تراعي جانب الزوجة، فمنحتها الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها سواء رضي الزوج أو لم يرضى، وهذا راجع لأسباب تُثبتها أمام القاضي، وأوجب على القاضي أن يحكم بطلاقها من زوجها إذا تبين له صحة ما تدعيه، وقد نصت المادة 53 من ق.أ.ج، على الأسباب التي تخول الزوجة طلب التطلاق.

إن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة لديه طريقتين الأولى وهي أن ترفع أمرها للقاضي لطلب تطلاقها من زوجها لكن لتوفر حالات معينة نصت عليها المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري، طلب الخلع حسب ما جاء في المادة(54) من نفس القانون حيث سنتطرق خلال مبحثنا هذا في المطلبين الآتيين تحت عنوان:

المطلب الأول: التطلاق

المطلب الثاني: الخلع

المطلب الأول: التطلق

لقد عدت المادة 53 من (ق.أ.ج) الأسباب التي يجوز فيها للزوجة طلب الفریق، لكن قبل التطرق لهذه الأسباب لابد من معرفة التفريق القضائي والفرق بينه وبين الطلاق والخلع. ومنه ارتئنا تقسيم المطلب إلى فرعين، حيث سنتناول في الفرع الأول مفهوم التطلق "التفريق"، أما الفرع الثاني فقد خصصناه لسلطة القاضي في تقدير حالات التطلق.

* الفرع الأول: مفهوم التطلق "التفريق"

انحلال رابطة الزواج وانقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب¹. أو هو انهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم قضائي بناء على طلب أحدها، والشقاق والضرر وعدم الانفاق، أو دون طلب من أحد حفظا لحق الشرع وردة أحد الزوجين². ومنه نستخلص أن التفريق القضائي طلاق بناء على الإرادة المفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة ويفرق القاضي بينهما عملاً بقواعد العدالة والإنصاف³.

* تمييز الطلاق عما يشبهه من بعض مفاهيم

أ- التمييز بين التطلق والخلع:

إن الخلع هو ذلك النظام الذي يمكن المرأة من إنهاء الحياة الزوجية عندما يتعذر عليها إثبات قيام أحد الأسباب التي نصت عليها المادة 53 من قانون بخصوص التطلق، مستنداً في ذلك على نص المادة 54 من نفس القانون، وهذا هو المفهوم الذي كرسه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا⁴.

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 6863/9، دار الفكر، دمشق، ط4، 1422 هـ نقلاً عن نيف محمد الجنيدي، عضل النساء والتفريق للشقاق، ص205.

² محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاص بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص27.

³ محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري بالأمر 05-02، دار الوعي، 2012، ص232.

⁴ لعمارة محمد صورية، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة (الزواج والطلاق)، مذكرة التخرج للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، 2002-2005، ص171.

ب- التمييز بين التطلق والطلاق:

الطلاق قائم على الإرادة المنفردة للزوج طبقاً لنص المادة 48 من ق.أ.ج، ذلك أنه ليس بقاضي أي سلطة في قبول أو نفي تصرف الزوج، بينما التطلق يتم بناء على حكم قضائي بعد إثبات الزوجة لما تدعيه إثباتاً مادياً نافياً للجهالة.¹

* الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطلق

كنتيجة لإبرام عقد الزواج فإنه تترتب التزامات وحقوق على عاتق الزوجين، فإن أخلت الزوجة بالتزاماتها أمكن لزوجها أن يطلقها، أما إن أخل الزوج بهذه الالتزامات كامتناعه عن أداء النفقة، أو هجره زوجته في المضجع، أو تركه مسكن الزوجية وغيابه عنه، فهل يمكن للزوجة أن تطلب التطلق في هذه الحالة؟

لقد حددت المادة 53 قانون الأسرة الجزائري الأسباب التي تستند إليها الزوج لطلب التطلق من القاضي، الذي تقبى له السلطة التقديرية في قبول طلبها أو رفضه، فنجد هذه السلطة مُطلقة في بعض الأسباب وضيقة في تقدير الأسباب الأخرى، ولمعرفة هذه الأسباب بوجه من الإيجاز سنعرضها من خلال فرعنا هذا:

أولاً: التطلق لعدم الإنفاق

لقد نص المشرع الجزائري على هذا السبب في الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة والتي جاء فيها "...عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون..."².

وطبقاً لهذا النص فليس للزوجة أن تطلب التطلق لعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم يقضي بإلزام الزوج بأداء النفقة، وصيرورة هذا الحكم نهائياً وتكليفه بالوفاء طبقاً لإحكام المادة 330 من قانون الإجراءات المدنية³.

¹ لعمارة محمد صورية، نفس المرجع، ص172.

² المادة 53 من قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.

³ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، Encyclopédie Editions، طبعة 2003، ص109.

كما أن هذه المادة اشترطت ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج، فإن كان معسرا وكانت تعلم بذلك فلا يجوز لها طلب التطليق لعدم الإنفاق والسؤال المطروح هنا على من يقع عبء إثبات الإعسار فهل يقع على الزوج أم الزوجة؟

إن الأصل في الإنسان أن ذمته المالية ممتلئة وأن الإعسار هو حالة طارئة، وتبعاً لذلك فإنه يقع عبء الإثبات على الزوجة بأن زوجها أصبح معسرا وعلى الزوج أن يثبت أنه كان وقت إبرام العقد معسرا وكانت الزوجة وقتئذ عالمة بإعساره، والإعسار واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات بما فيها البينة والقرائن¹، وهنا تتجلى السلطة التقديرية للقاضي في هذه المسألة. وتجدر الإشارة هنا أن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق، بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها وبحسب مدخلاته وموارد رزقه وذلك ما حددته المادتين 78 و79 من قانون الأسرة وبذلك لا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه عنها².

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل القاضي ملزم بالحكم بالتطليق بمجرد أن تثبت الزوجة عدم إنفاق الزوج؟ أم له سلطة تقديرية في أن يمنح له مهلة لتدبر أموره؟

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة إلا أنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن جمهور الفقهاء من الشافعية والحنبلية والمالكية يجيزون التفريق لعدم الإنفاق وأن للمرأة حق المطالبة بالتفريق، إذا ثبت عسر الزوج وعدم إنفاقه ويطلق عليه فوراً عند ثبوت إعساره دون أن يؤجل أو ينظر عند الحنبلية، أما الشافعية والمالكية فقالوا بأنه يؤجل بين شهر وثلاثة أشهر³.

وفي هذا يرى الدكتور بلحاج العربي أنه على القاضي أن يُمهّل الزوج مدة مناسبة ولا يُطلق عليه زوجته للعسرة، للوهلة الأولى لأن الزوج في هذه الحالة لا يعد ظالماً حتى يُطلق عليه القاضي زوجته لرفع ظلمه عنها⁴ ونحن نميل إلى هذا الرأي.

¹ عمر زودة، نفس المرجع-ص 48

² عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية لسنة 1996 - دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع-الجزائر - ص 257

³ محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية - شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، طبعة 2002، ص 338.

⁴ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الجزء الأول-الزواج والطلاق-ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1999، ص 277.

فإذا ثبت للقاضي أن الضائقة المالية التي يمر بها الزوج مؤقتة وأن الضرر اللاحق بالزوجة ليس جسيماً فمن الأفضل في رأينا أن يمهله مدة معينة بدلاً من أن يحطم حياته الزوجية وما ينجر عن ذلك من آثار سلبية على الزوجة والأبناء، وهذا وفقاً لما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية.

ثانياً: التطبيق للعيوب

لقد نص المشرع الجزائري على هذا السبب في الفقرة الثانية من المادة 53 والتي جاء فيها "العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج" والملاحظة الأولى على هذه الفقرة أن المشرع الجزائري لم يجعل هذه العيوب مشتركة بين الزوجين، بل أشرط أن تكون هذه العيوب في الزوج وحده دون أن يشترطها في الزوجة، أما الزوج إذا أراد حل عقد الزواج فله أن يستعمل حقه في الطلاق دون استناده إلى تلك الأسباب، وإذا استند إلى واحد من تلك الأسباب، فإنه يرمي من وراء ذلك إلى نفي التعسف عن نفسه في استعمال حقه في الطلاق¹.

والمقصود بالعيوب هو كل نقصان بدني أو عقلي في الزوج يمنع من تحقيق مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية، الأمر الذي أعطي معه للمرأة حق طلب التطلاق².

وعليه فإذا اكتشفت الزوجة عيباً بزوجها لم يكن معلوماً قبل الزواج أو اطلعت على مرض أصابه بعد الزواج من شأنه الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية مثل الخشاء والعنة أو من شأنه الحيلولة دون إنجاب الأولاد مثل مرض العقم أو من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من زوجها والاشمئزاز منه أو الخوف من آذاه، وخطورة تصرفاته مثل أمراض الجذام والبرص وغيرها من الأمراض الخطيرة المعدية والدائمة كالجنون والصرع المستمر، فإنه من حقها أن تدفع الضرر عن نفسها بالتوجه إلى القضاء لطلب التطلاق من زوجها المريض³.

وفي هذا الإطار صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 16 / 02 / 1999 جاء فيه:

"من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً، ومتى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب طيلة هذه المدة، مما أدى بالزوجة أن تطلب التطلاق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة

¹ عمر زودة: طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها – مرجع سابق-ص 48.

² عمر وعيسى الفقي، التطلاق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، المكتب الفني للموسوعات القانونية، مطبعة المجموعة المتحدة سنة 1998 ص 38.

³ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 26.

الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقاً سليماً ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن¹.

من خلال التمعن في هذا القرار يتبين لنا أنه لم يوضح سبب عجز الزواج عن مباشرة زوجته فهل كل العيوب التي تحول دون المباشرة الجنسية تؤجل الحكم فيها لمدة سنة؟ وماذا عن باقي العيوب؟

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة، نجد أن الفقهاء فرقوا بين العيب الذي يرجى شفاؤه والعيب الذي لا يرجى شفاؤه، فإذا ثبت أن العيب يستحيل شفاؤه أو أن شفاؤه يستغرق زمناً طويلاً فإن القاضي يحكم بالتطليق على الفور، أما إذا ثبت له أن العيب يمكن شفاؤه فإنه يؤجل الحكم سنة فإن لم يحصل الشفاء فرق بين الزوجين ومثال ذلك العنة، فإذا ادّعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها، أجل مدة سنة فإن لم يحصل الاتصال وأصررت على التطليق يحكم لها القاضي بذلك أما الجب فهو من العلل التي لا يرجى شفاؤها والقاضي يحكم بالتطليق فوراً دون منح الرجل أجل السنة لأنه ميووس منه ولا معنى للانتظار.²

ثالثاً: التطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة شهور

تطرق المشرع الجزائري إلى الهجر في المضجع كسبب من الأسباب التي تبيح للمرأة طلب التطليق في الفقرة الثالثة المادة 53 من قانون الأسرة، ويقصد بهذا الهجر أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش ولا يهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج أي لا يعاملها في الفراش معاملة الأزواج ويشترط أن يدوم هذا الهجر أكثر من أربعة أشهر وأن يكون عمدياً مقصوداً لذاته نكايته بالزوجة وليس له ما يبرره لا شرعاً ولا قانوناً.³

هناك الهجر الذي يملكه الزوج في مواجهة زوجته على وجه التأديب لقوله تعالى: "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجوهن في المضجع"⁴، ومتى كان الهجر بغرض التأديب فإنه يدخل في إطار حقوق الزوج وبالتالي لا يجوز أن يُضار شخص باستعمال حقه الشرعي، إلا

¹ الإجهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا لسنة -2001، ص 119.

² الدكتور محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية - شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية-مرجع سابق-ص329 .

³ عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 231.

⁴ سورة النساء، الآية 34

إذا تعسف في استعماله وتجاوز حدود هذا الحق المقرر له وفي هذا الهجر، بغرض التأديب سقط حق الزوجة في طلب التطلق¹.

ولا بد أن نشير أن الهجر في المضعج كسبب قانوني من الأسباب التي تمنح للزوجة حق طلب التطلق والذي يشترط أن يكون متعمدا وليس له مبرر شرعي، ليس هو نفسه الهجر الذي ورد في الآية رقم 33 من سورة النساء في قوله تعالى "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجوهن في المضاجع" فهذا الهجر الأخير لا يهدف إلى الاضرار بالزوجة وإنما إلى تأديبها وهو هجر شرعي ولا يعتبر سببا من أسباب التطلق، ويدخل في إطار الحقوق الشرعية للزوج على زوجته، ولا يجوز أن يضار شخص بسبب استعمال حقه الشرعي إلا إذا تعسف في استعماله وتجاوز حدود هذا الحق المقرر له، والقاضي هو الذي يحدد ما إذا كان الهجر شرعيا أم لا وهل تعسف الزوج في استعمال حقه أم لا وفقا لما له من سلطة تقديرية في هذا المجال.

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

نص المشرع الجزائري أن الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية يعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلق في الفقرة الرابعة المادة 53 من قانون الأسرة. من خلال استقرائنا لنص الفقرة أنها حددت بكل دقة الشروط الواجب توافرها في هذه الحالة حتى يحق للزوجة طلب التطلق وهذه الشروط هي:

- صدور حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي فيه أي أنه استوفى طرق الطعن فلا يكفي مجرد الحكم بإدانته وصدور الحكم بل يجب أن يحوز قوة الشيء المقضي فيه.

- أن تكون العقوبة المحكوم بها على الزوج بحكم قضائي جريمة مشينة أي أنها من الجرائم التي يشتمز منها المجتمع و منافية لأخلاقه² مثل : جرائم الاعتداء على العرض والاعتصاب... الخ

¹ عزيزية يوسف، التطلق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهادات المحكمة العليا، مذكرة التخرج من المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004، ص18

² عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، جامعة بن عكنون، دولة الجزائر 2007، ص 109.

- أن تكون الجريمة قرينة على استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية، أي أن الحكم يسبب توتر في العلاقات بين الزوجين وينجم عليه الكره والبغض فينتج عن هذه الأخيرة خلافات حادة. وتقدير إذا كانت الجريمة يستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، يرجع إلى القاضي وعليه أن يعتمد على عادات وتقاليد المجتمع لتحديد مدى مساس هذه الجريمة بشرف الأسرة وتأثيرها على الحياة الزوجية.

وإذا توفرت كل هذه الشروط مجتمعة فللزوجة الحق في رفع دعوى أمام المحكمة لتطلب الحكم لها بالتطليق من زوجها وعلى المحكمة أن تقضي لها بذلك، بعد أن تقدم الإثباتات أمام القاضي كالحكم الجزائي الحائز على قوة الشيء، وجعل القاضي يقتنع بأن هذه الجريمة فيها مساس الأسرة ولأنه يستحيل مواصلة عيش الزوج والزوجة مع بعض¹.

خامساً: التطليق لغياب الزوج

اختلف الفقهاء في جواز التفريق للغيبة فذهب أبو حنيفة والشافعي إلى عدم التفريق للغيبة، كما ذهب مالك وأحمد إلى جواز التفريق إذا طال الغيبة وتضررت منها المرأة بأن خشيت على نفسها الزنا ولو كان الزوج قد ترك لها مالا تنفق منه².

أما المشرع الجزائري في الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة والتي تنص على: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 5-الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة³ والغائب حسب المادة 110 من قانون الأسرة هو الشخص الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة لمدة سنة على أن يسبب غيابه ضررا للغير⁴. ولقد صدر في هذا الشأن حكم عن محكمة بشار بتاريخ 03 / 10 / 99 قضى فيه بالإشهاد بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق وقد جاء في حيثياته: "حيث أن الثابت في قضية

¹ نعيمة تبودشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 2000، ص 219.

² عزيزية يوسف، المرجع السابق، ص 15.

³ المادة 53 من قانون رقم 84 / 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.

⁴ منصور نور، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر عين مليلة - الجزائر، سنة 2012 ص 23.

الحال أن الزوجة تضررت من غياب الزوج لها لمدة أكثر من سنتين مما يجعل دعواها مؤسّسة عملاً بالمادة 5/53 ق.أ، الأمر الذي يتعين معه الاستجابة لطلبها المتعلق بالتطليق¹.
ومن تحليل مضمون الفقرة الخامسة من المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري والوارد ذكره أعلاه، يتضح بأنه لا يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة الحكم لها بالتطليق إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

- أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل بدءاً من يوم غياب الزوج إلى تاريخ رفع الدعوى، في حين لا يجوز لها ذلك إذا لم يمض على غيابه رفع الدعوى في حين لا يجوز لها ذلك إذا لم يمضي على غيابه هذه المدة التي يجري حسابها عند الفقهاء المسلمين بالسنة القمرية، ولكن القانون الجزائري لم يحدد هذه الكيفية وجرى بالاعتماد على السنة الميلادية أخذاً بموقف الإمام مالك الذي جعل مدة الغيبة بين سنة وثلاثة سنوات.

- أن يكون هذا الغياب قد وقع من الزوج بدون عذر شرعي كما لو سافر لمجرد السفر ولم يعد، ويختلف الأمر لو غاب سنة أو أكثر من أجل إتمام دراسته أو كان في مهمة وطنية تستدعي بقاءه في الخارج لمدة تفوق السنة، أو لأي سبب جدي آخر، فإنه طلب الزوجة التطليق في هذه الحالات يكون مصيره الرفض.

- أن يغيب عنها ولا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه، وهذه الحالة يقدرها القاضي، ويتأكد منها بجميع الطرق، حيث ينظر في الأسباب التي دفعته إلى الغياب، والبلد الذي يتواجد به والوضعية التي آل إليها خلال الغياب والاجراءات الإدارية والظروف السياسية المحيطة به، وما إذا كان التحويل النقدي ممكناً، فإن كانت وضعية الزوج المالية حسنة وله مصادر في الداخل دون أن يترك للزوجة ما ينفقه فإن القاضي يحفظ مصير الأسرة، ومتى رفعت إلى طلب التطليق للغياب بلا نفقة يلجأ إلى التأكد من مصادر النفقة ويحكم لها بأخذ النفقة من ماله الموجود بحوزتها أو تحت حيازة الغير، وتكون الاحكام مشمولة بالنفذ المعجل.

إن المشرع الجزائري باستعماله " محل الإقامة " لم يكن دقيقاً لتوضيح ما إذا كان يقصد بها نفس البلد أو بلد أجنبي، فإذا كان الغياب مثلاً داخل الوطن بأن وجد الزوج في تمارست

¹ حكم صادر عن محكمة بشار بتاريخ 03 / 10 / 1999 تحت رقم فهرس 640 / 99، غير منشور.

والزوجة في وهران بدون نفقة¹، فهذا التطلاق يجب أن يؤسس على الضرر لا على الغياب ويعاب عليه أيضا أنه لم ينص على فقدان كسب من أسباب طلب التطلاق. بالنسبة للعدر الشرعي المبرر لغياب الزوج والذي يحول دون تطلق زوجته عليه فهو خاضع للسلطة التقديرية للقاضي فهو الذي يقدر ما إذا كان هذا العذر شرعيا ومبرراً لغيابه أم لا؟ غياب الزوج مثلا لمزاولة الدراسة يعتبر مبررا شرعيا أما غيابه لأكثر من سنة في رحلة سياحية فهذا لا يعتبر مبررا شرعيا للغياب وهكذا فالقاضي يحدد مدى شرعية الغياب من عدمه وفقا لمعطيات الملف وظروف الزوج وعادات وتقاليد المجتمع.²

سادساً: التطلاق للضرر المعتبر شرعاً

منح المشرع الجزائري حق طلب التطلاق ورفع طلبها للقاضي في حال تضررها من قبل الزوج وهو حق للزوجة دون الزوج وذلك لأن لهذا الأخير حق فك الرابطة الزوجية الإرادة المنفردة، وجاءت المادة 53 في فقرتها 10 الأخيرة بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية: - كل ضرر معتبر شرعاً".

أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يسيء الزوج إلى زوجته في المعاملة ولا أن يؤذيها بالقول، وهذه مبادئ قررها الإسلام، فقد قال عز وجل: {وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ}³ وقوله كذلك: {وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}⁴.

لكن مع هذا جعل الإسلام للزوج الحق في تأديب زوجته فله ولاية تأديبها إذا خالفته ولم تطعه فيما يجب عليها طاعته شرعاً، ولكن إذا تجاوز هذا التأديب حده على نحو يسيء للزوجة ويؤذيها في المعاشرة بالقول أو بالفعل بأن كان يضربها ضرباً مبرحاً، أو يشتمها أو يحملها على فعل غير مباح شرعاً، فهل يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة التطلاق في مثل هذه الأحوال؟ وباستقراء هذه الفقرة نجد أن العبارة عامة جداً بحيث لم يتقيد المشرع بضرر المعين، وهنا تبدأ سلطة القاضي التقديرية وتكون موضوعية مطلقة ولا يقيد أي قيد ولا تخضع لرقابة

¹ منصور نورة، المرجع السابق، ص 42.

² لدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 533.

³ سورة البقرة الآية 228.

⁴ سورة النساء، الآية 19.

المحكمة العليا¹. وإن ضرر وتقديره يرجع للقاضي لأنه يختلف من زوجة لأخرى فهنا يعتبر ضرر عند الزوجة ليس بضرورة يشكل ضرر عند الأخرى وضرر الذي يعتبر شرعا في زمن معين وكذا جماعة معينة قد لا يكون كذلك بالنسبة إلى زمن آخر أو جماعة أخرى². توجد عدة قرارات للمحكمة العليا منها القرار الصادر بتاريخ 1991/02/20 اعتبرت المحكمة العليا بقاء الزوجة مدة طويلة تقارب الخمسة سنوات لا هي متزوجة ولا هي مطلقة تُعتبر ضرر شرعا يُجيز للزوجة المطالبة بالتطليق³. كذلك ضرب الزوجة يعد هو آخر ضرر شرعياً وسبب من أسباب التطليق وهو ما أتت به المحكمة العليا في اجتهادها القضائي الصادر بتاريخ 2000/06/20، كما لم يشترط صدور الحكم الجزائي لإثبات الضرر وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2001/01/23 وإن تقديم شهادة طبية وحدها غير كافي لثبات الضرب الواقع من طرف الزوج. والسلطة التقديرية للقاضي تبقى واسعة في تقدير الضرر الذي لحق الزوجة من جراء فعل الزوج وهل هذا الضرر يعتبر شرعياً أو لا وله في تقدير ذلك السلطة الواسعة⁴. والقاضي له السلطة في تقدير مثاله ويمكن اعتبار عدم توفير السكن اللائق الشرعي أو اهمال النفقة الشرعية أو اساءة معايشة الزوجة أو التهرب من الواجبات الزوجية ضرر معتبر شرعا، والقاضي هو من له تقدير ذلك⁵.

سابعاً: طلب التطليق لارتكاب الفاحشة المبينة

جعل المشرع الجزائري ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة سببا آخر من أسباب فك الرابطة الزوجية عن طريق طلب الزوجة للتطليق وذلك حسب ما ورد في الفقرة 7 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: -ارتكاب فاحشة مبينة...".

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 236.

² نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 2006، ص 75.

³ قرار المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية-قرار صادر بتاريخ 1991/02/20 ملف رقم 75588 -المجلة القضائية- العدد 4 لسنة 1993، ص 78.

⁴ شمروك محمد واخرون، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008/2005، ص 26.

⁵ عزيزية يوسف، المرجع السابق، ص 19.

وان المشرع في هذه المادة لم يبين لنا المقصود بالفاحشة المبينة، وبصفة عامة يقصد بالفاحشة كل فعل تستنكره القيم الإسلامية وأخلاق المجتمع الاسلامي. وعليه فانه إذا ارتكب الزوج فاحشة مبينة كالزنا، الشرك بالله أو الردة أو الاعتداء على قاصر... فإنه يجوز للزوجة رفع أمرها إلى القاضي من أجل تطليقها لكن شرط اثبات الفعل، كما يضاف إلى الفاحشة المبينة تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي الأرحام والمنصوص عليها في المادة 337 من قانون العقوبات¹. وتشمل الفاحشة المبينة جميع الأخطاء الجسيمة التي لا تغتفر، فقد تكون قتل النفس، أو زوالا للعقل بالمسكرات، أو انتهاك عرض بالزنا، واللواط والقذف، أو إفساد الأديان بالكفر والردة والبدعة، أو إتلافاً للأموال بالسرقة والغصب².

وما يلاحظ عن المشرع الجزائري أنه لم يخص جريمة الفاحشة بحكم خاص، فلم يشترط أن تصدر في هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية، ولمدة تفوق السنة، بل اشترط فقط أن تكون الجريمة المرتكبة من الفواحش مهما كان نوع العقوبة³.

ويمكن القول إن الفاحشة تكون في الغالب على الزنا، وشرب الخمر، باعتبارهما من الكبائر والفواحش⁴.

فقد وصفنا في نصوص كثيرة بهذا الوصف، ولعل المشرع قد قصد هذا المعنى لما نص عليه في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، ولشناعة هذين الفاحشتين فقد أعطى القانون الحق للمرأة المتضررة من ارتكاب زوجها ليها، حق طلب التطلاق، على أن تقدم إلى المحكمة من الأدلة والحجج ما يكفي لإثبات فعل الفاحشة وجعل القاضي يقتنع بذلك⁵.

ثامناً: الشقاق المستمر بين الزوجين

اعتبر المشرع الجزائري الشقاق المستمر بين الزوجين من الأسباب التي تمنح للزوجة من أجل طلب فك الرابطة الزوجية، وهذا ما جاءت به المادة 53 في فقرتها 8 بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية: -الشقاق المستمر بين الزوجين..."

¹ شمروك محمد وآخرون، المرجع السابق، ص 23.

² عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1969، ص553.

³ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 275.

⁴ يزيد العيسات، المرجع السابق، ص 170.

⁵ نورة منصور، المرجع السابق، ص 62.

وان هذه الفقرة هي مستحدثة بموجب الأمر 02/05 مؤرخ في 11 مايو سنة 2005، وهذه الفقرة جاءت إثر الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا منها القرار المؤرخ في 15/06/1999 والذي فيه: "من المستقر عليه قضاءً أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضرراً شرعياً..."¹ وان مصدر مصطلح الشقاق مستمدة من قوله تعالى: (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها) 35 سورة النساء، والشقاق هو استحكام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للانهايار والضياع². وان القاضي في حالة الخصام وعدم معرفة مصدر الضرر، وكل زوج ينسب للآخر فهنا القاضي يبذل جهده في استئصال جذور الخلاف فإن لم يُفلح يلجأ إلى التحكيم³، وفي حالة عدم توصل إلى حل وسط من خلال الحكّمين يرفعان أمرهما بعدم التصالح إلى القاضي، وتتمثل سلطة القاضي في أمرين هنا في بذل جهد للإصلاح بين الزوجين ويكون هذا عند وقوف القاضي على أسباب النزاع والشقاق بين الزوجين بعد ثبوت الدعوى وتدخّل بحسب معرفته وأسلوبه وأعضاً ومُرشداً ومرغباً في الإصلاح. وثاني سلطة له هي في تعيين آجال الدعوى التي يراها مناسبة على ألا تتجاوز مدة 3 أشهر التي نص عليها المشرع. فالقاضي يقدر المدة التي يراها كافية ليراجع الزوجان نفسيهما وذلك من أجل الإصلاح بينهم⁴.

تاسعاً: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

هذه الفقرة أيضاً مستحدثة بموجب التعديل الجديد لقانون الأسرة ومصدر هذه الفقرة هو المادة 19 من نفس القانون والتي تنص على انه: " للزوجين أن يشترطاً في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون". فالمادة 19 تنص على اشتراط كحق

¹ قرار المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية-قرار صادر بتاريخ 15/06/1999 ملف رقم- 224655 المجلة القضائية، ص128.

² باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص54.

³ باديس ديابي، نفس المرجع، ص54.

⁴ أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، (رسالة لدكتوراه في قانون الخاص، جامعة تلمسان)، الجزائر 2012-2013، ص153.

للزوجين وأوردت على سبيل المثال شرطين وذكرهما المشرع لأهمية هاذين الشرطين وهما عمل المرأة وتعدد الزوجات، والجديد في قانون الأسرة هو إمكانية إبرام عقد رسمي أمام الموثق ولو كان الأمر لاحقاً عن عقد الزواج¹.

طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإنه يحق لكلا الزوجين إدراج مجموعة شروط في عقد الزواج بما يحقق لأي منيها مصلحة مشروعة لا تمس حقوق الغير، وبما يضمن الاستقرار الأسري، وانتظام الحياة الزوجية، شريطة ألا تتنافى مع قواعد الشريعة الإسلامية والقانون، ولا تتنافى أصل عقد الزواج ومقتضياته.

وما دامت هذه الشروط لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً وجب الوفاء بها من طرف الزوجين، غير أن مخالفة أحدهما لتلك الشروط يخول للطرف الآخر فسخ عقد الزواج².

طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإنه يحق لكلا الزوجين إدراج مجموعة شروط في عقد الزواج بما يحقق لأي منهما مصلحة مشروعة لا تمس حقوق الغير، وبما يضمن الاستقرار الأسري، وانتظام الحياة الزوجية، شريطة ألا تتنافى مع قواعد الشريعة الإسلامية والقانون، ولا تتنافى أصل عقد الزواج ومقتضياته.

وما دامت هذه الشروط لا تُحل حراماً ولا تُحرم حلالاً وجب الوفاء بها من طرف الزوجين، غير أن مخالفة أحدهما لتلك الشروط يخول للطرف الآخر فسخ عقد الزواج³.

وعليه فإنه يحق لكلا الزوجين الاتفاق أية شروط، باستثناء ما يخالف عقد الزواج، وأحكام الشريعة الإسلامية والقانون، واقتصر المشرع النص على شرط عدم التعدد في الزواج، وشرط ممارسة المرأة لعملها الوظيفي، لأنهما من الشروط التي يكثر الشقاق والخصام بين الزوجين شأنهما، لكن لا يحق اشتراط شروط تخالف مقتضى العقد، لأن من شأنها أن تفسد هذا العقد⁴، لذا يجب أن تكون هذه الشروط صحيحة، وقد تكون غير صحيحة، ففي هذه الحالة نميز بين حالتين: إما أن تكون منافية لمقتضى العقد وبالتالي تؤثر في صحته وتبطله، وهو ما نصت

¹ باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص52.

² صافية بولحارس، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2013، ص86.

³ صافية بولحارس، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2013، ص86.

⁴ خيرة قويدري، حالات التطلاق في ق.أ.ج في ضوء الفقه الإسلام والقضاء، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2009-2008، ص108.

عمله المادة 32 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: (يبطل الزواج إذا اشتمل عمل مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد).

وقد تكون منافية للعقد كاشتراط الزوج ألا ينفق عمل زوجته، فتعتبر شروطا فاسدة لا تؤثر على إنشاء العقد وكيانه بل يبقى العقد صحيحا¹، ولكن يبطل الشرط لأنه محظور²، كما أنه يتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده³، أما العقد فهو صحيح لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به⁴.

عاشرا: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة

اعتبر المشرع الجزائري أن مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة والمتعلقة بتعدد الزوجات سبب من الأسباب التي تسمح للزوجة بطلب التطلق، حيث أجازت المادة 53 من الفقرة السادسة للزوجة المطالبة بالتطبيق حال مخالفة الزوج أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل) ، فالمقصود بذلك هو الزواج بأكثر من واحدة ، فإذا تزوج أكثر من واحدة حسب الضوابط التي نصت عليها المادة الثامنة كان عليه إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها و أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، وتنص المادة 08 مكرر من قانون الأسرة أنه في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطبيق.

نستخلص من هذه النصوص أن القانون قد سمح بالزواج بأكثر من واحدة، لكنه فرض جملة من الضوابط والاجراءات، لا يمكن ابرام الزواج من دونها وهذه الضوابط هي شرط وجود مبرر شرعي: وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى، وهو معيار مرن وشخصي، وواسع، كان من

¹ خيرة قويدري، نفس المرجع، ص 122.

² الشيخ علي الخفيف، فرق النكاح في المذاهب الإسلامية، ط1، دالا الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2008، ص293.

³ علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص133.

⁴ علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص134.

باب التمثيل عقم الزوجة الاولى، ورغبة زوجها في الانجاب، مع تعلق كل واحد مع بأخر ومرضاها وعدم القدرة على القيام بشؤون البيت، كما قد تصبح المرأة غير صالحة للاختلاط الجنسي لإصابتها بمرض أو غيره، ويرى زوجها من الوفاء ألا يتركها فريسة للحياة السيئة، وأن يبقيها تحت رعايته¹.

أما مسألة عدم وجود المبرر الشرعي فالسؤال الذي يطرح نفسه هل زوال المبرر الشرعي بعد إبرام عقد الزواج الثاني يعد سببا من أسباب التطليق ومثال ذلك أن الزوج تزوج بزوجة ثانية بسبب مرض الزوجة مثلا وبعد الزواج شفيت هذه الأخيرة فهل يحق لها المطالبة بالتطليق؟ نحن نرى أن شرط المبرر الشرعي يشترط وجوده عند إبرام عقد الزواج الثاني وأن المشرع قصد من وراء شرط عدم وجود المبرر الشرعي كسبب من أسباب التطليق الزواج العرفي فإذا تزوج الزوج بزوجة ثانية زواجا مكتمل الأركان والشروط الشرعية دون أن يقوم بتسجيل هذا الزواج وانعدم المبرر الشرعي يجوز للزوجة المطالبة بالتطليق.

ونفس الأمر بالنسبة لعدم احترام شرط إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها فغالبا ما يكون هذا نتيجة للزواج العرفي أي الزواج الذي تتوفر فيه الأركان والشروط المطلوبة شرعا وقانونا.

كما يمكن أن نتصور عدم احترام هذا الشرط في حالة عدم إخبار إحدى الزوجتين عمدا ونتيجة لطرق احتيالية وتدلسية تمكن الزوج من الحصول على الترخيص من رئيس المحكمة وتجدر الإشارة هنا أن المادة 8 مكرر من قانون الأسرة تجيز للزوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق وذلك في حالة التدليس. وأخيرا بالنسبة لشرط الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة فكل زوجة تزوج زوجها عليها دون ترخيص يجوز لها رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو كيف تتمكن الزوجة من إثبات زواج زوجها عليها إذا كان زواجه الثاني زواجا عرفيا لم يثبت بحكم قضائي مع العلم أن المادة 22 من قانون الأسرة نصت أن الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

¹ بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى سنة 2008، ص 204.

المطلب الثاني: الخلع

لمعرفة حقيقة الخلع لابد لنا من تسليط الضوء على تعريفه لغة واصطلاحاً وذلك من خلال تعريف الخلع في اصطلاح الفقهاء وعند شرائح القانون إضافة إلى التعريف القانوني له والذي نبين من خلاله موقف المشرع من الخلع.

الفرع الأول: مفهوم الخلع لغة واصطلاحاً

التعريف اللغوي للخلع

الخلع بفتح الخاء في اللغة بمعنى النزع والإزالة فيقال خَلَعَ الشيء يَخْلَعُهُ خَلْعًا وَاخْتَلَعَهُ كَنَزَعَهُ، لقوله تعالى في سورة طه الآية 12: " إني أَنَا رَبُّكَ فَأَخْلَعُ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى "، والنزع في اللغة إخراج الشيء من الشيء، فيقال خالعه: أي أخرجها من ملك النكاح، وخَلَعَ النعل والثوب والرداء يَخْلَعُهُ خَلْعًا بمعنى جردَه¹.

والخلع بضم الخاء هو طلاق المرأة مقابل عوض تلتزم به المرأة أو غيرها، فيقال خَلَعَ امرأته خُلْعًا فَاخْتَلَعَتْ وَخَالَعَتْهُ فَهِيَ خَالِعٌ أَوْ مُخْتَلَعَةٌ والاسم الخُلْعَةُ، وجرى في العرف استعمال الخلع لإزالة غير الزوجية والخلع لإزالة الزوجية².

كما أن الخلع يعني النزع والعزل كأن يقال خلع الشعب الملك أي أنزله من على عرشه³، ومن معانيه أيضاً النقض، جاء في لسان العرب وَخَالَعَ الْقَوْمَ: أي نقضوا العهد بينهم، كما يطلق على الخلع الفداء لأن المرأة تفتدي نفسها بما تبذله لزوجها⁴.

¹ ابن منظور محمد بن مكرم المصري الأفرقي، لسان العرب، المجلد الثاني، جزء السابع عشر، لبنان، 1981، ص 1232.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: الزواج والطلاق، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 261.

³ الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، الجزء الأول، مكتبة لبنان، الطبعة الأولى، لبنان، 1995، ص 78.

⁴ الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، الجزء الثاني، المكتبة العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، ص 46.

تعريف الخلع اصطلاحاً:

الخلع الذي أباحه الإسلام مأخوذ من خلع الثوب إذ أزاله لأن المرأة لباس للرجل والرجل لباس لها، لقوله تعالى: "هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ" البقرة 187، كما أن للفقهاء تعريفات كثير، حيث عرف الفقهاء المالكية الخلع بأنه طلاق بعوض، وقيل هو طلاق بعوض ولو من غير الزوجة أو بلفظ الخلع حيث عرفه ابن رشد بقوله: "وهو بذل المرأة العوض على طلاقها"¹ ويلاحظ على تعريف المالكية أنه لم يحدد نوع الفرقة الواقعة بالخلع وهل يقع رجعيًا أم بائنًا. يعرف الخلع عند الحنفية بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه مقابل عوض أو هو أخذ المال بإزاء ملك بلفظ الخلع وليس عند فقهاء الحنفية للنكاح من إزالته إلا بالطلاق قال السمرقندي: (الخلع طلاق عندنا)².

لم يعرف المشرع الجزائري الخلع صراحة وإنما اكتفى بنص مادة واحدة في قانون الأسرة وهي المادة وترك باب الاجتهاد والأخذ من أحكام الشريعة الإسلامية مفتوحا ولكن يمكن شرح التساؤلات التالية: لما المشرع لم يخص هذا الموضوع بمنظومة قانونية متكاملة؟ هل لأن الموضوع بسيط؟ أم لم يعطه أدنى اهتمام؟ وكان الأولى وضع منظومة متكاملة من القوانين لتحقيق مبدأ الشرعية (يجوز لزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع بحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم) نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري.

وهو أن يتفقا الرجل والمرأة على الطلاق مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها ويكون بصيغة الإيجاب والقبول، ولا فرق في إيجاب الخلع أن يكون من قبل الزوج أو الزوجة، وقد يتم الخلع بالتراضي بينهما أو بحكم القاضي، وبعبارة أخرى هو إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغا من المال في مقابل امتلاكها لعصمتها³.

¹ ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار الفكر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، ص50.

² محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، تحفة الفقهاء، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية للنشر، الطبعة الأولى، لبنان، 1405، ص199.

³ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: الزواج والطلاق، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع، الجزائري، 2010، ص262.

فالخلع إذن عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي، بناءً على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم ومقوم شرعا تدفعه الزوجة، فينتفان على نوعه ومقداره في جلسة الحكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز مقدار صداق المثل وقت الحكم¹.

أما عند تعديل المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر رقم 02/05 في 2005 فقد أضافت هذه المادة عبارة " دون موافقة الزوج " حيث نصت على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

إذن فالخلع يعتبر حق شرع لمصلحة الزوجة غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها وفي حالة عدم الاتفاق على مبلغ بدل الخلع يحكم القاضي بصداق المثل وقت صدور الحكم.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخلع

إن المشرع الجزائري فيما يتعلق بالخلع من حيث أنه فسخ أم طلاق، فإنه كان واضحا منذ الوهلة الأولى بتبنيه للاتجاه القائل بأن الخلع يعد طلاق لا فسخا ويتضح ذلك من خلال الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة من حيث تبيان معنى الطلاق والفسخ، وهو الترتيب الذي دعم هذا الرأي، فقد خص المشرع الجزائري الفصل الثالث للفسخ تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل وذلك من المادة 32 إلى غاية المادة 35 منه، إذ نص في المادة 32: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد " وأوضحت المادة 33 منه على أن ركن الرضا مهم وأساسي في إقامة الزواج إذا أختل بطل الزواج، أما الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل حيث

¹ سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص 248 و249.

نصت: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا". إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل¹.

والمادة 34 اعتبرت الزواج بإحدى المحرمات فاسد ويجب فسخه قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء بنصها: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء" وفي المادة 35 والأخيرة في الفصل الثالث أكدت على أنه " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا ".

أما الطلاق فورد في الباب الثاني تحت عنوان انحلال الزواج وذلك في المادة 47 التي تنص على طرق انحلال الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو الوفاة، ثم تطرق في الفصل الأول المعنون بالطلاق من المادة 48 التي نصت: "عقد الزواج ينحل بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من نفس القانون "

ونجد أن المادة 54 التي تنص على أن الخلع صورة من صور فك الرابطة الزوجية موجودة في الفصل الخاص بالطلاق هذا ما يؤكد تبني المشرع الجزائري الرأي القائل بالخلع طلاق لا فسخ، وعلى اعتبار أن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري وجود عيب يشوب العقد يتمثل أساسا في اختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته، بينما الأمر يختلف عليه في الخلع إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعترها أي عارض يعيب العقد وإنما يتعلق الأمر بظهور ظروف خارجية تستهدف العلاقة الزوجية، فلا يمكن حل هذه الرابطة إلا بالطلاق، وقد أكد ذلك اجتهاد المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 05/02/1969 حينما نوه على أنه لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح².

الفرع الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في الخلع

تختلف السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بحسب ما إذا كان طلب الزوجة منصبا على التطلق أو الخلع في الأول بقدر كبير وهذا ما يستدعي من القاضي إجراء تحقيق جدي ومطابقة الوقائع على النصوص وتمحيصها، كما يتطلب منه الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة ودفع الزوج، حتى يتسنى له الحكم لها بالتطبيق أو برفضه، اعتمادا على الأسباب المذكورة في المادة 53

¹ قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الصادر الرسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

² باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص72 .

من قانون الأسرة، بينما تضيق سلطته في الثاني حيث لا يبقى له إلا تقدير بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه، بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم وليس له رفض طلب الزوجة للخلع الذي لا يشترط قبول الزوج حسب ما استقرينا عليه سابقا بالإضافة إلى مراقبته مدى شرعيه وصحة مقابل الخلع إذ لا يجوز أن يكون الحضانة مقابل الخلع، وفي مقابل التنازل عنها للأب لان ذلك يعد باطلا.

المادة 54 من القانون 11/84 قبل التعديل جاءت بصفة عامة لا يفهم اشتراط موافقة الزوج على الخلع أو عدم موافقته مما أدى على مدار عشرين سنة كاملة إلى تعارض وتناقض كبيرين في الاجتهاد القضائي ولهذا جاءت المادة 54 من الأمر 02/05 توضح صراحة أن الخلع يقع ولو بدون موافقة الزوج وقد جاء في عرض الأسباب، أن هذا التعديل يهدف إلى توضح أحكام الخلع عن طريق تكريس الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في هذا المجال المستقر عليه منذ 1997¹.

المشرع الجزائري لم يتعرض في {م 54 ق أج} منه لمسألة الصيغة وشروطها وتركها للشريعة الإسلامية لأنها المصدر الذي يأخذ منه تطبيقا للمادة (222) التي تنص (ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية)

- وقد انقسم القضاء في تفسيره لبعض المسائل المختلفة فيها إلى اتجاهين حسب المادة المذكورة أعلاه: **الاتجاه الأول**: يشترط موافقة الزوج بالخلع حتى يكون صحيحا وقد وجد تطبيقه في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا.

- القرار الصادر بتاريخ 1988/12/21 تحت رقم 51728 "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج".
الاتجاه الثاني: الذي لا يشترط رضا الزوج بالخلع ليكون صحيحا بل يكفي عرض الزوجة مقابل الخلع وقد وجد تطبيقه من قرارات المحكمة العليا منها.

-القرار الصادر بتاريخ 1998/07/21 تحت رقم 83603 والذي جاء فيه: "من المقرر قانون أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفق على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم أن المادة المذكورة في قانون الأسرة

¹ محمد أحمد بن عرفة، الشرح الكبير، الجزء الثاني، ص 358.

تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره في حالة عدم اتفاقها بتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا فإن قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك رفض الطعن¹.

ملخص الفصل الأول:

وفي ختام الفصل الأول نخلص إلى القول إن قانون الأسرة الجزائري وبحسب موضوعاته التي تضمنتها نصوصه أخذ جُل أحكامه من قواعد الشريعة الإسلامية وهذا ما توصلنا إليه ولمسناه جليا من خلال معالجتنا لكل من الطلاق والتفريق والخلع.

حيث جعل الشارع الحكيم العصمة بيد الزوج وأعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادته ومشيبته وبالمقابل لم يهمل جانب المرأة في ذلك، بل شرع لها طريقين للخلاص من هذه الرابطة بطلب منها إذا ما استحالت العشرة الزوجية بينهما وساد الشقاق. وعلى غرار ذلك سار المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة والتي تناولت موضوع التطلق. والذي يتم بحكم القاضي طالما أن الزوجة متضررة من العشرة معه وحقوقها مهضومة وذلك استنادا على أسباب أوردها المشرع على سبيل الحصر في المادة 53 من قانون الأسرة وفي غيابها يرفض القاضي دعوى التطلق لعدم التأسيس، فبالرغم من كون التطلق طريق لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة يكفي توافر الأسباب المنصوص عليها في قانون الأسرة والتي يُمنح فيها للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مدى مطابقة الوقائع للقانون والموازنة بين طلبات الزوجة ودفع زوجها ومن ثمة منحها التطلق.

وبعد الوقوف عند كل العناصر والنقاط الأساسية لأسباب التطلق تبين لنا أن المشرع الجزائري وبالرغم من نصه عليه إلا أنه ترك الكثير من الأمور المتعلقة به في حالة إيهام وغموض، مما نتج عنه تذبذب الإجهاد القضائي على مستوى المحكمة العليا وتناقض أحكام المحاكم والمجالس

¹ بن داود عبد القادر، جريدة الأحرار، الوجيز في شرح موجز قانون الأسرة الجديد وعرض أسباب المذكور فيه العدد 2019، سنة 2004/10/18، الاجتهاد القضائي، لغرفة الأحوال الشخصية، لسنة 2001، العدد الخاص، ص134

القضائية، لهذا وجب على المشرع أن يتخذ أمرا حاسما بشأن هذه المسألة نظرا لخطورة الأمر المتعلق بفك الرابطة الزوجية وذلك بالنص صراحة على كل المبادئ والأحكام المتعلقة بالتطبيق، وتوضيح الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة بدقة.

فعلى سبيل المثال وكما سبق ذكره أن عبارة "العقوبة الشائنة" في غير محلها، فما المقصود بها؟

وكان على المشرع توضيح ذلك، بالإضافة إلى أنه أورد عبارة "كل ضرر معتبر شرعا" لاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37 من قانون الأسرة الجزائري. إذ أن المادة (8) من قانون الأسرة منحت أصلا الحق للزوجة في طلب التطلاق والمادة(37) من ذات القانون تضمنت الفقرة الأولى منها النفقة والتي نُص عليها في المادة (53) من قانون الأسرة كفقرة أولى، فكان عليه حذف هاتين المادتين من الفقرة السادسة من المادة (53) تقاديا لتكرار والغموض، وذلك بتركها تتعلق فقط بكل ضرر معتبر شرعا لتشمل كل الأسباب بما فيها المادة (37) فقرة 2.

وأخيرا نأمل من المشرع أن يأخذ بعين الاعتبار كل هذه الاقتراحات في المشروع الجديد لقانون الأسرة حتى يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية ويمنح المرأة مكانتها وحقوقها الأساسية في المجتمع.

الفصل الثاني

" سلطة القاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية "

المبحث الأول: الآثار المالية الناشئة على فك الرابطة الزوجية

المبحث الثاني: الآثار الغير مالية الناشئة عن فك الرابطة الزوجية

المبحث الأول: الآثار المالية الناشئة

على فك الرابطة الزوجية

المطلب الأول: النسب

الفرع الأول - تعريف النسب وأسباب ثبوته

الفرع الثاني - طرق إثبات النسب

الفرع الثالث: سلطة القاضي التقديرية في إثبات ونفي النسب

المطلب الثاني: مسألة الحضانة

الفرع الأول: مفهوم الحضانة وشروط ممارستها

الفرع الثاني: ضوابط إسناد وإسقاط الحضانة

سلطة القاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

من بين الآثار التي يتركها الحكم بفك الرابطة الزوجية بعد الحكم بالطلاق هناك آثار مالية ناشئة على فك الرابطة الزوجية وهناك أيضاً آثار الغير المالية الناتجة عن هذا الفك، وهذا ما سنتناوله خلال هذا الفصل، حيث سنتطرق في المبحث الأول الى: الآثار المالية الناشئة على فك الرابطة الزوجية وسنخصص المبحث الثاني لـ: الآثار الغير المالية الناتجة عن فك الرابطة الزوجية.

المطلب الأول: مسألة النفقة

إن نظام النفقة هو مظهر من مظاهر التعاون والتكافل الاجتماعي بين الأقرباء والأزواج وبين غيرهم من أفراد المجتمع إن النفقة من آثار عقد الزواج شرعا وقانونا ويعد الزوج ملزما بالإنفاق على زوجته والإنفاق على أولاده بقيام الزوجية أو انحلالها حيث تظهر جليا أهمية النفقة في حالة انحلال الزواج¹.

الفرع الأول: مفهوم النفقة وتحديد أسبابها

1- تعريف النفقة و تحديد مشتملاتها

تعريف النفقة لغة: اسم من الإنفاق، وما ينفق من الدراهم ونحوها والجمع نفقات ونفاق، فالنفقة اسم لما ينفق²، والنفقة في اللغة هي أيضا مشتقة من النفوق بضم النون أي الهلاك، نقول نفق الفرس أي هلك أو من النفاق بفتح النون أي الزواج، نقول نفقت السلعة أي راجت³.

¹ نسرين شريفي، كمال بوقرورة، قانون الأسرة الجزائري، بلقيس، ط 1، الجزائر، 2013، ص117.
² عبد اللطيف يوسف، زبدة المفردات " مختصر المفردات في غريب القرآن الأصفهاني " ، ط 1 ، دار المعرفة، بيروت، 1998، ص502.

³ نسرين شرفي، كمال بوقرورة، المرجع السابق، ص 117.

2- تعريف النفقة اصطلاحاً:

وهي ما يصرفه الزوج إلى زوجته، وأولاده وأقاربه من طعام أو كسوة ومسكن، ما لا يلزم المعيشة بحسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج، والنفقة توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام ومسكن وخدمة ودواء وإن كانت غنية، وعرفها الفقهاء على أنها الطعام فقط، لذا يعطفون عليه الكسوة والمسكن، واختلفوا في أربع مواضع وقت وجوبها، ومقدارها لمن تجب وعلى من تجب¹.

3- تعريف النفقة القانوني:

ذهب المشرع الجزائري إلى الأخذ بمذهب الجمهور وخصوصاً المالكية بسبب وجوب النفقة الزوجية، والمتمثل في الدخول بالزوجة في الزواج الصحيح بمعنى الخلوة الصحيحة أو التمكين من الدخول، فالزوج الذي دُعي لإتمام الزواج بالبناء الكامل وجبت عليه نفقة زوجته ولو لم يدخل بها بعد، أما إذا لم يدعى وبقيت زوجته في بيت أهلها دون إتمام البناء أي الدخول، فإن النفقة لا تجب على الزوج²، إذ تنص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه".

* تحديد مشتملات النفقة: تنص المادة 78 من قانون الأسرة على أنه: "تشمل النفقة، الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة". أما المادة 79 فنصت على: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

ومن خلال المادتين، الأولى تنص على أن تشمل النفقة الغذاء والكساء والعلاج والمسكن أو أجرته، والثانية تنص على أن يراعي القاضي في تقديره حال الطرفين، ومن خلال تحليل نصوص هاتين المادتين يتضح أن قانون الأسرة قد حدد مدى شمولية النفقة بوضوح، وألزم القاضي الذي سيصدر الحكم بالنفقة بأن يراعي الحالة الاجتماعية والاقتصادية وظروف المعيشة للطرفين عندما يقدر مبلغ النفقة التي سيحكم بها لطالبه³.

¹صالح بوشيش، نفقة الزوجة والأولاد في حال الإعسار والإمتاع، مجلة الإحياء، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، قسم شريعة، باتنة عدد 2005، 05، ص 203.

²صالح بوشيش، المرجع السابق، ص 117.

³عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ط 2، المرجع السابق، ص 107.

تحديد أسباب النفقة:

الأسباب الزوجية: أوجب الشارع النفقة على الزوج لزوجته لأن الزوجة بمقتضى عقد النكاح الصحيح تصبح مقصورة على زوجها، ومحبوسة لحقه لاستدامة الاستمتاع بها، ويجب عليها طاعته والقرار في بيته، وتدبير منزله، وحضانة الأطفال وتربية الأولاد، وعليه نظير ذلك أن يقوم بكفالتها والإنفاق عليها، مادامت الزوجية بينهما قائمة ولم يوجد نشوز، أو أي سبب يمنع النفقة عملاً بالأصل العام أن كل من احتبس لحق غيره ومنفعته فنفقته على من احتبس لأجله¹.

أسباب القرابة: النفقة على الوالدين الفقيرين، ونفقة الأولياء على أولادهم القصر من الذكور وعلى بناتهم الإناث حتى يتزوجن ويدخل بهن أزواجهن، فالإنفاق على الأولاد واجب شرعي، والمقصود بالأولاد المشمولين بالإنفاق عليهم هم الأولاد المباشرون لأبيهم وليس فروعهم لأن الشرع إنما ورد بنفقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لا يلحق بهم في الولادة وأحكامها فلا يصح القياس عليه، كما ورد في نص المادة 77 من قانون الأسرة: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

الفرع الثاني: مستحقي النفقة وحالات سقوطها

1- مستحقي النفقة :

* نفقة الزوجة والمعتدة ونفقة المتعة

أ) نفقة الزوجة: من بين مقتضيات عقد الزواج وآثاره غير المادية الطاعة، وهي أن تقيم المرأة في بيت زوجها، تسلم نفسها إليه وتلتزم بطاعته وعدم الخروج من بيت الزوجية إلا بأذنه، فتميز بين وجوب هذه النفقة لقاء احتسابها وطاعتها وبين وجوبها بمجرد عقد النكاح، فنرى أن المشرع الجزائري نص في المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة..."، ومنه نستخلص بأنه تجب نفقة الزوجة على زوجها إذا توافرت العناصر التالية:

-الدخول بالزوجة: أي بمعنى الخلوة الصحيحة سواء أتمت المخالطة الجنسية فعلاً أم لم تتم.

¹سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، ج6، دار الكتاب العربي، بيروت، 1988، ص174.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

-**العقد الصحيح:** ويجب أن يكون الزواج صحيحا شرعا، استوفى أركانه طبقا لنص المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري ولكن شرط وجود الاحتباس الذي يكون من الزوج على زوجته أو الاستعداد له¹.

-أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة : ومن هنا يشترط المشرع الجزائري في المرأة بلوغ سن 19 سنة في المادة 07 قانون الاسرة مما سيمكنها من معرفة وإدراك حقوقها وواجبات الزوجية، وعلى هذا فانه تجب النفقة الزوجية إلى زوج ولو مع اختلاف في الدين من حيث العقد الصحيح و لو كانت في بيت أهلها ما لم يطلب منها الانتقال الى بيته، و في هذا الشأن قرار المحكمة العليا جاء فيه: "يبقى التزام الزوج بالإنفاق على زوجته المقيمة عند أهلها قائما مادام لم يثبت نشوزها بحكم قضائي"².

ب-**نفقة المعتدة:** جاء في نص م 61 ق.أ.ج بأن: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها او وفاة زوجها الا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة طلاق."، والمادة تتضمن الاحكام التالية:

- للمعتدة من الطلاق أو الوفاة الحق في البقاء في السكن العائلي وعدم الخروج منه ما لم ترتكب فاحشة مبينة.

- لم يفرق المشرع في هذه الحالة بين الطلاق البائن و الرجعي اذ جعلهم في مرتبة واحدة.

- للمعتدة من الطلاق الحق في النفقة.

- استبعد حق المعتدة من الوفاة في النفقة.

ج-**نفقة المتعة:** وهي أن الزوجة المدخول بها في الزواج الصحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا سبب من قبلها تستحق زيادة على النفقة حق متعة العدة، والأصل في تقرير نفقة المتعة هو جبر المطلقة ومواساتها من المروءة التي تتطلبها أحكام الشريعة الاسلامية.

ولم ينص المشرع الجزائري على المتعة المقررة شرعا لمن طلقها زوجها، وإنما أكدت الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا بوصفها تعويضا عن الطلاق التعسفي بمفهومه الحديث وليست أثرا من آثار الطلاق. وجاء في قرار المحكمة العليا أنه: "من القواعد المقررة شرعا

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، 1999، ص171.

² م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ 12/11/2008، م ر 466390، م ق 2008، ع 2، ص 317.

أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بها يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للنصوص الشرعية في فرض المتعة، ولما كان من الثابت في قضية الحال ان الزوجة أقامت دعوى التطليق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقاباً للزوج بسبب اهماله، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفاً للنصوص الشرعية، ومتى كان ذلك استوجب نقض قرار جزئياً فيما يخص المتعة¹.

د- نفقة الأقارب:

(أ) **نفقة الاصول على الفروع:** لفروع هم اولاد الشخص واولاد اولادهم وان نزلوا ذكورا أو إناثا، فهي تعتبر من اهم الواجبات الملقاة على عاتق ال زوج للقيام بها اساسا وهي النفقة على فروعهم، وقد نصت المادة 75 ق.أ.ج: " تجب نفقة الولد على الاب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور الى سن الرشد والاناث الى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

(ب) **نفقة الفروع على الأصول:** باعتبار المكانة التي يتبوؤها الوالدين وما لهما من فضل عظيم على أولادهم، كان من الواجب رد الجميل وذلك بحسن المعاملة والرعاية الخاصة، الأمر نفسه ينطبق بالنسبة للأقارب باعتبار صلته الرحم التي أوصى بها الدين الحنيف، فهي واجب شرعي استجابة لقوله تعالى في سورة العنكبوت الآية 08 ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا...﴾. ويكون الاحسان للوالدين من خلال تفقدتهما والانفاق عليهما، وقد أولى المشرع الجزائري نوعاً من الاهتمام لقاعدة العناية بالوالدين من خلال ادراج المادة 77 قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها ما يلي: " تجب نفقة الاصول على الفروع والفروع على الاصول حسب القدرة والاحتياجات ودرجة القرابة في الارث".

(ج) **نفقه الحواشي:** الحواشي هم الاقارب من المحارم الذين ليسوا أصولا ولا فروعاً كالأخ وابن الاخ والعم والخال والعمة والخالة ونحوهم من كل قريب يحرم على قريبه ان يتزوج منه، والمعتبر في وجوب هذه النفقة ان يكون القريب أهلاً للارث في الجملة وان لم يكن وارثاً بالفعل.

¹م ع، غ أش، قرار بتاريخ 1986/12/29، م ر 43860، م ق 1993، عدد 2، ص 41.

2- حالات سقوط النفقة

1- سقوط نفقة الزوجة والمعتدة

(أ) في حالة النشوز: من المعلوم قانوناً أنه يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها، ومعنى هذا الكلام أن الزوجة تستحق النفقة من مال زوجها كلما كانت مدخولاً بها وإن علاقات المودة والتعاون متوفرة، وكلما كانت الزوجة قائمة بواجباتها، ولكن إذا نشزت وتخلت عن واجباتها عمداً ثم التحقت ببيت أهلها دون مبرر شرعي وبقيت هنالك فترة طويلة فإن حقها في النفقة من مال زوجها سيسقط بمجرد الحكم بنشوزها¹.

(ب) في حالة الإبراء والمقاصة من دين النفقة: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن إبراء الزوجة لزوجها من النفقة الماضية يكون صحيحاً من غير توقف على صحة دين النفقة، بمعنى أن تكون النفقة مقدرة أو غير مقدرة، لأنها تصبح ديناً في ذمة الزوج بمجرد الامتناع عن الانفاق بعد ثبوت وجوبها². أما المقاصة بدين تعني إسقاط ما على المدين من دين لآخر نظير ماله من دين على آخر، أما عن النفقة والمقصود بالمقاصة فيها هو أن دين النفقة من الديون الصحيحة التي لا تسقط إلا بالأداء والإبراء، سواء كانت هذه النفقة مفروضة بحكم قضائي أو غير مفروضة³.

(ج) حالة الوفاة والطلاق: بوفاة أحد الزوجين تسقط النفقة للمستقبل ابتداءً من تاريخ الوفاة، ولكنها لا تسقط مادام أنها مستحقة بالرضاء أو القضاء، فهذه النفقة تكون ديناً على تركة الميت، وليس للزوجة المتوفى عنها زوجها نفقة عدة، سواء كانت حاملاً أو غير ذلك والسبب راجع لطبيعة النفقة التي لا تنتقل إلى الورثة بعد الوفاة.

أما فيما يخص الطلاق فهو لا يسقط النفقة المستحقة والمقدرة رضاءً أو قضاءً، ولكنه خلافاً لما هي عليها في حالة الوفاة، فإنها لا تسقط النفقة للمستقبل إلا بعد مضي مدة العدة إذ أن الزوج عليه نفقة المطلقة في عدتها، ولا يسقط حق النفقة إلا بعد انقضاء مدتها وقبل أن تقدر

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ط2، المرجع السابق، ص 237.

² إبراهيم عبد الهادي النجار، المرجع السابق، ص 159.

³ نزيه نعم شلالا، المرتكز في دعاوى النفقة، ط1، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2007، ص 65.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

قضاءً ورضاءً، أو إذا حصل الطلاق أثناء نشوز الزوجة، فالنشوز الذي يسقط نفقة الزوجة، يسقط نفقة المطلقة من باب الأولى¹.

(د) حالة إعسار الزوج: ذهب الفقه المالكي إلى أن إعسار الزوج مسقط للنفقة واستدلوا ذلك بقوله تعالى في سورة البقرة: " لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا " ، وما دام الزوج ليس بوسعه ولم يُؤْتَى مالا فإنه غير مكلف بالإنفاق، فإذا حكم عليه بالنفقة ولم يكن قادراً على دفعها لعسر أصابه وجب على من يكلف بالإنفاق على الزوجة من أب أو جد أو أخ ويكون الإنفاق بالقدر المفروض، فإذا أنفقت الزوجة على زوجها يبقى ديناً في ذمته موسراً كان أو مُعسراً، أما إذا أنفقت على نفسها وعلى ولدها في غياب زوجها ويسره كان لها الحق في المطالبة بما أنفقت على نفسها وولدها².

2/ سقوط نفقة الأقارب:

(أ) بالتقادم: تسقط النفقة بمضي الزمان وان كان القريب متعدياً بمنعها بعد وجوبها عليه، وذلك لأن النفقة تجب لدافع الحاجة الملحة وقد زالت هذه الحاجة، غير أنها لا تسقط بمرور الزمن إذا كان قد صدر بشأنها حكم قضائي يلزم سريانها.

(ب) بالاستغناء: لا يستحق القريب النفقة من غير حاجة، وما دام أنه موسر، لأن النفقة تجب لسد الحاجة على سبيل المواساة والموسر مستغن عن المواساة، وبعد أن أصبح غير عاجز عن الكسب لبلوغه أو شفاؤه من مرض، فإنه لا يستحق النفقة لأنه غير محتاج ويستطيع الكسب لأن النفقة مواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة³.

الفرع الثالث: سلطة تقدير القاضي للنفقة واستحقاقها

1/ تقدير القاضي للنفقة الزوجية :

منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقديره للنفقة من خلال أحكام المادة 79 من قانون الأسرة: "القاضي في تقديره للنفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يرجع تقديره

¹ زينب مدرق ناور، النفقة وتقديرها في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الاحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015، ص66.

² زينب مدرق ناور، المرجع السابق، ص 68.

³ محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية " شرح مقارن للأحوال الشخصية"، ط 1، دار الثقافة للنشر، عمان الأردن، 2008، ص412.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

قبل مضي سنة من صدور الحكم." ومعنى هذا الكلام أن المشرع قد منح للقاضي سلطة واسعة في مجال تقدير المبلغ المطلوب كثرمن أو أجر للنفقة، ومن ثم لم يقيدته أو يلزمه بشيء إلا بمراعاة حال كل واحد من الطرفين أي حال طالب النفقة وحال المطلوب بالنفقة وبمراعاة ظروف المعيشة وغلاء الأسعار، رغم أن الخصوم تعودوا على أن يطلب المدعي منهم مبالغ ضخمة وخيالية لا يحكمها عقل ولا منطق، ولا يراقبها وجدان ولا ضمير فإن مهمة القاضي هو تقدير قيمة النفقة وفق ميزان عادل ستكون مهمة صعبة وشاقة، ومع ذلك فإنها ستكون سهلة نوع ما إذ حُكِّم ضميره واعتمد على هذين العنصرين وهما حال الطرفين وظروف المعاش¹. وعلى هذا الأساس فإن تقدير النفقة هو مسألة تقديرية وهو من اختصاص قضاة الموضوع وهذا ما أكدته اجتهادات المحكمة العليا، إذ جاء في إحدى قراراتها: "ولكن وحيث أن القرار المنتقد قد أجاب الطاعن بأن المبالغ المحكوم بها غير مبالغ فيها إضافة إلى أن تقدير التعويضات والنفقة، يرجع لقضاة الموضوع، وعليه الوجه غير مؤسس²، وفي قرار آخر جاء فيه: "من المقرر فقها وقضاء أن النفقة المستحقة للزوجة تعتمد على حال الزوجين ببسر أو عسر، ثم حال مستوى المعيشة، ومن ثم أن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً إلى القواعد الشرعية³".

تقدير القاضي لاستحقاق النفقة:

جاء في نص المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري أنه: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي ان يحكم باستحقاقها بناءً على بينة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"، ويتبين من خلال دراسة نص المادة أن قانون الأسرة قد وضع حداً ولو غير حاسم لكل المشاكسات والتعجيزات التي كانت تنشأ بشأن تاريخ بداية استحقاق النفقة المطلوب الحكم بها، ولقد كانت الزوجة تغضب أحياناً لسبب شرعي أو غير شرعي وتذهب بنفسها ومالها مع أولادها إلى منزل أهلها وتنتظر مُراضاتها، وعندما يرفع الزوج دعوى أمام محكمة ويطلب الحكم له برجوعها إلى بيت الزوجية، ترفع في وجهه طلباً بالنفقة لها ولأولادها لشهور كثيرة سابقة، وأحياناً لعدة سنوات خلت وبمبالغ خيالية.

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ط2، المرجع السابق، ص227.

² م ع، غ أش، قرار بتاريخ 1998/12/15، م ر 214290، م ق 2001، عدد خاص، ص195.

³ م ع، غ أش، قرار بتاريخ 1987/02/09، م ر 44630، م ق 1990، ع 3، ص55.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

أما اليوم فأصبح على القاضي كقاعدة عامة ألا يحكم للزوجة بكل ولا ببعض ما تستحقه وتطلبه من نفقة متراكمة عن مدة سابقة، بل أن يحكم لها بما تستحق هي وأولادها في حدود ما بعد رفع الدعوى وابتداء من تاريخ تسجيلها بالمحكمة إلى تاريخ صدور الحكم، وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: "من المقرر أنه ليس بالضرورة أن يكون تاريخ سريان النفقة في جميع الأحوال من يوم رفع الدعوى، إذ يجوز للقاضي أن يحكم بها مباشرة بأثر رجعي من يوم خروج الزوجة من بيت الزوجية"¹.

كما يجب على قاضي شؤون الأسرة الفصل في دعوى النفقة بشكل استعجالي لارتباطها بالطعام والعلاج والكسوة والمسكن حفاظا على مصالح الزوجة والاولاد، بان تُنَّبَع فيها الاجراءات المستعجلة فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل فيها، وذلك طبقا لأحكام المادة 57 مكرر والتي نصت على: " للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما يتعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن ". وهو أيضا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: " قاضي الاستعجال مختص للحكم للزوجة والأبناء بنفقة قبل الفصل في الدعوى من حيث الموضوع "².

المطلب الثاني

مسألة النزاع حول متاع البيت

إن أهم وأخطر أثر من آثار الطلاق وأكثرها غموضا و تعقيدا وأشدّها خصاما بين المتطلقين هو النزاع أو الخصام حول محتويات البيت و ما يشمله من أثاث و مفروشات و أدوات تكون الزوجة قد جلبتها معها يوم زفافها وسط حمى من الغناء والزغاريد يحدها الأمل في بناء عش دافئ ضمن جو من الرحمة و المحبة و التعاون و الانسجام ، و لما لم يلبث هذا الجو أن يتعكر صفوه ، ويتحول الانسجام الى شقاق ، والمحبة الى كراهية فطلاق ، ثم تبدأ مرحلة الحساب و تدابير العقاب و تتلوها مرحلة الخصام و التردد على المحكمة و على

¹ م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ 16/04/1990، م ر 59967 غير منشور، نقلا عن العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05، المرجع السابق، ص 440.

² م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ 19/01/2005، م ر 1333042 غير منشور، م م ع 2005، ع 1، ص 351.

المحامين و كتّاب الضبط، وكل واحد من الزوجين يزعم أن أثاث بيت الزوجية ملكه وحق له كله أو بعضه والغالب الأعم لا يكون بيد أحدهما دليل أو بيان قاطع يقنع القاضي بأن هذا الشيء المتنازع عليه ملك خالص للزوج أو ملك خالص للزوجة¹.

الفرع الأول: تحديد المفهوم الشامل لمتاع بيت الزوجية

1- تعريف الجهاز والأثاث والمتاع لغةً:

نجد أن لكلمات الجهاز والأثاث والمتاع معاني عديدة منها ما يخص بحثنا ومنها ليس كذلك وسنحاول التركيز على المعاني التي تفيد التفريق لينهم²:

1- تعريف الجهاز لغةً:

جَهْزٌ، تأتي بمعنى الثراء والافتاء، والجهاز هو متاع البيت، وجَهَّزْت فلانا أي تكلفت جهاز سفره، وجهاز البيت متاعه³.

2- تعريف الأثاث لغةً :

الأثاث بمعنى الكثير من المال، وقيل كثرة المال وقيل الكثرة والعظم من كل شيء، ويقال شعُرْ أثيث أي بمعنى غزير وطويل، والأثاث أنواع المتاع من متاع البيت ونحوه، ويقال تأثت الرجل بمعنى أصاب خيراً⁴.

1-3 تعريف المتاع لغةً:

المتاع ما كان لباس أو حشو لفرش، وقيل المتاع هو كل ما ينتفع به من حوائج كالطعام وأثاث البيت والأدوات والسلع، وقيل المتاع في اللغة هو كل ما ينتفع به من عروض الدنيا كثيرها وقليلها سوى الفضة والذهب، وعُرفاً كل ما يلبسه الناس ويبسطه⁵.

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ط2، المرجع السابق، ص 311.

² قيس عبد الوهاب الحياي، ملكية أثاث بيت الزوجية، ط1، دار حامد للنشو والتوزيع، عمان-الأردن، 2007، ص45.

³ أبو الحسن أحمد بن فارس، مجمل اللغة، معهد المخطوطات العربية، الطبعة الأولى، الجزء الأول، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، الكويت، د س ن، ص446.

⁴ ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص 19.

⁵ ابن منظور، نفس المرجع، نفس الصفحة.

2- تعريف الجهاز و الأثاث و المتاع شرعاً

2-1 تعريف الجهاز شرعاً :

قال الله تعالى في محكم تنزيله: " ولما جهّزهم بجهازهم قال أئتوني بأخ لكم من أبيكم ألا ترون أني أوفي الكيل وأنا خير المنزلين"¹، وقال أيضا:
(فلما جهّزهم بجهازهم جعل السقاية في رحل أخيه ثم أذن مؤذناً أيها العير إنكم لسارفون)².
ومعنى قوله تعالى في الآيتين الكريمتين جهّزهم بما يحتاجون إليه من الطعام والقوت والبضائع الأخرى، والجهاز_ بفتح الجيم وكسرهما _ ما يحتاج إليه المسافر وأوله ما سافر لأجله من الأحمال، والتجهيز هو إعطاء الجهاز³.

2-2 تعريف الأثاث شرعاً:

وردت كلمة الأثاث في سورة النحل في قوله تعالى:(والله جعل لكم من بيوتكم سكناً وجعل لكم من جلود الأنعام بيوتا تستخفونها يوم ضعنكم ويوم إقامتكم ومن أصوافها وأوبارها وأشعارها أثاثاً ومتاعاً إلى حين)⁴، وجاء في زبدة التفسير في شرح هذه الآية أن الأصواف للغنم والأوبار للابل والشعر للمعز، والأثاث: متاع البيت، والمتاع ما يفرش في المنازل ويتزين به⁵.

2-3 تعريف المتاع شرعاً:

إن لفظ المتاع والتمتع والاستمتاع والتمتع ورد في كتابه العزيز في مواضيع عديدة، فجاء في سورة يوسف في قوله تعالى: (قالوا يا أبانا إنا ذهبنا نستبق وتركنا يوسف عند متاعنا فأكله الذئب وما أنت بمؤمن لنا ولو كنا صادقين)⁶، وجاء في تفسير التحرير والتنوير في تفسير هذه الآية أن المتاع ما ينتفع به، والمراد به هنا ثقلهم من الثياب والآنية والزاد⁷.

¹سورة يوسف، الآية 59.

²سورة يوسف، الآية 70.

³الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، دار سحنون للنشر والتوزيع، الجزء الثاني، طبعة 1997، تونس، ص 11-12.

⁴سورة النحل، الآية 80.

⁵محمد علي خلف، زبدة التفسير من فتح القدير، المطبعة الأميرية، مصر، 1337 هـ، ص 356.

⁶سورة يوسف، الآية 17.

⁷الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ص 236.

الجهاز وأثاث بيت الزوجية في الفقه الإسلامي

إتفق الفقهاء المعاصرون على تعريف الجهاز بتعاريف متقاربة، فعرفه د/محمد مصطفى شلبي بأنه " ما يعد به بيت الزوجية من أثاث وأدوات منزلية عند زفاف الزوجة الى زوجها، فالجهاز يشمل الفراش والبسط والأدوات المنزلية كالتلفاز والثلاجة وغيرها من الأدوات التي يحتاجها الزوجان للمعيشة المشتركة بينهما"¹.

تحديد معنى متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري

إن قانون الأسرة الجزائري لم يعرف متاع البيت تعريفا صريحا وواضحا، وأن الفقه القضائي وقرارات المحكمة العليا في بلادنا ما تزال شحيحة وغير مستقرة في هذا المجال، ومع ذلك فإن هذا لا يمنعنا من محاولة وضع تعريف مناسب مقتبس من مجموع الأفكار التي تضمنتها بعض قرارات المحكمة العليا. فنقول إن متاع البيت هو مجموعة الأشياء الموجودة في بيت الزوجية والمخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كلا الزوجين وباقي أفراد الأسرة، مثل الأفرشة والأغطية وجهاز التلفزيون والبراد والكراسي والأرائك وغيرها من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الأكل وقاعة الجلوس، وغرفة النوم، وغيرها من الأشياء ذات الاستعمال المشترك².

الفرع الثاني:

المسائل المنصوص عليها في نص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري حول متاع البيت

1-مسألة ما هو معتاد للنساء و ما هو معتاد للرجال :

إن مسألة التفريق بين ما هو ملك للزوج عادتاً و عرفاً، وبين ما هو ملك للزوجة عادةً و عرفاً مسألة لا يحكمها ولا ينظمها معيار محدد و متفق عليه، وإنما هي مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يجب عليه أن يتأكد بدوره أثناء الفصل في قضية نزاع حول متاع البيت أن يتأكد من معرفة ما هو للنساء عادة وما هو للرجال عادة، ولا يجوز له أن يعتمد اعتماداً كلياً على مضمون القائمة المقدمة اليه من طرف الزوجة أو الزوج دون حجة

¹ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 430.

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

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

أو دليل من أحدهما، ويكتفي بتوجيه اليمين طبقا للمادة 73 من قانون الأسرة ثم يعطي الحق لمن يحلف ويمنعه عن ينكر¹.

وتوضيحا لهذا الأساس قرار للمحكمة العليا جاء في حيثياته أنه: "حيث يظهر من القائمة التي قدمتها الزوجة أن أغلبية الأثاث ينسب إلى الزوج الذي اشتراه كرب أسرة، حيث حقا أننا نجد أن قضاة الموضوع لم يفرقوا بين ما هو ملك للزوج وما هو ملك للزوجة، إذ نجد ضمن قائمة الأثاث غرفة النوم، وأنه كان عليهم أن يفرقوا بين ما هو ملك للزوج، ويطبقوا أحكام المادة 73 من قانون الأسرة، ولما قضاوا للزوجة بكل ما في القائمة مع يمينها يكون قرارهم غير مسبب²".

ومنه نستخلص أنه لا يجوز تطبيق المادة 73 ق.أ.ج في مجال النزاع حول متاع البيت إلا إذا توفرت ثلاث شروط مجتمعة هي:

- أن يكون موضوع النزاع القائم بين الزوجين وهو شيء من متاع البيت حقيقة.

- يكون سبب النزاع منصباً على حق أحدهما في ملكية ما يدعيه ملكية خاصة له.

- لا يكون للمدعي منهما حجة كتابية أو شفوية لإثبات ما يدعيه³.

وجاء أيضا قرار للمحكمة العليا جاء فيه أنه إذا كان محرر النزاع يتعلق بمتاع البيت، ويدور حول من هو أحق بملكه ولا حجة لأحدهما، تطبيق أحكام المادة 73 ق.أ.ج وذلك إذا كان متاع البيت موجودا في بيت الزوجية، وغير مختلف ولا متنازع على وجوده، فإن لم يكن كذلك بأن ادعى أن الزوجة المرشحة للطلاق قد أخذت أشياءها، وهي تنفي ذلك فإنه لا سبيل للفصل في النزاع إلا باللجوء الى تطبيق القاعدة العامة البيينة على من ادعى واليمين على من أنكر، ولما كان الزوج يدعي أن زوجته قد أخذت مصوغاتها وأثاثها الموجودة في القائمة المقدمة الى القضاء فإنه سيكون مكلفا بإثبات ذلك بالحجة و الدليل، وإن عجز تحلف الزوجة اليمين المتممة ويحكم لها بما طلبت⁴.

¹ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 149 .

² م ع، غ أش، قرار بتاريخ 1988/01/04، م ر 47456 غير منشور، م ق 1991، ع 3، ص 54.

³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 150.

⁴ م ع، غ أش، قرار بتاريخ 1988/07/18، م ر 50075 غير منشور، م ق 1991، ع 3، ص 62.

2-مسألة تقسيم المشتركات مع اليمين

نصت الفقرة الثالثة من المادة 73 ق.أ.ج على أن المشتركات بين الزوجين يتقاسمها مع اليمين باعتبار أن المتاع المشتركة قد يصلح للرجل ويستعمل عادة، كما قد يصلح للمرأة، فالمادة أوجبت عليهما أداء اليمين ويقتسمانها سوية أو يقتسمان ثمنها¹.

وتطبيقاً لهذه الفقرة صدرت عدت قرارات للمحكمة العليا أهمها ما جاء فيه أنه: "من المقرر قانوناً أن المشتركات بين الزوجين في الأمتعة يتقاسمها مع اليمين، ومتى تبين في قضية الحال أن القرار المنتقد لما أيد حكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الأمتعة باستثناء جهاز التلفاز والمقياس الذهبي والراديو، لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل رغم أنها تعتبر من الأمتعة من قانون الأسرة، مما يستوجب نقض / المشتركة، قد خالف أحكام المادة 73القرار المطعون فيه جزئياً²".

والملاحظ من القرار أن الطاعنة لم تقدم الدليل على المقياس الذهبي دون أن يذكر أن المطعون ضده هو الذي قدم الدليل بشأنه، وفي حالة إنكاره له عليه أن يؤدي يمين النفي تطبيقاً لقاعدة البينة على من إدعى واليمين على من أنكر، إضافة إلى أن القرار المنتقد قد اعتبر أن جهاز التلفاز والراديو لم تقدم بشأنهما الطاعنة أي دليل مع أنهما يعتبران من الأمتعة المشتركة يحلفان بشأنها معاً ويقتسمانها طبقاً للمادة 73 من قانون الأسرة.

الفرع الثالث:

مكان حلف اليمين وكيفية أدائه:

ما يمكن ملاحظته من خلال نص المادة 73 من قانون الأسرة وبتحفظ، هو أن اليمين إذا كانت تؤتى ثمارها خلال سنوات مضت فإنها لم تعد كذلك اليوم لا سيما بعد اندفاع معظم أفراد المجتمع الجزائري نحو ماديات الحياة، وذلك لضعف الوازع الديني وانعدام التربية الأخلاقية داخل الأسرة، نجد أن الكثير من الناس يحلف الإيمان اليوم كذباً من أجل الحصول على ثمن بخس أو منفعة تافهة ورخيصة، وهذا أمر يتطلب من القاضي أن يتحرى كل التحري عندما يريد أن يوجه اليمين إلى أحد المتخاصمين³.

¹أباديس ديابي، المرجع السابق، 165.

²م ع، غ أش، قرار بتاريخ 2002/07/13، م ر 277411، م ق 2004، ع 3، ص 350.

³عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ط 2، المرجع السابق، ص 313.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

لكن نجد أن المشرع الجزائري سكت ولم ينص على المكان الذي يجب أن تؤدي فيه اليمين ولا على الكيفية والاجراءات الواجب إتباعها عند أداء اليمين المنصوص عليه في المادة 73 من قانون الأسرة، وأمام هذا السكوت وعدم بيان وكيفية أداء هذا اليمين سلك القضاة طرقاً مختلفة واتجهوا اتجاهات متباينة¹.

وفي الحقيقة نجد أن مكان أداء اليمين يكون بالمسجد بحضور المحضر القضائي وذلك نظراً لقداسة المكان التي تجعل الملزم بأداء اليمين يحس بأهمية وخطورة التصرف الذي يقدم عليه والتي تجعله يلتزم بالحقيقة، ونقول إن هذا لا يمنع من أن تؤدي أمام القضاء لأن لجهاز العدالة قداسته أيضاً، ذلك لأن المحكمة هي مكان لتحقيق العدل والمساواة بين الناس وحتى من الناحية الإجرائية يفضل أن تؤدي اليمين بالمحكمة أمام نفس القاضي الذي يأمر بأدائها، وبذلك لا يضطر إلى تأجيل القضية مدة طويلة وإلى إصدار حكم تحضيري بأداء اليمين، ثم بعد ذلك يعاد السير في الدعوى. فلو أدى اليمين أمام القاضي لتفادي صدور حكم تمهيدي قبل صدور الحكم النهائي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن في ذلك تقليص للمصاريف بالنسبة للمتقاضين لأنهم يضطرون لدفع مبالغ مالية مقابل حضور المحضر القضائي لعملية أداء اليمين بالمسجد وتحريره محضراً بذلك².

وبناءً على ما تقدم يمكن القول إنه رغم سكوت قانون الأسرة عن مكان وكيفية أداء اليمين المنصوص عليها في المادة 73 من قانون الأسرة، كان عليهم أن يلجأ إلى تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين 433 و434 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص صراحة على أن يقوم الخصم بحلف اليمين بنفسه أثناء الجلسة وبحضور الخصم الآخر، أو بعد تبليغه بمكان وتاريخ انعقاد الجلسة، وأن تصدر صيغة اليمين بعبارة **أحلف بالله العظيم**، وإن خالف القضاة هذه النصوص فإنهم يكونوا قد خرقوا إجراءات جوهرية وعرضوا أحكامهم إلى الإلغاء أو النقض³.

¹ عبد العزيز سعد، شرح قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 151.

² نعيمة تيودوش، الطلاق وتوابع فك العصمة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1999-2000، ص 267.

³ عبد العزيز سعد، شرح قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 151.

الفرع الرابع:

سلطة القاضي في مسألة النزاع حول متاع البيت

لا أحد يستطيع إنكار مساهمة الزوجة في ملكية كثير من أغراض البيت ومتاعه، وفيما يتعلق بملكية الزوجين لأثاث البيت والتي تعد أهم العوامل المؤدية الى حدوث المشاكل والنفور والقطيعة بين الزوجين ومن ثم الطلاق والفرقة بينهما وأخيرا اللجوء للقاضي للفصل بينهما حول ملكية أثاث بيت الزوجية.

1- المعايير المعتمدة لتحديد موضوع النزاع حول متاع البيت :

من خلال نص المادة 73 من قانون الأسرة يتضح أن المشرع الجزائري قد وضع قاعدة عقلانية يعتمد عليها القاضي في النزاعات القائمة بين الزوجين حول متاع البيت، وحتى يفصل القاضي في ذلك ينبغي عليه مراعاة النقاط التالية¹:

(أ) التأكد من وجود الأمتعة:

ففي حالة رفع الدعوى أمام القاضي يجب عليه التأكد أولاً من وجود الأمتعة ومشاهدتها سواءً كانت في بيت الزوجية أو في مكان آخر، فإذا كانت الأمتعة محل إنكار من الطرف الآخر تطبق القاعدة الفقهية البينة على من إدعى واليمين على من أنكر²، فإذا أنكر الطرف الآخر وجود الأمتعة أصلاً فإنه يؤدي اليمين وتسمى يمين النفي وحتى يستفيد المدعي، عليه أن يثبت ذلك بالبينة وقد يعترف المدعى عليه أن المدعي قد تسلم تلك الأمتعة المذكورة، ففي هذه الحالة يصبح هو المطالب بإقامة الدليل على صحة كلامه.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: " من القرار قانوناً أنه في حالة إنكار وجود متاع البيت المطالب به عند أحد الزوجين، تطبق القاعدة العامة في الإثبات البينة على من إدعى واليمين على من أنكر، ومتى تبين في قضية الحال أن المدعى عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها، فإن قضاة الموضوع لنا قضاوا برفض الدعوى في الحال دون

¹إشامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية أطروحة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقيد، تلمسان، 2013/2014، ص355.

²أحمد مصطفى الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، ط2، دار القلم، دمشق، سوريا، 1989، ص369.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعى عليه خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹

(ج) حالة وجود البينة والدليل:

إن وجود الدليل والبينة على تملك الأمتعة لا يثير أي إشكال، فإذا قدم أحد الزوجين الدليل على تملك شيء من الأشياء فإنه يقضي له بذلك، فلا بد من معرفة أن الشيء الخاص بالمرأة لا مانع من أن يمتلكه الرجل إذا اقام على ذلك البينة ولو كان من لوازمها، فإن جاء بالبينة على أن ذلك له انتهى النزاع لصالحه، أما بالنسبة للمرأة فإذا اقامت البينة على تملك شيء يختص به الرجال فهو من لوازمهم فلها الحق في أخذه مادام أنها أقامت الدليل على ذلك. وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها لها بانه: "من المعروف فقها حول اختلاف الزوجين في متاع البيت أن ما يخص النساء للنساء، ومن ثم فإن اليمين في هذه الحالة قررها الشارع وجعلها على من يسانده والعرف، والزوجة اثبتت بفاتورة أنها اشترت جهاز تلفزيون وأن الزوج اعترف بان الخزانة ذات ثلاث ابواب هي للزوجة وكانت اليمين عليها لان موضوع النزاع خاص بالنساء مما يستوجب رد هذا الوجه²".

(ج) حالة غياب البينة والدليل: عند غياب البينة أو الدليل من كل طرف فإن اليمين هي الفاصلة في مثل هذا النزاع طبقا للمادة 73 من قانون الأسرة الجزائري فما هو المعتاد للنساء والمتعلق بهن فإنه من حق النساء مع اليمين، واليمين التي تقدمها المرأة هي يمين تكميلية، فالأمتعة الخاصة بالنساء تعتبر شاهداً عرفياً وحجة لها، وما هو معتاد للرجال ومتعلق بهم، فهو ملك للرجال مع اليمين، أما المتعة المشتركة فإنها يتقاسمانها مع اليمين.

2- سلطة القاضي في تقدير قيمة الأشياء المتنازع عليها

أما فيما يخص تحديد قيمة الأشياء المتنازع عليها بين الزوجين فهناك رأيان³:

الرأي الأول: يرى أن للقاضي سلطة في تحديد ذلك ولا يجوز له أن يحول سلطته الى أي شخص آخر، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه

¹ م ع، غ أش، قرار بتاريخ 16/03/1999، م ر 216836، م ق 2001، عدد خاص، ص 245.
² م ع، غ أش، قرار بتاريخ 05/05/1986، م ر 41437 غير منشور، بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر

02/05 مرجع سابق، ص 402

³ شامي أحمد، المرجع السابق، ص 357-358.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

إذا اختلف الزوجان حول قيمة الأمتعة فللقاضي سلطة في تحديد ذلك، ولا يجوز له تحويل سلطته الى شخص آخر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي لما ترك الأمر بيد المنفذ لتحديد قيمة مبلغ الأمتعة يكون قد تخطى عن عمل يخصه وحده، وبقضائه كما فعل خالف القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الأمتعة¹.

الرأي الثاني: أما الاتجاه الثاني يرى بأن هذه المسألة تعود لأهل الخبرة والفنيين وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرار لها بقولها: " إن تقييم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع الى أهل الخبرة من الصناع والتجار عندما تكون المبالغ المالية مرتفعة وليس للقضاة، إن القرار المنتقد مشوب بانعدام الأساس القانوني مما أيد الحكم المستأنف القاضي بدفع مبالغ مالية مقابل متاع المطعون ضدها، لأن تقرير المتاع مسألة فنية يتولاها أهل الخبرة من صناع وتجار خاصة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة، وليس للقضاة، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"².

وبعد استعراض آراء المحكمة العليا في هذه المسألة والتناقض الذي وقع فيه المشرع يتضح أن الرأي الراجح هو الرأي الثاني، وذلك لأن تحديد قيمة المتاع، خاصة عندما تكون المبالغ المالية مرتفعة، مهمة لا بد من اللجوء الى أهل الخبرة (كالصناع والتجار) ولا تكفي السلطة التقديرية للقاضي وحدها لتقييمها، ومن هنا فإن القضاء الجزائري يُجيز للقاضي الاستعانة بأهل الخبرة في حالة نزاع الزوجين حول متاع البيت خاصة إذا كانت قيمة المتاع مرتفعة.

¹ م ع، غ أش، قرار بتاريخ 11/09/1988، م ر 49302، م ق 1992، عدد 02، ص 40.
² م ع، غ أش، قرار بتاريخ 18/05/1993، م ر 222651، م ق 2001، عدد خاص، ص 248.

المبحث الثاني:

الآثار الغير مالية الناشئة عن فك الرابطة الزوجية

إن إنهاء عقد الزواج بفك العصمة الزوجية تترتب عليه آثار قانونية وشرعية مهمة، ذلك أنه عقد يولد حقوقا وواجبات للطرفين ولا يقتصر الأمر على ذلك فقط بل يمتد أثره الى الأطفال المشتركين، وحتى لا يبقى مصيرهم معلق فإن المشرع الجزائري لم يبق ساكتاً إزاء هذا الأمر بل أعطى له الأهمية اللازمة وذلك لضمان الاستقرار الاجتماعي والتوازن النفسي لدى أفراد الأسرة.

المطلب الأول:

مسألة النسب

إهتم المشرع بالنسب فنظمه وأرسى قواعده حفظاً له من الفساد والاضطراب، وجعله من النعم التي أنعم بها الله عز وجل على عباده، فيقول تبارك وتعالى: " وهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً وكان ربك قديراً"¹، ولقد حرصت الشريعة الإسلامية على حفظ الأنساب من الضياع والإفتراء، ووضعت أحكاماً لثبوت النسب وجعلته حقا للولد ولأبويه وسائر القربان، حتى تنشأ الأسرة على أسس قوية يجمع بين أفرادها صلة الدم والقربان التي تقوي عزمها وتنشد أزرها ليكون لها دورها الفعال في المجتمع، ولتثبت لها الحقوق وتلتزم بالواجبات الشرعية المتبادلة بين أفرادها². ولقد إهتم المشرع الجزائري بثبوت نسب الأولاد وإحاقهم بذويهم مستتبطيناً أحكامه من الشريعة الإسلامية، ونظمه في المواد من 40 إلى 46 قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير / 2005 .

¹سورة الفرقان، الآية 45.

²محمد سلام مذكور، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص396.

الفرع الأول: تعريف النسب وأسباب ثبوته

1- تعريف النسب:

تعريف اللغوي:

مصدر نسب، يقال نسبتة إلى أبيه نسباً من باب طلب عزوته إليه والاسم: النسبة بالكسر، فتجمع على نسب، واستعمل النسب وهو المصدر في مطلق الوصلة بالقرابة، فيقال: بينهما نسب أي قرابة¹.

وقيل هو في الآباء خاصة، وإستنسب وإنتسب أي ذكر نسبه، وإنتسب إلى أبيه أي إعتري إليه².

1-2 التعريف الاصطلاحي:

هو القرابة وهو الإتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة³، ومن الألفاظ والتي لها صلة بالنسب هي الرضاع والمصاهرة كما هو منصوص عليه في معاجم المصطلحات القانونية وهو صلة قرابة الولد بأبيه وأمه⁴.

وعرفه البعض بأنه صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم وصلة الإنسان بمن ينتهي إليه من الآباء والأجداد⁵.

وما يمكن إستنتاجه من خلال هذه التعاريف:

- أنه يكون من قبل الأب والأم.

- لا يكون إلا للعلاقة المشروعة بين الرجل والمرأة من زواج صحيح.

2- أسباب ثبوت النسب:

¹المعجم الوسيط، ص 916.

²مجد الدين فيروز أبادي، القاموس المحيط، دار إحياء التراث العربي، طبعة سنة 2000، ص 229.

³الحاج موسى حسن موسى، القضاء الشرعي السني "تنظيمه واختصاصاته"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2008، ص 186.

⁴تشوار جيلالي، النقائص التشريعية للأحوال الشخصية المغربية في مسألة النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية

والاقتصادية والقوانين السياسية، الجزء 39، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 131.

⁵عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، الطبعة الثالثة، الجزء التاسع، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، 2000، ص 315.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

ومن الواضح أن المشرع الجزائري متقفي أثر الشريعة الإسلامية قد أقام علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج، فجعل الثانية سبباً لثبوت الأولى، فإن أثرت مخالطة الرجل للمرأة نسلاً فإنه ينسب للزوج، ولذلك فقد وضع الفقه الإسلامي لهذه المسألة من الأحكام ما يكفل حفظ الأنساب وصون الأعراض وتطبيقاً لذلك يثبت نسب الولد من الزوج دون حاجة إلى إقراره أو بينة تقدمها الزوجة، ويلحق بالزواج الصحيح الزواج الفاسد حيث يأخذ هذا الأخير حكم الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب، ويسري عين الحكم بشأن الوطاء بشبهة من حيث أن الولد الذي تأتي به المرأة ينسب للرجل الذي خالطها جنسياً. استمد المشرع الجزائري قواعد تنظيم النسب من الشريعة الإسلامية وقننها حيث نصت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" وباستقراء نص المادة نجد أنها تعالج أسباب ثبوت النسب وطرق إثباته.

أ) ثبوت النسب أثناء قيام الرابطة الزوجية:

الزواج الصحيح يُسمى في الفقه الإسلامي "الفراش" وثبوت النسب بالفراش وفقاً لنظامه الشرعي يقوم على أساس أن الزواج الصحيح هو الذي يحلل للرجل مخالطة المرأة ويقصرها عليه وحده، فهو إذا الذي تعتبر به المرأة فراشاً¹، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه القاعدة الشرعية في قانون الأسرة ضمن المادة التي نصت على أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح، وكذلك مادة 41 من نفس القانون التي نصت على أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

وإذا كان الفراش طريقاً طبيعياً لثبوت النسب، فذلك يستلزم تحقق شروط وهي:

1- إمكانية الإتصال بين الزوجين والتلقيح الاصطناعي:

ومعنى إمكانية الإتصال بين الزوجين هو حدوث التلاقي بينهما فعلاً، ومن هنا يشترط المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة العقد الشرعي وإضافة إلى العقد تحقق الدخول أو إمكانية الإتصال الجنسي أخذاً برأي الجمهور. وبما أن عملية الإتصال الجنسي بين الزوجين

¹ محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، 1ع، مجلة الحقوق، الكويت، مارس 1996، ص 231.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

هي الوسيلة التي أقرها الشرع الإسلامي للإنجاب، إلا أنه يمكن أن تعترضها عوائق مرضية قد تحول دون تحقيق التناسل كعقم أحد الزوجين أو كليهما أو بسبب خلل بيولوجي نتيجة ضعف الخصوبة لدى الزوج أو الزوجة. فقد توصل العلماء إلى أن عملية الإخصاب الاصطناعي كبديل للإخصاب الطبيعي في حالة إصابة أحد الزوجين بعقم أو ضعف يحول دون إتمام عملية الحمل بالاتصال الجنسي الطبيعي، ذلك أن التوليد الاصطناعي هدفه التوليد بغير الطريق الطبيعي¹.

وحتى تكون عملية التلقيح مثبتة للنسب فإن الفقهاء يشترطون توافر الشروط الآتية²:

- أن لا يتم التلقيح الاصطناعي إلا إذا دعت الحاجة القصوى لأدائه.

- أن تكون الزوجية قائمة أي يكون كلا الزوجين مرتبطين بعقد زواج صحيح.

- أن تتم عملية التلقيح أثناء حياة الزوج.

- أن يتم تلقيح بويضة المرأة بماء زوجها.

ولقد تطرق المشرع الجزائري وللمرة الأولى لأحكام التلقيح الصناعي ضمن قانون الأسرة الجزائري بموجب تعديل 27 فبراير 2005 ، فنص في المادة 45 مكرر على ما يلي: " يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي ويخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية: أن يكون الزواج شرعي، أن يكون التلقيح برضى الزوجين وأثناء حياتهما، أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها، لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة " .

ب- ولادة الجنين بين أدنى وأقصى مدة حمل: والشرط الثاني المطلوب لإمكانية ثبوت نسب الولد إلى الزوج هو أن تتم ولادته ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها، وورد في نص المادة 42 قانون الأسرة الجزائري تحديد لمدة الحمل حيث جاء في نصها كما يلي: " أقل مدة الحمل ستة 06 أشهر وأقصاها عشرة 10 أشهر " وبذلك يكون قد تعرض لكل من الشرع والتشريع إلى تحديد أدنى مدة وأقصاها للحمل.

¹انصر الدين ماروك، التلقيح الصناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، ع2، 1999، ص168-169.

²حميدوا زكية تشوار، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج 41، ع 01، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، ص33.

2-1: أدنى مدة حمل:

لكي يثبت نسب الولد من الزوج لابد أن تكون أمه قد وضعت له ستة أشهر على الأقل من يوم تلاقي الزوجين، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه " من المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل ستة 06 أشهر وأقصاها عشرة 10 أشهر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقاً للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن مدة حمل المطعون ضدها هي خمسة 05 أشهر وعدة أيام، أقل من الحد الأدنى قانوناً فإن قضاة المجلس بقضاتهم إحق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون¹ ". وعليه فإذا جاءت المرأة بولد لتمام ستة (06) أشهر أو أكثر من الزواج بها مع إمكانية الدخول بها، ما طلب منها بينة لإثبات نسب الولد المولود من أبيه وليس لهذا الأخير إنكاره إلا بالطرق المشروعة، وبهذا يكون نص المادة 42 " ق.أ.ج " متماشياً مع أحكام الشرع الإسلامي فيما يتعلق بتحديد أقل مدة للعمل وهي ستة 06 أشهر.

2-2: أقصى مدة الحمل:

لم يرد في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية تحديد أقصى مدة للحمل التي يمكن أن يثبت بها النسب، وقال الإمام أبو زهرة في هذا الشأن " إن كان لمالك رأي فقهي وهو جواز بقاء الحمل في بطن أمه ثلاثاً، وأن ذلك الرأي استمدته من أخبار بعض الأمهات أو من أقوال نسبت إلى بعض نساء السلف الصالح فلسنا نستطيع أن نأخذ به، لأن الطب يُقر أن الحمل لا يمكن أن يمكث في بطن أمه أكثر من سنة². ويبدو أن المشرع الجزائري جاء متأثراً بهذا الرأي حيث حدد أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر طبقاً لما جاء في المادة 43 التي قضت بأنه: " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

2-3: عدم نفي الولد بالطرق المشروعة (اللعان وطرق تحليل الدم):

أولاً- اللعان:

هو أن يتهم الزوج زوجته بالخيانة أثناء قيام الرابطة الزوجية بعقد صحيح مع إمكانية الإتصال وصورته أن يتلاعن الزوج والزوجة أمام القضاء، بحيث يحلف الزوج بالله أربع مرات أنه بصادق فيما يتهمها به وأن الولد ليس منه، ويقول في الخامسة أن غضب الله عليه إن كان من الكاذبين، وبعد ذلك تحلف الزوجة أربع مرات بالله لأنه من الكاذبين فيما اتهمها به وتقول في الخامسة

¹ م ع، غ أش، قرار بتاريخ 22/01/1990، م ر 57756، م ق 1992، ع 2، ص 71.

² الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 386.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، وعليه فإذا تم اللعان بهذه الصورة وبهذا الشكل يحكم القاضي بالتفريق بينهما فوراً ويتم نفي نسب الولد إلى أبيه ويبقى فقط ثبوت نسبه إلى أمه¹.

وجاء في قرار للمحكمة العليا بأنه: من المقرر قانوناً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الإتصال، ومن المقرر أيضاً أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حدد مدتها في الشريعة والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو بروية الزنا²، وحددت مكان اللعان في لها جاء فيه " إن اللعان لا يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق...³ ".

ثانياً- طرق تحليل الدم:

ما يؤخذ من نص المادة 41 ق.أ.ج، أنها جاءت بعبارة تحمل عدة معاني في نصها مثل "... ما لم ينفه بالطرق الشرعية." لذلك يطرح التساؤل عما إذا كانت طرق نفي النسب مقتصرة إلى اللعان فقط، أم هناك إلى جانبها طرق أخرى خاصة أملت التطورات العلمية والتي أثبتت أن وراثه فصائل الدم تثبت بصفة قطعية نفي النسب وكذلك البصمة الوراثية التي تنفي النسب نسبة % 100 وتثبت بنسبة 99,95%⁴.

كما أن المشرع الجزائري نص في المادة 40 ق.أ.ج، إلى جواز لجوء القاضي إلى الطرق العلمية لإثبات النسب دون أن يفصح عن هذه الطرق صراحة، مما يفهم بمفهوم المخالفة أنه يجوز اللجوء إليها لنفي النسب أيضاً.

غير أنه قبل صدور الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، أي قبل التعديل كانت المحكمة العليا ترفض طريق تحليل الدم كأداة لنفي النسب وهذا ما جاء في أحد قراراتها: "ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافاً لقواعد إثبات النسب المسطرة

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ط2، المرجع السابق، ص210.

² م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ 20/10/1998، م ر 204821، م ق 2001، عدد خاص، ص82.

³ م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ 28/10/1997، م ر 172379، م ق 2001، عدد خاص، ص70.

⁴ [Http //www.bouizeri.net/ Ar / fiqhousranassab .htm](http://www.bouizeri.net/Ar/fiqhousranassab.htm)

شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطاتهم وعرضوا قرارهم¹ .

(ب) ثبوت النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية:

ب-1/ ثبوت النسب بعد الطلاق والوفاة:

لقد نصت المادة 43 من قانون الإجراءات إلى أنه: "ينسب الولد إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة" وبهذا النص يكون قانون الأسرة قد وضع شرطا واحدا ووحيدا لإمكانية إلحاق الولد بالزوج المطلق أو المتوفي عن زوجته وهو ولادة الطفل قبل عشرة أشهر كاملة من يوم الطلاق والتفريق الفعلي بين الزوجين أو من يوم الوفاة².

وعليه فإذا كانت الزوجة المدخول بها الحامل قد جاءت بمولود بعد يوم أو أسبوع أو شهر من وفاة زوجها أو طلاقها منه فإن هذا الولد ينسب إلى الزوج دون ريب أو خلاف، وإذا لم يكن حملها ظاهراً قبل الطلاق وقبل الوفاة وجاءت بولد بعد ذلك فإن هذا الولد سوف يلحق بأبيه إذا كانت ولادته قد وقعت خلال عشرة أشهر كاملة من تاريخ الوفاة أو من تاريخ الطلاق المتبع بالفراق في الفراش بين الزوجين، ويسجل في سجلات الحالات المدنية على لقب الزوج وعلى اسمه³، ولكن إذا وقعت ولادته بعد مرور أكثر من 10 شهور على وقوع الطلاق المتبوع بالتفريق أو على وقوع الوفاة، فإن المولود لا يلحق بالزوج لإحتمال أنه من شخص آخر.

ب-2/ ثبوت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها:

إذا كانت المرأة قد تزوجت رجل بعقد شرعي وقانوني ودخل بها ثم غاب عنها لسبب شرعي كدخوله السجن أو للعمل خارج الوطن، أو لأداء الخدمة الوطنية، ودام هذا الغياب مدة طويلة تتجاوز 10 أشهر دون أن يثبت أنه وقع تلاقي أو اتصال بين الزوجين، وكانت الزوجة قد أتت بولد بعد إنقضاء أقصى مدة الحمل فإن هذا الولد يعتبر ولدا للفراش ويمكن أن يستند إلى أبيه إلا إذا كان هذا الأخير قد نفاه باللعان. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها جاء فيه: " من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفى النسب لا تتجاوز ثمانية أيام، ومتى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت

¹م ع، غ أش، قرار بتاريخ 15 /06/1999، م ر 222674، م ق 2001، عدد خاص، ص77.

²عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ط2، المرجع السابق، ص 218.

³عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ط2، المرجع السابق، ص218-219.

والزوجية قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينفي نسب الولد بالطرق الشرعية، وأن لا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة¹ .

2-2 ثبوت النسب من الزواج الغير صحيح

(أ) ثبوت النسب من الزواج الباطل والزواج الفاسد:

أ-1/ بالنسبة للزواج الفاسد: الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح، لأن النسب يحتاط في إثباته إحياءً للولد ومحافظة عليه² إذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا فاسدا دخولا حقيقيا. لكن إذا عقد الرجل على امرأة عقدا فاسدا ثم اكتشف ذلك قبل الدخول فإن يترتب عليه وجوب التفريق بينه وبينهما ويصبح العقد وكأنه عقد باطل ولا ينتج عنه أي أثر شرعي من الآثار المترتبة على العقد الصحيح. وهذا ما نص المشرع الجزائري في المادة 40 من ق.أ.ج، بأنه يثبت النسب بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، 33، 34 من نفي القانون.

أ-2/ بالنسبة للزواج الباطل:

يرى الفقهاء أن الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من الآثار التي يترتبها الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول، وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر ما قبل الدخول بل يعتبر وجوده لعدمه، ويجب إلى كل من الزوجين أن يفترق في الحال، وإذا دخل الرجل إلى من عقد عليها عقدا باطلا كان دخوله بمنزلة الزنا على الزوجين إذا كان مكلفين عالمين بالتخرج³.

(ب) ثبوت النسب بوطيء الشبهة:

إن ثبوت النسب بنكاح الشبهة أو وطء الشبهة هو واحد من الطرق التي تضمنتها المادة 40 من قانون الاسرة الجزائري في مجال إثبات النسب، ونكاح الشبهة هو وطء يقع بسبب خطأ أو غلط يقع فيه الشخص، وهو إن كان يحتمل وجوده قبل سنين طويلة من الزمن، فإن اليوم يعتبر في حكم الأحداث القليلة الوقوع⁴.

¹م ع، غ أش، قرار بتاريخ 08/07/1997، م ر 165408، م ق 2001، عدد خاص، ص 67.

²وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 686.

³العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 152.

⁴عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ط 2، المرجع السابق، ص 214.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

وتعرف الشبهة بأنها ما يشبه الثابت وليس الثابت، أو هي وجود المبيح صورة من عدم حقيقته، أما الوطاء بشبهة فهو الإتصال الجنسي غير الزنا وليس بناءً على عقد زواج صحيح أو فاسد، فيقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤيتها سابقا وقيل إنها زوجته فيدخل بها، ومثل امرأة يجدها الرجل على فراشه فيظنها زوجته، ومثل وطاء المطلقة طلاق ثلاثا أثناء العدة إلى اعتقاد أنها تحل له¹.

الفرع الثاني: طرق إثبات النسب

1- إثبات النسب بالإقرار

1-1/ تعريف الإقرار:

إن الإقرار وسيلة من وسائل ثبوت النسب ويسمى "الدعوى"، وهو اعتراف شخص معين بإلحاق النسب ولد مجهول النسب به، والمقرر في الفقه أن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا تتعداه إلى غيره إلا إذا صدقه ذلك الغير أو قامت البينة على صحة الإقرار، ومن الأصول المقررة أيضا إذا ثبتت البنوة أو الأبوة، ثبتت الصلات النسبية المختلفة الأخرى من أخوة وعمومة وغيرها².

1-2/ أنواع الإقرار المثبت للنسب:

أ/ إقرار الشخص بالنسب على نفسه:

الإقرار على النفس ويسمى الإقرار المباشر، وهو أن يقر الأب بأن فلان ابنه، أو بقوله إن فلانة امه أو أن فلان أبوه، وهذا الإقرار ليس فيه تحميل النسب على الغير ويثبت للمقر له كافة الحقوق الشرعية من حرمة المصاهرة ونفقة الميراث وغيرها، وليس لأحد من الورثة حق الاعتراض على هذا الإقرار لأنه يُنقص حقوقهم الإرثية وقد يحجبها أحيانا ذلك لأنه اعترف بأمر لا يعرف إلا من جهة المقر³.

وعليه فإن إقرار الشخص بالنسب على نفسه هو الأصل في الرابطة الإقرار بالنسب ولذلك يقول الفقهاء بأنه "الإقرار بأصل النسب"⁴، ونص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 44

¹ أو هبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 688.

² عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 288.

³ محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 352.

⁴ يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الاسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 390.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

من قانون الأسرة بأنه: " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة ".¹

وكما يثبت النسب من الرجل الذي يقر بأبوته، يثبت النسب من المرأة التي تقر بأبومتها للولد، وأشارت المحكمة العليا الى الإقرار بالأمومة في قرار لها جاء فيه: " من المقرر قانونا أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا... ، ولما كان من الثابت في قضية الحال _ أن المطعون ضدها اعترفت بأنه ابنها وأن اعترافها كان صحيحا¹."

ومتلما يصح إقرار الرجل والمرأة، يصح إقرار الولد بأبوة شخص معين أو بأمومة امرأة معينة، ويشترط أن يكون المقر مجهول النسب وأن يولد مثله لمثل المقر له، وأن يصدق المقر له مطلقا ويزيد إقراره بالأبوة، وألا يصرح بأنه أبوه من زنا².

ب/ إقرار الشخص بالنسب على الغير:

وهو أن يقر شخص لآخر بأنه أخوه أو عمه أو ابن ابنه، فإن الأخوة والعمومة والبنوة لابن الابن لا تثبت إلا إذا ثبتت بنوة المقر له لأبي المقر أو لجدّه أو للابن المباشر، ففي مثل هذه الحالات يثبت نسب المقر له ولا يثبت نسبه لأبي المقر ولا للجد ولا للابن المباشر إلا أن يصدقوا الإقرار³.

ولقد تطرق المشرع الجزائري الى هذا النوع من الإقرار في نص المادة 45 من قانون الأسرة والتي تنص على: "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه"، أي أن الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير لا يصلح وحده لأنه يُحتج به ولا يكون وحده كافيا لإثبات النسب بل يجب توافر الشروط السابقة الواردة في الإقرار بأصل النسب.

2- إثبات النسب بالبينة:

2-1 تعريف البينة :

¹ م ع، غ أش، قرار بتاريخ 12/2/1998، م 51414/ مقتبس عن العربي بلحاج، مبادئ الاجتهاد، القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص52.

² عيد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 98.

³ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص353.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

البينة لغة هي التبين بمعنى الوضوح أي الدليل والحجة ، أما معناها الشرعي فقد عرفها بعض الفقهاء على أنها إسم لكل ما يبين الحق و يظهره، وسمى النبي "صلى الله عليه وسلم" الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الاشكال بشهادتهم، وذهب الحنفية وجمهور الفقهاء إلى أن البينة هي الشهود لأن بهم يبين الحق و يظهر وفي مفهومها العام تعتبر البينة أقوى حجة وسبيل لإثبات النسب، فالثابت بها من الانساب أقوى من الثابت بالإقرار، لأن البينة أقوى الأدلة، وعلى هذا كان الرجل الذي يدعى نسب آخر و يقيم بينة إلى دعواه أحق من الذي يقر بنسبه لأن النسب وإن ظهر بالإقرار لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة لأنها أقوى منه¹.

2 أنواع البينة: تتخذ البينة بمفهوم الشهادة عدة صور، فقد تكون مباشرة وغير مباشرة، كما يمكن ان تكون شهادة بالتسامع أو بالشهرة العامة وهي كما يلي:

(أ) الشهادة المباشرة: وهي الشهادة التي يقر فيها الشاهد في مجلس القضاء ما وقع تحت سمعه أو بصره مباشرة، كالذي يشاهد واقعة معينة فيسرد الواقعة أمام القضاء كما شاهدها، بمعنى أن يكون ما أدركه الشاهد متعلق بالواقعة قد تم مباشرة عن طريق حاسة من حواس الشاهد كالسمع أو البصر أو بهما معاً².

(ب) الشهادة الغير مباشرة: وتسمى ايضاً الشهادة السماعية، وتختلف عن الشهادة المباشرة كون أن الشاهد يشهد بما يسمع رواية عن غيره، أي الواقعة التي يشهد عليها يكون قد رواها له شاهد آخر رآها بعينه أو سمعها باذنه، وتبعاً لذلك تعتبر الشهادة السماعية شهادة على الشهادة، وهي جائزة قانوناً مع خضوعها سلطة القاضي التقديرية³.

(ج) الشهادة بالتسامع: وهي شهادة بما يتسمّع به الناس، فلا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات بل على الرأي الشائع في وسط الناس عن هذه الواقعة، فهذه الشهادة صاحبها يشهد بما يتسامعه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الناس بشأنها، والشهادة بالتسامع غير مقبولة إلا فيما نص عليه القانون صراحة⁴.

¹ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 292.

² بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، الجزائر، 2005-2008، ص 33.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 313.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 314.

د) الشهادة بالشهرة العامة: وهي عبارة عن ورقة مكتوبة تُحرر أمام جهة رسمية كقاضٍ أو موثق يشهد فيها شهود يعرفون وقائع معينة عن طريق الشهرة العامة، ويشترط أن يكون لهم معرفة شخصية لهذه الوقائع، والشهادة بالشهرة تجوز في اثبات النسب بإجماع الفقهاء الأحناف بحيث أجازوا للشاهد أن يشهد بما تشتهر ويستفيض وتتواتر بها الاخبار ويقع في قلبه تصديق¹.

3- إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة (البصمة الوراثية) :

3-1/ تعريف البصمة الوراثية:

البصمة مشتقة من البصم، وهو فوت ما بين طرف الخنصر، وتستخدم هذه الكلمة في الأثر المنطبع عن الشيء على شيء آخر مما يتميز به صاحبه عن غيره².
أما في الاصطلاح العلمي فهي ما يتوارثه الابناء عن آبائهم من صفات تحدد الهوية بدقة وتميزهم عن غيرهم، فهي الجينات التي تدل على هوية كل انسان بعينه والتي تتحكم في صفات الشخص التي يختص بها دون سواه، وهيال وسيلة التي تمتاز بالدقة في التحقق من النسب البيولوجي والتحقق من الشخصية³.

حالات استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب:

وتتمثل حالات استخدام البصمة الوراثية في مجال اثبات النسب كما يلي:

- مجهول النسب و اللقيط الذي يتنازع فيه اكثر من شخص للاستحقاق به ، فهنا يمكن استخدام البصمة الوراثية لترجيح احدهم على الاخر.

- تستعمل البصمة الوراثية للإثبات والنفي في حالات ادعاء القرابة بغرض الإرث بعد وفاة شخص الموروث.

-في حالة تبادل المواليد في المستشفيات ، حيث يحدث الخلط واللبس، عندها تعرض الحالات المشتبه فيها على البصمة الوراثية لإعادة المياه الى مجاريها.

-تستخدم البصمة الوراثية لمنع الوصول الى اللعان.

-إنتفاء الأدلة أو تعارضها ، اذا كان التنازع في الوطاء بالشبهة من رجلين لإمرأة⁴.

¹ابومجان سولاف، المرجع السابق، ص 33.

²ناصر عبد الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، عدد 18، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2003، ص176.

³حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، دار الفكر العربي، د.ب.ن، 2008، ص683.

⁴محمد حجازي، نظام الإثبات في أحكام الأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2007، ص542.

- التحقق من شخصية مدعي الانتساب إلى شخص آخر لا يقره و لا ينكره¹.
- حالات ضياع الاطفال و اختلاطهم بسبب الكوارث أو الحوادث أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم أو وجود جنث لا يمكن التعرف عليها.

الفرع الثالث

سلطة القاضي التقديرية في إثبات ونفي النسب:

مما سبق نجد أنه فيما يخص الخبرات الطبية كتحاليل البصمة الوراثية فهي تتم بعيدا عن القاضي، فلا يشاهد ولا يعلم المشرف عليها، وبالتالي فهي تفتقر الى صفة التأثير في نفسية القاضي فضلا أن الأمر لا يعدو مجرد ورقة مطبوعة آليا تحمل رموزاً ومصطلحات علمية²، تجعلها لا تتجاوز في الغالب حد الظن، ولا ترقى لمرتبة القطع واليقين لأنها مجرد استنباط لواقعة معينة يظل يشوبها الظن، وهذا بخلاف فراش الزوجية القائم وشهادة الإقرار واليمين، فهي أدلة مشاهدة للعيان ومسموعة تتصل بالقاضي إتصالا مباشرا وذلك لإتصالها بأدلة شرعية.

ومن هنا يمكن القول بأنه يتعين على القاضي المطروحة عليه دعوى إثبات النسب أن يبحث في شرعية وقانونية الزواج قبل أن يبحث في قضية إثبات النسب، ولا يجوز له أن يحكم بإسناد نسب أي مولود إلى المدعي ببنوته أو أبوته إسنادا الى إقراره، إلا بعد أن يكون قد تحقق له وثبت لديه قيام عقد الزواج الشرعي والقانوني قبل مدة مناسبة من تسجيل دعوى النسب لدى كتابة الضبط بالمحكمة وأن يكون قد توفرت لديه شروط الزواج وشروط ولادة المولود خلال الأجل المحدد شرعا وقانونا لمدة الحمل³.

¹ عبد الهادي الحسين الشبلي، استخدام البصمة الوراثية في اثبات النسب، المجلة العربية للدراسات الامنية والتدريب، عدد35، أكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية، مارس2003، ص390.

² خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص94.

³ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ط2، المرجع السابق، ص216.

المطلب الثاني

مسألة الحضانة

إن الحضانة بالإضافة الى اعتبارها كأثر من آثار الطلاق، فإنها تعتبر مظهراً من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفولة، وتُسند مهمة القيام بها عادة إلى النساء، وهي ايضاً عامل مادي يتصف بصفتين متقابلتين ومتكاملتين هما كون الحضانة حقاً وكونها واجباً، فهي من جهة حقٌ للمحضون وحقٌ للحاضن، ومن جهة أخرى واجبٌ على الحاضن، ولهذا فإذا وقع الطلاق بين الزوجين فإنه سينتج عن ذلك مباشرة حق للزوجة الأم في طلب الحكم في حضانة ولدها الصغير، كما ينشأ عنه حق للولد على أمه بشأن حضانته و ينشأ مقابل ذلك واجب على الأم يتعلق بحضانتها لذلك الولد كمبرداً عام¹.

الفرع الأول: مفهوم الحضانة وشروط ممارستها

1-تعريف الحضانة

1-1 تعريف الحضانة لغةً:

الحضانة مشتقة من الحضن وهو ما دون الإبط وقيل: هو الصدر والعضدان وما بينهما ومنه الاحتضان، وهو احتمال الشيء وجعله في الحضن كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها².

1-2 تعرف الحضانة اصطلاحاً:

لقد وردت عدّة تعاريف فقهية للحضانة منها أنها تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره فيمن تدبير طعامه وملبسه ونومه والاهتمام بنظافته في سن معينة ممن له الحق في حضانتها شرعاً³. ومنه فالحضانة إلتزام بتربية الطفل والقيام بحفظه وإصلاحه في سن معينة ممن له الحق في الحضانة ووقايته مما يؤذيه ويضره وتربيته جسمياً ونفسياً وعقلياً كي يقوم على النهوض بتبعات

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ط2، المرجع السابق، ص 292.

² محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، 2010، ص 361.

³ عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الاسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 1999- 2000، ص264.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

الحياة والاطلاع بمسؤوليته، والحضانة بالنسبة للصغير والصغيرة واجبة لأن الإهمال فيها يعرض الطفل للهلاك والضياع، ومنه فالحضانة واجبة له منعا من الهلاك¹.

1-3/ تعريف الحضانة قانونا:

لم يعترف تعريف الحضانة في الشرع عن تعريفها في قانون الأسرة، حيث عرفت المادة 62 بقولها: " هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحتا وخلقا."

ولقد ركز المشرع الجزائري في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها محددًا بذلك نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية²، فتعريف قانون الأسرة على الرغم من إحتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها يعتبر أحسن تعريف، لا سيما من حيث شمولية أفكاره ومن حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية³. شروط ممارسة الحضانة: تثبت الحضانة للرجال كما تثبت للنساء، وإن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال، وذلك لأن المرأة بحكم الفطرة والتكوين هي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر صبراً على توفير إحتياجاته المتنوعة، ومن بين الشروط نجد شروط عامة لممارسة حضانة الرجال والنساء، وهناك شروط خاصة بالمرأة الحاضنة.

2-1 الشروط العامة:

أ) شرط العقل:

ب) هذا الشرط يتمشى والمنطق، فلا يعقل أن يتولى المجنون حضانة الطفل لأنه هو في حد ذاته في حاجة الى من يتولاه ويرعى شؤونه حسب ما أورده المواد 62 و63 و64 من قانون الأسرة، وبالتالي لا يكون له تولي، شؤون غيره، لأن المجنون يفتقد للإدراك والتمييز ويشكل خطراً على المحضون بدلاً من أن يكون حامياً له⁴، وعليه ينبغي الإحتياط من أدنى ضرر محتمل يصيبه وذلك رعاية له.

ب/ شرط البلوغ:

¹ أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، دار الفكر القانوني، الطبعة الأولى، مصر، 2008، ص124.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح ق أ ج، المرجع السابق، ص390.

³ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ط2، المرجع السابق، ص293.

⁴ عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص235.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

الحضانة هي تولي شخص الصغير ورعايته، لذلك لا يعقل لمن هو ليس من أهل الولاية أن تسند له الحضانة، فالصغير الذي لا يتولى شؤون نفسه لا يمكن الإعتماد عليه ليتولى شؤون غيره، والمقصود بالبلوغ هو سن الرشد المدني المذكور في نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري¹ وهو تمام 19 سنة.

ج/ شرط الأمانة على الأخلاق:

الأمانة على الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلاً لممارسة الحضانة، وعليه فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه، ومصطلح الفسق كان مانعاً من موانع الحضانة حسب كل من المالكية والشافعية والحنابلة لأن الفاسق لا يمكن الإعتماد عليه في تربية الصغير، ولا ثقة فيه بل يُخشى أن ينشأ فاسقاً مثله². ولقد تشدد القضاء الجزائري في إعتبار الأمانة على الأخلاق شرطاً جوهرياً في الحاضن.

د) شرط القدرة:

ويقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته، لأن الحضانة كما سبق بيانه مهمة شاقة، فرعاية الطفل الاعتناء بشؤونه والسهر على سلامته الجسدية والخلقية تحتاج الى أن يكون الحاضن قادراً على ذلك، فالقدرة يجب أن تكون جسدية ومادية، فلا يكون الحاضن مُسن إذ يحول دون إعتائه بالصغير، كما أنه لا يجب أن يكون مريضاً يقعه الفراش أو مرض معدٍ من شأنه أن يُخشى على الطفل من إنتقال العدوى إليه، كما يجب ألا يكون منشغلاً بحرفة ما بحيث لا يملك الوقت الكافي لرعايته.

هـ) شرط الإسلام:

لقد جاء في شرح الزيلعي على الكنز أن: "فإن الحضانة مُرادها الشفقة، وبالتالي فلا داعي إلى حرمان الذميمة من حضانة ابنها ما دامت تُكن له الشفقة ولا يعقل هو ديناً لأن ذلك لا يؤثر عليه، أما إذا كان المحضون يعقل الدين فإنه يُنتزع منها لإحتمال الإضرار به، ويحدد السن

¹المادة 40 من القانون المدني الجزائري: " كل شخص بلغ سن الرشد... و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".
²نعيمه تبودشت، المرجع السابق، ص 287.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

للذي يعقل الدين بسبعة (7) سنوات لأنه في هذا السن يُخشى على الصغير من تعلم الكفر والإعتياد عليه¹.

وهو ما عبر عنه موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة، فقد أكدت المادة 62 من قانون الأسرة على أن يربى الطفل على دين أبيه ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة.

2-2 الشروط الخاصة بالحاضنة:

(أ) شرط ألا تتزوج الحاضنة بغير قريب محرم:

نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 66 قانون الأسرة على أن: "يسقط حق لحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" وعليه يفهم من هذه المادة أن حق الحضانة يسقط بزواجها بأجنبي وبقريب غير محرم.

(ب) شرط أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من الصغير: أي أن تكون كأمه أو اخته أو جدته، فلا حق لبنات العم وبنات العمة وبنات الخال وبنات الخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية ولهنَّ الحق في حضانة الإناث، ولا حق لإبن الخال وإبن الخالة وإبن العن وإبن العمة في حضانة الإناث ولكن لهم الحق في حضانة الذكور².

(ج) ألا تكون الحاضنة قد إمتنعت عن حضانة الصغير مجاناً والأب معسراً:

فإن إمتنعت الأم عن حضانة الولد مجاناً وكان الأب معسراً سقط حقها في الحضانة، فعدم الإمتناع يعتبر شرطاً أساسياً من شروط الحضانة خصوصاً للحاضنة.

¹أوهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص726.

²محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، القاهرة، أغسطس 1957، ص408.

الفرع الثاني

ضوابط إسناد وإسقاط الحضانة

1- ترتيب أصحاب الحق في الحضانة :

جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة بعد تعديلها بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 أنه: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..."
وما يؤخذ على المشرع الجزائري في نص المادة 64 من قانون الأسرة أنه جاء بعبارة غامضة ومبهمّة بعدما حدد الدرجات الستة الأولى في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، حيث وردت عبارة "ثم الأقربون درجة" والتي لم يبين المقصود بها، فسكوته عن هؤلاء الأقربون درجة يؤدي بالقضاة إلى الجوع إلى من قانون الأسرة في أحكام الشريعة الإسلامية حسبما نصت عليه المادة 222¹، كل مرة تفوق درجة الحاضنة المرتبة السادسة، وبالرجوع إلى الآراء الفقهية الراجحة في مسألة الترتيب نجدها كالتالي:

1-1 القربيات من المحارم:

رتّب جمهور الفقهاء القربيات من المحارم ابتداءً من الأخت الشقيقة على التي لأم وهذه الأخيرة على التي لأب، ثم عمته أخت أبيه، ثم عمّة أبيه أخت جده، ثم خالة أبيه، ثم بنت الأخ الشقيق ثم التي لأم، وبعدها التي لأب ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم التي لأم وتليها التي لأب، وإذا اجتمعن يقدم الأصلح منهن للحضانة²، وإن تساوت الحاضنات في كل ذلك تقدمت أكبرهن سناً، فإن تساوت من كل وجه تقدم دوماً الشقيقة على التي لأم وتقدم هذه الأخيرة على التي لأب³.

2-1 العصبات من المحارم من الرجال:

لقد حددت المادة 150 من قانون الأسرة مفهوم العاصب بأنه: " العاصب هو من يستحق التركة كلها عند إنفراده، أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم، وإن استغرقت ألف روض التركة فلا شيء له "، والعصب إذا كان رجلاً فلا يكون إلا عاصباً بنفسه حسب

¹ المادة 222 ق أ الجزائري: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

² عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 265.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 724.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

ما حددته المادة 152 من نفس القانون بنصها: "العاصب بنفسه هو كل ذكر ينتمي الى الهالك، بواسطة ذكر"، وقياسا على الميراث فإن حضانة الولد تعود لهؤلاء في حالة استغراق كل الأشخاص السالف ذكرهم، وقد حددت المادة 153 من قانون الأسرة الجزائري هذا الصنف حسب أربعة جهات هي: جهة البنوة، ثم جهة الأبوة، ثم جهة الأخوة، وأخيراً جهة العمومة.

1-3 المحارم من الرجال من ذوي الأرحام:

لا تتوقف القرابة عند القربيات من المحارم أو العصابات من المحارم من الرجال، حيث أنه إذا لم يوجد من هذه الفئة من يحضن الولد أو وجد وليس أهلاً للحضانة، إنتقل حق الحضانة الى محارم المحضون من غير العصابة وهم على الترتيب كآآتي: الجد لأم ثم الأخ لأم، ثم ابن أخ لأم، ثم الخال الشقيق الخال لأب فالخال لأم¹.

2-سقوط الحضانة و إستعادتها

2-1 أسباب سقوط الحضانة:

أ) زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون:

هو السبب الأول ونصت عليه المادة 66 من قانون الاسرة على أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وهذا يعني أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بموجب حكم قضائي أسند إليها حق حضانة أبنائها منه سيسقط حقها في الحضانة بحكم القانون بمجرد أن تتزوج أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس من أقرباء المحضون الذين يحرم عليهم كل علاقة زوجية معه².

وجاء في قرار للمحكمة العليا أنه: "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أمًا، فالأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أمًا إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لإنشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة"³.

ب) تنازل الحاضنة القانونية عن حقها:

¹ اوهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص730.

² عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ط2، المرجع السابق، ص300.

³ م ع، غ أش، قرار بتاريخ 05/ 05/ 1986، م ر 40473، م ق 1989، عدد 02، ص75.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

من أسباب سقوط الحضانة التي نصت عليها المادة 66 من قانون الأسرة هو تنازلها عن حضانة الصغير، وذلك يعني أنه إذا سبق للمحكمة وإن قضت بإسناد حق الحضانة الى الأم أو الخالة أو الأب أو الجدة، وأثناء فترة قيام الحضانة جاء الحاضن أو الحاضنة وقدم المحضون الى القاضي أو الى شخص آخر من أصحاب الحق في الحضانة وأعلن تنازله عن حقه في حضانة المحضون، فإن حقه في الحضانة يسقط حتماً بحكم القانون¹. وتدعيماً لهذا الأساس جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أنه: "من المقرر فقهاً وقانوناً أن المتنازلة عن الحضانة بإختيارها لا تعود إليها ولا يُقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعد مخالفاً للقواعد الفقهية والقانونية².

ج) إذا لم يطلب الحضانة مستحقها لمدة تزيد عن سنة:

وورد النص على هذا السبب في المادة 68 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها."، ويعني أنه إذا كان مستحق الحضانة بالأسبقية تخلى عنها ضمناً ولم يطالب بها في الوقت المناسب حتى مضى على ذلك مدة من الزمن تفوق السنة كاملة، فإن حقه فيها سيسقط بقوة القانون، ولا يطالب من القضاء إذا قدمت الدعوى الى القضاء إلا أن يقر هذا السقوط بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة³.

د) سقوط الحضانة لإختلال أحد شروطها: ورد النص على هذا السبب في نص المادة 67 من قانون الأسرة حيث جاء فيها أنه: "تسقط الحضانة بإختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه. ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون."، ومعناه أنه إذا أسندت الحضانة بموجب قرار قضائي إلى أحد مستحقيها قانوناً وثبت فيما بعد أن هذا الشخص قد عجز أو أهمل واجبه نحو المحضون، بحيث يكون قد تركه دون رعاية ولا

¹ عبد العزیز سعد، الزواج والطلاق، ط2، ص300.

² م، ع، غ، ش، قرار بتاريخ 27/03/1989، م ر 53340، م ق 1990، عدد 03، ص75.

³ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ط2، المرجع السابق، ص301.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

حماية ولا تعليم ولا تربية فإنه لم يعد أهلاً للحضانة ويمكن للمحكمة أن تحكم بسقوط حقه في هذه الحضانة إذا طلب منها ذلك أحد المستحقين من أحد الدرجات الأخرى¹.

هـ) سقوط الحضانة عن الجدة والخالة:

ويكون ذلك إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم وهو سبب من اسباب سقوط الحضانة والذي ورد عليه النص في المادة 70 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم."، ويتمثل السبب الأول في السكن مع أم المحضون على أن تكون الحاضنة قانوناً هي واحدة من الإثنتين: إما خالة المحضون وإما جدته أم أمه، ويتمثل العنصر الثاني المطلوب توفره لضرورة تطبيق نص المادة 70 ق.أ.ج، أن تأتي هذه الخالة أو الجدة إلى منزل الأم ومعها المحضون فتقيم معها في نفس المسكن إقامة مستمرة، والعنصر الثالث الذي يجب توفره كأحد عناصر هذا السبب هو أن تكون الأم متزوجة مع زوج لا تربطه المحضون أي قرابة من القرابات المحرمة².

ن) سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي:

والمسألة في هذه الحالة تقديرية ويرجع أمرها إلى القاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عن الحاضن، ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكل للقاضي انطلاقاً من قنناته ومصالحه المحضون والظروف المتعلقة بالقضية³، وجاء في هذا الصدد قرار للمحكمة العليا فيهمك " من المقرر قانوناً إذا رغب الشخص الموكل له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي، أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون، كما أنه يجب مراعاة حال الطرفين ومصالحه المحضون قبل وضع الشرط⁴ ". إلا أنها إعتبرت في قرار لها أن الإقامة في الخارج يعد سبباً من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ط2، المرجع السابق، ص301.

² عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ط2، المرجع السابق، ص302.

³ العربي بلحاج، الوجيز في شرح ق أ ج، المرجع السابق، ص389.

⁴ م ع، غ أش، قرار بتاريخ 23/06/1993، م ر 91671 م ق 1994، عدد 01، ص72.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

للأب، لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذلك حق الزيارة وذلك لبعده المسافة¹.

2-2 إستعادة الحضانة :

نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أنه : " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الإختياري."، فيعود حق الحاضنة في الحضانة إذا سقطت عنها لعذر وأخذ الحضانة من يليها في المرتبة إذا ازل ذلك العذر، ومعنى هذا الكلام أنه إذا كان لشخص الحق في الحضانة وسُلب منه هذا الحق أو سقط عنه لسبب من الأسباب القانونية كأن يكون غير قادر على تربية المحضون على دين أبيه أو غير قادر على رعايته وضمان حمايته والعناية بصحته وخلقه وتعليمه فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه والذي سلب منه حق الحضانة من أجله².

الفرع الثالث:

سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

لذلك حضي مفهوم مصلحة المحضون عناية الفقه والتشريع والقضاء وأجمع كلهم على وجوب إعتبار مصلحة المحضون والعمل بها.

1- معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون:

إذا كانت قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة جديدة في القوانين العربية الحديثة، فإنها بالنسبة للشريعة الإسلامية تعتبر قديمة وكان العمل قد سار بها في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وتبعه في ذلك الصحابة الكرام، ومن المواقف الإسلامية ما حدث بين أبو بكر الصديق وعمر ابن الخطاب رضي الله عنهما، فقد رُوي أن عمر ابن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصم، فرآه في الطريق فأخذه، فذهبت جدته أم أمه ورآه، وتنازعا بين أبي بكر الصديق رضي الله عنه، فأعطاه إياه وقال لعمر: "ريحها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك"³.

¹م ع، غ أش، قرار بتاريخ 21/11/1995، م ر 111048، م ق 1996، عدد 02، ص102.

²عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ط2، المرجع السابق، ص303.

³إبن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، المجلد الثاني، الجزء الرابع، دار الكتاب العربي، د. دن، 1982، ص134.

والمشرع الجزائري استقى أحكام الأسرة من الشريعة الإسلامية لذلك نجد نص المادة 222 من قانون الأسرة تُحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، إذا لم نجد نصا قانونيا في مسألة ما، وهذا دون تقييد بمذهب مُعين رأى أنه أخذ بالرجوع الى جميع المذاهب من أجل الترجيح من يصدقه الدليل الشرعي وتستقر معه المصلحة، وما يتضح من خلال نصوص قانونا الأسرة أن المشرع يأخذ بقاعدة مصلحة المحضون، لكنه لم يضع لها تعريفا عاما، ويمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادّة وثيقة الصلة بالحياة والحياة مُشكّلة من ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبق¹.

2-تقدير القاضي لمصلحة المحضون

(أ) سلطة القاضي في ترتيب الحواضن:

من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري يتضح أن المشرع الجزائري أبقى على حق الحضانة للأم، وقدم الأب على الجدة للأم والخالة في إستحقاقه لحضانة ابنه، وبالرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم من المسائل التي لم يتحقق فيها الإجماع، ومن ثم فإن المشرع الجزائري في تعديله الأخير لقانون الأسرة يكون قد أخذ في هذه المسألة بالرأي الذي يقدم الأب على سائر النسوة بعد الأم، لأن تقديم الأم على الأب حسب هذا الرأي كان بسبب الأمومة لا بسبب الأنوثة، ويقول في ذلك عبد العزيز عامر: قال ابن القيم أن هذا يدل على تقديم جهة الأبوة، وقال تأييدا لترجيح جهة الأبوة في الحضانة أن أصول الشرع وقواعده شاهدة على تقديم جهة الأب على جهة الأم، وذلك في النكاح وولاية النكاح وغير ذلك، ولم يعهد في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في حكم من الأحكام² ويجدر القول إن المشرع الجزائري لم يخرج في مادته 64 من قانون الأسرة على أحكام الشريعة الإسلامية لأن الحضانة حق للطفل المحضون وحق للحاضن أيضا مع مراعاة مصلحة المحضون مقدمة على كل إعتبار آخر، وهذا أمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي لجعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم وتفضيله على غيره لا يمثل خروجا عن أحكام الشريعة الإسلامية وذلك لما للأب من دور في تربية المحضون.

¹حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقهاء الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000/1999، ص76.

²بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2004، ص171.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

وهذا ما جاءت به إحدى اجتهادات المحكمة العليا في قرار لها بأن: " من المستقر عليه قضاءً أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحضانة أُسندت للأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتماداً على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالاً لسلطتهم التقديرية قد طبقوا صحيح القانون¹."

ب) سلطة القاضي في تمديد الحضانة:

أما فيما يخص تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون، فقد سجل بعض الفقهاء أن مدة حضانة الولد من أشد المسائل إثارة في الأوساط النسوية، كما أنها الأكثر جدلاً بين الفقهاء من جهة والمصلحين الاجتماعيين من جهة أخرى².

ورأى المشرع من خلال نص المادة 65 من قانون الأسرة إمكانية تمديد الحضانة الى سن التمييز أي 16 سنة كاملة وذلك بطلب من الحاضنة، وخصَّ هذا الحكم الذكر دون الأنثى التي لم يتكلم عن تمديد حضانتها الى ما بعد 19 سنة، وذلك بحجة أن مدة حضانة الفتاة طويلة مقارنة مع مدة حضانة الفتى، إذ أن هذا الأخير لا يُستغنى عن حضانته وهو في سن 10 سنوات ولا يزال يحتاج الى رعاية نسوية من حيث العطف والتربية وإن كانت هذه العناية ليست بنفس الدرجة التي هو في حاجة إليها في سن أقل منها، فمصلحة المحضون يجب أن يقدرها القاضي على هذا الأساس.

ومن جهة أخرى فإن المادة 65 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "... على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون."، وادراج هذه العبارة في فقرة منفصلة يعني أنها تتعلق وترتبط بالفقرة الأولى، وبعبارة أخرى فالقاضي عندما يحكم بانتهاء الحضانة يراعى فيها مصلحة المحضون، فإذا رأى أن مصلحة المحضون تتادي بانتهائها حكم بذلك، وإذا استوجبت بقاء المحضون مع حاضنته قضى بذلك أيضاً وهذا سواء تعلق الأمر بالفتى أو بالفتاة، وتطبيقاً لإقتران مصلحة المحضون بذلك التمديد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها جاء فيه: " حيث أنه فعلاً ثبت أن الأم منذ الحكم لها بالحضانة لم تمارسها، و أن المحضون بقيّ يعيش عند

¹ م ع، غ أش، قرار بتاريخ 08/06/1991، م ر 39203 م ق 1997، عدد 01، ص 39.
² حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص 62.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية

والده، ولما بلغ 10 سنوات طالب الوالد بالحضانة، فحكم القاضي الأول له بالحضانة مراعاة لمصلحة المحضون، باعتباره تعود على العيش والحياة مع والده طبقاً للمادة 64 من قانون الأسرة وهو حكم سليم، وأن تمديد الحضانة إلى 16 سنة هو استثناء إذا كانت في الحاضنة مصلحة، ولما إنعدمت المصلحة في تمديدها، فإن قضاة الاستئناف يكونوا قد أخطئوا في قرارهم القاضي بإلغاء الحكم المستأنف مما يتعين معه نقضه و إبطاله و بدون إحالة طبقاً للمادة 269 من قانون الإجراءات المدنية،...¹.

ج) سلطة القاضي في إعتبار عمل المطلقة الحاضنة سبباً من أسباب سقوط حقها في الحضانة:

بالرجوع الى أحكام المادة 67 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه. ولا يمكن لعمل الحاضنة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون."، فيتضح أن الحضانة قد تسقط لإختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون أي الإخلال بواجبات الحضانة، ويمكن للمحكمة أن تحكم بسقوط حق الحاضنة إذا ما طلب منها أحد المستحقين من إحدى الدرجات الأخرى في الحضانة، ولكن يجب على المحكمة عند تطبيق أحكام هذه المادة أن تبقى دائماً ت ا ري مصلحة المحضون في حال بقاءه مع حاضنته الأولى وبين الفوائد التي يمكن أن تعود عليه في حالة إسقاط حق حضانته على هذا الحاضن وإسنادها لغيره².

¹ م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ 03 /07/ 2001، م ر 274207 م ق 2004، عدد 01، ص 270.
² عبد العزيز سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 1، المرجع السابق، ص 301.

الخاصة

إن الحديث عن المسائل الناشئة عن فك الرابطة الزوجية وتقدير القاضي لها، هو حديث يتعدى ويتجاوز النطاق القانوني والقضائي إلى مجال أوسع يرتبط بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية كفضاء عام تدور في فلكه باقي الجوانب، ذلك أنه مهما كان النص القانوني محكم الصياغة وجيد، وكانت طرق تطبيقه على المستوى القضائي سليمة، فإن تنفيذه هو المقياس والميزان الذي توزن به مصداقية الأحكام، والقرارات القضائية.

والتنفيذ يرتبط بقوة الجهاز التنفيذي الساهر عليه، هذا من حيث ما هو كائن، أما من حيث ما ينبغي أن يكون، فهو مرتبط أشد الارتباط بإعادة الاعتبار إلى مؤسسة الزواج، عن طريق توعية المقبلين على الزواج بمعايير اختيار الشريك الآخر والتي يجب أن يكون مقومها الأساسي هو الدين، فالأسرة اليوم أصبحت قشة في مهب الريح، تكالبت عليها المحن والنوائب، نظراً لهشاشة محتواها، فصارت الأسرة في معظم الحالات شكلاً بدون مضمون.

ولعل السبب وراء ذلك، يعود إلى الاستخفاف بمؤسسة الأسرة، وتداعيات انحلالها على المجتمع الناتج أساساً عن ضعف الوازع الديني، هذه العبارة التي نبخسها، ونختصره في الجانب التعبدي، ناسين أو متناسين أن الدين المعاملة، وأن من استقامت عبادته استقامت معاملته، فلو أن كل زوج وكل زوجة استحضار مراقبة الله لهما في كل كبيرة وصغيرة ما ضاع حق أبداً، ولو تمثل كل واحد منا أنه إنما يتعامل مع الله عز وجل ما فسدت معاملة قط.

ومما سبق نستنتج أن مجال تدخل القاضي لا يقتصر فقط على إثبات الضرر المفضي إلى فك الرابطة الزوجية، بل يتعداه ويكون واسعاً ومتبايناً في المسائل الناشئة عن فك الرابطة سواء المادية منها أو غير المادية، فيكون في أضيق حدوده في الطلاق بالتراضي والطلاق بإرادة الزوج المنفردة وكذا في دعوى الخلع، إذ يكون القاضي في هذه الحالات مثبتاً لنية الطرفين أو كاشفاً لنية أحدهما وينحصر دوره في هذه الحالة في.

محاولة إصلاح ذات البين. بينما يكون في أوسع حدوده في تقديره لحالات التطلق والنشوز، إذ بعد محاولاته إصلاح ذات البين يقرر فك الرابطة الزوجية من عدمه، وتتعدى

الخاتمة

سلطته التقديرية لتوابع هذا الفك فنها مطلقة في بعض الأحيان كتقديره لمسألة النفقة وتحديد قيمتها، وبهذا منح المشرع للقاضي صلاحيات هامة وخطيرة لأنها تتعلق بفك الرابطة الزوجية وهي الخلية الأساسية للمجتمع. ومنه فمجال تدخل القاضي في مسائل فك الرابطة الزوجية الرابطة الزوجية ثابت ومتباين، خطير وضروري جدا لحماية طرفي العقد والحفاظ على الأسرة والمجتمع.

غير أن تسرع المشرع الجزائري ومحاولته إعطاء حقوق أكثر للطرف الضعيف وهي المرأة من خلال ما لمسناه في ثنايا هذه الدراسة، وهذا استجابة للمنادين بحقوق أكثر للمرأة، مما جعل قانون الأسرة مشوبا بكثير من النقص من جهة، والتناقض من جهة أخرى، ولا يقع اللوم كله على المشرع لأن قلة الدراسات والبحوث في هذا الموضوع وحساسيته جعلتاه لا يلم بالموضوع كما يجب.

ومن خلا دراستنا هذه، حولنا تسليط الضوء على موطن النقص والتناقض الوارد في هذا الموضوع قانونيا، والإجابة عن الإشكاليات المطروحة في مقدمة بحثنا، ووصلنا الى جملة من النتائج تتمثل في النقاط التالية:

* من الواضح جدا أن مضمون السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة تكون نتيجة سكوت المشرع في بعض المسائل، ويفهم من سكوته أنه ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي.

* نجد أن القاضي لا سلطان عليه في سلطته التقديرية إلا من جهة الشرع، فتكون رقابة المحكمة العليا للتأكد من عمل القاضي في تطبيق القانون وإتباعه للقواعد والإجراءات المقررة في العمل القضائي، وعنصر المراقبة يتمثل فقط مراقبتها للعناصر التي يستمد منها القاضي سلطته التقديرية.

* نلاحظ أن المشرع قد أعطى للقاضي سلطة تقدير واسعة في مسألة التعويض عن الضرر الناتج عن التفريق القضائي أو التطلق وهذا لانعدام النص القانوني الذي يبين للقاضي المعايير والضوابط القانونية التي يعتمد عليها في تقدير التعويض.

الخاتمة

* ونجد القاضي في دعاوى الطلاق أو التطلق أو الخلع وقبل الفصل فيها، ملزم بإجراء محاولات الصلح بين الزوجين، إذ قيده المشرع بموجب المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بذلك.

* ونجد أن المشرع الجزائري خول لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في تقديره لمسألة النفقة وذلك بحسب اجتهاده إذ لا نجد تقدير للنفقة من جهة الشرع، بشرط مراعاة حال الطرفين يسراً وعسراً، ونفس الشيء بالنسبة لتقديره لبدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطرفين على ذلك بشرط ألا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

* نجد أيضاً أن القاضي وُضع في موقف محرج في مسألة الحضانة، فهو ملزم من جهة بالبحث عن مصلحة المحضون، ومن جهة أخرى يجد نفسه مجرداً من الوسائل التي تمكنه من البحث والتحقق من توافر هذه المصلحة.

* ونجد أنه مقيد في المسائل المتعلقة بالنسب، فله أن يستعين بالقرائن الحديثة كتحليل الدم أو البصمة الوراثية في مجال إثباته أو نفيه.

* كما يجب على المشرع إحالة قاضي شؤون الأسرة في حالة عدم وجود النص القانوني الى مذهب معين من مذاهب الشريعة الإسلامية لتسهيل المهمة على القاضي، وذلك لعدم تضارب الأحكام القضائية.

هذه أهم الاستنتاجات التي تم التوصل إليها من خلال دراستنا بخصوص السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل فك الرابطة الزوجية. وعموماً كان يجدر بالمشرع منح سلطة تقديرية أوسع للقاضي لأن هذا الأخير في كثير من الأحيان يكون أمام امر واقع يجبره إن لم أقل يُحتمه بالعودة الى نص المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيله إلى قواعد الشريعة الإسلامية أين يجذ نفسه في كثير من الأحيان يتخبط لإيجاد حلول حول مشاكل سكت عنها المشرع، خصوصاً وأن الشريعة الإسلامية عالجت كل الإشكالات المتعلقة بمسائل فك الرابطة الزوجية.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

1- قائمة المصادر:

أولاً: القرآن الكريم. برواية ورش عن نافع، القاهرة ط2 ، دار المدينة للطبع والنشر، 2008.
ثانياً: قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم
بالأمر رقم 02/05 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

الكتب:

- 1- أحمد إبراهيم عطية. نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة. مصر: دار الفكر القانوني، الطبعة الأولى، 2008.
- 2- أحمد محمد المومني. اسماعيل أمين نواهضة. الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، عمان: ط 1، دار المسيرة، الأردن 2009.
- 3- أحمد مصطفى الزرقاء. شرح القواعد الفقهية، سوريا، دمشق: ط 2، دار القلم، 1989.
- 4- باديس ديابي. آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض نفقة عدة حضانة متاع. الجزائر: د.ط، دار الهدى للنشر، د.ج، 2012.
- 5- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، الجزائر: دار الهدى، 2012.

قائمة المراجع

- 6- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، الجزائر: الجزء الثاني، دار الهدى للنشر والتوزيع، 2007.
- 7- بدران أبو العينين بدران. الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون. بيروت: دار النهضة العربية، د ط، د س، ج 1.
- 8- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، ط 5، 2007، ج 1.
- 9- ابن تيمية أحمد. المستدرك على مجموع الفتاوى. السعودية: ط. 1، مجلد خامس، د. دن، 1997.
- 10-
- 11- الحاج موسى حسن موسى. القضاء الشرعي السني تنظيمه واختصاصاته. بيروت لبنان: الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.
- 12- حسني محمود عبد الدايم. البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط 1، دار الفكر العربي، د.ب.ن، 2008.
- 13- الحطاب. مختصر خليل وشرحه مواهب الجليل، ج 4.
- 14- الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر. مختار الصحاح، لبنان: الجزء الأول، مكتبة لبنان، الطبعة الأولى، 1995.
- 15- رمضان علي، السيد الشرياصي. أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية. دار الجامعة، 2001.
- 16- ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي أبو الوليد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. لبنان: الجزء الثاني، دار الفكر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.
- 17- سيد سابق. فقه السنة. بيروت: المجلد الثاني، ج 6، دار الكتاب العربي، 1988.
- 18- الشيخ علي الخفيف. مصر: فرق النكاح في المذاهب الإسلامية، ط 1، دالا الفكر العربي، القاهرة، 2008.
- 19- بن شويخ الرشيد. شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل. الجزائر: دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط 1، دار الخلدونية، سنة 2009.

قائمة المراجع

- 20- صالح بن غانم السدلان. النشوز (ضوابطه - حالاته - أسبابه - طرق الوقاية منه). الرياض: وسائل علاجه في ضوء القرآن والسنة، ط4، دار بلنسية، 1993.
- 21- الطاهر بن عاشور. التحرير والتنوير. تونس: دار سحنون للنشر والتوزيع، الجزء الثاني، طبعة 1997.
- 22- عبد الرحمن الجزيري. كتاب الفقه على المذاهب الأربعة. لبنان: ج4، ط4، دار إحياء التراث العربي، 1969.
- 23- عبد العزيز سعد. قانون الاسرة في ثوبها الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل. الجزائر: ط2، دار هومة للنشر، دج، 2005.
- 24- عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً. القاهرة: دار الفكر العربي، 1976.
- 25- عبد الكريم زيدان. المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم. بيروت لبنان: الطبعة الثالثة، الجزء التاسع، مؤسسة الرسالة، 2000.
- 26- عبد اللطيف يوسف، زبدة المفردات "مختصر المفردات في غريب القرآن الأصفهاني. بيروت: ط1، دار المعرفة، بيروت، 1998.
- 27- عبد المؤمن بلباقي. التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي. عين مليلة - الجزائر: دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى. د س ن.
- 28- عبده غالب أحمد عيسى. فقه الطلاق. بيروت: دار الجيل، ط1، 1991.
- 29- العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. الجزائر: الزواج والطلاق، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع، 2010.
- 30- علي محمد علي قاسم. التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط. مصر: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 31- علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة - أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي. الإسكندرية، مصر: د ط، دار الجامعة الجديدة، 2004.
- 32- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، Encyclopédie Editions، طبعة 2003.

قائمة المراجع

- 33- عمر وعيسى الفقي. **التطبيق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين**. المكتب الفني للموسوعات القانونية، مطبعة المجموعة المتحدة سنة 1998.
- 34- أبو الحسن أحمد بن فارس. **مجلد اللغة**. الكويت: معهد المخطوطات العربية، الطبعة الأولى، الجزء الأول، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، د س ن.
- 35- قيس عبد الوهاب الحياي. **ملكية أثاث بيت الزوجية**. عمان-الأردن: ط1، دار حامد للنشر والتوزيع، 2007.
- 36- ابن القيم الجوزية. **زاد المعاد في هدى خير العباد**. د. دن: المجلد الثاني، الجزء الرابع، دار الكتاب العربي، 1982.
- 37- الفيروز آبادي مجد الدين. **القاموس المحيط**، دار إحياء التراث العربي، طبعة سنة 2000.
- 38- محفوظ بن صغير. **قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02**، دار الوعي، 2012.
- 39- محمد أبو زهرة. **الأحوال الشخصية**. القاهرة: دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، أغسطس 1957.
- 40- محمد أحمد بن عرفة. **الشرح الكبير**، الجزء الثاني.
- 41- محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي. **تحفة الفقهاء**. لبنان: الجزء الثاني، دار الكتب العلمية للنشر، الطبعة الأولى، لبنان، 1405.
- 42- محمد سلام مذكور. **الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام**. القاهرة: دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.
- 43- محمد سمارة. **أحكام وآثار الزوجية - شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية**. الأردن، عمان الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 2002.
- 44- محمد عبد الرؤوف المناوي. **التعاريف**. بيروت: دار الفكر المعاصر، دمشق ط1.
- 45- محمد علي خلف. **زبدة التفسير من فتح القدير**. مصر: المطبعة الأميرية، 1337 هـ.
- 46- محمد كمال الدين إمام. **أحكام الأسرة الخاص بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء**. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007.

قائمة المراجع

- 47- محمد محمد أبو زيد. دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب. الكويت: ع 1، مجلة، مارس 1996.
- 48- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية. الأردن: الطبعة الثالثة، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، 2010.
- 49- محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، الطبعة الأولى 2007، دار الفكر، المسيرة، عمان الأردن، 2007.
- 50- محمود محمد ناصر بركات. السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي. الأردن: ط 1، دار النفائس للنشر، 2007.
- 51- محي الدين عبد الحميد. المبسوط في الشريعة الإسلامية والأحوال الشخصية، ج 5.
- 52- مشروع قانون الأحوال الشخصية. الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما. مصر: 2004.
- 53- منصور نورة. التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية. عين مليلة - الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر، سنة 2012.
- 54- ابن منظور جمال الدين أبو الفضل. لسان العرب. القاهرة، مصر: د ط، دار المعارف، مج 6، ج 49، 1981.
- 55- نزيه نعم شلالا. المرتكز في دعاوى النفقة. بيروت، لبنان: ط 1، منشورات الحلبي، 2007.
- 56- نسرين شريفي. كمال بوقرورة. قانون الأسرة الجزائري. الجزائر: بلقيس، ط 1، 2013.
- 57- وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. الجزائر: الجزء السابع، دار الفكر، طبعة خاصة، 1992.
- 58- يوسف قاسم. حقوق الاسرة في الفقه الإسلامي. القاهرة دار النهضة العربية، 1992.

المجلات القضائية:

- ✓ الإجهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ع خ، عن قسم الوثائق م ع لسنة 2001.
- ✓ قرار المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية-قرار صادر بتاريخ 1991/02/20 ملف رقم 75588 -المجلة القضائية- العدد 4 لسنة 1993.

الرسائل العلمية:

- ✓ أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، (رسالة لدكتوراه في قانون الخاص، جامعة تلمسان)، الجزائر 2012-2013.
- ✓ بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، الجزائر، 2005-2008.
- ✓ تشوار جيلالي، النقائص التشريعية للأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والقوانين السياسية، الجزء 39، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2001-2002.
- ✓ حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقهاء الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999/2000.
- ✓ حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005.

قائمة المراجع

- ✓ حميدوا زكية تشوار، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج 41، ع 01، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003.
- ✓ خيرة قويدري، حالات التطلاق في ق.أ.ج في ضوء الفقه الإسلام والقضاء، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2009-2008 .
- ✓ زينب مدرق ناور، النفقة وتقديرها في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الاحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015.
- ✓ شمروك محمد واخرون، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008/2005.
- ✓ صافية بولحارس، سلطة القاض في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014.
- ✓ عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، جامعة بن عكنون، دولة الجزائر 2007.
- ✓ عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الاسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 1999-2000.
- ✓ عبد الهادي الحسين الشبلي، استخدام البصمة الوراثية في اثبات النسب، المجلة العربية للدراسات الامنية والتدريب، عدد 35، أكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية، مارس 2003.
- ✓ عزيزية يوسف، التطلاق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهادات المحكمة العليا، مذكرة التخرج من المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004.
- ✓ لعمارة محمد صورية، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة (الزواج والطلاق)، (مذكرة التخرج القضاء)، المعهد الوطني للقضاء، 2002-2005.
- ✓ محمد حجازي، نظام الإثبات في أحكام الأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2007.

قائمة المراجع

- ✓ معتصم عبد الرحمان محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، رسالة للحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007.
- ✓ ناصر عبد الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، عدد 18، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2003.
- ✓ نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 2006.
- ✓ نعيمة تبودشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1999-2000.
- ✓ اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، سنة 2003-2002.
- ✓ صالح بويشيش، نفقة الزوجة والأولاد في حال الإعسار والامتناع، مجلة الإحياء، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، قسم شريعة، باتنة عدد 05، 2005.

فهرس الموضوعات

الإهداء.....	ب
الشكر والتقدير.....	ج
قائمة المختصرات.....	د
مقدمة.....	01
الفصل الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بفك الرابطة الزوجية.....	06
المبحث الأول: مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.....	06
المطلب الأول: الطلاق.....	07
الفرع الأول: مفهوم الطلاق.....	07
الفرع الثاني: تقسيمات الطلاق.....	08
الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير الطلاق.....	10
المطلب الثاني: النشوز.....	13
الفرع الأول: مفهوم النشوز وطرق إصلاحه.....	13
الفرع الثاني: دور القاضي في تحديد حالات النشوز.....	16
المبحث الثاني: مسألة التطلق بطلب من الزوجة.....	22
المطلب الأول: التطلق.....	23
الفرع الأول: مفهوم التطلق.....	23

- 24..... الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التظليق
- 38..... **المطلب الثاني: الخلع**
- 38..... الفرع الأول: مفهوم الخلع لغة واصطلاحا
- 40..... الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخلع
- 41..... الفرع الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في الخلع
- 43..... **ملخص الفصل الأول**
- 45..... **الفصل الثاني: سلطة القاضي عقب الحكم بفك الرابطة الزوجية**
- 46..... **المبحث الأول: الآثار المالية الناشئة على فك الرابطة الزوجية**
- 46..... **المطلب الأول: مسألة النفقة**
- 46..... الفرع الأول: مفهوم النفقة وأسبابها
- 48..... الفرع الثاني: أصحاب النفقة (مستحي النفقة) وحالات سقوطها
- 52..... الفرع الثالث: سلطة تقدير القاضي للنفقة واستحقاقها
- 54..... **المطلب الثاني: النزاع حول متاع البيت**
- 55..... الفرع الأول: مفهوم متاع البيت الزوجية
- الفرع الثاني: المسائل المنصوص عليها في نص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري حول متاع البيت..... 57
- 59..... الفرع الثالث: مكان حلف اليمين وكيفية أدائه
- 61..... الفرع الرابع: سلطة القاضي في مسألة النزاع حول متاع البيت
- 64..... **المبحث الثاني: الآثار الغير مالية الناشئة عن فك الرابطة الزوجية**

- 64..... **المطلب الأول: النسب**
- 65 الفرع الأول - تعريف النسب وأسباب ثبوته.
- 72..... الفرع الثاني - طرق إثبات النسب.
- 76..... الفرع الثالث: سلطة القاضي التقديرية في إثبات ونفي النسب
- 77..... **المطلب الثاني: مسألة الحضانة**
- 77..... الفرع الأول: مفهوم الحضانة وشروط ممارستها.
- 81..... الفرع الثاني: ضوابط إسناد وإسقاط الحضانة.
- 85..... الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون.
- 89..... الخاتمة:
- 92..... **المراجع**