

جامعة محمد خيضر - بسكرة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



## السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الطلاق وأثاره

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق  
تخصص: قانون أسرة

إشراف الأستاذ:  
دحامنية علي

إعداد الطالبة:  
لمعيني سمية

الموسم الجامعي: 2015/2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## شكر و عرفان

اللهم لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك

نشكر الله عز وجل الذي فضلنا على كثير من خلقه ووهبنا النجاح والتوفيق لتحقيق درجة علمية محموددة ووفقتنا في اكمال هذه الدراسة المتواضعة

أوجه شكري وجميل تقديري إلى الأستاذ المشرف دحامنية علي الذي كان خير مرشد وموجه فله مني جزيل الشكر والعرفان.

وأوجه امتناني وشكري في نهاية مشواري الدراسي للاستاذ لمعيني محمد الذي هو أخي ورفيق دربي على مواقفه النبيلة معي على مدار

سنوات دراستي .

كما أشكر جميع الاساتذة الذين رافقونا في مشوارنا الدراسي وأخص بالذكر الأستاذ مرزوقي عبد الحليم والأستاذ قروف موسى والأستاذ حوحو رمزي.

والشكر موصول إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد في انجاز هذا العمل

## اهداء

الحمد لله كاشف الأسباب....فاتح الأبواب.....مسهل الصعاب....موفق العباد..

اذ وهبني نعمة العقل والعلم وهداني الى انجاز هذا العمل المتواضع الذي اصبو ان ينال الرضا ويحقق الهدف المنشود وبأبسط المجهودات راجية من الله عز وجل التوفيق والسداد.

خير من استفتح اهدائي به هو من كلله الله بالهيبة والوقار ..الى من علمني العطاء بدون انتظار..الى من احمل اسمه بكل افتخار..الى والدي العزيز.

الى ملاكي في الحياة..الى معنى الحب والحنان والتفاني..الى بسملة الحياة وسر الوجود..الى من كان دعاؤها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي..الى اغلى الحبايب امي الغالية.

الى مثلي الاعلى ورفيق دربي.... معك اكون انا وبدونك أكون مثل أي شيء...الى اخي " محمد" في نهاية مشواري اريد ان أشكرك على مواقفك النبيلة معي على مدار سنوات دراستي .

الى من بها أكبر وعليه اعتمد...الى شمعة تثير ظلمة حياتي ...الى من بوجوده اكتسب قوة ومحبة لا حدود له اختي سميحة.

الى من ارى التفاؤل بعينه.. والسعادة في ضحكته الى شعلة الذكاء والنور اخي عز الدين.

الى توأم روحي ورفيقة دربي..الى صاحبة القلب الطيب والنوايا الصادقة ابن خالتي زوليخة.

الى ينبوع الصدق الصافي ..الى الوجه المفعم بالبراءة الى قريبتني سهام.

الى اخواتي اللواتي لم تلهن امي.الى من تحلو بالاخاء وتميزو بالوفاء والعطاء صديقاتي اسماء, فطيمة, رانية, زينب, لينة, وداد, حليلة, مريم.....

الى كل من يحبني ويتمنى لي النجاح اهدي ثمرة جهدي هذا.....

المقدمة

## مقدمة

إن القانون ليس مجرد شكل يصاغ إنما هو تعبير عن الواقع الاجتماعي والإنساني، هذا الواقع الذي يكون مضمون القاعدة القانونية والتي يعمل القاضي في إطارها على محاولة التوفيق بين الواقع وهذه القاعدة.

والقواعد القانونية نوعان منها الجامدة وهي تلك التي لا تقبل التغيير ولا التطور ولا الانتقال من حال إلى حال، ومنها المرنة وهي التي يضعها المشرع هاديا للقاضي يسترشد بها فيما يعرض عليه من القضايا ولا يتقيد فيها بحل واحد بل تتغير الحلول وتتفاوت بتغير الظروف وتفاوت الملابس، فالقاضي وإن كان ليس مشرعا إلا أن له من سلطان التقدير ما يسير له أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف، فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطورا مستمرا ويواجه بها ما يتغير من ملابس وأحوال، فهو يفصل في المنازعات بما ينفق وصحيح القانون دون أن تصل هذه الحرية إلى حد وضع نصوص القوانين لأن هذا من صميم اختصاص المشرع وحده، فالقاضي حينما يصدر أحكامه فإنها تصدر منه وفقا لسلطته القضائية ومعنى ذلك أنه لا يقوم بعمل المشرع فهو لا يضع قاعدة قانونية جديدة وإنما يقوم بعمل تقديري بهدف تحديد مضمون إرادة قانونية قائمة وهو بهذا النشاط يرمى إلى تحقيق غاية العمل القضائي وهي المصلحة العامة وإلى إزالة التجهيل الذي أحاط بالقاعدة القانونية وما تنظمه من مراكز قانونية.

ولابد من الإشارة إلى أن القاعدة القانونية ليست هي موضوع السلطة التقديرية للقاضي، وإنما ينصب التقدير على مفترضات تطبيقها وعلى الأثر القانوني الذي تنظمه، ففي كل الحالات التي يكون فيها للقاضي حرية تقدير الحل الموضوعي الذي يتبناه فإننا نكون بصدد ما يسمى السلطة التقديرية، وتنعدم هذه الأخيرة في الأحوال التي يكون فيها نشاط القاضي منظما من قبل القانون في جميع عناصره.

وعلى الرغم من أن السلطة التقديرية للقاضي أصبحت من المسلمات المفروضة في مجال العمل القضائي حيث اعترف كل من المشرع والفقهاء والقضاء بذلك، إلا أنه

ورغم هذا الواقع هناك اتجاه فقهي وقضائي حديث يدعو إلى الحد من استعمال قاضي الموضوع لسلطته التقديرية، لأن سلطة هذا الأخير أثناء مباشرته لولاية القضاء ليست سلطة تقديرية وإنما هي سلطة مقيدة بغاية العمل القضائي، كما أن إباحة استعمال هذه السلطة التقديرية سيؤدي إلى الكثير من التضارب في الأحكام، وعدم الاستقرار في العمل القضائي ويفسح المجال واسعا لتحكم القضاة مما يؤدي في النهاية إلى ميل ميزان العدل.

وقد رد أصحاب الاتجاه الذي يقر بالسلطة التقديرية للقاضي بأن الشرعية الشكلية قد فقدت مقومات وجودها وأصبحت تشكل عبئا على العدالة التي يجب أن تأسس على عدالة موضوعية مناطها الضرورات، وليس مجرد عدالة شكلية، وهذا يحتم على القضاة أن يقوموا بتحقيق نوع من الموائمة بين مختلف القيم السائدة في المجتمع، بما يحقق الخير العام للجماعة

فالسطة التقديرية للقاضي لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أيا كان موضوع المنازعة، فهذه السلطة عمل يقوم به القاضي بهدف تحقيق الغاية الموضوعية من القانون ومن ثم تعد من صميم عمله، ومن الصعوبة بما كان أن نجد تعريفا واضحا دقيقا لهذه السلطة لأنها لا تقوم على أساس موضوعي فهي لا تختلف من حيث ممارستها من قاض إلى آخر فحسب، بل أنها قد تختلف لدى نفس القاضي باختلاف الظروف والأزمنة وكل ما يمكن قوله أن السلطة التقديرية مكنة لمواجهة ظروف تطبيق القانون.

وما دامت السلطة التقديرية للقاضي لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أيا كان موضوع المنازعة كما أشرنا، فإننا ارتأينا تخصيص دراستنا للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وذلك لعدة اعتبارات، منها عظم شأن هذا الفرع من فروع القانون واتصاله الوثيق بكل فرد من أفراد المجتمع، فقد يستغني الفرد عن قانون العقوبات أو قانون الجمارك مثلا طيلة حياته، إلا أنه لا يمكن له الاستغناء عن قانون الأسرة والخضوع لأحكامه، فكل فرد في المجتمع هو أب أو أم أو زوج وإن لم يكن كذلك فهو لا محالة ابن، فهذا القانون ينظم العلاقات الداخلية للأسرة ويرتب الحقوق والواجبات لأفرادها ويمس بجوهر الحياة الخاصة

كما أن الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة يختلف نوعا ما عن الدور الذي يقوم به

باقي القضاة كالذين ينظرون في القضايا التجارية أو الاجتماعية، فحل المشاكل الأسرية يختلف عن حل باقي المشاكل لأن هذه الأخيرة مرتبطة بأمور شديدة الصلة بالمسائل النفسية والاجتماعية والدينية، وبالتالي فوظيفة القاضي هنا فيها جانب اجتماعي كبير باعتبار أن إصلاح الأسرة هو إصلاح للمجتمع بأكمله لأن الأسرة هي أصغر وحدة في النظام الاجتماعي.

وما 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.

وقد اقتصرنا في دراستنا على معالجة دور القاضي في مسائل الطلاق 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، قد تطرقنا إلى النقاط التي تبين لنا أن لسلطة القاضي التقديرية أثر بالغ فيها وقد حاولنا أن نبين السبل التي يعتمد عليها القضاة 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،

والإشكالية التي يمكن أن نطرحها لمعالجة هذا الموضوع هي:

**كيف يمارس قاضي شؤون الأسرة سلطته التقديرية لحل النزاعات المطروحة**

**أمامه في مسائل الزواج وانحلاله؟ وما هي السبل التي يعتمد عليها في ذلك؟**

: وقد حاولنا الإجابة على هذه الإشكالية بتطرقنا إلى نقطتين أساسيتين :

أولاً: دور وسلطة القاضي التقديرية عند انحلال الرابطة الزوجية.

ثانياً: مجال تدخل القاضي وسلطته التقديرية في الآثار المترتبة عند انحلال الرابطة

الزوجية.





# الفصل الأول

السلطة التقديرية للقاضي عند انحلال الرابطة الزوجية

## الفصل الأول: السلطة التقديرية للقاضي عند انحلال الرابطة الزوجية

عالج المشرع الجزائري كل المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق في قانون الأسرة رقم 11/84 الصادر بتاريخ 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وقد استمد جل أحكامه من الشريعة الإسلامية مراعيًا في ذلك مستجدات العصر وتطور المجتمع.

كما نظم المشرع طرق فك الرابطة الزوجية في حالة عدم استقرارها وخصها بإجراءات عديدة فمنح حق الطلاق للرجل بالإرادة المنفردة كما أعطى للمرأة حق في طلب التطليق والخلع ومنح لكل من تضرر من فك الرابطة الزوجية الحق في المطالبة بالتعويض.

ولضمان التقيد بأحكام هذا القانون جعل المشرع الجزائري قاضي شؤون الأسرة رقيبًا وحارسًا أمينًا لضمان التقيد بمختلف نصوصه ومنحه سلطة حرية التقدير أو الاختيار فيما هو انسب في حل النزاع المطروح أمامه حتى لا يتعسف كل ذي حق في استعمال حقه كما منح له سلطة واسعة لمحاولة الإصلاح بين الزوجين قبل انحلال الرابطة الزوجية وفي تقديره لحالات التطليق إضافة إلى تقدير تعسف الزوج في الطلاق وكذلك تقديره للنشوز وهذا مات ناولناه من خلال معالجتنا لهذا الموضوع وأخذناه في مبحثين:

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي عند انحلال الرابطة الزوجية.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق التعسفي والنشوز.

## المبحث الأول: دور القاضي وسلطته في الصلح والتحكيم وحالات الطلاق

لقد حدد المشرع الجزائري اسباب انحلال الرابطة الزوجية ضمن الباب الثاني من الكتاب الأول تحت عنوان "انحلال الزواج" فالمادة 47 من قانون الاسرة نصت: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة".

وقد حصر اهتمامه في توضيح انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق باعتبار ان الوفاة لا تثير أي لبس من حيث مفهومها .

والطلاق علاج هدام فهو كالبتز لبعض أعضاء الجسم لا يلجا الأطباء إليه إلا اضطرارا لإنقاذ الحياة أو لدفع ضرر في الصحة أعظم من البتر<sup>1</sup> ، فكذلك لا ينبغي شرعا اللجوء الى الطلاق الا عندنا تكون الحياة الزوجية غير منسجمة ، فالطلاق هو هدم لكيان الاسرة الذي يبينه الزواج فهو ضرر لكنه ضروري لدفع ضرر أعظم منه ، قانون الاسرة الجزائري سمح للزوج أي يضع حدا للعلاقة الزوجية بإرادته المنفردة بواسطة الطلاق كما سمح للزوجة كذلك أن تنهي هذه العلاقة عن طريق الخلع او التطليق ز جعل القاضي حارسا و رقيباً أميناً على ذلك حتى لا يتعسف كل ذي حق في استعمال حقه كما منح له سلطة تقديرية واسعة لمحاولة إصلاح بين الزوجين قبل انحلال الرابطة الزوجية و في تقديره لحالات التطليق إضافة إلى تقدير تعسف الزوج في الطلاق و كذا تقديره للنشوز و عليه سنحاول معالجة ذلك من خلال مطلبين.

**المطلب الأول: دور القاضي في الصلح والتحكيم.**

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

**المطلب الأول: دور القاضي في الصلح والتحكيم.**

تعد إجراءات الصلح و التحكيم في فك الرابطة الزوجية من الإجراءات الهامة و الأولية التي اوجب قانون الاسرة على القاضي القيام بها قبل الشروع في بحث موضوع النزاع و إصدار حكم بشأنه و جعلها إجبارية<sup>2</sup> ..

<sup>1</sup>- مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري و السوري في عهد الوحدة بينهما -دار القلم- دمشق الطبعة الأولى سنة 1966- ص 124.

<sup>2</sup>- الدكتور بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 356.

لهذا يحسن بنا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نعالج في الأول إجراءات الصلح و مدى مساهمة القاضي في إصلاح ذات البين، و نعالج في الثاني إجراءات التحكيم و مدى مساهمة الحكّمين و القاضي في فض النزاع بين الزوجين.

### الفرع الأول: إجراءات الصلح و جهد القاضي في فض النزاع بين الزوجين:

نص المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الاسرة بأنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي دون أن يتجاوز مدته 3 أشهر ابتداء من تاريخ الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر بين مساعي و نتائج محاولات الصلح ، يوقعه مع كتاب الضبط و الطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة " يفهم من هذا النص انه لا يثبت الطلاق إلا بحكم من القضاء و أن محاولات الصلح إجراء إجباري يجب على القاضي القيام به قبل من النطق ، و عله فانه يجب على القاضي المختص بنظر موضوع الدعوى ان يستدعي الزوجين معا إلى مكتبه واسطة المحضر القضائي او بأي طريقة مناسبة و ذلك بمجرد تسجيل الدعوى و طرحها عليه.

و أن يعين لهما جلسة خاصة في تاريخ محدد ، يسمع فيها مزاعم كل واحد من الزوجين ثم يحاول ان يصلح بينهما بإظهاره لمساوئ النزاع و مضار الفرقة و بيان محاسن الألفة و الانسجام ، و التسامح المتبادل من اجل ضمان حياة زوجية هادئة لصالحهما و صالح أطفالهما ، و لاستمرار علاقة القرابة و المصاهرة بين عائلتي الزوجين ، فإذا فشل القاضي في التوفيق بينهما فعليه أن يحاول مرة أخرى إذا تبين جدوى محاولة الصلح بينهما فإذا فشل مرة ثانية و رأى أن هناك جدوى للصلح فله الحق في إجراء محاولة صلح ثالثة و رابعة لأن القانون أعطاه الحق في إجراء عدة محاولات للصلح قبل الطلاق على أن لا يتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، و هنا تتجلى سلطة القاضي التقديرية، و سواء أنجح القاضي أو فشل في محاولات الصلح فإنه محضرا بما توصل إليه من نتائج و يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين، و هذا حسب نص المادة 49 في فقرتها الثانية المذكورة أعلاه، و أن يحيل الطرفين إلى حضور جلسة علنية تتعقد ضمن الجلسات المقرر للمحكمة و عندئذ يقع النقاش في الموضوع ثم يصدر القاضي حكمه.

لكن ما يلاحظ على قانون الأسرة الجزائرية أنه سكت عن إجراءات انعقاد جلسات الصلح، هذا ما يجعلنا نعتقد أنه يمكن أن تتعقد هذه الجلسات بناء على رسالة مضمنة أو بواسطة محضر قضائي أو عن طريق استدعاء من كتابة الضبط، عمليا و من خلال التربص الميداني لاحظنا أن القاضي يعلم الزوجين بجلسة الصلح شفويا في جلسة من جلسات المحاكمة، المهم لكي تتعقد جلسة الصلح يجب

إعلان الزوجة إعلانا صحيحا يترتب عليه إيصال العلم إليه بتاريخ الجلسة<sup>1</sup> و ما قيل عن الزوجة يقال عن الزوج في حالة طلب التطلق من الزوجة لأن محاولات الصلح تعد أحد العناصر الجوهرية لصحة العمل القضائي.

و يجب على القاضي أن يتثبت من هوية الزوجين في هذا الطور الصلحي ، لأن هناك نسوة تعرضن لعمليات تغرير فاحش نجمت عنها مضار جاسم قد يعسر إصلاحها فالذي يحدث في هذا الصدد أن من الأزواج من تقدم بطلب الحكم بالطلاق و أحضر لجلسة محاولة الصلح امرأة غير زوجته المعنية بالأمر و تأتي له بهذه الوسيلة الحصول على الاتفاق على الطلاق و التنازل عن الحقوق التي كلفها القانون للزوجة<sup>2</sup>.

و هناك العديد من القرارات الصادرة من المحكمة العليا أكدت أنه لا بد من مراعاة إجراءات الصلح قبل إصدار الحكم بالطلاق نذكر منها، القرار الصادر بتاريخ 1991/06/18 الذي جاء فيه من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، و من ثم فإن القاضي بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون<sup>3</sup> فإذا انعقدت محاولة الصلح سواء تم الحضور أو لم يتم بعد الإعلان بواسطة الرسالة المضمنة أو المحضر القضائي أو بأي طريقة أخرى، يكون العمل القانوني قد استوفى شروطه و على القاضي أن يحدد تاريخ الجلسة التي يعلن فيها عن الطلاق إذ لم يتراجع طالبه عن ذلك، و قد جاء في قرار للمحكمة العليا أن "...عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجراءاتها عدة مرات يجعل القاضي ملزم بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما لأن المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مدة إجراء الصلح بثلاثة أشهر..."<sup>4</sup>

من خلال كل ما تقدم يمكننا القول أن سلطة القاضي التقديرية في مرحلة الصلح واسعة جدا فعليه أن يبذل قصار جهده لتقريب وجهات النظر بين الزوجين ومحاولة وضع حد للتنازع و التنازع الحاصل بينهما.

## الفرع الثاني: إجراءات التحكيم و مدى مساهمة الحكيم و القاضي في فض النزاع بين الزوجين:

نصت المادة 56 من قانون الأسرة الجزائرية: "إن اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر و جب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما.

<sup>1</sup> - الأستاذ عمر زوده - طبيعة الأحكام بأنها الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها- Encyclopédie Edition - طبعة 2003 - ص109.

<sup>2</sup> - الأستاذ عمر زوده - طبيعة الأحكام بأنها الرابطة و أثر الطعن فيها- نفس المرجع- ص109.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا

<sup>4</sup> - المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1997/10/23 ملف رقم 174132- نشرة القضاة- العدد 55- ص 197.

يعين القاضي الحكيم، حكماً من أهل الزوج و حكماً من أهل الزوجة، و على هذين الحكيمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين".

من استقرار نص هذه المادة يتضح أن المشروع لم يوضح بشكل دقيق كيفية تعيين الحكيمين و ما إذا كانت إجراءات التحكيم يجب القيام بها بعد فشل محاولة الصلح أو أثناءها إلى غير ذلك من الإشكاليات.

و الثابت في نص هذه المادة أن التحكيم وجوبي و إلزامي في دعاوى الطلاق، و الرجوع إلى بيت الزوجية و ذلك في كل حالة يشتد فيها الخصام و يبلغ النزاع بين الزوجين ذروته و لا يثبت وجود أي ضرر يمكن أن يلحق أحدهما من جراء ذلك، و عليه فإذا توفر شرط اشتداد الخصام و شرط عدم ثبوت الضرر فإنه يجب على القاضي قبل الشروع في دراسة موضوع النزاع ومباشرة الفصل فيه أن يعمل على إصلاح ذات البين بطريق التحكيم<sup>1</sup>.

بالنسبة لتعيين الحكيمين و صفاتهما فالقاضي يعينهما سواء من تلقاء نفسه تطبيقاً للقانون أو بناءً على طلب أو اختيار الزوجين و يجب عليه أن يراعي قرابتهما من الزوجين إضافة إلى تأثيرهما عليهما و قدرة كل منهما على حل النزاع و هنا تتجسد السلطة التقديرية للقاضي في اختيار الحكيمين العدلين الذين يمكن لهما حل النزاع المطروح.

فيما يخص مهمة الحكيمين فإنها محددة من القاضي و تنحصر في دراسة أسباب النزاع القائم بين الزوجين و ظروفه و ملابساته و تحديد مسؤولية كل واحد منهما في النزاع إضافة إلى محاولة إزالة الخلاف و التوفيق بينهما و تقريب وجهات النظر بكل الوسائل و الطرق الممكنة شرعاً، و سماع أقوال الزوجين، و توضيحات من كان يشاركهما مسكن الزوجية كالأولاد و الأقارب إن وجدوا.

و سواء توصل الحكمان إلى إيجاد حل للنزاع أم لا فعليهما أن يقدموا تقريراً إلى القاضي الذي عينهما في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما يشتمل على النتائج التي توصلوا إليها و على اقتراحاتها لحسم الخلاف<sup>2</sup>. و في هذا المجال يمكن القول أنه إذا توافرت الأسباب و الشروط اللازمة للجوء إلى مبدأ التحكيم المنصوص عليه في المادة 56 من قانون الأسرة المذكور أعلاه، يجب على القاضي المختص بالفصل في موضوع النزاع القائم بين الزوجين أن يؤجل الدعوى و أن يعين الحكيمين و ينتظر تقريرهما خلال المهلة القانونية المحددة، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/12/25 و الذي جاء فيه "...من المقرر قانونياً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح

<sup>1</sup> - الأستاذ محمد أحمد القضاة: التحكيم في الشقاق بين الزوجين- مجلة دراسات، الجامعة الأردنية عمان- الأردن- المجلد 18(أ) - العدد الرابع - سنة 1991 - ص 08.

<sup>2</sup> - الأستاذ عبد العزيز سعد: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائرية- مرجع سابق ص 302.

من طرف القاضي و عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، و إذا اشتد الخصام بين الزوجين و عجزت الزوجة من إثبات الضرر و جب تعيين حكيم للتوفيق بينهما و من ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون و لما كان من الثبات في قضية الحال أن المجلس القضائي قضي بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية: 49، 55، 56 من قانون الأسرة يكون بقضائه كما فعل قد خالف القانون و تجاوز اختصاصه و متى كان كذلك استجوب نقض القرار المطعون فيه...<sup>1</sup>

فالقاضي يحكم في ضوء تقرير الحكيم الذي لا يشترط فيه أن يكون معللا كما يجوز له رفض التقرير و تعيين حكيم آخرين وفقا لسلطته التقديرية في هذا المجال<sup>2</sup> وهو غير ملزم بما تضمنه التقرير إذا فشلت إجراءات التحكيم و تصدى للفصل في موضوع الدعوى<sup>3</sup>.

و تجدر الإشارة أن تعيين الحكيم لا يكون عادة إلا عندما ترفع الزوجة ضد زوجها و تزعم أنه أتى من الأعمال و التصرفات ما يضر بها، و تجيز لها طلب التطليق ثم تعجز عن إثبات الضرر بالوسائل القانونية المتعلقة بالإثبات و يعجز القاضي عن إصلاح ذات البين و يفشل في محاولة الصلح<sup>4</sup>، أي أن تعيين الحكيم لا يكون إلا بعد تأكد القاضي من فشل مساعيه في إصلاح و اشتداد الخصام بين الزوجين و عدم ثبوت الضرر.

و أخيرا من خلال التربص الميداني لاحظنا أن القضاة لا يقومون بتعيين الحكيم و يكتفون بجلسات الصلح فقط، و مرد ذلك الغموض الكبير بالمادة 56 من قانون الأسرة الذي حاولنا إزالته قدر الإمكان بإبراز الشروط الواجب توافرها في الحكيم و المهمة المسندة إليهما إضافة إلى حجية التقرير المعد من قبلهما و الوقت المناسب للقيام بالتحكيم. و رغم ذلك يبقى الغموض يكتنف نص المادة خاصة في طريقة تعيين الحكيم، و كيفية استدعائهما، و كذا الحل في حالة رفض أحد الزوجين أو كلاهما للتحكيم... كل هذا يدفعنا إلى القول بوجوب تدخل المشروع لإزالة الغموض و إعادة الحياة لهذه المادة.

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

لقد أعطى القانون و الشرع للرجل حق إنهاء العلاقة الزوجية بإرادته المنفردة دون أن يكون مجبرا على تبيان أسباب إقدامه على ذلك كما بينا ذلك عند تطرقنا لموضوع الطلاق التعسفي، و في نفس الوقت لم يحرم - القانون و الشرع - المرأة من حقها في إنهاء العلاقة و ذلك كي ترفع عنها ظلم

<sup>1</sup> - المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1989/12/23 ملف رقم 57812 المجلة القضائية العدد الثالث - سنة 1991- ص 71.

<sup>2</sup> - الدكتور بالحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية- الجزء الأول - مرجع سابق- ص 359.

<sup>3</sup> - الأستاذ عبد العزيز سعد: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائرية-مرجع سابق- ص 303.

<sup>4</sup> - الأستاذ عبد العزيز سعد: نفس المرجع- ص 304.



الرجل إذا ما وقع عليها، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة إنهاء العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها و ذلك إذا أثبتت سببا من الأسباب الموجبة للتطبيق.

و قد عدد المشرع الجزائري الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطبيق في المادة 53 من قانون الأسرة و سنحاول تبيان دور القاضي في التأكد من توافر هذه الأسباب و موضحين مجال سلطته التقديرية في ذلك.

### الفرع الأول: التطبيق لعدم الإنفاق:

لقد نص المشرع الجزائري على هذا السبب في الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة و التي 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 ..."

و طبقا لهذا النص فليس للزوجة أن تطلب التطبيق لعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم يقضي بإلزام الزوج بأداء النفقة، و صيرورة هذا الحكم نهائيا و تكليفه بالوفاء طبقا لإحكام المادة 330 من قانون الإجراءات المدنية<sup>1</sup>.

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

إن الأصل في الإنسان أن ذمته المالية ممثلة و أن الإعسار هو حالة طارئة و تبعا لذلك فإنه يقع عبء الإثبات على الزوجة أن زوجها أصبح معسرا و على الزوج أن يثبت أنه كان وقت إبرام العقد معسرا و كانت الزوجة وقتئذ عالمة بإعساره، و الإعسار واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات بما فيها البينة و القرائن<sup>2</sup> و هنا تتجلى السلطة التقديرية للقاضي في هذه المسألة.

و تجدر الإشارة هنا أن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة و التي يحق لها طلب التطبيق، بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها و بحسب مدخولاته و موارد رزقه و ذلك ما حددته المادتين 78 و 79 من قانون الأسرة و ذلك لا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها و تعجزه عنها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - الأستاذ عمر زوده: طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها - مرجع سابق - ص 48.

<sup>2</sup> - الأستاذ عمر زوده: نفس المرجع - ص 48.

<sup>3</sup> - الأستاذ عبد العزيز سعد: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري: الطبعة الثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية لسنة 1996- دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع-الجزائر-ص 257.

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 و الحنبلية و المالكية يجيزون التفريق لعدم الإنفاق و أن للمرأة حق المطالبة بالتفريق، إذا ثبت عسر الزوج و عدم إنفاقه و يطلق عليه فوراً عند ثبوت إفساره دون أن يؤجل أو ينظر عند الحنبلية، أمل الشافعية و المالكية فقالوا بأنه يؤجل بين شهر و ثلاثة أشهر<sup>1</sup>.

و في هذا يرى الدكتور بلحاج العربي أنه على القاضي أن يمهل الزوج مدة مناسبة و لا يطلق عليه زوجته للعسرة، للوهلة الأولى لأن الزوج في هذه الحالة لا يعد ظالماً حتى يطلق عليه القاضي زوجته لرفع ظلمه عنها<sup>2</sup> ونحن نميل إلى هذا الرأي.

فإذا ثبت للقاضي أن الضائفة المالية التي يمر بها الزوج مؤقتة و أن الضرر اللاحق بالزوجة ليس جسيماً فمن الأفضل في رأينا أن يمهله مدة معينة بدلاً من أن يحطم حياته الزوجية و ما ينجر عن ذلك من آثار سلبية على الزوجة و الأبناء، أما إذا كان الضرر الذي أصاب الزوجة من جراء عدم الإنفاق جسيماً و أحوال الزوج المادية لا تنبئ بتحسنها في القريب فما عليه إلا الحكم بتطليق الزوجة تفادياً لتضررها أكثر، و هذا وفقاً لما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية.

### الفرع الثاني: التطليق للعيوب:

لقد نص المشرع الجزائري على هذا السبب في الفقرة الثانية من المادة 53 و التي جاء فيها "...العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج..."

و الملاحظة الأولى على هذه الفقرة أن المشرع الجزائري لم يجعل هذه العيوب مشتركة بين الزوجين، بل اشترط 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، و إذا استند إلى واحد من تلك الأسباب، فإنه يرمي من وراء ذلك إلى نفي التعسف عن نفسه في استعمال حقه في الطلاق<sup>3</sup>.

و قد أخذ المشرع الجزائري في هذه النقطة برأي الحنفية الذين حصروا العلل الموجبة للتفريق بالرجل دون المرأة<sup>4</sup>. كما يمكن أن نلاحظ أن المشروع الجزائري لم يبين المقصود بالعيوب التي تحول دون

<sup>1</sup> - الدكتور محمد سمارة: أحكام و آثار الزوجية- شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية- الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع-عمان-الأردن طبعة 2002- ص 338

<sup>2</sup> -الدكتور بلحاج العربي - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- الجزء الأول- الزواج و الطلاق- ديوان المطبوعات الجامعية - طبعة 1999 - ص 277

<sup>3</sup> - الأستاذ عمر زودة: طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها- مرجع سابق - ص 48.

<sup>4</sup> - الدكتور محمد سمارة: نفس المرجع- ص 338.

تحقيق الهدف من الزواج هل هي العيوب الجنسية فقط أم أن العيوب الأخرى مثلا تكون سببا لطلب التطلاق؟

إضافة إلى أنه لم يبين إن كان علم المرأة بهذه العيوب قبل إبرام عقد الزواج مسقط لحقها في طلب التطلاق أم لا؟

كما أنه المشرع لم يوضح كيفية إثبات هذه العيوب و هل على القاضي الحكم بالتطلاق بمجرد ثبوت العيب أم أنه يمهل الزوج مدة للعلاج؟

للإجابة على كل هذه التساؤلات لابد علينا من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية اعتمادا على نص المادة 222 من قانون الأسرة و بالرجوع إلى هذه الأحكام وجدنا أن الفقهاء قسموا العيوب التي تعطي الحق في طلب التطلاق إلى قسمين:

- علل جنسية تحول دون الاستماع، و ممارسة الحيات الزوجية بشكل عادي و مثال ذلك:
- الجب: وهو قطع الذكر و الأنثين (الخصيتين).
- العنة: هي العجز عن الوطاء و عرفها المالكية بأنها صغر الذكر بحيث لا يتأتى معها إتيان النساء.
- الخصاء: و هو رض الانثين (الخصيتين) أو قطعهما.
- وعلل جسدية لا تحول دون الاستماع و لا تمنع الدخول و لكنها علل منفرة ضارة تضر صاحبها و غيره كالجنون و الجذام و البرص.

وقد اختلف الفقهاء في عدد العلل التي تسمح للمرأة بالمطالبة بالتطلاق حيث قال المالكية أنها ثلاثة عشر و قال الشافعية و الحنبلية أنها سبعة أما الحنفية فقالوا أنها علتان و حصروهما في الجب و العنة، أما ابن القيم فتوسع إلى أكثر مما ذهب إليه المالكية حيث أن كل عيب ينفر الزوج الآخر و لا يحصل به مقصود النكاح من المودة و الرحمة و يوجب الخيار<sup>1</sup>.

وفي رأينا فرأى ابن القيم هو الذي أخذ به المشرع الجزائري الذي أحسن صنعا عندما ما لم يحدد العيب و ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي على أساس المعيار الموضوعي و هو هل العيب يحول أم لا من تحقيق الهدف من الزواج<sup>2</sup>.

بالنسبة لعلم المرأة بهذه العيوب قبل إبرام عقد الزواج و ما إذا كان ذلك مسقط لحقها في طلب التطلاق فقد ذهب جمهور الشافعية و الحنبلية و المالكية إلى اشتراط لا تكون الزوجة عاملة بالعيب قبل العقد

<sup>1</sup> - الدكتور محمد سمارة: أحكام و آثار الزوجية-شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية-مرجع سابق-ص 48.

<sup>2</sup> الدكتور بلحاج العربي - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الجزء الأول - الزواج و الطلاق - ديوان المطبوعات الجامعية - طبعة 1999- ص 278 .

حتى يحق لها طلب التطلق ما عدا العنة فانه يثبت للمرأة حق المطالبة بالتطلق و إن كانت تعلم بعنة الزوج قبل العقد .

لكن إذا حدث العيب بعد إبرام عقد الزواج فقد قال الشافعية و الحنبلية أن حصول الخيار للعيوب - طلب التطلق - يثبت إن كانت العيوب حادثة قبل العقد او بعده أما المالكية و الحنفية فقالوا أن العلل الحادثة بعد الزواج لا يثبت معها خيار أي لا يجوز للزوجة طلب التطلق إذا ظهرت العلل بعد إبرام عقد الزواج .

و نحن نميل إلى الرأي الذي اخذ به الشافعية و الحنبلية لان وقت حدوث العيب ليس هو أساس طلب التطلق بل أساسه هو الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج و عدم رضا الزوجة بالعيوب و تضررها منه ، و هو الرأي الذي أخذت به العديد من التشريعات العربية كالمشرع المصري في المادة 9 من قانون الأحوال الشخصية و المشرع اللبناني في المادة 129 من قانون حقوق العائلة و المشرع الأردني في المادة 112 من قانون الأحوال الشخصية .

بالنسبة لمسألة إثبات العيوب نرى انه من الأفضل الاستعانة بأهل الخبرة لا ثبات ذلك إذا لم يكن هناك إقرار من الزوج و هذا ما ذهبت إليه الكثير من التشريعات العربية كقانون الأحوال الشخصية المصري في المادة 11 و قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 119 . بالنسبة لوقت إصدار القاضي للحكم بالتطلق بعد ثبوت العيب لم يبين لنا المشرع الجزائري ذلك إلا أننا وجدنا في قرار المحكمة العليا الذي صدر بتاريخ 1984/11/19 قضي بتأجيل الحكم بتطلق الزوجة مدة سنة نظرا لعجز الزوج عن مباشرتها و قد جاء فيه : " متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي و على ما جرى به القضاء انه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له اجل سنة كاملة من اجل العلاج ، و أن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة بجانب بعلمها و بعد انتهائها ، فان لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطلق فان القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية"<sup>1</sup>.

من خلال التمعن في هذا القرار يتبين لنا انه لم يوضح سبب عجز الزوج عن مباشرة زوجته فهل كل العيوب التي تحول دون المباشرة الجنسية تؤجل الحكم فيها إلى سنة ؟ و ماذا عن باقي العيوب؟

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الاسرة ، نجد أن الفقهاء فرقوا بين العيب الذي يرجى شفاؤه و العيب الذي لا يرجى شفاؤه فإذا ثبت العيب يستحيل شفاؤه او أن شفاؤه يستغرق زمنا طويلا فان القاضي يحكم بالتطلق على الفور ، أما إذ ثبت له أن العيب يمكن شفاؤه فانه يؤجل الحكم سنة فان لم يحصل الشفاء فرق الزوجين و مثال ذلك العنة ، فإذا ادعت المرأة أن زوجها

<sup>1</sup> المحكمة العليا - قرار صادر بتاريخ 1984/11/19 - ملف رقم 34784- المجلة القضائية 1984- الطبعة الثالثة - ص 73.

عين لا يصل إليها ، اجل مدة سنة فان لم يحصل الاتصال و أصرت على التطلاق يحكم القاضي بذلك أما الجب فهو العلل التي لا يرجى شفائها و القاضي يحكم بالتطلاق فورا دون منح الرجل اجل السنة لأنه ميئوس منه و لا معنى لانتظار<sup>1</sup> .

و تجدر الإشارة أن هناك العديد من التشريعات العربية التي نصت على تأخير الحكم بالتطلاق مدة سنة في العيوب التي يرجى الشفاء منها و على الحكم فورا في العيوب لا يرجى منها شفاء او الشفاء منها يستغرق زمنا طويلا يتعدى السنة و مثال ذلك قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 120 و قانون حقوق العائلة اللبناني في المادة 122 .

### الفرع الثالث : التطلاق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة شهور :

تطرق المشرع الجزائري إلى الهجر في المضجع كسبب من الأسباب التي تبيح للمرأة طلب التطلاق في الفقرة الثالثة المادة 53 من قانون الاسرة ، و يقصد بهذا الهجر أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش و لا يهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج أي لا يعاملها معاملة الأزواج و يشترط أن يدوم هذا الهجر أكثر من 4 أشهر و أن يكون عمديا مقصودا لذاته نكايته بالزوجة و ليس له لا شرعا و لا قانونا<sup>2</sup> .

و تجدر الإشارة هنا أن الهجر في المضجع المشار إليه في المادة 53 من قانون الاسرة يتفق مع الايلاء الذي اشرفنا إليه عند تطرقنا إلى نشوز الزوج الوارد في المادة 55 من قانون الاسرة الجزائري في بعض النقاط و هي ترك وطئ الزوجة و عدم الاقتراب منها لمدة الربعة أشهر فأكثر و إلحاق الضرر بها إلا انه يختلف معه في الايلاء يكون هدفه الإضرار بالزوجة على خلاف الهجر الوارد في المادة 53 الذي يشترط فيه توفر نية الإضرار بالزوجة لدى الزوج كما أن الايلاء يمين أم الهجر في المضجع الوارد في المادة 53 لا يعتبر يمينا<sup>3</sup> .

و لا بد أن نشير أن الهجر في المضجع كسبب قانوني من الأسباب التي تمنح للزوجة حق طلب التطلاق و الذي يشترط أن يكون متعمدا و ليس مبرر شرعي ، ليس هو نفسه الهجر الذي ورد في الآية رقم 33 من سورة النساء في قوله تعالى " و التي تخافون نشوزهن فعظوهن و اهجروهن في المضاجع " فهذا الهجر الأخير لا يهدف بالإضرار بالزوجة و إنما لتأديبها و هو هجر شرعي و لا يعتبر سببا من أسباب التطلاق ، و يدخل في اطار الحقوق الشرعية للزوج على زوجته ، و لا يجوز أن يضار الشخص بسبب استعماله حقه الشرعي الا اذا تعسف في استعماله و تجاوز حدود هذا الحق المقرر له

<sup>1</sup> الدكتور محمد سمارة : أحكام و آثار الزوجية - شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية - مرجع سابق - ص 329.

<sup>2</sup> الدكتور عبد العزيز سعد : الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري - الجزائر - مرجع سابق - ص 231 .

<sup>3</sup> نفس المرجع - ص 232 .

و القاضي و هو الذي يحدد ما إذا كان الهجر شرعيا أم لا و هل تعسف الزوج في استعمال حقه أم لا وفقا لما له من سلطة تقديرية في هذا المجال .

الإضرار بالزوجة على خلاف الهجر في المضجع الوارد في المادة 53 الذي لا يشترط فيه توفر الإضرار بالزوجة لدى الزوج كما أن الإيلاء يمين أما الهجر في المضجع الوارد في المادة 53 ل يعتبر يمينا . و لا بد ان نشير إلى ان الهجر في المضجع كسب قانوني من الأسباب التي تسمح للزوجة حق طلب التطلق و الذي يشترط ان يكون متعمدا و ليس له مبرر شرعي ، ليس هو نفسه الهجر الذي ورد في الآية رقم 33 من سورة النساء في قوله تعالى " و التي تخاف تشوزهن فعضوهن و اهجرهن في المضاجع " فهذا الهجر الأخير لا يهدف للإضرار بالزوجة و إنما لتأديبها و هو هجر شرعي و لا يعتبر سببا من أسباب التطلق ، و يدخل في إطار الحقوق الشرعية للزوج على زوجته ، و لا يجوز ان يضار شخص بسبب استعماله حقه الشرعي إلا إذا تعسف في استعماله و تجاوز حدود هذا الحق المقرر له ، و القاضي هو الذي يقرر ما إذا كان الهجر شرعيا أو لا و هل تعسف الزوج في استعمال حقه ام لا وفقا لما له من سلطة تقديرية في هذا المجال.

#### الفرع الرابع : التطلق بسبب حكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و استحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية:

نص المشرع الجزائري ان الحكم على الزوج بقضية أو جريمة فيها المساس بشرف الأسرة و استحيل معها مواصلة الحياة الزوجية يعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلق في الفقرة الرابعة المادة 53 من قانون الاسرة . و من خلال نص هذه الفقرة يتبين لنا انه يشترط ان يصدر ضد الزوج حكم قضائي من الجهات القضائية الجزائرية و ان يكون هذا الحكم حائزا على لقوة الشيء المقضي فيه و يكون سببه جريمة فيها المساس بشرف الاسرة و استحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية ، و تحديد المقصود بالجريمة التي فيها المساس بشرف الاسرة يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي و نحن نرى ان المقصود بذلك هو تلك الجرائم الماسة بالأداب العامة التي يستهجنها المجتمع الجزائري كجريمة الزنا او هتك العرض او النصب او جرائم الخيانة و التحبس و عليه إذا حكم الزوج في جريمة القتل غير العمدي مثلا فلا يعتبر ذلك سببا من الأسباب التي تبيح للزوجة التطلق

#### الفرع الخامس: التطلق بسبب غياب الزوج:

نص المشرع الجزائري على غياب الزوج كسبب من الأسباب التي تبيح للمرأة طلب التطلق في الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الاسرة و التي اشترطت ان يكون الغياب قد دام اكثر من سنة و ان

يكون هذا الغياب بدون عذر و لا نفقة ، و عليه حتى يحكم القاضي للزوجة بالتطليق عليها ان تثبت ان غياب زوجها دام أكثر من سنة ابتداء من يوم غيابه الى يوم رفع الدعوى عليه ، و ان يكون هذا الغياب دون عذر شرعي و لا نفقة . الملاحظة الأولى حول نص هذه الفقرة ان هناك اختلافا بين النص العربي و النص الفرنسي ، فالنص العربي يشترط ان يكون الغياب بدون عذر و لا نفقة أي انه يشترط ان يكون الزوج غاب دون مبرر شرعي و لم يترك نفقة حتى تتمكن الزوجة من المطالبة بالتطليق اما اذا غاب الزوج بدون مبرر لكنه ترك نفقة للزوجة فلا يجوز لها التطليق . اما النص الفرنسي اشترط ان يكون الغياب بدون عذر او نفقة « sans excuse valable ou sans pension ..... » « d'entretien..... » وبالتالي يمكن للزوجة المطالبة بالتطليق اذا غاب الزوج اعثر من سنة دون مبرر شرعي و لكنه ترك النفقة و عليه فعلى اي من النصين يعتمد القاضي ؟ إضافة إلى ان المشرع لم يبين المقصود من العذر الشرعي لغياب الزوج و الذي يحول دون تطليقه من زوجته ، بالرجوع الى الأحكام الشرعية اي الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الاسرة وجدنا ان المالكية و الحنابلة أجازوا التفريق للغيبة اذا طالت و تضررت الزوجة بها ، و لو ترك لها الزوج مالا تتفق منه أثناء الغياب و هذا ما ينطبق من النص الفرنسي للفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الاسرة و عليه فنحن نرى ان النص الفرنسي اقرب الى الصواب لأنه مطابق لأقوال الفقهاء الذين قالوا بالتفريق للغياب و لأنه حتى و لو ترك الزوج لزوجته مالا لتتفق منه فانه بعده عنها يجعلها كالمعلقة لا هي ذات زوج و لا هي مطلقة كما ان طول الغياب مناف للامساك بالمعروف . بالنسبة للعذر الشرعي المبرر للغياب للزوج و الذي يحول دون تطليقه زوجته عليه فهو خاضع للسلطة التقديرية للقاضي فهو الذي يقدر ما اذا كان هذا العذر شرعيا و مبررا لغيابه أم لا ؟ فغياب الزوج مثلا لمزاولة الدراسة يعتبر مبررا شرعيا اما غيابه لأكثر من سنة في رحلة سياحية فهذا لا يعتبر مبررا شرعيا للغياب و هكذا القاضي يحدد مدى شرعية الغياب من عدمه وفقا لمعطيات الملف و ظروف الزوج و عادات و تقاليد المجتمع .

### الفرع السادس : مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الاسرة :

اعتبر المشرع الجزائري ان مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الاسرة و المتعلقة بتعدد الزوجات سبب من الأسباب التي تسمح للزوجة بطلب التطليق و ذلك في الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الاسرة .

فعدم وجود المبرر الشرعي او عدم العدل بين الزوجات او عدم إخبار إحدى الزوجات بالزواج مرة أخرى او عدم الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة كلها تعتبر أسبابا تبيح للزوجة المتضررة رفع الدعوى للمطالبة بالتطليق فبالنسبة لمسألة عدم العدل بين الزوجات فما على الزوجة الا ان تثبت

ان زوجها لا يعاملها معاملة عادلة مقارنة بالزوجة او الزوجات الأخريات و لقاضي هنا السلطة التقديرية في تحديد عدل الزوج من عدمه .

أما مسألة عدم وجود المبرر الشرعي فالسؤال الذي يطرح نفسه هل زوال المبرر الشرعي بعد إبرام عقد الزواج الثاني يعد سببا من أسباب التطلق و مثال ذلك ان الزوج تزوج بثانية بسبب مرض الزوجة الأولى مثلا و بعد الزواج شفيت هذه الأخيرة فهل يحق لها المطالبة بالتطلق ؟ نحن نرى ان شرط المبرر الشرعي يشترط وجوده عند إبرام عقد الزواج الثاني و ان المشرع قصد من وراء شرط عدم وجود المبرر الشرعي كسبب من أسباب التطلق الزواج العرفي فإذا تزوج الزوج بزوجة ثانية زواجا مكتمل الأركان و الشروط الشرعية دون ان يقوم بتسجيل هذا الزواج و انعدم المبرر الشرعي يجوز للزوجة المطالبة بالتطلق .

و نفس الأمر بالنسبة لعدم احترام شرط إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها فعابا ما يكون هذا نتيجة للزواج العرفي أي الزواج الذي تتوفر فيه الأركان و الشروط المطلوبة شرعا و قانونا .

و هنا يطرح السؤال و هو كيف تتمكن الزوجة من إثبات زواج زوجها عليها إذا كان زواجه الثاني زواجا عرفيا لم يثبت بحكم قضائي مع العلم ان المادة 22 من قانون الاسرة نصت ان الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي .

### الفرع السابع : التطلق بسبب ارتكاب الفاحشة المبينة :

لقد جعل المشرع الجزائري ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة سببا من أسباب التي تبيح للزوجة طلب التطلق و ذلك في نص المادة 53 الفقرة السابعة من قانون الاسرة و من خلال استقراء نص هذه الفقرة نجد ان المشرع لم يبين لنا المقصود بالفاحشة المبينة التي يرتكبها الزوج و تكون سببا في طلب زوجته للتطلق .

و المقصود بالفاحشة المبينة هو تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم و المنصوص عليها بالمادة 337 مكرر من قانون العقوبات و لقد ذكر المشرع على سبيل الحصر تلك الفواحش في قانون العقوبات و من ثم فهو في غير حاجة لإعادة ذكر ما يعد فاحشة من قانون الاسرة .

و ما تجدر الإشارة إليه ان قانون العقوبات الجزائري لم يصنف بعض الجرائم و الأفعال التي تعتبرها الشريعة الإسلامية فواحش كجريمة الزنا مثلا فهل تعتبر هذه الأفعال سببا من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطلق ؟



المشروع الجزائري في المادة 337 مكرر ذكر الفواحش على سبيل الحصر و بالتالي ف جريمة الزنا مثلا لا تعتبر فاحشة مبينة تجيز للزوجة المطالبة بالتطليق .

و بناء على أحكام المادة الأولى من القانون المدني التي تنص على ما يلي " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها او فحواها و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية " .

طبقا لهذا النص فالقاضي ملزم بتطبيق القانون ، و لا يمكن له ان يذهب للبحث في الشريعة الإسلامية لتحديد ما يعتبر من الفواحش ، فقد تولى قانون العقوبات هذه المسألة<sup>1</sup> .

و في حالة ارتكاب الزوج لأي فعل تعتبره الشريعة الإسلامية من بين الفواحش فانه بإمكانه المطالبة بالتطليق وفقا للفقرة الرابعة او العاشرة من المادة 53 إذا أثبتت ذلك .

### الفرع الثامن: التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين :

نص المشروع الجزائري على ان الشقاق المستمر بين الزوجين يعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة المطالبة بالتطليق و ذلك في الفقرة الثامنة من نص المادة 53 من قانون الاسرة و لقد تناولنا مسألة تعيين الحكمين المنصوص عليها في المادة 56 من قانون الاسرة في المطلب الاول من المبحث الاول في الفصل الاول لهذه الدراسة و قلنا انه في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين و عدم ثبوت الضرر يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر فاشتداد الخصام المنصوص عليه المادة 56 هو نفسه الشقاق المستمر بين الزوجين المنصوص عليه في الفقرة 08 من المادة 53 من نفس القانون ، فاذا كانت الاساءة او كان الضرر غير معروف المصدر فكل من الزوجين ينسب لصاحبه الضرر فعلى القاضي ان يبذل جهده في استئصال جذور الخلاف فان لم يفلح يلجا للتحكيم بين الزوجين فان لم يجد في التحكيم نفعا يحكم القاضي للزوجة بالتطليق .

و قد صدرت العديد من القرارات عن المحكمة العليا و التي قضت بالتطليق بناء على ايتفحال الشقاق بين الزوجين ، و مثال ذلك الاجتهاد القضائي الذي صدر بموجب القرار المؤرخ في 1996/09/24 و الذي جاء فيه : " من المستقر عليه ان استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا " .

و لما كان في قضية الحال ان المطعون ضدها ما تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه اصابته بمرض الاعصاب و اصبحت الحياة مستحيلة بينهما فان القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي ، و طبقوا صحيح القانون .

<sup>1</sup> الأستاذ عمر زوده : طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و اثر الطعن فيها - مرجع سابق - ص 51 - 52.

و متى تبين في قضية الحال تضرر الزوجة لمدة طويلة من الخصام مع الزوج و ان الزوج هو المتسبب في الضرر لانه لم يمتثل للقضاء في توفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة و محقة في طلبها للتعويض و عليه فان قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة لطول الخصام و بتظلم الزوج و تعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون .

### الفرع التاسع : التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج :

نص المشرع الجزائري على ان مخالفة احد الشروط المتفق عليها في عقد الزواج يعد سببا كافيا لمطالبة الزوجة بالتطليق و ذلك في الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الاسرة .

و قد نصت المادة 19 من قانون الاسرة على انه : " للزوجين ان يشترطا في عقد الزواج او في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع احكام هذا القانون " ، و عليه ان اخل الزوج باحد هذه الشروط فان ذلك يحيز للزوجة طلب التطليق و ما على القاضي الا ان يراقب تواجد هذا الشرط في عقد الزواج او في عقد لاحق و عليه ان يقدر ما اذا كان يتوافق مع احكام قانون الاسرة فاذا كان مخالفا لها ، فالقاضي لا يستجيب لطلب الزوجة و ذلك لنص المادة 35 من قانون الاسرة التي نصت على انه " اذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا و العقد صحيحا " و مثال الشروط المنافية لقانون الاسرة ان تشترط الزوجة على الزوج مثلا عدم الانجاب فاذا تاكد القاضي من مخالفة الشروط المتفق عليها و ان هذه الشروط لا تخالف احكام القانون ( قانون الاسرة ) حكم للزوجة بطلب تطليقها تطبيقا لقوله عليه الصلاة و السلام : " المسلمون عند شروطهم " .

### الفرع العاشر : التطليق بسبب كل ضرر معتبر شرعا :

نص المشرع الجزائري على ان كل ضرر معتبر شرعا يعد سببا من الاسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق و ذلك في الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الاسرة و باستقراء نص هذه الفقرة نجد ان عبارة كل ضرر معتبر شرعا عبارة عامة جدا بحيث لم ينقيد المشرع بضرر معين و ان سلطة تقدير القاضي للضرر في هذا المجال سلطة تقديرية و موضوعية مطلقة و لا يقيد اي قيد و لا تخضع لرقابة المحكمة العليا <sup>1</sup> .

و نحن نرى ان المشرع الجزائري فعل حسنا في ذلك لان ما يعتبر ضررا للزوجة ما قد لا يكون بالنسبة لآخرى و ان الضرر المعتبر شرعا في زمن معين و جماعة معينة و لدى جماعة معينة قي لا

<sup>1</sup> الدكتور عبد العزيز سعد : الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري - مرجع سابق - ص 236 .

يكون كذلك بالنسبة الى زمن آخر او جماعة اخرى ، و يمكن ان نضرب امثلة للضرر المعترف شرعا من خلال بعض القرارات للمحكمة العليا .

في القرار الصادر بتاريخ 1991/02/20 اعتبرت المحكمة العليا ان بقاء الزوجة مدة طويلة تقارب من خمس سنوات لا هي متزوجة و لا هي مطلقة يعتبر ضررا شرعيا يجيز للزوجة طلب التطلاق<sup>1</sup>. كما ان تماطل الزوج في ارجاع الزوجة الى بيت الزوجية و وقفه موقف سلبي يعتبر ضررا شرعيا يجيز للزوجة طلب التطلاق و هذا ما ذهبت اليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1988/09/26 .

كما ان ضرب الزوج للزوجة ضربا مبرحا يعتبر كذلك ضررا شرعيا يجيز للزوجة طلب التطلاق و هذا في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/06/20 .

و مما هو جدير بالذكر في هذا المقام ان القانون لم يحدد معيارا للتمييز بين ما اذا كان الفعل الصادر عن الزوج تجاه زوجته يشكل ضررا لها ام لا ، و نحن نرى ان المعيار المعتمد هو المعيار الشخصي انطلاقا من المعطيات و الظروف الاجتماعية و الثقافية الخاصة بكل زوج لاننا كما اشرنا سابقا ما يعتبر ضررا للزوجة لا يكون كذلك بالنسبة لاخرى و قد اكدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها ان تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع و مثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1999/05/18.

## المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق التعسفي و النشوز

لقد احسن المشرع الجزائري صنعا عندما جعل فك الرابطة الزوجية يخضع لاشراف القضاة و رقابتهم مما يخول لهم منع اي تعسف في استعمال الحقوق ، و جبر الضرر الذي يلحق بالطرف المتضرر و منحه التعويض المناسب .

و قد حاولنا تبيان دور القاضي في تقديره لاعتبار الطلاق بالارادة المنفردة للزوج تعسفيا ام لا ؟ اضافة الى توضيح المقصود بالنشوز الوارد في المادة 55 من قانون الاسرة الجزائري و الذي يعتبر سببا من اسباب انحلال الرابطة الزوجية و ذلك من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : تقدير القاضي لتعسف الزوج في الطلاق .

المطلب الثاني : دور القاضي في تحديد حالات النشوز .

<sup>1</sup> المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1991/02/20 - ملف رقم 75588 -المجلة القضائية لسنة 1993 - العدد الرابع - ص 78.

## المطلب الأول : تقدير القاضي لتعسف الزوج في الطلاق :

نصت المادة 52 من قانون الأسرة على ما يلي : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " ، و عليه إذا كان الطلاق بيد الرجل في الشرع و القانون ، فإنه لا بد من وجود سبب او حجة شرعية تدعو اليه فلو طلق الزوج زوجته من غير داع مشروع للطلاق او سبب معقول و ان الزوجة سيصيبها بذلك ضرر جاز للقاضي ان يحكم لها على مطلقها بحسب حالة و درجة تعسفه وفقا لسلطته التقديرية بتعويض عادل .

و قد استقر القضاء الجزائري بان حق الطلاق بالارادة المنفردة مخول لزوج ولا يترتب على استعماله من الاحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها و نفقة عدتها التي يراعي القاضي في تقديرها حالة المطلق المالية<sup>1</sup>.

غير انه اذا كان الطلاق لغير سبب مشروع يدعوا اليه وجب على المطلق تعويض الزوجة المطلقة عن الاضرار التي اصابتها .

و التعسف في استعمال الطلاق هو الخروج عن الحكمة التي اقتضت اباحته كالطلاق في مرض الموت لحرمان الزوجة من الميراث او الطلاق من دون ادنى سبب معقول .

و يشترط اعتبار الطلاق تعسفيا ان يقع بلا سبب او اسباب واهية مع الاشارة الى ان للزوج ان يوقع الطلق بارادته المنفردة دون ان يفصح للقاضي عن الاسباب التي دفعته لذلك لكنه يتحمل مسؤولية الطلاق ، و هذا ما ذهبت اليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15/06/1999 و الذي جاء فيه ".... من المقرر قانونا انه يحق للزوج ايقاع الطلاق بارادته المنفردة و م ثمة فان النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله"<sup>2</sup>.

و المشرع الجزائري لم يوضح في المادة 52 من قانون الأسرة معيار الطلاق التعسفي و نحن نرى ان هذا المعيار يقوم على أساس احدهما شخصي يتمثل في النية او الباعث و ثانيهما موضوعي و هو الموازنة بين الحقوق و الظروف التي أحاطت باستعمال الحق فالمعيار هو ضمن حالة التوازن طبقا للقاعدة الشرعية " لا ضرر و لا ضرار " و هذا ما تجسده السلطة التقديرية للقاضي .

<sup>1</sup> الدكتور بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الجزء الاول - مرجع سابق - ص 235 .

<sup>2</sup> المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 15/06/1999 - ملف رقم 23019 - الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية - عدد خاص سنة 2001 - ص 104.

كما ان القانون لم يحدد الأسباب المعقولة التي تبيح الطلاق دون تعويض و ترك تقدير ذلك القاضي بعد دراسة ملائمة القضية و ظروف و أحوال الزوجين و ما أدى الى انفصالهما فان قدر السبب و كان معقولا في نظره رد دعوى التعويض و لا حكم على الزوج بالتعويض حسب وضعه المالي<sup>1</sup>.

من خلال هذا النص يمكن للقاضي ان يستخلص معايير التعسف حتى يسهل عليه التأكد من ان الزوج عند استعماله حقه في الطلاق بارادته المنفردة متعسف او لا .

### المطلب الثاني : دور القاضي في تحديد حالات النشوز

نص المشرع الجزائري في المادة 55 من قانون الاسرة على انه : " عند نشوز احد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر " .

و عليه فان النشوز قد يكون من الزوجة كما قد يكون من الزوج و لكن المشرع الجزائري لم يحدد حالات النشوز و لا تعريفه و ترك امره للقاضي .

و حسب نص المادة 222 من قانون الاسرة التي نصت : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " .

بالرجوع إلى أحكام الشريعة نجد ان النشوز يعني الترفع و منع أداء الحقوق كراهة قد يكون من الزوج و قد يكون من الزوجة .

بالنسبة للزوجة الناشز هي تلك التي خرجت عن طاعة زوجها بدون حق شرعي و التي خرجت من بيت الزوج بدون إذنه و بدون سبب شرعي و بالتالي قد فوتت حق الاحتباس على الزوج بغير حق<sup>2</sup>.

و الناشزة لغة هي العاصية على الزوج المبغضة له ، و في الشرع هي الخارجة من بيت الزوج بغير حق<sup>3</sup>.

و يمكن ان نذكر بعض الحالات التي تكون فيها الزوجة ناشز :

1- اذا امتنعت الزوجة على الانتقال الى منزل الزوج بدون وجه حق و دون سبب شرعي و قد دعاها للانتقال و اعد المسكن الملائم ، او انها خرجت منه بدون مبرر شرعي بعد انتقالها اليه و لم تعد ، و هنا لا بد على الزوج ان يستصدر حكما بارجوع الزوجة الى بيت الزوجية و يثبت امتناعها عن تنفيذ

<sup>1</sup> الدكتور بلحاج بلعربي : - مرجع سابق - ص 239 .

<sup>2</sup> الاستاذ اليزيد عيسات : التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الاسرة الجزائري - رسالة ماجستير - كلية الحقوق بن عكنون - ص 45 .

<sup>3</sup> الدكتور وهبة الزحيلي : الفقه الاسلامي و ادلته - مرجع سابق - ص 792 .

هذا الحكم و هذا ما ذهبت المحكمة العليا في قرار صادر في 1984/07/09 جاء فيه : " متى كان من المقرر شرعا سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون الا بعد ثبوت بانها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية و بعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها و من ثم فالنعي على القرار المطعون فيه بالخطا في تطبيق الشريعة الاسلامية في غير محله و يستوجب الرفض<sup>1</sup> .." و علينا الاشارة هنا الى ان مسكن الزوجية يشترط ان يكون مشتملا على جميع مقومات الحياة الاساسية و هنا يكون تمرد الزوجة غير معذور مما يسقط نفقتها الزوجية على عاتق الزوج مدة هذا التمرد ، و تعود النفقة متى اذعنتم و انقادت و هذا باتفاق جمهور الفقهاء.

إضافة إلى هذا فامتناع الزوجة من السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا منها و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/11/21 الذي جاء فيه " امتناع الزوجة من السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا و ان القضاء بإيقاع الطلاق على الطاعنة يعد تعسفيا في حقها و تستحق التعويض جبرا للضرر<sup>2</sup>"

2- تعتبر الزوجة ناشزا اذا كان الزوج يقيم معها في بيتها بإذنها ثم منعه من الدخول و لم تطلب منه الانتقال لمسكن آخر و لم تترك له فرصة للبحث عن مسكن لان منعها له من غير طلب سابق و الإمهال خروج عن طاعته<sup>3</sup>.

3- خروج الزوجة من بيت زوجها في غيبته او دون إذنه للحاجيات التي تستدعي خروجها او للأموال او للزيارات المشروعة كالأقارب و الأهل مثلا وجدنا اختلافات كبيرة بين الفقهاء في اعتبار الزوجة ناشزا أم لا فهناك من يرى انه ليس للزوجة الخروج من المنزل و لو إلى الحج الا بإذن زوجها ، و هناك رأي آخر و هو رأي الفقهاء الحنفية الذين يرون ان للزوجة الحق في ان تخرج من بيت الزوجية لزيارة والديها و ليس للزوج ان يمنعها من ذلك ، و ان كان أبوها مريضا معقدا و احتاج إليها فعليها ان تذهب إليه و ان كان غير مسلم و ان أبى الزوج ، و ليس للزوج منع أوبوها و غيرهم من المحارم زيارتها ، كما ان الشافعية يرون ان للزوجة الخروج في غيبة زوجها إلى بيت أبيها او أقاربها او جيرانها و نحوها كالعبادة و التعزية ، و لا يسقط هذا الخروج نفقتها لأنه لا يعد نشوزا . و نحج نميل الى الشافعية و الحنفية في رأيهم و لكن هذا لا يعني ان تتعسف الزوجة في استعمال حقها بالخروج من بيت زوجها بين كل لحظة و اخرى حيث يكون هذا الخروج محصورا بين الحاجات

<sup>1</sup> المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1984/07/09 ملف رقم 33762 - المجلة القضائية لسنة 1989 - العدد الرابع - ص 119 .

<sup>2</sup> المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1998/05/19 - ملف رقم 189324 - الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية - عدد خاص سنة 2001 - ص 147.

<sup>3</sup> المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2000/11/21 - ملف رقم 251682 - المجلة القضائية - العدد الثاني - سنة 2001 - ص 290.

اللازمة و الزيارات الشرعية و هنا القاضي يحدد هذه الحالات و فقا لسلطته التقديرية و ذلك معرفة منه لعرف المنطقة و العادات و التقاليد للمنطقة التي يقطنها الزوجان .

و هذا فيما يخص نشوز الزوجة اما عن نشوز الرجل ( الزوج ) فيتحقق بمنع الزوجة من حقوقها كترك الإنفاق عليها او المبيت عندها و هجرها بالمرة او ايدائها بالضرب و السب و اسباب اخرى كثيرة ، و هنا يصدق القول على ان الزوج ناشز و بالتالي يمكن للزوجة ان تطلب حل رباط الزوجية و الحصول على التعويض طبقا للمادة 55 من قانون الاسرة و نذكر منها :

1- نشوز الزوج عن طريق الظهار : قد تصدر عن الزوج عبارة لا تدل الفرقة و انما عل تحريم الحياة الزوجية ، فهي تدل على بقاء العلاقة الزوجية لكنها تبقى محرمة و ذلك بان نسب زوجته الى احدى محارمه فيقول لها انت كظهر امي او نحو ذلك ، و الظهار هو تشبيه الرجل زوجته في التحريم باحدى المحرمات على وجد التأييد سواء كان ذلك بالنسب او المصاهرة او الرضاع<sup>1</sup>.

2- نشوز الزوج عن طريق الايلاء : الايلاء هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله او بتعليق القربان على ما يشق ، فالحلف بالله الا يقرب زوجته خمسة أشهر ايلاء ، و اذا علق الدخول بها على عبادة فيها مشقة او أمر فيه مشقة عليه فهو ايلاء<sup>2</sup>.

3- نشوز الزوج بسبب عدم الإنفاق : عدم إنفاق الزوج على زوجته بدون سبب شرعي يعد نشوزا منه و عدم الاتفاق اذا اثبت بحكم قضائي حائز لقوة الأمر المقضي فيه يعد سببا من أسباب التطلق الواردة في المادة 53 من قانون الاسرة ، و اشتراطات إثبات عدم الوفاء بالنفقة بواسطة حكم قضائي و صيرورة هذا الحكم حائز لقوة الأمر المقضى به فيه غبن للزوجة لذلك في رأينا انه من الأحسن ان يكون إثبات نشوز الزوج لعدم الإنفاق طبقا للقواعد العامة للإثبات .

امتناع الزوج عن توفير مطالب الزوجة المحكوم بها قضاء يعد نشوزا منه و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998 /04 /21 حيث جاء فيه " من المقرر قانونا انه عند نشوز احد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و التعويض للطرف الآخر المتضرر و متى تبين في قضية الحال ان الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة و تعويضها .

<sup>1</sup> الأستاذ عمر زودة- طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و اثر الطعن فيها - مرجع سابق - ص 46.  
<sup>2</sup> الإمام محمد أبو زهرة - الاحوال الشخصية - دار الفكر العربي - الطبعة الثالثة - أغسطس 1957 - ص 343 .

# الفصل الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة عند انحلال  
الرابطة الزوجية



## الفصل الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة عند انحلال الرابطة الزوجية.

لما كان الطلاق حقيقة اجتماعية وشرعية، وأضحى مع الأسف ممارس بكثرة في عالمنا هذا ونتيجة للضرر اللاحق بالأسرة التي هدم كيانها، ولأجل ذلك وحفاظاً على حقوق الأزواج و الأولاد، رتبت كل من الشريعة الإسلامية والقانون آثاراً للطلاق تنجد عن حدوثه بالشكل الذي يحفظ الحقوق وينشأ الالتزامات وتتجسد هذه الآثار في الحضانة التي تشمل النفقة والسكن وجميع ما تشمل عليه ضروريات الحيات وكذلك حق الأولاد في ثبوت نسبهم وهذا ما تناولناه في فصلنا هذا من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المالية عند انحلال الرابطة الزوجية.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في النسب والحضانة.

## المبحث الأول : السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المالية عند انحلال الرابطة الزوجية.

### المطلب الأول: الآثار المالية الناتجة عن انحلال الزواج و تقدير القاضي لها .

لا شك و ان الطلاق يترتب إضرار لأحد الزوجين و لو من باب خدش الشعور ، هذا ما نص المشرع الجزائري في عدة مواد من قانون الاسرة مثل المواد 52 ، 53 مكرر ، 55 من هذا القانون، و ترك للقاضي سلطة التقدير للقاضي و الحكم للطرف المتضرر بتعويض عادل ، و مادام الأشخاص يختلفون باختلاف البيئة و الثقافة و التربية و المكانة فيمكن القول بان معيار الضرر و مسبباته تتباين بدورها بتباين طبائع الأشخاص و عاداتهم و تقاليدهم و سننهم في الحياة ، و عليه فالمعيار المعتمد هنا هو المعيار الشخصي و مادام كذلك فان تقدير الضرر عنصر واقعي في الدعوى أي واقعة مادية ، لذلك فتقدير القاضي للضرر يندرج ضمن تقديره للوقائع و تقدير الوقائع من طرفه يعتبر إحدى المراحل الاساسية للحكم القضائي .

و الطلاق قد يكون بارادة الزوجين او بارادة الزوج وحده ، او بارادة الزوجة اذا توافرت لها الاسباب المقررة قانونا ، و عليه فان درجة الضرر الحاصلة لاحدى الزوجين من الطلاق تختلف بحسب الطرف الذي طلب انهاء الرابطة الزوجية ، و بحسب الاسباب التي دفعت الى ذلك .

ففي حالة الطلاق بالتراضي : اذا اتجهت ارادة الطرفين الى الطلاق اتفق على ذلك بان ادركا استحالة استمرار العشرة الزوجية بينهما فان القاضي لا يملك الا الاشهاد لهما على الاتفاق الحاصل بينهما ، فاذا تنازلت المطلقة على حقها في التعويض فانه يشير الى ذلك في الحكم و قد يعرض عليها المطلق مبلغ مالي مقابل الطلاق بالتراضي فتقبل به و عليه ذكر ذلك في الحكم .

اما في حالة الطلاق بالارادة المنفردة للزوج فهل ان مجرد طلب الزوج للطلاق يجعل الطلاق تعسفيا و يترتب عليه الزامه بدفع التعويض؟ ان العصمة الزوجية بيد الزوج و عليه فاذا طالب بالطلاق و اصر عليه رغم محاولة الصلح التي يجريها القاضي و الحكمين ، فان القاضي لا يملك سوى الاستجابة لطلبه و لكن انطلاقا من قاعدة " لا ضرر ولا ضرار " و حتى لا تحس المرأة المطلقة ان هناك اجحاف في حقها و ان مصيرها لعبة في يد الرجل يتصرف فيه كيفما شاء ، فان المشرع قد منح لها الحق في طلب التعويض اذا ما اصابها ضرر من هذا الطلاق طبقا لنص المادة 52 من قانون الاسرة التي نصت على انه : " اذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " ، فالرجل و ان كانت العصمة بيده فانه لا بد ان يبرز الدوافع التي ادت الى مطالبته بالطلاق ، فان كانت المبررات جدية حسب تقدير القاضي المختص فان طلاقه لا يعد تعسفيا

وبالتالي فالسؤال المطروح هو هل ان الزوجة تستحق التعويض عن الطلاق ان كان مبررا من طرف الزوج ؟

بالرجوع الى القاعدة العامة فان التعويض يكون لجبر الضرر الحاصل للطرف المتضرر و انطلاقا من المادة 124 من قانون المدني الجزائري فان كل من احدث ضرر للغير بخطاه يلزم بالتعويض ، و استنادا للمادة 124 مكرر التي تنص على التعسف في استعمال الحق ، فانه يجب اثبات الضرر و الخطا و لكن بالنسبة لقضايا الطلاق و الضرر الناتج عنه فيلاحظ ان المعمول به في الغالب هو ان عنصر الضرر مفترض دون حاجة الى اثباته متى كان الاساس الذي اعتمد عليه الزوج لطلب الطلاق غير جدي ، او منعدم تمام لانه اذا انعدم التبرير او كان غير كاف فان ذلك يفهم منه ان الزوج تعسف في استعمال حقه في الطلاق .

لكن قد يكون طلب الزوج للطلاق بسبب من الزوجة التي امتنعت الى الرجوع الى بيت الزوجية رغم صدور حكم قضائي لالزامها بالرجوع ، فمتى اثبت الزوج ان حكم الرجوع قد اصبح نهائيا و انه سعى لتنفيذه الا انها امتنعت ، فهنا يستجاب لطلبه و المتضمن الطلاق و يكون ذلك بسعي منه و بتضليلهما لنشوزهما و في هذه الحالة فانها تحرم من حقه في التعويضات .

و السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو ان التعويض و نفقة المتعة شيئان مختلفان او انهما شيئا واحدا؟ لم ياتي المشرع الجزائري ضمن نصوص قانون الاسرة باي مادة قانونية تشير الى ما يسمى بالمتعة بل اشارت في حق المطلقة طلاقا تعسفيا بالتعويض في نص المادة 52 من قانون الاسرة و نصه في المادة 53 مكرر ايضا انه يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطبيق بان يحكم للمطلقة بالتعويض الضرر اللاحق بها .

و عن موقف الاجتهاد القضائي بخصوص نفقة المتعة فان المحكمة العليا اصدرت قرار جاء فيه : " اذا كانت احكام الشريعة الاسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن الم فراق الزوج لها و هي في حد ذاتها تعتبر تعويضا <sup>1</sup> .

فالمحكمة العليا قررت ان نفقة المتعة هي نفسها التعويض .

هناك اشكالية اخرى و هو ما مدى استحقاق المطلقة قبل البناء للتعويض عن طلاقها ، من المقرر شرعا و قانونا ان المطلقة قبل البناء تستحق نصف المهر ، فيسمى هذا المهر تعويضا عندما يمنحه القاضي

<sup>1</sup> المحكمة العليا- غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1985/04/08 - ملف رقم 35912 - المجلة القضائية لسنة 1989- العدد 1- ص 89.

في حكمه ؟ المشرع الجزائري لم يشر في قانون الأسرة لحقوق المطلقة بصفة عامة ، و بما ان التعويض جبر للضرر الحاصل للمطلقة فانه لا يعقل ان ياخذ نفس تسمية المهر ذلك ان المهر هو حق شرعي للزوجة ، و بالرجوع الى قرارات المحكمة العليا وجدنا القرار الصادر بتاريخ 1996/04/23 و الذي جاء فيه : "... و لما ثبت - في قضية الحال - ان القضية تتعلق بزواج تام الاركان ، الا ان الزوج تاخر عن الدخول بزوجته لخمس سنوات فانه بذلك يعتبر تعسفا في حقها و يبرر التعويض الممنوح له ..."<sup>1</sup> .

و بالتالي نحن نرى ان المطلقة قبل البناء زيادة على نصف مهرها ، لها الحق في الحصول على تعويض عن الاضرار التي قد تصيبها من جراء هذا الطلاق .

و تجدر الاشارة الى ان المطلقة تحرم من التعويض اذا كان الطلاق لتضليهما ، فان تاكد القاضي هي المتسببة في الطلاق بتصرفاتها و ان تبين له نشوزها ، فانها تحرم من التعويض كذلك اذا كان الطلاق بواسطة الخلع فانها لا تستحق اي تعويض ، و هناك حالات تحرم فيها المرأة من التعويض و علاوة على ذلك تلزم بدفع التعويض لزوجها في حالة الطلاق ، ذلك انه اذا ثبت نشوزها كان من حق الرجل المطالبة بتعويض عن ما اصابه من ضرر و هذا ما اكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/04/27 و الذي جاء فيه : " متى كان من المقرر قانونا ان يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز احد الزوجين فان القضاء بغير ذلك يعد خرقا للقانون ، و من ثم فان عدم وجود اي سبب واضح يجعل من الزوجة في قضية الحال تلجا الى طلب التطليق بعد نشوزها فان ذلك يعد سببا كافيا باعتبار الزوج متضررا من هذا الطلاق و عليه فان قضاة الموضوع قد اخطؤوا حين قرروا ان الضرر و التعويض عنه يكون للزوجة وحدها مما يستوجب نقض قرارهم "<sup>2</sup> .

و في نهاية هذا المطلب ارتأينا معالجة نفقة العدة ، فوجوب العدة على المطلقة يعتبر من الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية ، و هي اجل ضربه الشارع لانقضاء ما بقي من آثار الزواج او شبهته ، و قد تناول المشرع موضوع العدة في المواد من 58 الى 61 من قانون الأسرة و سنركز دراستنا حل آثار العدة و سلطة القاضي التقديرية في ذلك حيث نص المشرع في نص المادة 61 من قانون الأسرة بانه : " لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها او وفاة زوجها الا في حالة الفاحشة المينة و لها الحق في نفقة عدة الطلاق " .

<sup>1</sup> المحكمة العليا- غرفة الاحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1996/04/23 - ملف رقم 135435 - المجلة القضائية لسنة 1998- العدد 1-

ص 129

<sup>2</sup> المحكمة العليا- غرفة الاحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1993/04/27 - ملف رقم 909047 - الموسوعة القضائية لسنة 2000.

و من خلال استقرار نص هذه المادة نجد ان المشرع اعطى الحق لكل مطلقة او متوفى عنها زوجها في النفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها ، و ذلك يعتبر من مبادئ العدل على اساس ان المعتدة في هذه المرحلة تكون محتبسة عن الزواج لامر الشرع لمصلحة النظام العام و لمصلحة الرجل الذي تعتد لصيانة النسب اليه ، و لذلك على المحكمة ان تحكم بها و تحدها و تشير اليها في نفس الحكم الذي تقضي فيه بالطلاق حتى و ان كان ذلك بتظليهما و ذلك للعبرة المذكورة اعلاه ، و هذا ما اخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1984/10/22 و الذي جاء فيه " متى كان من المقرر شرعا ان نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة او مظلومة ، فان القضاء بما يخالف احكام هذا المبدأ يعد فرقا خرقا لاحكام الشريعة الاسلامية"<sup>1</sup>.

و حق نفقة العدة ربطه المشرع بمكوث الزوجة في بيت زوجها لان الحق يسقط اذا تركت المطلقة مقر الزوجية و لم تقضي العدة فيه دون مبرر شرعي ، و تعتبر و كانها ناشز، و على القاضي يحكم بنفقة العدة سواء طلبتها الزوجة او لم تطلبها و ذلك لاعتبار النفقة هي حق ثابت شرعا من حقوق الزوجية و لا تسقط الا اذا اسقطها الشارع في بعض الاحوال المحددة شرعا ، او تنازلت عنها الزوجة صراحة و على القاضي كذلك ان يراعي حال الطرفين عند تحديده لمبلغ النفقة و هذا ما ذهبت اليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 18 /06/1991 المذكور اعلاه .

و نستنتج من خلال استقرار نصوص المواد 58، 59 ، 60 ، من قانون الأسرة انه على القاضي عند تقديره لقيمة نفقة العدة أن يأخذ بعين الاعتبار مدتها حسب ما هو مقرر شرعا و قانونا و ان لا يفوق في تقديرها مدة 10 أشهر من تاريخ الوفاة أو الطلاق على اعتبار ان المشرع اعتبرها أقصى مدة للحمل ، أما المعتدة من وفاة نجد أن المشرع لم ينص على حقها في نفقة العدة على اعتبار أنها لا تستحقها و لكن هناك من يرى ان لمتوفى عنها زوجها الحق في نفقة العدة تأخذها من تركة الزوجة . بالنسبة لنفقة الإهمال التي يحكم بها القاضي يجب عليه ان يراعي في ذلك حال الطرفين في تقديرها و المدة التي بقيت خلالها دون إنفاق بحيث تشمل النفقة الغذائية و الكسوة و غيرها كما تم بيانه في المطلب الاول من هذا المبحث اي تطبيق عليها كافة الأحكام التي تعرضنا لها في هذا المطلب .

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

يعتبر النزاع حول متاع البيت من الآثار المهمة لانحلال الرابطة الزوجية و قد عالجه المشرع الجزائري بنص واحد و هو المادة 73 من قانون الأسرة و التي تطرح مجموعة من الإشكاليات على

<sup>1</sup> المحكمة العليا- غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1984/10/22 - ملف رقم 34327 - المجلة القضائية لسنة 1989- العدد 3- ص 69.

القاضي عند تطبيقها و فيها مجال واسع لإعمال سلطته التقديرية ، و قد نصت هذه الأخيرة على انه: " اذا وقع النزاع بين الزوجين او ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة او ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء و قول للزوجة او ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال ، والمشاركات بينهما يقتسم مع اليمين " .

و من خلال نص هذه المادة نجد ان المشرع قد وضع لنا قاعدة عقلانية يعتمد عليها القاضي في تقدير ملكية أثاث البيت بحيث انه اذا كان لأحد المتنازعين بينة حكم له القاضي بمقتضى البينة ، و ان لم تكن لأحدهما بينة على دعواه فالقول قول من يشهد له الظاهر بذلك ، إي ما يصلح للرجال كأدوات الصيد و أدوات التجارة و ما يتعلق بمهنته ، و طلبه الزوج و نازعت فيه الزوجة و أنكرت ملكيته له دون بينة ، فانه يحكم بت للرجل مع يمينه ، و ان ما يصلح لاستعمال النساء عادة كالحلي و أدوات الخياطة و ما شابه ذلك و طلبته الزوجة دون بينة فنزاع فيه الزوج و أنكر ملكيتها له فانه رغم يحكم بت لها مع يمينها و ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1992/03/17 الملف رقم 81455 و كذا القرار الصادر بتاريخ 1986/01/27 ملف رقم 39775 من غرفة الاحوال الشخصية.

ومن خلال القضايا المرفوعة على مستوى المحاكم وجدنا ان النزاع يثور حول ملكية المتاع الذي تجلبه الزوجة معها في عرسها و الذي اشترته بالمهر المقدم لها على اعتبار ان العادات تلزم على الزوجة ان تشتري بعض الأثاث من صداقها ، رغم ان هذا الصداق ملك لها ، فهنا لا يجد القاضي معيارا لتحديد المشترك من الأثاث و ما هو معتاد للنساء او للرجال ، و يمكننا القول ان هذا المهر قدم للزوجة و منه كافة الأثاث و المتاع احضرته و اشترته من المال المقدم لها كصداق هو ملك لها وعلى قاضي ان يحكم ، ما لم يثبت الزوج خلاف ذلك بالبينة .

و في حالة ما كان متاع البيت المتنازع عليه يحتمل ان يصلح لاستعمال الرجل و المرأة و ليس لهما بينة لامتلاكه فنجد هنا رأيين :

- الرأي الذي ذهبت اليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/01/16 و الذي جاء فيه : " ان أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة ان ذلك ملك لها اشترته او هو من جملة صداقها فان لم يكن هذا فان الزوج أحق به مع يمينه " <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة العليا- غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1989/01/16 - ملف رقم 52212- المجلة القضائية لسنة 1991- العدد 3- ص 55.

- الرأي الثاني انه اذا وقع النزاع حول بعض متاع البيت و لم يكن لأحد الخصمين بينة و لم يتمكن القاضي من التفريق بين ما يصلح لاستعمال النساء و ما يصلح لاستعمال الرجال ، فان حل النزاع لا يمكن ان يتم الا بالحكم بتقسيم متاع البيت بينهما مناصفة .

و نحن نرى انه على القاضي ان يعمل سلطته التقديرية في تحكيم العرف ، و يقضي بما يقضي به عرف تلك المنطقة في المعتاد ان تاتي به الزوجة عند زوجها فيحكم لها به و ان تعذر عليه ذلك ياخذ بما جاءت به المادة 73 فقرة 2 من قانون الاسرة بان المشتركات بين الزوجين يتقسمانها مع اليمين . و هذا ما اخذت بت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/04/21 تحت رقم 189245<sup>1</sup> .

و يشترط في المتاع موضوع النزاع ان يكون موجودا و مشاهدا سواء أكان موجودا بمسكن الزوجية او غيره ن الأماكن ، و بذلك فانه لا يمكن إقامة دعوى على متاع غير موجود اي محل إنكار من المدعى عليه بناء على نص المادة 73 المذكورة أعلاه ، كان يقدم احد الزوجين قائم تكون محل إنكار من الزوج الآخر ، فهنا لا بد من إقامة الدليل على هذه القائمة ، و الا توجه يمين النفي للمدعى عليه .

أما في حالة عدم إنكار المدعى عليه لموضوع الدعوى باكرا بان المدعية قد تسلمت أمتعتها فقد انقلب إلى مدعي و بذلك فقد أصبح مطالبا بإقامة الدليل على دعواه ، و يقصد بالدليل ، البينة او شهادة الشهود لإثبات ملكية المتاع لأحد الزوجين و على القاضي ان يقدر هذه الشهادة ، و يسجلها في محضر ، و الدليل الكتابي في إثبات ملكية المتاع المتنازع عليه هو الفواتير التي تثبت الشراء ، و على القاضي ان يطلب من المدعي تحديد قيمة الأشياء المتنازع فيها كل على حدا و اذا اختلف في تحديد قيمة الأمتعة بين الزوجين فهناك رأيان الرأي الأول يرى ان للقاضي سلطة في تحديد ذلك و لا يجوز له ان يحول سلطته إلى شخص آخر ، و هذا المحكمة العليا ف قرارها الصادر بتاريخ 1988/04/11 الذي جاء فيه : " من المقرر قانونا انه اذا اختلف الزوجان حول قيمة الأمتعة فللقاضي سلطة في تحديد ذلك ، و لا يجوز له تحويل سلطته إلى شخص آخر و من ثم فان القاضي بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون"<sup>2</sup>.

أما الرأي الثاني فيرى ان هذه المسألة تعود لأهل الخبر و هو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/ 05/ 18 ملف رقم 22651 و الذي جاء فيه : " تقييم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع الى أهل الخبرة من الصناع و التجار و ليس الى القضاة " .

<sup>1</sup> المحكمة العليا- غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1998/04/21 - ملف رقم 189245 - الاجتهاد القضائي اغرفة الاحوال الشخصية - عدد خاص لسنة 2001- ص 242 .

<sup>2</sup> المحكمة العليا- غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1988/04/11 - ملف رقم 49302 - المجلة القضائية لسنة 1989- العدد 1- ص 103.

و نحمل نميل الى الرأي الأخير لان تحديد قيمة المتاع خاصة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة ، مهمة لا بد من اللجوء فيها الى أهل الخبرة و لا تكفي السلطة التقديرية للقاضي وحدها لتحديدها .

و كما تم ذكره انه في حالة عدم وجود بينة جعل المشرع العرف دليل القاضي باعتباره المصدر الثالث للتشريع و نصت المادة 73 من قانون الاسرة على "المعتاد" فهذا اللفظ يقصد به ما جرى عليه العرف في تحديد ما يصلح للنساء من متاع البيت و ما يصلح للرجال، فإذا كان المتاع ما يصلح للرجال عرفا يحكم له به القاضي بعد داء اليمين من الزوجة و العكس ، و ان نكل فهو للزوج الآخر .

اذا تخلف الدليل لدى الزوجة لإثبات ادعائها بوجود المتاع ببيت الزوجية عليها ان تحتكم الى ضمير زوجها و ان توجه إليه اليمين الحاسمة ، لا ان للقاضي سلطة تقديرية في ذلك فيستطيع منع الخصم من إساءة استعمال هذا الحق و له ان يرفض توجيه اليمين ، اذا كانت الواقعة موضوع الحلف ليست متعلقة بالشخص الحالف او ليست منتجة في النزاع .

و ما لاحظناه كذلك انه عند حضور الزوج او ورثته أمام القاضي قد يدعون ان الزوجة أخذت المتاع من بيت الزوجية عند خروجها أي ينكرون وجوده بالبيت الزوجي فيرجع القاضي هنا لقواعد العامة للإثبات أي إثبات ان الزوجة أخذت المتاع أما بالكتابة و ذلك عن طريق محضر إثبات حالة يحرره المحضر القضائي يشهد فيه بان الزوجة سلمت متاعها ، و بشهادة الشهود و يجب ان تكون ان هذه الشهادة واضحة و دقيقة حتى يمكن الاعتداد بها ، بأنهم شاهدوا الزوجة و هي تحمل أثاثها الى بيت أهلها ، و في حالة عدم وجود أي دليل يدعم ادعاءه فيمكن له ان يلجا الى آخر وسيلة للإثبات و هي توجيه اليمين الحاسمة لزوجته فان حلفت سقطت دعواه و ان نكلت او ردت عليه اليمين و حلفها كسب دعواه .

أما في الحالة العكسية أي في حالة ادعاء الزوجة بأنها تركت متاعها بيت الزوجية و طالبت الزوج بإرجاعه لها ، فإنها تكون بذلك هي المدعية و يقع عليها عبئ إثبات هذا الادعاء أما بالكتابة او بشهادة الشهود ، اذا لم يكن للزوجة دليل كتابي او باليمين الحاسمة ، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 216836 و الذي جاء فيه : " ان المدعى عليه اذا أنكر الأمتعة المطالب بها ، يفرض على قضاة الموضوع توجيه اليمين له على أساس إنكاره لوجود المتاع المطالب به عنده " ، و اليمين التي يوجهها القاضي تؤدي امامه بالجلسة و هذا ما ذهبت اليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/06/10 و الذي جاء فيه : " ان اليمين المنصوص



عنها ضمن المادة 73 من قانون الأسرة تؤدي بالجلسة امام قاضي الاحوال الشخصية الفاصل في موضوع النزاع و ان الحكم في ادائها بالمسجد الكبير يعد خطأ في تطبيق القانون"<sup>1</sup>.

و تجدر الاشارة ان اليمين التي جاءت به المادة 73 من قانون الأسرة هي يمين متممة تتم بداية الدليل

### المبحث الثاني : سلطة القاضي التقديرية في النسب والحضانة.

تعد الأسرة الخلية الأساسية في المجتمع تجب المحافظة على متانتها و وحدتها لقيامها على أسس منظمة ، و لما كان الأولاد في هذه الحياة هم عماد المستقبل أولاهم التشريع الإسلامي ولاية كبيرة و خصتهم الشريعة الإسلامية بجانب كبير من الاهتمام فشرعت كثيرا من الأحكام المتعلقة بالطفل ، ابتداء من الزواج كوسيلة لإنجابهم و إيجادهم فاذا ما ولد الطفل حافظت عليه من الذل و حضنته من الضياع و أبعدته عن العار ، فأثبتت له النسب من والديه ، و هذا اول حق يثبت له بعد انفصاله عن أمه ، فإذا ثبت نسب الولد من والديه تفرع منه العديد من الحقوق الخاصة بالطفل مثل حقه في النفقة الميراث ، و تقدم كل هذه الحقوق حق الطفل في الحضانة لضمان تربيته و رعايته و القيام بكل شؤونه.

و تعتبر الحضانة واحدة من اهم المسائل التي اقرتها الشريعة الاسلامية ، و كذا قانون الأسرة الجزائري لاجل توفير الحماية و الرعاية المادية و المعنوية للطفل و ذلك نتيجة الوفاة او الطلاق الذي يمكن ان يحدث بين الزوجين و الذي من شأنه ان يؤدي الى التنازع في مسألة الحضانة بالنسبة للأطفال الناتجين عن هذه العلاقة الزوجية و التي لم تستمر و المشاكل التي تطرحها حول مصيرهم و من يكفلهم و كيفية الاعتناء بهم ؟

سنركز في دراستنا على سلطة القاضي التقديرية في اثبات النسب و النفي ، و كذا تقديره للحضانة و هذا ماتناولناه في مطلبين: المطلب الأول:تقدير القاضي لثبوت النسب و نفيه. والمطلب الثاني:مجال تدخل القاضي في الحضانة .

#### المطلب الأول : تقدير القاضي لثبوت النسب و نفيه .

تناول المشرع الجزائري موضوع النسب في الفصل الخامس من القسم الثالث من الباب الأول في الكتاب الأول من قانون الأسرة و ذلك في المواد من 40 إلى 46 منه و سنحاول إبراز مجال تدخل القاضي في نقطتين اساسيتين :

<sup>1</sup> المحكمة العليا- غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 10/06/1997 - ملف رقم 163381 - الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية - العدد الخاص لسنة 2001- ص 239

- أسباب ثبوت النسب .

- و طرق إثبات النسب .

### الفرع الأول: أسباب ثبوت النسب :

نص المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة على ان النسب يثبت بالزواج الصحيح او بالبينة او بنكاح الشبهة او بكل زواج تم فسخه بعد الدخول و من خلال نص هذه المادة النسب يثبت بالزواج الصحيح ، فالعقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد سواء اثناء قيام الزوجية او بعد انقضائها بالطلاق او الوفاة متى كان الاتصال بين الزوجين ممكنا ، و لم يكن الزوج قد نفاه بالطرق المشروعة ، و يكون العقد صحيحا اذا كان مستوفيا لجميع اركانه و شروطه التي نص عليها المشرع في المواد 9 و 9 مكرر في قانو الأسرة و الزواج الصحيح يسمى في الفقه بالفراش ، فالوالد لصاحب الفراش اي الزوج .

و قد نص المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة على ان الولد ينسب لابيه متى كان الزواج شرعيا و امكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة و تعني امكانية الاتصال بين الزوجين حدوث التلاقي بينهما فعلا كما قال اصحاب المذاهب الثلاثة المالكية و الشافعية و الحنبلية ، كما يشترط ان يكون الزوج ممن ياتي منه الحمل بان يكون بالغا او مراهقا و خاليا من العيوب التي تحول دون الاتصال بالزوجة بصفة كلية .

اضافة الى ان المشرع الجزائري نص في المادة 45 من قانون الأسرة على جواز اللجوء الى التلقيح الاصطناعي و قيده بمجموعة من الشروط لا تخالف الشريعة الاسلامية .

كما يشترط حسب نص المادة 42 من قانون الأسرة ان يولد الجنين بين ادنى مدة الحمل و هي 6 اشهر ة اقصاها 10 اشهر ، لكن السؤال الذي يطرح نفسه ، ماهي الشهور المعتمدة في حساب اقصى مدة الحمل هل هي الشهور القمرية مثل ما قال به الفقهاء ام هي الشهور الشمسية ؟ لم يجب المشرع عن هذا السؤال الا ان القضاء الجزائري يعتد بالاشهر الشمسية و هذا ما اكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17 /11/ 1998 .

اضافة الى شرطي امكانية الاتصال و ولادة الولد بين ادنى و اقصى مدة الحمل ، اضاف المشرع الجزائري شرطا ثالثا لثبوت النسب بالزواج الصحيح و هو عدم نفي نسب الولد من قبل الزوج بالطرق المشروعة ، و هذا ما نصت عليه المادة 41 من قانون الأسرة غير ان المشرع لم يحدد الطرق المشروعة لنفي النسب لذا وجب على قاضي الرجوع لاحكام الشريعة الاسلامية طبقا لنص

المادة 222 من قانون الأسرة و بالرجوع لهذه الاحكام نجد انها حصرت نفي النسب في طريق واحد يتمثل في اللعان<sup>1</sup>.

و يعرف اللعان على انه كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر الى قذف من لطح فراشه و الحق العار به او الى نفي الولد<sup>2</sup> و يشترط الفقهاء لصحته ان تتوافر فيه الشروط الآتية<sup>3</sup>.

1- قيام الزوجية الصحيحة بين المتلاعنين ، سواء دخل بها ام لا ، فبذلك لا يقع اللعان اذا كان الزواج باطلا او فاسدا .

2- ان يكون كل من الزوجين عاقلا ، بالغا ، و ان لا يكون هذا النفي سبقه إقرار بهذا الولد سواء كان إقرارا صحيحا او ضمنيا بالقول او بالفعل .

3- الا يكون للزوج بينة أخرى لاثبات زنا الزوجة و ان تكون الزوجة ناكرة لذلك انكارا صريحا واضحا ، و اذا تم اللعان ، يفرق القاضي بين الزوجين فرقة مؤبدة و هذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء.

لكن ما ياخذ على نص المادة 41 من قانون الأسرة انها لم تبين الاجراءات الواجب اتباعها في طريقة نفي الولد باللعان كما انها لم تحدد المدة التي يتم فيها اللعان و لا المكان الذي يتم فيه بالرجوع لاحكام الشريعة الاسلامية يتم اللعان بان يحلف بالله أربع مرات انه لصادق فيما يتهمها به بان الولد ليس منه ، و يقول في الخامسة ان غضب الله عليه ان كان من الكاذبين ، ثم بعد ذلك تحلف الزوجة اربع مرات بالله انه لمن الكاذبين فيما اتهمها به و تقول في الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين<sup>4</sup> .

أما عن مدة اللعان فقد قررت المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1989/10/20 " ان نفي السبب يجب ان يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة الاسلامية و الاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل او رؤية الزنا " ، الا اننا ودنا قرارا آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1985/02/25 قرر " ان دعوى اللعان لا تقبل اذا اخرت و لو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل او الوضع او رؤية الزنا " .

و نحن نميل الى الرأي الذي أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/08/20 حيث تعطي للزوج مدة معقولة للقيام بالاجراءات اللازمة لرفع الدعوى .

<sup>1</sup> الدكتور احمد عمراني - احكام النسب بين الانجاب الطبيعي و التلقيح الاصطناعي - رسالة ماجستير في القانون الخاص - جامعة وهران - 2000- ص 80 .

<sup>2</sup> الدكتور وهبة الزحيلي - مرجع سابق - ص 557.

<sup>3</sup> الدكتور بلحاج العربي - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الجزء الاول - الزواج و الطلاق - مرجع سابق - ص 374.

<sup>4</sup> الاستاذ عبد العزيز سعد - الزواج و الطلاق في قانون الأسرة - مرجع سابق - ص 184 .

بالنسبة لمكان الملاعنة فقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/10/28 الى ان اللعان لا يتم امام المحكمة بل أما المسجد العتيق .

و على مستوى التربص الميداني لاحظنا ان القاضي يصدر حكما قبل الفصل في الموضوع بتعيين محضر قضائي لحضور جلسة اللعان مع تحديد المسجد و تاريخ الجلسة و توضيح صيغة اللعان .

و السؤال الذي سي طرح نفسه هل يمكن نفي النسب بواسطة الطرق العلمية الحديثة للاثبات و هل تدخل هذه الاخيرة ضمن الطرق المشروعة التي نصت عليها المادة 41 من قانون الاسرة ؟ بالرجوع الى نص المادة 40 نجد انها اجازت للقاضي اللجوء للطرق العلمية لاثبات النسب لكنها لم تتكلم عن نفيه و نحن نرى انه بمفهوم المخالفة لهذا النص يمكن للقاضي اللجوء للطرق العلمية لنفي النسب و سنبين الطرق العلمية التي يمكن للقاضي اللجوء اليها عند تناولنا لمسألة طرق اثبات النسب.

كل هذا عن ثبوت النسب عند قيام الرابطة الزوجية أما مسألة ثبوت النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية لا بد ان تشير لمسألة ثبوت ولد المطلقة بعد الدخول فالمشرع اشار في المادة 43 من قانون الاسرة ان الطلاق لا يثبت الا بحكم ، و اشار في المادة 43 من قانون الاسرة ان الولد ينسب لاييه اذا وضع الحمل خلال 10 اشهر من تاريخ الانفصال او الوفاة في حين ان المادة 60 من قانون الاسرة اشارت الى ان اقصى مدة للحمل 10 اشهر من تاريخ الطلاق او الوفاة و السؤال الذي يطرح نفسه هل المدة القصوى للحمل يبدأ حسابها من تاريخ صدور الحكم بالطلاق او من تاريخ الانفصال الفعلي بين الزوجين ، نحن نرى انه طبقا للقواعد الشرعية يبدأ حساب هذه المدة من تاريخ الانفصال الفعلي بين الزوجين .

وما تجدر الاشارة اليه انه على القاضي ان يتأكد قبل الحاقه للنسب من توافر اركان و شروط الزواج و هذا ما لاحظناه على مستوى التربص الميداني في قضايا اثبات الزواج العرفي و الحاق النسب .

اضافة الى ان نكاح الشبهة يمكن ان يثبت النسب به حسب نص هذه المادة ، وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد ان المشرع كان يتكلم الوطاء بشبهة ، فنحن نرى ان عبارة النكاح بشبهة لم تكن في محلها لان هذا الاخير ما هو الا صورة م صور الزواج الفاسد و الذي هو ايضا سبب من اسباب ثبوت النسب.

### الفرع الثاني: طرق اثبات النسب :

الاقرار هو طريق من طرق اثبات النسب و يوجد هناك الاقرار بالبنوة و الابوة و الامومة كان يدعي اب او ام بنوة ولد معين او يقوم ولد بادعاء امومة امرأة معينة او ابوة رجل معين ، و هناك الاقرار

في غير الأبوة و الامومة و مثال ذلك ان يقر شخص بان شخص آخر اخوه او ابن عمه ، و الفرق بين النوعين او النسب يثبت مباشرة بالاقرار المجرد مادامت شروط الاقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير قد توافرت ، أما الاقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير فلا يثبت به النسب مباشرة انما لا بد من البينة .

بالنسبة لاثبات النسب عن طريق البينة فقد رفضت المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 15/06/1999<sup>1</sup> اجراء فحص الدم و اعتماده كدليل لاثبات النسب و هذا معناه انها لم تأخذ بالمعنى العام للبينة كونه يشمل الكتابة و القرائن ، و أخذت بالمعنى الخاص ، اي شهادة الشهود دون غيرها من الادلة ، لكن بعد التعديل الاخير الذي طرا على نص المادة 40 من قانون الاسرة اضاف المشرع الطرق العلمية كدليل لاثبات النسب.

بالنسبة لاثبات النسب بالطرق العلمية فالمشرع لم يحدد لنا هذه الطرق و لم يحصر لنا صورها علما ان الابحاث العلمية في هذا المجال اثبتت وجود نوعين من الطرق العلمية يتصف الاول منها بانه ظني الثبوت و لا يقدم سوى مجرد احتمالات و مثال ذلك نظام فحص الدم ، و هناك طرق اخرى قطعية للاثبات كالبصمة الوراثية و هذه الاخيرة هي التي قصدها المشرع في رايانا.

و السؤال الذي يمكن طرحه في هذا الصدد ، هل يوجد تعارض لجوء الزوجة لاستخدام الطرق العلمية لاثبات نسب مولودها من الزوج و بين طلب الزوج لللعان ؟

نحن نرى ان الاجابة على هذا السؤال متعلقة بالقاعدتين الاصوليتين التاليتين " ان اليقين لا يزول بالشك " و قاعدة " البينة على من ادعى و اليمين على من انكر " و عليه يمكن القول ان اللعان ليس من لزومه نفي النسب لان اللعان على اشك لا على اليقين ، على عكس ما تؤكد البصمة الوراثية .

بقيت مسألة غاية في الاهمية متعلقة بسلطة القاضي في تقدير الطرق العلمية لاثبات النسب و مدى حجيتها .

و طبقا للقواعد العامة فالخبرة القضائية للقاضي من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية ، فله ان يصادق على تقرير الخبير كليا او جزئيا كما له ان يحكم من دونه ، لكن يرى البعض امكانية الخروج عن هذه القاعدة فيما يتعلق بالخبرة العلمية في مجال اثبات النسب استنادا الى القيمة العلمية لهذه الطرق و نتائجها القطعية كالبصمة الوراثية مثلا ، و نحن نساند هذا الرأي .

<sup>1</sup> المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار الصادر بتاريخ 15/06/1999 - ملف رقم 22274 - الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية - عدد خاص سنة 2001 - ص 88.

و في ختام هذا المطلب لا بد ان نشير الى ان هناك قاعدة فقهية اعتمدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها<sup>1</sup> تمكن من اثبات النسب حتى مع الشك ، فعلى القاضي ان يبحث بشتى الطرق ان يحاول اثبات الطفل لذلك لان النسب حق من حقوق الله و حتى لا نترك هذا الصغير من دون نسب لان في ذلك آثار جد وخيمة عليه و على المجتمع و هذه القاعدة قاعدة احياء الولد.

### المطلب الثاني : مجال تدخل القاضي في الحضانة

الحضانة هي القيام بتربية الطفل الذي لا يستقل بامرته و ذلك برعاية كافة شؤونه من تدبير طعامه و ملبسه و تنظيفه و وقايته مما يعرضه للهلاك و الضرر ، و قد عرفت المادة 62 من قانون الاسرة الجزائري بنصها " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين ابيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا ، و يشرط في الحاضن اهلا لقيام بذلك " .

و قد نظم المشرع الجزائري مسألة الحضانة كآثر من آثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الاول في قانون الاسرة الجزائري و ذلك في المواد من 62 الى 72 .

و باستقراء مجمل نصوص هذه المواد نجد ان المشرع الجزائري فتح الباب واسعا للقضاة لاعمال سلطتهم التقديرية باعتماده اساسا على مصلحة المحضون كمعيار اساسي لمعالجة القضايا المتعلقة بالقضايا .

لذلك سنحاول ابراز دور القاضي في مسألة الحضانة و ذلك في النقاط التالية:

اولا: اسناد الحضانة

ثانيا: اسقاط الحضانة

ثالثا: مجال تدخل القاضي في ترتيب اصحاب الحق في الحضانة و تنظيم حق الزيارة .

### الفرع الاول: دور القاضي في اسناد الحضانة :

بالرجوع الى نص المادة 62 من قانون الاسرة المذكورة اعلاه في فقرتها الثانية نجد ان المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الاهلية و لا يقصد هنا بلوغ سن الرشد اي 19 سنة . فالاهلية هنا هي القدرة على القيام بمهمة شاقة و محفوفة بالمخاطر تتعلق بمحضانة الطفل و القاضي هو الذي يحدد الشروط و مدى توافرها في الشخص الذي تستند اليه الحضانة و ذلك وفقا لما يتمتع به من

<sup>1</sup> المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1998/12/15 - ملف رقم 202430 - الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية - عدد خاص سنة 2001 - ص 77.

سلطات واسعة في هذا المجال ، و المشرع لم يحدد له شروطا و مواصفات محددة و ما عليه الا الاعتماد على نص المادة 222 من قانون الاسرة و الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية .

و بالرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية نجد انها فصلت في شروط الحاضن و نذكر منها :

**شروط العقل :** و هذا الشرط يتمشى و المنطق فلا يعقل ان يتولى المجنون حضانة الطفل لانه في حد ذاته في حاجة الى من يتولاه و يرفع شؤونه و بالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره .

و عليه فلا بد ان يتأكد القاضي للسلامة العقلية للحاضن و الا يحرم صاحب الحق في الحضانة منها الا بعد ان يثبت بالدليل عدم سلامته العقلية و هذا ما ذهبت اليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/02/13 و الذي جاء فيه : " ان اسناد الحضانة للاب بحجة مرض الزوجة عقليا دون اثبات هذا المرض يعد انعداما في الاساس القانوني و مخالفة للقانون و ينجر عنه النقض دون احالة<sup>1</sup> .

**شروط البلوغ:** الصغير الذي لا يتولى شؤونه بنفسه لا يمكن الاعتماد عليه لتولي شؤون غيره لان الحضانة مهمة شاقة و ليست بالأمر الهين ، و لذلك يشترط في الحاضن ان يكون بالغا و المقصود في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني و هو تمام 19 سنة حسب نص المادة 40 من القانون المدني.

و تجدر الإشارة هنا ان القاصرة التي حصلت على الترخيص للزواج من طرف رئيس المحكمة تعتبر اهلا لتحمل المسؤولية الناتجة عن الزواج و يمكنها حضانة اولادها اذا توفرت فيها باقي الشروط و هذا اعتمادا على نص المادة 7 من قانون الاسرة و التي جاء في فقرتها الثانية " يكتسب الزوج القاصر اهلية التقاضي في ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات ."

**شروط الامانة على الاخلاق:** الامانة على الاخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون اهلا لممارسة الحضانة ، فالحاضن الذي لا يقيم وزنا للاخلاق لا يكون اهلا للحضانة و هذا ما اكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/09/30 و الذي جاء فيه " من المقرر شرعا و قانونا ان جريمة الزنا من اهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون ."

و عليه فان على القاضي التاكد من استقامة الحاضن و حسن سلوكه و اخلاقه قبل منحه الحضانة .

**شروط القدرة :** يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة المحضون في كل الجوانب و الاعتناء بشؤونهم و السهر على سلامته الجسدية و الخلقية فلا تكون الحضانة مثلا لمسن عاجز عن القيام بشؤون نفسه فما بالك بشؤون الغير او المريض بمرض يقعه الفراش كالمشلول مثلا و حالات اخرى كثيرة ، و هذا ما

<sup>1</sup> المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2002/02/13 - ملف رقم 265727 - المجلة القضائية لسنة 2004 - العدد 2 - ص 432.

تكلمت عنه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/07/09 عن شرط القدرة و جاء فيه " من المقرر في الفقه الاسلامي وجوب توافر شروط الحضانة و من بينها القدرة على حفظ المحضون و من ثمة فان القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الاسلامي ".<sup>1</sup>

شرط الاسلام: اكدت المادة 62 من قانون الاسرة على ان يربي المحضون على دين ابيه و السؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يشترط ان يكون الحاضن مسلما .

اختلفت الآراء الفقهية في هذه المسألة فمنهم من قال بحرمان الحاضنة من الحضانة لاختلاف الدين كالحنابلة و الشافعية و منهم من قال ان المحضون يبقى مع الحاضنة الكافرة حتى انتهاء مدة الحضانة شرعا ، فان خيف على المحضون من الحاضنة اعطي حق الرقابة الى احد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد و هذا الراي هو راي الامام مالك<sup>1</sup> .

و نحن نميل الى راي الامام مالك ، لان مناط الحضانة هو الشفقة و هي لا تختلف باختلاف الدين و هذا هو الرأي الذي أخذت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها و مثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1989/03/13.

الذي جاء فيه : " من المقرر شرعا و قانونا ان الام اولى بحضانة ولدها و لو كانت كافرة ، الا ان خيف على دينه و ان حضانة الذكر للبلوغ و حضانة الانثى حتى سن الزواج و من ثمة فان القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لاحكام شرعية و قانونية "<sup>2</sup>.

و من خلال هذا فالقاضي هو الذي يقدر تأثير الحضانة على دين المحضون ، فان تبين له ذلك اسقط الحضانة عنها و ان تبين انه لا خوف على دينه فيعطيه الحضانة و لو كانت كافرة .

ان كان الحاضن رجلا يشترط ان يكون محرما للمحضون ان كانت انثى ، لم يتطرق المشرع الجزائري الى هذا الشرط الا ان فقهاء الشريعة الاسلامية فصلوا فيه تفصيلا وافيا ، فقد حدد الحنابلة و الحنفية سن المحضونة بسبع سنين تفاديا للخلوة بها لعدم المحرمية و ان بلغت البنت حد الفتنة لم تعط له بالاتفاق لانه في حالة بلوغها هذه المرحلة لا يكون لغير المحرم حضانة البنت و مثال ذلك حضانة ابن العم لبنت عمه ، و اجازها الحنفية اذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم و ابقائها عنده بامر القاضي اذا كان مامون عليها ، و لا يخشى عليها الفتنة منه<sup>3</sup> و الخوف من الفتنة او عدمه يحدده القاضي وفقا لمعطيات كل قضية مطروحة بين يديه .

<sup>1</sup> الدكتور وهبة الزحيلي - الفقه الاسلامي و ادلته - مرجع سابق ص 727 .

<sup>2</sup> المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1989/03/13 - ملف رقم 52221 - المجلة القضائية لسنة 1993 - العدد الاول - ص 48 .

<sup>3</sup> الدكتور وهبة الزحيلي - الفقه الاسلامي و اداته - مرجع سابق - ص 732 .



### الفرع الثاني: سلطات القاضي في اسقاط الحضانة :

بالرؤى الى قانون الاسرة الجزائري نلاحظ ان اله حدد حالات سقوط الحضانة و سنحاول التطرق لبعض الحالات مبرزين الدور الهام الي لعبه القاضي في ذلك .

نصت المادة 66 من قانون الاسرة على ما يلي " يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم ، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون " من استقراء نص هذه المادة يمكن ان نطرح بعض التساؤلات فهل سقوط الحضانة عن الحاضنة بزواجها بغير قريب محرم يكون في كل الحالات ؟ و هل يعتبر هذا الزواج تنازلا اختياريا عن الحضانة ام انه غير اختياري؟ و في حالة التنازل على الحضانة هل يمكن اجبار المتنازل عليها ؟

المشرع الجزائري لم يعطي اجابة واضحة على هذه التساؤلات و ما على القاضي الا ان يجيب عليها وفقا لما له من سلطة تقديرية .

ان زواج الحاضنة بغير قريب محرم يعد سببا من اسباب سقوط الحضانة و هذا حسب نص المادة 66 من قانون الاسرة و حسب العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا و مثال ذلك القرار الصادر 1986/5/5 و الذي جاء فيه من المقرر في احكام الشريعة الاسلامية ان يشترط في المرأة الحاضنة و لو كانت أما ، اخرى بغيرها ان تكون خالية من الزواج أما اذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون ، فانه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة<sup>1</sup>.

لكننا نرى ان سقوط الحضانة يكون بزواج الحاضنة بغير قريب محرم كقاعدة عامة ، الا ان لهذه القاعدة استثناءات فالقاضي لا يحكم بسقوط الحضانة مباشرة بمجرد زواج الحاضنة و انما عليه ان يراعي مصلحة المحضون ، فلو لم يقبل المحضون غير حاضنته أما كانت او غيرها و اصر على البقاء معها فهل اسقاط الحضانة عنها في مصلحة للمحضون .

بالنسبة لمسالة اعتبار زواج الحاضنة بغير محرم تنازلا اختياريا عن الحضانة او تنازلا غير اختياري و بالتالي حقها في المطالبة بالحضانة بعد سقوطها عنها من عدمه مسالة لم يتطرق اليها المشرع الجزائري و حتى المحكمة العليا لم تستقر على راي واحد فهناك قرارات تعتبر ان هذا الزواج تنازل اختياري عن الحضانة و مثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1990/02/25 و الذي جاء فيه ".... و لما كان من الثابت في قضية الحال - ان الام اسقطت حضانتها بعد زواجها باجنبي فان المجلس لما قضى

<sup>1</sup> المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار الصادر بتاريخ 1986/5/5 ملف رقم 40438 - المجلة القضائية لسنة 1989 - العدد الثاني - ص 75.

باسناد الحضانة اليها بالرغم من ان زوجها بالاجنبي يعد تصرفا رضائيا و اختياريا يكون قد خالف القانون<sup>1</sup>.

هناك قرارات اخر تعتبر ان سقوط الحضانة بعد طلاق الام من اجنبي غير محرم لا يمنعها من المطالبة باستعادة الحضانة و اعتبرت ان هذا الزواج هو سبب غير اختياري لسقوط الحضانة و هذا ما نجده في القرار الصادر بتاريخ 1998/07/21.

من خلال هذا فهل زواج الحاضنة من غير قريب محرم يعد سببا اختياريا لسقوط الحضانة ام انه سبب غير اختياري لذلك ؟ و هل يحق للحاضنة التي سقطت عنها الحضانة ان تطالب بها بعد طلاقها او وفاة زوجها ؟ طبقا لنص المادة 222 من قانون الاسرة و بالرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية نجد ان آراء الفقهاء اختلفت في هذه المسألة كالمالكية الذين انقسموا الى فئتين فمنهم من قال لا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بالتزويج بعد الطلاق لها او موت زوجها و هذا لان الحضانة حق للحاضن حسب هذا الرأي<sup>2</sup>.

و هناك راي يقول ان زواج الحاضنة باجنبي عن المحضون انما يسقط حقها في حال تزوجها فان طلقها الزوج او مات عنها رجعت في ولدها لان تزوجتها ليس رضا منها ترك ولدها ، لان النكاح مما تمس اليه الحاجة كالطعام و الشراب فاشبه اذا مرضت و ضعفت عن الحضانة ، ان الولد ياخذ منها لهذه العلة فاذا ارتفعت العلة عادت الحضانة اليها و أخذت ولدها<sup>3</sup>.

أما عن راي الاحناف و الحنابلة و الشافعية فقد اتفقوا على ان من سقطت حضانتها بالتزويج يعود اليها حقها في الحضانة اذا ارتفعت الزوجية<sup>4</sup>.

فان المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زوجها بالأجنبي تصرفا رضائي واختياريا يكون قد خالف القانون<sup>1</sup>.

وهناك قرارات أخرى تعتبر إن سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها من المطالبة لاستعادة الحضانة واعتبرت ان هذا الزواج هو سبب غير اختياري لسقوط الحضانة ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1998/07/21 والذي جاء فيه من المقرر قانونا انه يعود الحق في الحضانة اذا زال بسبب سقوطه غير الاختياري.

<sup>1</sup> المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1990/02/25 ملف رقم 201336- الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية - عدد خاص لسنة 2001 - ص 78.

<sup>2</sup> المستشار احمد نصر الجندي : نفس المرجع - ص 122.

<sup>3</sup> المستشار احمد نصر الجندي : نفس المرجع- ص 123.

<sup>4</sup> المستشار احمد نصر الجندي : النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي - نفس المرجع - ص 123.

ومتى تبين في قضية الحال -ان المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة فان قضاة المجلس بقضائهم في حقها في حضانة طبقاً لأحكام المادة 71 من قانون الاسرة قد طبقو صحيح القانون.

من خلال هذا فهل زواج الحاضنة من غير قريب محرم يعد سبباً اختيارياً لسقوط الحضانة ام انه سبب غير اختياري في ذلك؟ وهل يحق للحاضنة التي سقطت عليها الحضانة ان تطالب بها بعد طلاقها او وفاة زوجها؟ طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري وبالرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية نجد آراء الفقهاء اختلفت في هذه المسألة كالمالكية انقسم والى فئتين فمنهم من قال لا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بالتزويج بعد الطلاق لها او موت زوجها وهذا لأن الحضانة حق للحاضن حسب هذا الرأي.

وهناك رأي يقول ان زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون انما يسقط حقها في حال تزوجها فان طلقها الزوج او مات عنها رجعت في ولدها لان تزوجها ليس رضا منها بترك الولد ,لان النكاح مما تمس الحاجة إليه كالطعام والشراب فأشبهه الى مرضت وضعفت عن الحضانة ,ان الولد يؤخذ منها لهذه العلة فإذا ارتفعت العلة عادت الحضانة إليها وأخذت ولدها.

أما عن رأي الأحناف والحنابلة والشافعية فقد اتفقوا على ان من سقطت حضانتها بالتزويج يعود إليها حقها في الحضانة اذا ارتفعت الزوجية<sup>1</sup>.

وعليه فاختلاف قرارات المحكمة العليا حول اعتبار الزواج سبباً اختيارياً لإسقاط الحضانة وهذا سبب اختلاف الفقهاء,ونحن نرى ان الرأي القائم بحق المرأة التي يسقط حضانتها بالزواج من غير محرم في المطالبة بالحضانة بعد الطلاق او وفاة الزوج,أكثر ملائمة للظروف التي نعيشها اليوم فليس من السهل على المرأة ان تعيش مطلقة او أرملة دون ان يكون لها رجل يساعدها على مجابهة مصاعب الحياة كمان ان هذا الرأي ليس فيه أي إجحاف لحق المرأة واتفق عليه غالبية الفقهاء.

فإذا تزوجت سقط حقها في الحضانة وان زال هذا الزواج لسبب من الأسباب عاد لها حقها وهذا اعتماداً على القاعدة الفقهية التي تقول اذا زال المانع عاد الممنوع,والقاضي هنا له مطلق السلطة التقديرية لإعادة الحضانة للام من عدمه فلو رأى ان المحضون كبر وترعرع في كنف أبيه بعد زواج

<sup>1</sup> المستشار احمد نصر الجندي : النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي - نفس المرجع - ص 123.

أمه لعدة سنين مثلاً، أو أن المحضون يرفض العودة لأمه والعيش مع أبناء رجل آخر خوفاً منهم فالقاضي هنا لا يعيد الحضانة للام إذ قدر مصلحة المحضون تقتضي بقاءه مع والده، فالقاضي يصدر حكمه وفقاً لمعطيات كل قضية طبقاً لمصلحة المحضون.

بالنسبة لمسألة إجبار المتنازل على الحضانة عليها، فالقاعدة أن حق الحضانة يسقط إذا تنازل صاحبه عنه اختيارياً ولا يقبل طلب استرجاعها وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها و مثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1989/03/27 والذي جاء فيه أن المقرر فقهاً و قانوناً أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها و لا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الفقهية و القانونية .

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغب على ذلك ، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم و من جديد القضاء برجع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة و بإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه و القانون " <sup>1</sup> .

إلا أن لهذه القاعدة استثناءات ، فلو كان في هذا التنازل إضراراً بالمحضون يرفضه القاضي و يجبرها على الحضانة و مثال ذلك أن يكون المحضون رضيعاً في حاجة ماسة إلى أمه أو في حالة عدم وجود حاضن آخر غير الأم و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها و مثال ذلك القرار الصادر بتاريخ : 1988/12/19 و الذي جاء فيه " من المقرر شرعاً و قانوناً أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها و له القدرة على حضانتها ، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولاً و تعامل معاملة نقيض قصدها ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الحضانة " <sup>2</sup> .

و بناء على هذا فالقاضي إذا طرحت أمامه مسألة التنازل على الحضانة فعلياً أن يبحث عن الآثار المترتبة عن هذا التنازل على المحضون و له مطلق السلطة التقديرية في قبول هذا التنازل من عدمه وفقاً لما يراه مناسباً لمصلحته - المحضون - .

<sup>1</sup> المحكمة العليا- غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1989/03/27 - ملف رقم 53340- المجلة القضائية لسنة 1990- العدد الثالث- ص 85.

<sup>2</sup> المحكمة العليا- غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1988/12/19 - ملف رقم 51894- المجلة القضائية لسنة 1990- العدد الرابع- ص 70.

هناك حالة أخرى منح فيها المشرع للقاضي مطلق السلطة التقديرية في إثبات الحضانة أو إسقاطها و هي حالة الشخص الموكول له حق الحضانة الذي يريد أن يستوطن في بلد أجنبي فقد نصت المادة 69 من قانون الاسرة على ما يلي " إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون " .

و عليه فعلى القاضي عند النظر في هذه المسألة أن ينظر إلى رأي الأبوين و ظروفهما و مصلحة المحضون ، و هذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ : 1993/06/23 و الذي جاء فيه " من المقرر قانونا انه إذا رغب الشخص - الموكول له حق الحضانة - الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون .

و لما ثبت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة ، القاضي بإسناد الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه هو نفسه يقيم بفرنسا ، و عليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين و مصلحة المحضون قبل وضع أي شرط ، و ما دام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون فإن قرارهم استوجب النقض الجزئي " <sup>1</sup> .

كما على القاضي أن ينظر إلى الدولة التي سينتقل إليها الحاضن بالمحضون و مدى تأثير المجتمع الجديد على هذا الأخير و ما إذا كانت هذه الدولة مسلمة أم لا ، و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ : 1989/12/25 و الذي جاء فيه " من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة و تحاصما على الأولاد في الجزائر فغنه من يوجد بها أحق بهم و لو كانت الأم غير مسلمة .... " .

لكن هناك نقطة متعلقة بسفر الحاضن بالمحضون داخل التراب الوطني لم يتطرق إليها المشرع الجزائري و لم يبين إذا كان من اسباب سقوط الحضانة أم لا ، لكن بالرجوع إلى قرارات المحكمة نجد أنها تناولت هذه المسألة في العديد من قراراتها و صدر عنها اجتهاد قضائي بتاريخ : 1986/09/22 جاء فيه " من المستقر فقها و قضاء ان بعد المسافة لصاحب الزيارة و الرقابة على الاطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود ، و من ثم فغن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون . "

<sup>1</sup> المحكمة العليا- غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1993/06/23 - ملف رقم 91671- المجلة القضائية لسنة 1994- العدد الثاني- ص 72.

و المسافة الواردة في الاجتهاد القضائي الوارد اعلاه هي التي قال بها المالكية في أحد أقوالهم و البريد الوارد يساوي 12 ميلا ، و الميل عبارة عن 1852 متر فتكون الستة برود  $1852 \times 12 \times 6 = 130$  كيلومتر و 400 متر<sup>1</sup> .

كما انه عند الرجوع إلى آراء الفقهاء نجد أنهم دائما يشترطون مسافة قريبة ، و العلة في ذلك هي تمكين الأب من ممارسة حقه في رعاية ابنه و المحافظة عليه .

و لا يغير من واقع هذه المسافة ، تغير وسائل المواصلات و سرعتها فالمقصود من تحديد المسافة كما يظهر من أقوال الفقهاء هو القرب ، حيث أن رؤية المحضون من قبل الأب ليست هدفا لذاتها لكنها جزء من الهدف ، و إنما المقصود من الرؤية هو الإشراف و التعليم و التأديب و متابعة مصالح الصغير ، و كل هذا يأتي بمجرد وصول الأب ليشاهد ابنه لوقت قصير ثم يعود<sup>2</sup> . لذا يجب على القاضي قبل الفصل في مسألة إسقاط الحضانة من عدمه أن يراعي كل هذه الاعتبارات مع تركيزه على مصلحة المحضون .

### الفرع الثالث : مجال تدخل القاضي في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة و تنظيم حق

#### الزيارة :

لقد أورد المشرع الجزائري ترتيب الحاضنين في المادة 64 من قانون الاسرة و ذلك بنصها على ان " الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ، ثم العممة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " .

و هذا الترتيب لا يجوز مخالفته إلا استثناء و بناء على مصلحة المحضون و قد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ : 1998/03/17 ذلك و الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الاسرة إلا إذا أثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة ... " .

<sup>1</sup> المستشار احمد نصر الجندي- النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي - مرجع سابق - ص 140.  
<sup>2</sup> الدكتور محمد سمارة: أحكام و آثار الزوجية شرح مقارن لقانون الاحوال الشخصية - مرجع سابق ص 405 .

لكن السؤال الذي يطرح نفسه ماذا قصد المشرع بعبارة الأقربون درجة؟ و ما هو الترتيب الذي يعتمده القاضي بينهم؟

ما على القاضي إلا الاعتماد على نص المادة 222 و الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية و بالرجوع إلى هذه الأحكام وجدنا اختلافا كبيرا بين الفقهاء في هذه المسألة ، فمنهم من يرى أن لذوي الأرحام حضانة ، و منهم من ينفي حضانة ذوي الأرحام ، و منهم من يقدمون الأشقاء أولا ثم الذين لأم ثم الذين لأب ، و منهم من يقدم الذين لأب على الإخوة لأم ، و هذا ما يجعل مهمة القاضي صعبة للغاية في تحديد معنى عبارة الأقربون درجة الواردة في المادة 64 من قانون الأسرة ، و نحن نرى أن القاضي عند نظره في هذه المسألة عليه ان ينظر إلى مصلحة المحضون بالدرجة الأولى ، أما عن المذهب الذي يعتمده فما دام المشرع احاله في المادة 222 من قانون الأسرة إلى الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها ، حر في اختيار المذهب الذي يراه مناسباً وفقاً لما له من سلطة تقديرية<sup>1</sup> ونحن نميل الى الرأي الذي أخذ به شيخ الاسلام ابن تيمية وذلك لوضوح حجته فهو يرى ان في الحضانة يقدم اقرب الاقارب من الطفل، وأقومهم بصفات الحضانة، فاذا اجتمع اثنان فأكثر، فان استوت الدرجة قدمت الانثى على الذكر، فتقدم الام على الاب والجددة على الجد والعمة على العم والأخت على الأخ، فان كان ذكرين او أنثيين قدم أحدهما بالقرعة عند استواء درجتها، وعند اختلاف الدرجة ان كان من جهة واحدة قدم الأقرب فتقدم الأخت على ابنتها وهكذا، ولا حضانة للأخ لأم بحال لأنه ليس من العصابات وكذلك الخال.<sup>2</sup>

ولكن كان من الأفضل لو ان المشروع ضبط ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في مادة قانونية واضحة على غرار بعض القوانين العربية كالقانون المصري في المادة 20 والقانون السوري في المادة 139.

كما ان المشرع ألزم القاضي في نفس المادة -المادة 64- عند الحكم بإسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة لكنه لم يبين لنا كيفية ممارسة هذا الحق ولا ضوابطه.

نحن نرى ان كل هذا يرجع لتقدير القاضي حسب معطيات كل ملف ولا بد ان يكون تحديد حق الزيارة تحديداً مرناً وفق لما تقتضيه حال المحضونين، ومن المفيد الإشارة هنا الى القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16/04/1990 والذي جاء فيه متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة، فانه من الواجب ان يكون ترتيب

<sup>1</sup> للاطلاع على ترتيب الحاضنين في المذاهب الأربعة ارجع الى كتاب أحكام و آثار الزوجية شرح مقارن لقانون الاحوال الشخصية للدكتور محمد سمارة - ص 385.

<sup>2</sup> الدكتور محمد سمارة: نفس المرجع - ص 389 .

هذا الحق ترتيباً مرناً وفقاً لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب ان يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لمراعاة حاجياتهم.

ومن ثم فإن القرار المطعون فيه يترتب على القاضي حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون<sup>3</sup>، كما انه على القاضي عند ترتيبه لحق الزيارة الا يضع شروط قد تتعارض مع الهدف من هذا الحق ومثال ذلك تحديد مكان ممارسة حق الزيارة بيت الزوجة المطلقة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قراراتها الصادرة بتاريخ 1998/12/15 .

بالرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية فالفقهاء لم يضع طريقاً لتنظيم حق الزيارة ولذلك يجب-دفعاً للضرر- ان يراعي القاضي عادات الناس وعرفهم في استعمال هذا الحق<sup>5</sup>، وان ينظر الى مصلحة صاحب الحق في الزيارة حتى يتمكن من مراقبة المحضون والاطمئنان على أحواله وإشباع غريزته العاطفية من التمتع برؤية ولده كما يجب عليه النظر الى مصلحة المحضون.

كما لا بد ان نشير الى ما ورد في المادة 65 من قانون الاسرة بخصوص المدة المحددة لممارسة الحضانة وسلطة القاضي في تمديدها الى 16 سنة بالنسبة للذكر اذا كانت الحاضنة هي الأم، ولم تتزوج.

والسؤال الذي يطرح نفسه هل يستطيع القاضي تمديد حضانة الذكر الى 16 سنة إذ لم تكن الحاضنة أمه وكانت مصلحته تقتضي ذلك؟

نحن نرى انه يمكن للقاضي ذلك وفقاً لما يتمتع به من سلطة تقديرية في هذا المجال لأن الأساس الذي تقوم عليه الحضانة هو مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى.

ومن خلال كل ما تقدم فالمتنوع في جل مواد قانون الاسرة المتعلقة بالحضانة، وكذا اغلب ان لم نقل كل قرارات المحكمة العليا المتعلقة بنفس المسألة، يجد عبارة مصلحة المحضون وارادة فيها الا انه لا يجد تعريفاً واضحاً لها.

ويمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة يصعب وضعها في إطار محدد، لكن بالرغم من ذلك فان لهذه القاعدة مميزات وخصائص يمكن إبرازها فيما يلي:

1- قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة ذاتية شخصية، بمعنى تتعلق بكل طفل على حدا وعلى هذا الأساس ينظر القاضي الى حالة كل طفل بمنظار يخصه ويحدد مصلحته، فما كان يصلح للطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة لمن بلغ سن السادسة او السابعة من عمره.



2- قاعدة مراعاة مصلحة المحضون قاعدة قابلة للتغيير فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في وقت آخر، وعلى هذا الأساس وضع المشرع حالات من خلالها يمكن إسقاط الحضانة على الحاضن مراعاة مصلحة المحضون.

وقاعدة مصلحة المحضون يحكمها عنصران أساسيان وهما :

تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية للمحضون، وتحقيق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل<sup>1</sup>.

فأساس الحضانة هو المصلحة المعنوية بالدرجة الأولى ولا يختلف اثنين على ان الطفل حتى ينمو نموا سليما سواء جسديا او نفسيا او عقليا لابد من ان نؤمن له الاستقرار النفسي ونلبي حاجاته الفطرية للعطف والحنان.

ومن هنا فالطفل الذي يغير مسكنه من مكان الى آخر، ويتغير حاضنه من حاضن الى آخر سيعيش اضطراب نفسيا حاد لا محال، والقاضي هنا عليه ان يكون محللا نفسيا قبل ان يكون قاضيا وعليه ان يضع أمام عينيه مصلحة الصغير عند الحكم بالحضانة وخاصة عند إسقاطها عن شخص ومنحها لشخص آخر.

فالمشرع الجزائري جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار وأعطى للقاضي كامل الصلاحيات للوصول الى ما هو أصلح للمحضون وخير دليل على ذلك الاجتهاد القضائي الصادر على المحكمة بتاريخ 1997/02/18 والذي جاء فيه من المستقر عليه قضاء ان الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون.

ولما كان ثابتا-في قضية الحال- ان الحضانة أسندت الى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فان قضاة الموضوع أعمالا لسלטهم التقديرية فقط طبقوا القانون، مما يستوجب رفض الطعن<sup>2</sup>.

وحتى يتمكن القاضي من تكوين قناعاته وتقدير مصلحة المحضون تقديرا سليما يمكنه اللجوء الى العديد من الوسائل قبل إصدار حكمه نذكر منها:

<sup>1</sup> الأستاذة حسين عزيزة - الحضانة في قانون الأسرة - قضاء الاحوال الشخصية و الفقه الاسلامي - مذكرة ماجستير - جامعة الجزائر - كلية الحقوق - 1992000 - ص 76 .

<sup>2</sup> المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1997/02/18 - ملف رقم 153640 المجلة القضائية لسنة 1997 - العدد الأول - ص 39 .

-التحقيق والمعاينة: للقاضي الاستماع الى أطراف النزاع وتحديد أيهم أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما له الاعتماد على الوثائق المقدمة من الأطراف وذلك باستناد على نص المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية، وهذا لجمع اكبر قدر من المعلومات التي تساعده للوصول الى قرار صائب.

-الاستعانة بالخبراء: ويمكن للقاضي اعتماد على نص المادة 47 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والتي تناولت موضوع الخبرة ومن قبل الخبراء الذي يمكن للقاضي الاعتماد عليهم المرشدة الاجتماعية، وذلك لتحديد مصلحة المحضون بل أن تعيين المرشدة الاجتماعية قد يكون إلزاميا في بعض الحالات وهذا جاء في اجتهاد المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/05/1999 الذي جاء فيه من المقرر قانونا انه في حكم بإسناد الحضانة او إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون.

ومتى تبين في قضية الحال-ان الزوجة أسندت لها حضانة أبنائها الأربعة بأحكام مع حكم على والدهم بتوفير السكن لممارسة الحضانة، وبعد ملاحظة المطعون ضده (الأب) في عدم توفير السكن، أصبح يدفع بكون الطاعة لم تسع في تنفيذ (ممارسة الحضانة) مدعيا انه يمارس الحضانة الفعلية.

فان القضاة بقضائهم بإسقاط الحضانة على الأم طبقا لأحكام المادة 68 من قانون الاسرة وعدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة لجنس الأولاد وأعمارهم، فأنهم بقضائهم كما فعلوا اخطئوا في تطبيق القانون وعرض قرارهم للقصور في التسبب، مما يتعين نقص القرار المطعون فيه<sup>1</sup>.

- الاستماع الى احد أفراد العائلة: يجوز للقاضي ان يطلب حضور أقارب الخصوم او أصهارهم، او زوج احد الخصوم إضافة الى الإخوة والأخوات وأبناء عموم الخصوم وغيرهم من الأقارب كل هذا من اجل جمع اكبر قدر من المعلومات لتحديد الأمثل لمصلحة المحضون وهذا عملا بأحكام المادة 64 من قانون الاجراءات المدنية.

ولابد ان نشير هنا انه من الافضل استبعاد شهادة الأطفال المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ماهو أصلح لهم اضفقا الى ان شهادتهم قد يدلون بها بنوع من الخوف او تحت تأثير الضغط، وهذا بدوره قد يؤثر على الاختيار الموفق.

كما ان الطفل عادة يختار من يساعده على اللعب وفي هذا الصدد صدر قرار على المحكمة العليا بتاريخ 21/10/1982 نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة والذي اعتمد على رفض

<sup>1</sup> المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 18/05/1999 - ملف رقم 222655 - الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية - عدد خاص سنة 2001 - ص 185 .

المحضونين الالتحاق بامهما وعلى رغبتهما في البقاء مع جدتهما لابيئهما,فاعتبرت المحكمة العليا هنا .  
لموقف مخالف لقواعد الشريعة والقانون الوضعي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1982/10/21 - ملف رقم 32594 -المجلة القضائية لسنة 1989 - العدد الأول - ص 77.



الخاتمة

## الخاتمة:

ختاما لما سبق تحليله و مناقشته وسرده وتعليه يمكن ان نخلص اليه في نهاية هذا الموضوع ان قانون الأسرة الجزائري له العديد من المميزات التي تميزه عن أغلب القوانين العربية والإسلامية المتعلقة بالأحوال الشخصية، فهذا القانون فتح مجالا واسعا امام القاضي لحل كل نزاع يطرح أمامه بما له من سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال فالحلول القضائية وان كانت تعبر عن إرادة المشرع او تهدف الى ذلك الا ان للطابع الشخصي وقدرات القاضي نصيب فيها، إضافة الى مرونة جل نصوصه وعدم اخذه بمذهب محدد من المذاهب الفقهية المختلفة وإنما استتبأ أحكامه من أغلب المذاهب وهذا ما يسميه فقهاء الشريعة الإسلامية بالاجتهاد الانتقائي، كما انه أحال القاضي في حالة عدم وجود النص القانوني الى الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها أيضا، وهذا وان كان نقطة ايجابية تسمح للقاضي بإيجاد الحلول المناسبة الا انه يجعل من مهمته صعبة ومعقدة للغاية .

فمهمة قاضي شؤون الأسرة الجزائري ليست بالمهمة البسيطة فإضافة الى وجوب تمكنه من القانون بكل فروعه فعليه التعمق في دراسة الشريعة الإسلامية بمختلف فروعها ومذاهبها كما عليه معرفة عادات وتقاليد وأعراف المنطقة التي يمارس بها مهامه إضافة الى وجوب تمكنه من الغوص في اغوار النفس البشرية لان مهمته متعلقة بأمر شديدة الصلة بالأمور النفسية فهو إضافة الى كونه قاضيا عليه ان يكون فقيها ومحللا نفسيا واجتماعيا واقتصاديا.

فنصوص قانون الأسرة الجزائري وان كانت مرنة في غالب الأحوال كما أشرنا الا انه يشوبها بعض الغموض والأمثلة التي تناولناها كثيرة في هذا المجال ومثال على ذلك نصوص التحكيم في الشقاق بين الزوجين والنشوز وترتيب اصحاب الحضانة.....

أما القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية في الدول العربية والتي تمكننا من الاطلاع عليها فانها جاءت وافية شاملة في غالب الأحوال و لم يتقيد جلها بمذهب معين من مذاهب الشريعة الإسلامية مثلها مثل المشرع الجزائري الا ان بعضها أحال القضاة في حالة غياب النص التشريعي الى مذهب محدد ومثال على ذلك القانون الأردني الذي أحال الى مذهب ابو حنيفة وذلك في المادة 183 منه.

وقد لاحظنا في الاونة الخيرة على مستوى مختلف المحاكم والمجالس القضائية في مختلف ربوع الوطن انتشارا رهيبا لقضايا الطلاق بمختلف أنواعه على جداول المحاكم ، كل هذا يحتم على

القضاة التشمير على سواعدهم لمحاولة إيجاد الحلول الملائمة لمعالجة هذا الخلل الذي يهدد كيان الأسرة الجزائرية .

وفي الختام هناك مجموعة من التوصيات نراها ضرورية:

1-إعادة نظر شاملة في أحكام قانون الاسرة الجزائري تجعلها اكثر وضوحا و شمولا ولعل الكثير من التوصيات التي جاءت في ملتقى قضايا المرأة و الاسرة بين المبادئ الإسلامية ومعالجات القانون الوضعي المنعقد سنة 1999 بمقر المجلس الإسلامي الأعلى كانت في محلها,والتي أخذ المشرع ببعضها في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الامر 02/05.

2-احالة قاضي شؤون الاسرة في حالة عدم وجود النص التشريعي الى مذهب محدد من مذاهب الشريعة الاسلامية لتسهيل المهمة على القاضي,وعدم تضارب واختلاف الاحكام القضائية.

3-اقامة دورات تكوينية خاصة بقضاة شؤون الاسرة في مجال الشريعة الاسلامية .

قائمة

المصادر والمراجع



## قائمة المصادر والمراجع

### المصادر:

- القرآن
- النصوص التشريعية و التنظيمية .
- الدستور - مرسوم رئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 07/12/1996 المتضمن دستور الجزائر ، الجريدة الرسمية ، عدد 37 لسنة 1998 .
- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري ، الجريدة الرسمية ، عدد 21 لسنة 2008 .
- قانون رقم 84 - 11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتم بالامر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيبرابر سنة 2005 و الموافق بقانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو 2005

### الكتب:

- الإمام محمد أبو زهرة-الأحوال الشخصية-دار الفكر العربي- مصر- الطبع الثالثة- أغسطس 1957.
- الإمام محمد أبو زهرة- محاضرات في عقد الزواج و آثاره- دار الفكر العربي- مصر-الطبعة الثانية- سنة 1971.
- الدكتور عبد العزيز عامر – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء "الزواج"- دار الفكر العربي- مصر- الطبعة الأولى سنة 1984.
- الأستاذ عبد العزيز سعد: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري-دار البحث- الجزائر- الطبعة الأولى- سنة 1986.
- الدكتور وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته- الجزء السابع-دار الفكر- طبعة خاصة- بالجزائر ,1992
- الأستاذ عبد العزيز سعد: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري: الطبعة الثالثة مدعمة بالإجتهادات القضائية- دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع- الجزائر- سنة 1996.
- الدكتور بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- الجزء الأول- الزواج و الطلاق – ديوان المطبوعات الجامعية-بن عكنون- طبعة سنة 1999.
- الدكتور السيد رمضان علي الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية-دار الجامعية- مصر- الطبعة الأولى سنة 2001.
- الدكتور محمد سمارة: أحكام و آثار الزوجية- شرح مقارنة لقانون الأحوال الشخصية- الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع- عمان-الأردن-طبعة 2002.
- الأستاذ عمر زودة- طبعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها-Encyclopédie Editions- الجزائر- طبعة 2003.
- المستشار أحمد نصر الجندي: النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي- دار الكتب القانونية- مصر- طبعة 2006.

- الأستاذ يوسف دلاندة: قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بالأمر 02/05 مدعم بأحداث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة و الموارد- دار هومة- الجزائر- طبعة 2007.

#### المقالات:

- الأستاذ محمد الشرفي: كيفية تقدير الضرر المعنوي- مجلة القضاء و التشريع- تونس- وزارة العدل- مارس 1976.
- الأستاذ محمد عطوي: تعدد الزوجات مجلة منبر الحقوقيين- العدد 12- الجزائر- سنة 1987.
- الأستاذ محمد أحمد القضاة: التحكيم في الشقاق بين الزوجين- مجلة دراسات، الجامعة الأردنية عمان- الأردن- المجلد 18(أ)- العدد الرابع-سنة 1991.
- عيسى حداد: الأهلية في قانون الأسرة الجزائرية مجلة العلوم القانونية جامعة عنابة- الجزائرية العدد 09 ديسمبر 1996.
- الدكتور تشوار جلال: سن الزواج بين الإذن و الجزاء في قانون الأسرة الجزائري- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية- الجزء 37- الجزائر- سنة 1999.
- الدكتور تشواري جلال: حماية الطفل عبر الإذن بالزواج- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية- الجزء 41- الجزائر- سنة 2000.
- الأستاذ قاد بن علي: تعدد الزوجات بين الإطلاق و التقييد- مجلة المعيار العدد 9- جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية- قسنطينة الجزائر- جويلية 2004.

#### الرسائل الجامعية:

- الأستاذ حسين عزيزة- الحضانة في قانون الأسرة- قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي- مذكرة ماجستير- جامعة الجزائر-كلية الحقوق-1999-2000.
- الدكتور أحمد عمراني- أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي و التلقيح الإصطناعي- رسالة ماجستير في القانون الخاص جامعة وهران 2000.
- الأستاذ يزيد عيسات-التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائرية- رسالة الماجستير- كلية الحقوق بن عكنون- الجزائر سنة 2002-2003

#### المجلات و المنشورات القضائية

- المجلة القضائية لسنة 1989:
  - العدد الأول.
  - العدد الثاني
  - العدد الثالث.
- المجلة القضائية لسنة 1990:
  - العدد الثالث.
  - العدد الرابع.
- المجلة القضائية لسنة 1991:
  - العدد الثالث.
  - العدد الرابع.

- المجلة القضائية لسنة 1992:
  - العدد الثاني.
  - العدد الرابع.
- المجلة القضائية لسنة 1993:
  - العدد الأول.
  - العدد الرابع.
- المجلة القضائية لسنة 1994:
  - العدد الثاني.

# فهرس الموضوعات

الصفحة	فهرس المحتويات
	البسمة
	الشكر و العرفان
	المقدمة
5	الفصل الأول: السلطة التقديرية للقاضي عند انحلال الرابطة الزوجية
6	المبحث الأول : دور القاضي و سلطته في الصلح و التحكيم و حالات الطلاق
6	المطلب الأول: دور القاضي في الصلح و التحكيم
7	الفرع الاول: اجراءات الصلح و جهد القاضي في فض النزاع
8	الفرع الثاني: اجراءات التحكيم ومدى مساهمة الحكمن والقاضي في فض النزاع بين الزوجين
10	المطلب الثاني : سلطة القاضي في تقدير حالات الطلاق
11	الفرع الاول: التطلق لعدم الانفاق
12	الفرع الثاني: التطلق للعيوب
15	الفرع الثالث: التطلق بسبب الهجر في المضجع فوق اربعة شهور
16	الفرع الرابع: التطلق بسبب حكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة
17	الفرع الخامس: التطلق بسبب غياب الزوج
18	الفرع السادس: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الاسرة
18	الفرع السابع: التطلق بسبب ارتكاب الفاحشة المبينة
19	الفرع الثامن: التطلق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين
20	الفرع التاسع: التطلق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج
21	الفرع العاشر: التطلق بسبب كل ضرر معتبر شرعا
22	المبحث الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق التعسفي و النشوز
22	المطلب الأول : تقدير سلطة القاضي للطلاق التعسفي
23	المطلب الثاني : تقدير سلطة القاضي للطلاق في النشوز
27	الفصل الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية
28	المبحث الأول : السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المالية عند انحلال الزواج
28	المطلب الأول : الآثار المالية الناتجة عن انحلال الزواج و تقدير القاضي لها

31	المطلب الثاني : مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت
35	المبحث الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في النسب و الحضانة
35	المطلب الأول : تقدير القاضي لثبوت النسب و نفيه
36	الفرع الأول: اسباب ثبوت النسب
38	الفرع الثاني: طرق اثبات النسب
40	المطلب الثاني : مجال تدخل القاضي في الحضانة
40	الفرع الأول: دور القاضي في اسناد الحضانة
43	الفرع الثاني:سلطات القاضي في اسقاط الحضانة
48	الفرع الثالث: مجال تدخل القاضي في ترتيب اصحاب الحق في الحضانة وتنظيم حق الزيارة
55	الخاتمة
58	قائمة المراجع
	الفهرس

## ملخص

بحثنا شرح ميسر لموضوع السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الطلاق وأثاره مستنديين في ذلك على النصوص القانونية الخاصة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري وعرض بعض الآراء الفقهية والقانونية بالإضافة إلى اجتهادات وأوامر قضائية وأحكام وقرارات الصادرة عن المحكمة العليا في هذا المجال, ومحاولة تسليط الضوء على مدى فعالية السلطة الممنوحة للقاضي من طرف المشرع الجزائري في مثل هذه القضايا من جهة ومدى ضبط قانون الأسرة لشروط ذلك وحالاته ومعالجة الآثار الناتجة عن الحكم به من جهة أخرى متمنين أن يستفيد منه الطلبة المتخصصين وغير المتخصصين وهذا للطبيعة التي يتميز بها هذا القانون عن غيره من القوانين الأخرى نظرا للمكانة التي تمثلها الأسرة في المجتمع والدور الذي يلعبه القاضي في هذا المجال.