

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي أحمد صالح النعام

معهد الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

تخصص: قانون الأسرة

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله

تحت إشراف الدكتور:

عماري نورالدين

من إعداد الطالبة:

كبير ياقوت

السنة الجامعية 2021/2022

شكر وعرّفان

أقدم بجزيل الشكر وخالص العرفان إلى الأستاذ

الدكتور "عماري نورالدين" الذي رافقني في خوض هذه المغامرة العلمية من خلال المرافقة والتوجيهات في إتمام كتابة هذه المذكرة عبر كامل مراحلها من خلال بنصائحه وتواضعه، داعيتا من الله عز وجل بأن يحفظه ويوفقه في كل ما يقوم به في سبيل رقي العلم والمعرفة.

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي وهذا العمل المتواضع إلى من قال فيها عز وجل

"وبالوالدين إحسانا".

إلى فرحت بوجودي، إلى التي لم تغلق أبواب حنانها في وجهي يوما.

إلى من علمتني الصبر ورأيها صابرة، إلى أمي الغالية أطال الله في عمرها.

إلى من غرسني بذرة وسقاني عناية وانتظرتني زهرة.

إلى من كان له الفضل في تربيتي وتعليمي.

إلى أبي الفاضل، أطال الله في عمره، إلى كل إخوتي وأخواتي.

إلى أبنائي رياض وزينب حفظهما الله ورعاهم.

إلى زوجي العزيز الذي كان له الفضل في تحفيزي لإتمام هذا العمل.

حفظه الله وأطال في عمره.

01.....	مقدمة:
03.....	لفصل الأول: السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية وانحلالها
03.....	لمبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية
03.....	لمطلب الأول: مجال تدخل القاضي في الخطبة
05.....	لمطلب الثاني: حديد سن الزواج وسلطة القاضي في الإعفاء منه
06.....	لمطلب الثالث: تعدد الزوجات وسلطة القاضي في الترخيص به
09.....	لمبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في انحلال الرابطة الزوجية
09.....	لمطلب الأول: دور القاضي في الصلح والتحكيم
12.....	لمطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق
18.....	لمطلب الثالث: تقدير القاضي للطلاق التعسفي والنشوز
24.....	لفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة على نشوء الرابطة الزوجية وانحلالها
24.....	لمبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة على نشوء الرابطة الزوجية وانحلالها
24.....	لمبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المالية للزواج وانحلاله
24.....	لمطلب الأول: الآثار المالية الناتجة عن الزواج وتقدير القاضي لها
28.....	لمطلب الثاني: الآثار المالية الناتجة عن انحلال الزواج وتقدير القاضي لها
32.....	لمطلب الثالث: مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت
35.....	لمبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في النسب والحضانة
35.....	لمطلب الأول: تقدير القاضي في ثبوت النسب ونفيه
39.....	لمطلب الثاني: مجال تدخل القاضي في الحضانة
49.....	الخاتمة

مقدمة:

تعد الأسرة الخلية الأساسية لتكوين المجتمع وهذا ما يفسر الاهتمام الكبير الذي تحضاه به الأسرة على كافة المستويات خاصة من جانب توفير الضمانات لحمايتها، ومن ثم حماية الأفراد المكونين لها وبالتالي حماية المجتمع، إلا أن هذه الخلية بات يتخللها خطر تفككها، حيث أصبحت ظاهرة تنخر المجتمع بصفة عامة والمجتمعات العربية الإسلامية بصفة خاصة.

وتعد المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق وما يترتب عنها من آثار بالغة الأهمية عند تقنين الأحكام المتعلقة بهما، والرابطة الزوجية بوصفها الأساس الذي يبدأ منه تكوين الأسرة، والتي تعد اللبنة الأساسية التي يقوم عليها بناء المجتمع، ولما كانت بعض المتعلقة بهذه المسائل بطبيعتها لا تقبل الحسم التشريعي كونها عرضة للتغير تبعا لاختلاف الأشخاص والزمان والأعراف، فضلا عن عدم استيعاب النص القانوني لجميع ما يتعلق بأحكام هذه المسائل، وما يطرأ عليها من مستجدات فقهية وتشريعية، كان من الضروري أن يعطى للقاضي دور ايجابي لحسم المنازعات المتعلقة بهذه المسائل، وهذا عن طريق الاجتهاد والتقدير الموضوعي لإسقاط الحكم القانوني والشرعي المناسب لها.

فدور قاضي شؤون الأسرة يختلف نوعا ما عن الدور الذي يقوم به باقي القضاة في مختلف الأقسام والغرف الأخرى، 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.

وعلى الرغم من أن سلطة القاضي في مسائل الأحوال الشخصية أصبحت من المسائل المفروضة في مجال العمل القضائي على اعتبار أن خصوصية شؤون الأسرة هي من تفرض ذلك، إلا أن هناك من الاتجاهات من يدعو للحد من استعمال قاضي الموضوع لسلطته التقديرية لأن سلطته التقديرية أثناء مباشرته لولاية القضاء ليست بسلطة تقديرية، وإنما هي سلطة مقيدة بهدف العمل القضائي، كما أن الإفراط في استعمال سلطته التقديرية سيؤدي إلى تضارب في الكثير من الأحكام والقرارات، مما يؤدي بالنتيجة إلى عدم استقرار العمل القضائي، ولكن بالرجوع إلى الجانب العملي والممارسة الدورية لقاضي شؤون الأسرة والتي تخوله في كثير من الأحيان أن يكون الأقدر من غيره بحكم خبرته وطريقة إقناعه في قض النزاع بين الزوجين بما يراه مناسباً وبالطريقة التي تتماشى وطبيعة النزاع المعروض عليه. للقاضي دور كبيرا في المحافظة على الأسرة والنظام

الاجتماعي بوجه خاص، لاسيما وأن الأسرة هي اللبنة الأولى في تكوين المجتمع، فالأسرة الصالحة تعني المجتمع الصالح، وبذلك فإن أي مطالبة بأي أمن سياسي أو اقتصادي لا يمكن أن يكون إلا بموازاة تحقيق الأمن الاجتماعي.

وأمام هذه المعطيات يمكننا طرح الإشكال على النحو التالي:
كيف يمارس قاضي شؤون الأسرة سلطته التقديرية لحل النزاعات المطروحة أمامه في مسائل الزواج و انحلاله ؟ وما هي السبل التي يعتمد عليها في ذلك ؟.

وللإمام بجميع جوانب هذا الموضوع قسمناه إلى فصلين رئيسيين حيث خصصنا الفصل الأول للحديث عن السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية وانحلالها من خلال تقسيمه إلى مبحثين، والمبحث الأول تطرقنا فيه إلى السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية وهذا من خلال تبيان مجال تدخل القاضي في الخطبة وتحديد سن الزواج وسلطة القاضي في الإعفاء منه وتعدد الزوجات وسلطة القاضي في الترخيص به، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه السلطة التقديرية للقاضي عند انحلال الرابطة الزوجية من ناحية دور القاضي في الصلح والتحكيم وسلطته في تقدير حالات التطليق وتقدير القاضي للطلاق التعسفي والنشوز.

أما الفصل الثاني خصصناه للحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة على نشوء الرابطة الزوجية وانحلالها، وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، بحيث تطرقنا في المبحث الأول إلى السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المالية للزواج وانحلاله من خلال الآثار المالية الناتجة عن الزواج وتقدير القاضي لها والآثار المالية الناتجة عن انحلال الزواج وتقدير القاضي لها ومجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت، أما المبحث الثاني فخصصناه للحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في النسب والحضانة وهذا من خلال تقديره لثبوت النسب ونفيه ومجال تدخله في الحضانة.

الفصل الأول: السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية وانحلالها.

نظم المشرع الجزائري كل المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق في قانون الأسرة رقم 84/11 الصادر بتاريخ 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 باعتبار أن هذا القانون استمد مجمل أحكامه من الشريعة الإسلامية متماشيا مع مستجدات وتطور المجتمع الجزائري وهذا ما يفسر بان اغلب النصوص التي جاء بها اتسمت بطابع المرونة بحيث أعطت للقاضي السلطة التقديرية في حال موجهته لظروف يستحيل فيها تطبيق نصوص هذا القانون متماشيا في ذلك مع أحوال المجتمع وضرورة مصالحه ولتوضيح دور القاضي في هذا المجال جعلني أقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، تطرقت للمبحث الأول إلى السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية والمبحث الثاني تناولت فيه السلطة التقديرية للقاضي عند انحلال الرابطة الزوجية..

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية.

لقد حاول المشرع الجزائري وضع تعريف لعقد الزواج في المادة الرابعة المعدلة من قانون الأسرة الجزائري بأن "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

المطلب الأول: مجال تدخل القاضي في الخطبة.

تعرف الخطبة اصطلاحا: بأنها طلب رجل الزواج من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية وذلك بأن يتقدم إليها أو إلى أهلها لطلب الزواج منها¹، وقد اعتاد الناس منذ القدم في أعرافهم على سلوك طريق الخطبة كإجراء تمهيدي يسبق عقد الزواج، وعالج المشرع الجزائري موضوع الخطبة في المادتين الخامسة والسادسة من قانون الأسرة وعرفها من خلال المادة الخامسة في الفقرة الأولى بأنها "الخطبة وعد بالزواج".

*- تعويض الضرر المترتب على العدول عن الخطبة:

يحق لكل طرف أن يعدل عن الخطبة، إذا وقع العدول زالت الخطبة²، ولا شك في أن العدول عن الخطبة قد يسبب أضرارا مادية ومعنوية للطرف المعدول عنه، أحيانا تستمر الخطبة لوقت طويل مما يؤدي

1 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999، ص 44.

2 عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 67.

إلى تقدم الخطوبة في السن فيسبب لها ذلك ضررا يتمثل في تفويت الفرصة للزواج من الخاطب المناسب، أو قد تكون موظفة أو تتابع دراستها فتتقدم استقالتها أو تتوقف عن الدراسة استعدادا للزواج ثم بعد ذلك يعدل الخاطب عن الخطبة، والأمثلة على ذلك كثيرة.

في حين أن العدول عن الخطبة يسبب كذلك أضرار معنوية مما قد يؤدي سمعة المعدول عنه ويعرضه لكثير من الشائعات ويفتح باب التأويلات والظنون السيئة فيه¹، وبالرجوع إلى نص المادة الخامسة من قانون الأسرة في فقرتها الثانية نجد أنها نصت على أنه "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

وفي هذه الفقرة نلاحظ أن المشرع لم يبين بدقة سبب حدوث الضرر الموجب للتعويض هل هو الضرر الناجم عن مجرد العدول أم هو الضرر الناجم عن تغيير أحد الطرفين؟، وهنا تظهر السلطة التقديرية للقاضي في إيجاد الحل المناسب، وقد انتهى القضاء في مصر إلى ثلاث مبادئ متعلقة بالتعويض على العدول عن الخطبة سردها الدكتور عبد الرزاق السنهوري وهي:

01/- أن الخطبة ليست بعقد ملزم.

02/- أن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض.

03/- أنه إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض².

وأساس الحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة هو التعسف في استعمال الحق وهذا ما أخذ به المالكية والحنابلة³، ويبدو أن الاجتهاد القضائي في الجزائر متفق مع ما استقر عليه القضاء في مصر وهذا ما جاء به القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 89/12/25 أنه إذا ترتب على العدول عن الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون⁴.

فالضرر المادي هو الذي يصيب الطرف المتضرر في حق ثابت أو مصلحة مالية، لذا لا يجد القاضي صعوبة في تقدير الضرر والتعويض عنه، أما الضرر المعنوي يصيب مصلحة غير مالية كالتشهير وتشويه السمعة هذا ما يجعل القاضي يجد صعوبة في تقديره والتعويض عليه، وفي ذلك يرى جمهور الفقهاء أن المعيار المعول عليه في هذا المجال هو المعيار الموضوعي أي أن الإضرار بالطرف المعدول عنه يستوجب عليه

1 سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة، دورية المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر العدد 09، 2004، ص 01.

2 محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 75.

3 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، طبعة خاصة، الجزائر، 1992، ص 27.

4 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 89/12/25 رقم 56097، المجلة القضائية، 1992، العدد 04، ص 102.

التعويض، لذا على القاضي أن يراعي في تقديره للتعويض، للشخص المضرور فالمعيار المعتمد هنا هو المعيار الشخصي.

المطلب الثاني: تحديد سن الزواج وسلطة القاضي في الإعفاء منه.

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية بصفة عامة في القانون المدني أما أهلية الزواج فقد نظمها في نص المادة 07 من قانون الأسرة والتي جاء نصها كما يلي " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام تسعة عشر سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات " فهذا النص وضع شرطا جوهريا ممتثلا في التأكد من قدرة الطرفين على الزواج وأعبائه إضافة إلى ترشيد القاصر فيما يخص الحقوق والتزامات التي يرتبها عقد الزواج، حيث لا يخضع لأية وصاية في شؤون أحواله الشخصية.

وأهلية الزواج من المسائل التي تتعلق بالنظام العام وتحدد فكرة النظام العام من قبل المشرع بناء على معتقدات المجتمع وعاداته وتقاليده لذلك منع المشرع الجزائري زواج الصغار ومنح للقاضي سلطة تمكنه من تحديد سن الزواج في حالة وجود مصلحة أو ضرورة تقتضي ذلك لذلك جعل المشرع الجزائري القاضي رقيقا على تزويج الأشخاص الذين لم يبلغوا السن القانونية وجعل منه وليا غير مباشر لهم إن صح القول وأمينا على مصالحهم ومقدارا عادلا لظروفهم الخاصة ولما يواجههم من ضرورات ومصالح خاصة بهم¹.

وما يؤخذ على نص المادة 07 من قانون الأسرة المذكور أعلاه أنها لم تحدد صراحة القاضي المختص بمنح الترخيص، وبالرجوع إلى ما هو معمول به على مستوى المحاكم وجدنا هذا الاختصاص موكل لقاضي شؤون الأسرة ضمن ما يعرف بالسلطة الولائية، وفي هذا الصدد يقول الدكتور تشوار جيلالي في محاضراته التي ألقاها بمناسبة ملتقى حماية الطفولة " إن المنطق والمصلحة الفعلية للطفل يقضيان بأن يوكل الأمر لقاضي الأحوال الشخصية لدرايته وخبرته في هذا المجال، إذ أنه يحتك يوميا بالمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص، خاصة مسألتي الزواج والطلاق "

أما النقطة الثانية التي يمكن ملاحظتها على نص المادة السابعة من قانون الأسرة المذكور أعلاه هو أن المشرع لم يحدد السن الأدنى في حالة الترخيص بزواج القاصر، وترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة قد تؤدي إلى

حالة زواج الصغار لأن المادة 222 من قانون الأسرة تحيل القاضي عند انتفاء النص التشريعي إلى أحكام الشريعة الإسلامية،

1 عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 97.

وفي رأينا فمصلحة الأطراف والمجتمع تقتضي بعدم تحويل القاصر حق الزواج إلا عند بلوغه سن معينة تتأكد من خلالها على القدرة الجسمية على تحمل التبعات التي يفرضها عليه الزواج وكذا التمتع بقدر كاف من التمييز حتى يتمكن من إدراك نتائج وعواقب ما هو مقبل عليه.

وفي الأخير يجب الإشارة أن المشرع الجزائري أحسن ما فعل في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05/02 المؤرخ في 2005/05/27، فالمادة السابعة من قانون الأسرة أضافت شرطا جوهريا كان حلقة مفقودة في قانون الأسرة 11 - 84 والمتمثل في قدرة الطرفين على الزواج وذلك بتعليق الترخيص بزواج القصر على شهادة طبية ليتأكد القاضي من قدرة الطرفين على الزواج، وبهذا الشرط أصبح من الواجب على القاضي اللجوء إلى أهل الخبرة لمعرفة ما إذا كان القاصر المقبل على الزواج أهلا لذلك أم لا، وأن لا يكتفي عند منحه للترخيص بسلطته التقديرية.

المطلب الثالث: تعدد الزوجات وسلطة القاضي في الترخيص به.

لقد جاء الإسلام حكما للحفاظ على الأسرة والمجتمع فقصر التعدد على أربع زوجات مع اشتراطه العدل بينهن والقدرة على الإنفاق عليهن، وبهذا جاءت معظم مدونات الأحوال الشخصية في البلاد العربية والإسلامية والتي ترجع في أصلها إلى الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبها¹، بما فيها قانون الأسرة الجزائري الذي وضع تدابير لا تعتدي على النظام الذي أقرته الشريعة الإسلامية، وهذا ما جاء به القرآن الكريم في سورة النساء الآية 03 حيث قال الله تعالى "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم"

وقد جاء التعديل الأخير لهذا القانون بموجب الأمر 02 / 05 المؤرخ في 2005/02/27 في المادة الثامنة لتحديد إباحة تعدد الزوجات في إطار خاص وبشروط خاصة وأعطت هذه المادة للقاضي المختص سلطة تقديرية واسعة في منح الترخيص للزوج الذي يرغب في التعدد وذلك بغية عدم تعسف بعض الأزواج وتهورهم.

ونصت المادة الثامنة من قانون الأسرة على أنه يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، كما يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة اللاحقة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان الزوجية، ويمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بزواج جديد إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية²، وباستقراء نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع

1 صالح بوبشيش، أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري، دراسة تحليلية في ضوء الشريعة الإسلامية وواقع التطبيق في المجتمع الجزائري، مجلة المعيار

العدد 09، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر، 2004، ص 109.

2 المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ص 28.

الجزائري لم يطلق حكم التعدد كما أشرنا، وإنما قيده بشروط تضمن سلامة تطبيق هذا الحكم من خلال تحقيق مقاصده وتفادي المفسد والأضرار التي يربتها في حالة عدم مراعاة الزوج لها، وهذه القيود هي:

- وجود المبرر الشرعي.

- توافر شروط ونية العدل.

- إعلام الزوجة السابقة والمرأة اللاحقة.

- تقديم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

وقد وضع المشرع الجزائري جزاء لمخالفة هذه الشروط والإجراءات، فإذا تخلف شرط العدل بين الزوجات من حيث ممارسته، فقد أجاز القانون للزوجة طلب التطليق في المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها السادسة والعاشرة حيث جاء فيها أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 أعلاه وكذا لكل ضرر معتبر شرعا، كما فتحت المادة 08 مكرر من نفس القانون الباب واسعا أمام المتضرر الزوجة من عدم مراعاة، وهذه الشروط لرفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق وذلك في حالة التدليس، كما أن المادة 08 مكرر¹ حددت جزاء الزواج الذي يتم دون استصدار ترخيص من القاضي المختص وهو الفسخ قبل الدخول.

وبالرجوع إلى شروط تعدد الزوجات المنصوص عليها في المادة 08 من قانون الأسرة نلاحظ أن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطات واسعة في تقدير توافر هذه الشروط وجعله رقيباً وأميناً على عقود الزواج التي تبرم أمامه، وهذا ما سنحاول توضيحه في ثلاثة فروع.

أولاً: دور القاضي في تقدير المبرر الشرعي.

ثانياً: كيفية تقدير القاضي توفير الزوج للعدل بين الزوجات والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

ثالثاً: سلطة القاضي في تقدير رأي الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها فيما يخص مسألة التعدد.

*- القاضي ودوره في تقدير المبرر الشرعي.

إن مسألة تقدير المبرر الشرعي ليست بالأمر السهل لذا وجب على القاضي أن يكون حكيماً واسع الأفق لمعرفة الدوافع التي أدت بالزوج إلى الزواج من امرأة ثانية فقد يكون سببها نزاع عابر بينه وبين زوجته الأولى وهنا يحاول بحكمته إصلاح ذات البين وتلطيف الأجواء بين الزوجين بدلا من منح ترخيص بالزواج على أساس دوافع واهية لأن هذا الزواج الأخير والذي لم يكن مبني على أسس جدية سيؤدي لا محال إلى العديد من المشاكل، أما إذا تأكد القاضي من جدية دوافع الزوج كمرض زوجته الأولى أو عقمها أو عدم قدرتها

1 صالح بوبشيش، المرجع السابق ص 135.

على إعطاء الزوج حقوقه الشرعية فمن الأفضل أن يمنح له الترخيص بالزواج من امرأة ثانية بدلا من أن يدفعه إلى تطليق زوجته الأولى خصوصا إذا تأكد من موافقة هذه الأخيرة.

*- كيفية تقدير القاضي توفير الزوج للعدل بين الزوجات والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

يعد شرط تحقيق العدل المذكور في المادة 08 أمر مستقبلي وهذا ما يصعب مهمة القاضي، إن لم يجعلها مستحيلة للتأكد من توفر هذا الشرط، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ محمد عطوي أنه من الأفضل تقدير مدى توفر شروط العدل لمراقبة القضاء بعد إتمام الزواج الثاني حتى لا يكتفي القاضي بأمر غيبية بل يكلف بأمر محققة

أي عدم تدخل القاضي لتقدير مدى توفر شرط العدل، إلا بعد إنشاء عقد الزواج، حتى وإن كان هذا الشرط نفسيا لا يمكن للقاضي الإطلاع عليه إلا أن هذا لا يمنع من تدخله قبل منحه للترخيص وذلك بتنبيه الزوج على ضرورة الالتزام بالعدل بين زوجاته والعواقب الناتجة من جراء عدم العدل بينهن خاصة ما يتعلق بإمكانية طلب الزوجة للتطليق، وكذا التعويضات عن كل الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق بها، إضافة إلى تذكيره بالأحكام الشرعية المتعلقة بالعدل بين الزوجات كحديث الرسول صلى الله عليه وسلم الذي قال فيه "من كانت له امرأتان يميل لإحدهما على الأخرى جاء يوم القيامة يمر أحد شقيه ساقطا أو مائلا"¹.

أما الشرط الثاني المتعلق بإثبات الزوج لقدرته على توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية، أي رقابة القاضي على القدرة المالية للزوج، فيمكن التأكد منه بسهولة كالإطلاع على دخل الزوج من خلال شهادة كشف الراتب إن كان موظف أو من خلال رقم أعماله التجاري إن كان تاجرا وحتى من خلال شهادة الشهود إلى غير ذلك من وسائل الإثبات وهنا يتأكد القاضي أن للزوج دخل يكفي لإعالة زوجتين أو أكثر حسب الحالة مع الإنفاق على أولاده كما يمكن له أن يثبت من حالة الزوج الصحية و أنه قادر على الزواج بزوجة أخرى، و أن احتمال الأضرار منتف في الحال والمآل، فإن أثبت الزوج كل هذا رخص له القاضي بالزواج وإن لم يثبت فإن في الترخيص مظنة حصول المفسدة وهو أمر غير جائز و يتنافى مع مشروعية التعدد.

*- سلطة القاضي في تقدير رأي الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها فيما يخص مسألة التعدد.

في هذا الشأن لابد على القاضي التأكد من إعلام الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها وأن يسعى جاهدا لحضور كل منهما أمامه²، وبالرجوع دائما لنص المادة 08 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه نجد أنها اشترطت لمنح الترخيص موافقة الزوجة السابقة، والمرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ماذا لو تعسفت الزوجة في استعمال حقها وأبدت رفضها بدون مبرر

1 وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 101.

2 المنشور الوزاري الصادر عن وزير العدل، بتاريخ 84/12/23.

شرعي سوى الإضرار بالزوج والغيرة العمياء، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته المالية وكل الشروط الضرورية واللازمة للتعدد، فهل يمتنع رئيس المحكمة عن منحه الترخيص بالزواج أم لا؟.

من خلال الواقع الميداني عبر المحاكم يلاحظ أن أغلب القضاة يمنحون الترخيص بالزواج في هذه الحالة وحسنا ما فعلوا لأن القاضي يجب أن يكون دقيقا وصائب التقدير إذا رفضت إحداها الزواج عليها خصوصا الزوجة الأولى ومدى مطابقة رفضها لأحكام العدل، والمصلحة العامة للمجتمع، فعلى القاضي أن يوازن بين قيمة المبرر الشرعي والقدرة على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية وبين موافقة الزوجة السابقة، حتى يكون قراره عادلا ومحققا للغاية التي أباح القانون والشرع لأجلها تعدد الزوجات.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في انحلال الرابطة الزوجية.

لقد حدد المشرع الجزائري أسباب انحلال الرابطة الزوجية ضمن الباب الثاني من الكتاب الأول تحت عنوان " انحلال الزواج " فللمادة 47 من قانون الأسرة نصت على أنه " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة "، وحصرت اهتمامه في توضيح انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق باعتبار أن الوفاة لا تثير أي لبس من حيث مفهومها، كذلك لا ينبغي شرعا اللجوء إلى الطلاق إلا عندما تكون الحياة الزوجية غير مستقرة، فالطلاق هو هدم لكيان الأسرة الذي يبينه الزواج فهو ضرر لكنه ضروري لدفع ضرر أعظم منه، وسمح قانون الأسرة الجزائري للزوج أن يضع حدا للعلاقة الزوجية بإرادته المنفردة بواسطة الطلاق كما سمح للزوجة كذلك أن تنهي هذه العلاقة عن طريق الخلع أو التطليق وجعل القاضي حارسا ورقيبا أميناً على ذلك حتى لا يتعسف كل ذي حق في استعمال حقه كما منح له سلطة تقديرية واسعة لمحاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين قبل انحلال الرابطة الزوجية وفي تقديره لحالات التطليق إضافة إلى تقدير تعسف الزوج في الطلاق وكذا تقديره للنشوز وعليه سنحاول معالجة ذلك كالتالي:

المطلب الأول: دور القاضي في الصلح والتحكيم.

تعد إجراءات الصلح والتحكيم في فك الرابطة الزوجية من الإجراءات الهامة والأولية التي أوجب قانون الأسرة على القاضي القيام بها قبل الشروع في بحث موضوع النزاع وإصدار حكم بشأنه وجعلها إجبارية¹.

*- إجراءات وجهد القاضي في فض النزاع بين الزوجين.

نص المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة بأنه "لا ثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، ويتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، كما تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

1 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 356.

يفهم من هذا النص أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم من القضاء وأن محاولات الصلح إجراء إجباري يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق، وعليه فإنه يجب على القاضي المختص بنظر موضوع الدعوى أن يستدعي الزوجين معا إلى مكتبه بواسطة المحضر القضائي أو بأي طريقة يراها مناسبة و ذلك بمجرد تسجيل الدعوى وطرحها عليه، وأن يعين لهما جلسة خاصة في تاريخ محدد، يسمع فيها مزاعم كل واحد من الزوجين ثم يحاول أن يصلح بينهما بإظهاره لمساوى النزاع ومضار الفرقة وبيان محاسن الألفة والانسجام، والتسامح المتبادل من أجل ضمان حياة زوجية هادئة لصالحهما وصالح أطفالهما، ولصالح استمرار علاقة القرابة والمصاهرة بين عائلتي الزوجين¹.

فإذا فشل القاضي في التوفيق بينهما فعليه أن يحاول مرة ثانية إذا تبين له جدوى محاولة الصلح فإذا فشل مرة ثانية ورأى أن هناك إمكانية للوصول إلى إصلاح ذات البين فله الحق في إجراء محاولة صلح ثالثة ورابعة لأن القانون أعطاه الحق في إجراء عدة محاولات للصلح قبل الطلاق على أن لا تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، وهنا تتجلى سلطة القاضي التقديرية، وسواء أنجح القاضي أو فشل في محاولات الصلح فإنه يحرم محضرا بما توصل إليه من نتائج ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، وهذا حسب نص المادة 49 في فقرتها الثانية المذكورة أعلاه، وأن يحيل الطرفين إلى حضور جلسة علنية تنعقد ضمن الجلسات المقرر للمحكمة وعندئذ يقع النقاش في الموضوع ثم يصدر القاضي حكمه، وما قيل عن الزوجة يقال عن الزوج في حالة طلب التطليق من الزوجة لأن محاولات الصلح تعد أحد العناصر الجوهرية لصحة العمل القضائي.

كما يجب على القاضي أن يتثبت من هوية الزوجين في هذا الطور الصلحي، لأن هناك نسوة تعرضن لعمليات تغيير فاحش نجمت عنها مضار جسام قد يعسر إصلاحهما فالذي يحصل في هذا الصدد أن من الأزواج من تقدم بطلب الحكم بالطلاق وأحضر جلسة محاولة الصلح امرأة غير زوجته المعنية بالأمر وتأتي له بهذه الوسيلة الحصول على الاتفاق على الطلاق والتنازل عن الحقوق التي كفلها القانون للزوجة².

كما أن هناك العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا أكدت أنه لا بد من مراعاة إجراءات الصلح قبل إصدار الحكم بالطلاق، والتي نذكر منها، القرار الصادر بتاريخ 18/06/91 1991 الذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون³.

وخلاصة القول أن إجراء محاولة الصلح إجباري خاصة بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة، لأن المشرع أوجب على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح وإذا دخل القاضي مباشرة إلى مناقشة الموضوع دون المرور بمرحلة الصلح ثم حكم بالطلاق فإنه يكون بذلك قد أعاب حكمه بعبء مخالفة

1 عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 300.

2 عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثار الطعن فيها، ط 03، 2003، ص 109.

3 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 18/06/91، رقم 75141، المجلة القضائية العدد 01، 1993، ص 65.

القانون، 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 وعلى القاضي أن يحدد تاريخ الجلسة التي يعلن فيها عن الطلاق إذ لم يتراجع طالبه عن ذلك، وقد جاء في قرار المحكمة العليا أن "عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزم بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما لان المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مدة إجراء الصلح بثلاثة أشهر"¹، من خلال كل ما تقدم يمكننا القول أن سلطة القاضي التقديرية في مرحلة الصلح واسعة جدا فعليه أن يبذل قصارى جهده لتقريب وجهات النظر بين الزوجين ومحاولة وضع حد للتنازع الحاصل بينهما.

*- إجراءات التحكيم ومدى مساهمة الحكيم و القاضي في فض النزاع بين الزوجين.

نصت المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري "إن أشد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما". ولهذا يعين القاضي الحكيمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكيمين أن يقدموا تقرير عن مهمتهما في أجل شهرين².

ومن استقراء نص هذه المادة يتضح أن المشرع لم يوضح بشكل دقيق كيفية تعيين الحكيمين وما إذا كانت إجراءات التحكيم يجب القيام بها بعد فشل محاولة الصلح أو أثنائها إلى غير ذلك من الإشكاليات. والثابت في نص هذه المادة أن التحكيم وجوبي والزامي في دعاوى الطلاق، والرجوع إلى بيت الزوجية وذلك في كل حالة يشتد فيها الخصام ويبلغ النزاع بين الزوجين ذروته وعليه فإذا توفر شرط اشتداد الخصام وشرط عدم ثبوت الضرر فإنه يجب على القاضي قبل الشروع في دراسة موضوع النزاع ومباشرة الفصل فيه أن يعمل على إصلاح ذات البين بطريق التحكيم³.

بالنسبة لتعيين الحكيمين وصفاتهما، فالقاضي يعينهما سواء من تلقاء نفسه تطبيقا للقانون أو بناء على طلب واختيار الزوجين ويجب عليه أن يراعي رتبهم من الزوجين إضافة إلى تأثيرهم على الزوجين وقدرة كل منهما على حل النزاع هنا تتجسد السلطة التقديرية للقاضي في اختيار الحكيمين العدلين الذين يمكن لهما حل النزاع المطروح.

فما يخص مهمة الحكيمين فإنها محددة من القاضي وتنحصر في دراسة أسباب النزاع القائم بين الزوجين وظروفه وملابساته وتحديد مسؤولية كل واحد منهما في النزاع إضافة إلى محاولة إزالة الخلاف والتوفيق بينهما وتقريب وجهات النظر بكل الوسائل والطرق الممكنة شرعا، وسماع أقوال الزوجين، وتوضيحات من كان يشاركها مسكن الزوجية كالأولاد والأقارب إن وجدوا، وسواء توصل الحكمان إلى إيجاد حل للنزاع أم لا

1 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 97/10/23، رقم 174132، العدد 55، ص 197.

2 المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

3 محمد أحمد القضاة، التحكيم في الشقاق بين الزوجين، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية عمان، الأردن، المجلد 18، العدد 04، 1991، ص 08.

فعليةما أن يقدم تقريراً إلى القاضي الذي عينها في أجل شهرين من تاريخ تعيينها يشتمل على النتائج التي توصلنا إليها وعلى اقتراحاتها لحسم الخلاف¹.

لكن من الناحية العملية نلاحظ أن القضاة لا يقومون بتعيين الحكيم ويكتفون بجلسات الصلح فقط، ومرّد ذلك إلى الغموض الكبير الموجود بالمادة 56 من قانون الأسرة الذي حاولنا إزالته قدر الإمكان بإبراز الشروط الواجب توافرها في الحكيم والمهمة المسندة إليها إضافة إلى حجية التقرير المعد من قبلها و الوقت المناسب للقيام بالتحكيم، ورغم ذلك يبقى الغموض يكتنف نص هذه المادة خاصة في طريقة تعيين الحكيم، وكيفية استدعائها، وكذا الحل في حالة رفض أحد الزوجين أو كلاهما للتحكيم كل هذا يدفعنا إلى القول بوجود تدخل المشرع لإزالة الغموض وإعادة الحياة لهذه المادة.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق.

لقد أعطى القانون والشرع للرجل حق إنهاء العلاقة الزوجية بإرادته المنفردة دون أن يكون مجبراً على تبيان أسباب إقدامه على ذلك كما بينا ذلك عند تطرقنا لموضوع الطلاق التعسفي، وفي نفس الوقت لم يحرم القانون والشرع المرأة من حقها في إنهاء هذه العلاقة، وذلك كي ترفع عنها ظلم الرجل إذا ما وقع عليها، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة إنهاء العلاقة الزوجية مع زوجها وذلك إذا أثبتت سبباً من الأسباب الموجبة للتطليق، وقد عدّ المشرع الجزائري الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق في المادة 53 من قانون وسنحاول تبيان دور القاضي في التأكد من توافر هذه الأسباب موضحين مجال سلطته التقديرية في ذلك.

*- التطليق لعدم الإنفاق.

لقد نص المشرع الجزائري على هذا السبب في الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة والتي جاء فيها "أن عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوده ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون وطبقاً لهذا النص فليس للزوجة أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم يقضي بإلزام الزوج بأداء النفقة، وصيرورة هذا الحكم نهائياً وتكليفه بالوفاء.

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

إن الأصل في الإنسان أن ذمته المالية ممتلئة وأن الإعسار هو حالة طارئة وتبعاً لذلك فإنه يقع عبء الإثبات على الزوجة أن زوجها أصبح معسراً وعلى الزوج أن يثبت أنه كان وقت إبرام العقد معسراً وكانت

1 عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 302.

الزوجة وقتها عالمة بإعساره، والإعسار واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات بما فيها البينة والقرائن وهنا تتجلى السلطة التقديرية للقاضي في هذه المسألة¹.

وتجدر الإشارة هنا أن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق، بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها وبحسب مدخولاته وموارد رزقه وذلك ما حددته المادتين 78 و 79 من قانون الأسرة وبذلك لا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها و تعجزه عنها. المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة إلا أنه رجوعاً لأحكام الشريعة الإسلامية نجد أن جمهور الفقهاء من الشافعية والحنبلية والمالكية يجيزون التفريق لعدم الإنفاق وأن للمرأة حق المطالبة بالتفريق، إذا ثبت عسر الزوج وعدم إنفاقه ويطلق عليه فوراً عند ثبوت إعساره دون أن يؤجل أو ينظر عند الحنبلية، أما الشافعية والمالكية فقالوا بأنه يؤجل بين شهر و 03 أشهر².

وفي هذا يرى الدكتور بلحاج العربي أنه على القاضي أن يمهّل الزوج مدة مناسبة ولا يطلق عليه زوجته للعسرة، للوهلة الأولى لأن الزوج في هذه الحالة لا يعد ظالماً حتى يطلق عليه القاضي زوجته لرفع ظلمه عنها³.

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

*- التطليق للعيوب.

لقد نص المشرع الجزائري على هذا السبب في الفقرة الثانية من المادة 53 والتي جاء فيها لعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، ويلاحظ في هذه الفقرة أن المشرع الجزائري لم يجعل هذه العيوب مشتركة بين الزوجين، بل أشترط أن تكون هذه العيوب في الزوج وحده دون أن يشترطها في الزوجة، أما الزوج إذا أراد حل عقد الزواج فله أن يستعمل حقه في الطلاق دون استناده إلى تلك الأسباب، وإذا استند إلى واحد من تلك الأسباب، فإنه يرمي من وراء ذلك إلى نفي التعسف عن نفسه في استعمال حقه في الطلاق⁴.

1 عمر زودة، المرجع السابق، ص 48.

2 محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 01، 2002، ص 338.

3 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 277.

4 محمد سمارة، المرجع السابق، ص 338.

وقد أخذ المشرع الجزائري في هذه النقطة برأي الحنفية الذين حصروا العلل الموجبة للتفريق بالرجل دون المرأة.

حيث وجدنا أن الفقهاء قسموا العيوب التي تعطي الحق في طلب التطليق إلى قسمين:
أولاً: علل جنسية تحول دون الاستمتاع، وممارسة الحياة الزوجية بشكل عادي ومثال ذلك:

* الجب: وهو قطع الذكر والأنثيين (الخصيتين).

* العنة: هي العجز عن الوطاء وعرفها المالكية بأنها صغر الذكر بحيث لا يتأتى معها إتيان النساء.

* الخصاء: وهو رض الإثنيين (الخصيتين) أو قطعها¹.

ثانياً: علل جسدية لا تحول دون الاستمتاع ولا تمنع الدخول ولكنها علل منفرة ضارة تضر صاحبها وغيره كالجنون والجذام والبرص، وقد اختلف الفقهاء في عدد العلل التي تسمح للمرأة بالمطالبة بالتطليق حيث قال المالكية أنها ثلاثة عشر وقال الشافعية والحنبلية أنها سبعة أما الحنفية فقالوا أنها علتان فقط وحضورهما في الجب والعنة، أما ابن القيم فتوسع إلى أكثر مما ذهب إليه المالكية حيث أن كل عيب ينفر الزوج الآخر ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة يوجب الخيار².

وأخذ المشرع الجزائري برأي ابن القيم حين أحسن صنعا عندما ما لم يحدد العيب وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي على أساس معيار موضوعي وهو هل العيب يحول أم لا من تحقيق الهدف من الزواج³ بالنسبة لعلم المرأة بهذه العيوب قبل إبرام عقد الزواج وما إذا كان ذلك مسقط لحقها في طلب التطليق فقد ذهب جمهور الشافعية والحنبلية والمالكية إلى اشتراط إلا تكون الزوجة عالمة بالعيب قبل العقد حتى يحق لها طلب التطليق ما عدا العنة فإنه يثبت للمرأة حق المطالبة بالتطليق وان كانت تعلم بعنة الزوج قبل العقد، لكن إذا حدث العيب بعد إبرام عقد الزواج فقد قال الشافعية والحنبلية أن حصول الخيار للعيوب طلب التطليق يثبت إن كانت العيوب حادثة قبل العقد أو بعده، أما المالكية والحنفية فقالوا أن العلل الحادثة بعد الزواج لا يثبت معها خيار أي لا يجوز للزوجة طلب التطليق إذا ظهرت العلل بعد إبرام عقد الزواج⁴.

ويميل المشرع إلى الرأي الذي أخذ به الشافعية والحنبلية لأن وقت حدوث العيب ليس هو أساس طلب التطليق بل أساسه هو الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج وعدم رضا الزوجة بالعيب وتضررها منه، أما بالنسبة لوقت إصدار القاضي للحكم بالتطليق بعد ثبوت العيب لم يبين لنا المشرع الجزائري ذلك إلا أننا وجدنا قراراً للمحكمة العليا صدر بتاريخ 84/11/19 قضى بتأجيل الحكم بتطليق الزوجة مدة سنة نظراً لعجز الزوج عن مباشرتها وقد جاء فيه متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان

1 محمد سمارة، نفس المرجع السابق، ص 322.

2 محمد سمارة، نفس المرجع ص 322.

3 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 278.

4 محمد سمارة، نفس المرجع السابق، ص 323-324.

الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي أستقر على أن تكون الزوجة بجانب بعلاها وبعد انتهاءها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المباد يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية¹.

*- تطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

تطرق المشرع الجزائري إلى الهجر في المضجع كسبب من الأسباب التي تبيح للمرأة طلب التطليق في الفقرة الثالثة المادة 53 من قانون الأسرة، ويقصد بهذا الهجر أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش ولا يهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج أي لا يعاملها في الفراش معاملة الأزواج ويشترط أن يدوم هذا الهجر أكثر من أربعة أشهر وأن يكون عمديا مقصودا لذاته نكاية بالزوجة وليس له ما يبرره لا شرعا ولا قانونا². فالهجر في المضجع يعد سبب قانوني من الأسباب التي تمنح للزوجة حق طلب التطليق والذي يشترط أن يكون متعمدا وليس له مبرر شرعي، ليس هو نفسه الهجر الذي ورد في الآية رقم 33 من سورة النساء في قوله تعالى "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع" هذا الهجر الأخير لا يهدف إلى الإضرار بالزوجة وإنما إلى تأديبها و هو هجر شرعي ولا يعتبر سببا من أسباب التطليق. فالقاضي هو الذي يحدد ما إذا كان الهجر شرعيا أم لا وهل تعسف الزوج في استعمال حقه أم لا وفقا لما له من سلطة تقديرية في هذا المجال.

*- التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواالاة العشرة والحياة الزوجية.

نص المشرع الجزائري على أن الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواالاة العشرة والحياة الزوجية يعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق في الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة، ومن خلال نص هذه الفقرة يتبين لنا أنه يشترط أن يصدر ضد الزوج حكم قضائي من الجهات القضائية الجزائية وأن يكون هذا الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي فيه ويكون سببه جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواالاة العشرة والحياة الزوجية، وتحديد المقصود بالجريمة التي فيها مساس بشرف الأسرة يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي ونحن نرى أن المقصود بذلك هو تلك الجرائم الماسة بالآداب العامة والتي يستهجنها المجتمع الجزائري كجريمة الزنا أو هتك العرض أو النصب أو جرائم الخيانة والتجسس وعليه إذا حكم على الزوج في جريمة القتل غير العمدي مثلا فلا يعتبر ذلك سببا من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطليق³.

1 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 89/11/19، رقم 34784، المجلة القضائية، 1989، العدد 03، ص 73.

2 عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 231.

3 عمر زودة، المرجع السابق، ص 48.

*- التطلاق بسبب غياب الزوج.

نص المشروع الجزائري على غياب الزوج كسبب من الأسباب التي تتيح للمرأة طلب التطلاق في الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة والتي اشترطت أن يكون الغياب أكثر من سنة وأن يكون هذا الغياب بدون عذر شرعي ولا نفقة، حتى يحكم القاضي للزوجة بالتطلاق وعليها أن تثبت أن غياب زوجها دام أكثر من سنة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى عليه،

الملاحظة الأولى حول نص هذه الفقرة أن هناك اختلافا بين النص العربي والنص الفرنسي، فالنص العربي اشترط أن يكون الغياب بدون عذر ولا نفقة أي أنه يشترط أن يكون الزوج غاب دون مبرر شرعي ولم يترك نفقة حتى تتمكن الزوجة من المطالبة بالتطلاق أما إذا غاب الزوج بدون مبرر لكنه ترك نفقة للزوجة فلا يجوز لها طلب التطلاق، أما النص الفرنسي اشترط أن يكون الغياب بدون عذر أو نفقة " Sans excuse valable ou sans pension d'entretien "

وبالتالي يمكن للزوجة المطالبة بالتطلاق إذا غاب الزوج أكثر من سنة دون مبرر شرعي ولكنه ترك النفقة، وعليه فعلى أي من النصين يعتمد القاضي؟.

إضافة إلى أن المشرع لم يبين المقصود من العذر الشرعي المبرر لغياب الزوج والذي يحول دون تطلاق زوجته عليه، بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة وجدنا أن المالكية والحنابلة أجازوا التفريق للغيبة إذا طالت وتضررت الزوجة بها، ولو ترك لها الزوج مالا تنفق منه أثناء الغياب،.

بالنسبة للعذر الشرعي المبرر لغياب الزوج والذي يحول دون تطلاق زوجته عليه فهو خاضع للسلطة التقديرية للقاضي فهو الذي يقدر ما إذا كان هذا العذر شرعيا ومبررا لغيابه أم لا؟، فغياب الزوج مثلا لمزاولة الدراسة يعتبر مبررا شرعيا أما غيابه لأكثر من سنة في رحلة سياحية فهذا لا يعتبر مبررا شرعيا للغياب وهكذا فالقاضي يحدد مدى شرعية الغياب من عدمه وفقا لمعطيات الملف وظروف الزوج وعادات وتقاليد المجتمع¹.

*- التطلاق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة.

لقد جعل المشرع الجزائري ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة سببا من الأسباب التي تتيح للزوجة طلب التطلاق وذلك في نص المادة 53 الفقرة السابعة من قانون الأسرة ومن خلال استقراء نص هذه الفقرة نجد أن المشرع لم يبين لنا المقصود بالفاحشة المبينة التي يرتكبها الزوج وتكون سببا في طلب زوجته للتطلاق، ويقصد بالفاحشة المبينة هو تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم والمنصوص عليها بالمادة 337 مكرر

1 وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 533.

من قانون العقوبات وقد ذكر المشرع على سبيل الحصر تلك الفواحش في قانون العقوبات، ومن ثم فهو في غير حاجة لإعادة ذكر ما يعد فاحشة في قانون الأسرة¹.

وما تجدر الإشارة إليه أنه لم يصنف قانون العقوبات الجزائري بعض الجرائم أو الأفعال التي تعتبرها الشريعة الإسلامية فواحش كجريمة الزنا مثلا فهل تعتبر هذه الأفعال سببا من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطلق؟، وللإجابة على ذلك فإنه قد ذكر المشرع الجزائري الفواحش في المادة 337 مكرر على سبيل الحصر، وبالتالي فجريمة الزنا مثلا لا تعتبر فاحشة مبينة تجيز للزوجة المطالبة بالتطلق.

*- التطلق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين.

نص المشرع الجزائري على أن الشقاق المستمر بين الزوجين يعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة المطالبة بالتطلق، وذلك في الفقرة الثامنة من نص المادة 53 من قانون الأسرة ولقد تناولنا مسألة تعيين الحكيم المنصوص عليها في المادة 56 من قانون الأسرة في المطلب الأول من المبحث الثاني في الفصل الأول لهذه الدراسة وقلنا أنه في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وعدم ثبوت الضرر يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر فاشتداد الخصام المنصوص عليه في المادة 56 هو نفسه الشقاق المستمر بين الزوجين المنصوص عليه في الفقرة 08 من المادة 53 من نفس القانون، فإذا كانت الإساءة أو كان الضرر فعلى القاضي أن يبذل جهده في إنهاء الخلاف فإن لم يفلح يلجأ للتحكيم بين الزوجين فإن لم يفلح يحكم القاضي للزوجة بالتطلق.

وفي هذا النحو أصدرت المحكمة العليا العديد من القرارات والتي قضت بالتطلق بناء على استفحال الشقاق بين الزوجين، ومثال ذلك الاجتهاد القضائي الذي صدر بموجب القرار المؤرخ في 96/09/24 والذي جاء فيه "من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا، ولما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها ما تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما فإن القضاة بقضائهم بتطبيق الزوجة، لهذا السبب كافي للتفريق القضائي، وطبقوا صحيح القانون"².

*- التطلق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

نص المشرع الجزائري على أن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج تعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلق في الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة، وقد نصت المادة 19 من قانون الأسرة على أنه "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"،

1 عمر زودة، نفس المرجع، ص 51.

2 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 96/09/24، رقم 139353، المجلة القضائية، العدد 02، 2001، ص 66.

وعليه إذا أخل الزوج بأحد الشروط المتفق عليها فإن ذلك يجيز للزوجة طلب التطليق، وما على القاضي إلا أن يراقب تواجد هذا الشرط في عقد الزواج أو في عقد لاحق

***- التطليق بسبب كل ضرر معتبر شرعا.**

نص المشرع الجزائري على أن كل ضرر معتبر شرعا يعد سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق وذلك في الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة، وباستقراء نص هذه الفقرة نجد أن عبارة كل ضرر معتبر شرعا عبارة عامة جدا بحيث لم يتقيد المشرع بضرر معين وأن سلطة تقدير القاضي للضرر في هذا المجال سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة ولا يقيدتها أي قيد ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا، ونرى أن المشرع الجزائري فعلا حسنا في ذلك لأن ما يعتبر ضررا لزوجا ما قد لا يكون كذلك بالنسبة لأخرى، وأن الضرر المعتبر شرعا في زمن معين ولدى جماعة معينة قد لا يكون كذلك بالنسبة إلى زمن آخر أو جماعة أخرى، ويمكن أن نضرب أمثلة للضرر المعتبر شرعا من خلال بعض قرارات المحكمة العليا¹، وفي القرار الصادر بتاريخ 91/02/20 1991 اعتبرت المحكمة العليا أن بقاء الزوجة مدة طويلة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوجة ولا هي مطلقة يعتبر ضررا شرعيا يجيز للزوجة المطالبة بالتطليق².

كما أن تماطل الزوج في إرجاع زوجته لبيت الزوجية ووقوفه موقف سلبي يعتبر ضررا شرعيا يجيز للزوجة طلب التطليق وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 88/09/26

المطلب الثالث: تقدير القاضي للطلاق التعسفي والنشوز.

لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما جعل فك الرابطة الزوجية يخضع لإشراف القضاة ورقابتهم مما يخول لهم منع أي تعسف في استعمال الحقوق، وجبر الضرر الذي يلحق بالطرف المتضرر ومنحه التعويض المناسب، وقد حاولنا تبيان دور القاضي في تقديره لاعتبار الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج تعسفيا أم لا، إضافة إلى توضيح المقصود من النشوز الوارد بالمادة 55 من قانون الأسرة والذي يعتبر سببا من أسباب انحلال الرابطة الزوجية وذلك من خلال الفرعين التاليين:

***- 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"، وعليه إذا كان الطلاق بيد الرجل في الشرع والقانون، فإنه لا بد من سبب أو حجة شرعية تدعو إليه فلو طلق الزوج زوجته من غير داع مشروع للطلاق أو سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك ضرر جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه وفقا لسلطته التقديرية بتعويض عادل.

1 عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 236.

2 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 91/02/20، رقم 75588، المجلة القضائية، العدد 04، 1993، ص 78.

وقد استقر القضاء الجزائري بأن حق الطلاق بالإرادة المنفردة مخول للزوج ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها التي يراعي القاضي في تقديرها حالة المطلق المالية، غير أنه إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع يدعوا إليه وجب على المطلق تعويض الزوجة المطلقة عن الأضرار التي أصابتها، والتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج عن الحكمة التي اقتضت إباحته كالطلاق في مرض الموت لحرمان الزوجة من الميراث أو الطلاق من دون أدنى سبب معقول.

كما يشترط لاعتبار الطلاق تعسفياً أن يقع بلا سبب أو يكون بأسباب واهية مع الإشارة إلى أن للزوج أن يوقع الطلاق بإرادته المنفردة دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى ذلك لكنه يتحمل مسؤولية هذا الطلاق، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 99/06/15، والذي جاء فيه "من المقرر قانوناً أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنباً للحرج أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير قد طبقوا صحيح القانون".

كما أن عدم بيان الزوج سبباً للطلاق يكفي لاعتباره تعسفياً ولا تكلف المطلقة إثبات التعسف، ولم يوضح المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون الأسرة معيار الطلاق التعسفي ونحن نرى أن هذا المعيار يقوم على أساسين أحدهما شخصي يتمثل في النية أو الباعث وثنائهما موضوعي وهو الموازنة بين الحقوق والظروف التي أحاطت باستعمال الحق فالمعيار هو ضمان حالة التوازن طبقاً للقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار"، وهذا ما تجسده السلطة التقديرية للقاضي، كما أن القانون لم يحدد الأسباب المعقولة التي تبيح الطلاق دون تعويض وترك تقدير ذلك للقاضي بعد دراسة ملائمة القضية وظروف وأحوال الزوجين وما أدى إلى الانفصال بينهما فإن قدر السبب وكان معقولاً في نظره ردّ دعوى التعويض وإلا حكم على الزوج بالتعويض حسب وضعه المالي.

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع قد حدد معايير التعسف في استعمال الحق في الحالة العامة، بحيث يعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذا تحققت إحدى الصور التي نصت عليها المادة 124 من القانون المدني حيث يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأً لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

فمن خلال هذا النص يمكن للقاضي أن يستخلص معايير التعسف حتى يسهل عليه التأكد من أن الزوج عند استعمال حقه في الطلاق بإرادته المنفردة متعسف أم لا.

*- دور القاضي في تحديد حالات النشوز.

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

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

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة نجد أن النشوز يعني الترفع ومنع أداء الحقوق كارهة قد يكون من الزوج، وقد يكون من الزوجة، فبالنسبة للزوجة الناشز هي تلك التي خرجت عن طاعة زوجها بدون حق شرعي والتي خرجت من بيت الزوج بدون إذنه وبدون سبب شرعي وبالتالي قد فوتت حق الاحتباس على الزوج بغير حق، والناشزة في اللغة هي العاصية على الزوج المبغضة له، وفي الشرع هي الخارجة من بيت الزوج بغير حق¹.

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

1- إذا امتنعت الزوجة عن الانتقال إلى منزل الزوج بدون وجه حق ودون سبب شرعي وقد دعاها للانتقال وأعد المسكن الملائم، أو أنها خرجت منه دون مبرر شرعي بعد انتقالها إليه ولم تعد، وهنا لا بد على الزوج أن يستصدر حكماً برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية ويثبت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم وهذا ما ذهبت المحكمة العليا في قرار صادر في 84/07/09 والذي جاء فيه "متى كان من المقرر شرعاً أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت بأنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزاً عن طاعة زوجها ومن ثم فالنعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض²، وهنا لا بد من الإشارة أنه يشترط أن يكون مسكن الزوجية مشتملاً على لوازم الحياة الأساسية والمرافق الكافية وألا يكون مخوفاً وموحشاً وألا يجمعها مع ضررتها بغير رضاها، فمتابعة الزوجة زوجها للمسكن الشرعي وهو بيت الزوجية الذي يختاره الزوج مستوفياً للشروط الضرورية للحياة هو واجب أساسي على المرأة من واجبات الحياة الزوجية، فإذا تمردت المرأة عن متابعة زوجها دون أن يكون هناك مانع، كما لو أن الزوج لم يؤدها ما يجب تعجيله من المهر أو لم يهيئ لها المسكن الزوجي الصالح فإنها بهذا التمرد الغير معذور تسقط نفقتها الزوجية عن عاتق الزوج مدة هذا التمرد

1 الزيد عيسات، التطبيق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2002، ص 45.

2 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 84/07/09، رقم 33762، المجلة القضائية، العدد 04، 1989، ص 119.

والامتناع وتعود النفقة متى أذعنات وانقادت وذا باتفاق جمهور الفقهاء، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 84/07/09 المذكور أعلاه، وقد أكدت هذه الأخيرة المحكمة العليا على أنه لا يمكن اعتبار كل زوجة امتنعت عن الرجوع إلى بيت الزوجية ناشزا وذلك في القرار الصادر في 87/02/09 والذي جاء فيه "من المقرر شرعا أنه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تعتبر ناشزا تحرم من أجلها من حقوقها الواجبة لها شرعا من جراء طلاقه لها، ومن المقرر أيضا أن النشوز لا يعمل به شرعا إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم لها بها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقوانين الشرعية. كما أن امتناع الزوجة عن الرجوع لبيت الزوجية بعد أهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا وهذا ما ورد في القرار الصادر عن المحكمة العليا في 98/05/19 والذي جاء فيه "متى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده قد سبق وأن رفع دعوى طلاق على الطاعنة على اعتبار أنها مريضة عقليا، ثم تراجع عن ذلك وطالب برجوعها من جديد ليتجنب مسؤولية الطلاق، فإن امتناع الطاعنة عن الرجوع بعد اهانتها لا يعتبر نشوزا"، وحتى اشتراط الزوجة لرجوعها إلى بيت الزوجية حضور الزوج إلى بيت أهلها كرد لكرامتها هو شرط ينتفي معه النشوز، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 98/02/17 والذي جاء فيه "من الثابت شرعا وفقها أنه في حالة الخصام بين الزوجين فإن حضور الزوج لبيت أهل الزوجة وطلب رجوعها إلى بيت الزوجية مرغوب لرد كرامتها لبناء حياة زوجية صحيحة، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بجعل مسؤولية الطلاق على عاتق الزوجة باعتبارها ناشز، فإنهم أخطئوا في تفسير القانون والشرع لأن الزوجة لا تعتبر ناشزا، بل اشترطت لرجوعها حضور الزوج إلى بيت أهلها لرد كرامتها وهو الشرط الذي ينتفي معه النشوز بأغلبية آراء الفقهاء، فإنهم أخطئوا في تفسير القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه، إضافة إلى هذا فامتناع الزوجة من السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا منها وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2000/11/11 والذي جاء فيه "إن امتناع الزوجة عن السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا وأن القضاء بإيقاع الطلاق على الطاعنة يعد تعسفا في حقها وتستحق التعويض جبرا للضرر¹.

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

3/- خروج الزوجة من بيت زوجها في غيبته أو دون إذنه للحاجيات التي تستدعي خروجها أو للأمر أو الزيارات المشروعة كزيارة الأهل مثلا، وجدنا فيه اختلافات كبيرة بين الفقهاء في اعتبار الزوجة ناشزا أم لا فهناك من يرى أنه ليس للزوجة الخروج من المنزل ولو إلى الحج إلا بإذن زوجها وهناك رأي آخر وهو أري

1 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 98/05/19، رقم 189324، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 147.

فقهاء الحنفية الذين يرون أن للزوجة الحق في أن تخرج من بيت الزوجية لزيارة والديها وليس للزوج أن يمنعها من ذلك، وإن كان أبوها مريضاً مرضاً معقداً واحتاج إليها فعليها أن تذهب إليه وإن كان غير مسلم وإن أبي الزوج، وليس للزوج منع أبويها وغيرهم من المحارم زيارتها، ويرى أن الشافعية أن للزوجة الخروج في غيبة زوجها إلى بيت أبيها أو أقاربها أو جيرانها ونحوها كالعبادة ولتعزية، ولا يسقط هذا الخروج نفقتها لأنه لا يعد نشوزاً عرفاً، ونميل إلى الرأي الذي ذهب إليه فقهاء الحنفية والشافعية لكن هذا لا يعني أن تتعسف الزوجة استعمال حقها بالخروج من بيت الزوجية بين كل لحظة وأخرى نكاية في الزوج أو ما شابه ذلك ونؤكد أن الخروج لا يكون إلا للحاجات التي تستدعي خروجها وللأمور والزيارات الشرعية فالقاضي هنا هو الذي يحدد الحالات الضرورية التي تستدعي خروج الزوجة من بيت الزوجية وكذا الزيارات التي تعتبر شرعية وذلك وفقاً لسلطته التقديرية باعتماده على عرف المنطقة التي يقطن فيها الزوجان أو على عادات أهلها وتقاليدهم.

04- قضية سفر الزوج بزوجه وكون عدم سفر الزوجة مع زوجها يعتبر نشوزاً أم لا تعددت فيها آراء الفقهاء والرأي الراجح في الفقه أن للزوج بعد أدائه كل المهر المعجل لزوجه أن يسافر بها إذا كان مأموناً عليها، فإن كان الزوج غير مأمون عليها يريد نقلها من بيت أهلها ليؤذيها، أو يأخذ مالها وامتنعت عن السفر فلا تعتبر ناشزاً.

وعليه فوجوب سفر الزوجة مع زوجها ومتابعتها له فيه هو الأصل ما لم تكن قد اشترطت عليه في عقد الزواج خلاف ذلك، ويترك للقاضي في غير حالة الشروط العقدية تقدير الظروف والملابسات التي تسوغ إسقاط هذا الواجب عن الزوجة، ومنع الزوج من السفر بها، فالقاضي يقدر ذلك بحسب ما يراه من الوقائع ويأخذ بعين الاعتبار أن يكون الزوج مأموناً على نفس الزوجة ومالها ولا يقصد بنقلها الكيد والإضرار بها إلى غير ذلك من الاعتبارات التي تختلف باختلاف المواطن ولا تخفى على فاطنة القضاة¹.

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

01- نشوز الزوج عن طريق الظهار: قد تصدر عن الزوج عبارة لا تدل على الفرقة وإنما على تحريم الحياة الزوجية، فهي تدل على بقاء العلاقة الزوجية لكنها تبقى علاقة محرمة، وذلك بأن نسب زوجته إلى إحدى

1 مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، المرجع السابق، ص 117.

محارمه فيقول لها أنت علي كظهر أمي أو نحو ذلك، والظهار هو تشبيه الرجل زوجته في التحريم بإحدى المحرمات علي وجد التأييد سواء كان ذلك بالنسب أو المصاهرة أو الرضاع.

02/- نشوز الزوج عن طريق الإيلاء: الإيلاء هو الحلف علي ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق القربان علي ما يشق، فالحلف بالله ألا يقرب زوجته خمسة أشهر إيلاء، وإذا علق الدخول بها علي عبادة فيها مشقة أو أمر فيه مشقة عليه فهو إيلاء.

03/- نشوز الزوج عند هجره للأسرة وإهماله لواجباته لمدة تتجاوز شهرين، فالزوج الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي، يعتبر ناشزا كما أن الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بحاملها وذلك بغير سبب جدي يعتبر ناشزا.

04/- نشوز الزوج بسبب عدم الإنفاق: إن امتناع الزوج عن الإنفاق عن زوجته دون سبب شرعي يعد نشوزا منه، وعدم الإنفاق إذا أثبت بحكم قضائي حائز لقوة الأمر المقضي فيه يعد سببا من أسباب التطليق الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة، واشترط إثبات عدم الوفاء بالنفقة بواسطة حكم قضائي و صيرورة هذا الحكم حائز لقوة الأمر المقضي به فيه غبن للزوجة، لذلك فإنه من الأحسن أن يكون إثبات نشوز الزوج لعدم الإنفاق طبقا للقواعد العامة للإثبات، وامتناع الزوج عن توفير مطالب الزوجة المحكوم بها قضاء يعد نشوزا منه وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 98/04/21 والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون".

الفصل الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في الآثار المترتبة على نشوء الرابطة الزوجية و انحلالها.

آثار الزواج المالية هي حقوق مالية للزوجة على الزوج وهذه الحقوق نوعان فمنها ما يجب مرة واحدة لا أكثر وهو المهر، و منها ما يستمر باستمرار الزوجية وهو النفقة وقد تناولنا موضوع النفقة دون موضوع المهر لكون تدخل القاضي في هذا الأخير يعتبر محدودا مقارنة بالنفقة، كما أننا تناولنا الآثار المالية الناتجة عن انحلال الزواج وحاولنا تبيان دور القاضي في ذلك وهذا في مطلبين اثنين.

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

المقصود بآثار عقد الزواج هو النتائج القانونية التي تترتب على العقد بمجرد انعقاده، وتعتبر النفقة من أهم الآثار المالية المترتبة على عقد الزواج الصحيح المستوفي لجميع أركانه حسب نص المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، ويقصد بالنفقة ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ودواء ومسكن وكل ما يلزم من ضروريات الحياة وذلك بحسب المتعارف عليه بين الناس و حسب قدرة الزوج المالية¹، كما نصت المادة 74 من قانون الأسرة أنه تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بينة مع مراعاة أحكام المواد 78 ، 79 ، 80 من هذا القانون، والسبب المباشر لوجوب النفقة للزوجة على زوجها هو حق الزوج في احتباسها ودخولها في طاعته وإستيفائه لحقوقه الزوجية، ومن خلال ما جاء في مواد قانون الأسرة يتضح لنا أن الشروط الواجب توافرها حتى تجب نفقة الزوجة على زوجها هي:

أولا: الدخول بالزوجة.

ثانيا: أن يكون عقد الزواج صحيحا.

ثالثا: أن تكون الزوجة صالحة للمعايشة².

ونص المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة على أنه "تشمل النفقة كل من الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ، وبهذا يجب على القاضي الذي سيحكم، بمثل هذه النفقة للزوجة، أن يضع نصب عينيه كل هذه العناصر مجتمعة عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة.

كما حسن فعل المشرع الجزائري في قانون الأسرة عندما نص على أنه يدخل في النفقة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة وفي إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية في حدود طاقة الزوج بلا إسراف ولا تقصير، ذلك أن ما اعتبره المشرع من الضروريات في العرف والعادة يتغير حسب الزمان والمكان وأحوال الناس لأن ظروف الحياة في تغيير مستمر، فقد يصبح ما لم يكن مطلوبا في وقت لازما في وقت لاحق، وما يعتبر من الضروريات في منطقة معينة هو من الكماليات في منطقة أخرى، وهذا ما يبرز لنا السلطة الواسعة

1 بلحاج العربي، الوجيز في الزواج و الطلاق، المرجع السابق، ص 235.

2 عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 03، دار هومة، 1996، ص 227.

التي أعطاهها المشرع للقاضي في تقدير النفقة على حسب عادات وأعراف المنطقة وكذا حالة الأطراف من عسر أو يسر.

كما أن المادة 79 من قانون الأسرة منحت للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير النفقة على أن يراعى حالة الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم، وعليه مراعاة ظروف المعيشة وغلاء الأسعار من يوم الطلب، على ألا تقل قيمة مبلغ النفقة عن الحاجات الضرورية مهما كان وضع الزوج من العسر، ومن هنا كان من الجائز الزيادة أو الإتيان في قيمة النفقة حسب تغير حالة الزوج المالية أو الأسعار في البلد غير أن القانون قيد القاضي بعدم مراجعة قيمة النفقة قبل مضي سنة على فرضها إلا في الحالات الاستثنائية، وأكدت المحكمة العليا ذلك في القرار الصادر في 96/04/23 والذي جاء فيه "من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعاً للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة"، ويتبين أن هذه المدة معقولة حيث أن الأسعار لا تتغير في أقل من مدة سنة حتى وإن كان هناك تغيير فإنه لا يكون تغيراً كبيراً¹.

ورغم أن طالب النفقة قد يتجرأ على طلب مبالغ ضخمة من المكلف بدفع النفقة، حيث تصل أحيانا إلى مبالغ خيالية لا يحكمها عقل ولا منطق وفي انعدام مراقبة الضمير فإن القاضي ستكون مهمته صعبة في تقدير مبلغ النفقة وفق ميزان عادل، ومع ذلك ستكون سهلة نوعاً ما إذا حكم ضميره، واعتمد في تقديره على مراعاة الأيسر والأسهل على الزوج في الدفع، ذلك أن الهدف من إصدار الأحكام القضائية هو الوصول إلى حسن تنفيذها فإذا كان في حكم القاضي نوع من الإرهاق للمكلف بالنفقة وتحميله مالا طاقة له به فهنا نجد تمتنع عن أدائها وبالتالي تضيع الحكمة من الحكم بإلزام الزوج قضائياً بها، حيث أنه من المقرر شرعاً وقانوناً أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج أي على القاضي أن يقدر المبلغ المستحق وفق قدرة المكلف، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 89/01/16 والذي جاء فيه "من المقرر شرعاً وقانوناً أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إلا إذا ثبت نشوز الزوجة ومن المقرر أيضاً أن يراعى القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم².

وما تجدر الإشارة إليه أنه يصح أن تفرض النفقة سنوياً أو شهرياً أو أسبوعياً أو يومياً حسب ما هو ميسور للزوج، والمتعارف عليه الآن وجاري به العمل في المحاكم هو فرض أجره شهرية للنفقة بكل أنواعها بدون تفصيل مع مراعاة الكفاية في الطعام والكسوة والسكن حسب حالة الزوجين.

بالنسبة لنفقة السكن، مما تقدم عرفنا أن النفقة تشمل السكن، فيجب إذن على الزوج إعداد مسكن مستوفي للشروط الشرعية، كما يتضح من المادة 78 من قانون الأسرة، وإذا لم يتم ذلك فرض القاضي للزوجة أجره المسكن إذا طلبت ذلك، وعليه أن يراعى في هذا المسكن ملائمة لحال الزوج المالية

1 بلحاج العربي، نفس المرجع السابق، ص 176.

2 عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 227.

وبيئته وأن تؤمن فيه الزوجة على نفسها ومتاعها وأن يكون مشتملا على كل ما يلزم للسكن من أثاث وفراش ومرافق ضرورية، وأن يكون المسكن خاليا من سكن الغير ولو كان من أهل الزوج، أي على القاضي عند حكمه على الزوج بتوفير سكن للزوجة أو بدفع بدل الإيجار أن يراعي أولا حال الزوج كما تم بيانه، ثم ينظر في الشروط السابق ذكرها في السكن، وإضافة إلى ما تقدم بخصوص مشتملا النفقة هناك ثمن الدواء والعلاج الذي يقع ضمن النفقة المقررة للزوجة على زوجها وذلك وفقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة.

بالنسبة لتاريخ استحقاق النفقة، فقد نصت المادة 80 من قانون الأسرة بأنه "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بنية لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، ويتضح من خلال نص هذه المادة أن تاريخ استحقاق النفقة يبدأ من تاريخ رفع الدعوى¹ وتسجيلها في كتابة ضبط المحكمة، إلى تاريخ صدور الحكم، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة لما قبل الدعوى كقاعدة، ولكن يحدث في الواقع أن ترفع الزوجة دعوى قضائية ضد زوجها طالبة النفقة لها ولأولادها لمدة طويلة سابقة قد تمتد إلى شهور وسنوات وتقديرها من طرف القاضي يكون بمبالغ خيالية، وعادة ما يكون الزوج عاجزا عن دفعها، ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما منع القاضي من الحكم للزوجة بكل ما تطلبه من نفقة متراكمة عن مدة سابقة بل يجب أن يحكم لها بما تستحقه هي وأولادها في حدود ما بعد رفع الدعوى وابتداء من تاريخ تسجيلها في كتابة ضبط المحكمة إلى تاريخ صدور الحكم كقاعدة عامة، إلا أن المادة 80 من قانون الأسرة سمحت للقاضي بأن يحكم بالنفقة المتراكمة لمدة سنة واحدة سابقة لتاريخ رفع دعوى النفقة التي تستحقها هي وأولادها شرعا، بشرط أن تثبت عدم الإنفاق، والإثبات هنا يكون بكل طرق الإثبات.

كما أن المادة 57 مكرر من نفس القانون نصت على أنه "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والمسكن²، وتقدير حالة الاستعجال يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

فنتيجة الإهمال في عدم رفع الدعوى لا يعني سقوط الحق، فتبقى ذمة الزوج مشغولة بنفقة ما قبل هذه المدة، إن لم يكن قد أداها، ولو أدى هذه النفقة مما وراء المدة يعتبر مؤديا حقا وليس له استرداده. أما بخصوص مراجعة تقدير النفقة فإن المادة 79 من قانون الأسرة تقرر بوضوح إمكانية ذلك بعد مضي سنة من تاريخ الحكم، إذا تغير حال الزوج الذي أخذ أساسا لتقدير النفقة أو تغيرت الأسعار تغيرا كبيرا في زيادة أو نقصا، فيجوز لكل من الزوجين الذي يتأثر حقه بهذا التغير أن يطلب تعديل النفقة زيادة أو نقصا، ومجال تدخل القاضي في هذه النقطة واسع جدا فهو الذي يقدر مدى تأثير تغير حال الزوج أو الأسعار على المبالغ المحكوم بها³.

1 المادة 80 من قانون الأسرة، المرجع السابق.

2 المادة 57 مكرر من قانون الأسرة، نفس المرجع السابق.

3 المادة 79 من قانون الأسرة، نفس المرجع السابق.

وبالنسبة لمسقطات النفقة على الزوج، فإذا تحققت شروط وجوب النفقة استحققتها الزوجة لها ولأولادها بالتراضي أو بالتقاضي ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، كما تجوز المقاصة، فإذا كان للزوج دين ثابت على زوجته جاز أن يطلب منها إسقاط ما يقابل دينه من النفقة المفروضة، فالنفقة على الزوجة واجبة بتوفر عقد صحيح حسب نص المادة 74 من قانون الأسرة كما أشرنا إلى ذلك، ولا بد أن تكون الزوجة صالحة للمعايشة لتحقيق أغراض الزواج، وإذا فقد شرط من هذه الشروط فلا تستحق النفقة وذلك ما يظهر في الزوجات الآتية:

*- المعقود عليها بعقد فاسد، وكذلك المدخول بها بناء على شبهة بغير عقد، فهاتان لا نفقة لهما لفقدان إحدى الشروط الأساسية لوجوب النفقة وهو عقد الزواج الصحيح وكذا انعدام الاحتباس المشروع.
*- الزوجة المريضة قبل أن تزف ولم يدخل بها، وعلى عكسها من ذلك الزوجة المريضة تستحق النفقة مع بقائها في بيت الزوجية.

*- الزوجة الناشز وهي التي خرجت عن طاعة زوجها بدون حق شرعي، والتي خرجت من بيت زوجها بلا إذنه وبغير وجه شرعي، وبالتالي فقد فوتت حق الاحتباس على الزوج، وعلى العموم فإن سقوط النفقة على الزوجة الناشز لا يكون إلا بعد تقدير القاضي وفقا لما يتمتع به من سلطة تقديرية في تقرير النشوز من عدمه، وبعد تبليغها بالحكم النهائي القاضي برجوعها لبيت الزوجية، وثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم.

وكل هذا بالنسبة لنفقة الزوجة أما نفقة الأولاد الأقارب، فكافة الأحكام السابقة في تقدير النفقة من طرف القاضي للزوجة تنطبق على الأولاد إلا بعض الاستثناءات وبعض الأحكام التي خص بها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الأولاد و الأقارب بحيث نص في المادة 75 من قانون الأسرة أنه "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجز لسبب آفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"¹.
أما المادة 76 منه فقد نصت على أنه "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"، ومنه نتوصل إلى النتائج التالية:

01/- أن نفقة الولد واجبة على والده كبدأ عام، ولا تسقط عنه إلا إذا أثبت أن لهذا الولد ما يمكن أن ينفق منه على نفسه، وذلك بغض النظر عن كون الولد ميسرا أو معسرا، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 99/03/16 والذي جاء فيه "النفقة على الابن واجبة على الأب تجاه ابنه المحضون"².

02/- إن مدة وجوب النفقة للأبناء على الآباء مدة مؤقتة أحيانا ومستمرة أحيانا أخرى، فهي تنتهي بالنسبة إلى الولد الذكر السليم عند بلوغه سن الرشد المدني وهو سن 19 سنة، وتنتهي بالنسبة للفتاة السليمة عند زواجها ودخولها إلى بيت زوجها، وفي قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 99/02/16 والذي جاء فيه "أن

1 المادة 75 من قانون الأسرة، المرجع السابق.

2 الأستاذ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 197.

القضاة لما قضاوا بجرمان البنيتين من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه في حكمهم مع أن نفقة البنت تبقى على عاتق والدها إلى أن تنتقل لبيت الزوجية أو حصولها على كسب وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام المادة 75 من قانون الأسرة.

أما إذا تعلق أمر وجوب النفقة بولد أو فتاة ممن أعجزهم المرض العقلي أو البدني عن الكسب أو كانوا ممن يزاولون التعليم والدراسة، فإن وجوب النفقة على الأب يبقى مستمرا ولا يسقط هذا الواجب على الأب إلا بشفاء المريض، وانقطاع الطالب عن طلب العلم أو باستغناء أي منهم عن النفقة بالكسب الحلال و بالوسائل المشروعة، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 98/02/17 والذي جاء فيه "من المقرر قانونا بأنه يلزم الأب بالإففاق على الولد الذي ليس له كسب ومتى تبث في قضية الحال أن الولد المنفق عليه معوق يتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون".

03/- إن مبدأ وجوب نفقة الأبناء على الآباء يستلزم بالضرورة أن يكون الأب ميسر وقادرا على الكسب، والابن فقير وعاجز على الكسب أيضا، أما إذا أصبح الأب فقيرا وعاجز عن الكسب وتوفير المال اللازم بالإففاق على نفسه وعلى زوجته وأولاده فإن واجب الإففاق على الولد الصغير الذي ليس له مال ينتقل من على كاهل الأب إلى كاهل الأم، وتصبح هي المزممة بالإففاق على أولادها سواء بصفة مؤقتة أو بصفة مستمرة، ولكن هذا الواجب لا ينتقل إلى الأم إلا إذا كانت ذات مال وذات مدخول¹.

كما يتضح مما تقدم أن للقاضي من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية دورا مهما وحساسا في تقرير وتقدير قيمة النفقة للزوجة والأولاد، وأن مجالها واسع خاصة في البحث عن قدرة الزوج وظروف وحالة الطرفين والبيئة التي يعيشون فيها وتغير ظروف المعيشة وغلاء الأسعار وانخفاضها، كل هذا يفرض على القاضي المختص أن يكون باحثا اجتماعيا واقتصاديا يعلم بكل التغيرات الواقعة بالإضافة إلى احترام القواعد التي وضعها المشرع في قانون الأسرة من خلال المواد 74 إلى 80 وكذا أحكام الشريعة الإسلامية حسب ما جاء في نص المادة 222 من قانون الأسرة حتى يستطيع الوصول إلى قرارا سديد وعادل لا يظلم فيه أحد.

وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا أن تقدير النفقة يكون بنفقة شهرية بكل مشتملاتها بدون تفصيل مراعي في ذلك الكفاية في الطعام والكسوة وكل ما هو من الضروريات حسب حالة كل من الزوجين، كما أنها اعتبرت المحكمة العليا أن تقدير النفقة يعد مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع.

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

لاشك وأن الطلاق يترتب أضرار لأحد الزوجين ولو من باب خدش الشعور، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في عدة مواد من قانون الأسرة مثل المواد 52 ، 53 مكرر، 55 من هذا القانون، وترك

1 الأستاذ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 198.

للقاضي سلطة تقدير الضرر والحكم للطرف المتضرر بتعويض عادل، وما دام الأشخاص يختلفون باختلاف البيئة والثقافة والتربية والمكانة فيمكن القول بأن معيار الضرر ومسبباته تتباين بدورها بتباين طبائع الأشخاص وعاداتهم وتقاليدهم وسننهم في الحياة، وعليه فالمعيار المعتمد هنا هو المعيار الشخصي وما دام كذلك فإن تقدير الضرر عنصر واقعي في الدعوى أي واقعة مادية، لذلك فتقدير القاضي للضرر يندرج ضمن تقديره للوقائع وتقدير الوقائع من طرفه يعتبر إحدى المراحل الأساسية للحكم القضائي.

والطلاق قد يكون بإرادة الزوجين أو بإرادة الزوج وحده، أو بإرادة الزوجة إذا توافرت لها الأسباب المقررة قانوناً، وعليه فإن درجة الضرر الحاصلة لإحدى الزوجين من الطلاق تختلف بحسب الطرف الذي طلب إنهاء الرابطة الزوجية، وبحسب الأسباب التي دفعت إلى ذلك.

ففي حالة الطلاق بالتراضي: إذا اتجهت إرادة الطرفين إلى الطلاق واتفقا على ذلك بأن أدركا استحالة استمرار العشرة الزوجية بينهما فإن القاضي لا يملك سوى الإشهاد لهما على الاتفاق الحاصل بينهما، فإذا تنازلت المطلقة على حقها في التعويض فإنه يشير إلى ذلك في الحكم وقد يعرض عليها المطلق مبلغ مالي مقابل الطلاق بالتراضي فتقبل به وعليه ذكر ذلك في الحكم.

أما في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فهل أن مجرد طلب الزوج للطلاق يجعل الطلاق تعسفياً و يترتب عليه إلزامه بدفع التعويض؟ إن العصمة الزوجية بيد الزوج وعليه فإذا طالب بالطلاق وأصر عليه رغم محاولة الصلح التي يجربها القاضي والحكيم، فإن القاضي لا يملك سوى الاستجابة لطلبه ولكن انطلاقاً من قاعدة " لا ضرر ولا ضرراً " وحتى لا تحس المرأة المطلقة أن هناك إجحاف في حقها وأن مصيرها لعبة في يد الرجل يتصرف فيه كيفما شاء، فإن المشرع قد منح لها الحق في طلب التعويض إذا ما أصابها ضرر من هذا الطلاق طبقاً لنص المادة 52 من قانون الأسرة التي نصت على أنه إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها¹، فالرجل وإن كانت العصمة بيده فإنه لا بد أن يبرز الدوافع التي أدت إلى مطالبته بالطلاق، فإن كانت المبررات جدية حسب تقدير القاضي المختص فإن طلاقه لا يعد تعسفياً، وبالتالي فالسؤال المطروح هو هل أن الزوجة تستحق التعويض عن الطلاق إذا كان مبرراً من طرف الزوج؟.

بالرجوع إلى القاعدة العامة فإن التعويض يكون لجبر الضرر الحاصل للطرف المتضرر وانطلاقاً من المادة 124 من القانون المدني الجزائري فإن كل من أحدث ضرر للغير بخطئه يلزم بالتعويض²، واستناداً على المادة 124 مكرر التي تنص على التعسف في استعمال الحق، فإنه يجب إثبات الضرر والخطأ، لكن بالنسبة لقضايا الطلاق والضرر الناتج عنه فيلاحظ أن المعمول به في الغالب هو أن الضرر مفترض دون

1 المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

2 المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

حاجة إلى إثباته متى كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج لطلب الطلاق غير جدي، أو منعدم تماما لأنه إذا انعدم التبرير أو كان غير كاف فإن ذلك يفهم منه أن الزوج تعسف في استعمال حقه في الطلاق. لكن قد يكون طلب الزوج للطلاق بسبب من الزوجة التي امتنعت عن الرجوع إلى بيت الزوجية رغم صدور حكم قضائي بإلزامها بالرجوع، فمتى أثبت الزوج أن حكم الرجوع قد أصبح نهائيا وأنه سعى لتنفيذه إلا أنها امتنعت، فهنا يستجاب لطلبه المتضمن الطلاق ويكون ذلك بسعي منه وبتظلمها لنشوزها وفي هذه الحالة فإنها تحرم من حقها في التعويضات.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو: هل أن التعويض ونفقة المتعة شيئان مختلفان أم أنهما شيء واحد؟.

لم يأت المشرع الجزائري ضمن نصوص قانون الأسرة بأي مادة قانونية تشير إلى ما يسمى بالمتعة بل أشارت فقط لحق المطلقة طلاقا تعسفيا في التعويض في نص المادة 52 من قانون الأسرة، ونص في المادة 53 مكرر أيضا أنه يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، وعن موقف الاجتهاد القضائي بخصوص نفقة المتعة فإن المحكمة العليا أصدرت قرار جاء فيه "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا"، فالمحكمة العليا قررت أن نفقة المتعة هي نفسها التعويض.

هناك إشكال أخرى وهو ما مدى استحقاق المطلقة قبل البناء للتعويض عن طلاقها، من المقرر شرعا وقانونا أن المطلقة قبل البناء تستحق نصف المهر، فهل يسمى هذا المهر تعويضا عندما يمنحه القاضي في حكمه؟، فالمشرع الجزائري لم يشر في قانون الأسرة إلى حقوق المطلقة بصفة عامة، وبما أن التعويض هو جبر للضرر الحاصل للمطلقة فإنه لا يعقل أن يأخذ نفس تسمية المهر ذلك أن المهر هو حق شرعي للزوجة، وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا وجدنا القرار الصادر في 96/04/23 والذي جاء فيه "ولما ثبت في قضية الحال أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزواجه- لمدة خمس سنوات فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض الممنوح له".

وتجدر الإشارة إلى أن المطلقة تحرم من التعويض إذا كان الطلاق بتظلمها، فإذا تأكد القاضي أنها هي المتسببة في الطلاق بتصرفاتها وإذا تبين له نشوزها، فإنها تحرم من التعويض، كذلك إذا كان الطلاق بواسطة الخلع فإنها لا تستحق أي تعويض، وهناك حالات تحرم فيها المرأة من التعويض وعلاوة على ذلك تلزم بدفع التعويض لزوجها في حالة الطلاق، ذلك أنه إذا ثبت نشوزها كان من حق الرجل المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراها الصادر في 93/04/27 والذي جاء فيه "متى كان من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين فإن القضاء بغير ذلك يعد خرقا للقانون، ومن ثم فإن عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة في قضية الحال تلجأ إلى طلب

التطبيق بعد نشوزها فإن ذلك يعدد سببا كافيا لاعتبار الزوج متضررا من هذا الطلاق وعليه فإن قضاة الموضوع قد أخطئوا حين قرروا أن الضرر والتعويض عنه يكون للزوجة وحدها مما يستوجب نقض قرارهم¹. أما بالنسبة لتقدير التعويض المستحق للمطلقة فهو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في قضية الطلاق وهو يخضع لسلطته التقديرية ولا يمكن تقييده أو حصره، وعلى القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار بعض المعطيات وهي مدخول الرجل وظروف المعيشة وحتى عدد سنوات العشرة الزوجية التي قضياها معا، وبالرجوع إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 91/06/18 والذي جاء فيه "إن تحديد مبالغ المتعة والتعويض وفقه العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها" وعليه فحتى وإن كان تقدير التعويض يخضع للسلطة التقديرية للقاضي إلا أنه ملزم بذكر أسباب تحديده.

وفي نهاية هذا المطلب إرتئينا معالجة نفقة العدة، فوجوب العدة على المطلقة يعتبر من الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية، وهي أجل ضربه الشارع لانقضاء ما بقي من آثار الزواج أو شبهته، وقد تناول المشرع موضوع العدة في المواد من 58 إلى 61 من قانون الأسرة وسنركز دراستنا حول آثار العدة وسلطة القاضي التقديرية في ذلك حيث نص المشرع في نص المادة 61 من قانون الأسرة بأنه "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

ومن خلال استقراء نص هذه المادة نجد أن المشرع أعطى الحق لكل مطلقة أو متوفى عنها زوجها في النفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها، وذلك يعتبر من مبادئ العدل على أساس أن المعتدة في هذه المرحلة تكون محتبسة عن الزواج بأمر الشرع لمصلحة النظام العام ولمصلحة الرجل الذي تعدد لصيانة النسب إليه، ولذلك على المحكمة أن تحكم بها وتحدها وتشير إليها في نفس الحكم الذي تقضي فيه بالطلاق حتى وإن كان ذلك بتظلمها وذلك للعبارة المذكور أعلاه، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قررها الصادر في 84/10/22 والذي جاء فيه "متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"²، وحق نفقة العدة ربطه المشرع بمكوث الزوجة في بيت زوجها أي أن هذا الحق يسقط إذا تركت المطلقة مقر الزوجية ولم تقضي العدة فيه دون مبرر شرعي، وتعتبر وكأنها ناشز، وعلى القاضي أن يحكم بنفقة العدة سواء طلبتها الزوجة أو لم تطلبها وذلك لاعتبار أن النفقة هي حق ثابت شرعا من حقوق الزوجية ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعا، أو تنازلت عنها الزوجة صراحة، وعلى القاضي كذلك أن يراعي لحال الطرفين عند تحديده لمبلغ النفقة وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قررها الصادر في 91/06/18 والمذكور سابقا.

1 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 93/04/27، رقم 909047، الموسوعة القضائية لسنة 2000.
2 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 84/10/22، رقم 343327، المجلة القضائية، العدد 03، 1989، ص 69.

ونستنتج من خلال استقراء نصوص المواد 58 ، 59 ، 60 من قانون الأسرة أنه على القاضي عند تقديره لقيمة نفقة العدة أن يأخذ بعين الاعتبار مدتها حسب ما هو مقرر شرعا وقانونا وألا يفوق في تقديرها مدة 10 أشهر من تاريخ الوفاة أو الطلاق على اعتبار أن المشرع اعتبرها أقصى مدة للحمل، أما المعتدة من وفاة فنجد أن المشرع لم ينص على حقها في نفقة العدة على اعتبار أنها لا تستحقها لكن هناك من يرى أن للمتوفى عنها زوجها الحق في نفقة عدة تأخذها من تركة زوجها، أما بالنسبة لنفقة الإهمال التي يحكم بها القاضي يجب عليه أن يراعي في ذلك حال الطرفين في تقديرها والمدة التي بقيت خلالها الزوجة دون إنفاق بحيث تشمل النفقة الغذائية والكسوة وغيرها كما تم بيانه في المطلب الأول من هذا المبحث أي تطبق عليها كافة الأحكام التي تعرضنا لها في هذا المطلب.

المطلب الثالث: مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت.

يعتبر النزاع حول متاع البيت من الآثار المهمة لانحلال الرابطة الزوجية وقد عالج المشرع الجزائري بنص واحد وهو المادة 73 من قانون الأسرة والتي تطرح مجموعة من الإشكالات على القاضي عند تطبيقها وفيها مجال واسع لإعمال سلطته التقديرية، وقد نصت هذه الأخيرة على أنه "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشاركات بينهما يتقسمانها مع اليمين"¹، ومن خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع قد وضع لنا قاعدة عقلانية يعتمد عليها القاضي في تقدير ملكية أثاث البيت بحيث أنه إذا كان لأحد المتنازعين بينة حكم له القاضي بمقتضى البينة، وإن لم تكن لأحدهما بينة على دعواه فالقول قول من يشهد له الظاهر بذلك، أي ما يصلح للرجال عادة كأدوات الصيد وأدوات التجارة وما يتعلق بمهنته، وطلبه الزوج ونازعت فيه الزوجة وأنكرت ملكيته له دون بينة، فإنه يحكم به للرجل مع يمينه، وأن ما يصلح لاستعمال النساء عادة كالحلي وأدوات الخياطة وما شابه ذلك وطلبته الزوجة دون بينة فنزاع فيه الزوج وأنكر ملكيتها له فإنه رغم ذلك يحكم به لها مع يمينها وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قررها الصادر في 92/02/17، ومن الناحية العملية نجد أن النزاع يثور حول ملكية المتاع الذي تجلبه الزوجة معها في زفافها والذي اشترته بالمهر المقدم لها على اعتبار أن العادات تلزم على الزوجة أن تشتري بعض الأثاث من صداقها، رغم أن هذا الصداق ملك لها، فهنا لا يجد القاضي معيارا لتحديد المشترك من الأثاث وما هو معتاد للنساء أو للرجال، ويمكننا القول أن هذا المهر قدم للزوجة نحلة ومنه كافة الأثاث والمتاع الذي أحضرته معها واشترته من المال المقدم لها كصداق هو ملك لها وعلى القاضي أن يحكم، ما لم يثبت الزوج خلاف ذلك بالبينة. وفي حالة ما إذا كان متاع البيت المتنازع عليه يحتمل أن يصلح لاستعمال الرجل والمرأة وليس لكلاهما بينة على امتلاكه فنجد هنا نجد رأيين:

1 المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

*- الرأي الأول هو الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 89/01/16 والذي جاء فيه "إن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه"¹.

*- والرأي الثاني أنه إذا وقع النزاع حول بعض متاع البيت ولم يكن لأحد الخصمين بينة ولم يتمكن القاضي من التفريق بين ما يصلح لاستعمال النساء وما يصلح لاستعمال الرجال، فإن حل هذا النزاع لا يمكن أن يتم إلا بالحكم بتقسيم متاع البيت بينهما منصفة.

والراجح والأصح أنه على القاضي أن يعمل سلطته التقديرية في تحكيم العرف، ويقضي بما يقضي به عرف تلك المنطقة في المعتاد أن تأتي به الزوجة عند زواجها فيحكم لها به وإن تعذر عليه ذلك يأخذ بما جاءت به المادة 73 فقرة 2 من قانون الأسرة بأن المشتركة بين الزوجين ينقسمانها مع اليمين، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرار صادر في 98/04/21، والذي يشترط في المتاع موضوع النزاع أن يكون موجودا ومشاهدا سواء أكان موجودا بمسكن الزوجية أو غيره من الأماكن، وبذلك فإنه لا يمكن إقامة دعوى على متاع غير موجود أي محل إنكار من المدعى عليه بناء على نص المادة 73 المذكورة أعلاه، كأن يقدم أحد الزوجين قائمة تكون محل إنكار من الزوج الآخر، فهنا لا بد من إقامة الدليل على هذه القائمة وإلا توجه يمين النفي للمدعى عليه، أما في حالة عدم إنكار المدعى عليه لموضوع الدعوى ذكرا بأن المدعية قد تسلمت أمتعتها فقد انقلب إلى مدع وبذلك فقد أصبح مطالبا بإقامة الدليل على دعواه، ويقصد بالدليل، البينة أو شهادة الشهود لإثبات ملكية المتاع لأحد الزوجين وعلى القاضي أن يقدر هذه الشهادة، ويسجلها في محضر، والدليل الكتابي في إثبات ملكية المتاع المتنازع عليه هو الفواتير التي تثبت الشراء، وعلى القاضي أن يطلب من المدعي تحديد قيمة الأشياء المتنازع فيها كل على حدا وإذا اختلف في تحديد قيمة الأمتعة بين الزوجين فهناك رأيان، فالرأي الأول يرى أن للقاضي سلطة في تحديد ذلك ولا يجوز له أن يحول سلطته إلى شخص آخر، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 88/04/11 والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه إذا اختلف الزوجان حول قيمة الأمتعة فللقاضي سلطة في تحديد ذلك، ولا يجوز له تحويل سلطته إلى شخص آخر ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون".

أما الرأي الثاني فيرى أن هذه المسألة تعود لأهل الخبرة وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 99/05/18 والذي جاء فيه "تقيم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناع والتجار وليس إلى القضاة"، وهو الرأي الراجح المأخوذ به لأن تحديد قيمة المتاع خاصة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة، مهمة لا بد من اللجوء فيها إلى أهل الخبرة ولا تكفي السلطة التقديرية للقاضي وحدها لتحديدها.

1 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 89/01/16، رقم 522212، المجلة القضائية، العدد 03، 1991، ص 55.

وكما تم ذكره أنه في حالة عدم وجود بيئة جعل المشرع العرف دليل القاضي باعتباره المصدر الثالث للتشريع فنصت المادة 73 من قانون الأسرة على "المعتاد" فهذا اللفظ يقصد به ما جرى عليه العرف في تحديد ما يصلح للنساء من متاع البيت وما يصلح للرجال، فإذا كان المتاع ما يصلح للرجال عرفاً يحكم له به القاضي بعد أداء اليمين من الزوجة والعكس، وإن نكل فهو للزوج الآخر.

إذا تخلف الدليل لدى الزوجة لإثبات إدعائها بوجود المتاع بيت الزوجية عليها أن تحتكم إلى ضمير زوجها و توجه إليه اليمين الحاسمة، إلا أن للقاضي سلطة تقديرية في ذلك فيستطيع منع الخصم من إساءة استعمال هذا الحق و له أن يرفض توجيه اليمين، إذا كانت الواقعة موضوع الحلف ليست متعلقة بشخص الحالف أو ليست منتجة في النزاع.

ويلاحظ أنه عند حضور الزوج أو ورثته أمام القاضي قد يدعون أن الزوجة أخذت المتاع من بيت الزوجية عند خروجها أي ينكرون وجوده بالبيت الزوجي فيرجع القاضي هنا للقواعد العامة للإثبات أي إثبات أن الزوجة أخذت المتاع إما بالكتابة وذلك عن طريق محضر إثبات حالة يحرره المحضر القضائي يشهد فيه بأن الزوجة سلمت متاعها، أو بشهادة الشهود ويجب أن تكون هذه الشهادة واضحة ودقيقة حتى يمكن الاعتداد بها، بأنهم شاهدوا الزوجة وهي تحمل أثاثها إلى بيت أهلها، وفي حالة عدم وجود أي دليل يدعم إدعائه فيمكن له أن يلجأ إلى آخر وسيلة للإثبات وهي توجيه اليمين الحاسمة لزوجته فإن حلفت سقطت دعواه وإن نكلت أو وردت عليه اليمين وحلفها كسب دعواه.

أما في الحالة العكسية أي في حالة إدعاء الزوجة بأنها تركت متاعها بيت الزوجية وطالبت الزوج بإرجاعه لها، فإنها تكون بذلك هي المدعية ويقع عليها عبئ إثبات هذا الإدعاء، إما بالكتابة أو شهادة الشهود إذا لم يكن للزوجة دليل كتابي أو باليمين الحاسمة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 99/03/16 والذي جاء فيه "أن المدعى عليه إذا أنكر الأمتعة المطالب بها، يفرض على قضاة الموضوع توجيه اليمين له على أساس إنكاره لوجود المتاع المطالب به عنده"¹.

واليمين التي يوجهها القاضي تؤدي أمامه بالجلسة وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 97/06/10 والذي جاء فيه "إن اليمين المنصوص عنها ضمن المادة 73 من قانون الأسرة تؤدي بالجلسة أمام قاضي الأحوال الشخصية الفاصل في موضوع النزاع وأن الحكم بأدائها بالمسجد الكبير يعد خطأ في تطبيق القانون"، ومسألة إثارة اليمين تعد من النظام العام يمكن لأي طرف التمسك بها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى في شكل دفع و لو للأول مرة أمام المجلس القضائي ولا يمكن وصف ذلك على أنه طلب جديد، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في اجتهادها الصادر في 94/07/19 والذي جاء فيه "من المقرر قانون أن

1 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر في 99/03/16 ، رقم 216836 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، 2001 ، ص 245.

الدفع المتعلق بعدم تأدية اليمين بشأن الأثاث لا يعتبر طلبا جديدا، بل هو دفع يثار في أي درجة من درجات التقاضي"¹.

وإذا وجهت اليمين إلى الخصم في نزاع أوردت عليه فإن الخصم يقوم بحلف اليمين بنفسه في الجلسة ويمكن تأديتها بحضور محامي الخصم لأن حضور هذا الأخير يغني عن حضور الخصم وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 87/12/07 والذي جاء فيه "كان مؤدى المادة 193 من قانون الإجراءات المدنية أنها توجب حلف اليمين بحضور الخصم الآخر أو بعد تبليغه لحضور الجلسة ، فإن حضور محاميه أثناء تأدية اليمين يغني عن حضور الخصم"، وتجدر الإشارة أن اليمين التي جاءت في نص المادة 73 من قانون الأسرة هي يمين متممة تتم بداية الدليل.

المبحث الثاني: سلطة القاضي التقديرية في النسب و الحضانة.

تعد الأسرة الخلية الأساسية في المجتمع تجب المحافظة على متانتها ووحدتها لقيامها على أسس منظمة، ولما كان الأولاد في هذه الحياة هم عماد المستقبل أولاهم التشريع الإسلامي عناية كبيرة وخصتهم الشريعة الإسلامية بجانب كبير من الاهتمام فشرعت كثيرا من الأحكام المتعلقة بالطفل، ابتداء من الزواج كوسيلة لإنجابهم وإيجادهم فإذا ما ولد الطفل حافظت عليه من الذل وحضنته من الضياع وأبعدته عن العار، فأثبتت له النسب من والديه، وهذا أول حق يثبت له بعد انفصاله عن أمه، فإذا ثبت نسب الولد من والديه تفرع منه العديد من الحقوق الخاصة بالطفل مثل حقه في النفقة والميراث، ويتقدم كل هذه الحقوق حق الطفل في الحضانة لضمان تربيته ورعايته والقيام بكل شؤونه.

وتعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي أقرتها الشريعة الإسلامية، وكذا قانون الأسرة الجزائري لأجل توفير الحماية والرعاية المادية والمعنوية للطفل وذلك نتيجة الوفاة أو الطلاق الذي يمكن أن يحدث بين الزوجين والذي من شأنه أن يؤدي إلى التنازع في مسألة الحضانة بالنسبة للأطفال الناتجين عن هذه العلاقة الزوجية التي لم تستمر والمشاكل التي تطرحها حول مصيرهم ومن يكفلهم وكيفية الاعتناء بهم؟ سنركز في دارستنا على سلطة القاضي التقديرية في إثبات النسب ونفيه، وكذا تقديره للحضانة كالتالي:

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 وذلك في المواد من 40 إلى 46 منه وسنحاول إبراز جال تدخل القاضي في نقطتين أساسيتين:

*- أسباب ثبوت النسب.

1 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر في 94/07/19 ، رقم 109595 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 236.

نص المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة على أن النسب يثبت بالزواج الصحيح أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول، ومن خلال نص هذه المادة فالنسب يثبت بالزواج الصحيح، فالعقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد سواء أثناء قيام الزوجية أو بعد انقضاءها بالطلاق أو الوفاة متى كان الاتصال بين الزوجين ممكنا، ولم يكن الزوج قد نفاه بالطرق المشروعة، ويكون العقد صحيحا إذا كان مستوفيا لجميع أركانه وشروطه التي نص عليها المشرع في المواد 09 و 09 مكرر في قانون الأسرة والزواج الصحيح يسمى في الفقه الإسلامي بالفراش، فالولد لصاحب الفراش أي الزوج.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة على أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة، وتعني إمكانية الاتصال بين الزوجين حدوث التلاقي بينهما فعلا كما قال أصحاب المذاهب الثلاث المالكية والشافعية والحنبلية، كما يشترط أن يكون الزوج ممن يأتي منه الحمل بأن يكون بالغاً أو مراهقاً على الأقل وخالياً من العيوب التي تحول دون الاتصال بالزوجة بصفة كلية، كما نص المشرع الجزائري في المادة 45 من قانون الأسرة على جواز اللجوء للتلقيح الاصطناعي وقيده بمجموعة من الشروط لا تخالف الشريعة الإسلامية¹.

كما يشترط حسب نص المادة 42 من قانون الأسرة أن يولد الجنين بين أدنى مدة الحمل وهي ستة أشهر وأقصاها وهي عشرة أشهر لكن السؤال الذي يطرح نفسه، ما هي الشهور المعتمدة في حساب أقصى مدة الحمل هل هي الشهور القمرية مثلما قال به الفقهاء أم هي الشهور الشمسية؟، لم يجب المشرع الجزائري عن هذا السؤال إلا أن القضاء الجزائري يعتد بالأشهر الشمسية وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراهاها الصادر في 98./11/17²

إضافة إلى شرطي إمكانية الاتصال وولادة الولد بين أدنى وأقصى مدة الحمل، أضاف المشرع الجزائري شرطا ثالثا لثبوت النسب بالزواج الصحيح وهو عدم نفي نسب الولد من قبل الزوج بالطرق المشروعة، وهذا ما نصت عليه المادة 41 من قانون الأسرة، غير أن المشرع لم يحدد الطرق المشروعة لنفي النسب لذا وجب على القاضي الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة وبالرجوع لهذه الأحكام نجد أنها حصرت نفي النسب في طريق واحد يتمثل في اللعان، ويعرّف اللعان على أنه كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف وألحق العار به أو إلى نفي الولد، ويشترط الفقهاء لصحته أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

01/- قيام الزوجية الصحيحة بين المتلاعنين، سواء دخل بها أم لا، وبذلك لا يقع اللعان إذا كان الزواج باطلا أو فاسدا.

1 المادة 40 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

2 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 98/11/17، رقم 210478، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 85.

02- أن يكون كل من الزوجين عاقلا، بالغا، وألا يكون هذا النفي سبقه إقرار بهذا الولد سواء كان إقرار صريحا أو ضمنيا بالقول أو بالفعل.

03- ألا يكون للزوج بينة أخرى لإثبات زنا زوجته وإن تكون الزوجة ناكرة لذلك إنكارا صريحا واضحا، وإذا تم اللعان، يفرق القاضي بين الزوجين فرقة مؤبدة وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

لكن ما يأخذ على نص المادة 41 من قانون الأسرة أنها لم تبين الإجراءات الواجب إتباعها في طريقة نفي الولد باللعان كما أنها لم تحدد المدة التي يتم فيها اللعان ولا المكان الذي يتم فيه بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية يتم اللعان بأن يحلف الزوج بالله أربع مرات أنه لصادق فيما يتهمها به أن الولد ليس منه، ويقول في الخامسة أن غضب الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم بعد ذلك تحلف الزوجة أربع مرات بالله أنه لمن الكاذبين فيما اتهمها به وتقول في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين¹، أما عن مدة اللعان فقد قررت المحكمة العليا في القرار الصادر في 89/10/20، أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا"، إلا أننا وجدنا قرارا آخر للمحكمة العليا صادر في 85/02/25 حيث تقرر "أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرجت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا"، والراجح هو الرأي الذي أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 98/08/20 حيث تعطي للزوج مدة معقولة للقيام بالإجراءات اللازمة لرفع الدعوى، وبالنسبة لمكان الملاعنة فقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 97/10/28 إلى أن اللعان لا يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق²، وعمليا يلاحظ أن القاضي يصدر حكما قبل الفصل في الموضوع بتعيين محضر قضائي لحضور جلسة اللعان مع تحديد المسجد وتاريخ الجلسة وتوضيح صيغة اللعان.

والسؤال الذي يطرح نفسه هل يمكن نفي النسب بواسطة الطرق العلمية للإثبات وهل تدخل هذه الأخيرة ضمن الطرق المشروعة التي نصت عليها المادة 41 من قانون الأسرة؟ فبالرجوع إلى نص المادة 40 نجد أنها أجازت للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب لكنها لم تتكلم عن نفيه ونحن نرى أنه بمفهوم المخالفة لهذا النص يمكن للقاضي اللجوء للطرق العلمية لنفي النسب وسنبين الطرق العلمية التي يمكن للقاضي اللجوء إليها عند تناولها لمسألة طرق إثبات النسب.

كل هذا عن ثبوت النسب عند قيام الرابطة الزوجية، أما مسألة ثبوت النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية لا بد أن نشير لمسألة ثبوت ولد المطلقة بعد الدخول فالمشرع أشار في المادة 43 من قانون الأسرة أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، وأشار في المادة 43 من قانون الأسرة أن الولد ينسب لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، في حين أن المادة 60 من قانون الأسرة أشارت أن أقصى مدة الحمل 10 عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة والسؤال الذي يطرح نفسه هل المدة القصوى للحمل يبدأ

1 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج و الطلاق، مرجع سابق، ص 374.

2 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 97/10/2، رقم 172379، عدد خاص، 2001، ص 70.

حسابها من تاريخ صدور الحكم بالطلاق أو من تاريخ الانفصال الفعلي بين الزوجين؟، فطبقاً للقواعد الشرعية يبدأ حساب هذه المدة من تاريخ الانفصال الفعلي بين الزوجين.

وما تجدر الإشارة إليه أنه على القاضي أن يتأكد قبل إلحاقه للنسب من توافر أركان وشروط الزواج وهذا ما هو معمول به في قضايا إثبات الزواج العرفي وإلحاق النسب، إضافة أن نكاح الشبهة يمكن أن يثبت النسب به حسب نص هذه المادة، وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد أن المشرع كان يتكلم عن الوطاء بشبهة، فنحن نرى أن عبارة النكاح بشبهة لم تكن في محلها لأن هذا الأخير ما هو إلا صورة من صور الزواج الفاسد والذي هو أيضاً سبب من أسباب ثبوت النسب.

*- طرق إثبات النسب.

الإقرار هو طريق من طرق إثبات النسب ويوجد هناك الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة كأن يدعي أب أو أم بنوة ولد معين أو يقوم ولد بإدعاء أمومة امرأة معينة أو أبوة رجل معين، وهناك الإقرار في غير الأبوة والأمومة ومثال ذلك أن يقر شخص بأن شخصاً آخر أخوه أو ابن عمه، والفرق بين النوعين أن النسب يثبت مباشرة بالإقرار المجرد مادامت شروط الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير قد توافرت، أما الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير فلا يثبت به النسب مباشرة وإنما لا بد من البينة.

بالنسبة لإثبات النسب عن طريق البينة فقد رفضت المحكمة العليا في القرار الصادر في 99/06/15، إجراء فحص الدم واعتماده كدليل لإثبات النسب وهذا معناه أنها لم تأخذ بالمعنى العام للبينة كونه يشمل الكتابة والقرائن، وأخذت بالمعنى الخاص، أي شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة¹، لكن بعد التعديل الأخير الذي طرأ على نص المادة 40 من قانون الأسرة أضاف المشرع الطرق العلمية كدليل لإثبات النسب.

بالنسبة لإثبات النسب بالطرق العلمية فالمشرع لم يحدد لنا هذه الطرق ولم يحدد لنا صورها علماً أن الأبحاث العلمية في هذا المجال أثبتت وجود نوعين من الطرق العلمية يتصف الأول منها بأنه ظني الثبوت ولا يقدم سوى مجرد احتمالات ومثال ذلك نظام فحص الدم، وهناك طرق أخرى قطعية الإثبات كالبصمة الوراثية وهذه الأخيرة هي التي قصدتها المشرع، والسؤال الذي يمكن طرحه في هذا الصدد، هل يوجد تعارض بين لجوء الزوجة لاستخدام الطرق العلمية لإثبات نسب مولودها من الزوج وبين طلب الزوج إجراء اللعان؟. الإجابة على هذا التساؤل متعلقة بالقاعدتين الأصوليتين التاليتين أن اليقين لا يزول بالشك قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، وعليه يمكن القول أن اللعان ليس من لزومه نفي النسب، لأن اللعان يقوم بنفي النسب على الشك لا على اليقين، على عكس ما تؤكد البصمة الوراثية.

1 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 15/06/1999، رقم 22274، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 88.

بقيت مسألة غاية في الأهمية متعلقة بسلطة القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب ومدى حجيتها، حيث أنه طبقاً للقواعد العامة فالخبرة القضائية بالنسبة للقاضي من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية، فله أن يصادق على تقرير الخبير كلياً أو جزئياً كما له أن يحكم من دونه، لكن يرى البعض إمكانية الخروج عن هذه القاعدة فيما يتعلق بالخبرة العلمية في مجال إثبات النسب استناداً إلى القيمة العلمية لهذه الطرق ونتائجها القطعية كالبصمة الوراثية مثلاً.

وفي ختام هذا المطلب لا بد أن نشير أن هناك قاعدة فقهية اعتمدها المحكمة العليا في العديد من قراراتها، تمكّن من إثبات النسب حتى مع الشك، فعلى القاضي أن يبحث بشتى الطرق وأن يحاول إثبات نسب الطفل بذلك لأن النسب حق من حقوق الله وحتى لا تترك هذا الصغير من دون نسب لأن في ذلك آثار جد وخيمة عليه وعلى المجتمع وهذه القاعدة هي قاعدة إحياء الولد.

المطلب الثاني: مجال تدخل القاضي في الحضانة.

الحضانة هي القيام بتربية الطفل الذي لا يستقل بأمره وذلك برعاية كافة شؤونه من تدبير طعامه وملبسه وتنظيفه ووقايته مما يعرضه للهلاك والضرر، وقد عرفتها المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بنصها الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك¹، وقد نظم المشرع الجزائري مسألة الحضانة كأثر من آثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الأول في قانون الأسرة الجزائري وذلك في المواد من المادة 62 إلى المادة 72.

وباستقراء مجمل نصوص هذه المواد نجد أن المشرع الجزائري فتح الباب واسعاً للقضاة لإعمال سلطتهم التقديرية باعتماده أساساً على مصلحة المحضون كعيار أساسي لمعالجة القضايا المتعلقة بالحضانة، ولذلك سنحاول إبراز دور القاضي في مسألة الحضانة وذلك في النقاط التالية:

***- دور القاضي في إسناد الحضانة.**

بالرجوع إلى نص المادة 62 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه في فقرتها الثانية نجد أن المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الأهلية ولا يقصد هنا بلوغ سن الرشد أي 19 سنة، فالأهلية هنا هي القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوفة بالمخاطر تتعلق بحضانة الطفل والقاضي هو الذي يحدد الشروط ومدى توافرها في الشخص الذي تستند إليه الحضانة وذلك وفقاً لما يتمتع به من سلطات واسعة في هذا المجال، والمشرع لم يحدد له شروطاً ومواصفات محددة وما عليه إلا الاعتماد على نص المادة 222 من قانون الأسرة وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي نجد أنها فصلت في شروط الحاضن ونذكر منها:

1 المادة 62 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

أولاً: شرط العقل: وهذا الشرط يتماشى والمنطق فلا يعقل أن يتولى المجنون حضانة طفل لأنه في حد ذاته في حاجة إلى من يتولاه ويرعى شؤونه وبالتالي لا يكون له تولى شؤون غيره، وعليه فلا بد أن يتأكد القاضي من السلامة العقلية للحاضن وألا يجرم صاحب الحق في الحضانة منها إلا بعد أن يثبت بالدليل عدم سلامته العقلية وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 202/02/13 والذي جاء فيه "إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقلياً دون إثبات هذا المرض يعد انعداماً في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقص دون إحالة"¹.

ثانياً: شرط البلوغ: الصغير الذي لا يتولى شؤون نفسه لا يمكن الاعتماد عليه لتولي شؤون غيره لأن الحضانة مهمة شاقة وليست بالأمر الهين، لذلك يشترط في الحاضن أن يكون بالغاً والمقصود بالبلوغ في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني وهو تمام 19 سنة حسب نص المادة 40 من القانون المدني.

وتجدر الإشارة هنا أن القاصرة التي تحصلت على الترخيص بالزواج من طرف رئيس المحكمة تعتبر أهلاً لتحمل المسؤولية الناتجة عن الزواج ويمكنها حضانة أولادها إذا توفرت فيها باقي الشروط وهذا استناداً على نص المادة 7 من قانون الأسرة التي جاء في فقرتها الثانية "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والالتزامات".

ثالثاً: شرط الأمانة على الأخلاق: الأمانة على الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلاً للممارسة الحضانة، فالحاضن الذي لا يقيم وزناً للأخلاق لا يكون أهلاً للحضانة لأنه غير أمين على نفس الطفل وخلقه، فالأم التي ترتكب جريمة الزنا مثلاً تسقط حضانتها على أولادها وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 97/09/30 والذي جاء فيه "من المقرر شرعاً وقانوناً أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين في قضية الحال أن قضية الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة"²، وعليه لا بد أن يتأكد القاضي من استقامة الحاضن وحسن سلوكه وأخلاقه قبل منحه الحضانة.

رابعاً: شرط القدرة: يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة المحضون في كل الجوانب والاعتناء بشؤونهم والسهر على سلامتهم الجسدية والخلقية فلا تكون الحضانة مثلاً لمسناً عاجزاً عن القيام بشؤون نفسه فما بالك بشؤون الغير أو المريض بمرض يقعده الفراش كالمشلول مثلاً، أو مصاب بمرض معدي وخطير من شأنه أن يؤذي المحضون، وقد تكلم القرار الصادر عن المحكمة العليا في 84/07/09، عن شرط القدرة والذي جاء فيه "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثمة فإن

1 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 2002/02/13، رقم 265727، المجلة القضائية، عدد 02، 2004، ص 432.

2 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 97/09/30، رقم 171684، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001،

القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي، ولما كان الثابت في قضية الحال أن الحضانة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضية الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال، قد حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ".

خامساً: شرط الإسلام: أكدت المادة 62 من قانون الأسرة على أن يربي المحضون على دين أبيه ولكن هل يشترط أن يكون الحاضن مسلماً، وهنا اختلفت آراء الفقهاء في هذه المسألة فمنهم من قال بجرمان الحضانة من الحضانة لاختلاف الدين كالحنابلة والشافعية ومنهم من قال أن المحضون يبقى مع الحضانة الكافرة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعاً، فإن خيف على المحضون من الحضانة أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد وهذا الرأي هو رأي الإمام مالك، ونحن نميل إلى رأي الإمام مالك، لأن مناط الحضانة هو الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين وهذا هو الرأي الذي أخذت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومثال ذلك القرار الصادر في 89/03/13 والذي جاء فيه "من المقرر شرعاً وقانوناً أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إن خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشرعية والقانونية"، ومن خلال هذا فالقاضي هو الذي يقدر تأثير الحضانة على دين المحضون، فإن تبين له ذلك أسقط الحضانة عنها وإن تبين أنه لا خوف على دينه فيعطى الحضانة ولو كانت كافرة.

إذا كان الحاضن رجلاً يشترط أن يكون محرماً للمحضون إن كانت أنثى، لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذا الشرط إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية فصلوا فيه تفصيلاً وافياً، فقد حدد الحنابلة والحنفية سن المحضونة بسبع سنين تفادياً للخلوة بها لعدم المحرمية وإن بلغت البنت حد الفتنة لم تعط له بالاتفاق لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة لا يكون لغير المحرم حضانة البنت ومثال ذلك حضانة ابن العم لبنت عمه، وأجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم وإبقائها عنده بأمر القاضي إذا كان مأمون عليها، ولا يخشى عليها الفتنة منه والخوف من الفتنة أو عدمه يحدده القاضي وفقاً لمعطيات كل قضية مطروحة بين يديه¹.

*- سلطات القاضي في إسقاط الحضانة.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أنه حدد حالات سقوط الحضانة وسنحاول التطرق لبعض الحالات مبرزين الدور الهام الذي يلعبه القاضي في ذلك حيث نصت المادة 66 من قانون الأسرة على ما يلي "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، ومن استقراء نص هذه المادة يمكن أن نطرح بعض التساؤلات فهل سقوط الحضانة عن الحضانة بزواجها بغير قريب محرم

1 وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 732.

يكون في كل الحالات؟ وهل يعتبر هذا الزواج تنازلا اختياريا عن الحضانة أم أنه غير اختياري؟ وفي حالة التنازل على الحضانة هل يمكن إجبارا المتنازل عليها؟، كما أن المشرع الجزائري لم يعطي إجابة واضحة على هذه التساؤلات وما على القاضي إلا أن يجيب عليها وفقا لما له من سلطة تقديرية، فزواج الحضانة بغير قريب محرم يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة وهذا حسب نص المادة 66 من قانون الأسرة وحسب العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا ومثال ذلك القرار الصادر في 86/05/05 والذي جاء فيه "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحضانة ولو كانت أما. أخرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة"¹، وسقوط الحضانة يكون بزواج الحضانة بغير قريب محرم كقاعدة عامة، إلا أن لهذه القاعدة استثناءات فالقاضي لا يحكم بسقوط الحضانة مباشرة بمجرد زواج الحضانة وإنما عليه أن يراعي مصلحة المحضون، فلو لم يقبل المحضون غير حاضنته أما كانت أو غيرها، وأصر على البقاء معها فهل إسقاط الحضانة عنها فيه مصلحة للمحضون، ونرى أنه لا مانع من عدم إسقاط الحضانة عن الحضانة لزواجهما بغير قريب محرم إذا كان في ذلك مصلحة للمحضون وتأكد القاضي من تمسك المحضون بالحضانة وكان الزوج رجلا مستقيما محمود الأخلاق لا يخشى منه على المحضون أو أنه ليس للمحضون حاضن غير أمه التي تزوجت بغير قريب محرم أو له حاضن آخر غير أمين عليه وهناك استثناء وضعه المالكية على سقوط الحضانة عن الحضانة التي تزوجت بغير قريب محرم وهو أن تكون هذه الأخيرة الحضانة وصية على المحضون، لأن حق الوصاية لا تسقطه الزوجية ويحصر هذا الاستثناء في الأم الحضانة فقط، فقد قال الإمام مالك إن المرأة الوصي على أولادها لا تسقط حضانتها بتزوجها ولا ينزع منها، وهو الرأي الغالب وقال رأي بامتداد هذا الحكم ولو كانت المرأة الوصي غير الأم.

وبالنسبة لمسألة اعتبار زواج الحضانة بغير محرم تنازلا اختياريا عن الحضانة أو تنازلا غير اختياري وبالتالي حقها في المطالبة بالحضانة بعد سقوطها عنها من عدمه مسألة لم يتطرق إليها المشرع الجزائري وحتى المحكمة العليا لم تستقر على رأي واحد فهناك قرارات تعتبر أن هذا الزواج تنازل اختياري عن الحضانة ومثال ذلك القرار الصادر في 90/02/25 والذي جاء فيه "ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائنا واختياريا يكون قد خالف القانون".

كما أن هناك قرارات أخرى تعتبر أن سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها من المطالبة باستعادة الحضانة واعتبرت أن هذا الزواج هو سبب غير اختياري لسقوط الحضانة ومثال ذلك

1 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 86/05/05، رقم 40438، العدد الثاني، 1989، ص 75.

القرار الصادر في 98/07/21 والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال بسبب سقوطها غير الاختياري".

ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون¹، ومن خلال هذا فهل زواج الحاضنة من غير قريب محرم يعد سببا اختياريا لسقوط الحضانة أم أنه سبب غير اختياري لذلك؟، وهل يحق للحاضنة التي سقطت عليها الحضانة أن تطالب بها بعد طلاقها أو وفاة زوجها؟.

طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن آراء الفقهاء اختلفت في هذه المسألة كالمالكية الذين انقسموا إلى فئتين فمنهم من قال لا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بالتزويج بعد الطلاق لها أو موت زوجها وهذا لأن الحضانة حق للحاضن حسب هذا الرأي، وهناك رأي يقول أن زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون إنما يسقط حقها في حال تزوجها فإن طلقها الزوج أو مات عنها، رجعت في ولدها لأن تزوجها ليس رضا منها بترك الولد، لأن النكاح مما تمس الحاجة إليه كالطعام و الشراب فأشبهه إذا مرضت وضعفت عن الحضانة، أن الولد يأخذ منها لهذه العلة، فإذا ارتفعت العلة عادت الحضانة إليها وأخذت ولدها.

أما عن رأي الأحناف والحنابلة والشافعية فقد اتفقوا على أن من سقطت حضانتها بالتزويج يعود إليها حقها في الحضانة إذا ارتفعت الزوجية.

وعليه فاختلاف قرارات المحكمة العليا حول اعتبار الزواج سببا اختياريا لإسقاط الحضانة أم لا مرده الاختلاف بين الفقهاء، ونرى أن الرأي القائل بحق المرأة التي تسقط حضانتها بالزواج من غير محرم في المطالبة بالحضانة بعد الطلاق أو وفاة الزوج، أكثر ملاءمة للظروف التي نعيشها اليوم فليس من السهل على المرأة أن تعيش مطلقة أو أرملة دون أن يكون لها رجل يساعدها على مجابهة مصاعب الحياة كما أن هذا الرأي ليس فيه أي إجحاف لحق المرأة و اتفق عليه غالبية الفقهاء².

فإذا تزوجت سقط حقها في الحضانة وإن زال هذا الزواج لسبب من الأسباب عاد لها حقها وهذا اعتمادا على القاعدة الفقهية التي تقول إذا زال المانع عاد الممنوع، والقاضي هنا له مطلق السلطة التقديرية في إعادة الحضانة للأم من عدمه فلو رأى المحضون كبر وترعرع في كنف أبيه بعد زواج أمه لعدة سنين مثلا، أو أن المحضون يرفض العودة لأمه والعيش من أبناء رجل آخر خوفا منهم فالقاضي هنا لا يعيد الحضانة للأم إذ قدر أن مصلحة المحضون تقتضي بقاءه مع والده، فالقاضي يصدر الحكم وفقا لمعطيات كل قضية وطبقا لمصلحة المحضون.

1 أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 122.

2 أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 123.

بالنسبة لمسألة إجبار المتنازل عن الحضانة عليها، فالقاعدة أن حق الحضانة يسقط إذا تنازل عنه صاحبه اختياريا ولا يقبل طلب استرجاعها وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومثال ذلك القرار الصادر في 89/03/27 والذي جاء فيه "من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة وإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون"، إلا أن لهذه القاعدة استثناءات، فلو كان في هذا التنازل إضرارا بالمحزون يرفضه القاضي ويجبرها على الحضانة ومثال ذلك أن يكون المحزون رضيعا في حاجة ماسة إلى أمه أو في حالة عدم وجود حاضن آخر غير الأم وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومثال ذلك القرار الصادر في 88/12/19 والذي جاء فيه "من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة"¹، وبناء على هذا فالقاضي إذا طرحت أمامه مسألة التنازل على الحضانة فعليه أن يبحث عن الآثار المترتبة عن هذا التنازل على المحزون وله مطلق السلطة التقديرية في قبول هذا التنازل من عدمه وفقا لما يراه مناسباً لمصلحته (المحزون).

هناك حالة أخرى منح فيها المشرع للقاضي مطلق السلطة التقديرية في إثبات الحضانة أو إسقاطها وهي حالة الشخص الموكول له حق الحضانة الذي يريد أن يستوطن في بلد أجنبي فقد نصت المادة 69 من قانون الأسرة 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 المحزون".

وعليه فعلى القاضي عند النظر في هذه المسألة أن ينظر إلى رأي الأبوين وظروفهما ومصلحة المحزون، وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا في 93/06/23 والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحزون، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة، لقاضي بإسناد الحضانة بالجائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه هو نفسه يقيم بفرنسا، وعليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين ومصلحة المحزون قبل وضع أي شرط، وما دام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون فإن قرارهم استوجب النقض الجزئي"، كما على القاضي أن ينظر إلى الدولة التي

1 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 89/03/27، رقم 53340، العدد الثالث، 1990، ص 85.

سينتقل إليها الحاضن بالمحزون ومدى تأثير المجتمع الجديد على هذا الأخير وما إذا كانت هذه الدولة مسلمة أم لا، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 89/12/25 والذي جاء فيه "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصها على الأولاد في الجزائر فإنه من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة".

لكن هناك نقطة متعلقة بسفر الحاضن بالمحزون داخل التراب الوطني لم يتطرق إليها المشرع الجزائري ولم يبين إذا كان ذلك من أسباب سقوط الحضانة أم لا، لكن بالرجوع إلى قرارات المحكمة نجد أنها تناولت هذه المسألة في العديد من قراراتها وصدر عنها اجتهاد قضائي في 86/09/22 والذي جاء فيه "من المستقر فقها وقضاء أن بعد المسافة لصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضون لا يكون أكثر من ستة برود، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون"¹.

وبخصوص المسافة الواردة في الاجتهاد القضائي الوارد أعلاه هي التي قال بها المالكية في أحد أقوالهم والبريد الواحد يساوي 12 ميلا، والميل عبارة عن 1852 متر فتكون الستة برود $6 \times 12 \times 1852 = 130$ كيلومتر و 400 متر²، كما أنه عند الرجوع إلى آراء الفقهاء نجد أنهم دائما يتشربون مسافة قريبة، والعلة في ذلك هي تمكين الأب من ممارسة حقه في رعاية ابنه والمحافظة عليه، ولا يغير من واقع هذه المسافة، تغير وسائل المواصلات وسرعتها فالمقصود من تحديد المسافة كما يظهر من أقوال الفقهاء هو القرب، حيث أن رؤية المحزون من قبل الأب ليست هدفا لذاتها لكنها جزء من الهدف، وإنما المقصود من الرؤية هو الإشراف والتعليم والتأديب ومتابعة مصالح الصغير، وكل هذا لا يأتي بمجرد وصول الأب ليشاهد ابنه لوقت قصير ثم يعود، لذا يجب على القاضي قبل الفصل في مسألة إسقاط الحضانة من عدمه أن يراعي كل هذه الاعتبارات مع تركيزه على مصلحة المحزون³.

*- مجال تدخل القاضي في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وتنظيم حق الزيارة.

أورد المشرع الجزائري ترتيب الحاضنين في المادة 64 من قانون الأسرة و ذلك بنصها على أن "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحزون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". وهذا الترتيب لا يجوز مخالفته إلا استثناء وببناء على مصلحة المحزون وقد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 98/03/17 والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخافة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة إلا إذا أثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة"، ولكن السؤال الذي

1 أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 140.

2 محمد سمارة، مرجع سابق، ص 404.

3 أحمد نصر الجندي، نفس المرجع السابق، ص 142.

يطرح نفسه ماذا قصد المشرع بعبارة الأقربون درجة؟، وما هو الترتيب الذي يعتمده القاضي بينهم الأقربون درجة؟.

فهنا ما على القاضي إلا الاعتماد على نص المادة 222 والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وبالرجوع إلى هذه الأحكام وجدنا اختلافا كبيرا بين الفقهاء في هذه المسألة، فمنهم من يرى أن لذوي الأرحام حضانة، ومنهم من ينفي حضانة ذوي الأرحام، ومنهم من يقدمون الأشقاء أولا ثم الذين لأم ثم الذين لأب، ومنهم من يقدم الذين لأب على الأخوة لأم، وهذا ما يجعل مهمة القاضي صعبة للغاية في تحديد معنى عبارة الأقربون درجة الواردة في المادة 64 من قانون الأسرة، ونرى أن القاضي عند نظره في هذه المسألة عليه أن ينظر إلى مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، أما عن المذهب الذي يعتمده فما دام المشرع أحاله في المادة 222 من قانون الأسرة إلى الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها، فهو حر في اختيار المذهب الذي يراه مناسبا وفقا لما له من سلطة تقديرية، ونميل إلى الرأي الذي أخذ به شيخ الإسلام ابن تيمية وذلك لوضوح حجته فهو يرى أن في الحضانة يقدم أقرب الأقارب من الطفل، وأقومهم بصفات الحضانة، فإذا اجتمع اثنان فأكثر، فإن استوت الدرجة قدمت الأنثى على الذكر، فتقدم الأم على الأب والجدة على الجد والعممة على العم والأخت على الأخ، فإن كانا ذكرا أو أنثيين قدم أحدهما بالقرعة عند استواء درجتهما، وعند اختلاف الدرجة إن كانا من جهة واحدة قدم الأقرب فتقدم الأخت على ابنتها وهكذا، ولا حضانة للأخ لأم بحال لأنه ليس من المعصبات وكذلك الحال¹، ولكن كان من الأفضل لو أن المشرع 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 أن المشرع ألزم القاضي في نفس المادة 64 عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة لكنه لم يبين لنا كيفية ممارسة هذا الحق ولا ضوابطه.

ونرى أن كل هذا يرجع لتقدير القاضي حسب معطيات كل ملف ولا بد أن يكون تحديد حق الزيارة تحديدا مرنا وفقا لما تقتضيه حاله المحضونين، ومن المفيد الإشارة هنا إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا في 90/04/16 والذي جاء فيه "متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على القاضي حينما يقضى بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي يترتب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون"²، كما أنه يجب على القاضي عند ترتيبه لحق الزيارة ألا يضع شروطا قد تتعارض مع الهدف من هذا الحق ومثال ذلك تحديد مكان ممارسة حق الزيارة بيت الزوجة المطلقة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في

1 محمد سمارة، مرجع سابق، ص 405.

2 محمد سمارة، مرجع سابق، ص 385.

قرارها الصادر في 98/12/15،¹ وبالرجوع إلى أحكام الشرعية الإسلامية فالفقهاء لم يضعوا طريقا لتنظيم حق الرؤية (الزيارة)، ولذلك يجب دفعا للضرر أن يراعي القاضي عادات الناس وعرفهم في استعمال هذا الحق، وأن ينظر إلى مصلحة صاحب الحق في الزيارة حتى يتمكن من مراقبة لمحضون والاطمئنان على أحواله وإشباع غريزته العاطفية من التمتع برؤية ولده كما يجب عليه النظر إلى مصلحة المحضون. كما لا بد أن نشير إلى ما ورد في المادة 65 من قانون الأسرة بخصوص المدة المحددة لممارسة الحضنة وسلطة القاضي في تمديد حضانة الذكر إلى 16 سنة بالنسبة للذكر إذا كانت الحاضنة هي الأم، ولم تتزوج. فهل يستطيع القاضي تمديد حضانة الذكر إلى 16 سنة إذا لم تكن الحاضنة أمه وكانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك؟.

يمكن للقاضي ذلك وفقا لما يتمتع به من سلطة تقديرية في هذا المجال لأن الأساس الذي تقوم عليه الحضنة هو مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى.

من خلال كل ما تقدم فالمتمتع في جل مواد قانون الأسرة المتعلقة بالحضنة، وكذا أغلب إن لم نقل كل قرارات المحكمة العليا المتعلقة بنفس المسألة، يجد عبارة مصلحة المحضون واردة فيها إلا أنه لا يجد تعريفا واضحا 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 فإن لهذه القاعدة مميزات وخصائص يمكن إبرازها فيما يلي:

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

ثانيا: قاعدة مراعاة مصلحة المحضون قاعدة قابلة للتغير فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في وقت آخر، وعلى هذا الأساس وضع المشرع حالات من خلالها يمكن إسقاط الحضنة على الحاضن مراعاة مصلحة المحضون.

ويحكم قاعدة مصلحة المحضون عنصران أساسيان هما: تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية للمحضون، وتحقيق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل، فمناط الحضنة هو المصلحة المعنوية بالدرجة الأولى ولا يختلف اثنان على أن الطفل حتى ينمو نموا سليما سواء جسديا أو عقليا أو نفسيا لا بد أن تؤمن له الاستقرار النفسي ونلبي حاجته الفطرية للعطف والحنان.

ومن هنا فالطفل الذي يغير مسكنه من مكان إلى آخر، ويتغير حاضنه من حاضن إلى آخر سيعيش اضطرابا نفسيا حادا لا محالة، والقاضي هنا عليه أن يكون محللا نفسيا قبل أن يكون قاضيا وعليه

1 محمد سمارة، نفس المرجع السابق، ص 389.

أن يضع نصب عينية 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 إلى ما هو أصلح للمحضون وخير دليل على ذلك الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة في 97/02/18 والذي جاء فيه "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع أعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون، مما يستوجب رفض الطعن"¹، وحتى يتمكن القاضي من تكوين قناعته وتقدير مصلحة المحضون تقديرا سليما يمكنه اللجوء إلى العديد من الوسائل قبل إصدار حكمه والتي نذكر منها:

01/- التحقيق والمعاينة: للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع وتحديد أيهم أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما له الاعتماد على الوثائق المقدمة من الأطراف وهذا لجمع أكبر قدر من المعلومات التي تساعد للوصول إلى القرار الصائب.

02/- الاستعانة بالخبراء: ويمكن للقاضي الاعتماد على نص المادة 125 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والتي تناولت موضوع الخبرة ومن قبيل الخبراء الذين يمكن للقاضي الاعتماد عليهم المرشدة الاجتماعية، وذلك لتحديد مصلحة المحضون بل أن تعين المرشدة الاجتماعية قد يكون إلزاميا في بعض الحالات وهذا جاء في اجتهاد المحكمة العليا الصادر في 99/05/18 والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون، و متى تبين في قضية الحال أن الزوجة أسندت لها حضانة أبنائها الأربعة بأحكام مع الحكم على والدهم بتوفير سكن لممارسة الحضانة، وبعد ملاحظة المطعون ضده (الأب) في عدم توفير السكن، أصبح يدفع بكون الطاعنة لم تسع في التنفيذ (ممارسة الحضانة) مدعيا أنه يمارس الحضانة الفعلية، فإن القضاة بقضائهم بإسقاط الحضانة على الأم طبقا لأحكام المادة 68 من قانون الأسرة وعدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد و عدم الإشارة لجنس الأولاد و أعمارهم، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، مما يتعين نقص القرار المطعون فيه".

03/- الاستماع إلى أحد أفراد العائلة: يجوز للقاضي أن يطلب حضور، أقارب الخصوم، أو أصحابهم، أو زوج أحد الخصوم إضافة إلى أخوة وأخوات وأبناء عمومة الخصوم وغيرهم من الأقارب كل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات لتحديد الأمثل لمصلحة المحضون وهذا عملا بأحكام المادة 150 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

1 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 97/02/18، رقم 153640، المجلة القضائية، العدد 01، 1997، ص 39.

ولابد أن نشير هنا أنه من الأفضل استبعاد شهادة الأطفال المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم، إضافة إلى أن شهادتهم قد يدلون بها بنوع من الخوف أو تحت تأثير الضغط، وهذا بدوره قد يؤثر على الاختيار الموفق.، كما أن الطفل عادة يختار من يساعده على اللعب وعدم الاكتراث وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا في 82/10/21 نقض قرار صادر من مجلس قضاء قسنطينة والذي اعتمد على رفض المحضونين الالتحاق بأبهما وعلى رغبتها في البقاء عند جدتها لأبيها، فاعتبرت المحكمة العليا هذا الموقف مخالف لقواعد الشريعة والقانون الوضعي¹.

الخاتمة:

ما يمكن أن نخلص إليه في نهاية هذا الموضوع أن قانون الأسرة الجزائري له العديد من المميزات التي تميزه عن أغلب القوانين العربية والإسلامية المتعلقة بالأحوال الشخصية، فهذا القانون فتح المجال واسعا أمام القاضي لحل كل نزاع قد يطرح أمامه بما له من سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال فالحلول القضائية وإن كانت تعبر عن إرادة المشرع أو تهدف إلى ذلك إلا أن للطابع الشخصي وقدرات القاضي نصيب فيها، إضافة إلى مرونة نصوصه وعدم أخذه بمذهب محدد من المذاهب الفقهية المختلفة وإنما استنبط أحكامه من أغلب المذاهب وهذا ما يسميه فقهاء الشريعة الإسلامية بالاجتهاد الانتقائي، كما أنه أحال القاضي في حالة عدم وجود النص القانوني إلى الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها أيضا، وهذا وإن كان نقطة إيجابية تسمح للقاضي بإيجاد الحلول المناسبة إلا أنه يجعل من مهمته صعبة ومعقدة للغاية خصوصا وأنه يستوجب على القاضي القيام بالتكوين الفقهي الكامل والشامل في كل مذاهب الشريعة الإسلامية.

فهمة قاضي شؤون الأسرة الجزائري ليست بالمهمة البسيطة إضافة إلى وجوب تمكنه من القانون بكل فروع فعلية التعمق في دراسة الشريعة الإسلامية بمختلف فروعها ومذاهبها، عليه معرفة عادات وتقاليد وأعراف المنطقة التي يمارس بها مهامه إضافة إلى وجوب تمكنه من التأثير في نفسية الأشخاص لأن مهمته متعلقة بأمور شديدة الصلة بالأمور النفسية، فهو إضافة إلى كونه قاضيا عليه أن يكون فقيها ومحللا نفسيا واجتماعيا واقتصاديا.

فصوص قانون الأسرة الجزائري وإن كانت مرتبة في غالب الأحوال كما أشرنا إلا أنها جاءت جد مقتضبة ويشوبها الكثير من الغموض والأمثلة التي تناولناها كثيرة في هذا المجال ومثال ذلك النصوص المتعلقة بالخطبة والتحكيم في الشقاق بين الزوجين والنشوز وترتيب أصحاب الحق في الحضانة. أما القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية في الدول العربية والتي تمكنا من الإطلاع عليها فإنها جاءت وافية شاملة في غالب الأحوال ولم يتقيد جملها بمذهب معين من مذاهب الشريعة الإسلامية مثلها مثل المشرع

1 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 82/10/21، رقم 32594، المجلة القضائية، العدد 01، 1989، ص 77.

الجزائري إلا أن بعضها أحال القضاة في حالة غياب النص التشريعي إلى مذهب محدد ومثال ذلك القانون الأردني الذي أحال إلى مذهب أبي حنيفة وذلك في المادة 183 منه.

وقد يلاحظ على مستوى مختلف المحاكم والمجالس القضائية في مختلف ربوع الوطن انتشارا رهيبا لقضايا الطلاق بمختلف أنواعه على جداول المحاكم إضافة إلى كثرة الجرائم المرتكبة ضد الأسرة ، كل هذا يحتم على القضاة بذل ما في وسعهم لمحاولة إيجاد الحلول الملائمة لمعالجة هذا الخلل الذي يهدد كيان الأسرة الجزائرية و بالتالي كل المجتمع الجزائري.

كما أنه هناك انتشارا واسعا لظاهرة الزواج العرفي الزواج الشرعي من خلال كثرة قضايا إثبات الزواج العرفي على جداول المحاكم ، وهذا الأخير الزواج العرفي تترتب عليه الكثير من المشاكل التي يصعب حلها، ويمكننا القول أنه يلغى الكثير من أحكام قانون الأسرة كوجوب الحصول على ترخيص القاضي لزواج القصر أو في تعدد الزوجات، فالقاضي يجد نفسه أمام واقع مفروض عليه، فالكثير من الأشخاص يلجئون لهذا النوع من الزواج للهروب من أحكام قانون الأسرة، ثم يرفعون دعاوى لإثبات الزواج العرفي وما على القاضي إلا أن يحكم بذلك إذا توافرت الشروط المنصوص عليها قانونا، إضافة إلى كثرة عديمي الضمير من الرجال في وقتنا الحالي والذين ينكرون هذا الزواج الذي قد تعجز المراعاة عن إثباته، وبالتالي تضيع حقوق المرأة والأولاد وتصبح أحكام النسب والنفقة والحضانة وغيرها في مهب الريح، كل هذا جعل وزارة الشؤون الدينية والأوقاف تصدر تعليمة تمنع بموجبها الأئمة من إبرام عقود الزواج الشرعية إلا بعد إبرام العقد المدني كما أن بعض المناطق في الوطن قننت ذلك في موثيق عرفية ومثال ذلك ميثاق أعراف الزواج الصادر عن بعض أئمة وأعيان ولاية بسكرة من طرف الزاوية العثمانية بتاريخ 24 ماي 2007.

و في الختام هناك مجموعة من التوصيات تعد ضرورة يجب الانتباه لها للأخذ بها وهي:

01/- إعادة نظر شاملة في أحكام قانون الأسرة الجزائري بجعله أكثر وضوحا وشمولا ولعل الكثير من التوصيات التي جاءت في ملتقى قضايا المرأة والأسرة بين المباد الإسلامية ومعالجات القانون الوضعي المنعقد في 11 ، 12 ، 13 سنة 1999 بمقر المجلس الإسلامي الأعلى كانت في محلها، والتي أخذ المشرع ببعضها في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 02/05..

01/- إحالة قاضي شؤون الأسرة في حالة عدم وجود النص التشريعي إلى مذهب محدد من مذاهب الشريعة الإسلامية لتسهيل المهمة على القاضي، وعدم تضارب واختلاف الأحكام القضائية.

03/- إقامة دورات تكوينية خاصة بقضاة شؤون الأسرة في مجال الشريعة الإسلامية.

04/- اتخاذ إجراءات من شأنها الحد من انتشار ظاهرة الزواج العرفي كتوعية أفراد المجتمع عن طريق وسائل الإعلام.

المراجع

- 1 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999.
- 02 سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة، دورية المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر العدد 09، 2004.
- 03 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، طبعة خاصة، الجزائر، 1992.
- 04 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 89/12/25 رقم 56097، المجلة القضائية، العدد 04، 1992.
- 05 قاد بن علي، تعدد الزوجات بين الإطلاق والتقييد، مجلة المعيار العدد 09، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2044.
- 06 محمد حسين مقبول، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، مجلة المعيار العدد، 09 جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر، 2004.
- 07 صالح بوشيش، أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري، دراسة تحليلية في ضوء الشريعة الإسلامية وواقع التطبيق في المجتمع الجزائري، مجلة المعيار العدد 09، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر، 2004.
- 08 توصيات الورشة الثانية الخاصة بتعدد الزوجات المجتمعة في مقر المجلس الإسلامي الأعلى المنعقد بتاريخ 1999/10/13 برئاسة الدكتور طالب عبد الرحمان عضو المجلس الإسلامي الأعلى.
- 09 محمد عطوي، تعدد الزوجات، مجلة منبر الحقوقيين، العدد 12، 1987.
- 10 المنشور الوزاري، وزير العدل، المنشور الثاني رقم 14، المؤرخ في 85/08/22.
- 11 المنشور الوزاري الصادر عن وزير العدل، بتاريخ 84/12/23.
- 12 مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، دار القلم، دمشق، ط 01، 1996.
- 13 عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثار الطعن فيها، ط 03، 2003.
- 14 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 91/06/18، رقم 75141، المجلة القضائية العدد 01، 1993.
- 15 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 98/07/21 رقم 200198، العدد 56، 1999.
- 16 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 97/10/23، رقم 174132، العدد 55.
- 17 محمد أحمد القضاة، التحكيم في الشقاق بين الزوجين، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية عمان، الأردن، المجلد 18، العدد 04، 1991.
- 18 محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 01، 2002.
- 19 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 89/11/19، رقم 34784، المجلة القضائية، العدد 03، 1989.
- 20 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 96/09/24، رقم 139353، المجلة القضائية، العدد 02، 2001.
- 21 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 99/06/15، رقم 224655، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.
- 22 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 91/02/20، رقم 75588، المجلة القضائية، العدد 04، 1993.
- 23 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 88/01/26، رقم 50519، المجلة القضائية العدد 02، 1992.
- 24 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2000/06/20، رقم 245159، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001.
- 25 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2001/01/23، رقم 258555، المجلة القضائية العدد 02، 2004.
- 26 اليزيد عيسات، التطبيق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2002.
- 27 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 84/07/09، رقم 33762، المجلة القضائية، العدد 04، 1989.
- 28 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 98/05/19، رقم 189324، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
- 29 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 03، دار هومة، 1996.
- 30 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 93/04/27، رقم 909047، الموسوعة القضائية لسنة 2000.
- 31 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 84/10/22، رقم 343327، المجلة القضائية، العدد 03، 1989.
- 32 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 89/01/16، رقم 522212، المجلة القضائية، العدد 03، 1991.

- 33 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر في 16/03/99 ، رقم 216836 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، 2001 .
- 34 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر في 19/07/94 ، رقم 109595 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، 2001 .
- 35 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر في 17/11/98 ، رقم 210478 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، 2001 .
- 36 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر في 2/10/97 ، رقم 172379 ، عدد خاص ، 2001 .
- 37 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر في 15/06/1999 ، رقم 22274 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، 2001 .
- 38 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر في 13/02/2002 ، رقم 265727 ، المجلة القضائية ، عدد 02 ، 2004 .
- 39 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر في 30/09/97 ، رقم 171684 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، 2001 .
- 40 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر في 05/05/86 ، رقم 40438 ، العدد الثاني ، 1989 .
- 41 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر في 27/03/89 ، رقم 53340 ، العدد الثالث ، 1990 .
- 42 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر في 18/02/97 ، رقم 153640 ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، 1997 .
- 43 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر في 21/10/82 ، رقم 32594 ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، 1989 .