



جامعة ألكل مكنء اولءاء -البوءرة-
كلية الءقوء والعلوم السلساسية
قسم القانون الءاص

السلطة التقديرية لءاصي شؤون الأسرة في مسائل فك الرابطة الزوجية

مذكرة ءءرء لنيل شهادة الماسءر
ءءصص: قانون الأسرة

إشراف الأستاذة:
ربيع زاهية

إعداد الطالب:
مالكى بلال

أعضاء اللجنة:

الأستاذة(ة): معزوز دليلة رئيسا
الأستاذة(ة) ربيع زاهية..... مشرفا ومقررا
الأستاذ : عثمانى حسين.....ممتحنا

ءاريخ المناقشة : 2015/11/21

السنة الجامعية: 2016/2015

اللهم لك الحمد عدد خلقك و رضا نفسك و زنة عرشك

ومداد كلماتك

و الصلاة و السلام على خير الأنام

"قال عماد الأصفهاني"

((لا يكتب إنسان كتاباً في

يومه، إلا و قال في تحفه، لو كان

هذا كان أحسن، ولو زيد لكان

يستحسن، و لو ترك هذا لكان

أفضل، وهذا من عظيم العبر،

وهو دليل استيلاء النقص على

جملة البشر.))

"و إلى الله العليّ القدير الوليّ

الحميد، أتوجّه بالحمد والشكر

وأسأله التوفيق والسداد وهو

حسبي، نعم المولى ونعم النصير."

* الإهداء *

إلى من ليس لديّ أعزّ منهما فوق الأرض
إلى الوالدين الكريمين اللّذين لولا منّ الله
وكرمه عليّ بهما ما أتممتُ عملي هذا
أسأل الله الكريم أن يطيل في عمرهما
إلى أختي مريم حفظها الله
إلى الغالية "ميلينا"
إلى من وقفت الى جانبي عُسرًا و يُسرًا طيلة
سنوات تكويني ، إلى زوجة المستقبل " سميرة "
إلى أهل العلم قاطبة و إلى كلّ ناشد معرفة
إلى أصدقائي وزملائي كافة
أهدي عملي هذا.

شكر

أتقدم بأسمى عبارات الشكر و التقدير إلى كل من مدَّ لي يد العون
من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل ، و أخص بالذكر:

- الأستاذة الفاضلة /ربيع زهية ، أستاذتي خلال سنوات
دراستي ، والمشرفة على مذكرتي و التي لم تبخل عليّ
بإرشاداتها و مساعدتها و بدون مجاملة " أمي الثانية "
- كل أساتذة كلية الحقوق بجامعة آكلي محند أولحاج بالبويرة و
كل القائمين عليها من عمال و إداريين.
- إلى كل عائلتي في مهنة المحاماة الى كل الأساتذة المترصين
منهم و المتمرسين ، إلى اللذين يُحقِّون الحق و يبطلون الباطل
بسواد جُبَّتهم.

شكراً

مالكي بلال

قائمة المختصرات

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

مقدمة

يعد البحث في قضايا الأسرة وأحكامها يعد من المواضيع الفقهية المتجددة في بعض مسائلها الجزئية تبعاً لتجدد الحوادث والوقائع، وتغير الظروف والأحوال بما تشهده الحياة المعاصرة من تطور في مختلف المجالات، وهي كذلك من المواضيع الاجتماعية التي كثر الحديث فيها وانعقدت حولها ندوات وملتقيات وطنية ودولية، وصدرت بشأنها البحوث العديدة التي أصبحت مراجع لمعرفة واقع النظام الأسري في حركيته وتحولاته بمختلف أنحاء العالم، غير أن مثل هذه الدراسات لم تستطع استيعاب كل جوانب الموضوع، ولا يتصور أن توجيهات الباحثين قد أدت فعلاً إلى معالجات قانونية وعلمية جذرية تشمل كل المسائل المطروحة، من شأنها أن توفر الاستقرار الأسري من خلال التدخلات التنظيمية، ومرجع ذلك هو خضوع نظام الأسرة الحالي للتطورات الاجتماعية الواسعة وطنياً وعالمياً مما يجعل بعض أحكامها محل متابعة متواصلة وإصلاح مستمر، إذ تعد الأسرة الخلية الأساس لتكوين المجتمع ولعل هذا ما يفسر الاهتمام الكبير الذي تحظى به على كافة المستويات، خاصة من جانب توفير كافة الضمانات لحمايتها، ومن ثم حماية الأفراد المكونين لها، وبالتالي حماية المجتمع.

إلا أن هذه الخلية باتت يتهدها خطر تفككها بحدّة، حيث أصبح ظاهرة تنخر المجتمعات بصفة عامة والمجتمعات العربية الإسلامية بصفة خاصة. وتعد المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق وما يترتب عنهما من آثار بالغة الأهمية عند تقنين الأحكام المتعلقة بهما، و الرابطة الزوجية بوصفها الأساس الذي يبدأ منه تكوين الأسرة والتي تعد اللبنة الأساسية التي يقوم عليها بناء المجتمع، ولما كانت بعض الأحكام المتعلقة بهذه المسائل بطبيعتها لا تقبل الحسم التشريعي كونها عرضة للتغيير تبعاً لإختلاف الأشخاص والزمان والأعراف، فضلاً عن عدم إستيعاب النص القانوني لجميع ما يتعلق بأحكام هذه المسائل وما يطرأ عليها من مستجدات فقهية وتشريعية، كان من الضروري أن يعطى للقاضي دور إيجابي لحسم المنازعات المتعلقة بهذه

المسائل و ذلك عن طريق الإجتهداد و التقدير الموضوعي لإسقاط الحكم القانوني و الشرعي المناسب لها .

فالدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة يختلف نوعا ما عن الدور الذي يقوم به باقي القضاة في مختلف الأقسام و الغرف الأخرى ، فحل المشاكل الأسرية يختلف عن حل باقي المشاكل ، لأن هذه الأخيرة مرتبطة بأمور شديدة الصلة بالمسائل النفسية و الإجتماعية و الدينية، و بالتالي فوظيفة القاضي هنا فيها جانب إجتماعي كبير بإعتبار أن إصلاح الأسرة هو إصلاح للمجتمع بأكمله . و على الرغم من أن سلطة القاضي التقديرية في مسائل الأحوال الشخصية أصبحت من المسائل المفروضة في مجال العمل القضائي على إعتبار أن خصوصية شؤون الأسرة هي من تفرض ذلك، إلا أن هناك من الإتجاهات من يدعو للحد من إستعمال قاضي الموضوع لسلطته التقديرية لأن سلطته أثناء مباشرته لولاية القضاء ليست بسلطة تقديرية و إنما هي سلطة مقيدة بهدف العمل القضائي ، كما أن الإفراط في إستعمال سلطته التقديرية سيؤدي الى التضارب في الكثير من الأحكام و القرارات ، مما يؤدي بالنتيجة الى عدم إستقرار العمل القضائي . ولكن بالرجوع الى الجانب العملي و الممارسة الدورية لقاضي شؤون الأسرة و التي تخوله في كثير من الأحيان أن يكون الأقدر من غيره بحكم خبرته و طريقة إقناعه في فض النزاع بين الزوجين بما يراه مناسباً و بالطريقة التي تتماشى و طبيعة النزاع المعروض عليه.

أسباب إختيار موضوع الدراسة :

إن الأسباب العامة لاختياري هذا الموضوع ليكون محور الدراسة جاء نظرا لخصوصيات المسائل المترتبة عن فك رابطة الزواج من جهة ، و نظرا لأن هناك صرخة قوية جدا من المنظمات المهمة بشؤون الأسرة على اعتبار أنها ترى أن قانون الأسرة جاء فيه إجحاف في بعض المسائل ذات الطبيعة الحساسة ، لذلك أردت ضبط الأمور للتوصل الى ما هو شرعي ثابت و لا نقاش فيه، و بين ما هو موضوعي.و بالتالي الوصول الى معرفة سبب إستياء الكثير ممن لهم علاقة بقانون

الأسرة هل هو ناتج عن مساس المشرع بحقوقهم كما يدعون في الغالب ، أم عن سوء فهم و عن عقليات مختلفة أم عن فراغات قانونية.

أما عن الأسباب الخاصة لإختياري لموضوع الدراسة فتمثل في :

- الواقع الإجتماعي المر ، الناتج عن جهل أو سوء فهم لأحكام و روح قانون الأسرة بخصوص فهم الحياة الزوجية و إستمراريتها و إنتهائها.
- الوضع المتردي للمجتمع و الذي يبرره الكثير بأنه ناتج عن قانون الأسرة بالذات في هذا الخصوص .
- و نفسياً أجد الرغبة و الميل الى هذه المواضيع المرتبطو بقانون الأسرة للوقوف في وجه من يحاول أن يشوه صورة الإسلام بحجج واهية لا أساس لها من الصحة.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في معالجة دور قاضي شؤون الأسرة في المسائل الناشئة عن فك الرابطة الزوجية بصفة خاصة دون غيرها من المسائل نظرا لطابعها الخاص و لأهميتها البالغة، و سنحاول أن نبين من وراء كل هذا السبل التي يعتمد عليها القاضي في معالجته لهاته المسائل و توضيح كيفية إعماله لسلطته التقديرية في ذلك .

و اهتمامنا بهذا الموضوع بالتحديد كان بسبب صعوبات جمّة منها قلة المراجع و البحوث المتخصصة في هذا الموضوع نظرا لتشعبه و إحتوائه على عدة مسائل ، إضافة الى وجود غموض في بعض النصوص القانونية المتعلقة بمجالات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسألة التوابع التي تنشأ عن فك الرابطة الزوجية بصورها المختلفة من جهة ، و من جهة أخرى هو الإهتمام بالجوانب العملية للنصوص التشريعية و محاولة الربط بين الجوانب النظرية و العملية لهذه النصوص ، و موضوع الدراسة هو مجال خصب لهذا الربط.

منهج الدراسة:

عموماً ، لقد إتبعنا البساطة في الأسلوب و التهرب من كل تعقيد ، متبعاً طريقة الرجوع الى الأصل التشريعي لقانون الأسرة الجزائري موضحاً موقف الفقه الإسلامي ، ثم التطرق الى موقف قانون الأسرة الجزائري ، و قمت من حين الى آخر في كل مسألة تطرقت إليها ، باللجوء الى بعض إجتهاادات المحكمة العليا للوقوف على مدى حرية أو تقيّد قاضي الموضوع بهذا المرجع .

و إعتدنا في هذه الدراسة على عدة مناهج تبعاً لخصوصية الموضوع ، فإستخدمنا المنهج الإستقرائي و الذي يمكننا من أن نلمس مجالات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ، كما إعتدنا على النهج الجدلي بإعتباره منهج مناسب و شامل لإحتوائه على كل أدوات المناهج الأخرى و يساعد الباحث على الوصول الى الحقيقة ، مع الإستعانة بالمنهج التحليلي و ذلك لتحليل النصوص القانونية التي حوّل فيها المشرع الجزائري السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مختلف المسائل الناشئة عن فك الرابطة الزوجية .

إشكالية موضوع الدراسة :

من منطلق أنّ منح الحق في وضع حد للعلاقة الزوجية يكون من طرف الزوج في بعض الحالات، كما يكون من طرف الزوجة في حالات أخرى . و يعني ذلك إستعمالهما لهذا الحق كيفما يشاءان مما يفتح المجال واسعاً أمام قاضي الموضوع في تقديره لجديّة الأسباب المقدمة من كلا الزوجين ، و من ثم في أحقية كل منهما في تواج هذا التصرف ، ومنه فالإشكالية التي يمكن أن نطرحها لمعالجة هذا الموضوع هي كالاتي :

- ما مدى تمتع قاضي شؤون الأسرة بالسلطة التقديرية في تحديد الضرر الناتج عن فك الرابطة الزوجية ، و بالتبعية في الآثار الناجمة عنها ؟

و لدراسة موضوع صور فك الرابطة الزوجية و الآثار الناشئة عنها ، قسمت هاته الدراسة الى فصلين ، عالجتنا في الفصل الأول سلطة القاضي عند ثبوت الضرر المفضي الى فك الرابطة الزوجية ، و في الفصل الثاني تناولنا الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية و تقدير القاضي لها .

الفصل الأول

سلطة القاضي عند ثبوت

الضرر المفضي الى فك

الرابطة الزوجية

يعد الطلاق في قانون الأسرة الجزائري حقا للزوج دون الزوجة ، غير أنه يمكن لهذه الأخيرة إذا تضررت من إستمرارية الحياة الزوجية أن ترفع أمرها الى القاضي ليفرق بينها و بين زوجها ، فقد جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل الذي سعى الى بناء الحياة الزوجية و في نفس الوقت ، و في نفس الوقت شرع التطليق للأخذ بعناصر من يلحقه الأذى و الضرر من الزوجات في حال ما إذا كانت الإساءة آتية من الزوج لكي لا تقوم العلاقة الزوجية على الضرر و التنافر و يكون التفريق خيرا من الإمساك مع الضرر ، فإذا أثبتت الزوجة هذا الضرر أمام القاضي وجب عليه التفريق بينهما .⁽¹⁾

المبحث الأول : مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة.

جعلت الشريعة الإسلامية الطلاق بيد الرجل بصورة عامة لسبب هام جدا ، ذلك أن الرجل يحافظ على سلامة العشرة الزوجية التي أنفق عليها الكثير من المال و يحتاج أن ينفق مثله أو أكثر خاصة في الواقع الراهن_ إذا طلق و أراد الزواج ثانية ، كما أنه مكلف بحكم الطلاق أن يدفع مؤخر المهر و ينفق على مطلقة مدة عدتها مع أجرة الرضاعة و نفقة الأولاد مدة الحضانة و غير ذلك ، فكيف يلزم بكل هذا ثم يجعل الطلاق للمرأة ؟⁽²⁾

المطلب الأول : حالة التطليق (التفريق القضائي)

إن حق المرأة في التطليق لا يقوم إلا بناءا على مبررات شرعية قيدها الشرع الإسلامي و من وراءه قانون الأسرة الجزائري ، حيث وقفت الشريعة الإسلامية الى جانب الزوجة و عملت على رفع الظلم عنها فمنحت الزوجة حق طلب التفريق ، و أوجبت على القاضي أن

(1)- أحمد نصر الجندي ، الطلاق و التطليق و آثارهما ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2004 ، ص 167.

(2)- نور الدين عتر ، أبغض الحلال ، الطبعة الرابعة ، مؤسسة الرسالة ، دمشق ، سوريا ، 1985 ، ص 39.

يجبها على طلبها⁽¹⁾، و ينظر في الأسباب الضارة بالمرأة و يعمل على إنصافها حسبما تقره العدالة ، فإذا ثبت لديه تضرر الزوجة و أثبتت هذه الأخيرة بأي طريقة من طرق الإثبات ما يسوغ شرعا تطليقها ، حكم القاضي بتطليقها بناءا على طلبها و يكون تطليق القاضي لها نيابة عن الزوج .⁽²⁾

الفرع الأول : مفهوم التطليق

1- تعريف التطليق:

1-1 التعريف اللغوي : التطليق مأخوذ من الفعل طلق ، يطلق ، طلاقا ، تطليقا ، فهو مأخوذ من الإطلاق و معناه الترك ، فنقول طلقنا المرأة زوجها و تطليقها منه ، بمعنى خلاها من قيد الزواج و تطليق الرجل من قومه يعني تركهم و مفارقتهم .⁽³⁾

2-1 التعريف الإصطلاحي : هو منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناءا على إرادتها المنفردة و إستنادا الى القانون .

3-1 التعريف القانوني : إن المشرع الجزائري لم يخص التطليق بتعريف معين بل إكتفى بتحديد أسبابه من خلال نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ، بل أدرجه ضمن مفهوم الطلاق من خلال نص المادة 48 ق أ ج بقولها : " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه ، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون . " ، و عرفت محكمة النقض المصرية الطلاق بأنه حل رابطة الزوجية الصحيحة بلفظ الطلاق الصريح أو بعبارة

⁽¹⁾ - بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية _ الزواج و الطلاق_ ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، بيروت ، 1967 ، ص 429 .

⁽²⁾ - محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية ، دار محمود للنشر و التوزيع ، مصر ، 1994 ، ص 07 .

⁽³⁾ - المنجد الأبجدي ، الطبعة الثامنة ، دار المشرق ، بيروت ، لبنان _توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب_ الجزائر ، ص 665 .

تقوم مقامه تصدر ممن يملكه و هو الزوج أو نائبه (1)، و التطلق مشتق من الطلاق يقوم به القاضي نيابة عن الزوج إذا توفرت الأسباب الشرعية و القانونية لذلك .

2- دليل مشروعيته :

لقد شرع الله عزوجل الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى الذي شرع من أجله النكاح ليكون وسيلة لفض الخلاف بين الزوجين ، يلجأ إليها عند الحاجة ، و يعتبر الكتاب و السنة الإجماع الأدلة الأصلية لمشروعية أي فعل ، و سند و دليل مشروعية التطلق من خلالهم فيما يأتي :

2-1 من الكتاب : لم ترد آيات في كتاب الله العزيز تدل صراحة على مشروعية التطلق ، إلا أن هناك من الآيات ما يدل ضمناً على أن للمرأة حق التطلق إذا لحق بها ضرر منها قوله تعالى : " و لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا. " (2) ، و قوله أيضا : " و إن يتفرقا يغن الله كلا من سعته و كان الله واسعا حكيما. " (3)

2-2 من السنة : روى حميد ابن عبد الرحمان عن أبي موسى قال ، قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " يقول أحدكم لإمرأته قد طلقتك قد راجعتك ، ليس هذا طلاق المسلمين تطلق المرأة من قبل عدتها. " ، و هذا التنظيم عن رسول الله للطلاق و التفرقة بين طلاق المسلمين و طلاق غيرهم هو دليل مشروعية الطلاق. (4)

2-3 من الإجماع : إنعقد الإجماع منذ عصر رسول الله صلى الله عليه و سلم حتى اليوم على جواز الفرقة ، و هي محضورة أصلا و لا تباح إلا لحاجة أو ضرورة ، و إباحته مقيدة

(1) - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 07

(2) - سورة البقرة ، الآية 231

(3) - سورة النساء ، الآية 130

(4) - منصور نور ، التطلق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر ، 2012

بقيود تكفل الصالح العام ، فهو مشروع بإعتباره ضرورة ، و الضرورة تقدر بقدرها و عند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه و حرام على الزوجة طلبه . (1)

الفرع الثاني: حالات التطليق الواردة في قانون الأسرة الجزائري

لقد اتبع المشرع الجزائري ما أتى به الشرع الاسلامي و هذا في ذلك حدو اغلب التشريعات العربية وهذا ما ورد صراحة في نص المادة 53 من قانون الأسرة بقولها : " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لأسباب التالية :

- 1- عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ، مع مراعاة أحكام المواد 18 و79 و80 من هذا القانون.
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- 3- الهجر في المضجع فوق الأربعة أشهر.
- 4- الحكم عن الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و استحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية .
- 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لانفقة .
- 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 ق أ ج.
- 7- ارتكاب فاحشة مبينة.
- 8- الشقاق المستمر بين الزوجين .
- 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .
- 10- كل ضرر معتبر شرعا. " و التي نجد معظم فقراتها مأخوذة من الفقه الاسلامي إلا البعض منها مثل حالة ارتكاب فاحشة مبينة أو حالة مخالفة المادة 8 المتعلقة بشروط و احكام تعدد الزوجات ، وقد توسع هذا الأخير بعض الشيء في أسباب التطليق حماية للمرأة وكي لا يبقى الطلاق حكرا على الرجل يتلاعب به و يستعمله كوسيلة للانتقام من المرأة وقت ما شاء و كيف ما شاء، و سمح للزوجة بطلب التطليق اذا ما لحقها ضرر ثابت من زوجها . فدرء المفساد مقدم على جلب المنافع حسب ما يستنتج من أحكام القواعد الشرعية و

(1) - محمد كمال إمام ، الطلاق عند المسلمين_ دراسة فقية و قانونية_، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ،

الفقهية ، و بالتالي يرفع الضرر عن الزوجة على حساب مصلحة الاسرة (1)، وستعرض الى هذه الحالات بالتفصيل و نرى من منها تستلزم تقديرا من القاضي دون غيرها من الحالات .

أولاً: التطبيق لعدم الانفاق :

نص المشرع الجزائري في المادة 78 ق ا ج على أن: " تشمل النفقة : الغذاء الكسوة العلاج و السكن او أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة . " ولقد جاء النص القانوني واضح ، فيجب على القاضي الذي سيحكم بمثل هذه النفقة للزوجة في حالة النزاع أن يأخذ بعين الاعتبار كل هذه العناصر مجتمعة عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة ، كما أن تعداد أنواع النفقة الزوجية يتناسب مع حاجة الزوجة و يتفق مع مدلول قوله تعالى: "و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها." (2)

و نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى لهذا الموضوع نصيبا معتبرا من الاهتمام و يظهر ذلك من خلال عدة مواد ، حيث تحدث عن وجوب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها اليه وذلك ما يتضح من خلال نص المادة 74 من نفس القانون ، بالاضافة الى المادة 79 التي تضمنت ما يجب على القاضي مراعاته عند تقدير النفقة ، حيث يجب عليه الأخذ بعين الإعتبار حال الطرفين وظروف المعاش العام للمجتمع و أضافت نفس المادة جواز إعادة تقدير القاضي للنفقة حسب المتغيرات الاقتصادية و الاجتماعية لكن بعد مرور سنة من تاريخ صدور الحكم الاول ، أما المادة 80 فنصت على ان النفقة تستحق من تاريخ رفع الدعوى ويمكن للقاضي ان يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى .

(1) - فتحي الدين ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، الطبعة الثالثة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1981 ، ص

238.

(2) - سورة البقرة ، جزء من الآية 233.

ويعد إقرار النفقة كواجب على الزوج وحق للزوجة ، فهذه الأخيرة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها بإرادتها المنفردة في حالة عدم الانفاق ، ولإمكانية طلب التطليق و الحكم به تلبية لرغبتها المنفردة هو أن يصدر حكم من المحكمة يوجب نفقة الزوجة على زوجها بعد رفعها لدعوى قضائية طالبة حقها في النفقة و هو حق شرعي بحيث تثبت بكل وسائل الاثبات المختلفة إمتناعه عن الانفاق لمدة من الزمن قصيرة كانت ام طويلة⁽¹⁾، و عندما يصدر القاضي حكما لصالحها يوجب بموجبه على الزوج الانفاق بمبلغ معين يحدده القانون و السلطة تكون لتعديل هذا المبلغ.

ثانيا : التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

لقد أقر الفقهاء و كذلك القانون للزوجة الحق في طلب الطلاق اذا تبين وجود عيوب في الزوج من شأنها ان تؤثر على العلاقة الزوجية فتحول دون تحقيق الهدف من الزواج ، وهذا ما نص عليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الاسرة والتي جاء فيها "....العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"، و المقصود هنا بالعيوب هي تلك العلل الجنسية و الأمراض المنفردة التي من شأنها الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية الكاملة ، ونرى ان المشرع الجزائري لم يبين المقصود بالعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج هل هي العيوب الجنسية فقط ، ام هي عيوب اخرى كالبرص و الجذام⁽²⁾.

و المراد بالعيوب هو ذلك النقص البدني أو العقلي أو هو نقص مادي أو معنوي يعترى احد الزوجين فيسبب ضيقا للزوج الآخر من جراء حرمانه من

(1)- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الثالثة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر ، 1996.

(2)- الجذام : داء ينقطع منه اللحم و يتساقط / البرص : بياض يظهر في ظاهر الجسد، محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 268.

الحصول على ثمرة و مقاصد الزواج و التمتع بالحياة الزوجية ، ومن أجل ذلك اعطى المشرع الاسلامي للمرأة حق طلب التطلاق للعيب⁽¹⁾.

فالعيوب الجنسية هي التي تصيب الأعضاء التناسلية لكن من الرجل و المرأة وتتسبب غالبا في منع المعاشرة الزوجية ولكل حسب عيوبه الخاصة به ، فعيوب الرجل مثل الجب والعنة و الخصاء⁽²⁾.

أما عيوب المرأة فهي الرتق و القرن و العفل و الإفضاء و البخر⁽³⁾، في حين يشترك الجنسان في عيوب مرضية قد تصيب المرأة و الرجل مثل الجذام و البرص و أمراض أخرى معدية.

ويجب توفر جملة من الشروط نوردها في ما يلي :

- أن يكون العيب في الزوج .
- أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- أن يكون العيب من العيوب المستمرة الدائمة ولا يتوقع الشفاء منها .
- أن تقوم الزوجة برفع دعوى تطليقها الى القاضي.
- أن لا يحكم القاضي حتى يتحقق من صدق دعواها .

وقد ذهبت المحكمة العليا في عدة قراراتمن أهمها قرار جاء فيه : "من المقرر قانونا و قضاء أنه يجوز للزوجة طلب التطلاق إستنادا الى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج لتكوين أسرة و تربية الأبناء، ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطلاق

(1) - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص 266.

(2) - الجب : إستئصال العضو التناسلي للرجل./العنة : صغر الذكر بحيث يتأني منه الجماع و لا يقدر على المباشرة الجنسية./الخصاء: إستئصال الخصيتين. بدران ابو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 436.

(3) -الرتق : هو إنسداد في الفرج بحيث لا يمكن معه الجماع./ القرن: شئ يبرز في فرج المرأة لحما كان أو عظما./ العفل: رغبة في الفرج تحدث عند الجماع./ الإفضاء : إختلاط مسلك الذكر بمسلك البول.

على عدم إمكانية إنجاب الأولاد إستنادا الى نتائج الخبرة الطبية التي خلصت الى عقم الزوج ، فإنهم قد وفروا لقضائهم هذا الأسباب الشرعية الكافية ...⁽¹⁾

و توضيحا لهذا الأساس أيضا نجد القرار الآتي نصه: " من المقرر في الفقه الإسلامي وما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته ، يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج ، وأن الإجتهد القضائي إستقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلاها ، وبعد إنتهائها ، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فان القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الاسلامية."⁽²⁾

و نلاحظ من خلال نص المادة 2/53 ق أ ج ، نلاحظ بأن سلامة الزوج من العيوب شرط أساسي للزوم الزواج أي أنه إذا تبين لها وجود عيب فيه كان لها الحق أن ترفع أمرها الى القاضي تطلب التطليق .

ثالثا : التطليق للهجر في المضجع .

يقول سبحانه و تعالى في كتابه العزيز: " فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن وأهجروهن في المضجع و اضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا ."⁽³⁾

فالهجر في المضجع هو وسيلة من الوسائل التأديبية التي ملكها الشرع للزوج في مواجهة زوجته بهدف تهذيبها وإرجاعها إلى طاعته ، ولقد أوجب الإسلام على الزوجة طاعة زوجها ولا يبيح لها النشوز و العصيان وقد أشار المشرع الجزائري الى ذلك في المادة 1/39 في ظل القانون القديم قبل صدور الامر 05-02 المؤرخ

(¹)- م ع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1992/12/22 ، ملف رقم 87301 ، م ق 1995 ، عدد 2 ، ص 92 .

(²)- م ع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1984/11/19 ، ملف رقم 34784 ، م ق 1989 ، عدد 03 ، ص 73 .

(³)- سورة النساء ، الآية 34 .

في 27 فبراير 2005 انه :**"يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة "** ، و الطاعة نقيض النشوز و العصيان .

ونلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 53 فقرة 3 من قانون الأسرة خول للزوجة حق طلب التظليق لهجر زوجها لها في المضجع فوق اربعة اشهر ،مما يجعلنا نميز بين حالتين وهما : الهجر كوسيلة تأديبية، و الهجر المصحوب بالقسم (الإيلاء) كما يلي:

1-الهجر كوسيلة تأديبية: إن الزوجة الناشز والتي لا تآتمر بأوامر زوجها وطاعته و الخضوع له، اباح له الإسلام أن يتخذ حيلها وسائل الإصلاح و التهذيب لتعود الى رشدها لإرجاع الحياة الزوجية الى وضعها السليم ، وإن لم تنفع هذه الوسيلة يلجأ الزوج الى الهجر في المضجع كلون من الوان التأديب الشرعي الوارد في الآية القرآنية السابقة ،ويكون هذا العلاج نافعا وناجعا مع الزوجة التي يشق عليها الهجر في المضجع والتي ترغب دائما في ملازمة زوجها في المنام⁽¹⁾.

2-الهجر المصحوب بالقسم (الإيلاء): قاعدة شرعية دينية إسلامية معروفة بالإيلاء ذكرها القرآن الكريم في قوله تعالى: **"لِّلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرِيصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ."** و يثار التساؤل الذي يثار هنا هو حول سبب إغفال المشرع الجزائري في قانون الأسرة عن ذكر هذه القاعدة الشرعية -الإيلاء- رغم كثرة حدوثه بين الناس لدواعيه المتعددة.⁽²⁾

ويأخذ على المشرع الجزائري أنه اغفل ذكر الإيلاء الذي يكثر بين الناس لدواعيه المتعددة ،فضلا على أنه قاعدة شرعية ورد ذكرها في القرآن الكريم⁽³⁾.

(1) - بدران ابو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 267 و ما بعدها.

(2) - فضيل سعد ، المرجع السابق ، ص 272.

(3) - منصور نور ، المرجع السابق ، ص 36.

و نخلص الى أن قاضي شؤون الأسرة يمكن أن يلبي طلب الزوجة بأن يحكم لها بالتطليق من زوجها إذا ما توصلت الزوجة الى إثبات واقعة الهجر لمدة أربعة أشهر وما فوق دون أن يتعب نفسه في البحث عن نية الإضرار من عدمها ، فالعبرة بثبوت الضرر الناتج عن الهجر وذلك ما يمكن إدخاله ضمن الفقرة السادسة من المادة 53 والتي تجيز التطليق لكل ضرر معتبر شرعا،و بالمفهوم الواسع وتدعيما لهذا الأساس فقد حكمت المحكمة العليا لزوجة بقيت مدة خمس سنوات لا هي مطلقة ولا هي متزوجة⁽¹⁾.

رابعا : التطليق لحكم بعقوبة على الزوج

لقد نصت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الرابعة على أنه يجوز للزوجة ان تطلب التطليق في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية ، ونلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري قد منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بسبب الحكم عليه بعقوبة تقيد حريته أو تحرمه منها ، ولكن المشرع الجزائري قد قيد إستعمال هذا الحق بوجوب توفر عدة شروط اساسية مجتمعة كلها وعدم توفر بعض هذه الشروط يؤدي الى تبخر حق الزوجة في طلب التطليق و تحرم منه قانونا و تبقى تعاني الضرر الواقع عليها و الناتج عن بعد زوجها عنها.

و تتمثل هذه الشروط في :

1- أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي فيه لم يعد يقبل طرق الطعن العادية و الغير العادية ، ويجب على الزوجة أن تثبت بالطرق القانونية بأن زوجها وبسبب إرتكابه لجريمة معينة صدر ضده حكم قضائي

(1) - مع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1991/02/20 ، م ر 75588 ، م ق 1993 ، عدد 4 ، ص 47.

نهائي⁽¹⁾ ، بل أن نسخة من هذا الحكم تعتبر حجة قانونية يدعم طلبها امام المحكمة.

2- أن تكون العقوبة متعلقة بفعل من الأفعال الشائنة و المنافية للأخلاق، و يقول رسول الله صلى الله عليه و سلم : "أخوف ما أخاف عليكم عمل قوم لوط ، ولعن من فعل فعلهم ثلاثا." وقال ايضا: " من وجدتموه يفعل فعل قوم لوط فاقتلوا الفاعل و المفعول به."⁽²⁾ ، بمعنى أن تكون الإدانة متصلة بشرف الأسرة وكرامتها وسمعتها.

3- أن تكون العقوبة مقيدة للحرية وأن تتضمن السجن او الحبس ، فإذا كانت حبسا مع وقف النفاذ أو الوضع تحت الحراسة أو الحكم بالغرامة فقط ، فإن هذا الشرط يسقط ويسقط معه حق الزوجة في طلب التظليق .

4- يجب أن تكون العقوبة المقيدة للحرية لمدة أكثر من سنة ، فلا يجوز للزوجة طلب التظليق إذا كانت العقوبة إحدى عشر شهرا لعدم إكمال النصاب القانوني الزمني المطلوب، فالسنة و أكثر شرط أساسي حتى يتحقق شرط تقييد الحرية و بالتالي حدوث ضرر الزوجة بغياب زوجها عنها ، مع الملاحظ ان إحتساب مدة السنة يكون من تاريخ حبس الزوج أي تقييد حريته⁽³⁾.

5- أن تكون العقوبة قرينة على إستحالة مواصلة العشرة الزوجية ، ومعنى ذلك أن العلاقة بين الزوجين تتوتر بسبب هذا الحكم والمودة و المحبة بينهما يصبحان بغض و كراهية ، و السعادة تنقلب الى نقيضها وتصبح الحياة الزوجية جحيم⁽⁴⁾،

(1) - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 266.

(2) - الإمام حافظ شمس الدين الذهبي ، الكبائر ، دار الفكر ، بيروت ، د س ن ، ص 55.

(3) - بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 296.

(4) - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 267.

والى ذلك ذهبت المحكمة العليا في احدى قراراتها حيث ذكرت: "...إن التعدي على الزوجة وإهانتها ومس كرامتها بصفة صارت علاقتها الزوجية أمرا مستحيلا هي أسباب كافية لتبرير طلاقها..."⁽¹⁾

خامسا : التطلق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر أو نفقة

إن من أهداف الحياة الزوجية المعاشرة بالمعروف و الإستقرار ، و بما أن الزوج هو رب الأسرة و المسؤول عن رعايتها فإن غيابه بدون عذر شرعي يعد سببا في تلاشي الإستقرار و إهتزاز كيان الأسرة ، فالفراق ضرر يهون أمامه عدم الإنفاق و الفرقة به ثابتة حتى و لو كان للزوج مال ظاهر تتفق منه الزوجة لتعدد مطالب الحياة التي لا تنحصر فقط في السكن و الغذاء و الكسوة⁽²⁾، من هذا المنطلق سنرى كيف يعتبر الغياب مبررا لطلب التطلق و المدة الواجب إنتظارها من قبل الزوجة لطلب ذلك .

لقد عرف المشرع المشرع الجزائري المفقود في نص المادة 109 من قانون الأسرة بقوله : "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا تعرف حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم ." و في نص المادة 110 من نفس القانون عرف الغائب بأنه : " الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع الى محل إقامته و إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة ، مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود."

فالنص الأخير عرف الغائب بأنه ذلك الشخص البعيد عن أهله ، و منعه جبرا قوة قاهرة من العودة ، والقوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه و غير ممكن من التوقع⁽³⁾، و بالتالي يصبح بعيد عن الزوجة لمدة سنة فأكثر و نتج عن

(1) - م ع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 13/02/1986 ، م ر 39025 ، منقول عن بلحاج العربي ، قانون الأسرة " مبادئ الإجتهد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا " ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994 ، ص 85.

(2) -منصوري نورة ، المرجع السابق ، ص 39.

(3) - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،

1952 ، ص 876.

غيابه هذا تضرر الغير و الزوجة تدخل في حكم الغير و هي أول المتضررين من غياب زوجها من كل الزوايا ، فالفرق بينه و بين المفقود هو أن المفقود الذي لا يعرف مكانه ولا حياته ولا موته ورغم ذلك لا يدخل في حكم المفقود إلا بحكم قضائي حسب ما ذكرنا في المادة 109 من قانون الأسرة.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى القاضي السلطة التقديرية من خلال الفقرة الخامسة من نص المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري التي جاء فيها: "يجوز للزوجة ان تطلب التطليق للأسباب التالية: ...الغياب بعد مرور سنة بدون عذر أو نفقة." ، وعليه فإن غاب الزوج عن زوجته غيبة طويلة كان لها أن تطلب التطليق .

سادسا: التطليق لإرتكاب فاحشة مبينة

نصت المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها السابعة على أنه: "يجوز للزوجة طلب التطليق: ... لإرتكاب زوجها فاحشة مبينة." وقد ذهب المشرع الجزائري الى حصر الفواحد في نص المادة 337 مكرر من قانون العقوبات، ومن ثم فهو في غير حاجة لإعادة ذكر ما يعد فاحشة في قانون الاسرة ، ولكن من الصعب تعريف الفاحشة بدقة ولكن يمكن حصر مفهومها من خلال مدلولها اللغوي كما هو شائع الإستعمال و كما إستعمله القرآن الكريم ، فنقول عن الامر أنه فاحش إذا زاد عن الحد المعقول.⁽¹⁾

و في القرآن الكريم وردت عدة آيات كريمة تصور الفاحشة في الأمور التي تخل بالانظمة العامة و السلوكات الاجتماعية إخلالا كبيرا منها قوله تعالى: "ولا تقربوا الزنى انه كان فاحشة و ساء سييلا."⁽²⁾ ، و قوله تعالى : " لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة وتلك حدود الله ومن يتعدى حدود

(1) - المنجد في اللغة و الإعلام ، الطبعة 22 ، دار المشرق ، بيروت ، 1973 ، ص 570.

(2) - سورة الإسراء ، الآية 32

الله فقد ظلم نفسه.⁽¹⁾ ، ويقول تعالى : "ولا تنكحوا ما نكح آباءكم من النساء إلا ما قد سلف انه كان فاحشة و مقتا وساء سبيلا"⁽²⁾ ويقول في آية أخرى: "إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها و ما بطن."⁽³⁾

من هنا نفهم أن المقصود بالفاحشة المبينة في الفقرة السابعة من المادة 53 من قانون الأسرة هو فعل الزنا مما يمس بالأمانة الزوجية وبكرامة الزوجة⁽⁴⁾، كذلك تناول الخمر و الشرك بالله والردة، أو الاعتداء على قاصروكل فعل مخل بالآداب بصفة خطيرة و جسيمة⁽⁵⁾.

وعلى ذلك فإن القاضي حين ترفع اليه الزوجة طلب التطلاق بناء على إرتكاب زوجها للفاحشة فإنه لا يجيئها على طلبها إلا بعد ان يؤكد من أن الفعل المرتكب فاحش إنطلاقا من سلطته التقديرية ، حيث يعتمد في ذلك على ثلاثة أمور أساسية تكون المعيارالذي يقاس به الفعل ويكيف على ضوءه ما إذا كان فاحشة أو غير ذلك⁽⁶⁾، و هي :

1- مقتضيات العقل السليم : فالعقل السليم و مقتضى المنطق و الموضوعية يرفض الإنحراف عن السلوك السوي ، وينفر من الخطأ المفضي الى إنحطاط الآداب و الأخلاق و الفساد ،إذا العقل السليم يرفض الزنا جملة و تفصيلا سواء كان في السر أو في العلانية لأنه فعل فاحش و متهور.

2- الارادة الاجتماعية : القاضي إبن بيئته بيني أحكامه على ما هو سائد في مجتمعهم عادات و تقاليد وقيم واعراف وثقافات ، وعلى نحو يطابق مع كتاب الله

(1) - سورة الطلاق ، جزء من الآية 71.

(2) - سورة النساء ، الآية 22.

(3) - سورة الأعراف ، الآية 33.

(4) - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 275.

(5) - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 305.

(6) - منصور نور ، المرجع السابق ، ص 60.

و سنة رسوله ، و بالتالي فكل فعل تستكره القيم الاسلامية و أخلاق المجتمع العربي يكون عملا فاحشا يبيح للزوجة طلب التطلاق.⁽¹⁾

3-نظرة الدين الى الفعل : حيث أن الحلال بين و الحرام بين في الاسلام ، فيعتبر في نظر الدين فاحشة كل فعل كان من الكبائر ، والكبائر هي المعاصي التي فيها حدّ في الدنيا ووعيد في الاخرة وورد فيها وعيد بنفي إيمان أو لعن.⁽²⁾

سابعا: التطلاق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين

أول شيء كما هو معلوم شرعا أن الفرقة بسبب الشقاق المستمر قد تكون طلاقا على الوجه المشروع إذا كانت الاساءة من جانب الزوجة، كما يكون خلعا إذا كان الشقاق بسبب كرهها له ، ويكون تطليقا بين الحكمين إذا كان التشاجر بينهما وجهلت أحوالهما في التشاجر ولم يعرف المحق من المبطل.⁽³⁾

غير أن المشرع الجزائري جعل الحق للمرأة في طلب التطلاق عند الشقاق المستمر بينها وبين زوجها، وهذا ما أورده الفقرة الثامنة من المادة 53 من قانون الأسرة في نصها : "يجوز للزوجة ان تطلب التطلاق لاسباب التالية...الشقاق المستمر بين الزوجين." وهو الأمر الذي قد تكون المرأة ربما سببا في إستفحاله وإستمراره ، وأجاز لها المشرع طلب التطلاق عند قيام الشقاق وترك أمر تحديد هذا الشقاق و تكييفه التكييف الذي يؤدي الى الوقوف بجانب الزوجة والقضاء لها بطلبها التطلاق على زوجها ،على أن يسبب الضرر الناتج عن الشقاق أو سوء العشرة والذي يتعذر معه مواصلة الحياة الزوجية كالهجر دون موجب شرعي و السب والشتم والضرب والاكراه على محرم أو تعاظمي محرم.⁽⁴⁾

(1) - فضيل سعد ، المرجع السابق ، ص 299.

(2) - الإمام شمس الدين الذهبي ، المرجع السابق ، ص 08.

(3) - ابن رشد ، المرجع السابق ، ص 440.

(4) - محفوظ بن صغير ، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه ، كلية العلوم الإجتماعية و العلوم الإسلامية ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2009، ص 45.

وقد راعى المشرع الجزائري هذا الأمر بدقة وعناية متوخيا ما فيه خير للزوجين من نديهما للصلح أولا طبقا لاحكام المادة 49 / 1 من قانون الاسرة⁽¹⁾، ثم توسط حكمين بينهما ، فإذا كان الحل الأنسب بينهما هو الفرقة فيرفعا تقريرا الى القاضي بذلك وهو ما نصت عليه المادة 56 من نفس القانون⁽²⁾.

وتتمثل سلطة القاضي في تقديره لهذه المسألة في أمرين هما :

1 - بذل القاضي جهدا للإصلاح وبذل الجهد يكون بعد أن يقف القاضي على أسباب النزاع و الشقاق بين الزوجين بعد ثبوت الدعوى، ويقوم بوضعهم و إرشادهم لتجاوز هذه العقبة التي إعتضت طريقيهما.⁽³⁾

2 - تأجيل القاضي للدعوى مدة يراها مناسبة ، فالمشرع وإن جعل لها حدا أعلى وقدّرها بثلاثة أشهر، ترك الأمر للقاضي ليقرر المدة التي يراها كافية ليراجع الزوجان نفسيهما وذلك من أجل الإصلاح بينهما ويتجاوزا تلك العقبة أو المحنة.

ثامنا: التطبيق للضرر المعتبر شرعا.

لقد أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يسيئ الزوج الى زوجته في المعاملة ولا أن يؤذيها بالقول ، وهذه مبادئ قررها الإسلام فقد قال الله عز وجل في محكم تنزيله : " ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف و للرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم ."⁽⁴⁾ وقوله كذلك : "وعاشروهن بالمعروف"⁽⁵⁾ ، ونفرق هنا بين الضرر

(¹) -المادة 49/1 : " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى."

(²) - المادة 56 : "إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي حكمين حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة ، و على هذين الحكمين ان يقدموا تقريرا عن مهمتهما في اجل شهرين."

(³) -محمد أمين كامل ، دعوى التفريق للشقاق و النزاع أمام المحاكم الشرعية الأردنية ،مطابع وزارة الأوقاف و الشؤون و المقدسات الإسلامية ، الطبعة الاولى، الأردن ، 1995 ، ص 141.

(⁴) - سورة البقرة ، الآية 228.

(⁵) - سورة النساء ، الآية 19.

بالقول والذي يكون في صورة شتم و إهانة لا تليق بكرامة الانسان والذي يرقى الى مستوى الخطورة ، او بين الضرر بالفعل الذي هو التصرف الذي يمس جسم الزوجة كالضرب و الجرح وغير ذلك .

فمعيار تقدير تضرر الزوجة فهو معيار شخصي يختلف من إمراة الى اخرى باختلاف البيئة و الثقافة و العمل و الوسط الاجتماعي ، ولا يشترط تكراره إذ يكفي أن يتسبب فيه الزوج ولو لمرة واحدة ، وكل ذلك متروك لتقدير قاضي الموضوع (1).

وبالرجوع الى الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة ، نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف الضرر بل اكتفى بذكر عبارة " كل ضرر معتبر شرعا " ، وما دام تعريف الضرر غائب في نص القانون وجب الرجوع الى الأصل التشريعي وهو المذهب المالكي لبيان الضرر، و المنصوص عليه عند المالكية أن ضرر الزوج بزوجه يتمثل في كل اىذاء بالقول و الفعل حيث تعد معاملة الرجل في العرف معاملة شادة ضارة تشكو منها المرأة أو لا تطيق الصبر عليها .(2)

وقد ذهبت المحكمة العليا في عدة اجتهادات لها الى إثبات حق المرأة في طلب التفريق عند كل ضرر معتبر شرعا منها :

1- "حيث أن لقضاة الموضوع الحرية المطلقة في تقدير وسائل الإثبات التي أوكلها القانون لاجتهادهم المطلق .. وما دام قد ثبت تعدي الزوج على زوجته بالشتم و الضرب المبرح والعنف صارت علاقتهما الزوجية امرا مستحيلا وهي اسباب كافية لتبرير تطليقها"(3)

وبذلك نجد أن المشرع الجزائري لم يتقيد بضرر معين تاركا للقاضي سلطة تقديرية و موضوعية مطلقة لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا التي تظطلع برقابة

(1) - منصورى نورة ، المرجع السابق ، ص 65.

(2) - محمد عزمى البكري ، المرجع السابق ، ص 299.

(3) - م ع ، غ ق خ ، قرار بتاريخ 17/02/1971 ، ن ق 1972 ، عدد 2 ، ص 53.

مسائل القانون دون الواقع ، وحسنا ما فعل لأنه ما يعتبر ضررا بالنسبة لزوجته قد لا يكون كذلك في نظر أخرى ، كما أن الضرر المعتبر شرعا في زمن ما لدى جماعة ما قد لا يكون كذلك في زمن آخرو بالنسبة لجماعة أخرى ، خاصة و ان القواعد العامة في الشريعة الاسلامية لم تحدد انواع معينة من الضرر ، وبذلك أمكن القول ان المشرع إتمد معيارا شخصيا لتحديد الضرر اللاحق بالزوجة جراء تصرفات زوجها (1).

تاسعا: التطبيق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري

إذا كان المشرع الجزائري قد فتح الباب واسعا لتفسير معنى الضرر، إلا أنه خص من جهة أخرى المادة 8 من قانون الأسرة (2) ، حيث جعل إخفاء الزوج عن زوجته الاولى زواجه بثنائية سببا مبررا لطلب التظليق دون أن يحدد مدة أو أجل لممارسة هذا الحق ، وحبذا لو أن المشرع الجزائري حدد مهلة لتقادم دعوى التظليق في مثل هذه الحالة حتى لا تتعسف الزوجة في استعماله. (3)

حيث إعتبر المشرع أن مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة و المتعلقة بتعدد الزوجات سبب من الأسباب التي تسمح للزوجة طلب التظليق و ذلك في الفقرة السادسة من المادة 53 من ق أ ج بقولها : " يجوز للزوجة أن تطلب التظليق للأسباب التالية... مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه."

فعدم وجود المبرر الشرعي أو عدم العدل بين الزوجات أو عدم إخبار إحدى الزوجات بالزواج مرة اخرى أو عدم الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة كلها تعتبر أسباب تبيح للزوجة المتضررة رفع دعوى للمطالبة بالتظليق، فبالنسبة

(1) - منصورى نورة ، المرجع السابق ، ص 67.

(2) - المادة 8 ق أ ج : " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و تورت شروط و نية العدل. يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها و أن يقدم طلب ترخيص بالزواج الى رئيس المحكمة لكان مسكن الزوجية. يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد ، إذا تأكد من موافقتهم و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية ."

(3) - منصورى نورة ، المرجع السابق ، ص 67.

لمسألة عدم العدل بين الزوجات فما على الزوجة إلا أن تثبت أن زوجها لا يعاملها معاملة عادلة مقارنة بالزوجة أو الزوجات الأخريات ، وللقاضي هنا السلطة التقديرية في تحديد عدل الزوج من عدمه.(1)

عاشرا : التطبيق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

والمقصود من الشروط المذكورة في الفقرة 6 من المادة 53 ق أ ج هو مسألة الإشتراط بين الزوجين من خلال أحكام المادة 19 من قانون الأسرة بقولها : " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط تعدد الزوجات و عمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون."

فالإشتراط جائز في العقود بصفة عامة وذلك تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، ولكن الأمر يختلف نوعا ما بالنسبة لعقد الزواج وذلك نظرا لما في هذا العقد من خصوصية ، ضمانا لهذا العقد من أن يتعرض لشروط قد تتنافى مع مقتضى العقد نفسه أو تتعارض مع مقاصد المشرع ، لكن ذلك لا يمنع الزوجين من أن يتبادلا أثناء إبرام عقد الزواج شروطا تتفق مع الآثار التي رتبها الشرع على الزواج ، ولا تتنافى مع مقتضياته وخاصة إذا كانت هذه الشروط تحقق منافع شرعية لأحد الزوجين أو تضمن له مصالح شخصية مستقبلية.(2)

المطلب الثاني : حالة الخلع

شرع الطلاق لإستحالة تحقيق الهدف من النكاح و نظرا لخصوصيته جعل بيد الزوج ، و في مقابل ذلك و عند تضرر الزوجة من تصرفات زوجها ، فُتِح لها

(1) -العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 301.

(2) - عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ، ص 167.

طريقان للخلاص من رابطة زوجية أصبحت لا تطبقها أولهما : التظليق و الذي تناولناه سابقا ، و ثانيها الخلع و الذي سنتناوله بالدراسة في هذا المطلب ، و وُجد الخلع عند إنتفاء الأسباب المستند عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري لطلب التظليق و شروطه تختلف عن شروط هذا الأخير و قد اختلف الفقهاء المسلمون بشأنه ، كما تذبذب قضاء المحكمة العليا بصدد إنعقاده.

الفرع الاول : مفهوم الخلع

1- تعريف الخلع

1-1 تعريفه لغة : الخلع لغة من خلع و هو النزع ، فيقال خلع ثوبه أو نعله أي نزعته و جرده و خلع الوالي بضم الخاء أي نزع⁽¹⁾، و لما كان كل من الزوجين كاللباس للآخر كما ورد في قوله تعالى : " هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ و أَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ."⁽²⁾

1-2 تعريفه إصطلاحا : يرى المالكية الخلع بأنه طلاق بعوض بكل ما يشمل الطلاق من ألفاظ صريحة أو كناية ظاهرة أو أي لفظ آخر إذا كان بنيّة الطلاق ، و عرّفه الشافعية بأنه اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض و يكون بكل لفظ يدل على الطلاق صريحا كان أو كناية يكون خلعا يقع به الطلاق البائن ، أما الحنابلة فعرفوه بأنه فراق الزوج لإمرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة.⁽³⁾

فالخلع بألفاظه صريحة كانت أم كناية فسخ بائن، و الخلع بألفاظ الطلاق صريحة كانت أم كناية طلاق بائن ينقص عدد الطلاقات بشرط النية.⁽⁴⁾

(1) - أبو الفضل جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثامن، دار صادر، بيروت لبنان ، 1955 ، ص

(2) - سورة البقرة ، الآية 187.

(3) - منصوري نورة ، المرجع السابق ، ص 104.

(4) - عبد الحمان الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، الجزء السابع ، المكتبة التوفيقية ، الجزائر، د س ن ، ص396.

1-3 التعريف القانوني : ذهب المشرع في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري الى أنه : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت صدور الحكم . " ، و من خلال هذه المادة أعطى المشرع للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع و ذلك دون موافقة الزوج ، و بالتالي فهو حق لها في مقابل حق الطلاق الذي منح للزوج ، و قد تتعسف الزوجة في ممارسة حقها و يلحق الزوج من ذلك ضرر .

2- شروط الخلع

يتضح من خلال قراءة نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾ وهو النص الوحيد الذي تعرض لمسألة الخلع ، أن المشرع الجزائري لم يتعرض للشروط التي يجب توافرها لصحة الخلع ، بل إكتفى فقط بالإشارة الى أنه يتم دون إرادة الزوج ، و أن سلطة القاضي في شأنه تنحصر في الجانب المادي فقط.

و شروط الخلع هي نفسها شروط الطلاق ، لأنه كما سبق و أن أشرنا على كل حال أنه طلاق بائن ، فيشترط أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق ، أي أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً، وأن تكون الزوجة محلاً للطلاق بأن تكون زوجة شرعية أي شرط الرابطة الزوجية. و شرط العقل و البلوغ لا بد منه لتكتمل أهلية الأداء التي تتوقف عليها صحة التصرفات و هناك قاعدة إتفق عليها الفقهاء و هي " كل من صح طلاقه ، صح خلعه "⁽²⁾.

(1) - المادة 54 ق أ ج : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي . إذا لم يتفق الزوجان على

المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صدق المثل وقت صدور الحكم."

(2) - عامر الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، د س ن ، ص

و منه يفهم أن الشروط الأساسية في الخلع تتمثل في :

1- المحل الصحيح : و لصحة المخالعة يجب أن تكون المرأة محلا للطلاق ، أي ان تكون محلا صحيحا و صالحا لإيقاع الطلاق ، ولا تكون المرأة كذلك إلا إذا كانت متزوجة بعقد صحيح أو معتدة من طلاق رجعي في عقد صحيح .⁽¹⁾

2- البدل : و كل ما جاز أن يكون صداقا جاز أن يكون بدلا للخلع⁽²⁾، و هو أهم شرط من شروط المخالعة لأن الخلع طلاق بعوض ، و مقابل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها و خلاص نفسها منه .

3- صيغة المخالعة (سابقا): في وقت مضى كان يشترط صيغة المخالعة و هي الإيجاب و القبول و هو اللفظ الدال على إرادة الطرفين ، فالمحكمة العليا كانت تأخذ بفكرة أن الطلاق بواسطة الخلع هو عقد رضائي لكنها تراجعته عن موقفها إذ صدر قرار 1994/04/19 ملف رقم 107339 جاء فيه⁽³⁾: " إن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضی الزوج وعند الإختلاف في مبلغ التعويض ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل . " و جاء بعد ذلك تعديل للمادة 54 بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة و الذي نفى شرط رضی الزوج بقوله : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي . "

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للخلع

(1) - محمد فهد شقفة ، شرح أحكام الأحوال الشخصية ، مؤسسة النوري للنشر، الجزائر ، 1998 ، ص 447.

(2) - الغوتي بن ملحة، قانون الاسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008، ص45.

(3) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 19/04/1994 ، م ر 103739 /نعيمة تبودشت ، الطلاق و توابع فك العصمة ، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر ، 1999-2000 ، ص 178.

عرف المشرع الجزائري تحولا في شأن طبيعة الخلع القانونية بعد صدور الأمر 02-05 المعدل و المتمم لقانون الأسرة ، حيث كان ينص المشرع الجزائري قبل التعديل في المادة 54 من قانون الأسرة على أنه : " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه ، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ."

فكان المشرع بذلك ينظر الى الخلع على أنه نوع من الطلاق الرضائي مقابل مال تدفعه الزوجة ال زوجها لقاء طلاقها ، و لا يصبح الخلع لازما إلا إذا تم فيه الإيجاب و القبول و قبل تمامه يجوز لكل من الطرفين الرجوع عن الإيجاب في المخالعة قبل أن يقبل الآخر.

و في الحقيقة إن إعطاء صفة العقد للخلع فيه تعزيز لموقف الرجل الذي يعتد بإرادته في هذا الطلاق و الذي يقع بدونه ، فيتم بإرادته و تلتزم الزوجة في المقابل بالبدل و لا سلطة للقاضي إلا في تحديد الجانب المادي فقط ، و هذا ما يعطي للخلع طبيعة خاصة تقترب من الطلاق و من الطلاق بالتراضي ، فالزوجة هي التي تسعى الى فك الرابطة الزوجية فيما لا يكون الزوج طالبا للطلاق ، و في هذه الحالة فإن الطلاق بالخلع يختلف عن الفسخ لأنه بائن ، و لأنه يقوم على مبدأ التعويض و المقابل و قبول الزوجة الذي على أساسه يتم دفع بدل الخلع ، و هو بذلك يختلف عن الطلاق بالتراضي لأن هذا الأخير لا يشترط إلتزامات مالية على عاتق الزوجة تلتزم بها تجاه الزوج .

الفرع الثالث : سلطة القاضي التقديرية في مسألة الخلع

إن الخلع شرع لمصلحة الزوجة ، بناء على عرض الزوجة و قبول رغبة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية مقابل مال تدفعه للزوج و يتفقا على المقدار في

جلسة الحكم ، و في حالة عدم الإتفاق يحدد القاضي ذلك حسب سلطته التقديرية المخولة له بحيث لا يتجاوز صدق المثل ، و تجدر الإشارة الى أن مقابل الخلع لا يسقط النفقة الزوجية في حال العدة ، و لا يبرأ الزوج من هذه النفقة إلا إذا نُص صراحة في العدة على إسقاطها⁽¹⁾.

وعلى المستوى التطبيقي نجد قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1999/03/16 الذي أكدت فيه على أن قضاة الموضوع لم قضوا بتطبيق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، وقد يكون صدق المثل كما سبق الذكر أي مالا مقبولا أو كل ما يكون مباح شرعا. ⁽²⁾

المبحث الثاني

مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

يعتبر الطلاق للإرادة المنفردة هو القاعدة في حل الرابطة الزوجية في الشريعة الاسلامية ، و قد جعل الطلاق بين يدي الزوج لا بين يدي الزوجة بالرغم من أنها شريكة في العقد ، و ذلك حفاظا على الزواج و تقديرا لمخاطر إنهاءه بنحو سريع لأن الرجل الذي دفع المهر و أنفق على الزوجة و البيت عادة ما يكون أكثر تقديرا للعواقب.

و عليه سوف نتناول في المطلي الاول حالة الطلاق بالارادة المنفردة للزوج ثم حالة الطلاق لنشوز الزوجة

المطلب الأول : حالة الطلاق

(1) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، المرجع السابق ، ص 249.

(2) - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 249

شرع الإسلام الطلاق كحل واقعي علمي لما يطرأ على هذه الرابطة المقدسة من تشويش ، وجعل له ظوابطه و قوانينه و جعله أبغض المباحات الى الله تعالى و الى نفوس العباد من ذوي الفطرة السليمة و ذلك أن الإسلام دين وحدة و الطلاق شرع للفرقة مما يستحق أن يصنف في خانة أبغض الحلال⁽¹⁾ .

الفرع الأول : مفهوم الطلاق

1- تعريف الطلاق

1-1 تعريفه لغة : الطلاق في الإصطلاح اللغوي هو الترك أو المفارقة ، فيقال طلق البلاد أي تركها و فارقها⁽²⁾ ، و هو مشتق من كلمة أطلق كأن نقول أطلق سراحه أي حرره ، فالطلاق إذا هو تحرير طرفي عقد الزواج عن بعضهما البعض و هو حل القيد المعنوي الذي يربط بينهما و هو قيد النكاح⁽³⁾.

1-2 تعريفه اصطلاحا : نرى بأن التعريف الجامع و الأقرب لمعنى الطلاق من خلال تعريفات الفقهاء للطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال ، او في المال بلفظ مخصوص ، فحل الرابطة الزوجية في الحال يكون بالطلاق البائن ، و في المال أي بعد العدة يكون في الطلاق الرجعي و اللفظ للخصوص هو الصريح كاللفظ البائن و الحرام و الطلاق و نحوهما⁽⁴⁾.

(1) - شمس الدين ، قانون الأسرة و المقترحات البديلة ، شركة دار الأئمة للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الأولى، الجزائر ، 2003 ، ص 123.

(2) - العربي بلحاج ، الوجيز في قانون الاسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 207.

(3) - عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص 278

(4) - بن شيوخ رشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل _دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية_، الطبعة الاولى ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2009 ، ص 212.

1-3 تعريفه قانونا : أما في الإصطلاح الشرعي فإن الطلاق هو إزالة النكاح أي رفع القيد و هو حل رابطة الزواج و إنهاء العلاقة الزوجية ، و ذكره المشرع في المادة 48 المعدلة بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و المتضمن قانون الأسرة على أنه : " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون . "

و نجد أن المشرع الجزائري كان متذبذبا بين التطرق للتعريف و غض النظر عنه في الوقت الذي ألف ترك التعاريف القانونية للفقهاء للخوض فيها و لم يجسد ذلك في المادة 48 من قانون الأسرة ، و هو محاولة منه للتملص من أي إلتزام يقع عليه لتبنيه إحدى التعاريف القائل بها الفقهاء و ترك ذلك لهذا الأخير على غرار مسائل فقهية أخرى ضمنها في نص المادة 222 من قانون الأسرة و التي جاء فيها : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية . " (1)

2- تعريف الطلاق بإرادة الزوج المنفردة

تناول المشرع الجزائري صورة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج من خلال المواد (49.50.51.52) ، حيث نصت المادة 49 من قانون الأسرة على مايلي: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي دون ان تتجاوز مدة

(1) - باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون في القضاء الجزائري ، دار الهدى ، الجزائر ، 2007،

ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى . " ، و نصت المادة 50 من ذات القانون على أنه : " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد ، و من راجعها بعد صدور حكم بالطلاق يحتاج الى عقد جديد . " و ما يمكن ملاحظته بشأن الفقرة الأولى من المادة 49 أن الطلاق لا يثبت إلا بموجب حكم قضائي و أن أي طلاق عرفي يقع شفهيًا ضمن قواعد الفقه الإسلامي لا يعتد به قانونًا و لا يحتج به تجاه الغير .

و يفهم من نص المادة 50 أنه إذا حصل الطلاق بحكم قضائي ثم راجع الزوج زوجته دون توثيق عقد الزواج من جديد ، فإن هذا الزواج لا يحتج به قانونًا تجاه الغير من حيث ترتب الآثار القانونية عليه و هذا مخالف لما هو مقرر في الفقه الإسلامي من حيث ترتب الآثار القانونية عليه .

فالحكمة من جعل الطلاق بيد الزوج هو الحد من إنتشاره ، فالرجل ربما هو المتضرر الأكبر و عليه تقع كل واجبات الزواج و نفقات الطلاق ، و بما أن حضانة الأولاد من حق الأم فلا يوقعه إلا في حالات الضرورة القصوى .

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة

أخذ المشرع الجزائري في أحكام قانون الأسرة بقاعدة أن الطلاق بالارادة المنفردة قد جعل بين يدي الزوج و ليس الزوجة و أكدت قرارات المحكمة العليا

على هذا ، إذ جاء في قرار لها (1) : " أنه من المقرر شرعا أن للزوج حق الطلاق من جانبه وحده عملا بالقاعدة الشرعية (العصمة بيد الزوج) و من ثم فإن القضاء بإبقاء روابط الزوجية قائمة بين الزوجين حتى بعد إبداء الزوج لإرادته في الطلاق؛ يعد خرقا صريحا لهذه القاعدة الشرعية و متى كان أن خالف قضاة الاستئناف تطبيق هذا المبدأ استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار تلقائيا من المجلس الأعلى " .

و لهذا النوع من الطلاق شروط يجب توافرها ؛ سواء ممن وقع منه الطلاق أو ممن يقع عليها الطلاق و هي الزوجة.

أولا : من حيث الشروط الواجب توافرها في المطلق

اشترط الفقهاء عدة شروط يجب توافرها في المطلق :

(أ) أن يكون زوجا أو وكيلًا عنه أو رسولا منه :و المقصود بالزوج، من اتبع الطرق الشرعية في عقد الزواج و بناءا عليه لا يكون لوليه إيقاع الطلاق على زوجة من تحت ولايته ، فهو حق شخصي لا يملكه غير الزوج إلا بتوكيل منه (2) . كما يشترط في هذا الزوج أن يكون مسلما عند المالكية (3) .

و بالنسبة للمشرع الجزائري - و بالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية (4) - الذي يشترط الصفة في من يرفع الدعوى .فقد أجازت لرفع الدعوى في جميع الدعاوى بصفة عامة و دعاوى الطل بصفة خاصة. أن يرفعها طالب الطلاق نفسه أو أحد ممثليه قانونا سواء كان محاميا أو وكيلًا أو وليا لمن لم يبلغ

(1) - م.ع.غ.أ.ش. قرار بتاريخ 1984/12/31 ؛ م ر 35346 ، م.ق. 1990 ، عدد 02 ص 86 .

(2) - أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة و القانون ، دار المعارف ، الطبعة الأولى ، مصر، 1967 ، ص 114 .

(3) - وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 364 .

(4) - المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري .

سن الرشد⁽¹⁾، كما أخذ المشرع الجزائري برأي المالكية، في اشتراط أن يكون من يقع منه الطلاق مسلما و ذلك بتطبيق نظرية الإسقاط . حيث منع قانون الأسرة الجزائري زواج المسلمة بغير المسلم و بالتالي لا يمكن تصور طلاقها منه.

(ب) أن يكون بالغا عاقلا :

- أن يكون بالغا : الصبي المميز لا يقع طلاقه ، حتى ولو أجازته الولي . لأن الطلاق يعتبر من التصرفات الضارة ضررا محضا⁽²⁾ . فلا يجوز للولي إجازته، لرأي جمهور العلماء ؛ غير أن الفقه المالكي أجاز طلاق الولي نيابة عن الصغير أو المجنون ، إذا دعت الضرورة لذلك أو المصلحة .

- أن يكون عاقلا : فلا يصح طلاق المجنون و مثله المغمى عليه و المدهوش و قد ورد حديث نبوي شريف في هذا الصدد رواه أبو هريرة فقال أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: "كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه و المغلوب على عقله" و قول الرسول كذلك "رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم و عن النائم حتى يستيقظ و عن المجنون حتى يفيق"⁽³⁾ . و يستوي في هذا أن يكون من يقع منه الطلاق ذا جنون منقطع أو دائم ، و لا يصح طلاقه إلا بعد الإفاقة⁽⁴⁾ . كما يتبعه في ذلك المعتوه و من اختل عقله لكبر أو مرض أو لمصيبة فاجأته ، أو غضب شديد لحقه .

ثانيا : من حيث شروط من يقع عليها الطلاق

(1) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 285.

(2) - العربي بلحاج ، مرجع سابق ، ص 226.

(3) - رواه أحمد و أبو داود و الحاكم عن علي و عمر .

(4) - العربي بلحاج ، مرجع سابق ، ص 227.

تعتبر الزوجة في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج هي محل الطلاق و المقصود بالزوجة هنا من كان زوجها صحيح شرعا و قانونا حتى ولو لم يدخل بها زوجها و هذا هو الشرط الجوهري لإيقاع الطلاق إضافة إلى بعض الشروط التي نردها على النحو التالي :

(1) أن لا يكون عقد الزواج فاسدا : حيث أن عقد الزواج الفاسد يستوجب الفسخ بقوة القانون و الشرع سواء كان هذا الفسخ بسبب حرمة مؤيدة أو غير مؤيدة أو اختلال في أركانه الأساسية .

(2) أن لا تكون المطلقة معتدة من طلاق بائن : سواء كان بينونة كبرى أو مطلقة طلاقا مكملا للثلاث و ذلك ما نصت عليه المادة 51 من قانون الأسرة حيث لا يمكن للرجل أن يراجع من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء .

(3) أن تكون امرأة في طهر لم يجامعها فيه.

و بناءا عليه يمكن أن تكون المرأة محلا للطلاق في الأحوال التالية⁽¹⁾:

* إذا كان هناك عقد زواج صحيح شرعا و قانونا .

* إذا كانت معتدة من طلاق بائن بينونة كبرى .

* إذا كانت معتدة من فرقة هي طلاق .

* إذا كانت معتدة من فرقة هي فسخ لعقد الزواج في حالة ردة

احد الزوجين.

و لا تكون المرأة محلا للطلاق⁽²⁾ :

* إذا كانت من يقع عليه الطلاق معتدة من فسخ الزواج بسبب

ظهور ام العقد غير صحيح ، أو ظهور حرمة المصاهرة .

* إذا كانت معتدة من طلاق بائن بينونة كبرى .

(1) - أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص 162 .

(2) - أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص 163 .

*إذا كانت معتد من فسخ الزواج.
*إذا كانت أجنبية ، ليست بينها وبين الرجل علاقة زوجية ،
فلا يمكن تصور تطليق رجل لامرأة ليست له معها علاقة
شرعية كخليته مثلا .

الفرع الثالث : أساس الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

يكون الزوج مسؤولا عن فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة حتى ولو كان
طلبه ينطوي على المبررات الشرعية و الأخلاقية ، لكنها قد لا يكون لها التجسيد
الواقعي و المسألة هنا تتعلق بإثبات ما يدعيه الزوج ، ذلك أن خصوصية العلاقة
الزوجية و قدوسيتها تجعل تجعل من مسألة إثبات الوقائع و جعلها مبررا شرعيا
للطلاق صعبة للغاية و غالبا ما تنتهي بالفشل و من ثم تحميل الزوج مسؤولية
الطلاق إن حدث⁽¹⁾ .

فالرجل ربما يكون المتضرر الأكبر و عليه تقع كل واجبات الزواج و نفقات
الطلاق و بما أن حضانة الأولاد من حق الأم فلا يوقعه إلا للضرورة القصوى ،
ضف إلى ذلك حتى ال يتلاعب الرجل بالطلاق الثلاث حرم الإسلام عودة المرأة
لزوجها حتى تنكح زوجا غيره و هذا ما يحز في نفس الرجل لذا جعلت العصمة
بيده.

الفرع الرابع: تقدير القاضي في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

للقاضي السلطة التقديرية في فحص الأمور و تبيان دوافع الطلاق من خلال
عرائض الطرفين و دفوعاتهما ، و لكن خلافا للإجراءات المتبعة أصلا في المواد

(1) - باديس ذيابي ، المرجع السابق ، ص 14.

المدنية فإنه في دعاوى شؤون الأسرة لاسيما دعاوى الطلاق ، فإن القاضي ملزم بإجراء جلسات صلح سرية لا يحضرها سوى طرفي الخصام (الزوج و الزوجة) ، و يعتبر هذا الإجراء جوهريا بموجب نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص لى أنه : " لا يثبت الطلاق إلا بحكم و بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون ان تتجاوز مدة 3 أشهر إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى."⁽¹⁾

كما إستقر القضاء على ذلك قبل صدور قانون الأسرة ، إذ قضى المجلس الأعلى في قراره بتاريخ 1968/10/16 بأنه : " قضاة الموضوع يتمتعون بسلطة تقديرية مطلقة فيما يخص مصالحة الزوجين."⁽²⁾

المطلب الثاني

حالة النشوز

إن الأصل في العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة هو المساواة في الحقوق و الواجبات و منطلق ذلك قوله تعالى " ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف و للرجال عليهن درجة"⁽³⁾، فالآية الكريمة تجعل من المرأة مساوية للرجل من حيث الحقوق و الواجبات فكلها ألزمت بواجب اتجاه الزوج يلزم هذا الأخير بمثله ، ذلك أن

(1) - مسوعة نعيمة الياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق ، رسالة دكتوراه في القانون

الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2009-2010 ، ص 167

(2) - م أ ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1968/10/16 ، 55 ، مقتبس عن العربي بلحاج ، قانون الأسرة مع تعديل الأمر

02/05 و معلقا عليه بمادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة(1966-2006) ، ديوان المطبوعات الجامعية 2006

، ص 213.

(3) -سورة البقرة ، الآية 228 .

الإسلام جابر الأساس الفطري و الطبيعي بين الزوجين فإذا كان الرجل أقدر على العمل المجهد خارج المنزل فالمرأة أقدر على تدبير شؤون المنزل و تربية الأولاد فكل يكلف لما هو مناسب له بل الأمر تعدى الآن إلى كون الزوجين في وضع مماثل من حيث الإلتزامات داخل البيت و خارجه .

غير أن مسألة نشوز الزوجة كمبرر يقدمه الزوج لفك الرابطة الزوجية بالطلاق يصطدم دائما مع عبئ إثبات من طرف الزوج سيما إذا أنكرت الزوجة أن تكون قد عصته و خالفت أوامره أو فعلت أمورا بغير إذن و لما صار إثبات حالة نشوز (العصيان و وعدم القيام بالواجبات...الخ) من الامور الصعبة لأنها تبنى عادة من إدعاءات مقابل إدعاءات في الوقت الذي قد ينعدم الشهود لكون العلاقة مقدسة بين الطرفين ، ولا يمكن لاي أحد الاطلاع عليها غير أن ذلك لم يمنع الجزائري من محاولة ايجاد حالات للنشوز مبنية على مجرد تصريحات و ادعاءات و إنما مرجعها الدليل الكتابي.(1)

الفرع الأول : مفهوم النشوز و طرق إصلاحه

إن حقوق الزوج على الزوجة تقابلها إلتزامات تقع على عاتق الزوجة الذي يقع عليها واجب تربية الأولاد و كذا إحترام والدي زوجها و أقاربه ، و يجب عليها أن تطيع زوجها و مراعاته بإعتباره رئيس العائلة ، و يعتبر حق الطاعة و هو نقيض النشوز من الحقوق الجوهرية للزوج على زوجته بناءا على عقد الزواج الصحيح .

1- تعريف النشوز

(1) - باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص 19.

لم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة لتعريف النشوز غير أنه بالرجوع الى فقهاء الشريعة الإسلامية فقد حاولو إعطاء تعريف له و تو سعوا في مدلوله

1-1 تعريفه لغة:معناه الإرتفاع و التعالي و النهوض ، و الناشز هو الشيء المرتفع الخارج عن مكانه و يقال نشز فلان أي علا و إرتفع ويقال نشزت الزوجة بزوجها معناه لغة إستعصت و أساءت العشرة فهي ناشز ، و قد يكون النشوز من الزوج أو الزوجة فيقال زوجة ناشز أو زوج ناشز و قال تعالى : " **و إذا قيل إنشزوا فأنشزوا** ".⁽¹⁾ و معناه إنهظوا للقتال .

2-1 تعريفه اصطلاحا : لم يختلف فقهاء الشريعة في تعريف النشوز ، فحسب الإمام أبو زهرة عرفه بأنه : " جحود الزوجة لغير سبب شرعي ".⁽²⁾

و عرفه البعض : " نشزت المرأة على زوجها إذا عصته و خرجت عن طاعته و نشز عليها زوجها إذا جفاها أو أضر بها . "⁽³⁾

3-1 تعريفه قانونا:لقد حاول الأستاذ فضيل سعد تعريف النشوز بأنه عدم إمتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج و رفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك ، أما المشرع الجزائري فلم يعرف النشوز و إكتفى بذكر آثاره .

و كذلك إعتبر أنه تدخل في حكم الناشز الزوجة التي تخرج من المنزل دون إذن زوجها و بدون مبرر شرعي ، و كذلك الزوجة التي تمنع زوجها من مباشرتها دون عذر شرعي تعد ناشزا فلا يجوز لها ذلك لأنها تعتبر عاصية لله تعالى ، كذلك

(1) - سورة المجادلة ، الآية 11 .

(2) - الإمام أبو زهوة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، طبعة سنة 1957 ، ص 277 .

(3) - ابن الأثير ، المرجع النهائية ، الجزء الخامس ، ص 56 .

التي تخرج للعمل دون إذن زوجها و السفر دون رضاه ، وحتى التي تمتنع عن الانتقال الى بيت الزوجية بعد العقد الصحيح و قد دعاها زوجها الى ذلك .

2- طرق إصلاح النشوز شرعا و قانونا:

2-1 شرعا : جاءت مبادئ الشريعة الإسلامية التي أرشدت الزوج الى وسائل إصلاح زوجته إذا ما تبين له أنها ناشز ، إذ يجب عليه أن يتخذ إتجاه زوجته كل طرق الإصلاح و التأديب حتى يتمكن من إرجاعها لطاعته.

فإن رأى الزوج نشوزا في زوجته فعليه أن يعظها و يرشدها لعلها تهدي و ترجع لطاعته لقوله عز و جل : " و اللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن و أهجروهن في المضاجع و إضربوهن ، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا. "(1)

و نلاحظ أن الآية الكريمة بينت طرق و وسائل إصلاح الزوجة الناشز في حالة خشية الزوج من نشوز زوجته ، و من حكمت الله تعالى أن جعل إستعمال هذه الطرق بصفة تدريجية على النحو الآتي بيانه(2) :

أ) - الموعظة الحسنة : إذا تبين للزوج أن زوجته نشزت فيجب عليه أولا أن يعظها و ينصحها و ذلك بالكلمة الطيبة فيذكرها بواجباتها نحو زوجها و منها واجب طاعته و ينبهها الى عقاب الله و خطورة سلوكها الذي سوف يؤثر على كيان الأسرة و على العلاقة الزوجية ، أما إذا لم تفد معها الموعظة و أصرت على النشوز فيلجأ الزوج لوسيلة أخرى هي الهجر في المضجع.

¹ - سورة النساء ، الآية 34

⁽²⁾ - سويسسي فتيحة ، النشوز في ظل أحكام الشريعة و قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، الجزائر ، 2003-2004 ، ص 10 و ما بعدها

(ب)- الهجر في المضجع: إذا فشل الزوج في تأديب زوجته بالموعظة يحق له أن يهجرها في الفراش و يكون داخل البيت حصرا لقوله صلى الله عليه و سلم " و لا تهجر إلا في البيت . " ، أما إذا لم تنفع في الزوجة لا الموعظة الحسنة و لا الهجر في المضجع فالآية أرشدت الزوج الى طريقة أخرى هي الضرب.

(ج)- الضرب: و المقصود به الضرب الخفيف غير المبرح ، غير أنه لا يجوز للزوج أن يضرب زوجته الناشز إلا بعد اليأس من تأديبها و ردها بالوسيلتين السابقتين ، فعلى الزوج أن يستعمل حقه في التأديب في حدوده المشروعة و إذا رجعت الزوجة الى طاعة زوجها بأحد هذه الوسائل التأديبية فليس للزوج سبيل آخر ، مصدقا لقوله تعالى : " **فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا** ".⁽¹⁾

2-2 قانونا: إذا رفع الزوج دعوى طلاق لنشوز الزوجة ، يجري القاضي أولا طبقا لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري جلسة الصلح⁽²⁾ ، و التي تعتبر إجراء شكلي جوهري من النظام العام في جميع قضايا الأحوال الشخصية ، و أن عدم القيام بهذه الإجراءات يترتب عليه بطلان العمل القانوني و هو ما توضحه المادة 49 ق.أ.ج " لا يثبت الطلاق إلا بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز المدة ثلاثة اشهر. "

و يحاول القاضي في جلسة الصلح أن يقرب وجهات النظر بين الزوجين و التوفيق بينهما و محاولة إقناعهما بضرورة التفكير في مصلحة الأسرة و خاصة مصلحة الأبناء لضمان المحافظة على كيان الأسرة من التفكك ، كما يحاول القاضي إقناع

(1) - سورة النساء ، الآية 34

(2) - عرف الاستاذ عمر زودة محاولة الصلح : هو أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج بالتراجع عن طلبه في الطلاق ، و يعذ الصلح عنصرا من العناصر الشكلية لممارسة الحق الإرادي و إن لم يحضر طالب الطلاق لجلسة الصلح حكم بإبطال إجراءات الطلاق . / مقتبس عن : عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، ص 108

الزوجة بالرجوع عن نشوزها و مراجعة نفسها ، و من جهة أخرى إقناع الزوج بالتراجع عن الطلاق و عدم التسرع في إتخاذ هذا القرار.

إذا على القاضي أن يبذل كل جهده للإصلاح بين الزوجين و يمكن له أن يجري عدة محاولات صلح على ن لا تتجاوز مدة ثلاثة أشهر و هي المدة المحددة قانونا ، و جاء في قرار المحكمة العليا أن إجراء الصلح هو إجراء جوهري في نصه : " من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطاوا في تطبيق القانون."⁽¹⁾

و عليه فالقضاء الجزائي في الواقع العملي لا يعتبر الزوجة ناشزا إلا إذا توفرت الشروط الآتية :

- أن يصدر حكم قضائي نهائي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية و أن يتم تبليغها به
- أن يسعى الزوج لتنفيذ الحكم و تمتنع الزوجة عن ذلك .
- أن يتم تحرير محضر إمتناع عن الرجوع لمحل الزوجية من طرف المحضر القضائي يبين فيه عدم وجود الزوجة في منزل الزوجية و ان يرافقه الزوج في ذلك ، فحضوره ضروري أثناء إنتقال المحضر القضائي لمحل الزوجية.

ثم يلجأ الزوج للقضاء لطلب الطلاق بتظلم الزوجة⁽²⁾.

(1) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 1991/03/20 ، م ر 72858 ، م ق 1993 ، عدد 01 ، ص

(2) - سويسبي فتحة ، المرجع السابق ، ص 15

الفرع الثاني : سلطة قاضي الموضوع في مسألة النشوز

عالجت المحكمة العليا مسألة النشوز في العديد من إجتهاداتها ونرى ذلك في قرار لها جاء فيه : " متى كان من المقرر شرعا أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية ، و بعد ثبوت إمتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها ، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله و يستوجب الرفض ، إذ كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوجة طابت الحكم لها بالرجوع الى محل مستقل عن أهل زوجها تفاديا لكل ما عساه أن يلحقها من ضرر و الحكم لها بمطالبها من قضاة الموضوع فإنه لا مبرر لإعتبار الزوج في حالة نشوز و لا تستحق النفقة المقررة لها ما دام لم يثبت نشوزها أمام القضاة فإن نفقتها تظل مستمرة و مستحقة لها ، مما يجعل القرار المطعون فيه مؤسسا تأسيسا قانونيا و شرعيا و تى كان ذلك إستوجب رفضه." (1)

و قد يكون سبب إمتناع الزوجة عن الرجوع لمحل الزوجية هو عدم رغبة الزوج في إرجاعها أو تماطله في التنفيذ ، فإنه بصور حكم يقضي عليها بالرجوع فليست الزوجة هي التي تبادر بالرجوع ، بل ينبغي أن يسعى الزوج لإرجاعها لأن ذلك حفظ لكرامتها و عزتها ، و لحقوق المرأة عموما ، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها أنه : " من الثابت شرعا و فقها أنه في حالة الخصام بين الزوجين ، فإن حضور الزوج الى بيت أهل الزوجة و طلب رجوعها الى بيت الزوجية مرغوب لرد كرامتها و بناء حياة زوجية صحيحة . و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضاوا بجعل مسؤولية الطلاق على

(1) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 1984/07/09 ، م ر 33762 ، م ق 1989 ، عدد 04 ، ص 119 .

عاتق الزوجة بإعتبارها ناشز ، فإنهم أخطأوا في تفسير القانون و الشرع ، لأن الزوجة لا تعتبر ناشزا بل إشترتت لرجوعها حضور الزوج الى بيت أهلها لرد كرامتها و هو الشرط الذي تنتفي معه حالة النشوز بأغلبية آراء الفقهاء ، فإنهم أخطأوا في تفسير القانون و متى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه .
(1)»

إذ يتبين لنا من خلال هذه القرارات أنه لا بد على قاضي شؤون الأسرة أن يتحقق و يبحث عن سبب إمتناع الزوجة عن الرجوع الى محل الزوجية ، و ليس بمجرد إمتناعها عن الرجوع تعتبر ناشزا ، و على القاضي أن يناقش و يتفحص جيدا الدفوع التي تثيرها الزوجة و التي تدفع بها إدعاء الزوج بأنها ناشز ، فإذا كان سبب إمتناعها عن الرجوع لمحل الزوجية هو عدم توفير الزوج لزوجته سكن زوجي منفرد فإن هذا يعتبر مبرر شرعي و حق مشروع للزوجة ، ولا تعتبر في هذه الحالة ناشزا.

و عليه فإن السلطة التقديرية متروكة للقاضي في مدى إعتبار الحالة المعروضة عليه نشوزا من أحد الزوجين.

المبحث الثالث

مسألة التعويض عن الضرر الناتج عن فك الرابطة الزوجية

أشرنا فيما سبق أنه عند تصميم الزوج على إيقاع الطلاق لا يمكن التحكم في ارادته و لو تبين للقاضي انه أنه ظلم زوجته و اولاده بإستعمال هذا الحق ، و كذلك الحال بالنسبة للزوجة في إستعمالها حق الخلع ، و ليس للقاضي في هذه الأحوال سوى جبر الضرر المترتب عن فك الرابطة الزوجية ، و هنا تبرز سلطته في الحكم بالتعويض للطرف المتضرر ، و الذي يعتبر الأثر الثابت في حالة وقوع الضرر من جراء الطلاق سواء كان بطلب من الزوجة أو من الزوج على حد سواء

(1) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 17/02/1998 ، م ر 184055 ، م ق 1998 ، عدد 02 ، ص 85.

، و لذلك سنبحث اولاً في مفهوم التعويض عن الضرر وشروطه ، ثم الاساس القانوني لإستحقاق التعويض و من ثم الى كيفية تحديد القاضي لمقدار هذا التعويض.

المطلب الأول

مفهوم التعويض عن الضرر و شروطه

إن أهم أثر من الآثار الناتجة عن فك الرابطة الزوجية هو ذلك الذي يتعلق بالتعويض عنها ، ويستنتج من هذا الأثر قراءة المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و التي جاء فيها : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق ، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها . "

الفرع الاول : تعريف التعويض عن الضرر

1- تعريف الضرر: هو الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية ، و الذي ينجم عن إخلال العاقد ببند و شروط العقد ، و إذا إنتفى الضرر فلا مسؤولية و لا تعويض، و قد نصت المادة 124 من القانون المدني الجزائري على أن : " كل عمل أيًا كان يرتكبه المرء و يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض. "

و يعرف الضرر بأنه ما يصيب المتعاقد في حق من حقوقه من جراء إخلال المتعاقد الآخر بمصلحة مشروعة سواء كانت هذه المصلحة مادية أو معنوية.⁽¹⁾

من خلال التعريف يتبين لنا أن الضرر ينقسم الى قسمين : ضرر مادي و ضرر معنوي، فالضرر المادي هو ما يصيب الشخص في جسمه أو ماله ، أما الضرر المعنوي فهو ما يلحق بالشخص في كرامته أو شخصه ، و بصفة عامة في غير حقوقه المالية .

(1) - العربي بلحاج ، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي ، ص 68

2- تعريف التعويض: التعويض في اللغة بمعنى البديل أو الخلف ، و جاء في لسان العرب أن العوض هو البديل المستعمل ، و يختلف المعنى اللغوي عن المعنى الإصطلاحي للفظ التعويض عند شرح القانون و فقهاءه ، فالتعويض عندهم هو ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية إتجاه من أصابه بضرر.⁽¹⁾

و هو أيضا الأثر الذي يترتب على تحقيق المسؤولية ، و متى تحقق ذلك كان للمضرور رفع دعوى المسؤولية العقدية تجاه الشخص المسؤول للمطالبة بالتعويض ، و تستند دعوى المسؤولية العقدية على إخلال المتعاقد المسؤول بمصلحة مشروعة للمتعاقد المضرور .

ويستخلص من هذا التعريف أن الغرض من التعويض هو حماية المضرور من الضرر الذي أصابه ، إذ تتدرج قاعدة التعويض عن الضرر تحت ثبوت العوض بالإتلاف ، سواء كان هذا الإتلاف للنفس أو المال ، و قد صرح الفقهاء أيضا بأن إتلاف الوطء موجب للضمان أي للتعويض ، فمن فوت على امرأة فرصة من نكاح فاسد أو وطء شبهة فيجب عليه مهر مثلها .

الفرع الثاني : شروط التعويض عن الضرر

باعتبار أن وعاء الشروط هو العقد ، فإن الشروط في عقد الزواج تخضع لأحكام القواعد العامة في التعويض، إلا ما أستثني فيها بأحكام خاصة ، و تطبيقا لذلك فإنه يكون للمرأة التي تضررت من جراء مخالفة شرط من الشروط التي بُنيت عليها الرابطة الزوجية كفقدانها لمنصب عملها بسبب إخلال الزوج بالشرط الذي وافق عليه و الذي يسمح للزوجة بمزاولة عملها ، أن تلجأ للقضاء و تطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق بها جراء ذلك و تأسس دعواها على أساس احكام المسؤولية العقدية .

و يشترط في الضرر حتى يكون موجبا للتعويض توافر الشروط التالية :

(1) - محمد إبراهيم الدسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، د ب ن ، 1972 ص

- المساس بحق أو مصلحة مشروعة للمضروب، أما إذا كانت غير مشروعة فلا مجال لتعويضها.
- أن يكون الضرر محققاً ، بأن يكون حالاً و ليس مفترضا أو متملاً.
- أن يكون الضرر شخصياً.(1)
- ألا يكون قد سبقه تعويض ، إذ لا يجوز للمضروب أن يحصل على أكثر من تعويض لإصلاح ضرر واحد، و إلا كان ضرره سببا في إثرائه على حساب المتعاقد المسؤول.

و بناء على هذا فإذا إشتراط الزوج على زوجته حين إنعقاد الرابطة الزوجية أو في عقد رسمي لاحق ألا تمارس عملا وظيفيا أو مهنيا إلا بإذنه و الا تسافر وحدها ، فإن هذه الشروط تكون ملزمة و يجب على الزوجة الوفاء بها ، أما إذا أخلت الزوجة بهذه الشروط فإنها تتحمل مسؤولية ذلك وحدها ، و يمكن أن يحكم عليها بالتعويض(2)، الذي يمن أن يكون عينا بإيقافها عن ممارسة وظيفتها أو منعها من السفر لوحدها.

المطلب الثاني

مقدار التعويض و علاقته بالمتعة

إذا كان المشرع الجزائري قد نص في المادة 52 من قانون الأسرة على إستحقاق المطلقة للتعويض في حالة تعسف الزوج في إستعمال حق الطلاق ، إلا أنه لم يبين كيفية تقدير هذا التعويض ، أيكون بالرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني أم أن القاضي يمكن أن يقدر التعويض بالنظر الى حال كل من الزوجين و مراعاة ظروف المعاش كما هو الحال في حساب النفقة.

الفرع الاول : مقدار التعويض

(1) - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 79

(2) - محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للإلتزامات ، القسم الأول "مصادر الإلتزام" ، دار الكتاب الحديث ، 2003 ، ص 185.

لا نجد في نصوص قانون الأسرة ما يحدد قيمة التعويض في حالة الطلاق التعسفي ، إذ إستقر المشرع الجزائري في مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي ، و لكن لم يحدد قيمة هذا التعويض و لم يحدد حتى أدنى أو أقصى قيمة له ، بل أنه أجاز لقاضي الموضوع بموجب ما له من سلطة تقديرية دون تحديد.

و بالرجوع الى بعض التطبيقات القضائية نجد أن المجلس الأعلى قضى في أحد قراراته بأنه : " من المقرر شرعا ان تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع ، فإن تسبب و بيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى أو فقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة ، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إنتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية." (1)

فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن فك الرابطة الزوجية يستلزم أن يبين القاضي الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض ، لا سيما إذا حكم بغير ما هو مألوف ، كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت سنين طويلة (2)، أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قلّ مقداره أو زاد فإنه و رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبب ذلك و إلا كان قراره معيبا للقصور في التسبب.

كما يجب أن يراعي القاضي في تقديره للتعويض عن تعسف الزوج في الطلاق جسامة الضرر الذي أصاب المطلقة و كذا إرتفاع الأسعار و تغييرها ، و هي مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع ، و لذلك فإن إقرار مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري يعتبر وسيلة ناجعة في الحد من الطلاق ، و من شأنه أيضا تعزيز المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة. (3)

(1) - م أ ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1984/04/02 ، م ر 32779 ، مق 1989 ، عدد 02 ، ص 61.

(2) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في ق أ ج ، ط 3 ، المرجع السابق ، ص 282.

(3) - مسعودي يوسف ، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص ، المركز الجامعي ببشار ، الجزائر ، 2007/2006 ، ص 134.

و الحقيقة أن المشرع الجزائري حسناً ما فعل عندما لم يقيد التعويض و ترك لقاضي الموضوع الحكم بما يراه مناسباً و كفيلاً لجبر الضرر ، ذلك لأن الأوضاع و الآثار تختلف من حالة طلاق الى أخرى ، كما أن القانون إذا حدد قيمة التعويض فإن مراجعته تحتاج الى إجراءات و تعديلات قانونية ، عكس الأحكام القضائية و التي تتماشى و الواقع المعاش ، أما بشأن طريقة دفع التعويض فإن المشرع لم ينص على ذلك أيضاً في قانون الأسرة إلا أننا نجد ذلك في نص المادة 123 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه : "يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، و يصح أن يكون التعويض مقسطاً ، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً."

الفرع الثاني : العلاقة بين المتعة و التعويض

1- تعريف المتعة :

ورد النص النص على كلمة متعة في أكثر من موضوع في القرآن الكريم ، فجاءت في قوله تعالى : " و للمطلقات متاعٌ بالمعروف." (1) ، و في قوله أيضاً : " و متعوهنَّ على الموسع قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين." (2)

أما في الإصطلاح ، فتعني المتعة ما يقدمه الرجل لمطلقاته بعد الفرقة بينهما من نقود أو ثياب أو غيرها ، و سميت متعة لأنها تنتفع بها ، و قد يدفع لها بدلها نقوداً³ ، لقوله تعالى : " يا أيها اللذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهنَّ من قبل أن تمسوهنَّ فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهنَّ و سرحوهنَّ سراحاً جميلاً." (4)

(1) - سورة البقرة ، الآية 241.

(2) - سورة البقرة ، الآية 236.

(3) - حسن علي السمني ، الوجيز في الأحوال الشخصية ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، د ب ن ، 1999 ،

ص 172

(4) - سورة الأحزاب ، الآية 49.

2- إمكانية القضاء بالمتعة و التعويض في آن واحد:

في الواقع ، القول بأن الأمر يتعلق بتعويض يحتاج الى وقفة ، ذلك أن التعويض يلزمه عنصر الخطأ كما انه يقدر وفقا للقواعد العامة بحسب الضرر الناجم عن الخطأ او التجاوز ، في حين أن تقدير المتعة يكون حسب يسر المطلق و حال المطلقة.⁽¹⁾

و في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا جاء فيه أنه : " من الأحكام الشرعية ان للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة ، نفقة إهمال ، نفقة متعة ، و كذلك التعويض الذي قد يحكم به من جراء الطلاق التعسفي ، و ينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح الزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي ."⁽²⁾

و نجد إذا أن هذا القرار ذهب الى إعطاء المطلقة متعة و تعويض في آن واحد ، و ذلك على أساس أن المطلقة تستحق التعويض من جراء الطلاق التسفي ، و تستحق نفقة متعة كغيرها من النفقات من عدة و إهمال ، وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية.

و بالرجوع الى ما كان من تعريف للمتعة ، فإنها تمنح للزوجة عند الطلاق لجبر خاطرها ، و بمفهوم المخالفة فإن الزوجة التي تختار فراق زوجها لا تستحق المتعة ، و هو نفس الأساس القانوني لإستحقاق المطلقة طلاقا تعسفيا لتعويض ،

(¹) - بوشفرة نبيلة ، الحقوق المالية للمرأة و الطفل بعد الطلاق ، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون

الخاص ، جامعة سيدي امحمد بن عبد الله ، كلية العلوم القانونية ، فاس ، المغرب ، 206/2005 ، ص 32.

(²) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 1986/04/07 ، م ر 41560 ، م ق 1989 ، عدد 02 ، ص 69.

فمعنى ذلك لو جمعت المتعة و التعويض في آن واحد تكون المطلقة قد أخذت تعويضا عن نفس الضرر مرتين.⁽¹⁾

أما فيما يخص إمكانية الجمع بين المتعة و التعويض في آن واحد ، أي أن تحصل المطلقة على المتعة لتضررها من طلاق زوجها لها ، و التعويض لتضررها من أضرار معنوية أخرى غير تلك الناجمة عن الطلاق ، جاء موقف المحكمة العليا بشأن هذا الجمع و قد سادته نوع من التردد ، حيث قضت في قرار لها بأنه : " من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفا نفقة عدة ، نفقة إهمال ، نفقة متعة ، و كذلك التعويض عن الطلاق التعسفي."⁽²⁾ ، و خلافا لهذا الموقف جاء في قرار للمجلس الأعلى بأنه : " 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 ، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي بإسم متعة و بدفع مبلغ آخر للتعويض."⁽³⁾

و عليه فإن هذا القرار القضائي يضع الحد بين إمكانية الجمع بين النتعة و التعويض في آن واحد ، و الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي لا يستحق إلا تعويضا واحدا هو نفسه المتعة ، و ما يدعم ذلك هو قوله تعالى : " فمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ و عَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرَهُ . " فالله سبحانه و تعالى لم يحدد للمتعة مقدارا معيناً ما يجعلها تتسم بما يتسم به تقدير التعويض من مبادئ . فإستحقاق التعويض أساسه الضرر اللاحق بالزوجة نتيجة تعسف الزوج في إستعمال الحق في الطلاق ، و ليس أي ضرر آخر ناتج عن أفعال مستقلة عن فعل الطلاق في حد ذاتها، و هو نفس الغرض الذي شرعت المتعة من أجله.

(1) - مسعودة نعيمة الياس ، التعسف في إستعمال الحق و تطبيقاته في مسائل الزواج و الطلاق ، مذكرة ماجستير في

القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة سيدي بلعباس ، 2002/2001 ، ص

(2) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 17/04/1986 ، م ر 41560 ، م ق 1986 ، عدد 2 ، ص 69.

(3) - م أ ، غ أش ، قرار بتاريخ 08/04/1985 ، م ر 35912 ، م ق 1989 ، عدد 01 ، ص 89.

المطلب الثالث

الأساس القانوني لتقدير التعويض عن فك الرابطة الزوجية

الطلاق وفقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة حتى و إن كان يقع وفقا لإرادة الزوج ، فإنه يخضع لرقابة المحكمة و يتم تحت إشراف القاضي ، و بالرغم من ذلك فالتعسف في إستعمال الطلاق لا يحرم الزوج من ممارسة هذا الحق ، و إنما يترتب عليه لزوجه حق آخر هو مبلغ مالي ينشأ في ذمة زوجها.⁽¹⁾ و لا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق ، و قد قضت المحكمة العليا في قرار لها بأه : " من المقرر شرعا و قضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من الطلاق غير المبرر ، و يسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه ، و لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم الى الزوجين معا ، فلا سبيل لتعويض أحدهما و منح المتعة للزوجة ، و متى كان ذلك إستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة."⁽²⁾

فالقضاء بالتعويض وفقا لإجتهادات المحكمة العليا يستلزم إذا تحمل الزوج كافة المسؤولية ، أي أن دوافع الطلاق كانت كلها من جانبه ، فإذا كان جانب من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض ، فالضرر وفقا لهذا القرار ثابت إذا كان الطلاق غير مبرر ، ولا داعي لإثبات الزوجة تضررها منه.

(1) - فضيل سعد ، شرح قانون الاسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 334.

(2) - م ع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1986/01/1/27 ، م ر 39731 ، م ق 1993 ، عدد 01 ، ص 61.

لأن الطلاق وضع شرعا لرفع الضرر و ليس لإلحاقه بالزوجة ، والتعويض الذي يحكم به القضاء ليس لكل مطلقة بل لمن تعسف زوجها في إستعمال حقه في الطلاق .

و في إطار تطبيق نص المادة 52 من قانون الأسرة ، فإن الحكم بالتعويض يتطلب شرطان أساسيان هما عدم توفر الاسباب الجدية و المقنعة لتبرير فعل الطلاق و إلحاق ضرر بالزوجة جراء إستعماله .

الفرع الاول : شرط عدم توفر الاسباب الجدية

هي أن يثبت القاضي أن الزوج طالب الطلاق لم يرغب فيه لتفادي مشكلة معينة أو لدفع ضرر ، و إنما لنزوة شخصية أو لقصد الإضرار بالزوجة ، ودون أن تكون هناك مصلحة شرعية أو عقلانية أو منطقية ، كأن يطلقها ليتفرغ للزواج من غيرها مرة أخرى ، أو لأنها رفضت أن تهيئ الطعام لأصدقائه في منزل الزوجية و هم سكارى ، و هذا ما نفسره بخروج صاحب الحق عن الغاية التي لأجلها وُضع الحق.⁽¹⁾

و قد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن لقرار لها جاء فيه : " من المقرر شرعا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق ، و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ، و متى تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون ، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا."⁽²⁾

(1) - مسعودة نعيمة الياس ، المرجع السابق ، ص 141.

(2) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 1998/11/17 ، م ر 210451 ، م ق 2001 ، عدد خاص ، ص 252.

فيتضح إذا أن مسؤولية الزوج وحده عن الطلاق هي التي ترتب للمطلقة الحق في التعويض ، و بمعنى أدق فإن التعسف في إستعمال الحق هو الأساس القانوني الوحيد لإستحقاق المطلقة للتعويض في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، و من ثم بإنعدام التعسف الذي يثبت بمشاركتها في مسؤولية الطلاق أو بوقوعه كاية على مسؤوليتها ، يجعلها تفقد هذا الحق و لو لم يتم الطلاق بالتراضي.

الفرع الثاني : شرط إلحاق ضرر بالزوجة

هو أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي بسبب طلاقها وإن كان الضرر المعنوي ثابت بمجرد الحكم بالطلاق ، فإن الضرر المادي إن وجد يجب على الزوجة إثباته ، و قد يوجد هذا الضرر في حالة ما إذا كانت الزوجة موظفة أو عاملة و تزوجها على أن تترك وظيفتها أو عملها ثم بعد ذلك طلقها دون ان ترتكب أي خطأ من جانبها⁽¹⁾ ، فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما يجنيه صاحب الحق من إستعماله لحقه و بين ما يصيب الغير من ضرر جراء هذا الإستعمال⁽²⁾.

و بالنسبة لقضايا الطلاق و الضرر الناتج عنها ، فإن المعمول به في الغالب أن عنصر الضرر مفترض دون الحاجة الى إثباته متى كان الأساس الذي إعتد عليه الزوج لطلب الطلاق غير جدي أو منعدم تماماً ، لأنه إذا إنعدم التبرير أو كان غير كافي يفهم منه أن الزوج تعسف في إستعمال حقه في الطلاق.⁽³⁾ و قد صدر في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا قضت بموجبه على أنه : " من المقرر قانوناً

(1) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 306.

(2) - فضيل سعد ، المرجع السابق ، ص 366.

(3) - عمار بن أحمد ، المرجع السابق ، ص 37.

أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله ، و متى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق ، و ذلك تجنباً للحرص أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم ، و عليه فإن قضاة الموضوع لمل قضا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون.⁽¹⁾

أما إذا أقام الزوج دعوى طلاق على أساس إخلال الزوجة بمسؤولياتها فيقع عليه إثبات ذلك في هذه الحالة ، و هذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا التي قضت بموجبه على أنه : " إن القرار الذي لا يكون مسبباً بما فيه الكفاية يكون مشوباً بالقصور في التسبب ، و متى تبين في قضية الحال - أن المطعون ضده لم يشترط العذرية في عقد الزواج ، فإن البناء بها يذهب كل دفع بعدم العذرية ، و عليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعة المسؤولية عن الطلاق و حرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبب.⁽²⁾

و منه نستخلص أن الأساس القانوني للتعويض يقوم على وجود الحق ، و يكون قد أدى استعمال هذا الحق الى إلحاق الضرر بالغير سواء عن قصد أو عن غير قصد ، فإذا كان الضرر اللاحق بالمطلقة يفوق المصلحة التي حققها المطلق كان ذلك تعسفاً من جانبه و يثبت لها التعويض ، فإستعمال الطلاق حتى و لو أدى الى الإضرار بالزوجة لا يمكن أن يكون خطأً يرتب المسؤولية التقصيرية لأنه حق مخول شرعاً و قانوناً للزوج.

(1) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 15/06/1999 ، م ر 223019 ، م ق 2001 ، عدد خاص ، ص 104 .
(2) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 23/05/2000 ، م ر 243417 ، م ق 2001 ، عدد خاص ، ص 109 .

الفصل الثاني

آثار فك الرابطة الزوجية و

تقدير القاضي لها.

المبحث الأول

الآثار الغير مالية الناشئة عن فك الرابطة الزوجية

إن إنهاء عقد الزواج بفك العصمة الزوجية تترتب عليه آثار قانونية و شرعية مهمة ، ذلك أنه عقد يولد حقوقا و واجبات للطرفين و لا يقتصر الامر على ذلك فقط بل يمتد أثره الى الأطفال المشتركين ، و حتى لا يبقى مصيرهم معلق فإن المشرع الجزائري لم يبق ساكتا إزاء هذا الامر بل أعطى له الاهمية اللازمة و ذلك لضمان الاستقرار الاجتماعي و التوازن النفسي لدى أفراد الاسرة.

المطلب الأول

مسألة النسب

إهتم المشرع بالنسب فنظّمه و أرسى قواعده حفظاً له من الفساد و الإضطراب، و جعله من النعم التي أنعم بها الله عزوجل على عباده ، فيقول تبارك و تعالى : " و هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسباً و صهراً و كان ربك قديراً " (1) ، و لقد حرصت الشريعة الإسلامية على حفظ الأنساب من الضياع و الإفتراء ، ووضعت أحكاما لثبوت النسب وجعلته حقا للولد و لأبويه و سائر القربات ، حتى تنشأ الأسرة على أسس قوية يجمع بين أفرادها صلة الدم و القرابة التي تقوي عزمها و تنشد أزرها ليكون لها دورها الفعال في المجتمع ، و لتثبت لها الحقوق و تلتزم بالواجبات الشرعية المتبادلة بين أفرادها(2).

و لقد إهتم المشرع الجزائري بثبوت نسب الأولاد و إلحاقهم بذويهم مستتبطا أحكامه من الشريعة الإسلامية ، و نظمه في المواد من 40 إلى 46 قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالامر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

الفرع الأول : تعريف النسب و أسباب ثبوته

(1) - سورة الفرقان ، الآية 54.

(2) - محمد سلام مذكور ، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1975 ، ص 396 .

1- تعريف النسب :

1-1 تعريفه لغة : مصدر نسب ، يقال نسبته إلى أبيه نسباً من باب طلب عزوته إليه ، و الإسم : النسبة بالكسر ، فتجمع على نسب ، و إستعمل النسب و هو المصدر في مطلق الوصلة بالقرابة ، فيقال : بينهما نسب أي قرابة .⁽¹⁾ و قيل هو في الآباء خاصة ، و إستنسب و إنتسب أي ذكر نسبه ، و إنتسب إلى أبيه أي إعتري إليه .⁽²⁾

1-2 تعريفه إصطلاحاً : هو القرابة و هو الإتصال بين إنسانين بالإشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة⁽³⁾ ، و من الألفاظ التي لها صلة بالنسب هي الرضاع و المصاهرة كما هو منصوص عليه في معاجم المصطلحات القانونية و هو صلة قرابة الولد بأبيه و أمه⁽⁴⁾.

و عرفه البعض بأنه صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم و صلة الإنسان بمن ينتهي إليه من الآباء و الأجداد⁽⁵⁾.
وما يمكن إستنتاجه من خلال هذه التعاريف :

- أنه يكون من قبل الأب و الأم.
- لا يكون إلا للعلاقة المشروعة بين الرجل و المرأة من زواج صحيح.

2- أسباب ثبوت النسب :

و من الواضح أن المشرع الجزائري متقياً أثر الشريعة الإسلامية قد أقام علاقة و طيدة بين رابطة النسب و رابطة الزواج ، فجعل الثانية سبباً لثبوت الأولى

(¹) - المعجم الوسيط ، ص 916.

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

(³) - الحاج موسى حسن موسى ، القضاء الشرعي السني "تنظيمه و إختصاصاته" ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2008 ، ص 186.

(⁴) - تشوار جيلالي ، النقائص التشريعية للأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية والقوانين السياسية ، الجزء 39، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2001-2002 ص 131.

(⁵) - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام الأسرة و البيت المسلم ، الطبعة الثالثة ، الجزء التاسع ، مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان ، 2000 ، ص 315

، فإن أثمرت مخالطة الرجل للمرأة نسلاً فإنه ينسب للزوج ، و لذلك فقد وضع الفقه الإسلامي لهذه المسألة من الأحكام ما يكفل حفظ الأنساب و صون الأعراض و تطبيقاً لذلك يثبت نسب الولد من الزوج دون حاجة إلى إقراره أو بينة تقدمها الزوجة ، و يلحق بالزواج الصحيح الزواج الفاسد حيث يأخذ هذا الأخير حكم الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب ، و يسري عين الحكم بشأن الوطاء بشبهة من حيث أن الولد الذي تأتي به المرأة ينسب للرجل الذي خالطها جنسيا .

إستمد المشرع الجزائري قواعد تنظيم النسب من الشريعة الإسلامية و قننها حيث نصت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 ، 33 ، 34 من هذا القانون .يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب " . و بإستقراء نص المادة نجد أنها تعالج أسباب ثبوت النسب و طرق إثباته .

2-1 ثبوت النسب من الزواج الصحيح :

(أ) ثبوت النسب أثناء قيام الرابطة الزوجية :

الزواج الصحيح يسمى في الفقه الإسلامي " الفراش " و ثبوت النسب بالفراش وفقاً لنظامه الشرعي يقوم على أساس أن الزواج الصحيح هو الذي يحلل للرجل مخالطة المرأة و يقصرها عليه وحده ، فهو إذا الذي تعتبر به المرأة فراشا⁽¹⁾ ، و قد أخذ المشرع الجزائري بهذه القاعدة الشرعية في قانون الأسرة ضمن المادة التي نصت على أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح ، و كذلك مادة 41 من نفس القانون التي نصت على أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً و أمكن الإتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة .

و إذا كان الفراش طريقاً طبيعياً لثبوت النسب ، فذلك يستلزم تحقق شروط و

هي:

(1) - محمد محمد أبو زيد ، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب ، ع 1، مجلة الحقوق ، الكويت ، مارس 1996،

أ - 1) إمكانية الإتصال بين الزوجين و التلقيح الإصطناعي : ومعنى إمكانية الإتصال بين الزوجين هو حدوث التلاقي بينهما فعلا ، ومن هنا يشترط المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة العقد الشرعي و إضافة إلى العقد تحقق الدخول أو إمكانية الإتصال الجنسي أخذا برأي الجمهور .

و بما أن عملية الإتصال الجنسي بين الزوجين هي الوسيلة التي أقرها الشرع الإسلامي للإنجاب ، إلا أنه يمكن أن تعترضها عوائق مرضية قد تحول دون تحقيق التنازل كعقم أحد الزوجين أو كليهما أو بسبب خلل بيولوجي نتيجة ضعف الخصوبة لدى الزوج أو الزوجة . فقد توصل العلماء إلى أن عملية الإخصاب الإصطناعي كبديل للإخصاب الطبيعي في حالة إصابة أحد الزوجين بعقم أو ضعف يحول دون إتمام عملية الحمل بالإتصال الجنسي الطبيعي ، ذلك أن التوليد الإصطناعي هدفه التوليد بغير الطريق الطبيعي⁽¹⁾ .

و حتى تكون عملية التلقيح مثبة للنسب فإن الفقهاء يشترطون توافر الشروط الآتية⁽²⁾ :

- أن لا يتم التلقيح الإصطناعي إلا إذا دعت الحاجة القصوى لأدائه .
- أن تكون الزوجية قائمة أي يكون كلا الزوجين مرتبطين بعقد زواج صحيح .
- أن تتم عملية التلقيح أثناء حياة الزوج .
- أن يتم تلقيح بويضة المرأة بماء زوجها .

و لقد تطرق المشرع الجزائري و للمرة الأولى لأحكام التلقيح الصناعي ضمن ق أ ج بموجب تعديل 27 فبراير 2005 ، فنص في المادة 45 مكرراً على ما يلي :
" يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي و يخضع التلقيح الإصطناعي للشروط الآتية : أن يكون الزواج شرعي ، أن يكون التلقيح برضى الزوجين و

(1) - نصر الدين ماروك ، التلقيح الصناعي في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية ، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى ، ع 2 ، 1999 ، ص 168-169 .

(2) - حميدوا زكية تشوار ، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ، ج 41 ، ع 01 ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2003 ، ص 33

أثناء حياتهما ، أن يتم بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرهما ، لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي باستعمال الأم البديلة ."

أ-2 (ولادة الجنين بين أدنى و أقصى مدة حمل : و الشرط الثاني المطلوب لإمكانية ثبوت نسب الولد إلى الزوج هو أن تتم ولادته ما بين أقل مدة الحمل و أكثرها ، و ورد في نص المادة 42 ق أ ج تحديد لمدة الحمل حيث جاء في نصها كما يلي : " أقل مدة الحمل ستة 06 أشهر و أقصاها عشرة 10 أشهر " . و بذلك يكون قد تعرض لكل من الشرع و التشريع إلى تحديد أدنى مدة و أقصاها للحمل .

أ-2-1) أدنى مدة حمل : لكي يثبت نسب الولد من الزوج لابد أن تكون أمه قد وضعت لسته أشهر على الأقل من يوم تلاقي الزوجين ، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه " من المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل ستة 06 أشهر و أقصاها عشرة 10 أشهر ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقاً للقانون ، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن مدة حمل المطعون ضدها هي خمسة 05 أشهر و عدة أيام ، أقل من الحد الأدنى قانوناً فإن قضاة المجلس بقضاتهم إحقاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون ⁽¹⁾ ، و عليه فإذا جاءت المرأة بولد لتمام ستة (06) أشهر أو أكثر من الزواج بها مع إمكانية الدخول بها ، ما طلب منها بينة لإثبات نسب الولد المولود من أبيه و ليس لهذا الأخير إنكاره إلا بالطرق المشروعة ، و بهذا يكون نص المادة 42 ق أ ج متماشياً مع أحكام الشرع الإسلامي فيما يتعلق بتحديد أقل مدة للعمل و هي ستة (06) أشهر

أ-2-2) أقصى مدة الحمل : لم يرد في القرآن الكريم و لا في السنة النبوية تحديد أقصى مدة للحمل التي يمكن أن يثبت بها النسب ، و قال الإمام أبو زهرة في هذا الشأن " إن كان لمالك رأي فقهي و هو جواز بقاء الحمل في بطن أمه ثلاثاً ، و

(1) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 1990/01/22 ، م ر 57756 ، م ق 1992 ، عدد 02 ، ص 71 .

أن ذلك الرأي إستتمده من أخبار بعض الأمهات أو من أقوال نُسبت إلى بعض نساء السلف الصالح فلسنا نستطيع أن نأخذ به ، لأن الطب يقر أن الحمل لا يمكن أن يمكث في بطن أمه أكثر من سنة ⁽¹⁾

و يبدو أن المشرع الجزائري جاء متأثرا بهذا الرأي حيث حدد أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر طبقا لما جاء في المادة 43 التي قضت بأنه : " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة 10 أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة."

أ-2-3) عدم نفي الولد بالطرق المشروعة (اللعان و طرق تحليل الدم):

أولا - اللعان : هو أن يتهم الزوج زوجته بالخيانة أثناء قيام الرابطة الزوجية بعقد صحيح مع إمكانية الإتصال و صورته أن يتلاعن الزوج و الزوجة أمام القضاء ، بحيث يحلف الزوج بالله أربع مرات أنه بصادق فيما يتهمها به و أن الولد ليس منه ، و يقول في الخامسة أن غضب الله عليه إن كان من الكاذبين ، و بعد ذلك تحلف الزوجة أربع مرات بالله لأنه من الكاذبين فيما إتهمها به و تقول في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، و عليه فإذا تم اللعان بهذه الصورة و بهذا الشكل يحكم القاضي بالتفريق بينهما فورا ويتم نفي نسب الولد إلى أبيه و يبقى فقط ثبوت نسبه إلى أمه . ⁽²⁾

وجاء في قرار للمحكمة العليا بأنه : " من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح و ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الإتصال، و من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حدد مدتها في الشريعة و الإجتهد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا ⁽³⁾ ، و حددت مكان اللعان في قرار لها جاء فيه " إن اللعان لا يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق .." ⁽⁴⁾

(1) - الإمام محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 386 .

(2) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 210 .

(3) - م ع . غ أش ، فرار بتاريخ 1998/10/20 ، م ر 204821 ، م ق 2001 ، عدد خاص ، ص 82 .

(4) - م ع . غ أش قرار بتاريخ 1997/10/28 م ر 172379 ، م ق 2001 ، عدد خاص ، ص 70 .

ثانيا- طرق تحليل الدم: ما يؤخذ من نص المادة 41 ق أ ج أنها جاءت بعبارة تحمل عدة معاني في نصها مثل " ... ما لم ينفه بالطرق الشرعية ". لذلك يطرح التساؤل عما إذا كانت طرق نفي النسب مقتصرة إلى اللعان فقط ، أم هناك إلى جانبها طرق أخرى خاصة أملتھا التطورات العلمية و التي أثبتت أن وراثه فصائل الدم تثبت بصفة قطعية نفي النسب و كذلك البصمة الوراثية التي تنفي النسب بنسبة 100% و تثبته بنسبة 99,95%(1)

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

غير أنه قبل صدور الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، أي قبل التعديل كانت المحكمة العليا ترفض طريق تحليل الدم كأداة لنفي النسب و هذا ما جاء في أحد قراراتها : " و متى تبين من قضية الحال أن فضاة المجلس لما قضاوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا و قانونا طبقا لأحكام المادة 40 و ما بعدها من قانون الأسرة ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطاتهم و عرضوا قرارهم ."(2)

(ب) ثبوت النسب بعد إنحلال الرابطة الزوجية :

ب-1) ثبوت النسب بعد الطلاق و الوفاة : لقد نصت المادة 43 من قانون الإجراءات إلى أنه : " ينسب الولد إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة " و بهذا النص يكون قانون الأسرة قد وضع شرطا واحدا

(1) - [http //www.bouizeri.net/ ar / fiqhousranassab .htm](http://www.bouizeri.net/ar/fiqhousranassab.htm)

(2) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 15/06/1999 ، م ر 222674 ، م ق 2001 ، عدد خاص ، ص 77.

ووحيدا لإمكانية إلحاق الولد بالزوج المطلق أو المتوفي عن زوجته و هو ولادة الطفل قبل عشرة أشهر كاملة من يوم الطلاق و التفريق الفعلي بين الزوجين أو من يوم الوفاة⁽¹⁾.

و عليه فإذا كانت الزوجة المدخول بها الحامل قد جاءت بمولود بعد يوم أو أسبوع أو شهر من وفاة زوجها أو طلاقها منه فإن هذا الولد ينسب إلى الزوج دون ريب أو خلاف ، و إذا لم يكن حملها ظاهرا قبل الطلاق و قبل الوفاة و جاءت بولد بعد ذلك فإن هذا الولد سوف يلحق بأبيه إذا كانت ولادته قد وقعت خلال عشرة أشهر كاملة من تاريخ الوفاة أو من تاريخ الطلاق المتبع بالفراق في الفراش بين الزوجين ، و يسجل في سجلات الحالات المدنية على لقب الزوج و على اسمه⁽²⁾ ، و لكن إذا وقعت ولادته بعد مرور أكثر من 10 شهر على وقوع الطلاق المتبوع بالتفريق أو على وقوع الوفاة ، فإن المولود لا يلحق بالزوج لإحتمال أنه من شخص آخر .

ب-2) ثبوت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها: إذا كانت المرأة قد تزوجت رجل بعقد شرعي و قانوني ودخل بها ثم غاب عنها سبب شرعي كدخوله السجن أو للعمل خارج الوطن ، أو لآداء الخدمة الوطنية ، ودام هذا الغياب مدة طويلة تتجاوز 10 أشهر دون أن يثبت أنه وقع تلاقي أو إتصال بين الزوجين ، و كانت الزوجة قد أتت بولد بعد إنقضاء أقصى مدة الحمل فإن هذا الولد يعتبر ولدا للفراش و يمكن أن يستند إلى أبيه إلا إذا كان هذا الأخير قد نفاه باللعان . و هذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها جاء فيه: " من المقرر شرعا أن الولد للفراش و للعاهر الحجر و من المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام ، و متى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت و الزوجية قائمة بين

(1) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط 2 ، المرجع السابق ، ص 218.

(2) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 218-219.

الزوجين و أن الطاعن لم ينفي نسب الولد بالطرق الشرعية ، و أن لا تأثير لغيبة الطاعن مادامة العلاقة الزوجية قائمة⁽¹⁾

2-2 ثبوت النسب من الزواج الغير صحيح :

أ) ثبوت النسب من الزواج الباطل و الزواج الفاسد :

أ-1) بالنسبة للزواج الفاسد :الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح ، لأن النسب يحتاط في إثباته إحياءا للولد و محافظة عليه⁽²⁾ إذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا فاسدا دخولا حقيقيا .

لكن إذا عقد الرجل على امرأة عقدا فاسدا ثم إكتشف ذلك قبل الدخول فإن يترتب عليه وجوب التفريق بينه و بينهما و يصبح العقد و كأنه عقد باطل و لا ينتج عنه أي أثر شرعي من الآثار المترتبة على العقد الصحيح.و هذا ما نصه المشرع الجزائري في المادة 40 من ق أ ج ، بأنه يثبت النسب بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33 ، 34 من نفس القانون .

أ-2) بالنسبة للزواج الباطل : يرى الفقهاء أن الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من الآثار يرتبها الزواج الصحيح و لو حصل فيه دخول ، وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر ما قبل الدخول بل يعتبر وجوده لعدمه ، ويجب إلى كل من الزوجين أن يفترق في الحال ، و إذا دخل الرجل إلى من عقد عليها عقدا باطلا كان دخوله بمنزلة الزنا على الزوجين إذا كان مكافين عالمين بالتخرج⁽³⁾

ب) ثبوت النسب بوطئ الشبهة : إن ثبوت النسب بنكاح الشبهة أو وطئ الشبهة هو واحد من الطرق التي تضمنتها المادة 40 من قانون الاسرة الجزائري في مجال إثبات النسب، و نكاح الشبهة هو وطئ يقع بسبب خطأ أو غلط يقع فيه الشخص ،

(1) - م ع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1997/07/08 ، م ر 165408 ، م ق 2001 ، عدد خاص ، ص 67.

(2) - وهبة الزجيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، المرجع السابق ، ص 686 .

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

وهو إن كان يحتمل وجوده قبل سنين طويلة من الزمن ، فإن اليوم يعتبر في حكم الأحداث القليلة الوقوع⁽¹⁾ .

وتعرف الشبهة بأنها ما يشبه الثابت و ليس الثابت ، أو هي وجود المبيح صورة من عدم حقيقته ، أما الوطاء بشبهة فهو الإتصال الجنسي غير الزنا وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد ، فيقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤيتها سابقا و قيل أنها زوجته فيدخل بها ، و مثل إمراة يجدها الرجل على فراشة فيظنها زوجته ، ومثل وطاء المطلقة طلاق ثلاثا أثناء العدة إلى إعتقاد أنها تحل له⁽²⁾.

الفرع الثاني : طرق إثبات النسب

1- إثبات النسب بالإقرار:

1-1 تعريف الإقرار: إن الإقرار وسيلة من وسائل ثبوت النسب و يسمى (الدعوى) ، و هو إقرار شخص معين بإلحاق النسب ولد مجهول النسب به ، و المقرر في الفقه أن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا تتعداه إلى غيره إلا إذا صدقه ذلك الغير أو قامت البينة على صحة الإقرار ، ومن الأصول المقررة أيضا إذا ثبتت البنوة أو الأبوة ، ثبتت الصلات النسبية المختلفة الأخرى من أخوة و عمومة وغيرها⁽³⁾.

(1) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 214.

(2) - وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 688.

(3) - عبد الفتاح تقيية ، المرجع السابق ، ص 288.

1-2 أنواع الإقرار المثبت للنسب :

(أ) إقرار الشخص بالنسب على نفسه : الإقرار على النفس و يسمى الإقرار المباشر ، و هو أن يقر الأب بأن فلان ابنه ، أو بقوله إن فلانة امه أو أن فلان أبوه ، و هذا الإقرار ليس فيه تحميل النسب على الغير و يثبت للمقر له كافة الحقوق الشرعية من حرمة المصاهرة و نفقة الميراث و غيرها ، و ليس لأحد من الورثة حق الاعتراض على هذا الإقرار لأنه يُنقص حقوقهم الإرثية و قد يحجبها أحيانا ذلك لأنه إقرار لا يعرف إلا من جهة المقر.⁽¹⁾

و عليه فإن إقرار الشخص بالنسب على نفسه هو الأصل في الإقرار بالنسب و لذلك يقول الفقهاء بأنه " الإقرار بأصل النسب " ⁽²⁾ ، و نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 44 من قانون الأسرة بأنه : " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة. "

و كما يثبت النسب من الرجل الذي يقر بأبوته ، يثبت النسب من المرأة التي تقر بأبومتها للولد ، وأشارت المحكمة العليا الى الإقرار بالأمومة في قرار لها جاء فيه : " من المقرر قانونا أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا ... ، و لما كان من الثابت في قضية الحال_ أن المطعون ضدها إقررت بأنه ابنها و أن إقرارها كان صحيحا ."⁽³⁾

(1) - محمود علي السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 352.

(2) - يوسف قاسم ، حقوق الاسرة في الفقه الاسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 ، ص 390.

(3) - م ع ، غ ش أ ، قرار بتاريخ 12/12/1998 ، م ر 51414 / مقتبس عن العربي بلحاج ، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، المرجع السابق ، ص 52.

و مثلما يصح إقرار الرجل و المرأة ، يصح إقرار الولد بأبوة شخص معين أو بأبوة امرأة معينة ، ويشترط أن يكون المقر مجهول النسب و أن يولد مثله لمثل المقر له ، و أن يصدقه المقر له مطلقا و يزيد إقراره بالأبوة ، و أن لا يصرح بأنه أبوه من زنا .⁽¹⁾

ب) إقرار الشخص بالنسب على الغير : و هو أن يقر شخص لآخر بأنه أخوه أو عمه أو ابن ابنه ، فإن الأخوة و العمومة و البنوة لابن الابن لا تثبت إلا إذا ثبتت بنوة المقر له لأبي المقر أو لجدده أو لابن المباشر ، ففي مثل هذه الحالات يثبت نسب المقر له و لا يثبت نسبه لأبي المقر و لا للجد و لا لابن المباشر إلا أن يصقوا الإقرار .⁽²⁾

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

2- إثبات النسب بالبينة :

2-1 تعريف البينة : البينة لغة هي التبين بمعنى الوضوح أي الدليل و الحجة ، أما معناها الشرعي فقد عرفها بعض الفقهاء على أنها إسم لكل ما يبين الحق و يظهره ، و سمي النبي (ص) الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم و إرتفاع الاشكال

⁽¹⁾ - عبد العزيز عامر ، المرجع السابق ، ص 98 .

⁽²⁾ - محمود علي السرطاوي ، المرجع السابق ، ص 353 .

بشهادتهم ، و ذهب الحنفية و جمهور الفقهاء إلى أن البينة هي الشهود لان بهم يبين الحق و يظهر.(1)

و في مفهومها العام تعتبر البينة اقوى حجة و سبيل لاثبات النسب ، فالثاب بها من الانساب اقوى من الثابت بالاقرار ، لان البينة اقوى الأدلة ، و على هذا كان الرجل الذي يدعى نسب آخر و يقيم بينة الى دعواه أحق من الذي يقر بنسبه لأن النسب و إن ظهر بالاقرار لكنه غير مؤكد فإحتمل البطلان بالبينة لانها اقوى منه (2).

2-2 أنواع البينة: تتخذ البينة بمفهوم الشهادة عدة صور، فقد تكون مباشرة و غير مباشرة ، كما يمكن ان تكون شهادة بالتسامع او بالشهرة العامة و هي كما يلي :

(أ) الشهادة المباشرة : و هي الشهادة التي يقر فيها الشاهد في مجلس القضاء ما وقع تحت سمعه او بصره مباشرة ، كالذي يشاهد واقعة معينة فيسرد الواقعة امام القضاء كما شاهدها ، بمعنى ان يكون ما ادركه الشاهد متعلق بالواقعة قد تم مباشرة عن طريق حاسة من حواس الشاهد كالسمع أو البصر أو بهما معا (3).

(ب) الشهادة الغير مباشرة : و تسمى ايضا الشهادة السماعية ، و تختلف عن الشهادة المباشرة كون ان الشاهد يشهد بما يسمع رواية عن غيره ، اي الواقعة التي يشهد عليها يكون قد رواها له شاهد آخر رآها بعينه او سمعها باذنه ، وتبعاً لذلك

(1) - خليفة علي الكعبي ، المرجع السابق ، ص 179.

(2) - عبد الفتاح تقيّة ، المرجع السابق ، ص 292.

(3) - بومجان سولاف ، إثبات النسب و نفيه ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 16 ، الجزائر ،

2005-2008 ، ص 33.

تعتبر الشهادة السماعية شهادة على الشهادة ، و هي جائزة قانونا مع خضوعها سلطة القاضي التقديرية⁽¹⁾.

(ج) الشهادة بالتسامع : و هي شهادة بما يتسمّع به الناس ، فلا تنصب على الواقعة المراد إثبتها بالذات بل على الرأي الشائع في وسط الناس عن هذه الواقعة ، فهذه الشهادة صاحبها يشهد بما يتسامعه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الناس بشأنها ، و الشهادة بالتسامع غير مقبولة إلا فيما نص عليه القانون صراحة.⁽²⁾

(د) الشهادة بالشهرة العامة : و هي عبارة عن ورقة مكتوبة تُحرر امام جهة رسمية كقاض او موثق يشهد فيها شهود يعرفون وقائع معينة عن طريق الشهرة العامة ، و يشترط ان يكون لهم معرفة شخصية لهذه الوقائع ، و الشهادة بالشهرة تجوز في اثبات النسب باجماع الفقهاء الأحناف بحيث أجازوا للشاهد ان يشهد بما يشهر و يستفيض و تتواتر به الاخبار و يقع في قلبه صدقة .⁽³⁾

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

3-1 تعريف البصمة الوراثية : البصمة مشتقة من البصم ، و هو فوت ما بين طرف الخنصر، و تستخدم هذه الكلمة في الأثر المنطبع عن الشئ على شئ آخر مما يتميز به صاحبه عن غيره .⁽⁴⁾

اما في الإصطلاح العلمي فهما يتوارثه الابناء عن ابائهم من صفات تحدد الهوية بدقة و تميزهم عن غيرهم ، فهي الجينات التي تدل على هوية كل انسان بعينه و التي تتحكم في صفات الشخص التي يختص بها دون سواه ، وهي

⁽¹⁾ - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 313.

⁽²⁾ - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 314.

⁽³⁾ - بومجان سولاف ، المرجع السابق ، ص 33.

⁽⁴⁾ - ناصر عبد الميمان ، البصمة الوراثية و حكم إستخدامها في مجال الطب الشرعي و النسب ، مجلة الشريعة و القانون ، عدد 18 ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، 2003 ، ص 176.

الوسيلة التي تمتاز بالدقة في التحقق من النسب البيولوجي و التحقق من الشخصية⁽¹⁾ .

3-2 حالات استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب: و تتمثل حالات استخدام البصمة الوراثية في مجال اثبات النسب كما يلي :

- مجهول النسب و اللقيط الذي يتنازع فيه اكثر من شخص للإستحقاق به ، فهنا يمكن استخدام البصمة الوراثية لترجيح احدهم على الاخر .
- تستعمل البصمة الوراثية للاثبات و النفي في حالات ادعاء القرابة بغرض الإرث بعد وفاة شخص الموروث .
- في حالة تبادل المواليد في المستشفيات ، حيث يحدث الخلط و اللبس ، عندها تعرض الحالات المشتبه فيها على البصمة الوراثية لاعادة المياها الى مجاريها.
- تستخدم البصمة الوراثية لمنع الوصول الى اللعان
- انتفاء الادلة او تعارضها ، اذا كان التنازع في الوطاء بالبشهة من رجلين لامرأة⁽²⁾ .
- التحقق من شخصية مدعي الانتساب الى شخص آخر لا يقره و لا ينكره⁽³⁾ .
- حالات ضياع الاطفال و اختلاطهم بسبب الكوارث او الحوادث او الحروب و تعذر معرفة اهلهم او وجود جنث لا يمكن التعرف على .

(1) - حسني محمود عبد الدايم ، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، ط 1 ، دار الفكر العربي ، د.ب.ن ، 2008 ، ص 683 .

(2) - محمد حجازي ، نظام الإثبات في أحكام الأسرة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، 2007 ، ص 542 .

(3) - عبد الهادي الحسين الشبلي ، استخدام البصمة الوراثية في اثبات النسب ، المجلة العربية للدراسات الامنية و التدريب ، عدد35 ، اكااديمية نايف العربية للعلوم الامنية ، مارس 2003 ، ص 390

الفرع الثالث : سلطة القاضي التقديرية في إثبات و نفي النسب

مما سبق نجد انه فيما يخص الخبرات الطبية كتحاليل البصمة الوراثية فهي تتم بعيدا عن القاضي ، فلا يشاهد و لا يعلم المشرف عليها ، و بالتالي فهي تفتقر الى صفة التأثير في نفسية القاضي فضلا أن الأمر لا يعدو مجرد ورقة مطبوعة آليا تحمل رموزا و مصطلحات علمية (1) ، تجعلها لا تتجاوز في الغالب حد الظن ، و لا ترقى لمرتبة القطع و اليقين لأنها مجرد إستنباط لواقعة معينة يظل يشوبها الظن ، و هذا بخلاف فراش الزوجية القائم و الشهادة الإقرار و اليمين ، فهي أدلة مشاهدة للعيان و مسموعة تتصل بالقاضي إتصالا مباشرا و ذلك لإتصالها بأدلة شرعية.

ومن هنا يمكن القول بأنه يتعين على القاضي المطروحة عليه دعوى إثبات النسب أن يبحث في شرعية و قانونية الزواج قبل أن يبحث في قضية إثبات النسب ، و لا يجوز له أن يحكم بإسناد نسب أي مولود الى المدعي ببوته أو أبوته إسنادا الى إقراره ، إلا بعد أن يكون قد تحقق له و ثبت لديه قيام عقد الزواج الشرعي و القانوني قبل مدة مناسبة من تسجيل دعوى النسب لدى كتابة الضبط بالمحكمة و أن يكون قد توفرت لديه شروط الزواج و شروط ولادة المولود خلال الأجل المحدد شرعا و قانونا لمدة الحمل (2).

المطلب الثاني

مسألة الحضانة

إن الحضانة بالإضافة الى إعتبارها كأثر من آثار الطلاق ، فإنها تعتبر مظهرا من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفولة ، و تُسند مهمة القيام بها عادة الى النساء ، و هي ايضا عامل مادي يتصف بصفتين متقابلتين و متكاملتين هما كون الحضانة حقا و كونها واجبا ، فهي من جهة حق للمحضون و

(1) - خليفة علي الكعبي ، المرجع السابق ، ص 94.

(2) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 216.

حق للحاضن ، و من جهة أخرى واجب على الحاضن ، و لهذا فإذا وقع الطلاق بين الزوجين فإنه سينتج عن ذلك مباشرة حق للزوجة الأم في طلب الحكم في حضانة ولدها الصغير ، كما ينشأ عنه حق للولد على أمه بشأن حضانته و ينشأ مقابل ذلك واجب على الأم يتعلق بحضانتها لذلك الولد كمبدأ عام.(1)

الفرع الأول : مفهوم الحضانة و شروط ممارستها

1- تعريف الحضانة

1-1 تعريف الحضانة لغة : الحضانة مشتقة من الحضن و هو ما دون الإبط و قيل : هو الصدر و العضدان و ما بينهما و منه الإحتضان ، و هو إحتمال الشيء و جعله في الحضن كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها(2) .

1-2 تعرف الحضانة إصطلاحا :لقد وردت عدّة تعاريف فقهية للحضانة منها أنها تربية الطفل و رعايته و القيام بجميع أموره في من تدبير طعامه و ملبسه و نومه و الإهتمام بنظافته في سن معينة ممن له الحق في حضانته شرعا (3).

و منه فالحضانة إلتزام بتربية الطفل و القيام بحفظه و إصلاحه في سن معينة ممن له الحق في الحضانة و وقايته مما يؤذيه و يضره و تربيته جسميا و نفسيا و عقليا كي يقوم على النهوض بتبعات الحياة و الإطلاع بمسؤوليته ، و الحضانة بالنسبة للصغير و الصغيرة واجبة لأن الإهمال فيها يعرض الطفل للهلاك و الضياع ، و منه فالحضانة واجبة له منعا من الهلاك(4) .

(1) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 292.

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

(3) - عبد الفتاح تقيّة ، مباحث في قانون الاسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي ، كلية الحقوق بن عنون ، الجزائر ، 2000/1999 ، ص 264.

(4) - أحمد إبراهيم عطية ، نفقة و حضانة الصغار أمام محكمة الأسرة ، دار الفكر القانوني ، الطبعة الأولى ، مصر ، 2008 ، ص 124.

1-3 تعريف الحضانة قانونا : لم يعترف تعريف الحضانة في الشرع عن تعريفها في قانون الأسرة ، حيث عرفتها المادة 62 بقولها : " هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحتا و خلقا ."

و لقد ركز المشرع الجزائري في تعريفه للحضانة على أسبابها و أهدافها محددًا بذلك نطاق الحضانة و وظائفها الأساسية (1) ، فتعريف قانون الأسرة على الرغم من إحتوائه على أهداف الحضانة و أسبابها يعتبر أحسن تعريف ، لا سيما من حيث شمولية أفكاره و من حيث أنه تعريف جمع في عموميته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية و الصحية و الخلقية و التربوية و المادية (2).

2- شروط ممارسة الحضانة :

تثبت الحضانة للرجال كما تثبت للنساء ، و إن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال ، و ذلك لأن المرأة بحكم الفطرة و التكوين هي الأقدر على رعاية الصغير و الأكثر صبرا على توفير إحتياجاته المتنوعة ، و من بين الشروط نجد شروط عامة لممارسة حضانة الرجال و النساء ، و هناك شروط خاصة بالمرأة الحاضنة.

2-1 الشروط العامة :

أ) شروط العقل : هذا الشرط يتمشى و المنطق ، فلا يعقل أن يتولى المجنون حضانة الطفل لأنه هو في حد ذاته في حاجة الى من يتولاه و يرعى شؤونه حسب ما أورده المواد 62 ، 63 ، 64 من قانون الأسرة ، و بالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره ، لأن المجنون يفتقد للإدراك و التمييز و يشكل خطرا على المحضون

(1) - العربي بلحاج ، الوجيز في شرح ق أ ج ، المرجع السابق ، ص 390.

(2) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 293.

بدلاً من أن يكون حامياً له⁽¹⁾ ، و عليه ينبغي الإحتياط من أدنى ضرر محتمل يصيبه و ذلك رعاية له .

(ب) شرط البلوغ: الحضانة هي تولى شخص الصغير و رعايته ، لذلك لا يعقل لمن هو ليس من أهل الولاية أن تسند له الحضانة ، فالصغير الذي لا يتولى شؤون نفسه لا يمكن الإعتماد عليه ليتولى شؤون غيره ، و المقصود بالبلوغ هو سن الرشد المدني المذكور في نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾ و هو تمام 19 سنة.

(ج) شرط الأمانة على الأخلاق: الأمانة على الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلاً لممارسة لحضانة ، و عليه فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد و تقويم أخلاقه ، و مصطلح الفسق كان مانعاً من موانع الحضانة حسب كل من المالكية و الشافعية و الحنابلة لأن الفاسق لا يمكن الإعتماد عليه في تربية الصغير ، و لا ثقة فيه بل يخشى أن ينشأ فاسقاً مثله .⁽³⁾ و لقد تشدد القضاء الجزائري في إعتبار الأمانة على الأخلاق شرطاً جوهرياً في الحاضن

(د) شرط القدرة: و يقصد بالقدرة الإستطاعة على صيانة الصغير في خلقه و صحته ، لأن الحضانة كما سبق بيانه مهمة شاقة ، فرعاية الطفل الإعتناء بشؤونهم و السهر على سلامته الجسدية و الخلقية تحتاج الى أن يكون الحاضن قادراً على ذلك ، فالقدرة يجب أن تكون جسدية و مادية ، فلا يكون الحاضن مسن إذ يحول دون إعتائه بالصغير ، كما أنه لا يجب أن يكون مريضاً بمرض يقعه الفراش أو مرض معدٍ من شأنه أن يخشى على الطفل من إنتقال العدوى إليه ، كما يجب أن لا يكون منشغلاً بحرفة ما بحيث لا يملك الوقت الكافي لرعايته .

(¹) - عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1976 ، ص 235.

(²) - المادة 40 ق م : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، و لم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية./ و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة."

(³) - نعيمة تبودشت ، المرجع السابق ، ص 287.

هـ) شرط الإسلام: لقد جاء في شرح الزيلعي على الكنز أن: "... فإن الحضانة مُرادها الشفقة ، و بالتالي فلا داعي الى حرمان الذميمة من حضانة ابنها ما دامت تُكن له الشفقة و لا يعقلُ هو ديناً لأن ذلك لا يؤثر عليه ، أما إذا كان المحضون يعقلُ الدين فإنه يُنتزع منها لإحتمال الإضرار به ، و يحدد السن للذي يعقل الدين بسبعة (7) سنوات لأنه في هذا السن يُخشى على الصغير من تعلم الكفر و الإعتياد عليه." (1)

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

2-2 الشروط الخاصة بالحضنة :

أ) شرط أن لا تتزوج الحضنة بغير قريب محرم :نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 66 قانون الأسرة على أن : " يسقط حق لحضانة بالتزوج بغير قريب محرم ، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون." ، و عليه يفهم من هذه المادة أن حق الحضانة يسقط بزواجها بأجنبي و بقريب غير محرم .

ب) شرط أن تكون الحضنة ذات رحم محرم من الصغير : أي أن تكون كأمه أو اخته أو جدته ، فلا حق لبنات العم و بنات العمّة و بنات الخال و بنات الخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية و لهُنَّ الحق في حضانة الإناث ، و لا حق لإبن الخال و إبن الخالة و إبن العن و إبن العمّة في حضانة الإناث و لكن لهم الحق في حضانة الذكور (2) .

(1) - وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 726.

(2) - محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، 1957 ، ص 408.

(ج) أن لا تكون الحاضنة قد إمتعت عن حضانة الصغير مجاناً و الأب معسراً :
فإن إمتعت الأم عن حضانة الولد مجاناً و كان الأب معسراً سقط حقها في
الحضانة ، فعدم الإمتناع يعتبر شرطاً أساسياً من شروط الحضانة خصوصاً
للحاضنة.

الفرع الثاني : مدّة و مكان ممارسة الحضانة و حق الزيارة

1- مدّة ممارسة الحضانة :

نصت المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " تنقضي مدّة
حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات ، و الأنثى ببلوغها سن الزواج ، و للقاضي
أن يمدد الحضانة بالنسبة الى الذكر الى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم
تتزوج ثانية . على أن يراعي في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون." ، و على
ذلك فإن حضانة الصغار تبدأ منذ الولادة ، و المقرر أن النساء أحق بالحضانة من
الرجال.

فبالرجوع الى نص المادة نجد في القاعدة المتعلقة بإنقضاء الحضانة أو
إيقافها بحكم ، أنّ المدّة التي يمكن أن يتخاصم خلالها الحاضنون على حق
حضانة الطفل الصغير هي المدّة التي لم يكن فيها الولد الذكر قد بلغ العشر (10)
سنوات من عمره ، و المدّة التي لم تكن فيها الفتاة قد بلغت سن الزواج و هي السن
المحددة في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري و هي الثامنة عشر (18) من
عمرها ، لم يعد للأب و للأم أن يتنازعا على حق الحضانة ، بل و لم يعد يحق
لأي واحد من الوالدين أن يلجأ الى المحكمة و يطلب منها القضاء له بحق
الحضانة (1).

(1) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 298.

أما بالنسبة للقاعدة المتعلقة بتمديد مدة الحضانة بأمر من المحكمة بناءً على طلب الحاضن ، فإستثناءً من هذه القاعدة يجوز للقاضي بأن يقضي بتمديد مدة الحضانة للولد الذكر من (10) سنوات الى (16) سنة إذا إنتهت المدة القانونية للحضانة و طلب الحاضن من المحكمة تمديدها ، و ذلك بشرط أن يكون الحاضن طالب التمديد هو الأم نفسها و شرط أن لا تكون متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس ذي محرم للمحضون⁽¹⁾ .

2- مكان ممارسة الحضانة :

جاء في نص المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري أن: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة ، و إن تعذر ذلك عليه دفع بدل الإيجار . و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن." ، فالسكن هو واجب ملقى على عاتق الأب و شدد المشرع على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

و نظراً لكون مسألة مكان ممارسة الحضانة مهمة جداً ، نفرق بين حالتين هما مرحلة فترة العدة و مرحلة فترة ما بعد العدة.

1-2 مرحلة العدة : إن الزوجة إذا طلقت و لم تستوفي عدتها فإنها تبقى في بيت الزوجية ناشراً ، فقد حثَّ الله سبحانه و تعالى على عدم إخراجها من بيت الزوجية إلا في حالة إرتكابها الفاحشة ، و مادامت الأم تبقى في بيت الزوجية فإنها بالضرورة تمارس حضانة أبنائها في ذلك البت .

2-2 مرحلة ما بعد العدة : عند إنقضاء عدّة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها فلا يُلزمها على البقاء بالمحضون في بيت الزوجية ، فلها أن تنتقل به الى مكان آخر ، و لم ينص المشرع الجزائري صراحة على المكان الذي الذي يجب أن تمارس فيه

(1) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 299.

الأم حضانة إبنها ، ولكن يستنتج ذلك من خلال نص المادة 69 من قانون الأسرة التي نصت على : "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ، مع مراعاة مصلحة المحضون." ، و معناه أن ثبوت حق الحضانة في حالة السفر متروك أمره لتقدير قاضي الموضوع ، و هذا ما نجده في إحدى قرارات المحكمة العليا الذي جاء فيه : "من المقرر شرعا و قانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون ، و القيام بتربيته على دين أبيه و من ثم فإن إسناد حضانة الصغار الى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب يعد قضاء مخالف للشرع و القانون و يستوجب نقضه."⁽¹⁾

3- حق الزيارة

إن إسناد الحضانة لمستحقها و غالبا ما تكون الأم لأنها أولى بها رعايتها لمصلحة المحضون ، مما يؤدي به حتما الى الإبتعاد عن الوالد ، مما يستدعي إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة ، و عدم إضرار الوالد من جهة أخرى ، و ذلك بتمكينه من زيارة إبنه المحضون ، و نصت على ذلك المادة 64 من قانون الأسرة على : "...وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة." ، فيتضح من نص المادة أن للقاضي أن يحكم بحق الزيارة لمرات معينة و لفترات معينة و أماكن محددة عند الحكم بإسناد الحضانة.

و حق الزيارة هو حق من الحقوق التي حماها القانون نظراً لأهميته البالغة في الرعاية الدائمة لمصلحة المحضون⁽²⁾ ، بل و رتب عقوبة جزائية لمن يخل بهذا الحق أو يعيث به ، إذ تنص المادة 328 من قانون العقوبات على : "يعاقب بالحبس من شهر الى سنة و بغرامة من 500 الى 5000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي الى من له الحق في المطالبة به ، و كذلك كل من

(1) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 19/02/1990 ، م ر 59013 ، م ق 1991 ، عدد 04 ، ص 117 .

(2) - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 386 .

خطفه ممن أوكلت اليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى و لو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف . و تزداد عقوبة الحبس الى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني."

و تجدر الإشارة الى أن المشرع الجزائري لمّا أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق و إسناد الحضانة الى أحد الوالدين أو غيرهما ، عليه أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه و لو لم يطلب منه أحدهما ذلك ، فالمشرع في هذا الحكم قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم ، و كان على القانون عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدد معنى الزيارة و الحالات التي تمكّن القاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة على طلب الحاضن.⁽¹⁾

الفرع الثالث : ظوابط إسناد و إسقاط الحضانة

1- ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة بعد تعديلها بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 أنه : " الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة لأم ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ، ثم العمّة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، ... "

و ما يؤخذ على المشرع الجزائري في نص المادة 64 من قانون الأسرة أنه جاء بعبارة غامضة و مبهمّة بعدما حدد الدرجات الستة الأولى في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة ، حيث وردت عبارة "ثم الأقربون درجة" و التي لم يبين

(1) - العربي بلحاج ، الوجيز في شرح ق أ ج ، المرجع السابق ، ص 392.

المقصود بها ، فسكوته عن هؤلاء الأقربون درجة يؤدي بالقضاة الى الجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية حسبما نصت عليه المادة 222⁽¹⁾ من قانون الأسرة في كل مرة تفوق درجة الحاضنة المرتبة السادسة ، و بالرجوع الى الآراء الفقهية الراجحة في مسألة الترتيب نجدها كالاتي :

1-1 القريبات من المحارم : رتَّب جمهور الفقهاء القريبات من المحارم إبتداء من الأخت الشقيقة على التي لأم و هذه الأخيرة على التي لأب ، ثم عمته أخت أبيه ، ثم عمه أبيه أخت جده ، ثم خالة أبيه ، ثم بنت الأخ الشقيق ثم التي لأم ، و بعدها التي لأب ثم بنت الأخت الشقيقة ، ثم التي لأم و تليها التي لأب ، و إذا إجتمعت يقدم الأصالح منهن للحضانة⁽²⁾ ، و إن تساوت الحاضنات في كل ذلك تقدمت أكبرهن سنا ، فإن تساوت من كل وجه تقدم دوما الشقيقة على التي لأم و تقدم هذه الأخيرة على التي لأب .⁽³⁾

1-2 العصابات من المحارم من الرجال : لقد حددت المادة 150 من قانون الأسرة مفهوم العاصب بأنه : " العاصب هو من يستحق التركة كلها عند إنفراده ، أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم ، و إن إستغرقت الفروض التركة فلا شيء له . " ، و العصب إذا كان رجلا فلا يكون إلا عاصبا بنفسه حسب ما حددته المادة 152 من نفس القانون بنصها : " العاصب بنفسه هو كل ذكر ينتمي الى الهالك ، بواسطة ذكر . " ، و قياسا على الميراث فإن حضانة الولد تعود لهؤلاء في حالة إستغراق كل الأشخاص السالف ذكرهم ، و قد حددت المادة 153 ق أ ج هذا الصنف حسب أربعة جهات هي : جهة البنوة ، ثم جهة الأبوة ، ثم جهة الأخوة ، و أخيرا جهة العمومة .

(1) - المادة 222 ق أ ج : "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية ."

(2) - عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص

(3) - وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 724 .

1-3 المحارم من الرجال من ذوي الأرحام: لا تتوقف القرابة عند القربيات من المحارم أو العصبات من المحارم من الرجال ، حيث أنه إذا لم يوجد من هذه الفئة من يحضن الولد أو وجد و ليس أهلا للحضانة ، إنتقل حق الحضانة الى محارم المحضون من غير العصبية و هم على الترتيب كآآتي : الجد لأم ثم الأخ لأم ، ثم إبن أخ لأم ، ثم الخال الشقيق الخال لأب فالخال لأم⁽¹⁾ .

2- سقوط الحضانة و إستعادتها

2-1 أسباب سقوط الحضانة :

أ) زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون : هو السبب الأول و نصت عليه المادة 66 من قانون الاسرة على أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم ، و هذا يعني أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بموجب حكم قضائي أسند إليها حق حضانة أبنائها منه سيسقط حقها في الحضانة بحكم القانون بمجرد أن تتزوج أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس من أقرباء المحضون الذين يحرم عليهم كل علاقة زوجية معه⁽²⁾.

وجاء في قرار للمحكمة العليا أنه : " من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة و لو كانت أما ، فالأخرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج ، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لإنشغالها عن المحضون ، فإنه من النتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة ."⁽³⁾

(1) - وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 730.

(2) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، ص 300

(3) - م ع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1986/05/05 ، م ر 40437 ، م ق 1989 ، عدد 02 ، ص 75.

ب) تنازل الحاضنة القانونية عن حقها: من أسباب سقوط الحضانة التي نصت عليها المادة 66 من قانون الأسرة هو تنازلها عن حضانة الصغير ، و ذلك يعني أنه إذا سبق للمحكمة و أن قضت بإسناد حق الحضانة الى الأم أو الخالة أو الأب أو الجدة ، و أثناء فترة قيام الحضانة جاء الحاضن أو الحاضنة و قدم المحضون الى القاضي أو الى شخص آخر من أصحاب الحق في الحضانة و أعلن تنازله عن حقه في حضانة المحضون ، فإن حقه في الحضانة يسقط حتما بحكم القانون⁽¹⁾.

و تدعيما لهذا الأساس جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أنه : " من المقرر فقها و قانونا أن المتنازلة عن الحضانة بإختيارها لا تعود إليها و لا يقبل منها طلب إسترجاع الأولاد لها ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية و القانونية ."⁽²⁾

ج) إذا لم يطلب الحضانة مستحقها لمدة تزيد عن سنة : و ورد النص على هذا السبب في المادة 68 من قانون الأسرة و التي جاء فيها : " إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها . " ، و يعني أنه إذا كان مستحق الحضانة بالأسبقية تولى عنها ضمنيا و لم يطالب بها في الوقت المناسب حتى مضى على ذلك مدة من الزمن تفوق السنة كاملة ، فإن حقه فيها سيسقط بقوة القانون ، و لا يطالب من القضاء إذا قدمت الدعوى الى القضاء إلا أن يقر هذا السقوط بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة⁽³⁾.

(1) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، ص 300.

(2) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 1989/03/27 ، م ر 53340 ، م ق 1990 ، عدد 03 ، ص 75.

(3) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 301.

د) سقوط الحضانة لإختلال أحد شروطها : ورد النص على هذا السبب في نص المادة 67 من قانون الأسرة حيث جاء فيها أنه : " تسقط الحضانة بإختلال أحد الشروط النصوص عليها في المادة 62 أعلاه . و لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون. "، و معناه أنه إذا أسندت الحضانة بموجب قرار قضائي الى أحد مستحقيها قانونا و ثبت فيما بعد أن هذا الشخص قد عجز أو أهمل واجبه نحو المحضون ، بحيث يكون قد تركه دون رعاية و لا حماية و لا تعليم و لا تربية فإنه لم يعد أهلا للحضانة و يمكن للمحكمة أن تحكم بسقوط حقه في هذه الحضانة إذا طلب منها ذلك أحد المستحقين من أحد الدرجات الأخرى .(1)

هـ) سقوط الحضانة عن الجدة و الخالة : و يكون ذلك إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم و هو سبب من أسباب سقوط الحضانة و الذي ورد عليه النص في المادة 70 من قانون الأسرة و التي جاء فيها : " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم. "، و يتمثل السبب الأول في السكن مع ام المحضون على أن تكون الحاضنة قانونا هي واحدة من الإثنتين : إما خالة المحضون و إما جدته أم أمه ، و يتمثل العنصر الثاني المطلوب توفره لضرورة تطبيق نص المادة 70 ق أ ج أن تأتي هذه الخالة أو الجدة الى منزل الام و معها المحضون فتقيم معها في نفس المسكن إقامة مستمرة ، و العنصر الثالث الذي يجب توفره كأحد عناصر هذا

(1) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 301.

السبب هو أن تكون الأم متزوجة مع زوج لا تربطه بالمحضون أي قرابة من القربات المحرمية⁽¹⁾ .

(ن) سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي : و المسألة في هذع الحالة تقديرية و يرجع أمرها الى القاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عن الحاضن ، و من هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكل للقاضي إنطلاقاً من قنعتة و مصلحة المحضون و الظروف المتعلقة بالقضية⁽²⁾ ، و جاء في هذا الصدد قرار للمحكمة العليا فيه : " من المقرر قانوناً إذا رغب الشخص الموكل له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي ، أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون ، كما أنه يجب مراعاة حال الطرفين و مصلحة المحضون قبل وضع الشرط. "⁽³⁾، إلا أنها إعتبرت في قرار لها أن الإقامة في الخارج يعد سبباً من أسباب سقوط الحضانة عن الأم و إسنادها للأب ، لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج و كذلك حق الزيارة و ذلك لبعد المسافة⁽⁴⁾ .

2-2 إستعادة الحضانة

نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أنه : " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الإختياري. " ، فيعود حق الحاضنة في الحضانة إذا سقطت عنها لعذر و أخذ الحضانة من يليها في المرتبة إذا زال ذلك العذر ، و معنى هذا الكلام أنه إذا كان لشخص الحق في الحضانة و سُلِب منه هذا الحق أو سقط عنه لسبب من الأسباب القانونية كأن يكون غير قادر على تربية المحضون على دين

(1) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 302.

(2) - العربي بلحاج ، الوجيز في شرح ق أ ج ، المرجع السابق ، ص 389.

(3) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 23/06/1993 ، م ر 91671 ، م ق 1994 ، عدد 01 ، ص 72.

(4) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 21/11/1995 ، م ر 111048 ، م ق 1996 ، عدد 02 ، 102.

أبيه أو غير قادر على رعايته و ضمان حمايته و العناية بصحته و خلقه و تعليمه فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه و الذي سلب منه حق الحضانة من أجله (1) .

الفرع الرابع : سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

لذلك حضي مفهوم مصلحة المحضون عناية الفقه و التشريع و القضاء و أجمع كلهم على وجوب إعتبار مصلحة المحضون و العمل بها .

1- معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون :

إذا كانت قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة جديدة في القوانين العربية الحديثة ، فإنها بالنسبة للشريعة الإسلامية تعتبر قديمة و كان العمل قد سار بها في عهد الرسول صلى الله عليه و سلم و تبعه في ذلك الصحابة الكرام ، و من المواقف الإسلامية ما حدث بين أبو بكر الصديق و عمر ابن الخطاب رضي الله عنهما ، فقد رُوي أن عمر ابن الخطاب كان قد طلق إمرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصم ، فرآه في الطريق فأخذه ، فذهبت جدته أم أمه ورآه ، و تنازعا بين يدي أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، فأعطاها إياه و قال لعمر : ربحها و مسحها و ريقها خير له من الشهد عندك (2)

و المشرع الجزائري إستقى أحكام الأسرة من الشريعة الإسلامية لذلك نجد نص المادة 222 من قانون الأسرة تحيلنا الى أحكام الشريعة الإسلامية ، إذا لم نجد نصا قانونيا في مسألة ما و هذا دون تقييد بمذهب معين رأى أنه أخذ بالرجوع

(1) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 303.

(2) - ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدى خير العباد ، المجلد الثاني ، الجزء الرابع ، دار الكتاب العربي ، د د ن ،

1982 ، ص 134.

الى جميع المذاهب من أجل الترجيح من يصدقه الدليل الشرعي و تستقر معه المصلحة ، و ما يتضح من خلال نصوص قانوننا الأسرة أن المشرع يأخذ بقاعدة مصلحة المحضون ، لكنه لم يضع لها تعريفا عاما و يمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادّة وثيقة الصلة بالحياة ، و الحياة مشكلة من ملامح و ذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبق .⁽¹⁾

2- تقدير القاضي لمصلحة المحضون

(أ) سلطة القاضي في ترتيب الحواضن : من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري يتضح أن المشرع الجزائري أبقى على حق الحضانة للأم ، و قدم الأب على الجدة وأم و الخالة في إستحقاقه لحضانة إبنه ، و بالرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم من المسائل التي لم يتحقق فيها الإجماع ، و من ثم فإن المشرع الجزائري ي تعديله الأخير لقانون الأسرة يكون قد أخذ في هذه المسألة بالرأي الذي يقدم الأب على سائر النسوة بعد الأم ، لأن تقديم الأم على الأب حسب هذا الرأي كان بسبب الأمومة لا بسبب الأنوثة ، و يقول في ذلك عبد العزيز عامر: قال ابن القيم أن هذا يدل على تقديم جهة الأبوة ، و قال تأييدا لترجيح جهة الأبوة في الحضانة أن أصول الشرع و قواعده شاهدة على تقديم جهة الأب على جهة الأم ، و ذلك في النكاح و ولاية النكاح و غير ذلك ، و لم يعهد في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في حكم من الأحكام.⁽²⁾ و يجدر القول أن المشرع الجزائري لم يخرج في مادته 64 من قانون الأسرة على أحكام الشريعة الإسلامية لأن الحضانة حق للطفل المحضون و حق

(1) - حسيني عزيزة ، الحضانة في قانون الأسرة ، قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2000/1999 ، ص 76 .

(2) - بن داود عبد القادر ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، الجزائر ، 2004 ، ص 171 .

للحاضن أيضا مع مراعاة مصلحة المحضون مقدمة على كل إعتبار آخر ، و هذا أمر يخضع للسلطة التقديرية التقديرية للقاضي لجعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم و تفضيله على غيره لا يمثل خروجاً عن أحكام الشريعة الإسلامية و ذلك لما للأب من دور في تربية المحضون .

و هذا ما جاءت به إحدى إجتهاادات المحكمة العليا في قرار لها بأن : " من المستقر عليه قضاءاً أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون ، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت للأب مراعاة لمصلحة المحضون و إعتقاداً على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك ، فإن قضاة الموضوع إعمالاً لسلطتهم التقديرية قد طبقوا صحيح القانون.⁽¹⁾

(ب) سلطة القاضي في تمديد الحضانة : أما فيما يخص تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون ، فقد سجل بعض الفقهاء أن مدة حضانة الولد من أشد المسائل إثارة في الأوساط النسوية ، كما أنها الأكثر جدلاً بين الفقهاء من جهة و المصلحين الإجتماعيين من جهة أخرى (2) .

و رأى المشرع من خلال نص المادة 65 من قانون الأسرة إمكانية تمديد الحضانة الى سن التمييز أي 16 سنة كاملة و ذلك بطلب من الحاضنة ، و خصّ هذا الحكم الذكر دون الأنثى التي لم يتكلم عن تمديد حضانتها الى ما بعد 19 سنة ، و ذلك بحجة أن مدة حضانة الفتاة طويلة مقارنة مع مدة حضانة الفتى ، إذ أن هذا الأخير لا يُستغنى عن حضانته و هو في سن 10 سنوات و لا يزال يحتاج الى رعاية نسوية من حيث العطف و التربية و إن كانت هذه العناية ليست بنفس

(1) - م ع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1991/06/08 ، م ر 39203 ، م ق 1997 ، عدد 01 ، ص 39 .

(2) - حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين الغاربية (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2005 ، ص 62 .

الدرجة التي هو في حاجة إليها في سن أقل منها ، فمصلحة المحضون يجب أن يقدرها القاضي على هذا الأساس .

و من جهة أخرى فإن المادة 2/65 من قانون الأسرة التي جاء فيها : " ... ، على أن يراعى في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون . " ، و إدراج هذه العبارة في فقرة منفصلة يعني أنها تتعلق و ترتبط بالفقرة الأولى ، و بعبارة أخرى فالقاضي عندما يحكم بإنهاء الحضانة يراعي فيها مصلحة المحضون ، فإذا رأى أن مصلحة المحضون تنادي بإنتهائها حكم بذلك ، و إذا استوجبت بقاء المحضون مع حاضنته قضيبذلك أيضا و هذا سواء تعلق الأمر بالفتى أو بالفتاة ، و تطبيقا لإقتران مصلحة المحضون بذلك التمديد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها جاء فيه : " حيث أنه فعلا ثبت أن الأم منذ الحكم لها بالحضانة لم تمارسها ، و أن المحضون بقي يعيش عند والده ، ولما بلغ 10 سنوات طالب الوالد بالحضانة ، فحكم القاضي الأول له بالحضانة مراعاة لمصلحة المحضون ، بإعتباره تعود على العيش و الحياة مع والده طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة و هو حكم سليم ، و أن تمديد الحضانة الى 16 سنة هو إستثناء إذا كانت في الحاضنة مصلحة ، و لما إنعدمت المصلحة في تمديدها ، فإن قضاة الإستئناف يكونوا قد أخطئوا في قرارهم القاضي بإلغاء الحكم المستأنف مما يتعين معه نقضه و إبطاله و بدون إحالة طبقا للمادة 269 من قانون الإجراءات المدنية ، ... " (1)

(ج) سلطة القاضي في إعتبار عمل المطلقة الحاضنة سببا من أسباب سقوط حقها في الحضانة : بالرجوع الى أحكام المادة 67 من قانون الأسرة التي نصت على أنه : " تسقط الحضانة بإختلال أحد الشروط النصوص عليها في المادة 62 أعلاه . و لا يمكن لعمل الحاضنة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في

(1) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 2002/07/03 ، م ر 274207 ، م ق 2004 ، عدد 01 ، ص 270 .

ممارسة الحضانة . غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون."، فيتضح أن الحضانة قد تسقط لإختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون أي الإخلال بواجبات الحضانة ، و يمكن للمحكمة أن تحكم بسقوط حق الحاضنة إذا ما طلب منها أحد المستحقين من إحدى الدرجات الأخرى في الحضانة ، و لكن يجب على المحكمة عند تطبيق أحكام هذه المادة أن تبقى دائما تراهي مصلحة المحضون في حال بقائه مع حاضنته الأولى و بين الفوائد التي يمكن أن تعود عليه في حالة إسقاط حق حضنته على هذا الحاضن و إسنادها لغيره (1) .

المطلب الثالث : مسألة العدة

من بين آثار الطلاق أو التطليق نجد مسألة العدة ، و الحديث عنها يعني الحديث عن المدة أو المهلة التي أوجبت فيها كل من الشريعة و القانون على الزوجة المطلقة أن تترصب خلالها و لا تتزوج إلا بعد إنقضائها ، و إذا تزوجت قبل نهاية مدة العدة فإنها تكون قد خالفت الشريعة و القانون .(2)

الفرع الأول : مفهوم العدة و أنواعها

1-تعريف العدة

(1) - عبد العزيز سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، ط1 ، المرجع السابق ، ص 301.

(2) - عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ، ص 135.

1-1 تعريف العدة لغتياً : العدة في اللغة تحمل على عدة معاني ، فالعدة بضم العين يقصد بها ما أعد لأمر يحدث مثل الأهبة ، فيقال أعددت للأمر عدته ، و كذلك ما أعددت لحوادث الدهر من المال و السلاح ، فيقال : أخذ للأمر عدته و عتاده⁽¹⁾ .

و العدة بكسر العين مأخوذة من العدد و الإحصاء ، و منه فهي مصدر سماعي لعدّ أي بمعنى أحصى ، إذ تقول عددت الشيء عدة أي أصيته إحصاءاً⁽²⁾ .

1-2 تعرف العدة إصطلاحاً : العدة هي تريض المرأة زمناً معلوما قدره الشارع علامة على براءة الرحم غالباً ، لفسخ النكاح أو لموت الزوج أو طلاقه أو فقده⁽³⁾ ، و في تعريف آخر هي تريض (إنتظار) يلزم المرأة عند زوال النكاح و شبهته المتأكدة بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة و الموت⁽⁴⁾ .

1-3 حكم العدة و أدلة مشروعيتها :

إن العدة واجبة شرعاً على المرأة المدخول بها ، أو المختلى بها عند الجمهور أو المتوفى عنها زوجها و أدلة وجوبها هي :

(أ) من الكتاب بقوله تعالى : " و اللّٰئي يَأْسِنُ مِنْ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعَدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَ اللّٰئي لَمْ يَحْضُنَّ وَ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَ مَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا . "⁽⁵⁾

(¹) - أبي الفضل ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد العاشر ، الطبعة الثالثة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، 2004 ، ص 57 .

(²) - سيد سابق ، فقه السنة ، المرجع السابق ، ص 318 .

(³) - المصري مبروك ، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري " دراسة فقهية مقارنة " ، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر ، 2010 ، ص 390 .

(⁴) - عبد الفتاح تقيّة ، مباحث في قانون الأسرة ، المرجع السابق ، ص 246 .

(⁵) - سورة الطلاق ، الآية 4 .

(ب) من السنة : عن أسماء بنت يزيد بن السكن الأنصارية رضي الله عنها أنها طُلقَت على عهد رسول الله (ص) و لم يكن للمطلة عدة ، فأنزل الله عزوجل حين طُلقَت أسماء العدة للطلاق ، فكانت أول من أنزلت فيها العدة للمطلقات (1) .

(ج) من الإجماع : أجمعت الأمة على وجوب العدة على الزوجة المتوفى عنها و المطلقة ، و إنقضاء عدتها بمضي وقتها و لو دون علمها (2) .

1-4 الحكمة من تشريعها : تكمن حكمة التشريع للعدة في المقاصد التالية : (3)

- التعرف على براءة الرحم لئلا تختلط الأنساب ، لأنها لا تكون غالبا إلا في فرقة بعد الدخول ، و هذا أمر توحى به الفطرة.
- اتوبة معظم شأن الزواج و إعلام الناس بأنه أمر خطير يغايير سائر العقود لأنه عقد الحياة ، فكما أنه لا ينعقد صحيحا إلا بحضور شهود عند جماهير الفقهاء كذلك لا ينتهي بمجرد وجود الفرقة ، بل لا بد فيه من إنتظار المرأة المدخول بها قبل الفراق مدة كافية ليتروى فيها كل من الزوجين .
- تمكين الزوجة المتوفى عنها زوجها من إظهار التأثير لفقد زوجها بالمنع من التزين ، و هذا ضرب من الوفاء له إذ ليس من المروءة و الإعتراف بالجميل تسرع المرأة عقب وفاة زوجها و لو قبل دخوله بها ، كما أن تعجلها بالزواج يسيئ الى أهل الزوج الذين إرتبطت معهم برابطة مصاهرة ، إذ كيف تنعم بحياة جديدة في الوقت الذي لا يزال أهل زوجها في حزن عليه.

2- أنواع العدة

للعدة عدة أنواع ، فهي تختلف من زوجة الى أخرى سواء من حيث السبب الذي من أجله إنحلت الرابطة الزوجية كعدة الطلاق و الوفاة و زوجة المفقود ، أو

(1) - أخرجه أبو داوود ، كتاب الطلاق ، باب في عدة المطلقة ، الجزء الثاني ، الحديث رقم 2281 ، ص 285.

(2) - ابن المنذر ، الإجماع ، مؤسسة الكتب الثقافية ، د س ن ، د د ن ، ص 94-95 .

(3) - عبد الفتاح تقيية ، المرجع السابق ، ص 248-249 .

من حيث المدة التي تستغرقها كالعدة بالقروء و العدة بالأشهر و العدة بوضع الحمل.

2-1 من حيث أسباب إنحلال الرابطة :

(أ) عدة الطلاق : بالرجوع الى القرآن الكريم ، نجد قوله سبحانه و تعالى : " و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ."⁽¹⁾ ، و قوله : " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و أحصوا العدة ."⁽²⁾

و بالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري ، نجد أن المشرع قد أخذ بهذه الأحكام الواردة في القرآن الكريم و سنّها ، إذ ألزم المطلقة المدخول بها بصريح نص المادة 58 ق أ ج و التي جاء فيها : " تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء ، واليأس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق ."، و من المادة يستنتج أن كل مطلقة تم الدخول بها يجب عليها شرعا و قانونا أن تعتد عدة الطلاق ، فإذا كانت قد ترافعت أمام القضاء و أن المحكمة قد حكمت بعد ذلك بطلاقها من زوجها ، فإنه يجب عليها أن تنتظر ولا تتزوج إلا بعد أن تحيض و تظهر ثلاث مرات كاملة بعد التصريح بالحكم الذي قضى بالطلاق أو بفسخ عقد الزواج .

(ب) عدة الوفاة : بالرجوع الى كتاب الله العزيز نجد قوله جلّ و على : " و اللذين يتوفون منكم و يذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر و عشرا ."⁽³⁾ .

كما أن المشرع الجزائري نص في المادة 59 ق أ ج بأنه : " تعدد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر و عشرة أيام ،...، و منه فإن كل من توفي عنها زوجها و لم تكن حاملا يجب عليها شرعا و قانونا أن تعتد أربعة أشهر و عشرة أيام.

(1) - سورة البقرة ، الآية 228.

(2) - سورة الطلاق ، الآية 1 .

(3) - سورة البقرة ، الآية 234.

و يتضح من خلال الآية الكريمة و نص المادة أنه إذا تزوجت المرأة و وقع الدخول بها ثم بعد ذلك توفي عنها زوجها ، فإنه يجب عليها أن لا تتزوج و أن تنتظر مرور هذه المدة المحددة شرعا و قانونا ، كما أنه لا يجوز خطبتها خلال هذه المدة كلها و إن تزوجت قبل ذلك أو وقعت خطبتها فإنها تكون قد ارتكبت خطأ و إقترفت إثما ، غير أنها إذا وقعت وفاة الزوج قبل الدخول بها فلا عدة و لا موجب لها⁽¹⁾ .

ج) عدة زوجة المفقود : بالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري ، يتضح أن المشرع تطرق الى عدة زوجة المفقود و نظمها ، إذ جاء في نص المادة 59 أنه : " **تعد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر و عشرة أيام ، و كذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده .** " ، و من خلال هذا النص نجد أن المشرع جعل مدة عدة زوجة المفقود مطابقة تماما لمدة عدة زوجة المتوفى عنها زوجها ، و هذا أمر منطقي ، إلا أنهما و بالرغم من ذلك فإنهما يختلفان من حيث بداية سريان كل عدة ، إذ ان عدة المتوفى عنها زوجها تسري من تاريخ الوفاة ، بينما عدة زوجة المفقود تسري ابتداء من تاريخ الحكم بفقده .

2-2 من حيث مدتها :

أ) العدة بالقروء : و تكون إذا كانت المرأة ممن تحيض ، و كانت الفرقة من زواج صحيح بعد الدخول حقيقتاً أو حكماً أو في زواج فاسد بعد الدخول حقيقتاً ، كما تجب بالوطئ بشبهة إلحاقاً للشبهة بالحقيقة فيما يجب الإحتياط به و هو النسب ، و دليل ذلك قوله تعالى : " **و المطلقات يتريصن بأنفسهن ثلاثة قروء .** " ⁽²⁾ ، و لما كان القراء لفظاً مشتركاً يدل على الحيض و على الطهر و يحتملها، اختلف

⁽¹⁾ - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 287.

⁽²⁾ - سورة البقرة ، الآية 2284.

في المراد من القرء في الآية فقال الحنفية و الحنابلة أنه الحيض ، و قال الشافعية و المالكية أنه الطهر (1).

و بالرجوع الى أحكام قانون الأسرة نجد أن المشرع قد أخذ بأحكام نص القرآن الكريم و سنّه، و يظهر ذلك من خلال نص المادة 58 أنّ كل مطلقة تم الدخول بها و كانت من ذوات الحيض و غير حامل يجب عليها شرعا و قانونا أن تعتد ثلاثة قروء ، بينما المطلقة التي لم يتم الدخول بها فلا عدّة عليها

(ب) **العدة بالأشهر**: بالرجوع الى القرآن الكريم نجد في قوله تعالى : " و اللّائِي يئْسِنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ إِرْتَبْتُمْ فَعَدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُوَ اللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ. " (2)

و يعتد بالأشهر من النساء (3) :

- من ليست من ذوات الحيض بأن كانت صغيرة دون البلوغ ، أو بلغت بالسن 15 سنة و لم تحض ، أو بلغت سن اليأس و إنقطع عنها الدم و لم تكن حاملا وقت الفرقة ، فإنها تعتد بثلاثة أشهر من تاريخ الفرقة بغير وفاة زوجها.
- المتوفى عنها زوجها في زواج صحيح فإن عدتها متى كانت غير حامل وقت وفاة زوجها ، تكون أربعة أشهر و عشرة أيام و إن كانت من ذوات الحيض .

و بالرجوع الى قانون الأسرة ، نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ كذلك بأحكام النص القرآني و سنّه من خلال نص المادة 58 ، و معناه أن كل مطلقة تم الدخول بها و كانت ممن بلغن سن اليأس أو كانت ممن لم يحضن أصلا يجب عليها أن

(1) - عبد الفتاح تقيّة ، المرجع السابق ، ص 250.

(2) - سورة الطلاق ، الآية 4.

(3) - عبد الفتاح تقيّة ، المرجع السابق ، ص 251-252 .

تعتد بثلاثة أشهر شرعا و قانونا ، و أربعة أشهر و عشرة أيام إذا كانت من ذوات الحيض.

(ج) العدة بوضع الحمل : و هي عدة تعتد بها المرأة التي وقعت الفرقة بينها و بين زوجها و هي حامل ، سواء كانت هذه الفرقة بالطلاق أو بالفسخ أو بالوفاة و ذلك حسب ما يبينه القرآن الكريم في قوله تعالى : " و أولات الأحمال أجلهنَّ أن يضعن حملهنَّ . " ، و معناه أن النساء الحوامل عند الفرقة تكون عدتهن ما بقي من عدة الحمل و تنقضي العدة بوضع الحمل سواءً في هذا عقد الزواج كان صحيحا أو فاسداً .⁽¹⁾

و بالرجوع الى قانون الأسرة ، نجد أن المشرع قد أخذ أيضا بأحكام هذا النص القرآني ، إذ جاء في نص المادة 60 من ق أ ج أنه : " عدة الحامل وضع حملها ، و أقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة . " ، نستنتج من المادة أن كل امرأة حامل طُلقَت أو توفي عنها زوجها يجب عليها شرعا و قانونا أن تعتد طيلة فترة حملها الى غاية وضع الحمل

الفرع الثاني : أساس تقدير نفقة العدة.

1- نفقة العدة في قانون الأسرة الجزائري

إن المشرع الجزائري تناول مسألة نفقة العدة من خلال نص المادة 61 من قانون الأسرة بقوله : " لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة

(1) - عبد الفتاح تقيّة ، المرجع السابق ، ص 252.

الفاحشة المبينة ، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق " ، و ما يتضح من المادة أن المشرع منح لكل مطلقة أو متوفى عنها زوجها الحق في النفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها و ذلك يعتبر من مبادئ العدل على أساس أن المعتدة في هذه الفترة تكون محتسبة عن الزواج بأمر الشرع و لمصلحة النظام و لإستبراء رحمها ، و علنالقاضي أن يحكم بها و أن يحددها إجمالاً أو شهريا و يشير شهريا و يشير ليها في نفس الحكم الذي يقضي فيه بالطلاق ، فيدفعه المطلق الى مطلقته.

و من هنا فإن نفقة العدة واجبة على المطلق تجاه مطلقته ، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها : " متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة ، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ."⁽¹⁾

2- أساس تقدير نفقة العدة

إن مسألة تقدير نفقة العدة في حال إتحاد حال الزوجين يسرا أو عسرا لن يختلف تقديرها بإعتماد حال الزوج أو حال الزوجة كأساس للتقدير ، بل إن مسألة تحديدها من إختصاص قاضي الموضوع و هو ما أخذت به المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه : " من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة و التعويض و نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل ..."²

و الملاحظ في هذا الصدد أنه يجب على القاضي عند تقديره أن يراعي حالة و ظروف كل من الزوج و الزوجة ، و في كل الاحوال فإن القاضي يهتم إهتماما خاصا فيما تعلق بالعدة من حيث مبادئ مواعيدها و آجالها حين يمنح نفقة العدة .

(¹) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 1984/10/22 ، م ر 34327 ، م ق 1989 ، عدد 03 ، ص 69.

² - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 1991/06/18 ، م ر 75029 ، م ق 1994 ، عدد 02 ، ص 65.

و نجد أيضا من النساء يعتدن ب ثلاثة أشهر و أخريات يعتدن بعدة وضع الحمل و هي فترة قد تكون أقل من ثلاثة أشهر كما قد تكون أكثر من ثلاثة أشهر لتصل الى عشرة أشهر ، و قد تكون عدة طلاق ثم تتحول الى عدة وفاة ، فالقاضي يجب أن يدرس هذه الوضعية حالة بحالة مما يتطلب منه أن يأخذ بعض الأمور الأساسية للوصول الى حكم عادل.

المبحث الثاني

الآثار المالية الناتجة عن فك الرابطة الزوجية

عقد الزواج هو عقد مدني و يترتب على إنتهائه آثار قانونية بالنسبة الى طرفي العقد أي الزوجين و هذه الآثار منها ما هو شخصي و منها ما هو مادي كما سبق لنا الذكر ، و سنتناول في مايلي المسائل المادية الناتجة عن فك الرابطة الزوجية .

المطلب الأول

مسألة النفقة

إن نظام النفقة هو مظهر من مظاهر التعاون والتكافل الإجتماعي بين الأقرباء و الأزواج وبين غيرهم من أفراد المجتمع إن النفقة من آثار عقد الزواج شرعا و قانونا و يعد الزوج ملزما بالإنفاق على زوجته و الإنفاق على أولاده بقيام الزوجية أو إنحلالها حيث تظهر جليا أهمية النفقة في حالة إنحلال الزواج.⁽¹⁾

الفرع الأول: مفهوم النفقة و تحديد أسبابها

1- تعريف النفقة و تحديد مشتملاتها

(1) - نسرين شريفي ، كمال بوقرورة ، قانون الأسرة الجزائري ، بلقيس ، ط1 ، الجزائر ، 2013 ، ص 117

1-1 تعريف النفقة لغة : اسم من الإنفاق ، و ما ينفق من الدراهم و نحوها و الجمع نفقات و نفاق ، فالنفقة إسم لما ينفق .⁽¹⁾ ، و النفقة في اللغة هي أيضا مشتقة من النفوق بضم النون أي الهلاك ، نقول نفق الفرس أي هلك أو من النفاق بفتح النون أي الزواج ، نقول نفقت السلعة أي راجت .⁽²⁾

1-2 تعريف النفقة إصطلاحا : وهي ما يصرفه الزوج إلى زوجته ، و أولاده و أقاربه من طعام أو كسوة و مسكن ما لا يلزم المعيشة بحسب المتعارف عليه بين الناس و حسب وسع الزوج ، و النفقة توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام و مسكن و خدمة ودواء و إن كانت غنية ، و عرفها الفقهاء على أنها الطعام فقط، لذا يعطفون عليه الكسوة و المسكن ، و إختلفوا في أربع مواضع وقت وجوبها ، و مقدارها لمن تجب و على من تجب .⁽³⁾

1-3 تعريف النفقة القانوني : ذهب المشرع الجزائري إلى الأخذ بمذهب الجمهور و خصوصا المالكية بسبب وجوب النفقة الزوجية ، و المتمثل في الدخول بالزوجة في الزواج الصحيح بمعنى الخلوة الصحيحة أو التمكين من الدخول، فالزوج الذي دُعي لإتمام الزواج بالبناء الكامل وجبت عليه نفقت زوجته و لو لم يدخل بها بعد، أما إذا لم يدعى و بقيت زوجته في بيت أهلها دون إتمام البناء أي الدخول ، فإن النفقة لا تجب على الزوج .⁽⁴⁾ إذ تنص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه . "

(1) عبد اللطيف يوسف، زبدة المفردات "مختصر المفردات في غريب القرآن الإصفياني"، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1998، ص 502 .

(2) - نسرين شرفي ، كمال بوقرورة ، المرجع السابق ، ص 117 .

(3) - صالح بوشيش ، نفقة الزوجة و الأولاد في حال الأعراس و الإمتناع ، مجلة الإحياء ، كلية العلوم الإجتماعية و الإسلامية ، قسم شريعة ، باتنة عدد 05 . 2002 . ص 203 .

(4) - صالح بوشيش ، المرجع السابق ، ص 117 .

1-4 تحديد مشتملات النفقة : تنص المادة 78 من قانون الأسرة على أنه : " تشمل النفقة ، الغذاء و الكسوة و العلاج ، و السكن أو أجرته ، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة." أما المادة 79 فنصت على : " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش ، و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم ."

و من خلال المادتين ، الأولى تنص على ان تشمل النفقة الغذاء و الكساء و العلاج و المسكن أو أجرته ، و الثانية تنص على ان يراعي القاضي في تقديرها حال الطرفين ، و من خلال تحليل نصوص هاتين المادتين يتضح أن قانون الأسرة قد حدد مدى شمولية النفقة بوضوح ، و ألزم القاضي الذي سيصدر الحكم بالنفقة بأن يراعي الحالة الإجتماعية و الإقتصادية و ظروف المعيشة للطرفين عندما يقدر مبلغ النفقة التي سيحكم بها لطالبه (1).

2- تحديد أسباب النفقة :

2-1 الأسباب الزوجية : أوجب الشارع النفقة على الزوج لزوجته لأن الزوجة بمقتضى عقد النكاح الصحيح تصبح مقصورة على زوجها ، و محبوسة لحقه لإستدامة الإستمتاع بها ، و يجب عليها طاعته و القرار في بيته ، و تدبير منزله ، و حضانه الأطفال و تربية الأولاد ، و عليه نظير ذلك أن يقوم بكفالتها و الإنفاق عليها ، مادامت الزوجية بينهما قائمة و لم يوجد نشوز ، أو أي سبب يمنع النفقة عملاً بالأصل العام أن كل من إحتبس لحق غيره و منفعته فنفقته على من إحتبس لأجله (2) .

(1) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 107.

(2) - السيد السابق ، المرجع السابق ، ص 174 .

2-2 أسباب القرابة : النفقة على الوالدين الفقيرين ، و نفقة الأولياء على أولادهم القصر من الذكور و على بناتهم الإناث حتى يتزوجن و يدخل بهن أزواجهن ، فالإنفاق على الأولاد واجب شرعي ، و المقصود بالأولاد المشمولين بالإنفاق عليهم هم الأولاد المباشرون لأبيهم و ليس فروعهم لأن الشرع إنما ورد بنفقة الوالدين و المولودين و من سواهم لا يلحق بهم في الولادة و أحكامها فلا يصح القياس عليه ، كما ورد في نص المادة 77 من قانون الاسرة : " تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الإحتياج و درجة القرابة في الإرث. "

الفرع الثاني : مستحي النفقة و حالات سقوطها

1- مستحي النفقة

1-1 نفقة الزوجة و المعتدة و نفقة المتعة

(أ) نفقة الزوجة : من بين مقتضيات عقد الزواج و آثاره غير المادية الطاعة ، و هي أن تقيم المرأة في بيت زوجها ، تسلم نفسها إليه و تلتزم بطاعته و عدم الخروج من بيت الزوجية إلا بأذنه ، فنميز بين وجوب هذه النفقة لقاء إحتسابها و طاعتها و بين وجوبها بمجرد عقد النكاح ، فنرى أن المشرع الجزائري نص في المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على أن : " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة،... " ، و منه نستخلص بأنه تجب نفقة الزوجة على زوجها إذا توافرت العناصر التالية :

- الدخول بالزوجة أي بمعنى الخلوة الصحيحة سواء تمت المخالطة الجنسية فعلا أم لم تتم.

-العقد الصحيح : و يجب أن يكون الزواج صحيحا شرعا ، استوفى أركانه طبقا لنص المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري و لكن شرط وجود الإحتباس الذي يكون من الزوج على زوجته أو الإستعداد له (1) .

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

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

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

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

- للمعتدة من الطلاق الحق في النفقة.

- استبعد حق المعتدة من الوفاة في النفقة.

ج) نفقة المتعة : وهي ان الزوجة المدخول بها في الزواج الصحيح اذا طلقها زوجها دون رضاها ولا سبب من قبلها تستحق زيادة على النفقة حق متعة العدة ،

(1) - بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 171 .

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

والأصل في تقرير نفقة المتعة هو جبر المطلقة ومواساتها من المروءة التي تتطلبها احكام الشريعة الاسلامية.

ولم ينص المشرع الجزائري على المتعة المقررة شرعا لمن طلقها زوجها ، وانما اكدتها الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا بوصفها تعويضا عن الطلاق التعسفي بمفهومه الحديث وليست اثرا من اثار الطلاق.

وجاء في قرار المحكمة العليا انه: "من القواعد المقررة شرعا ان المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم،ومن ثم فان القضاء بها يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة، ولما كان من الثابت في قضية الحال ان الزوجة اقامت دعوى التظليق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليها الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب اهماله، فان القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة".⁽¹⁾

1-2 نفقة الأقارب :

أ) نفقة الاصول على الفروع : الفروع هم اولاد الشخص واولاد اولادهم وان نزلو ذكورا او اناثا، فهي تعتبر من اهم الواجبات الملقاة على عاتق الزوج للقيام بها اساسا و هي النفقة على فروعه ، وقد نصت المادة 75 ق.ا.ج " تجب نفقة الولد على الاب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكورالى سن الرشد و الاناث الى الدخول وتستمر في حالة ما اذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية او بدنية او مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب ."

ب) نفقة الفروع على الاصول : باعتبار المكانة التي يتبوؤها الوالدين وما لهما من فضل عظيم على اولادهم كان من الواجب رد الجميل وذلك بحسن المعاملة والرعاية الخاصة لهم، والامر نفسه ينطبق بالنسبة للاقارب باعتبار صلة الرحم التي اوصى بها الدين الحنيف ، فهي اذن واجب شرعي استجابة لقوله تعالى في سورة العنكبوت الآية(08)

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

"... وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا... ﴿٨﴾". ويكون الاحسان للوالدين من خلال تفقدتهما والانفاق عليهما، وقد اولى المشرع الجزائري نوعا من الاهتمام لقاعدة العناية بالوالدين من خلال ادراج م 77 ق.ا.ج والتي جاء فيها مايلي: " **تجب نفقة الاصول على الفروع و الفروع على الاصول حسب القدرة و الاحتياجات ودرجة القرابة في الارث** ".

ج) نفقه الحواشي: الحواشي هم الاقارب من المحارم الذين ليسو اصولا ولا فروعاً كالاخ وابن الاخ و العم والخال والعمة والخالة ونحوهم من كل قريب يحرم على قريبه ان يتزوج منه، و المعتبر في وجوب هذه النفقة ان يكون القريب اهلا للارث في الجملة وان لم يكن وارثا بالفعل.

2- حالات سقوط النفقة

2-1 سقوط نفقة الزوجة و المعتدة

أ) في حالة النشوز: من المعلوم قانونا انه يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه الا اذا ثبت نشوزها، ومعنى هذا الكلام ان الزوجة تستحق النفقة من مال زوجها كلما كانت مدخولا بها وان علاقات المودة و التعاون متوفرة، وكلما كانت الزوجة قائمة بواجباتها، ولكن اذا نشزت وتخلت عن واجباتها عمدا ثم التحقت ببيت اهلها دون مبرر شرعي وبقيت هنالك فترة طويلة فان حقها في النفقة من مال زوجها سيسقط بمجرد الحكم بنشوزها.⁽¹⁾

ب) في حالة الابراء و المقاصة من دين النفقة: ذهب جمهور الفقهاء الى ان إبراء الزوجة لزوجها من النفقة الماضية يكون صحيحا من غير توقف على صحة دين النفقة، بمعنى ان تكون النفقة مقدرة او غير مقدرة، لأنها تصبح ديناً في ذمة الزوج بمجرد الامتناع عن الانفاق بعد ثبوت وجوبها.⁽²⁾

(1) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 237.

(2) - إبراهيم عبد الهادي النجار ، المرجع السابق ، ص 159.

اما المقاصة بدين تعني اسقاط ما على المدين من دين لآخر نظير ماله من دين على آخر، اما عن النفقة و المقصود بالمقاصة فيها هو ان دين النفقة من الديون الصحيحة التي لا تسقط الا بالاداء و البراء، سواء كانت هذه النفقة مفروضة بحكم قضائي او غير مفروضة.(1)

(ج) حالة الوفاة و الطلاق: بوفاة احد الزوجين تسقط النفقة للمستقبل ابتداء من تاريخ الوفاة، ولكنها لا تسقط مادام انها مستحقة بالرضاء او القضاء، فهذه النفقة تكون ديناً على تركة الميت، وليس للزوجة المتوفى عنها زوجها نفقة عدة، سواء كانت حاملاً او غير ذلك والسبب راجع لطبيعة النفقة التي لا تنتقل الى الورثة بعد الوفاة .

اما فيما يخص الطلاق فهو لا يسقط النفقة المستحقة والمقدرة رضاء او قضاء، ولكنه خلافا لما هي عليها في حالة الوفاة ، فانها لا تسقط النفقة للمستقبل الا بعد مضي مدة العدة اذ ان الزوج عليه نفقة المطلقة في عدتها، ولا يسقط حق النفقة الا بعد انقضاء مدتها وقبل ان تقدر قضاء ورضاء، او اذا حصل الطلاق اثناء نشوز الزوجة ، فالنشوز الذي يسقط نفقة الزوجة، يسقط نفقة المطلقة من باب اولى .(2)

(د) حالة اعسار الزوج: ذهب الفقه المالكي الى أن إعسار الزوج مسقط للنفقة وإستدلوا ذلك بقوله تعالى في سورة البقرة " ... لا يكلف الله نفسا الا وسعها. " ، وما دام الزوج ليس بوسعه ولم يؤتى مالا فانه غير مكلف بالانفاق ، فاذا حكم عليه بالنفقة ولم يكن قادرا على دفعها لعسر اصابه وجب على من يكلف بالانفاق على الزوجة من اب او جد او اخ ويكون الانفاق بالقدر المفروض، فاذا انفقت الزوجة

(1) - نزيه نعم شلالا ، المرتكز في دعاوى النفقة ، ط1 ، منشورات الحلبي ، بيروت ، لبنان ، 2007 ، ص 65.

(2) - زينب مدرق نارو ، النفقة و تقديرها في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الاحوال الشخصية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2014-2015 ، 66.

على زوجها يبقى ديناً في ذمته موسراً كان او معسراً، اما اذا انفقت على نفسها وعلى ولدها في غياب زوجها وبسره كان لها الحق في المطالبة بما انفقت على نفسها وولدها. (1)

2-2 سقوط نفقة الأقارب :

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

(ب) بالاستغناء: لا يستحق القريب النفقة من غير حاجة، ومادام انه موسر، لان النفقة تجب لسد الحاجة على سبيل المواساة و الموسر مستغن عن المواساة ، وبعد ان اصبح غير عاجز عن الكسب لبلوغه او شفاؤه من مرض ، فانه لا يستحق النفقة لانه غير محتاج ويستطيع الكسب لان النفقة مواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة. (2)

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير النفقة واستحقاقها.

1- تقدير القاضي للنفقة الزوجية :

منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقديره للنفقة من خلال أحكام المادة 79 قانون الأسرة. "يراعي القاضي في تقديره للنفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يرجع تقديره قبل مضي سنة من صدور الحكم." و معنى هذا الكلام و أن القانون قد منح للقاضي سلطة واسعة في

(1) - زينب مدرق نارو ، المرجع السابق ، ص 68.

(2) - محمد سمارة ، أحكام و آثار الزوجية " شرح مقارن للأحوال الشخصية" ، ط 1 ، دار الثقافة للنشر ، عمان الاردن ، 2008 ، ص 412.

مجال تقدير المبلغ المطلوب كئمن أو أجر للنفقة ، و من ثم لم يقيدده أو يلزمه بشيء إلا بمراعاة حال كل واحد من الطرفين أي حال طالب النفقة و حال المطلوب بالنفقة و بمراعاة ظروف المعيشة و غلاء الأسعار و عليه رغم أن الخصوم تعودوا على ان يطلب المدعي منهم مبالغ ضخمة و خيالية لا يحكمها عقل و لا منطق ، و لا يراقبها وجدان و لا ضمير فإن مهمة القاضي و تقدير قيمة النفقة وفق ميزان عادل ستكون مهمة صعبة و شاقة ، و مع ذلك فإنها ستكون سهلة نوع ما إذ حگم ضميره و إعتد على هذين العنصرين وهما حال الطرفين و ظروف المعاش (1) .

و على هذا الأساس فإن تقدير النفقة هو مسألة تقديرية و هو من إختصاص قضاة الموضوع و هذا ما أكدته إجتهدات المحكمة العليا ، إذ جاء في إحدى قراراتها : " ... ولكن وحيث ان القرار المنتقد قد أجاب الطاعن بأن المبالغ المحكوم بها غير مبالغ فيها إضافة إلى أن تقدير التعويضات و النفقة ، يرجع لقضاة الموضوع ، و عليه الوجه غير مؤسس" (2) ، و في قرار آخر جاء فيه : " من المقرر فقها و قضاء أن النفقة المستحقة للزوجة تعتمد على حال الزوجين بيسر أو عسر ، ثم حال مستوى المعيشة ، و من ثم أن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا إلى القواعد الشرعية (3)

2- تقدير القاضي لإستحقاق النفقة :

جاء في نص المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري انه : " تستحق الفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي ان يحكم باستحقاقها بناء على بينة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى . " ، و يتبين من خلال دراسة نص المادة أن قانون الأسرة قد وضع حدا و لو غير حاسم لكل المشاكسات و التعجيزات التي كانت تنشأ بشأن

(1) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 227.

(2) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 15/12/1998 ، م ر 214290 ، م ق 2001 ، عدد خاص ، ص 195.

(3) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 09/02/1987 ، م ر 44630 ، م ق 1990 ، ع 3 ، ص 55.

تاريخ بداية إستحقاق النفقة المطلوب الحكم بها ، ولقد كانت الزوجة تغضب أحيانا لسبب شرعي أو غير شرعي و تدل نفسها و مالها من أولاد وتذهب إلى منزل أهلها و تنتظر مرضاتها ، وعندما يرفع الزواج دعوى أمام محكمة و يطلب الحكم له برجوعها الى بيت الزوجية ، ترفع في وجهه طلبا بالنفقة لها و لأولادها لشهور كثيرة سابقة ، و أحيانا لعدة سنوات خلت و بمبالغ خيالية .

أما اليوم فأصبح على القاضي كقاعدة عامة أن لا يحكم للزوجة بكل و لا ببعض ما تستحقه و تطلبه من نفقة متراكمة عن مدة سابقة ، بل ان يحكم لها بما تستحق هي و اولادها في حدود ما بعد رفع الدعوى و ابتداء من تاريخ تسجيلها بالمحكمة الى تاريخ صدور الحكم ، و هو ما أكدته المحكمة العليا في احد قراراتها بقولها : " من المقرر انه ليس بالضرورة ان يكون تاريخ سريان النفقة في جميع الاحوال من يوم رفع الدعوى ، إذ يجوز للقاضي ان يحكم بها مباشرة بأثر رجعي من يوم خروج الزوجة من بيت الزوجية "(1)

كما يجب على قاضي شؤون الأسرة الفصل في دعوى النفقة بشكل استعجالي لإرتباطها بالطعام و العلاج و الكسوة و المسكن حفاظا على مصالح الزوجة و الاولاد ، بان تُتَّبَع فيها الاجراءات المستعجلة فيما يتعلق بالمواعيد و سرعة الفصل فيها ، و ذلك طبقا لأحكام المادة 57 مكرر و التي نصت على : " للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب امر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لا سيما ما يتعلق منها بالنفقة و الحضانة و الزيارة و المسكن . " ، و هو أيضا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه : " قاضي الإستعجال مختص للحكم للزوجة و الابناء بنفقة قبل الفصل في الدعوى من حيث الموضوع "(2) .

المطلب الثاني

مسألة النزاع حول متاع البيت

(1) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 16/04/1990 ، م ر 59967 غير منشور ، نقلا عن العربي بلحاج ، قانون الاسرة مع تعديلات الامر 02/05 ، المرجع السابق ، ص 440 .

(2) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 19/01/2005 ، م ر 1333042 ، م م ع 2005 ، ع 1 ، ص 351 .

إن أهم و أخطر أثر من آثار الطلاق و أكثرها غموضاً و تعقيداً و أشدها خصاماً بين المتطلقين هو النزاع أو الخصام حول محتويات البيت و ما يشملها من أثاث و مفروشات و أدوات تكون الزوجة قد جلبتها معها يوم زفافها وسط حمى من الغناء و الزغاريد يحدوها الأمل في بناء عش دافئ ضمن جو من الرحمة و المحبة و التعاون و الإنسجام ، و لما لم يلبث هذا الجو أن يتعكر صفوه ، و يتحول الإنسجام الى شقاق ، و المحبة الى كراهية فطلاق ، ثم تبدأ مرحلة الحساب و تدابير العقاب و تتلوها مرحلة الخصام و التردد على المحكمة و على المحامين و كَتَاب الضبط ، و كل واحد من الزوجين يزعم أن أثاث بيت الزوجية ملكه و حق له كله أو بعضه و الغالب الأعم لا يكون بيد أحدهما دليل أو بيان قاطع يقنع القاضي بأن هذا الشيء المتنازع عليه ملك خالص للزوج أو ملك خالص للزوجة (1).

الفرع الأول : تحديد المفهوم الشامل لمتاع بيت الزوجية

1-تعريف الجهاز و الأثاث و المتاع لغتاً

1-1 تعريف الجهاز لغتاً: جهّز، تأتي بمعنى الثراء و الإقتناء ، و الجهاز هو متاع البيت ، و جهّزت فلانا أي تكلفت جهاز سفره ، و جهاز البيت متاعه . (2)

1-2 تعريف الأثاث لغتاً: الأثاث بمعنى الكثير من المال ، و قيل كثرة المال و قيل الكثرة و العظم من كل شيء ، و يقال شعراً أثيث أي بمعنى غزير و طويل ، و الأثاث أنواع المتاع من متاع البيت و نحوه ، و يقال تأثث الرجل بمعنى أصاب خيراً . (3)

(1) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 311.

(2) - أبو الحسن أحمد بن فارس ، مجمل اللغة ، معهد المخطوطات العربية ، الطبعة الأولى ، الجزء الأول ، المنظمة العربية للتربية و الثقافة و العلوم ، الكويت ، د س ن ، ص 446.

(3) - ابن منظور ، لسان العرب ، المرجع السابق ، ص 19.

1-3 تعريف المتاع لغتاً: المتاع ما كان لباس أو حشو لفراش ، و قيل المتاع هو كل ما ينتفع به من حوائج كالطعام و أثاث البيت و الأدوات و السلع ، و قيل المتاع في اللغة هو كل ما ينتفع به من عروض الدنيا كثيرها و قليلها سوى الفضة و الذهب ، و عرفاً كل ما يلبسه الناس و يبسطه .⁽¹⁾

2- تعريف الجهاز و الأثاث و المتاع شرعاً

1-2 تعريف الجهاز شرعاً: قال الله تعالى في محكم تنزيله : " و لما جهَّزهم بجهازهم قال أئتوني بأخ لكم من أبيكم ألا ترون أني أوفي الكيل و أنا خير المنزلين."⁽²⁾ ، و قال أيضا : " فلما جهَّزهم بجهازهم جعل السقاية في رحل أخيه ثم أدن مؤذناً أيها العير إنكم لسارقون ."⁽³⁾

و معنى قوله تعالى في الآيتين الكريمتين جهَّزهم بما يحتاجون إليه من الطعام و القوت و البضائع الأخرى ، والجهاز بفتح الجيم و كسرهما ما يحتاج اليه المسافر ، و أوله ما سافر لأجله من الأحمال ، و التجهيز هو إعطاء الجهاز .⁽⁴⁾

2-2 تعريف الأثاث شرعاً : وردت كلمة الأثاث في سورة النحل في قوله تعالى : " و الله جعل لكم من بيوتكم سكناً و جعل لكم من جلود الأنعام بيوتا تستخفونها يوم ضعنكم و يوم إقامتكم و من أصوافها و أوبارها و أشعارها أثاثاً و متاعاً الى حين ."⁽⁵⁾ ، و جاء في زبدة التفسير في شرح هذه الآية أن الأصواف للغنم و الأوبار للإبل و الشعر للمعز ، و الأثاث : متاع البيت ، و المتاع ما يفرش في المنازل و يتزين به .⁽⁶⁾

(1) - ابن منظور ، نفس المرجع ، نفس الصفحة .

(2) - سورة يوسف ، الآية 59 .

(3) - سورة يوسف ، الآية 70 .

(4) - الطاهر بن عاشور ، التحرير و التنوير ، دار سخنون للنشر و التوزيع ، الجزء الثاني ، طبعة 1997 ، تونس ، ص 11-12 .

(5) - سورة النحل ، الآية 80 .

(6) - محمد علي خلف ، زبدة التفسير من فتح القدير ، المطبعة الأميرية ، مصر ، 1337 هـ ، ص 356 .

2-3 تعريف المتاع شرعا : إن لفظ المتاع و التمتع و الإستمتاع و التمتع ورد في كتابه العزيز في مواضع عديدة ، فجاء في سورة يوسف في قوله تعالى : " قالوا يا أبانا إنا ذهبنا نستبق و تركنا يوسف عند متاعنا فأكله الذئب و ما أنت بمؤمن لنا و لو كنا صادقين ."⁽¹⁾ ، و جاء في تفسير التحرير و التنوير في تفسير هذه الآية أن المتاع ما ينتفع به ، و المراد به هنا ثقلهم من الثياب و الآنية و الزاد.⁽²⁾

2-الجهاز و أثاث بيت الزوجية في الفقه الإسلامي

إتفق الفقهاء المعاصرون على تعريف الجهاز بتعاريف متقاربة ، فعرفه د/ محمد مصطفى شلبي بأنه " ما يعد به بيت الزوجية من أثاث و أدوات منزلية عند زفاف الزوجة الى زوجها ، فالجهاز يشمل الفراش و البسط و الأدوات المنزلية كالتلفاز و الثلاجة و غيرها من الأدوات التي يحتاجها الزوجان للمعيشة المشتركة بينهما."⁽³⁾

3-تحديد معنى متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري

إن قانون الأسرة الجزائري لم يعرف متاع البيت تعريفا صريحا و واضحا، و أن الفقه القضائي و قرارات المحكمة العليا في بلادنا ما تزال شحيحة و غير مستقرة في هذا المجال ، و مع ذلك فإن هذا لا يمنعنا من محاولة وضع تعريف مناسب مقتبس من مجموع الأفكار التي تضمنتها بعض قرارات المحكمة العليا . فنقول أن متاع البيت هو مجموعة الأشياء الموجودة في بيت الزوجية و المخصصة للإستعمال المشترك داخل المنزل من كلا الزوجين و باقي أفراد الأسرة ، مثل الأفرشة و الأغطية و جهاز التلفزيون و البراد و الطراسي و الأرائك و

(¹) - سورة يوسف ، الآية 17.

(²) - الطاهر بن عاشور ، المرجع السابق ، ص 236.

(³) - محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 430.

غيرها من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الأكل و قاعة الجلوس ، و غرفة النوم ، و غيرها من الأشياء ذات الإستعمال المشترك .⁽¹⁾

الفرع الثاني: المسائل المثارة في نص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري

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

إن مسألة التفريق بين ما هو ملك للزوج عادتاً و عرفاً ، و بين ما هو ملك للزوجة عادتاً و عرفاً مسألة لا يحكمها و لا ينظمها معيار محدد و متفق عليه ، و إنما هي مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يجب عليه أن يتأكد بدوره أثناء الفصل في قضية نزاع حول متاع البيت أن يتأكد من معرفة ما هو للنساء عادة و ما هو للرجال عادة ، و لا يجوز له أن يعتمد اعتماداً كلياً على مضمون القائمة المقدمة اليه من طرف الزوجة او الزوج دون حجة أو دليل من أحدهما، و يكفي بتوجيه اليمين طبقاً للمادة 73 من قانون الأسرة ، ثم يعطي الحق لمن يحلف و يمنعه عن ينكر .⁽²⁾

و توضيحاً لهذا الأساس قرار للمحكمة العليا جاء في حيثياته أنه : " ... حيث يظهر من القائمة التي قدمتها الزوجة أن أغلبية الأثاث ينسب الى الزوج الذي إشتهر كـرب أسرة ، حيث حقا أننا نجد أن قضاة الموضوع لم يفرقوا بين ما هو ملك للزوج و ما هو ملك للزوجة ، إذ نجد ضمن قائمة الأثاث غرفة النوم ، و دراوات ، و أنه كان عليهم أن يفرقوا بين ما هو ملك للزوج ، و يطبقوا أحكام المادة 73 من قانون الأسرة ، و لما قضاوا للزوجة بكل ما في القائمة مع يمينها يكون قرارهم غير مسبب."⁽³⁾

و منه نستخلص أنه لا يجوز تطبيق المادة 73 ق أ ج في مجال النزاع حول متاع البيت البيت إلا إذا توفرت ثلاث شروط مجتملة هي :

(¹) - عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ، ص 148.

(²) - عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ، ص 149.

(³) - م ع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1988/01/04 ، م ر 47456 ، م ق 1991 ، عدد 03 ، ص 54.

- أن يكون موضوع النزاع القائم بين الزوجين و هو شئ من متاع البيت حقيقة .
- يكون سبب النزاع منصبا على حق أحدهما في ملكية ما يدعيه ملكية خاصة له.
- لا يكون للمدعي منهما حجة كتابية أو شفوية لإثبات ما يدعيه.⁽¹⁾

و جاء أيضا قرار للمحكمة العليا جاء فيه أنه إذا كان محرر النزاع يتعلق بمتاع البيت ، و يدور حول من هو أحق بملكيتها و لا حجة لأحدهما، تطبيق أحكام المادة 73 ق أ ج و ذلك إذا كان متاع البيت موجودا في بيت الزوجية ، و غير مختلف و لا متنازع على وجوده ، فإن لم يكن كذلك بأن إدعى أن الزوجة المرشحة للطلاق قد أخذت أشياءها ، و هي تنفي ذلك فإنه لا سبيل للفصل في النزاع إلا باللجوء الى تطبيق القاعدة العامة البينة على من إدعى و اليمين على من أنكر ، و لما كان الزوج يدعي أن زوجته قد أخذت مصوغاتها و أثاثها الموجودة في القائمة المقدمة الى القضاء فإنه سيكون مكلفا بإثبات ذلك بالحجة و الدليل ، و إن عجز تحلف الزوجة اليمين المتممة و يحكم لها بما طلبت .⁽²⁾

2- مسألة تقسيم المشتركات مع اليمين

نصت الفقرة الثالثة من المادة 73 ق أ ج على أن المشتركات بين الزوجين يتقاسمانها مع اليمين بإعتبار أن المتاع المشتركة قد يصلح للرجل و يستعمل عادة ، كما قد يصلح للمرأة ، فالمادة أوجبت عليهما أداء اليمين و يقتسمانها سوية أو يقتسمان ثمنها.⁽³⁾

و تطبيقا لهذه الفقرة صدرت عدت قرارات للمحكمة العليا أهمها جاء فيه أنه :
" من المقرر قانونا أن المشتركات بين الزوجين في الأمتعة يتقاسمانها مع اليمين ، و متى تبين في قضية الحال_ أن القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي

(1) - عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ، ص 150.

(2) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 18/07/1988 ، م ر 50075 ، م ق 1991 ، عدد 3 ، ص 62.

(3) - باديس ديابي ، المرجع السابق ، 165.

على الطاعنة بآداء اليمين بشأن الأمتعة بإستثناء جهاز التلفاز و المقياس الذهبي و الراديو ، لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل رغم أنها تعتبر من الأمتعة المشتركة ، قد خالف أحكام المادة 2/73 من قانون الأسرة ، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً.⁽¹⁾

و الملاحظ من القرار أن الطاعنة لم تقدم الدليل على المقياس الذهبي دون أن يذكر أن المطعون ضده هو الذي قدم الدليل بشأنه ، و في حالة إنكاره له عليه أن يؤدي يمين النفي تطبيقاً لقاعدة البينة على من إدعى و اليمين على من أنكر ، إضافة الى أن القرار المنتقد قد إعتبر أن جهاز التلفاز و الراديو لم تقدم بشأنهما الطاعنة أي دليل مع أنهما يعتبران من الأمتعة المشتركة يحلفان بشأنها معا و يقتسمانهما طبقاً للمادة 73 من قانون الأسرة.

الفرع الثالث : مكان حلف اليمين و كيفية آدائه

ما يمكن ملاحظته من خلال نص المادة 73 من قانون الأسرة و بتحفظ ، هو أن اليمين إذا كانت تؤتى ثمارها خلال سنوات مضت فإنها لم تعد كذلك اليوم لا سيما بعد إندفاع معظم أفراد المجتمع الجزائري نحو ماديات الحياة ، و ذلك لضعف الوازع الديني و إندعام التربية الأخلاقية داخل الأسرة ، نجد أن الكثير من الناس يحلف الإيمان اليوم كذباً من أجل الحصول على ثمن بخس أو منفعة تافهة و رخيصة ، و هذا أمر يتطلب من القاضي أن يتحرى كل التحري عندما يريد أن يوجه اليمين الى أحد المتخاصمين.⁽²⁾

لكن نجد أن المشرع الجزائري سكت و لم ينص على المكان الذي يجب أن تؤدى فيه اليمين و لا على الكيفية و الإجراءات الواجب إتباعها عند آداء اليمين المنصوص عليه في المادة 73 من قانون الأسرة ، و أمام هذا السكوت و عدم

(¹) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 2002/07/13 ، م ر 277411 ، م ق 2004 ، عدد 3 ، ص 350.

(²) - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، ط2 ، المرجع السابق ، ص 313.

بيان و كيفية أداء هذا اليمين سلك القضاة طرقا مختلفة و إتجهوا إتجاهات متباينة (1).

و في الحقيقة نجد أن كمان أداء اليمين يكون بالمسجد بحضور المحضر القضائي و ذلك نظرا لقدااسة المكان التي تجعل الملزم بأداء اليمين يحس بأهمية و خطورة التصرف الذي يقدم عليه و التي تجعله يلتزم بالحقيقة ، و نقول أن هذا لا يمنع من أن تؤدي أمام القضاء لأن لجهاز العدالة قداسته أيضا ، ذلك لأن المحكمة هي مكان لتحقيق العدل و المساواة بين الناس و حتى من الناحية الإجرائية يفضل أن تؤدي اليمين بالمحكمة أمام نفس القاضي الذي يأمر بإدائها ، و بذلك لا يضطر الى تأجيل القضية مدة طويلة و الى إصدار حكم تحضيري بأداء اليمين ، ثم بعد ذلك يعاد السير في الدعوى . فلو أدى اليمين أمام القاضي لتفادى صدور حكم تمهيدي قبل صدور الحكم النهائي هذا من جهة ، و من جهة أخرى فإن في ذلك تقليص للمصاريف بالنسبة للمتقاضين لأنهم يضطرون لدفع مبالغ مالية مقابل حضور المحضر القضائي لعملية أداء اليمين بالمسجد و تحريره محضرا بذلك (2).

و بناءً على ما تقدم يمكن القول أنه رغم سكوت قانون الأسرة عن مكان و كيفية أداء اليمين المنصوص عليها في المادة 73 من قانون الأسرة ، كان عليهم أن يلجأو الى تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين 433 و 434 من قانون الإجراءات المدنية و التي تنص صراحة على أن يقوم الخصم بحلف اليمين بنفسه أثناء الجلسة و بحضور الخصم الآخر ، أو بعد تبليغه بمكان و تاريخ إنعقاد الجلسة ، و أن تصدر صيغة اليمين بعبارة **أحلف بالله العظيم** ، و إن خالف القضاة هذه النصوص فإنهم يكونوا قد خرخوا إجراءات جوهرية و عرضوا أحكامهم الى الإلغاء أو النقض (3).

(1) - عبد العزيز سعد ، شرح قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ، 151.

(2) - نعيمة تبودشت ، المرجع السابق ، ص 267.

(3) - عبد العزيز سعد ، شرح قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ، 152.

الفرع الرابع : سلطة القاضي التقديرية في مسألة النزاع حول متاع البيت

لا أحد يستطيع إنكار مساهمة الزوجة في ملكية كثير من أغراض البيت و متاعه ، و فيما يتعلق بملكية الزوجين لأثاث البيت و التي تعد أهم العوامل المؤدية الى حدوث المشاكل و النفور و القطيعة بين الزوجين و من ثم الطلاق و الفرقة بينهما و أخيرا اللجوء للقاضي للفصل بينهما حول ملكية أثاث بيت الزوجية .

1- المعايير المعتمدة لتحديد موضوع النزاع حول متاع البيت

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

(1)

أ) التأكد من وجود الأمتعة : ففي حالة رفع الدعوى أمام القاضي يجب عليه التأكد أولاً من وجود الأمتعة و مشاهدتها سواء كانت في بيت الزوجية أو في مكان آخر ، فإذا كانت الأمتعة محل إنكار من الطرف الآخر تطبق القاعدة الفقهية البيينة على من إدعى و اليمين على من أنكر⁽²⁾، فإذا أنكر الطرف الآخر وجود الأمتعة أصلاً فإنه يؤدي اليمين و تسمى يمين النفي و حتى يستفيد المدعي ، عليه أن يثبت ذلك بالبينة و قد يعترف المدعى عليه أن المدعي قد تسلم تلك الأمتعة المذكورة ، ففي هذه الحالة يصبح هو المطالب بإقامة الدليل على صحة كلامه.

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

(1) - شامي أحمد ، المرجع السابق ، ص 355.

(2) - أحمد مصطفى الزرقا ، المرجع السابق ، ص 369.

العامّة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعي عليه خالفوا القانون و عرضوا قرارهم لإنعدام الأساس القانوني ، و متى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه (1) .

(ب) حالة وجود البينة و الدليل : إن وجود الدليل و البينة على تملك الأمتعة لا يثير أي إشكال ، فإذا قدم أحد الزوجين الدليل على تملك شيء من الأشياء فإنه يقضي له بذلك ، فلا بد من معرفة أن الشيء الخاص بالمرأة لا مانع من ان يملكه الرجل اذا اقام على ذلك البينة ولو كان من لوازمها، فان جاء بالبينة على ان ذلك له انتهى النزاع لصالحه، اما بالنسبة للمرأة فاذا اقامت البينة على تملك شيء يختص به الرجال فهو من لوازمهم فلها الحق في اخذه مادام انها اقامت الدليل على ذلك .

وهذا ما اخذت به المحكمة العليا في قرارها لها بانه : "من المعروف فقها حول اختلاف الزوجين في متاع البيت ان ما يخص النساء للنساء، ومن ثم فان اليمين في هذه الحالة قررها الشارع وجعلها على من يسانده و العرف، والزوجة اثبتت بفاتورة انها اشترت جهاز تلفزيون وان الزوج اعترف بان الخزانة ذات ثلاث ابواب هي للزوجة وكانت اليمين عليها لان موضوع النزاع خاص بالنساء مما يستوجب رد هذا الوجه" (2)

(ج) حالة غياب البينة و الدليل : عند غياب البينة او الدليل من كل طرف فان اليمين هي الفاصلة في مثل هذا النزاع طبقا للمادة 73 من ق ا ج فما هو المعتاد للنساء والمتعلق بهن فانه من حق النساء مع اليمين، واليمين التي تقدمها المرأة هي يمين تكميلية ، فالامتعة الخاصة بالنساء تعتبر شاهدا عرفيا وحجة لها ، وما هو معتاد للرجال ومتعلق بهم ، فهو ملك للرجال مع اليمين ، اما المتعة المشتركة فانهما يتقاسمانها مع اليمين .

(1) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 1999/03/16 ، م ر 216836 ، م ق 2001 ، عدد خاص ، ص 245 .

(2) - م ع ، غ أش ، قرار بتاريخ 1986/05/05 ، م ر 41437 غير منشور ، بلحاج العربي ، قانون الاسرة مع

تعديلات الامر 02/05 مرجع سابق ص 402

2- سلطة القاضي في تقدير قيمة الأشياء المتنازع عليها

أما فيما يخص تحديد قيمة الأشياء المتنازع عليها بين الزوجين فهناك رأيان: (1)

الرأي الأول: يرى أن للقاضي سلطة في تحديد ذلك و لا يجوز له أن يحول سلطته الى أي شخص آخر ، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه : " من المقرر قانوناً أنه إذا اختلف الزوجان حول قيمة الأمتعة فللقاضي سلطة في تحديد ذلك ، و لا يجوز له تحويل سلطته الى شخص آخر ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون ، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي لما ترك الأمر بيد المنفذ لتحديد قيمة مبلغ الأمتعة يكون قد تخلى عن عمل يخصه وحده ، و بقضائه كما فعل خالف القانون ، و متى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص الأمتعة ."(2)

الرأي الثاني: أما الإتجاه الثاني يرى بأن هذه المسألة تعود لأهل الخبرة و الفنيين و هو ما أخذت به المحكمة العليا في قرار لها بقولها : " إن تقييم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع الى أهل الخبرة من الصناع و التجار عندما تكون المبالغ المالية مرتفعة و ليس للقضاة ، إن القرار ينتقد مشوب بإنعدام الأساس القانوني مما أيد الحكم المستأنف القاضي بدفع مبالغ مالية مقابل متاع المطعون ضدها ، لأن تقرير المتاع مسألة فنية يتولاها أهل الخبرة من صناع و تجار خاصة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة ، و ليس للقضاة ، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه ."(3)

و بعد إستعراض آراء المحكمة العليا في هذه المسألة و التناقض الذي وقع فيه المشرع يتضح أن الرأي الراجح هو الرأي الثاني ، و ذلك لأن تحديد قيمة المتاع خاصة عندما تكون المبالغ المالية مرتفعة ، مهمة لا بد من اللجوء الى أهل

(1) - شامي أحمد ، المرجع السابق ، 357-358 .

(2) - م ع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 11/09/1988 ، م ر 49302 ، م ق 1992 ، عدد 02 ، ص 40 .

(3) - م ع ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 18/05/1993 ، م ر 222651 ، م ق 2001 ، عدد خاص ، ص 248 .

الخبرة (كالصناع و التجار) و لا تكفي السلطة التقديرية للقاضي وحدها لتقييمها ،
و من هنا فإن القضاء الجزائري يجيز للقاضي الإستعانة بأهل الخبرة في حالة نزاع
الزوجين حول متاع البيت خاصة إذا كانت قيمة المتاع مرتفعة.

خاتمة

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

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

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

و مما سبق نستنتج أن مجال تدخل القاضي لا يقتصر فقط على إثبات الضرر المفضي إلى فك الرابطة الزوجية ، بل يتعداه و يكون واسعا و متباينا في المسائل الناشئة عن فك الرابطة سواء المادية منها أو غير المادية ، فيكون في أضيق حدوده في الطلاق بالتراضي و الطلاق بإرادة الزوج المنفردة و كذى في دعوى الخلع ، إذ يكون القاضي في هذه الحالات مثبتاً لنية الطرفين أو كاشفا لنية أحدهما و ينحصر دوره في هذه الحالة في

محاولة إصلاح ذات البين. بينما يكون في أوسع حدوده في تقديره لحالات التظليق و النشوز ، إذ بعد محاولاته إصلاح ذات البين يقرر فك الرابطة الزوجية من عدمه ، و تتعدى سلطته التقديرية لتوابع هذا الفك فنراها مطلقه في بعض الأحيان كتقديره لمسألة النفقة و تحديد قيمتها ، وبهذا منح المشرع للقاضي صلاحيات هامة و خطيرة لأنها تتعلق بفك الرابطة الزوجية و هي الخلية الأساسية للمجتمع . و منه فمجال تدخل القاضي في مسائل فك الرابطة الزوجية ثابت و متباين ، خطير و ضروري جدا لحماية طرفي العقد و الحفاظ على الأسرة و المجتمع .

غير أن تسرع المشرع الجزائري و محاولته إعطاء حقوق أكثر للطرف الضعيف و هي المرأة من خلال ما لمسناه في ثنايا هذه الدراسة ، وهذا إستجابة للمنادين بحقوق أكثر للمرأة ، جعل قانون الأسرة مشوبا بكثير من النقص من جهو ، و التناقض من جهة أخرى ، و لا يقع اللوم كله على المشرع لأن قلة الدراسات و البحوث في هذا الموضوع و حساسيته جعلتاه لا يلم بالموضوع كما يجب .

و من خلا دراستنا هذه ، حولنا تسليط الضوء على موطن النقص و التناقض الوارد في هذا الموضوع قانونيا ، و الإجابة عن الإشكاليات المطروحة في مقدمة بحثنا ، و وصلنا الى جملة من النتائج تتمثل في النقاط التالية :

- من الواضح جدا أن مضمون السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة تكون نتيجة سكوت المشرع في بعض المسائل ، و يُفهم من سكوته أنه ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي.
- نجد أن القاضي لا سلطان عليه في سلطته التقديرية إلا من جهة الشرع ، فتكون رقابة المحكمة العليا للتأكد من عمل القاضي في تطبيق القانون و إتباعه للقواعد و الإجراءات المقررة في العمل القضائي ، و عنصر المراقبة يتمثل فقط مراقبتها للعناصر التي يستمد منها القاضي سلطته التقديرية .

- نلاحظ أن المشرع قد أعطى للقاضي سلطة تقدير واسعة في مسألة التعويض عن الضرر الناتج عن التفريق القضائي أو التطلاق و هذا لإنعدام النص القانوني الذي يبين للقاضي المعايير و الضوابط القانونية التي يعتمد عليها في تقدير التعويض .
- و نجد القاضي في دعاوى الطلاق أو التطلاق أو الخلع و قبل الفصل فيها ، ملزم بإجراء محاولات الصلح بين الزوجين ، إذ قيده المشرع بموجب المادة 49 من قانون الأسرة و المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بذلك .
- و نجد أن المشرع الجزائري خول لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في تقديره لمسألة النفقة و ذلك بحسب إجهاده إذ لا نجد تقدير للنفقة من جهة الشرع ، بشرط مراعاة حال الطرفين يسرا و عسرا ، و نفس الشيء بالنسبة لتقديره لبدل الخلع في حالة عدم إتفاق الطرفين على ذلك بشرط أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.
- نجد أيضا أن القاضي وُضع في موقف محرج في مسألة الحضانة ، فهو ملزم من جهة بالبحث عن مصلحة المحضون ، و من جهة أخرى يجد نفسه مجرداً من الوسائل التي تمكنه من البحث و التحقق من توافر هذه المصلحة .
- و نجد أنه مقيد في المسائل المتعلقة بالنسب ، فله أن يستعين بالقرائن الحديثة كتحليل الدم أو البصمة الوراثية في مجال إثباته أو نفيه .
- كما يجب على المشرع إحالة قاضي شؤون الأسرة في حالة عدم وجود النص القانوني الى مذهب معين من مذاهب الشريعة الإسلامية لتسهيل المهمة على القاضي ، و ذلك لعدم تضارب الأحكام القضائية .

هذه أهم الإستنتاجات التي تم التوصل إليها من خلال دراستنا بخصوص السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل فك الرابطة الزوجية . و عموماً كان يجدر بالمشرع منح سلطة تقديرية أوسع للقاضي لأن هذا الأخير في كثير من الأحيان يكون أمام امر واقع يجبره إن لم أقل يُحتمه بالعودة الى نص المادة 222 من قانون الأسرة و التي تحيله الى

قواعد الشريعة الإسلامية أين يجذ نفسه في كثير من الأحيان يتخبط لإيجاد حلول حول مشاكل سكت عنها المشرع ، خصوصا و أن الشريعة الإسلامية عالجت كل الإشكالات المتعلقة بمسائل فك الرابطة الزوجية .

قائمة

المراجع

قائمة المصادر المراجع

1- قائمة المصادر :

أولا : القرآن الكريم ، رواية ورش عن نافع ، ط2 ، دار المدينة للطبع و النشر، القاهرة ، 2008 .

ثانيا : السنة النبوية الشريفة .

الكتب باللغة العربية :

1- الإمام ابن رشد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، الجزء الثاني ، مطبعة المعاهد، مصر، 1354هـ.

2- الإمام أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، طبعة سنة 1957 .

3- إبراهيم عبد الهادي النجار ، فقه الأحوال الشخصية ، ط 1 ، مكتبة الفلاح للنشر و التوزيع ، 2001 ، د.ب.ن .

4- ابن الأثير ، المرجع النهائية ، الجزء الخامس ، د.س.ن ، د.ب.ن .

5- ابن القيم الجوزية ، زاد الميعاد في هدى خير العباد ، المجلد الثاني ، الجزء الرابع ، دار الكتاب العربي ، د د ن ، 1982 .

6- أبو الفضل جمال الدين محمد إبن منظور، لسان العرب، الجزء الثامن، دار صادر، بيروت لبنان ، 1955.

7- أبو الحسن أحمد بن فارس ، مجمل اللغة ، معهد المخطوطات العربية ، الطبعة الأولى ، الجزء الأول ، المنظمة العربية للتربية و الثقافة و العلوم ، الكويت ، د س ن .

8- أحمد إبراهيم عطية ، نفقة و حضانة الصغار أمام محكمة الأسرة ، دار الفكر القانوني ، الطبعة الأولى ، مصر ، 2008.

9- أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة و القانون ، دار المعارف ، الطبعة الأولى ، مصر، 1967.

- 10- أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الاسلام " الطلاق و حقوق الاولاد و نفقة الاقارب " ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 1997.
- 12- أحمد محمد الشافعي ، الطلاق و حقوق الأولاد و الأقارب ، د.د.ن ، د.ب.ن ، 1987 .
- 13- أحمد مصطفى الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ط2، دار القلم ، دمشق ، سوريا ، 1989.
- 14- أحمد نصر الجندي ، الطلاق و التطلق و آثارهما ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2004
- 15- الحاج موسى حسن موسى ، القضاء الشرعي السني "تنظيمه و إختصاصاته" ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2008 .
- 16- الصادق عبد الرحمان الغيراني ، مدونة الفقه المالكي و أدلته ، مؤسسة الريان، لبنان ، 2006.
- 17- الطاهر بن عاشور ، التحرير و التنوير ، دار سحنون للنشر و التوزيع ، الجزء الثاني ، تونس، طبعة 1997 .
- 18- العربي بلحاج ، قانون الأسرة " مبادئ الإجتهد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا "، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994 .
- 19- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج و الطلاق"، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1999.
- 20- العربي بلحاج ، قانون الأسرة مع تعديل الأمر 02/05 و معلقا عليه بمادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة(1966-2006) ، ديوان المطبوعات الجامعية 2006 .
- 21- الغوتي بن ملحة، قانون الاسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008 .
- 22- المصري مبروك ، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري " دراسة فقهية مقارنة " ، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر ، 2010.

- 23- بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن لأحوال الشخصية " الزواج و الطلاق " ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، بيروت ، 1967 .
- 24- باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون في القضاء الجزائري ، دار الهدى ، الجزائر ، 2007 .
- 25- بن داود عبد القادر ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، الجزائر ، 2004 .
- 26- بن شيوخ رشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل _دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية_ ، الطبعة الاولى ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2009 .
- 27- توفيق حسن فرج
- 28- حسن علي السمني ، الوجيز في الأحوال الشخصية ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، د ب ن ، 1999 .
- 29- حسني محمود عبد الدايم ، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، ط 1 ، دار الفكر العربي ، د.ب.ن ، 2008 .
- 30- خليفة علي الكعبي ، البصمة الوراثية و آثارها على الفقهية " دراسة فقهية مقارنة " ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2004 .
- 31- سعد أبو حبيب ، المرشد في قانون الأحوال الشخصية ، آثار الزواج و إنحلاله ، ط 1 ، ج 2 ، دار الأنوار للطباعة ، دمشق ، 1989 .
- 32- سناء الخولي ، الزواج و العلاقات الأسرية ، دار المعرفة الجاحظية ، الإسكندرية ، مصر ، 1979 .
- 33- سيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثاني ، ج 6 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1988 .
- 34- شمس الدين ، قانون الأسرة و المقترحات البديلة ، شركة دار الأئمة للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الأولى، الجزائر ، 2003 .

35- عامر الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، د س ن .

36- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1952.

37- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1976.

38- عبد الرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري "الزواج و الطلاق " ، الطبعة الثامنة ، منشورات جامعة دمشق ، سوريا ، 2001/2000.

39- عبد اللطيف يوسف، زبدة المفردات "مختصر المفردات في غريب القرآن الإصفياني " ، ط 1 ، دار المعرفة ، بيروت ، 1998.

40- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الثالثة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر ، 1996.

41 - عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، شرح احكام الزواج و الطلاق بعد التعديل ، ط3، دار هومة للطباعة والنشر ، 2011. عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام الأسرة و البيت المسلم ، الطبعة الثالثة ، الجزء التاسع ، مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان ، 2000.

42- عبد الفتاح تقيّة ، مباحث في قانون الاسرة الجزائري من خلال مبادئ و احكام الفقه الاسلامي ، كلية الحقوق ، بن عكنون الجزائر ، 1999-2000.

43- عبد القادر مدقر ، شرح وجيز في قانون الأسرة الجزائري ملخص من الفقه الإسلامي ،

44- عبد الكريم شهبون ، مدونة الأحوال الشخصية المغربية ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، دار النشر المعرفة ، الرباط ، د س ن .

- 45- علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1990 .
- 46- عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، الطبعة الثالثة ، دار النشر _encyclopédie_ انسيكلوبيديا ، 2003 .
- 47 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في إستعمال الحق ، الطبعة الثالثة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1981 .
- 48- فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج و الطلاق " ، الجزء الأول ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1985 .
- 49- محمد إبراهيم الدسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، د ب ن ، 1972 .
- 50- محمد أمين كامل ، دعوى التفريق للشقاق و النزاع أمام المحاكم الشرعية الأردنية ، مطابع وزارة الأوقاف و الشؤون و المقدرات الإسلامية ، الطبعة الاولى ، الأردن ، 1995 .
- 51- محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية ، دار محمود للنشر و التوزيع ، مصر ، 1994 .
- 52- محمد علي خلف ، زبدة التفسير من فتح القدير ، المطبعة الأميرية ، مصر ، 1337 هـ .
- 53- محمد سراج ، نظرية العقد و التعسف في إستعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، د س ن .
- 54- محمد سلام مذكور ، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1975 .
- 55- محمد سمارة ، أحكام و آثار الزوجية " شرح مقارن لأحوال الشخصية " ، ط 1 ، دار الثقافة للنشر ، عمان الاردن ، 2008 .

- 56- محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للإلتزامات ، القسم الأول "مصادر الإلتزام" ، دار الكتاب الحديث ، 2003 .
- 57- محمد فهد شقفة ، شرح أحكام الأحوال الشخصية ، مؤسسة النوري للنشر، الجزائر ، 1998.
- 58- محمد كمال الدين إمام ، الزواج في الفقه الإسلامي "دراسة تشريعية فقهية"، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 1998.
- 59- محمد كمال الدين إمام ، الطلاق عند المسلمين " دراسة فقية و قانونية "، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 1997 .
- 60- مجد الدين فيروز أبادي ، القاموس المحيط ، دار إحياء التراث العربي ، طبعة سنة 2000.
- 61- محمود علي السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، كلية الشريعة و القانون ، دار الفكر للنشر و التوزيع، الجامعة الاردنية ، 2010.
- 62- مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، مطبعة جامعة دمشق ، الطبعة السادسة، سوريا ، 1962.
- 63- منصور نورة ، التطلاق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر ، 2012 .
- 64- نزيه نعم شلالا ، المرتكز في دعاوى النفقة ، ط1 ، منشورات الحلبي ، بيروت ، لبنان ، 2007.
- 66- نصر الدين ماروك ، قانون الأسرة بين النظري و التطبيقي ، موسوعة الفكر القانوني ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، الجزائر ، 2004.
- 67- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء السابع ، دار الفكر ، طبعة خاصة بالجزائر ، 1992 .
- 68- يوسف قاسم ، حقوق الاسرة في الفقه الاسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 .

قواميس اللغة :

- 1- المنجد الأبجدي ، الطبعة الثامنة ، دار المشرق ، بيروت، لبنان ، توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.س.ن .
- 2- المنجد في اللغة و الإعلام ، الطبعة 22 ، دار المشرق ، بيروت ، 1973 .

مراجع الإنترنت :

- <http://www.bouizeri.net/ar/fiqhousranassab.htm>.

المجلات القضائية :

- مجلة المحكمة العليا لسنة 2005 ، غرفة شؤون الأسرة ، العدد 1.
- مجلة المحكمة العليا لسنة 2006 ، غرفة شؤون الأسرة ، العدد 2.
- مجلة المحكمة العليا لسنة 2008 ، غرفة شؤون الأسرة ، العدد 2.
- النشرة القضائية لسنة 1972 ، غرفة القانون الخاص ، العدد 2.
- مجلة قرارات المجلس الاعلى لسنة 1989 ، غرفة الاحوال الشخصية ، العدد 2.
- المجلة القضائية لسنة 1986 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 2.
- المجلة القضائية لسنة 1989 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 2.
- المجلة القضائية لسنة 1989 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 3.
- المجلة القضائية لسنة 1989 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 4.
- المجلة القضائية لسنة 1989 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 2.
- المجلة القضائية لسنة 1990 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 1.
- المجلة القضائية لسنة 1990 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 2.
- المجلة القضائية لسنة 1990 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 3.
- المجلة القضائية لسنة 1991 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 1.

- المجلة القضائية لسنة 1991 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 3.
- المجلة القضائية لسنة 1991 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 4.
- المجلة القضائية لسنة 1992 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 2.
- المجلة القضائية لسنة 1993 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 1.
- المجلة القضائية لسنة 1993 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 2.
- المجلة القضائية لسنة 1993 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 4.
- المجلة القضائية لسنة 1994 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 1.
- المجلة القضائية لسنة 1994 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 2.
- المجلة القضائية لسنة 1995 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 2.
- المجلة القضائية لسنة 1996 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 2.
- المجلة القضائية لسنة 1997 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 1.
- المجلة القضائية لسنة 1997 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 2.
- المجلة القضائية لسنة 1998 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 2.
- المجلة القضائية لسنة 2001 ، غرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص.
- المجلة القضائية لسنة 2004 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 1.
- المجلة القضائية لسنة 2004 ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد 2.

القوانين و الأوامر :

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984 ، المعدل والمتمم بالامر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة .
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم
- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 19 صفر عام 1426 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 ، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية .

الأطروحات و الرسائل العلمية :

- 1 - زينب مدرق نارو ، النفقة و تقديرها في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الاحوال الشخصية ، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2014-2015 .
- 2 - شامي أحمد ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية و القوانين الوضعية) ، أطروحة دكتوراه ، جامعة ابي بكر بلقيد ، تلمسان ، 2013/2014.
- 3 - حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين الغاربية (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2005 .
- 4 - حسيني عزيزة ، الحضانة في قانون الأسرة ، قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 1999/2000 .
- 5 - بومجان سولاف ، إثبات النسب و نفيه ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 16 ، الجزائر ، 2005-2008.
- 6 - أحمد عمراني ، أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي و التلقيح الإصطناعي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران ، 2000 .
- 7 - مسعودي يوسف ، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص ، المركز الجامعي ببيشار ، الجزائر ، 2006/2007.
- 8- بوشفرة نبيلة ، الحقوق المالية للمرأة و الطفل بعد الطلاق ، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ، جامعة سيدي امحمد بن عبد الله ، كلية العلوم القانونية ، فاس ، المغرب ، 2005/2006.
- 9- مسعودة نعيمة الياس ، التعسف في إستعمال الحق و تطبيقاته في مسائل الزواج و الطلاق ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة سيدي بلعباس ، 2001/2002 .
- 10- سويسي فتيحة ، النشوز في ظل أحكام الشريعة و قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، الجزائر ، 2003-2004 .

- 11- مسعوة نعيمة الياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2009-2010 .
- 12- نعيمة تبودوثت ، الطلاق و توابع فك العصمة ، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر ، 1999-2000 .
- 13- محمد حجازي ، نظام الإثبات في أحكام الأسرة " دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المصري و الجزائري" ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، مصر ، 2007 .
- 14- محفوظ بن صغير ، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري،رسالة دكتوراه ، كلية العلوم الإجتماعية و العلوم الإسلامية ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2009 .

المقالات :

- 1- أمجاظ محمد صغير و العبدوني عبيد الله ، أسس تقدير نفقة الزوجة ، مجلة الملحق القضائي ، عدد 24 ، المغرب ، 1991 .
- 2- عبد الهادي الحسين الشبلي ، استخدام البصمة الوراثية في اثبات النسب ، المجلة العربية للدراسات الامنية و التدريب ، عدد35، اكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية ، مارس 2003 .
- 3- ناصر عبد الميمان ، البصمة الوراثية و حكم إستخدامها في مجال الطب الشرعي و النسب ، مجلة الشريعة و القانون ، عدد 18 ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، 2003 .
- 4- حميدوا زكية تشوار ، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ، ج41 ، ع01 ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر، 2003 .

- 5- نصر الدين ماروك ، التلقيح الصناعي في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية ،
مجلة المجلس الإسلامي الأعلى ، ع 2 ، 1999 .
- 6- محمد محمد أبوزيد ، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب ، ع 1، مجلة الحقوق ، الكويت ،
مارس 1996 .
- 7- تشوار جيلالي ، النقائص التشريعية لأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب ،
المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية والقوانين السياسية ، الجزء 39، كلية الحقوق
جامعة الجزائر ، 2001-2002.

الفهرس

01.....	مقدمة.....
06.....	الفصل الاول: سلطة القاضي عند ثبوت الضرر المفضي الى فك الرابطة الزوجية
06.....	المبحث الأول: مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة
06.....	المطلب الأول: حالة التطلق (التفريق القضائي)
07.....	الفرع الأول: مفهوم التطلق
09.....	الفرع الثاني: حالات التطلق حسب نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري
25.....	المطلب الثاني: حالة الخلع .
25.....	الفرع الأول: مفهوم الخلع و شروطه .
28.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخلع
29.....	الفرع الثالث: سلطة القاضي التقديرية في مسألة الخلع .
29.....	المبحث الثاني: مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج
30.....	المطلب الأول: حالة الطلاق
30.....	الفرع الأول : مفهوم الطلاق و أنواعه
33.....	الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج
36.....	الفرع الثالث : أساس الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج
37.....	الفرع الرابع : سلطة القاضي في تقدير حالة الطلاق بالغرادة المنفردة للزوج
38.....	المطلب الثاني : حالة النشوز
39.....	الفرع الأول: مفهوم النشوز و طرق إصلاحه
43.....	الفرع الثاني : سلطة القاضي التقديرية في مسألة النشوز
45.....	المبحث الثالث : مسألة التعويض عن الضرر الناتج عن فك الرابطة الزوجية.....
46.....	المطلب الأول: مفهوم التعويض عن الضرر و شروطه
46.....	الفرع الأول : تعريف التعويض عن الضرر
47.....	لفرع الثاني: شروط التعويض عن الضرر
48.....	المطلب الثاني : مقدار التعويض عن فك الرابطة الزوجية و علاقته بالمتعة
48.....	الفرع الأول: مقدار التعويض عن فك الرابطة الزوجية
50.....	الفرع الثاني : العلاقة بين المتعة و التعويض

- 53.....المطلب الثالث : الأساس القانوني لتقدير التعويض عن فك الرابطة الزوجية
- 54.....الفرع الأول: شرط عدم توفر الأسباب الجدية
- 55.....الفرع الثاني : شرط إلحاق الضرر بالزوجة
- 58.....الفصل الثاني : الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية و تقدير القاضي لها
- 58.....المبحث الأول : الآثار الغير مالية الناشئة عن فك الرابطة الزوجية
- 58.....المطلب الأول: مسألة النسب
- 59.....الفرع الأول: تعريف النسب و أسباب ثبوته .
- 67.....الفرع الثاني : طرق إثبات النسب
- 73.....المطلب الثاني :مسألة الحضانة
- 74.....الفرع الأول : مفهوم الحضانة و شروط ممارستها
- 78.....الفرع الثاني : مدة و مكان ممارسة الحضانة و حق الزيارة
- 81.....الفرع الثالث : ضوابط إسناد و إسقاط الحضانة
- 87.....الفرع الرابع : سلطة القاضي في تقدير مسألة المحضون
- 91.....المطلب الثالث : مسألة العدة
- 92.....الفرع الأول : مفهوم العدة و أنواعها
- 98.....الفرع الثاني : أساس تقدير القاضي لنفقة العدة
- 99.....المبحث الثاني : الآثار المالية الناتجة عن فك الرابطة الزوجية
- 99.....المطلب الأول: مسألة النفقة
- 100.....الفرع الأول: مفهوم النفقة و تحديد أسبابها
- 102.....الفرع الثاني: مستحقي النفقة و حالات سقوطها
- 108.....الفرع الثالث : سلطة القاضي في تقدير النفقة و إستحقاقها
- 110.....المطلب الثاني : مسألة النزاع حول متاع البيت
- 111.....الفرع الأول: تحديد المفهوم الشامل لمتاع بيت الزوجية
- 113.....الفرع الثاني: المسائل المثارة في نص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري
- 116.....الفرع الثالث : مكان حلف اليمين و كيفية أداءه
- 117.....الفرع الرابع : سلطة القاضي في مسألة النزاع حول متاع البيت

123.....	خاتمة
128.....	المراجع