جامعة قاصدي مرباح ورقلـــــــة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الليسانس أكاديمي

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

شعبة:الحقوق

تخصص: قانون خاص

مقدمة من قبل الطالبة:صالحي هاجر

تحت عنوان:

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الطلاق

نوقشت و أجيزت بتاريخ:

أمام اللجنة المكونة من:

أ-طوبال فهيمة	أستاذة محاضرة	جامعة قاصدي مرباح	رئيسا
أ.صالحي سمية	أستاذة محاضرة	جامعة قاصدي مرباح	مشرفا ومقرر
أ.الداوي نجاة	أستاذة محاضرة	جامعة قاصدي مرباح	مناقشا

الموسم الجامعي 2014/2013

اهداء

الحمدالله كاشف الاسباب ..فاتح الابواب ..مسهل الصعاب ..موفق العباد..

اذ وهبني نعمة العقل والعلم وهداني الى انجاز هذاالعمل المتواضع الذي اصبوا الى ان ينال الرضى ويحقق الهدف المنشود من فائدة قدر الامكان وبابسط المجهودات راجية من الله عزوجل التوفيق والسداد..خير من اسهل اهدائي به منح الحب..التي ارج وان يكون مثواها الجنان الغالية على قلبي "امي الحبيبة"حفظها الله وابقاها ذخرا لنا..

الى "والدي الكريم"أطال الله عمره..

الى" جدتي الغالية"حفظها الله وأطال في عمرها

الى اخوتي واخواتي الاعزاء وازواجهن وكل ابنائهم الاعزاء

والى كل عائلتي الكريمة

الى رفيقات دربي والى كل من ساهم بمساعدتي في بحثي هذا من بعيد او قريب

والى كل من يحبني ويتمنى لي النجاح

اهدي ثمرة جهدي هذا...

الشكر والتقدير

نحمد الله سبحانه وتعالى الذي وفقنا لهذا وهيأ لنا الاسباب لنتم هذا العمل نتقدم بجزيل

الشكر والعرفان والعرفان الى كل من خلصت حسن دعواته وخطوط بصماته في اعداد

هذا العمل المتواضع الذي نسأل الله عزوجل ان يبارك لنا فيه

الاستاذة الكريمة المشرفة"صالحي سمية"

على المجهودات المبذولة والتوجيهات المقدمة لنا

والى الاستاذة الفاضلة الداوي نجات والتي على تقديمها للنصائح المساعدة في انجاز هذا العمل

والى كل عمال مكتبة قسم الحقوق الذين قدمو لنا مساعدات لتوفير المراجع الخاصة ببحثنا هذا

والشكر موصول لهيئات المحكمة والمجلس.

عسى ان يجعله الله في ميزان حسناتهم –آمين–

مقدمـــة

توطئة:

مما لا شك فيه ان ديننا الحنيف قد فرض علينا فروضا وسننا لنتقيد بها ونسير عليها، ومن بين سنن الله في خلقه الزواج هذه الرابطة القانونية والشرعية التي تربط بين شخصين من جنسين مختلفين تقوم على مبدأ الود والتفاهم والمعاشرة الطيبة لتنجم عن ذلك عائلة ملؤها المحبة والاستقرار مساهمة بذلك في نشوء مجتمع متماسك ،إلا أنه وللأسف لا تكون كل هذه العلاقات ناجحة او بالأحرى لا تخلو من بعض المشاكل التي قد تهدد هذه الرابطة فتحدث شرخا بين طرفي هذه الاخيرة تستحيل معها استمرارية الحياة تحت سقف واحد، مما يؤدي إلى اللجوء إلى فك عقد الزواج وهو ما يسمى بالطلاق، هذا الطريق الذي جعل منه المولى عز وجل اخر طريق و أبغض حل الزواج أو التفريق بين الزوجين محاولة الصلح والسعي للم الشمل من جديد.

ومما لا ضير فيه ان الشريعة باعتبارها مصدرا من مصدر قانون الاسرة الجزائري فقد حاول المشرع الجزائري تنظيم ذلك وخصص له حيزا من قانون الاسرة لما يكتسيه من اهمية بالغة باعتباره يؤثر تأثيرا مباشرا على المجتمع ،حيث انه ورغم تسليمنا ومعرفتنا المطلقة بأحقية الرجل في اتخاذ قرار الطلاق إلا أن القانون فصل في ذلك ومنح الحق للمرأة بالمبادرة الى هذه الخطوة تحت شروط محددة واجراءت خاصة مبررا بذلك **السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الطلاق** وهذا هو محور وموضوع دراستنا هذه.

- الإشكالية:

- فما مفهوم الطلاق وماهي الإرادة المحققة له؟

- فيما تتمثل السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الطلاق وآثاره ؟ .

- ما هي الآثار الناجمة عن الطلاق وما مدى سلطة القاضي في تقدير ها؟

- فيما تتمثل شروط النفقة والحضانة؟

- ماهي معايير اثبات النسب ونفيه؟

أهداف الدراسة:

- الميل الشخصي لدراسة قانون الأسرة وخاصة موضوع الطلاق باعتباره مؤثرا مباشرا على الأسرة من جهة وتأثيره السلبي على الأطفال.

- تفشي حالات الطلاق التعسفي من طرف الزوج واستسهال الزوجة للخطوة بالمبادرة الى ذلك.

- اكتشاف دور قاضي شؤون الأسرة في فك العلاقة الزوجية ومدى سلطته في الحد من أثارها.

أسباب اختيار الموضوع وأهميته:

- تحديد مدى سلطة وحرية القاضي بإقرار الفصل بين الزوجين .

- محاولة التركيز وإبراز الآثار السلبية على الأسرة و المجتمع جراء اللجوء الى هذه الخطوة .

- محاولة استنباط مدى إلمام المشرع الجزائري بالشروط والحلول الممكنة للحد من هذه الظاهرة الإجتماعية.

- انتشار وتفشي ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري.

محاولة ايجاد اقتراحات وحلول جديدة للحد من الظاهرة.

لقد اعتمدنا في بحثنا هذا على بعض المصادر والمراجع الخاصة بالطلاق وأثارها إضافة إلى قانون الأسرة وبعض إجتهادات القضاء .

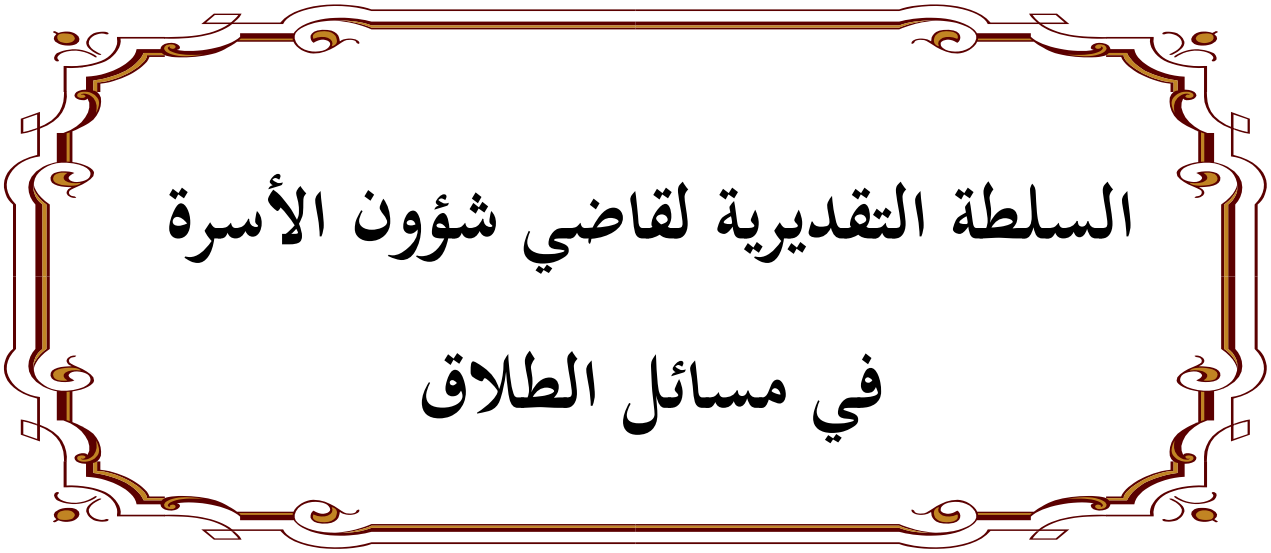
كما اتبعنا في بحثنا هذا منهجا تحليليا وذلك لاننا قمنا بتحليل بعض المواد الخاصة بموضوع بحثنا هذا وبعض الاراء الفقهية والقانونية كما أننا قد استقرائنا كافة المعلومات الخاصة بالموضوع وحاولنا طرحها وذلك لإعطاء شرحا وافيا وكافيا للموضوع .

وفق خطة استهليناها بالفصل الأول الذي تطرقنا فيه للسلطة التقديرية للقاضي في الطلاق وأدرجنا تحته مبحثين الأول السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بثلاث مطالب اولها تعريف الطلاق، والثاني السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق بإرادة الزوج ثم أخيرا السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق التعسفي.

أما المبحث الثاني فجاء تحت عنوان السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة مفصل في مطلبين الأول السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق والثاني السلطة التقديرية للقاضي في الخلع، أما الفصل الثاني فكان تحت عنوان السلطة التقديرية للقاضي في أثار الطلاق وينقسم إلى ثلاث مباحث الأول درسنا فيه سلطة القاضي في النفقة ، في مطلب أول يضم السلطة التقديرية للقاضي في مشتملات النفقة، وثان يضم السلطة التقديرية للقاضي في استحقاق النفقة وتقديرها، أما المبحث الثاني جاء بعنوان السلطة التقديرية للقاضي في الحضانة مفصل في مطلبين الأول السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة وحق الزيارة، والثاني السلطة التقديرية للقاضي في إسقاط الحضانة فيما جاء المبحث الثالث تحت عنوان السلطة التقديرية للقاضي في إثبات النسب بمطلب أول يتمثل في سلطة القاضي في إثبات النسب والثاني السلطة التقديرية للقاضي في نفي النسب.

وأخيرا حاولنا تقديم حصيلة لماسبق واقتراح بعض الحلول في الخاتمة راجين من الله سبحانه وتعالى أن نكون قد وفقنا في بحثنا هذا وقد أحطنا بجميع الجوانب الخاصة بالموضوع ونرجوا أن نكون قد افدنا ببحثنا هذا وساهمنا ببعض المادة العلمية لغيرنا من الاشخاص .

الفصل الاول



الفصل الأول : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الطلاق

الطلاق هو حل أوفك عقد الزواج لأسباب عديدة قد تهدد استقرار الأسرة،حيث قام المشرع بتنظيم طرق فك هذه الرابطة و خصها بإجراءات عديدة فمنح حق الطلاق للرجل كما اعطى للمرأة الحق في طلب التطليق والخلع مع ضرورة توفر شروط معينة، ومنح لكل من تضرر من انهاء هذا العقد الحق في المطالبة بالتعويض، ولضمان التقيد بأحكام هذا القانون ومختلف نصوصه جعل قاضي شؤون الأسرة الجزائري رقيبا ومسؤولا عن تطبيق هذه النصوص حسب الحالات المعروضة عليه, وقد استنبط جل احكام قانون الأسرة من الشريعة الاسلامية مراعيا في ذلك تطورات المجتمع ومستجدات العصر وحدد شروطا في عقد الزواج لابد من توافرها في المقدمين عليها ,لكن مهما بلغت حيطة المشرع في صياغة النصوص فإنه سيظل عاجزا عن معالجة كل الحالات المعروضة على القضاء , لذلك كانت جل النصوص مرنة تسمح للقاضي ان يواجه ظروف تطبيق القانون أي جعل أحكام القانون متناسبة مع مقتضيات الظروف ومن هنا سنتطرق في هذا الفصل الى ثلاث مباحث حيث يتضمن المبحث الاول السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق بالإدارة المنفردة اما المبحث الثاني سيتضمن بيان سلطة القاضي التقديرية في الطلاق بالإدارة المنفردة للزوجة في المبحثين التاليين:

المبحث الاول:السلطة التقديرية للقاضي فيالطلاق بالارادة المنفردة للزوجة

المبحث الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة

المبحث الأول : السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

لقد منح المشرع الرجل حق طلب الطلاق دون أن يذكر الاسباب التي جعلته يقدم على هذا القرار لكن قيده بتعويض الضرر اللاحق بالزوجة فيحالة مااذا كان هذا الطلاق طلاقا تعسفياوسنوضح ذلك من خلال ماسياتي ذكره في المطالب المعتمدة في مبحثنا هذا والتي جاءت تحت العناوين التالية:

المطلب الاول: تعريف الطلاق

المطلب الثاني: سلطة القاضي في الطلاق بارادة الزوج

المطلب الثالث:سلطة القاضي في تقدير الطلاق التعسفي ومنه سنتطرق للتفصيل فيمايلي:

المطلب الأول:تعريف الطلاق

تعريفه لغة: المفارقة والترك ،ويقال طلقت القوم أي تركتهم .ويقال طلقت الأسير من الأسرة ،ويقال طلقت المرأة من زوجها طلاقا بمعنى تحللت من قيد الزوج، والطلاق اسم مصدر لطلق بالتشديد ومصدر التطليق هو مصدر لطلق بالتحقيق، ويقع الطلاق على عقد زواج ويراد منه إنهاء عقد الزواج بعد قيامها بصورة صحيحة[1]

ويقال حل القيد والطلاق ،ومنه ناقة طالق مرسلة بلا قيد ،واسير مطلق أي حل قيده وخلى سبيله،والطلاق لغة هو التخلية والإرسال لكن العرف خص[2] الطلاق بحل القيد المعنوي ،وهو في المرأة ،والإطلاق في القيد الحسي في غير المرأة.

تعريفه اصطلاحا: نرى أن التعريف الأقرب والجامع لمعنى الطلاق من دراستنا السابقة لتعريفات الفقهاء للطلاق هو : "رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مخصوص فحل رابطة الزواج في الحال يكون بالطلاق البائن ،وفي المآل أي بعد العدة يكون بالطلاق الرجعي واللفظ المخصوص هو الصريح كاللفظ البائن والحرام والطلاق ونحوها[3]

1-جميل فخري محمد جانيم،متعة الطلاق وعلاقتهما بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون،ط1،دار الحامد للنشر والتوزيع،عمان،2009ص18،19،20

2-عبد القادر بن حرز الله-الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له(قانون رقم 09/05 المؤرخ في 4مايو سنة 2005- ط1- دار الخلدونية للنشر و التوزيع –الجزائر-2007 ص 212.

3-بن شيوخ الرشيد شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل –دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية –ط1-دار الخلدونية للنشر و التوزيع –سنة 1429,2009-الجزائر –ص 212

4-الامر رقم 02/05المؤرخ في27فبراير.

تعريفه قانونا: ذكره المشرع الجزائري في المادة "48" (الأمر رقم 05-02 المؤرخ في27 فبراير 2005) "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (54).(53)من هذا القانون.

المطلب الثاني : سلطة القاضي في الطلاق بإرادة الزوج

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وذلك إذا كان راشدا وعاقلا وأهلا لإيقاع الطلاق وكانت الزوجة محلا للطلاق من عقد زواج صحيح غير فاسخ ولا باطل ويقع هذا الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فقد يجد الزوج في سلوك زوجته ما لايرضيه ويرى أن الحياة الزوجية مع زوجته لم تعد ملائمة و فقدت أسبابها الحقيقية ويرى انه هناك فعلا مبررات شرعية وقانونية ويرى انه اصبح من المستحيل مواصلة العيش معا نتيجة الخلافات والمشاكل التي وصلت اليها هذه العلاقة الزوجية فبإمكان الزوج أن يتقدم إلى المحكمة ليطلب من القضاء حل الرابطة الزوجية والحكم بالطلاق بينه وبين زوجته .وذلك بموجب عريضة يضعها في كتابة الضبط بالمحكمة المختصة يشر فيها إلى عقد الزواج لاسيما رقمه و مكان تحريره و عنوانه و هويته وعنوان زوجته.

وبعد أن يقوم القاضي بالتهيئة للدعوة ويقوم بكل إجراءات الصلح والتحكيم بعد استنفاد جميع الطرق و الوسائل التي تسبق الطلاق في مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر فإذا فشلت هذه المحاولات يقوم القاضي بإصدار حكم الطلاق كما نصت المادة (49) من ق.ا.ج

على انه " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون إن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر، ابتداء من تاريخ رفع الدعوى يحاول خلالها الاصلاح بين الطرفين واقناعهما بالرجوع عن التفكير بالطلاق والعودة الى حياة المودة والوئام ونبذ الخصام، ويقوم القاضي بجلسات للصلح وعند تخلف احد الزوجين عن جلسات محاولات الصلح دون اعتذار فان ذلك يعتبر امتناعا معتمدا ورفضا ضمنيا لمحاولات الصلح .وفي هذا الوضع يعفى القاضي من الانتظار، ويعفى من تجديد محاولات الصلح وتعتبر محاولات الصلح فاشلة وغير منتجة،فيحرر محضرا بفشلها يشير فيه الى تخلف الزوج الممتنع دون عذر ويلجأ الى احكام الطلاق كأخر حل لتوفر اسبابه.[1]

ويقوم القاضي بتحرير محضر صلح يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح،سواء كانت هذه النتائج سلبية او ايجابية،فان كانت ايجابية يذكر الامور التي وقع التصالح بشأنها،وان كانت سلبية يذكر في المحضر ان محاولات الصلح قد فشلت ويشير الى اسباب فشلها.وبعد تحرير المحضر من كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين.

[1]- بن شويخ –مرجع سابق –ص180.

وخلال فترة الصلح يعين القاضي حكمين من اهل الزوجين حكم من اهله وحكم من اهلها للإصلاح بينهما وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما خلال شهر والتحكيم شرط الزامي في قانون الاسرة هدفه الصلح بين الزوجين قبل وقوع الطلاق.[1] وفي حالة فشل محاولات الصلح والتحكيم يصدر امرا بالطلاق لأنه يتوجب على القاضي عند فشل محاولات الصلح ان يصدر قرار الطلاق بعد فشل محاولات الصلح مباشرة والا فانه يعرض حكمه للإلغاء او التعديل.

المطلب الثالث :سلطةالقاضي في تقدير الطلاق التعسفي

وقد رئينا سابقا أنه يجوز للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة شرط أن تكون هناك أسباب ومبررات شرعية وقانونية وإلا فقد يكون الزوج قد تعسف في استعمال حقه في الطلاق وهذا ما نصت عليه المادة (52) من ق.ا.ج التي جاء فيها ما يلي : "إذا تبين للقاضي تعسف[2] الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" وهذا يعني أن تطليق الزوج للزوجة بدون سبب شرعي أو قانوني قد يلحق بها ضررا معنويا وفي هذه الحالة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه وفقا لسلطته التقديرية بتعويض عادل يقدره حسب الضرر الذي لحق بها.

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

ويعتبر هذا أمرا ايجابيا في الحفاظ على الحياة الزوجية.

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

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

غير أنه إذا كان الطلاق لسبب لغير سبب مشروع يدعو إليه وجب على المطلق التعويض للزوجة المطلقة عن الأضرار التي أصابتها.والتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج عن الحكمة التي اقتضت أباحته كالطلاق في مرض الموت لحرمانها من الميراث أو الطلاق من دون أدنى سبب معقول.[3] وتكمن السلطة التقديرية للقاضي في

[1] –عبد العزيزسعد–قانون الاسرة في ثوبه الجديد احكام الزواج والطلاق بعد التعديل–ط.2–دار هومة للنشر–د.ج–الجزائر–2005–ص119

[2] –عبد العزيز سعد–الزواج والطلاق في قانون الاسرة – ط3– دار هومه للطباعة والنشر– د.ج–الجزائر– د.ت ص347.

[3] –باديس ديابي –آثار فك الرابطة الزوجية–(تعويض– نفقة–عدة–حضانة–متاع)–د.ط– دار الهدى للنشر–د.ج– الجزائر–ص08.

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

المبحث الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة

إن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة لديه طريقتين الولى وهي أن ترفع امرها للقاضي لطلب تطليقها من زوجها لكن لتوفر حالات معينة نصت عليها المادة (53)من ق أ ج.او من خلال طلب الخلع حسب ما جاء في المادة (54) من نفس القانون وسندرسهما خلال مبحثنا هذا في المطلبين الآتيين تحت عنوان:

المطلب الأول:السلطة التقديرية للقاضي في التفريق القضائي أو التطليق

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الخلع

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في التفريق القضائي

إن التطليق و الطلاق كلاهما سواء في المعنى لغة وشرعا غير أن المشرع الجزائري استحدثه وذلك للتمييز بينه وبين الطلاق وكذلك يطلق عليه التفريق القضائي ويتم هذا النوع من الطلاق عن طريق تفريق القاضي بينه وبين زوجته في حالة تحقق سبب من الأسباب المذكورة في المادة (53)من الامر05\02.[1] ولقد حدد المشرع هذه الحالات على سبيل الحصر لاعلى سبيل المثال وهي 10 حالات ،وللزوجة أن تطلب التطليق إذا تضررت من سلوك زوجها وذلك بطلب القاضي تطليقها منه بناء على المبررات التي تستدعي طلب الزوجة فراق زوجها. وهي ما نصت عليها المادة(53) الخاصة بالتطليق . ولقد عددت المادة (53) المعدلة بجملة من الأسباب للزوجة بواسطتها أن تطلب التطليق من القاضي وهي أسباب مادية في الغالب تتطلب الإثبات لكي يحكم القاضي لها بالطلاق وسنقوم بدراستها في النقاط التالية:

الفرع ألاول: طلب التطليق بسبب عدم الانفاق :

تجب نفقة الزوج على الزوجة بمجرد العقد عليها ويتأكد هذا بالدخول او بانتقال الزوجة الى بيت الزوجية ويستمر هذا الواجب مادامت الحياة الزوجية قائمة,ما لم تكن الزوجة ناشزا ولا يجوز للزوج ان يمتنع عن الانفاق على زوجته إلا لعذر مقبول وذلك طبقا لأحكام المادة (53 | 1)والتى تنص على انه{ ...عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد (78)،(79)،(80) من نفس القانون ويشترط النص على أن لاتكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج وإلا اعتبرت راضية بذلك وقبلت به زوجا وهو معسر[1]لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو على من يقع عب الاثبات للإعسار على الزوج ام الزوجة ؟. إن الاصل في كل انسان أنه لديه ذمة مالية ممتلئة والإعسار هو حالة طارئة وتبعا لذلك فانه يقع عبء الاثبات على الزوجة أنوذلك بأن تثبت أن زوجها قدأصبح معسرا وعلى الزوج ان يثبت انه كان وقت ابرام العقد معسرا وكانت الزوجة حينئذ عالمة بإعساره ،والإعسار واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة وسائل الاثبات بما فيها البينة والقرائن وهنا تتجلى السلطة التقديرية للقاضي في هذه المسالة .

ويكون الحكم بالنفقة وفقا الاحكام المادتين (78)،(80)من ق.ا.ج وبهذا فلا يجوز للزوجة ان تطلب من زوجها طلبات تفوق قدرته المالية وتدعي عدم الانفاق عليها [2] ونحن بدورنا نتساءل عما اذا كان القاضي ملزم بالحكم بالتطليق بمجرد ان تثبت الزوجة عدم انفاق الزوج او للقاضي سلطة تقديرية في منح الزوج مهلة لتدبير أموره

1-عبد القادر داودى-الاحكام الشرعية في الاحوالالشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة-ط.1-دار البصائر للنشر –د.ج –الجزائر-2007.
2-منصوري نورة- التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الاسلامية –د.ط.دار الهدى للنشر-د.ج-الجزائرد.ت-ص21.

لم يعر المشرع الجزائري اهتماما للمهلة التي يمكن للقاضي منحها للزوج ولا للحالة التي يكون عليها من يسر او عسر ،وإنما اشترط فقط ان يكون لدي الزوجة حكم بوجوب النفقة صادر ضده وان الزوج امتنع عن الانفاق رغم ذلك .

اما الفقهاء فقد اختلفوا في ذلك فالإمامان "الشافعي"و"احمد"يرون بان المدة تتراوح ما بين ثلاثة ايام وشهر من تاريخ التصريح بالحكم بالنفقة ،على خلاف الامام "مالك الذي جعلها للسلطة التقديرية للقاصي الذي يحدد هذه المدة بحسب مقتضى حال الزوجين والأوضاع المعيشة المحيطة بيه على ان لا تتجأوز هذه المدة سنة في جميع الاحوال فاذا ثبت للقاضي ان الضائقة المالية التي يمر بها الزوج مؤقتة وان الضرر اللاحق بالزوجة لسبب جسيما فمن الافضل في رأينا أن يمهله مدة معينة بدلا من ان يحطم حياته الزوجية وماسينجر عنها من آثار سلبية على الزوجة والأابناء، وإما إذا كان الضرر الذي أصاب الزوجة من جراء عدم الانفاق جسيما واحوال الزوج المادية لا تنبئ بتحسنها في القريب فما عليه إلا الحكم بتطليق الزوجة تفاديا لتضررها أكثر ،وهذا وفقا لما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية.

الفرع الثاني:طلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج:

لقد أقر الفقهاء وكذلك القانون لكلا الزوجة الحق في طلب الطلاق اذا تبين وجود عيوب في الزوج من شأنها أن تأثر على العلاقة الزوجية فتحول دون تحقيق الهدف من الزواج وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة (53)والتي جاء فيها "...العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج "،والمقصود هنا بالعيوب هي تلك العلل الجنسية والأمراض المنفردة التي من شانها الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية ،ونرى أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود بالعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج هل هي العيوب الجنسية فقط ام كذلك العيوب الاخرى كالبرص والجذام ومن هي التي تكون سببا لطب التطليق [1]بالرجوع الي أحكام الشريعة الاسلامية وإعتمادا على نص المادة (222)من قانون الاسرة وبالرجوع الي هذه الاحكام وجدنا أن الفقهاء قسموا العيوب التي تعطى الحق في طلب التطليق الى قسمين :

1)علل جنسية :تحول دون الاستماع ،وممارسة الحياة الزوجية شكل عادي وهي عيوب جنسية تصيب الرجل دون المرأة وتتمثل في الجب الخصاء والعنة وهي عيوب تعطى الحق للمرأة في طلب التطليق .

وعلل جسدية تحول دون الاستماع ولا تمتع الدخول ولكنها علل منفرة ضارة ،تضر صاحبها وغيره كالجنون والجذام والبرص .

[1]-عبد القادر مدقر-شرح وجيز لقانون الاسرة الجزائري ملخص من الفقه الاسلامي-د.ط- د.ن-د.ت-ص186.

ولقد اختلف الفقهاء في عدد العلل التي للمرأة بالمطالبة بالتطليق حيث قال المالكية انها ثلاثة عشر وقال الشافعية والحنابلة انها سبعة أما الحنفية فقالوا أنها علتان فقط وحصروهما في (الجب والعنة) .لكن نرى ان المشرع الجزائري اباح للزوجة حق طلب التطليق للعيوب وحددها بعشرة عيوب إلا انه لم يعرف المقصود بالعيب ولم يبين نوعه آهو عيب جنسي او غير ذلك بل اكتفى بالاعتماد على معيار موضوعي لتحديدها وهو ان تحول هذه العيوب دون تحقيق الهدف من الزواج وأحسن المشرع صنعا عندما لم يحدد هذه العيوب لأنها كثيرة ولأيمكن حصرها ويخرج – حسب ومفهومه كل ما لم يكن عائق في تحقيق اغراضه سواء كان العيب عقليا او ماديا[1]. وبالنسبة لعلم المرأة بهذه العيوب قبل ابرام عقد الزواج وما اذا كان مسقطا لحقها في طلب التطليق فاشترط الفقهاء ان لا تكون عالمة بهذه العيوب وقت ابرام العقد وإلا سقط حقها في طلب التطليق و اما اذا ظهر العيب بعد الزواج فلها الحق في طلب التطليق لكن على القاضي التأكد من وجود هذا العيب فعلا وذلك باعتماده على الخبرة العلمية وعليها أن تثبت وجود هذا العيب ووقوعه بعد الزواج او قبله مع عدم علمها بذلك وهنا تكمن السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر اللاحق بالزوجة من جراء هذا العيب وما إذا كان هذا العيب فعلا يحول دون تحقيق الهدف من الزواج ام لا. وعليه يصدر القاضي الحكم بالتطليق ويستند القاضي في إثبات وجود العيب في الزوج عن طريق الخبرة العلمية .

الفرع الثالث:طلب التطليق للهجر في المضجع :

يعتبر الهجر في المضجع هو وسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته بهدف تأديبها وإرجاعها إلى طاعته ،ولقد أوجبت الشريعة على الزوجة طاعة زوجها (ما لم تكن في غير ما نهى الله عنه)

لكن أولا يجب أن نفرق بين نوعين من الهجر منصوص عليها في القران الكريم.

الأول وهو وسيلة تأديبية لقوله تعالى :{واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضاجع واضربهن ،فان أطعنكن فلا تبغوا عليهن سبيلا }.[2]

ويقصد بهذا النوع أن يهجر الزوج فراش الزوجة وعدم النوم في غرفة الزوجية وذلك مع الإعراض عنها وعدم قربتها ،في حدود الشرع والهجر هنا هدفه الإصلاح كعقوبة يرجو من ورائها الزوج تعذيب الزوجة حتى تعود إلى رشدها لكن اتفق الفقهاء على عدم شرعية الهجر عن قصد وبدون سبب شرعي وكذا الهجرة لمدة تزيد عن أربعة أشهر كاملة ،فإذا أساء الزوج حقه في الهجر كوسيلة لتأديب الزوجة رفعت أمرها للقاضي وطلب التطليق للضرر الذي يلحقها من الزوج من جراء هجره إياها .

[1]–سليمان ولد خسال –الميسر في شرح قانون الاسرة الجزائري–الطبعة الثانية–الاصالة للنشر والتوزيع،الجزائر2012–ص157.

[2]–الآية 33من سورة النساء.

وقد نص المشرع الجزائري انطلاقا من هذه المبادئ الفقهية في المادة(3/53) من ق.ا.جبأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق عند الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر ولذلك لا يشترط لطلب الزوجة التطليق بسبب الهجر في المضجع ثلاثة شروط كمبرر قانوني:

1- هجر الزوج للزوجة مع عدم المبيت معها في فراش الزوجية والإعراض عنها وعدم قربانها.[1]

2- أن يكون هذا الهجر عمديا ومقصودا لذاته ،وليس له ما يبرره من الناحتين الشرعية والقانونية .وهو ما يسمى بالهجر غير المشروع ،الذي يتجاوز حدود الحق.

3- وأن يتجاوز الهجر لأربعة أشهر متتالية ،وأن لا يقع أي اتصال بين الشهر والأخر وهذا الهجر لا يكون هدفه الإصلاح وتأديب الزوجة لرجوعها إلى رشدها والمحافظة على حياة الزوجية من التدهور والانحلال.

لكن إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني ،كوجود الزوج في المستشفى أو الخدمة العسكرية أو في مكان من أجل وظيفته أم كان هذا الهجر تعبيرا عن غضب الزوج من سلوك زوجته الطائش أم كان الهجر لأيام أو كان لعدة مرات وفي أوقات مختلفة ومتفرقة ، فلا يجوز للقاضي أن تحكم بتطليقها في مثل هذه الحالات لان سبب الهجر شرعي ومعقول.

أما الثاني جاء لغرض الإيلاء وهو الهجر المصحوب بالقسم بمعنى أن يقسم الرجل على هجر زوجته في الفراش مدة من الزمن قد تطول أو تقصر وهو ما أشارت إليه الآية الكريمة في قوله تعالى {الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر،فان فاءوا فان الله غفور رحيم ،وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم}.[2]

إذا فإذا رأى القاضي بان الزوج إن كان قاصدا إضرار الزوجة من وراء هجرها في المضجع جاز له أن يصدر حكم التطليق للزوج وتكمن سلطته في تحديد ما إذا كان الزوج متعمدا إضرار الزوجة ام تأديبها.[3]

الفرع الرابع: التطليق بسب العقوبة:

نص المشرع الجزائري في المادة " (4/53)منق.ا.ج.على انه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة "الحكم بعقوبة شائنة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية".

ولقد اشترط المشرع في نص هذه المادة على أنه يجب أن:

[1]-بلحاج العربي- الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري-(مقدمة الخطبة-الزواج والطلاق-الميراث-الوصية)-ط4-ديوان المطبوعات الجامعية-د.ج-الجزائر-2005-ص.288.
[2]-بلحاج العربي-مرجع سابق-ص294.
[3]-بن شويخ رشيد-مرجع سابق-199.

-يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي به لم يعد يقبل طرق الطعن القانونية العادية أو غير العادية ،في جريمة ارتكبها.

-وأن تكون العقوبة مقيدة للحرية وذلك أن تتضمن حبس الزوج أو سجنه.

-وكذلك أن تكون العقوبة مشينة تعلق الفعل بإعمال شائنة منافية للأخلاق ،وان تكون الإدانة متصلة بشرف الأسرة وكرامتها وسمعتها .مثل عقوبة الاعتداء على العرض والاحتيال وغيرها.

ويعتمد معيار الفعل المشين الأخلاق من وجهة نطر القانون و التشريع الإسلامي و هذا ما نلاحظه في نص المادة (53/)4 من ق.ا.ج وهو أن تكون العقوبة فيها مساس لشرف الأسرة كالحكم على الزوج بجريمة تحريض القصر على الفسق والدعارة ويجب أن تكونالعقوبة مقترنة باستحالة مواصلة العشرة الزوجية وذلك لما وصلت إليه من كره وحقد بين الزوجين بسبب الخلافات و الخصومات التي تنشب بينهم باستمرار وهذا ما يسمح لزوجة إن ترفع دعوى أمام المحكمة تطلب من القاضي أن يطلقها من زوجها وفقدان أي شرط من هذه الشروط يمنع على الزوجة قانونا ممارسة حق طلب التطليق كما أن للقاضي السلطة التقديرية ويجب عليه أن يعتمد على عادات وتقاليد المجتمع لتحديد مدى مساس هذه الجريمة بشرف الأسرة وتأثيرها على الحياة الزوجية ويراعي في تقدير الفعل المشين عادات المجتمع وتقاليده ومدى ومدى تثيرالجرم المرتكبعلى الزوجة وتأثيره في المجتمع مع مراعاة الوقائع و الأدلة التي تثبت الجريمة وذلك طبقا لنص المادة "4/53 من ق.ا.ج" [1] ومن تم يصدر حكمه وقراره بالتطليق الذي توصل اليه من خلال الادلة التي تثبت هذا الجرم.

الفرع الخامس– التطليق للغيبة :

جاء في نص المادة (5/53) من ق.اجبأنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الغياب بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة".[2]

فإذا غاب الزوج مدة طويلة عن زوجته جاز لها طلب التطليق وذلك سواء أن كان في غياب معلوم الحال أو مجهول الحال، لأنها تضرر من الغيبة ضررا معنويا قد يدفعها للانحراف .

ولقد اختلف الفقهاء من حيث ما إذا كانت الغيبة سببا للتفريق أم لا حيث انه:

[1]-بلحاج العربي –مرجع سابق-ص297.

2-عبد العزيز سعد-مرجع سابق-ص269

يرى فقهاء الأحناف والشافعية وأصحابه لا يعتبرون الغيبة سببا للتفريق بين المرأة وزوجها سواء كانت بعذر أو بغير عذر .

أما فقهاء المالكية والحنابلة على خلاف في التفاصيل وأصحابه يعتبرون الغياب سببا للتفريق بين الزوجين .

– وتستطيع الزوجة طلب التطليق بحسب قانون الأسرة فلابد من توفر شرطين سنة كاملة على الغياب ،وأن يكون هذا الغياب غير مبرر مصحوب بعدم الإنفاق كما أننا نرى انه حتى الغياب المبرر إذا تجاوز السنة يمكن أن يضر بالزوجة معنويا.

–ويرى بعض الفقهاءأنه يجوز لها طلب الطلاق ولكن بعد أن يرسل لها القاضي للعودة إلى زوجته أو بصحبها معه حتى لا تتضرر. [1]

– كما أن الغياب غير المبرر للزوج يعني قد تعمد الإضرار بها وهذا يعتبر سببا كافيا لتطلب الزوجة التطليق منه بغض النظر عن الإنفاق لكن يمكن أن يكون المشرع قد قصد الإضرار المزدوج في صورته المادية والمعنوية ولذلك ذكر الاثنين معا في النص .

–لكن علينا ألا نخلط بين نص المادة(5/53) والتي هدفها معاقبة الزوج عنفعل الاضرار بالزوجة وأحكام المادة(112)من ق.ا.ج والتي هدفها دفع الضرر عن الزوجة وليس حمايتها من الأضرار بها ،وهنا يتضح لنا الاختلاف في السبب بينهما رغم توحيد النتيجة والاتحاد في نفس الاجراءات، بالاضافة الى أنه في الحالة الاولى تقتضي أن يكون الزوج معلوم مكان وجوده ومحقق امر حياته،وفي حين أن الحالة الثانية تفترض أنه لايعرف مكانه ولايعرف أنهمي تام أنه لايزال على قيد الحياة.

وفي حالة أن غاب الشخص او فقد وانقطعت أخباره ولم يعد يعرف مكان وجوده والتأكد من حياته أومماته أو واجهتهظروف قاهرة منعته من العودة لأهله وغيابه سبب ضرر لزوجته، فللزوجة أن تطلب الطلاق بناءا على الفقرة (53/5)من ق.ا ج. استنادا إلى إحالة المادة(112)من ق.ا.ج. [2]

ونرى أن جميع التشريعات نصت على انه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق إذا غاب الزوج لمدة سنة أو أكثر كما جاء في القانون السوري في المادة (109)والتي نصت على"إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن من ثلاثة سنوات جاز للزوجة بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له

[1]–بلحاج العربي–مرجع سابق–ص297.
[2]–انظر عبد العزيز سعد- الطلاق والزواج-ص 270.

مال تستطيع الإنفاق منه في هذه الحالة جاز للقاضي تطليقها من زوجها وذلك لسبب الضرر الذي يلحق بها في غيابه المعنوي والمادي ولو كان له مال تنفق منه.

ونرى هنا أن سلطة القاضي التقديرية تكمن في تقدير العذر ما إذا كان شرعيا ومبررا لغياب الزوج أو لا، فغياب الزوج للدراسة أو للخدمة العسكرية أو للعمل ل يعتبر مبررا شرعيا إما إذا كان غيابه لأكثر من سنة في رحلة لسياحة أو تعمد الغياب فهذا لا يعتبر شرعيا للغياب .

ومن هذا فللقاضي تحديد مدى شرعية الغياب من عدمه وفقا لمعطيات الملف وظروف الزوج وعادات وتقاليد المجتمع[1].

الفرع السادس:طلب التطليق لارتكاب الفاحشة المبينة:

أجاز المشرع الجزائري في المادة (7/53)من ق.ا.ج على انه "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة ارتكاب الفاحشة المبينة ، والمقصود بالفاحشة المبينة هي تلك التي يرتكبها

الزوج وتكون سببا في طلبها للتطليق وتنصرف نحو الخيانة الزوجية أو الجرائم اللاأخلاقية والمقصود بالفاحشة المبينة هو تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم والمنصوص عليها بالمادة (337) مكرر من قانون العقوبات ولقد ذكر المشرع على سبيل الحصر تلك الفواحش في قانون العقوبات ومن ثم فهو في غير حاجة لإعادة ذكر ما يعد فاحشة في قانون الأسرة.

ونرى أن النص لم يوضح لنا النتائج المترتبة عن ذلك وهل يتطلب الأمر صدور حكم بالإدانة أو يكفي اكتشاف الزوجة لارتكاب الزوج الفاحشة المبينة ،وذلك لأنها مطالبة بإثبات ارتكاب الزوج للفعل من الناحية القضائية.

ولقد أدانت الشريعة هذه الفاحشة بشدة وذلك في قوله تعالى «ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن" وكذلك قوله تعالى "لا تقربوا الزنا فانه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا" وقوله أيضا "ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله فلا تقربوها ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه" وقوله سبحانه وتعالى "ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف ،انه كان فاحشة ".[2]

[1]- بن شويخ الرشيد- مرجع سابق ص 200-201.

[2]-منصوري نورة-مرجع سابق-ص59.

وعليه فانه في حالة ارتكاب الزوج فاحشة مبينة كالزنا ،أو الشرك ،أو الردة ،أو الاعتداء على القاصر أو الانحراف عن الطريق الصحيح جاز للزوجة طلب التطليق ويطلقها القاضي حينئذ لارتكاب الزوج الفاحشة المبينة.

وفي حالة ارتكاب الزوج لأي فعل تعتبره الشريعة الإسلامية من بين الفواحش فإنه بإمكانها المطالبة بالتطليق وفقا للفقرة الرابعة أو العاشرة من المادة (53) إذا أثبتت ذلك.

ويقدر القاضي فعل الفحش طبقا لاحكام الشريعة الاسلامية وطبقا لمفهوم الفاحشة المبينة الذي يقصد به ارتكاب الزنا او شرب الخمر بشكل متكرر مما قد يجعله يقوم بضرب زوجته يوميا مما يؤدي الى فقدان رغبتها بالعيش معها،وارتكاب الفاحشة المبينة قد يجعل عدم قدرة المرأة على العيشمع زوجها مما يؤدي الى رفع أمرها للقاضي لتطلب التطليق،وماعليها إلا أنتثبت للقاضي ارتكاب زوجها للفاحشة المبينة لمنحها حكم التطليق.

لكن نرى أن المشرع قد توسع كثيرا في فصل حالات التطليق وكان بإمكانه أن يجمع بعض الحالات ببعضها البعض ،فكان بإمكانه أن يذكر ارتكاب الفاحشة المبينة مع الجرائم التي فيها مساس بشرف الأسرة.[1]

الفرع السابع: التطليق للضرر المعتبر شرعا :

أجاز الشرع الإسلامي وكذا القانون للزوجة أن تطلب التطليق للضرر لقوله تعالى{ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ،ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه}.[2]

ويقصد بالضرر هو التضييق على الزوجة وإيذائها بالقول أو الفعل أو إهمالها من الجانب المادي والمعنوي أو ليقوم بالوجبات الشرعية المقررة له، وفي حالة حدوث ذلك يجوز للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي وتطلب التطليق وهذا ما نصت عنه المادة (6/53)من ق.ا.جبأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الضرر المبرر شرعا.[3]

ويجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة ما إذا ادعت إضرار زوجها بها لأي نوع من أنواع الضرر الذي يمنع دوام العشرة والحياة بينهما ،ولما ادعته من ضرر ويعتبر ضررا للزوجة كل من التصرفات الآتية :

-إهمال النفقة الشرعية أو إساءة معاشرتها الزوجية وذلك عن طريق توجيه الإهانات خطيرة أوجسيمة في حقها.

-أو معاملتها بقسوة أوانه ترك البيت الزوجي أو تهرب من الواجبات الزوجية بدون سبب شرعي ،وكما أن تماطل الزوج في إرجاع زوجته إلى بيت الزوجية ووقوفه موقف سلبي .

---

[1]-بن شويخ-مرجع سابق-ص205.

3-الاية

[3]-بن شويخ رشيد-مرجع سابق-ص207.

وكذلك ضرب الزوج للزوجة ضربا مبرحا يعتبر كذلك سببا من أسباب التطليق وهو ماذهبت إليه المحكمة العليا في القرار رقم الصادر بتاريخ 2000/06/20.[1]

وتجدر الإشارة بهذا الصدد أنه لا يشترط صدور حكم جزائي لإثبات الضرب وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2001/01/23 [2]،كما أن تقديم شهادة طبية وحدها غير كافي لإثبات الضرب الواقع على الزوجة من طرف الزوج ،وهذا ما ذهبت إليه نفس الجهة القضائية في قرارها الصادر بتاريخ1989[3]/01/02 .ومما هو جدير بالذكر في هذا المقام لم يحدد معيارا للتمييز بينما إذا كان الفعل الصادر عن الزوج تجاه زوجته يشكل ضررا لها أم لا ،ونحن نرى بان المعيار المعتمد هو المعيار الشخصي انطلاقا من المعطيات والظروف الاجتماعية والثقافية والخاصة بكل زوج ومن ذلك فان المحكمة العليا في الكثير من قراراتها أكدت أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وذلك لما جاء في القرار الصادر بتاريخ 1999/05/18[4] مع مراعاة عادات وتقاليد كل منطقة لأنها ما يعتبر ضررا لمرأة قد لا يعتبر ضررا لامرأة أخرى ولهذا يجب مراعاة عادات وتقاليد كل منطقة ،ومن ذلك فان المشرع الجزائري لم يتقيد بذكر ضرر معين ،تاركا ذلك للقاضي سلطة تقدير الضرر في مثل هذه القضايا بكل موضوعية وبدون قيد ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا في تقديره لهذا.

الفرع الثامن : التطليق للشقاق المستمر الزوجين:

إذا حصل الخصام أو الشقاق بين الزوجين وساءت العشرة بينهما جاز للزوجة المطالبة بالتطليق وذلك لما جاء في المادة (8/53) من ق.ا.ج وفي حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وعدم ثبوت الضرر بحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر فاشتداد الخصام المنصوص عليه في المادة(56) من ق.ا.ج هو نفسه الشقاق المستمر بين الزوجين المنصوص عليه في المادة (8/53) من نفس القانون ،فإذا كانت الإساءة أو كان الضرر غير معروفي المصدر فكل من الزوجين ينسب لصاحبه الضرر فعلى القاضي أن يبذل جهده في استئصال جذور الخلاف فإن لم يفلح يلجأ للتحكيم بين الزوجين فإن لم يجد في التحكيم نفعا يحكم القاضي للزوجة بالتطليق وقد صدرت العديد من القرارات عن المحكمة العليا والتي قضت بالتطليق بناء على استفحال الشقاق بين الزوجين .

[1]–القرار رقم2000/06/20. آثار فك الرابطة الزوجية–باديس دياني.

[2]–القرار رقم 2001/01/23. راجع باديس دياني.

[3]–القرار رقم1989/01/02.انظر باديس دياني.

[4]–القرار رقم1999/05/18.راجع باديس دياني.

الفرع التاسع: التطليق بسبب مخالفة الاحكام الواردة في المادة 8من قانون الاسرة:

اعتبر المشرع الجزائري أن مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة والمتعلقة بتعدد الزوجات سبب من الأسباب التي تسمح للزوجة بطلب التطليق وذلك في الفقرة السادسة من المادة (53) من قانون الأسرة .

وقد بينا الشروط المتعلقة بتعدد الزوجات عند تطرقنا إلى هذه المسألة في المطلب الثالث من المبحث الأول من الفصل والأول من هذه الدراسة.

فعدم وجود المبرر الشرعي أو عدم العدل بين الزوجات أو عدم إخبار أحدى الزوجات بالزواج مرة أخرى أو عدم الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة كلها تعتبر أسبابا تبيح للزوجة المتضررة رفع دعوى للمطالبة بالتطليق، فبالنسبة لمسألة عدم العدل بين الزوجات فما على الزوجة إلا أن تثبت أن زوجها لا يعاملها معاملة عادلة مقارنة بالزوجة أو الزوجات الأخريات وللقاضي هنا سلطة تقديرية في تحديد عدل الزوج من عدمه[1] .

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

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

كما يمكن أن نتصور عدم احترام هذا الشرط في حالة عدم إخبار إحدى الزوجتين عمدا ونتيجة لطرق احتيالية وتدليسيه تمكن الزوج من الحصول على الترخيص من رئيس المحكمة وتجدر الإشارة هنا أن المادة (8) مكرر من قانون الأسرة تجيز للزوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق وذلك في حالة التدليس .

وأخيرا بالنسبة لشرط الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة فكل زوجة تزوج زوجها عليها دون ترخيص يجوز لها رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق .

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو كيف تتمكن الزوجة من إثبات زواج زوجها عليها إذا كان زواجه الثاني زواجا عرفيا لم يثبت بحكم قضائي مع العلم أن المادة (22) من قانون الأسرة نصت أن الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي[2] .

---

[1]-بلحاج العربي-مرجع سابق-ص301.

[2]-بلحاج العربي -مرجع سابق-ص301.

الفرع العاشر: التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها عقد الزواج:

نص المشرع الجزائري على أن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج تعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق في الفقرة التاسعة من المادة (53) من قانون الأسرة .

وقد نصت المادة (19) من قانون الأسرة على أنه: "للزوجين أن يشترط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"، وعليه إذا أخل الزوج بأحد الشروط المتفق عليها فإن ذلك يجيز للزوجة طلب التطليق وما على القاضي إلا أن يراقب تواجد هذا الشرط في عقد الزواج أو في عقد لاحق وعليه أن يقدر ما إذا كان يتوافق مع أحكام قانون الأسرة فإذا كان مخالفا لها، فالقاضي لا يستجيب لطلب الزوجة وذلك وفقا لنص المادة (35)من قانون الأسرة التي نصت على أنه "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيح"، ومثال الشروط المنافية لقانون الأسرة أن تشترط الزوجة على الزوج مثلا عدم الإنجاب فإذا تأكد القاضي من مخالفة الشروط المتفق عليها وأن هذه الشروط لا تخالف أحكام قانون الأسرة حكم للزوجة بطلب تطليقها تطبيقا لقوله عليه الصلاة والسلام: "المسلمون عند شروطهم[1] ."

المطلب الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في الخلع

لقد نصت المادة (54) المعدلة من قانون الأسرة على ما يلي:"يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي.

وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ،بحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم .والخلع هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة والعيش مع زوجها ،ولهذا أجاز الشرع الإسلامي إن تفدي نفسها رفعا للحرج الذي أصابها ،ودليل ذلك ما جاء في الآية في قوله تعالى "فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به "

والخلع بهذا المعنى هو الصورة المقابلة للطلاق الرجل بالإرادة المنفردة ولنفس السبب أيضا ،فإذا لم يعد يستطيع العيش معها وغابت عنه السكينة دون تقصير من الزوجة ،جاز له أن يفارقها بإحسان لقوله تعالى {فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف}.[2]

فالشرع والقانون أباح للزوج أن يفارق زوجته بالحسنى مع إعطائها كامل حقوقها المقررة شرعا من المهر والمؤخر،أن وجدوا الحق في النفقة والمسكن خلال العدة وحقها في نفقة المتعة لقوله تعالى"فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا".

[1]-بن شويخ رشيد-مرجع سابق- ص206.

[2]-الآية 2 سورة الطلاق

وكذلك أباح للزوجة أن تفارق زوجها بواسطة الخلع مقابل مالا يتم الاتفاق بينهما ،وسبب إلزامها بدفع مقابل هو أن الفرقة جاءت من طرفها دون تقصير من زوجها ،وبالتالي لابد من تحمل نتائج هذه الفرقة[1] .

لكن نرى أن المرأة أحيانا لعدم قدرتها على إثبات الضرر اللاحق بها من الزوج في طلب التطليق تلجا إلى الخلع كوسيلة تحمي بها نفسها في هذه الحالة تكون قد ظلمت بالتعويض الذي تقدمه للزوج في هذه الحالة

ويجب التفريق بين الخلع والتفريق القضائي وذلك لما جاء في المادة (54) من ق.ا.ج وان كانا يش تركان في أن الفرقة تكون من طرف الزوجة إلا أن الأسباب تختلف

فأسباب طلب التطليق جلها أسباب مادية أكثر منها المعنوية وقد حددها المشرع في المادة (54) من ق.ا.ج أو ينبغي على الزوجة إثباتها ليحكم القاضي بالتطليق أما بالنسبة للخلع فسببه سبب معنوي وهو الكراهية بين الزوجين وفقدان السكينة والراحة النفسية للزوجة والتي هي تعتبر الهدف الأول من الزواج لقوله تعالى"ومن آياتنا أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة أن في ذلك الآيات لقوم يتفكرون"[1].

إذن إذا لم تتحقق السكينة والطمأنينة بين الزوجين،فلا فائدة ترجى من هذا الزواج .[2]

ونرى أن الشرع والقانون نص على انه يجب ثبوت الخلع بمقابل وقد يكون من مهر الزوجة لزوجها أو قد يتفقا عليه سويا أو يقدره القاضي.

ونلاحظ أن في المادة (54)انه :

لابد من حصول اتفاق بين الزوجين للطلاق بواسطة الخلع وهذا الأصل في الخلع لكن قد لا يوافق الزوج أن تخالعه زوجته وفي هذه الحالة يجب أن تلجا إلى القضاء المخالعة.

ونرى أن هذا النص قد عدل فقبل التعديل تكلم فقط على الموافقة ولم يتكلم على الخلاف في الخلع سوى الخلاف في الجانب المالي،إما بعد التعديل الجديد فقد نص المشرع على جواز الخلع دون موافقة الزوج عليه حيث أصبح بإمكان الزوجة أن تطلب الخلع من القاضي إذا تعنت الزوج في القبول ،و لو فرض عليها مبلغ لا تقدر على دفعه.

وبما انه في الخلع لابد من عوض وهذا العوض المفروض انه يحصل باتفاقهما لكن في حالة عدم اتفاقهما يدخل يتدخل القاضي بفرض قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.[3]

لكن نرى انه قد يكون صداق المثل اقل بكثير من قيمة الصداق الحقيقي وفي هذه الحالة قد يظلم الزوج والمشرع لم ينتبه لهذه المسالة وان تقوم المرأة بعدم الموافقة على طلب المقدار الذي يطلبه الزوج وذلك لان في هذه الحالة قد تحتال لذلك.

---

[1]-الآية 21 سورة الروم

[2]-عبد العزيز سعد-الزواج والطلاق-مرجع سابق-ص248.

[3]-محمد باوني-عقد الزواج وآثاره(دراسة مقارنة بين الفقه والقانون)-ط.1-دار بهاء للنشر-د.ج-الجزائر-2007-ص121.

وعلى المستوى التطبيقي نجد قرار المحكمة العليا الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/03/16[1] الذي أكدت فيه على أن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون وكما ذكرنا سابقا قد يكون صداقا،أي مالا مقبولا أو كل ما يكون مباحا شرعا.

وقد نص القانون المغربي على نفس الشيء أي كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون بدلا في الخلع ونفس المعنى جاء في المادة (97) من القانون السوري.

ومقابل الخلع إما أن يكون صريحا في الخالعة،أو أن يكون مسكوتا عنه ،أو ينفي الزوجين أي مقابل في المخالعة فالحالات التي تتعلق بمقابل إذن هي ثلاث:

فالمبلغ على الزوجة ،كما لو قال لها (خالعتك على 1000 دينار فقبلته الزوجة) وهنا تطالبه ببقية الحقوق كالصداق والنفقة الزوجية.

2- وإذا لم يسم الزوجان بدلا للخلع ،بان يقول لها (خالعتك فقالت قبلت) هنا يكون قد برأ كل منهما من حقوق الأخر بالصداق والنفقة الزوجية.

3- أما إذا كان مقابل الخلع منافيا صراحة ،كما لو قال لها :(خالعتك دون عوض فقالت قبلت) كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ،ووقع بها طلقة رجعية ،لا يطالب الزوج زوجته بشيء ،ولا يسقط شيء من حقوق الزوجية التي في ذمة احدهما للأخر.

فكما نرى إن الخلع شرع لمصلحة الزوجة ،بناء على عرض احد الزوجين وقبول رغبة الزوجة في أنها الرابطة الزوجية مقابل مال تدفعه للزوج ويتفقان على المقدار في جلسة الحكم وفي حالة عدم الاتفاق يحدد القاضي ذلك حسب سلطته التقديرية المخولة له حيث لا يتجاوز صداق المثل .وتجدر الإشارة إلى إن مقابل الخلع لا يسقط النفقة الزوجية على في حال العدة ،ولا يبرا الزوج من هذه النفقة إلا إذا نص صراحة في العقد على إسقاطها[(1)].

كما انه لا يسقط مقابل الخلع النفقة من أجرة إرضاع الولد ،أو حضانته أو اشتراط إمساكها في المخالعة إعفاء الزوج .[2]

كما انه اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة إرضاع الولد أو حضانته ،واشتراط إمساكها له بلا أجرة مدة معلومة ،أو اتفاقهما عليه ،فتزوجت وتركت الولد أو ماتت يرجع الزوج عليها وحضانته ونفقته عن المدة الباقية ،إما إذا مات الولد فليس للأب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت.

كما انه لا يجوز التنازل على حضانة الولد لأبيه في الخلع لان هذا حق للولد بقاؤه عند أمه انفع له .ولقد أصدرت محكمة القاهرة الابتدائية جاء فيما يلي : (إذا اختلعت المرأة عن زوجها على تترك ولدها عند الزوج ،فالخلع جائز ،والشرط باطل ،إذا إن الأم تكون أحق بالولد لحق الولد ،فان كون الولد عندها انفع له.

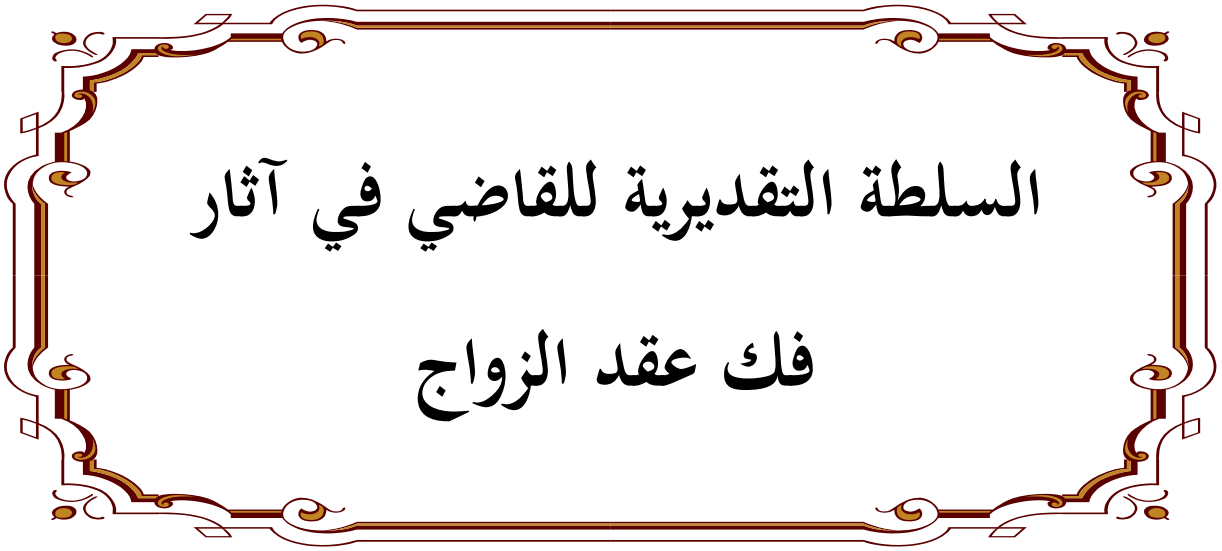
[1]-عبد العزيزسعد-الزواج والطلاق-مرجع سابق-ص249

[2]-عبد العزيز سعد –قانون الاسرة الجزائري-مرجع سابق ص129.

ويعتبر حق الولد في النفقة من الديون الممتازة التي لا يمكن أن يجري فيها التقاضي بين الحاضنة والأب ،فلا تسقط نفقته المستحقة على أبيه لقاء دين على حاضنته التي خالعها، وهذا حتى لا تضيع حقوق الولد .وعليه فانه لا يجوز الخلع بشيء تعلق بحق الأولاد إذا كانت المرأة معسرة.

إذن فإن سلطة القاضي في الخلع هي تقدير مقدار الخلع في حالة عدم اتفاق الزوجين على قيمة معينة ويقدر القاضي مقدار هذا الخلع بصداق المثل في العادة او يقدر مدى تضرر الزوج من هذا القرار ويقوم بتقدير مبلغ العوض وفي حالة وفاة الزوجة ينون بدل الخلع لازما على ان لا يتجاوز ثلث التركة وان زاد على مهر المثلفلا ينفذ، لان الاصل في الخلع ان يساوي قيمة الصداق واما اذا كان اكثر فانه لا ينفذ ذلك وذلك لان بدل الخلع بالنسبة للزوجة يأخذ حكم الهبة وتطبيقا للمادة(204)من قانون الاسرة التي تحيلنا الى المادة185 من نفس القانون

الفصل الثاني



السلطة التقديرية للقاضي في آثار فك عقد الزواج

الفصل الثاني:السلطة التقديرية للقاضي في آثار فك الرابطة الزوجية

لما كان الطلاق حقيقة اجتماعية وشرعية، واضحي مع الأسف ممارسة في عالمنا هذاونتيجة للإضرار التي تلحق بالأسرة التي هدم كيانها ،لأجل ذلك وحفاظا على حقوق الأزواجوالأولاد،رتبت كل من الشريعة الإسلامية والقانون آثارا للطلاق تنجم عن حدوثه بالشكل الذي يحفظ الحقوق وينشأ الالتزامات وتتجسد هذه الآثار في الحضانة التي تشمل النفقة والسكن وجميع ماتشتمل عليه ضروريات الحياة وكذلك حق الأولاد في ثبوت نسبهم إلىأبائهم ومن ذلك تطرقنا في فصلنا هذا لدراسة ثلاثة مباحث تحت العناوينالآتية:

المبحث الأول:السلطة التقديرية للقاضي ي النفقة

المبحث الثاني:السلطة التقديرية للقاضي في الحضانة

المبحث الثالث:السلطة التقديرية للقاضي في النسب

المبحث الأول : السلطة التقديرية للقاضي في النفقة

النفقة تعني الصرف ،ويقالأنفق الرجل ماله أي صرفه ،ويعني كذلك الإخراج والذهاب.يقال نفقت الدابة ،إذا خرجت من يد صحبها بالبيع أو الهلاك .فنفقت الدابة بمعنى ماتت ،كما يقال أنفقت السلعة أو التجارة ،إذا رجعت بالبيع ورغب فيها ،وبابه دخل ، فمصدره التفوق كالدخول ،والنفقة اسم مصدر وجمعها نفقات ،ونفاقا بكسر النون كثمرة وثمار تنفق تنفيقا : روج كما جاء في الحديث الشريف[1] "أيكم وكثرت الحلف من البيع فانه ينفق ثم يمحق".

أما نفق من النفقة وتعني ما ينفق من الدراهم ونحوها وجاء في الحديث الشريف"إذا أنفق الرجل على أهله نفقة يحتسبها فهي له الصدقة"

عرفت في اصطلاح الفقهاء فهي إخراج الشخص مؤونة تجب عليه نفقته من خبز وأدام وكسوة ومسكن وما يتبع ذلك من ثمن ما ،وذهن ومصباح ونحو ذلك مما يأتي.

أما التعريف الاصطلاحي للنفقة الزوجية بما أنها موضوع بحثنا، فإنها تعرف كالآتي : "النفقة هي كل ما يخرجه الرجل ويقدمه لزوجته في شكل أدوات إشباع لحاجات مادية أو معنوية ،وهي بالمعنى العام إخراج الرجل جزءا من ماله لصالح زوجته" .

ولم يأت المشرع الجزائري بتعريف للنفقة على شاكلة الفقه ،ولكنه أورد الأصناف الذين تجب لهم النفقة بداية من الزوجة إلى الأولاد فالأقارب ،وهذا من خلال نصوص المواد :77.76.75.74 من ق.أ.ج رقم 11/84.

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مشتملات النفقة

لقد نص المشرع في م. (78) على أنه "تشمل النفقة الغذاء ،الكسوة والعلاج والسكن أو أجرته أو ما يعتبر من ضروريات في العرف والعادة .

ولقد قصد المشرع بالغذاء كل ما يؤكل من خبز وغيره ومن القمح ومن باقي الحبوب المقتاتة وما ألحق بها من كل ما يقتات به ويذخر.

ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا، عندما نص على أنه يدخل في النفقة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة في إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية في حدود طاقة الزواج ،بلا إسراف ولا تقصير وإذا كان نص م (78)من ق.أ.ج لا يحتاج إلى الشرح والتحليل فإنه يجب على القاضي الموضوع في حالة النزاع نحو النفقة الزوجية أن يراعي كل من هذه العناصر المجتمعة[1] ونصت م (79) أنه : يراعي القاضي في تقدير نفقة الطرفين وظروف المعاش ،ولا يرجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم ويتضح لنا أن قانون الأسرة قد يحدد مدى شمولية النفقة

بوضوح وألزم القاضي الذي سيصدر الحكم بالنفقة بأن يراعي الحالة الاقتصادية والاجتماعية والظروف المعيشية للطرفين ،عندما يقدر مبلغ النفقة التي سيحكم بها لطلبها كما ألزمه بأن لا يرجع قيمة النفقة للمحكوم بها إلا بعد مرور سنة كاملة من تاريخ الحكم السابق ،وإن فعل غير ذلك فإنه سيكون خالف القانون وعرض حكمه للإلغاء أو التعديل.

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في استحقاق النفقة و تقديرها

الفرع الأول : استحقاق النفقة : لقد ورد في المادة (80) من ق_أ على أن تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى .

يتبين من دارسة نص هذه المادة أن قانون الآسرة قد وضع حدا ولو غير حاسم لكل التعجيزات التي كانت تنشأ بشأن تاريخ بداية استحقاق النفقة المطلوب الحكم بينها،ولذلك فإنه على القاضي وفقا للعقيدة العامة إلا بحكم للزوجة بالنفقة إلا بعد رفع الدعوى ابتداء من تاريخ تسجيلها في كتابة الضبط بالمحكمة إلى تاريخ صدور الحكم، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة كما قبل رفع الدعوى،إلا بعد صدور الحكم في الحالة التي تتضمن فيها الحكم بالطلاق وإسناد حق الحضانة إلى المطلقة ،حيث يجوز الحكم في مثل هذه الحالة بنفقة مستقبلية للأولاد.

الفرع الثاني : استحقاق النفقة للمعتدة

تجب النفقة للمرأة بعد الحكم لها بالتطليق وتشمل نفقة العدة ونفقة الإهمال.

هناك اتفاق بين الفقهاء حول وجوب نفقة المعتدة من طلاق رجعي وسكناها على زوجها ووجوب نفقة المطلقة الحامل وسكناها وإنها واجبة على الزوج،ولا تخرج من بيت الزوجية حتى تنتهي العدة ويوضع الحمل وذلك لقوله تعالى"وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن" وقال الكاساني إن المعتدة من زواج صحيح في الطلاق رجعي حق لها النفقة والسكن بلا خلاف مادامت أحكامهذا النكاح مازالت قائمة فتجب النفقة لها ل وتثبت، وإما إذا كان الطلاق بائنا فلها السكن والنفقة إن كانت حاملا.

وعلى القاضي تقدير نفقة العدة سواء أن كانت المعتدة من خلع أو من طلاق رجعي أو طلاق بائن أو تطليق أو وفاة فله سلطة تقدير مقدار هذه النفقة.

ولقد نص المشرع الجزائري في نص المادة (8) من ق.ا.ج على انه "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى,وعليه فان تاريخ استحقاق النفقة يبدأ من تاريخ رفع الدعوى وتسجيلها في كتاب الضبط بالمحكمة إلى تاريخ صدور الحكم ,ولا يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة لما قبل رفع الدعوى ولا لما بعد صدور الحكم إلا في الحالة التي يتضمن فيها الحكم بالقضاء

بالطلاق وإسناد حق الحضانة إلى المطلقة حيث يجوز الحكم في مثل هذه الحال بنفقة مستقبلية للأولاد, كما يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة مؤقتة للزوجة أو الأولاد بموجب حكم تمهيدي أثناء إجراءات المرافقة تم تفصيل فيها بصفة نهائية مع الفصل في موضوع النزاع. [1]

الفرع الثالث : تقدير النفقة

اتفق الفقهاء على أن النفقة الواجبة للزوجة هي النفقة الكافية بلا إسراف ولا تفسير في حدود المعروف وفي حدود طاقة الزوج، وهذا أخذا بقوله تعالى "لينفق كلذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه ،فلينفقها مما أتاه الله ولا يكلف الله نفسا الا ما أتاها".

وكذلك ما نصت عليه المادة (79)منق.أ.ج على أنه يراعي القاضي عند تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ،ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم ،ونفهم من هذا أن المشرع منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال تقدير المبلغ المطلوب كثمن أو أجر للنفقة، ولم يقيده أو يلزمه بشيء إلا مراعاة حال كل واحد من الطرفين أي حال طلب النفقة،وحال المطلوب بالنفقة إي مراعاة الظروف الحالة المالية والمعشية للزوج وغلاء الأسعار.

ورغم مراعاة الحالة المالية لكلا الطرفين إلا أنه يجب أن يراعي في ذلك النفقة في الحاجات الضرورية مهما كان وضع الزوج من العسر ،ومن هنا تجوز زيادة النفقة ونقصها بتغير حال الزوج أو أسعار البلد غير أنه لا تسمح دعوى الزيادة أو النقص قبل مضي سنة على فرق النفقة وفي جميع الأحوال فان النفقة الشهرية التي يقدرها القاضي اليوم ويمنحها لطالبها بموجب حكم فلا يقبل منه إن يراجعها بعد ذلك فيرفعها أو يخفض منها تبعا لارتفاع أو انخفاض الأسعار إلا بعد مرور عاما كاملا ابتداء من تاريخ تقريرها والحكم بها.

وتكمن مهمة القاضي هنا في تقدير النفقة وفق ميزان عادل لايحييد وذلك لما منحه القانون من سلطة تقديرية في هذا الشأن وعليه أن يستند على عنصريين مهمين في هذه الحالة وهما حال الطرفين من الناحية المالية وظروف المعيشة. [2]

[1]-بلحاج العربي-مرجع سابق –ص176

2-محمد باوني- مرجع سابق-ص147

[2]-بلحاج العربي –مرجع سابق –ص176

المبحث الثاني:السلطة التقديرية للقاضي في الحضانة

الحضانة لغة مأخوذة من الحضن وهو الجنب ،وهي الضم إلى الجنب.

إما في الاصطلاح فهيتربية الولد لمن له حق الحضانة ،أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون ،وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه ،وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه في سن معينة ونحوها .والحضانة نوع ولاية وسلطة ،لكن الإناث أليق بها لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية ،وأصبر على القيام بها ، وأشد ملازمة للأطفال ،فإذا بلغ الطفل سنا معينة كان الحق في تربيته للرجل لأنه أقدر على حمايته وصيانته وتربيته من النساء.

وجاء تحديد معنى الحضانة في قانون أ.ج ف م (62) (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.

وتتطلب الحضانة الحكمة واليقظة والانتباه والصبر والخلق والجلم ،حتى أنه يكره للإنسان أن يدعو على نفسه وخادمه وماله.

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة وحق الزيارة

بالإضافة إلى اعتبارها أثرا من أثار الطلاق فبذلك تعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة لما تخلفه من آثار ايجابية أو سلبية في حياة الفرد والأسرة والمجتمع لأنها تختص بالصغير باعتباره اللبنة الأولى التي تتكون منها الأسرة ومن خلال الأسرة المجتمع.

وكثير ما تسند مهمة الحضانة إلى النساء وهى أيضا عامل بصفتين متقابلتين ومتكاملين وذلك لكونها حقا وواجبا في نفس الوقت فهي من جهة حق للمحضون للحاضن ومن جهة أخرى واجب على الحاضن .

لذا نرى انه إذا وقع الطلاق بين الزوجين فانه سينتج عنه مباشرة حق الزوجة كأم في طلب الحكم بحضانة ابنها الصغير كما ينتج عنه للولد على أمه حق حضانتها له ومن هنا فإننا نلاحظ أن الشرع قد أعطى الأولوية للام وذلك باعتبار أن مسالة التربية والرعاية في المراحل الأولى للصغير تتطلب ذلك[1]

الفرع الأول: إسناد الحضانة

أولا **– مراتب الحاضنين :**

إن تقديم جهة النساء على الرجال في حضانة الصغار هي قاعدة شرعية تقضيها طبيعة الحياة في المراحل الأولى من حياة الأطفال وفيما يتعلق بمراتب الحاضنين فان قانون الأسرة في م (64) قبل التعديل أعطى الأولوية للام ثم أمها ثم الخالة ثم أم الأب ثم الأقربون درجة.

لكن عدلت هذه المادة على النحو التالي الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم جدة الأم ثم جدة الأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك[2]

لكن وبالرغم من ترتيب الوارد في نص م (64) وان كانت تغير الحضانة حقا لهم فان هذا الترتيب ليس إلزاميا للمحكمة وليس من النظام العام .

ولقد وضع المشرع للحضانة بالنسبة للحاضن في المادة (62) ق.ا. وذلك بان يكون أهلا للقيام بذلك وهذا يعني أن الأهلية هي أهم شرط يتصف به الحاضن ولا يقصد المشرع هنا بالأهلية لبلوغ سن سين الرشد 19سنة بل قصد القدرة على القيام بالمهمة الشاقة والمحفوفة المخاطر التي سيقوم بها هذا الحاضن بالنسبة لحضانة الطفل للقاضي السلطة التقديرية في معرفة مدى توفر هذه الشروط في الشخص الذي ستسند إليه الحضانة وذلك وفقا لما يتمتع به من سلطات واسعة في هذا المجال ،والمشرع لم يحدد له شروطا وموصفات محددة وما عليه إلا اعتماد على نص مادة(222)ق أو الرجوع إلى حكام الشريعة الإسلامية ولقد نصت الشريعة الإسلامية على بعض الشروط التي تتوفر في الحاضن و هي كالتالي:

شرط' العقل : فلا حضانة للمجنون والمعتوه لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما فضلا عن رعاية شؤون غيرهما، واشترط المالكية الرشد ،فلا حضانة لسفيه مبذر.

شرط البلوغ: لأنه لا يمكن إسناد الحضانة إلى شخص صغير هو نفسه في حاجة إلى رعاية وعناية.

شرط القدرة:هي الاستطاعة على صون الصغير في خلقه وصحته ، فلا حضانة للعاجز لكبر السن أو مرض وشغل.

شرط الأمانة:ونعني بذلك أن يكون الحاضن أمينا على المحضون أي أمينا في خلقه وفي سلوكيه مع المحضون ،وأمينا في الاهتمام ورعاية مصالحه ،لأن الحاضن الذي يغيب عن المحضون طول النهار وطرف من الليل أو لا يهتم به ولا يرعاه ،ويدعه يخالط قرنا السوء كالفاسق الرجل أوامرأة من سكير أو مشتهر بالزنا, أو اللهو الحرام و اشرط المالكية امن المكان ،فلا حضانة لمن بيته مأوى للفاسق أو المارقة من الدين أو غير الملة من بإحكامه.

الإسلام شرط : عند الشافعية والحنابلة فلا حضانة لكافر عن مسلم إذ لا ولاية عليه ،ولأنه ربما فتنة عن دينه، لم يشرط المالكية إسلام الحاضنة ,وهذا بالشرط نصت عليه المادة (62) من ق.ا.ج {على انه يرب المحضون على دين أبيه لكن ما حكم الحاضن غير المسلم} .

الفرع الثاني:حق الزيارة :

يعتبر حق الزيارة من الأمور التي تكتسب أهميه بالغة لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل المشمول بالحضانة وتجعله مرتبطا بأبويه(*) ولقد أشارت المادة (64) في الفقرة الثانية انه على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ومن هنا نلاحظ انه عندما القاضي يحكم بإسناد الحضانة بعد محاولات الصلح فتفشل هذه المحاولات، ثم يحكم بالطلاق،فانه يتوجب عليه إذا حكم بإسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها أن يحكم تلقائياعندما القاضي يحكم بإسناد الحضانة بعد محاولات الصلح فتفشل هذه المحاولات، ثم يحكم بالطلاق،فانه يتوجب عليه إذا حكم بإسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها ان يحكم تلقائيا للأب أو لغيره من الذين يحق لهم

الحضانة بحق الزيارة، في أوقات معينة وأماكن محددة .[1] إلا أن حق الزيارة كثير ما يسيء الأبوين استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلا

ف حاد وكثيرا ما يذهب لأطفال المشمولون بالحضانة ضحية هذه الخلافات ونلاحظ أن المشرع اوجب على القاضي عندما يقضي بالطلاق وإسناد الحضانة إلى إحدى الولدين والى غيرهما أن يقضي في آمر الولدين أو لها معا بحق الزيارة المحضون من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلب منه احدهما ذلك[1] وذلك لما صدر في هذا الشأن عن قرار المحكمة العليا بتاريخ 16-04-1990 تحت رقم 59784 والذي جاء فيه متى اوجب أحكام المادة (64) من قانون الأسرة .[2]

لكن هنا القانون بموقفه المستغرب يكون قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي التحكم بما لم يطلبه الخصوم ، لكن حكم القاضي بمنح حق الزيارة للمحضون من تلقاء نفسه دون طلب و دون رقابة مسبقة من القاضي يمكن أن تنتج عنه عواقب سيئة و مضرة بالمحضون وكان على المشرع توضيح معنى حق الزيارة بناء على طلب الحاضن ، و قد يكون مفهوم حق الزيارة بقصودنا هو رؤية المحضون والاطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والصحية والتعليمية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون ،ونرى أن القاضي قد منح حق زيارة المحضون في العطل والمناسبات والأعياد [3]

وقد يتجاوز الأب حدود الزيارة و اللياقة ويصر على أخذ المحضون معه واصطحابه من أماكن غير أخلاقية و لذا كان على المشرع أن يحدد معنى الزيارة ولا يمكن لمن منح له حق الزيارة باصطحاب المحضون إلا بأمر من الحاضن ،و إلا سيعرض نفسه إلى العقوبة

المنصوص عليها في المادة (328) من قانون العقوبات ،والمتعلقة بتحويل المحضون وإبعاده عن مكان حضانته ،و نلاحظ أن المحكوم له بالحضانة سواء أكان الأب أو الأم أو غيرهما يكون مسؤولا مسؤولية مدنية عن تعويض كل ضرر سيلحقه هذا المحضون بالغير مدة وجوده لديه ،وإذا جاء أحد الوالدين المحكوم له بحق الزيارة و أخذ المحضون معه إلى أماكن أخرى ،ونتج تصرف المحضون تصرفا غير شرعي ألحق ضررا بالغير فان المسؤول عن تعويض مثل هذا الضرر .هو الذي استعمل حق الزيارة المحكوم له بها ،و الذي وقع الضرر وقت أن كان المحضون تحت سلطته و رقابته ،وتعتقه أن مثل هذا يمكن اعتباره سببا من أسباب سقوط حق الزيارة .

ونرى أن المشرع أوجب على القاضي بالحكم بحق الزيارة بمجرد إصداره لحكم الطلاق و الحضانة و ترك له سلطة تقديرية في تقدير ما إذا كان الحاضن أهلا للحضانة أم لا وتحديد أوقات الزيارة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل الحالات بالدرجة[1].

[1]-عبدالقادر بن حرزالله-مرجع سابق-ص359.

[2]-عبدالعزيز سعد-الزواج والطلاق-مرجع سابق-ص296..

[3]-عبد العزيز سعد- مرجع سابق-ص296-298.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في إسقاط الحضانة

الفرع الأول : أسباب سقوط الحضانة

إن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة ،وإنما هو أداء أوجبه القانون ،فإن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة ، وإن أخل بالالتزامات المتعلقة بالحضانة ،أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها عليه.

لقد تحدث قانون الأسرة على أسباب سقوط الحضانة في عدة مواد ،ما بين (66). (76))وتحدث عن سبب عودة حق الحضانة في المادة (71) لذلك يبدو أنه من الأفضل أن نتحدث عن أسباب سقوط الحضانة وفقا للترتيب التالي :

1- لقد نصت المادة (66)منق.أ.ج على أنه يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير محرم وهذا يعني أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي أسند إليها حق حضانة أولادها منه سيسقط حقها في الحضانة بحكم القانون بمجرد أنها تتزوج أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس من أقرباء المحضون الذي يحرم عليهم كل علاقة زوجية معه .فهنا يحكم القاضي بسقوط حق الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون ويسند القاضي حضانة الصغير إلى شخص آخر من الأشخاص الذين ذكرتهم المادة (62) حسب الترتيب المذكورفيها ويقوم القاضي بإسناد الحضانة بتقديره إلى من يكون أهلا لحضانة هذا الصغير بعد زواج أمه بغير قريب محرم ما إذا كان فيه مصلحة.

2- وكذلك يسقط حق الحضانة القانونية في حضانة الصغير بتنازلها عن هذا الحق وذلك لما ورد في المادة (66) من ق.أ.ج وذلك يعني أنه إذا سبق أن قضت المحكمة بإسناد حق الحضانة إلى الأم أو الخالة أو الأب أو الجدة أو أثناء فترة قيام الحضانة جاء الحاضن أو الحاضنة وقدم المحضون إلى القاضي أو إلى شخص آخر من أصحاب حق الحضانة وأعلن تنازله عن حقه في حضانة المحضون فإن حقه في الحضانة سقط حتما بحكم القانون.والحكم الذي سيصدر عن المحكمة بشأن إسقاط الحضانة في متل هذه الحالة بناء على طلب من له حق الحضانة هو فقط حكم مقررا للسقوط وليس منشأ له وقد قيد المشرع المتنازل[1] عن حقه في الحضانة شرط أن لا يضر هذا بمصلحة المحضون فإذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون فلا سقوط لحق الحاضنة في الحضانة حتى ولو طلبها غيرها مادامت تتوفر فيها الشروط القانونية والشرعية للحضانة ،ومادامت مصلحة المحضون مازالت متعلقة بها[2].

3- وكذلك من أسباب سقوط حق الحضانة هو ما نصت عليه المادة (67)المعدلة بأن الحق باختلال احد الشروط المنصوص عليها في المادة (62) وهو ما يظهر من عجز الحاضن أو المحكوم له بحق الحضانة عن توفير الرعاية والتربية وافتقاره للقدرة على تربيته على دين أبيه وحفظ صحته وخلقه مع الملاحظة أن واضعي التعديل

[1]- بن شويخ رشيد-مرجع سابق-ص260-261.
[2]-احمد ناصر جندي-مرجع سابق-ص181-184.

2005 أو بأن عمل المرأة خارج مسكن الحضانة لا يمكن أن يكون سببا من أسباب سقوط الحضانة ولا سقوط لحقها في ممارسة الحضانة لكن مع مراعاة مصلحة المحضون ففي حالة عجز الحاضن أو انتقاله عن المحضون فيسقط حق في الحضانة لكن شرط أن يراعي القاضي مصلحة المحضون في ذلك ومقارنة الفوائد التي تعود على المحضون في حالة بقائه مع حاضنه الأول ويبين الفوائد التي يمكن أن تعود عليه في حالة إسقاط حق حضانة على هذا الحاضن وإسنادها إلى غيره.[1]

4- ومن الأسباب التي تسقط حق الحضانة كذلك ما نصت عليه المادة (68) من ق.أ.ج إذا لم يطلب من له حق الحضانة .ممارسة هذا الحق مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.

يبدو هذا النص غامضا نوعا ما لن الواضح أن المشرع اعتبر أنه إذا لم يطلب مستحق الحضانة بالأسبقية لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها ذلك كأنه تخلى عن حقه ضمنيا ولم يطلبها في الوقت المناسب حتى مضى على ذلك مدة سنة كاملة فإن حقه فيها يسقط بقوة القانون .ولا يطلب من القضاء إذا قدمت الدعوة إلى القضاء إلا أن يقر هذا السقوط بموجب حكم تصدر المحكمة مختصة .ولذلك عند وقوع الطلاق بين الزوجين إذا ما بقي الأولاد عند الأب بعد وقوع الطلاق ولم تطلب الأم أو الجدة أو الخالة حضانتهم لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقهم في الحضانة ولا يحق لهم أو لغيرهم أن يطالبوا أمام المحكمة بحقهم في الحضانة ،وسيبقى الأب هو الحاضن الفعلي والقانوني في هذه الحالة ولم يعد هناك من يستحق الحضانة غيره إلا إذا توفي وسقط حقه بالوفاة ،أو لسبب آخر شرعي ويسقط حق الآخرين بالتقادم لعدم مطالبتهم بالحضانة لمضي أكثر من سنة دون عذر شرعي ويراعي دائما القاضي مصلحة المحضون في كل هذا.[2]

وكذلك نصت المادة (70) على أن من أسباب سقوط الحضانة هو سكن الجدة أو الخالة الحاضنة بالمحضون مع أم هذا المحضون المتزوجة بغير قريب محرم بالنسبة إلى الطفل المحضون وذكر هنا المشرع ثلاث شروط اعتبرها كسبب من أسباب سقوط الحضانة وهي تتمثل في أن تكون الحاضنة القانونية هي واحدة من الاثنين ،إما خالة للمحضون وأخت أمه أو جدته أم أمه ،ويتمثل العنصر الثاني الذي يجب توفره هو أن تأتي هذه الخالة أو الجدة إلى منزل الأم ومعها المحضون وتقيم بمنزل الأم المتزوجة بغريب غير محرم إقامة مستمرة يكون هذا سببا لسقوط هذه الحضانة ،أما إذا كانت زيارة لفترة مؤقتة أو لمناسبة أو لقضاء الصيف أو العطلة أو كان سكنها بجوارها في نفس المكان لا نفس المنزل لا يسقط حقها في الحضانة .

[1]- عبد العزيز سعد- مرجع سابق-ص142.

[2]-عبد العزيز سعد-مرجع سابق-

ويحكم القاضي بسقوط الحضانة بعدم توفر أي سبب من الأسباب التي ذكرها المشرع في المواد من (66) إلى (70) مع مراعاة مصلحة المحضون وذلك بموجب حكم قضائي يصدره قاضي قسم الأحوال الشخصية بالمحكمة المدنية بناء على طلب من له حق في الحضانة حسب ترتيب المنصوص عليه في

م (64)ق.أ.

وكذلك يجب الإشارة إلى أنه في حالة ما إذا أراد الموكول إليه حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر إلى السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون المادة (69) من ق.أ.جومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية.

الفرع الثاني : عودة الحضانة إلى مستحقها

لقد نصت المادة (71)منق.ا على انه "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري" .ومن هنا نلاحظ انه إذا كان لشخص الحق في الحضانة وسلب منه هذا الحق لسبب من الأسباب القانونية كان يكون غير قادر على ضمان تربية المحضون على دين أبيه أو غير قادر على رعايته وضمان حمايته والعناية بصحته وخلقه ،وتعليمه ،فان حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه أو إثبات ذلك إلى المحكمة ، أما إذا كان السبب سقوط الحضانة ناتج عن تصرف الحاضن بناءعلى رغبته واختياره ، فان حق الحضانة وفقا لنص المادة (71)من ق.ا.جسوف لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه.

إذا كان مثل هذا السقوط مترتبا على تنازله الصريح الطوعي ،أو مترتبا عن إهماله الطوعي لحقه في الحضانة لمدة أكثر من عام وان مصلحة المحضون متوفرة لدى غيره . ولذلك وعليه فان الأم أو الخالة أو أم الأم أو الأب ،وغيرهم من النساء أو الرجال لا يمكن لأي منهم أن يستفيد من أحكام المادة (71) من ق.ا. لذا كان حقها في الحضانة قد سقط بسبب تنازلها أو بسبب عدم طلبه خلال المهلة القانونية المحددة في المادة (68) السابقة الذكر،دون مبرر شرعي ،لا يجوز لأي منهم أن يتراجع عن تنازله ويطالب المحكمة بإعادة الحضانة إليه لأن حقه قد سقط بتنازلها ولا يجوز إعادة هذا الحق لها.[1]

[1]-سليمان ولد خسال- مرجع سابق-ص186-187-188.

المبحث الثالث : السلطة التقديرية للقاضي في النسب:

يعتبر النسب اهم اثر يترتب بعد الزواج ,وهو اثبات نسب المولود الى والده لذلك يمكن القول انها مسألة اثبات النسب من اهم مسائل التي كانت تشغل بال العرب قبل الاسلام وبعده .فكان دوما نسب الوالد الى امه سهلا وليس كنسب الوالد الى ابيه وسنحاول دراسة هذا الجانب في مطلبين الا وهما بالمطلب الاول سنحاول تعريف النسب واثباته ونفيه

المطلب الأول :السلطة التقديرية للقاضي في إثبات النسب:

وكما جاء في نص المادة (40) من ق.أعلى انه "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 34.33.32من هذا القانون ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

ومن هذا فان الولد يمكن ن ينسب إلى أبيه من زواج صحيح أن كان هذا الزواج شرعيا وأمكن الاتصال الجنسي بين الزوجين ،ولم يكن الزواج قد نفاه بالطرق المشروعة كالملاعنة .ومتى حصلت ولادة هذا المولود خلال اقل مدة الحمل التي هي ستة شهور، وأكثرها التي حددها قانون الأسرة بعشر شهور ولهذا يمكن القول أن ثبوت النسب عن طريق الزواج الصحيح يتطلب توفير إمكانية الاتصال الجنسي للزوجين ،وعدم نفي النسب ،وولادة المولود بين أدنى وأقصى مدة الحمل .ومن طرق إثبات النسب ما تضمنته المادة (40) سالفة الذكر من نفس القانون فان طرق إثبات النسب عن طريق.

القانون الجزائري[1] .

1-**الزواج الصحيح** : أن العقد الصحيح هو سبب شرعي لثبوت نسب الولد في أثناء قيام الزوجية ،أو العدة أو الوفاء إذا كان الدخول ممكنا وان لم يكن ممكنا أو لم يلتقي الزوجين قط فان النسب لايثبت.

2- **الزواج الفاسد** : نصت المادة (40) من ق.ا الجزائري على انه "يثبت النسب ...بكل نكاحتم فسخه بعد الدخول وذلك طبقا للمواد34.33.32.من ق.ا. كما أنه جاء في المادة (34) بان كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده،يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستقراء .[1]

ويثبت الزواج الفاسد بعض الآثار القانونية ومنها ثبوت النسب مع وجوب التفرقة مع الزوجين وذلك لمصلحة الولد.

[1]-طيفاني مختارية –اثبات النسبفي تقنيين الاسرة الجزائري الفقه الاسلامي-د.ط-دار الجامعة الجديدة للنشر-د.ج –تيارت-2013 –ص59-63

3- **الإقرار** : لقد نصت المادة (44) من ق.اعلى انه يمكن إن يثبت النسب الإقرار بالبنوة ،الأبوةأو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت.متى صدقه العقل أو العادة، ونصت كذلك المادة (45) على انه الإقرار بالنسب في غير الأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر بتصديقه .ونرى أن المشرع أجاز إثبات النسب عن طريق الإقرار أو الاعتراف بالمولود كابن لمدعي الأبوة واخضع هذا الإقرار إلى وجوب توفر شرطين أساسيين هما:

- أن يتعلق الإقرار بطفل مجهول النسب، ويشترط أن يكون الإقرار يقبله العقل والعادة - -كما انه لا يقبل أنيأتي رجل مريض أو عقيم أو في (80) من عمره ويدعي بأن فلان ابنه.

إثبات النكاح بشبهة : أن إثبات النسب بنكاح الشبهة لهو واحد من الطرق التي تضمنتها المادة (40)من ق.ا. في مجال الحديث عن طرق إثبات النسب .ونكاح الشبهة هو نكاح يقع صحيحا من حيث المبدأ ثم يتبين انه اشتمل على خطا أو على مانع ،مكان يتزوج الرجل مع امرأة على أساس أنها خالية من كل الموانع ثم يتضح أنها أخته .

كما يشترط حسب نص المادة (42) من قانون الأسرة أن يولد الجنين بين أدنى مدة الحمل وهي ستة أشهر وأقصاها وهي عشرة أشهر.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة (45) من قانون الأسرة على جواز اللجوء للتلقيح الاصطناعي وقيده بمجموعة من الشروط لا تخالف الشريعة الإسلامية و المقصودبالتلقيح الاصطناعي هو أخذ نطفة من الزوج وبويضة من مبيضي الزوجة فتوضعان في أنبوب اختبار طبي بشروط فيزيائية معينة حتى تلقح نطفة الزوج بويضة زوجته في وعاء اختبار.

ويثبت النسب بالتلقيح الاصطناعي شرعا وقانونا طالما كان من نطفة الزوج وبويضة الزوجة.[1] وما لم يتم استبدال مني الزوج بمني آخر أو مزجه بغيره وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 45 مكرر من ق.أ.ج التي حددت شروط التلقيح الاصطناعي بنصها " يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الصناعي"

ويخضعالتلقيحالصناعيللشروطالآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا.
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما
- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

[1]-سليمان ولد خسال مرجع سابق-ص129.

المطلب الثاني : سلطة القاضي في نفي النسب.

إذا توافرت جميع شروط ثبوت النسب فانه لا يجوز نفيه إلا عن طريق اللعان ،أما إذا لم يستوف النسب شروطه فحينئذ لا يعتبر النسب صحيحا ،كما لو لم يحدث أي لقاء بين الزوجين، أو اثبت احدهما عقما في الثاني وقام الزوج بنفي النسب عن طريق إنكار ولادة الولد لعدم مرور الفترة المحددة غير انه لا ينتفي الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه إلا بحكم القاضي ،ويعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا وقانونا في نفي النسب.[1]

ولا تسمع عند إنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حيث العقد ولا للولد زوجة أتت به بعد عشرة أشهر من غيبة الزوج عنها ،ولا لولد المطلقة أو المتوفي عنها زوجها إذا انتبه لأكثر من عشرة أشهر من وقت الطلاق أو الوفاة.

وتتمثل السلطة التقديرية للقاضي في النسب بحيث انه يقوم باستعمال الطرق العلمية كالحمض النووي لإثبات النسب وتقديره.

[1]-طيفاني-مختارية-مرجع سابق-ص35/92

خلاصة الفصل:

وفي الأخير نخلص إلى انه يراعي القاضي في تقدير النفقة والظروف المعشية لكلا الزوجين والحالة المعيشية لهم، وير اعي مصلحة المحضون بالدرجة الأولى في مسالة الحضانة وكذا في ثبوت النسب فمن حق الأولاد أن يتثبتوا نسبهم إلى آبائهم ولذلك منح المشرع حقا للقاضي للاستدلال بالطرق العلمية لإثبات النسب ونفيه فالسلطة التقديرية الممنوحة لهذا الأخير كانت نتيجة الحفاظ على حقوق الزوجين والأولاد.

الخـــاتمـة

الخاتمة

ختاما لما سبق تحليله ومناقشته بالسرد والتعليل للطلاق وتعريفاته وحق كل طرف من الزوجين في الإقدام عليه مع الآثار المترتبة على ذلك ومحاولة تسليط الضوء على مدى فعالية السلطة الممنوحة للقاضي من طرف المشرع الجزائري في مثل هذه القضايا من جهة ومدى ظبط قانون الأسرة لشروط ذلك وحالاته ومعالجة الآثار الناجمة عن الحكم به من جهة أخرى، و في ظل تزايد كبير لهذه الحالات في مجتمعنا وو وجود قواعد مرنة تتماشى ومتغيرات الواقع الجزائري من جهة ومع تفاقم التأثير المباشر على الأسر المفككة بفعل الإنفصال وتشرد الأطفال. كل هذه الأسباب وغيرها جعلتنا نخلص إلى النتائج التالية:

– منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية نستطيع وصفها بالواسعة نوعا ما في تقرير جواز الفصل بفك الرابطة الزوجية بغض النظر عن المصدر أو طريقة فك هذه الأخيرة.

– وجود قيود تنقص أو تحد من هذه السلطة وتجعل القاضي مستسلما لوقائع مادية ونصوصا قانونية معينة وضعت لتساعد القاضي على اتخاذ القرار في مثل هذه الحالات وتقيد سلطته من جهة أخرى.

– الهدف الأبرز من وضعها الحد من انتشار هذه الظاهرة الاجتماعية وتجنيب المجتمع والأسرة الجزائرية بصفة خاصة آثار الطلاق وإعطاء القاضي دورا اكبر في معالجة هذه الحالات التي ما فتئنا نلمس تزايدها بشكل كبير في مجتمعنا .

– نسبية الأثر الايجابي لهذه السلطة على الإنقاص من هذه الظاهرة

– وفي ظل كل ذلك رأينا بحتمية وضرورة لجوء المشرع الجزائري إلى مايلي:

– تفعيل محاولات الصلح بين الزوجين مع إشراك الحكماء من عائلات المعنيين.

– ضبط ومعالجة أكثر صرامة لحالات فك الرابطة الزوجية وما ينتج عنها وكذا سلطة القاضي بنصوص أكثر ردعية عل هذا يساهم في التقليل منها في الأسرة الجزائرية ليكون المجتمع أكثر تماسكا واستقرارا.

– إعادة النظر في حالات التطليق والخلع بتشديد الشروط وضبط الأسباب.

– محاولة ردع الزوج خاصة في حالة الطلاق التعسفي بتضييق الخناق عليه وإلزامه بتعويضات مكلفة تتناسب وفق الضرر اللاحق بالمطلقة.

واستنتجنا أنه المشرع جعل الطلاق بيد الرجل وحده إلا أنه لم يهمل حق المرأة في إنهاء الرابطة الزوجية في حالة ما إذالحق بها ضررا فمنحها حق التطليق معينة أو حق الخلع .

وكذلك لم يهمل حق الأطفال بعد وقوع انحلال الرابطة الزوجية بل راعى في ذلك مصلحة الأطفال في رعايتهم و حضانتهم و جعل لهم حق إنفاق الزوج على الأولاد بعد الطلاق ومنحهم حق إثبات نسبهم إلى آبائهم.

ونرجو من المشرع أن يضع قوانينأكثر صرامة لعلاج مشكلة الطلاق لعله بسن هذه القوانين يحد من تفشي هذه الظاهرة.

كماأنه رغم منح القاضي سلطة تقديرية إلا أن دوره ليس فعالا في مسائل الطلاق و نلاحظ هذا من خلال نتائج تزايد حالات الطلاق في مجتمعنا.

قائمة المراجع

المصـــادر والمراجــع

قائمة المصادر:

- القرآن الكريم برواية ورش
- قانون الاسرة الجزائري رقم 02/05الؤرخ في 27فبراير2005.

قائمة المراجع:

1. احمد ناصر الجندي،النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي،د.طبعة،دار الكتب القانونية للنشر،مصر 2006.
2. باديس دياني، فك الرابطة الزوجية (تعويض –نفقة–عدة–حضانة–متاع)،د.طبعة–دار الهدى للنشر– الجزائر –د.تاريخ.
3. جميل فخري محمد جانيم،متعة الطلاق وعلاقتهما بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون،الطبعة الاولى،دار حامد للنشر والتوزيع،عمان،2009.
4. عبد القادر بن حرزالله،الخلاصة في احكام الطلاق في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري حسب اخر تعديل له(قانون رقم 09/05المؤرخ في 4مايو 2005)،الطبعة الاولى،دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر2007.
5. الرشيد بن شويخ،شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)،الطبعة الاولى،دار الخلدونية للنشر،الجزائر 2008.
6. سليمان ولد خسال،الميسر في شرح قانون الاسرة الجزائري،الطبعة الثانية،دار الاصالة للنشر والتوزيع،الجزائر 2012.
7. عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد (احكام الزواج والطلاق بعد التعديل)،الطبعة الثانية،دار هومه للطباعة والنشر،الجزائر2009.
8. عبد العزيز سعد ،الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري،الطبعة الثالثة،دار هومة للنشر،الجزائر،د.تاريخ.

9. عبد القادر داودى،الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية(دراسة شرعية قانونية مقانة)،الطبعة الاولى،دار البصائر للنشر،الجزائر2007.
10. عبد القادر مدقر،شرح وجيز لقانون الاسرة الجزائري ملخص من الفقه الاسلامي،
11. طيفاني مختارية،اثبات النسب في تقنين الاسرة الجزائري والفقه الاسلامي،د.طبعة ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،تيارت2013.
12. محمد باوني،عقد الزواج وآثاره (دراسة مقارنة بين الفقه والقانون)،الطبعة الاولى،دار بهاء الدين للنشر والتوزيع،الجزائر2009.
13. نورة منصوري،التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الاسلامية،د.طبعة،دار الهدى للنشر،الجزائر2012.

الفهرس

الفهـــــرس

الإهداء
الشكرو التقدير
مقدمة.....أ
الفصل الأول : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الطلاق
المبحث الأول : السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.....04
المطلب الأول :تعريف الطلاق.....04
المطلب الثاني : سلطة القاضي في الطلاق بإرادة الزوج 05
المطلب الثالث :سلطةالقاضي في تقدير الطلاق التعسفي.....06
المبحث الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة
المبحث الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة.....08
الطلب الاول:السلطة التقديرية للقاضي في التفريق القضائي أو التطليق.....09
الفرع ألاول: طلب التطليق بسبب عدم الانفاق.....09
الفرع الثاني:طلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.....10
الفرع الثالث:طلب التطليق للهجر في المضجع : 11
الفرع الرابع: التطليق بسب العقوبةّ.....12
الفرع الخامس– التطليق للغيبة.....13
الفرع السادس:طلب التطليق لارتكاب الفاحشة المبينة: 14
الفرع السابع: التطليق للضرر المعتبر شرعا : 16
الفرع الثامن : التطليق للشقاق المستمر الزوجين: 17
الفرع التاسع: التطليق بسبب مخالفة الاحكام الواردة في المادة 8من قانون الاسرة 17
الفرع العاشر: التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها عقد الزواج 19
المطلب الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في الخلع.....19

الفصل الثاني:السلطة التقديرية للقاضي في آثار الطلاق
المبحث الأول : السلطة التقديرية للقاضي في النفقة.....24
المطلب الأول : السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مشتملات النفقة.....24
المطلب الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في استحقاق النفقة و تقديرها.....25
الفرع الأول : استحقاق النفقة 25
الفرع الثاني : استحقاق النفقة للمعتدة.....25
الفرع الثالث : تقدير النفقة.....26
المبحث الثاني :السلطة التقديرية للقاضي في الحضانة 27
المطلب الاول : السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة وحق الزيارة 27
الفرع الأول: إسناد الحضانة.....27
الفرع الثاني:حق الزيارة :.....28
المطلب الثاني: سلطة القاضي في اسقاط الحضانة 30
الفرع الأول : أسباب سقوط الحضانة.....31
الفرع الثاني : عودة الحضانة إلى مستحقها 32
المبحث الثالث : السلطة التقديرية للقاضي في النسب.....33
المطلب الأول :السلطة التقديرية للقاضي في إثبات النسب:.....33
المطلب الثاني : سلطة القاضي في نفي النسب.....35
الخاتمة.....38
المصادر المراجع.....41

ملخص

_ بحثنا هذا شرح ميسر لموضوع السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الطلاق مستندين في ذلك على النصوص القانونية الخاصة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري وعرض بعض الآراء الفقهية والقانونية بالإضافة إلى اجتهادات وأوامر قضائية في هذا المجال متمنين أن يستفيد منه الطلبة المتخصصين وغير المتخصصين وهذا للطبيعة التي يتميز بها هذا القانون عن غيره من القوانين الأخرى نظرا للمكانة التي تمثلها الأسرة في المجتمع والدور الذي يلعبه القاضي في هذا المجال.

Section 1: **Discrétion**:

Nous avons discuté de cette explication animateur au sujet du pouvoir discrétionnaire du juge des affaires familiales en cas de divorce fondant Li textes juridiques du droit du divorce famille algérienne et offrir des opinions jurisprudentielles et juridiques ainsi que les jugements et les ordonnances judiciaires dans ce domaine et souhaitons au profit des élèves spécialistes et non spécialistes C'est la nature de ce qui est caractérisé par cette loi d'autres lois autres en raison de la position représentée par la famille dans la société et le rôle du juge dans ce domaine ...comme indiqué dans le code de procédure civile et administrative, et le code de la famille algérien....