جامعة 8 ماي 1945 – قالمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم العلوم القانونية والإدارية
تخصص قانون خاص (قانون أسرة)

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في العلوم القانونية

دور قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية

(الزواج والطلاق وآثارهما)

إعداد الطلبة:

- الطالب : كموش نذير
- الطالب : بن يونس فهد

تحت إشراف :

– الدكتورة: مشري راضية
– الأستاذة: دقايشية مايا

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الاسم و اللقب	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
01	د/شرايرية محمد	8 مـــاي 1945	أستـــــاذ محاضر "ب"	رئيســـــــا
02	د/مشري راضية	8 مـــاي 1945	أستـــــاذ محاضر "ب"	مشرفـــــــا
03	أ/ دقايشية مايا	8 مـــاي 1945	أستـــــاذ مساعد "أ"	مشرفـــــــا ثانيا
04	د/ بوسنة رابح	8 مـــاي 1945	أستـــــاذ محاضر "ب"	مناقشـــــــا

2017-2016

اهداء :

لايطيب الكلام إلا بذكر الله ولا يصفو المقام إلا بالصلاة والسلام على خير الأنام,

ولا تستساغ الدنيا إلا بالوالدين الكرام .

إلى التي أهدتني حبها وحنانها وقدمت لي زهرة شبابها إلى التي كانت سند لي في أحلك الظروف ،ريحانة الدنيا وبهجتها ،أمي الغالية حفظها الله.

إلى الذي علمني أن الحياة نضال وكفاح ،وربانى على حسن الخلق وعلى سيرة الإسلام،الذي شاب لأعيش في الشباب.

إليك ،يا من غرس في نفسي حب الله والرسول صلى الله عليه وسلم . يا أبي الغالي.حفظك الله.

وإلى مصدر سعادتي وفرحي ومصدر قوتي ،إخوتي الأعزاء وأختي العزيزة .

وإلى كل أفراد عائلتي كبيرا وصغيرا.

وإلى كل أساتذتي الكرام الذين أحسبهم شموعا لتنير لي درب العلم والمعرفة بصفة عامة.

وإلى أستاذتي ومرشدتي بصفة خاصة الأستاذ"مشري راضسة"والاستاذة "دقايشية مايا".

وإلى من شاء القدر أن يجعلني بصحبتهم وصداقتهم كل أصدقائي الأعزاء أطال الله شملنا

وإلى كل من ساندني في دراستي بصفة عامة وفي إنجاز هذه المذكرة بصفة خاصة .

وفي الأخير كلمة مني تحمل المحبة والتقدير والإحترام والصبر والتقوى والمزيد من النجاح لي ولكل طلبة العلوم القانونية والإدارية.

تذييل

اهداء :

أهدي هذا العمل المتواضع :

إلى من أبتغي رضاهما بعد الله

إلى الوالدين الغاليين حفظهما الله وأطال في عمرهما

إلى من هم أقرب و أحن الناس على قلبي إخوتي.

أعز أصدقائي كموش نذير

و لا أنسى كل الأسرة الجامعية

إلى كل هؤلاء و غيرهم ممن تجاوزهم قلمي و لن يتجاوزهم قلبي أهدي ثمرة جهدي المتواضع.

سيقف قلمي هنا بُرهة ليستقر بين أنظار و معاني هذه العبارات الراقية الموجهة لشخصين راقين حفظهما الله

كن عالما .. فإن لم تستطع فكن متعلما ، فإن لم تستطع فأحب العلماء ،فإن لم تستطع فلا تبغضهم"

وأخص بالإهداء:

الأستاذة الدكتورة مشري راضية

و ا لأستاذة القديرة دقايشية مايا

الذي نقول لهما بشراك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"إن الحوت في البحر ، والطير في السماء ، ليصلون على معلم الناس الخير"

الفهد

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا إلى انجاز هذا العمل.

نتوجه بالشكر والتقدير إلى كل الأساتذة الذين ساهموا في إيصالنا إلى هذه المرحلة العلمية.

كما نخص بالشكر كل من الأستاذة "**دقايشية هايا** "،والأستاذة "**الدكتورة مشري راضية** " اللتين ساهمتا بشكل كبير في إنجاز هذا العمل، فلم

تبخلا علينا بالمعلومات والنصائح والإرشادات العملية والبناءة من أجل إنجاز هذا العمل.

كما نشكر لجنة المناقشة على ما سيسدونه من نصائح وتوجيهات وملاحظات هامة فتزيد من قيمة المذكرة وتقومها.

قائمة المختصرات

ص: الصفحة.

ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ق أ: قانون الأسرة الجزائري.

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق ع ج: قانون العقوبات الجزائري.

ق م ج: القانون المدني الجزائري.

ط: الطبعة.

د ط: دون طبعة.

ج: الجزء.

مقدمة

إن الإنسان اجتماعي بطبعه يتعامل ويتفاعل مع الناس، ومن نتائج ذلك حدوث الاختلاف بينه وبينهم ، لهذا شرع الإسلام النظام القضائي ليحل هذا الخلاف، ويفصل في الخصومات ويضمن حقوق جميع الأطراف بالتزام العدل و مراعاة الصالح العام، حيث جعل لمنصب القضاء أهمية كبرى ، وذلك لعظمة الدور الذي يقوم به القاضي ألا وهو تحقيق العدالة الحقيقية، حيث أمر الله تعالى بالعدالة القضائية في آيات كثيرة منها، قوله تعالى: " **وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل**" [1].

والقضاء في الدولة الحديثة يعتبر مرفق مهم من مرافق العدل، يستمد ضرورته من ضرورة وجود الدولة، وما أوجبه هذا الوجود من منع الأفراد والجماعات من القصاص وتحصيل حقوقهم بأنفسهم بعد أن كفلته الدولة حصرا بتنظيم قضائي وقانوني تنظمه وتشرف عليه، والقاضي هو الشخص الذي أناطت به الدولة مهمة تطبيق القانون وتحقيق العدل.

وعليه يعد القضاء السبيل الوحيد لتحقيق مبدأ سيادة القانون من أجل ممارسة الحقوق والحريات الأساسية وذلك من خلال التطبيق السليم للنصوص القانونية المتعلقة بهذه الحقوق.

و حتى يتسنى للقضاة إثبات الحقوق المدعى بها وإنصاف المظلومين، مكنهم المشرع من تطبيق القانون فجعل لهم مجال واسع للتحرك فيه، خاصة في الأحوال و الظروف التي تتطلب من القاضي إعمال النظر و التصرف لإنهاء الخصومة ، فالقاضي وان لم يكن مشرعا إلا أن له سلطة تقدير تمكنه أن يجعل أحكام القانون متماشية مع مقتضيات الظروف، فتكون هذه الأحكام بذلك أداة في يد القاضي يطور بها القانون تطويرا مستمـرا، حيث تعتبر هذه السلطة تلك الآلية التي خولها المشرع له ليتصرف بموجبها في الأحوال التي يكون فيها النص القانوني غير قطعي في دلالته ما يترك له فرصة إعمال سلطته التقديرية ، فيعمل فكره و نظره ، فيقدر و يقيس الأمور بأشباهها ،هدفه في ذلك تحقيق مقصد المشرع و العمل على ما فيه صلاح للناس[2].

هذا و تعد المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق من أكثر المسائل التي تثار النزاعات بشأنها بين الأزواج وتجعلهم في كثير من الأحيان أحوج ما يكونون إلى من ينتصف لهم ويحفظ حقوقهم، فيلجؤون إلى القضاء، وهو ما يفسح المجال للقاضي لإعمال سلطته التقديرية التي أصبحت من المسلمات المفروضة في مجال العمل القضائي، والتي اعترف له بها كل من الفقه القانوني والقضاء. وهو ما أخذ بها المشرع الجزائري حيث أولى اهتمام كبير بقسم شؤون الأسرة ، و أفرد له

---

[1] سورة النساء الآية 58.

[2] شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014.

أحكام خاصة في الباب الأول تحت عنوان " في الإجراءات الخاصة بالمحكمة والإجراءات الخاصة ببعض الأقسام"، في الفصل الأول بعنوان "قسم شؤون الأسرة " من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث خصص له 76 مادة ، وذلك من المادة 423 إلى المادة 499 [1].

وعليه فالمشرع الجزائري فتح مجالا واسعا لقاضي شؤون الأسرة في إعمال سلطته التقديرية، وهو ما نلمسه من خلال نصوص قانون الأسرة الجزائري التي جاءت مرنة مما تسمح له بإيجاد الحل المناسب مهما اختلفت الظروف والملابسات، حيث نجده قد خوله دورا ايجابيا في ممارسة صلاحيته فيما يتعلق بانعقاد الزواج وانحلاله والآثار المترتبة عنهما[2].

وهو ما يدل على أهمية الدور الممنوح لقاضي شؤون الأسرة وصعوبته مقارنة بباقي القضاة الذين ينظرون في القضايا المدنية أو الاجتماعية و غيرها، وذلك نظرا لخصوصية المشاكل الأسرية كونها تتعلق بأخطر العقود و هو عقد الزواج و ما يترتب عليه من آثار، و الذي شرعه الإسلام وجعل الأصل فيه هو الدوام و الاستمرار إلا أنه قد ينحل متى تعرضت الحياة الزوجية للشقاق و النزاع، فكانت شرعية الطلاق كحل أخير بعد عجز طرق الإصلاح الأخرى.

لهذا اقتصرت دراستنا على معالجة دور قاضي شؤون الأسرة في مسائل الزواج وانحلاله وآثارهما دون غيرها من المسائل نظرا لأهمية هذا الموضوع ،إضافة إلى أن معالجة السلطة التقديرية للقاضي في كل ما ورد في قانونه الأسرة يحتاج إلى مجلدات ،وحتى مسائل الزواج وانحلاله فقد تطرقنا إلى النقاط التي تبين لنا أن لسلطة القاضي التقديرية أثر بالغ فيها وقد حاولنا أن نبين السبل التي يعتمد عليها القضاة في معالجة هذه النقاط وكيفية إعمالهم لسلطتهم التقديرية في ذلك باعتمادنا على ما جاء به المشرع الجزائري في قانون الأسرة و قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،بالإضافة إلى ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قراراتها .

- **أهمية الموضوع.**

أما بالنسبة لأهمية موضوع بحثنا فان اختيارنا لهذا الموضوع كان على قناعة شديدة بأنه أنسب المواضيع للربط بين الجوانب النظرية لأحكام الزواج والطلاق والجوانب العملية لها، كونه يسلط الضوء على السلطات التي منحها له قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09، و تحديد

---

[1] قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، (ج ر رقم 21 سنة 2008)، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[2] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 (جريدة رسمية رقم 24 لسنة 1984) ،المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005، (ج ر رقم 15 لسنة 2005)، والموافق عليه بموجب القانون 05-09 المؤرخ في 04-05-2005 (ج ر رقم 43 لسنة 2005) المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

مجال تدخله في مسائل الزواج و الطلاق وما تثيره من إشكالات عملية كما أنه يوضح دور القاضي في إيجاد الحلول المناسبة على اعتبار أنه من واجباته الفصل في النزاعات المطروحة أمامه.

كما تبرز أهمية الموضوع في عدم دقة مصطلح السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة. مما يدفعنا إلى محاولة تبيان حدود هذه السلطة، إضافة إلى ذلك يحمل الموضوع أبعاد نظرية و تطبيقية قضائية، وهو ما يضفي عليه أهمية خاصة محاولة للخوض في مجمل تفاصيله القانونية والقضائية.

- **أسباب اختيار الموضوع:**

الأسباب الشخصية:

الرغبة في البحث في موضوع إجرائي من صميم الواقع المعاش خاصة ما تعلق منها بقضايا شؤون الأسرة، الذي يبين حقيقة التقاضي في قسم شؤون الأسرة في المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق والآثار المترتبة عنهما، مما يجعلنا نلتمس الاختلاف بين ماهو نظري وعملي.

الأسباب الموضوعية:

تتمثل الأسباب الموضوعية في أن النزاعات المتعلقة بالزواج والطلاق والآثار المترتبة عنهما من القضايا التي أصبحت تطرح بكثرة على القضاء.

كما تبرز أسباب اختيارنا للموضوع نظرا لخصوصية قضايا الأحوال الشخصية وأهميتها وصعوبة دور قاضي شؤون الأسرة مقارنة بغيره من القضاة، و تسليط الضوء على دور قاضي شؤون الأسرة ومحاولة لإزالة اللبس الذي يعتريه ، كذلك تبيان الدور الايجابي لقضاة شؤون الأسرة في جميع مراحل سير الدعوى، هذا ونضيف إلى أن أسباب اختيارنا لهذا الموضوع كان لجدة الدراسة ونقص الأبحاث فيه.

- **الإشكالية:**

ينبغي البحث الإجابة على التساؤل التالي:

إلى أي مدى يمارس قاضي شؤون الأسرة سلطته التقديرية لحل نزاعات الزواج والطلاق وأثارهما المطروحة أمامه؟.

- **المنهج المتبع.**

ولأن الباحث لا يمكنه الاستغناء عن مناهج البحث العلمي عند طرحه لبحثه، فقد اعتمدنا على المنهج الاستقرائي من خلال استقراء المواد القانونية المتعلقة بهذا الموضوع.

بالإضافة إلى المنهج الوصفي التحليلي بغرض وصف وتحليل وتفصيل وتمحيص المواد القانونية المتعلقة بسلطات القاضي في مسائل الزواج والطلاق وأثارهما المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وكذا تحليل وتمحيص مواد قانون الأسرة ذات الصلة بهذا الموضوع.

- **أهداف الموضوع.**

إن الهدف من هذه الدراسة هو إثراء الموضوع من خلال البحث فيه ودراسته، كذلك التعرض للمشاكل العملية والقانونية المتعلقة دور القاضي في الزواج والطلاق وآثارهما بما أنه أصبح يحتل مساحة لا بأس بها في الحياة العملية، كما تهدف هذه الدراسة أيضا إثراء مكتبتنا القانونية.

- **الدراسات السابقة:**

من أهم الدراسات التي حصلنا عليها والتي تصب في الموضوع الآتي:

– مذكرة من إعداد عثمان كرجاني، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج و انحلال الرابطة الزوجية، مذكرة ماجستير، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس،2012.

– أطروحة من إعداد شامي أحمد ، " السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ،دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر،2014.

حيث كانت هذه الدراسات قيمة أخذنا منها الكثير، رغم أنها عالجت الموضوع بشكل مختلف ، حيث أن مذكرة الماجستير اقتصرت فقط على انحلال الرابطة الزوجية واثبات الزواج، أما أطروحة الدكتوراه فقد تناولت الموضوع في شكل دراسة مقارنة مما جعلت دراستها مقتضبة بعض الشيء، وهو ما يجعل موضوع بحثنا بجوانبه المختلفة جديد يحتاج للتعمق أكثر والإثراء.

- **الصعوبات:**

واجهتنا أثناء البحث صعوبات أهمها:

استحداث نصوص قانونية جديدة وسعت من سلطة قاضي شؤون الأسرة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، و قلة المراجع المتخصصة التي تعنى بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

– معالجة المسائل التي يكون لقاضي شؤون الأسرة دور فيها بصفة مقتضبة.

– أن جزئيات الموضوع متعددة و في مراجع متفرقة فكان الإلمام بها صعبا و تطلب الكثير من الدقة والإمعان و التمحيص.

وعليه فإن الخوض في دراسة مسألة دور قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو الأمر الذي دفعنا إلى تقسيم الخطة إلى فصلين يحتوي الفصل الأول على دور قاضي شؤون الأسرة في الزواج وآثاره، قسمناه إلى مبحثين يتناول الأول دور قاضي شؤون الأسرة عند نشوء الرابطة الزوجية، أما الثاني تناولنا فيه دور القاضي في الآثار المترتبة عن نشوء هذه الرابطة، أما الفصل الثاني عالج دور قاضي شؤون الأسرة في الطلاق وآثاره، قسمناه إلى مبحثين حيث تناولنا في المبحث الأول دور قاضي شؤون الأسرة في انحلال الرابطة الزوجية، أما في المبحث الثاني عالج دور القاضي في الآثار المترتبة عن انحلال هذه الرابطة، وقد اختتمنا دراستنا بخاتمة بينا فيها إلى أهم النتائج المتوصل إليها، مع تقديمنا لبعض الاقتراحات.

الفصل الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في الزواج وآثاره

عالج المشرع الجزائري كل المسائل المتعلقة بالزواج في قانون الأسرة الجزائري، وقد استمد جلّ أحكامه من الشريعة الإسلامية مراعيا في ذلك مستجدات العصر وتطور المجتمع، وحدد أحكاما وشروطا في عقد الزواج لابد من توافرها في المقدمين عليه، وخصه بمقدمات تتفق مع عظمته وقدسيته.

ولضمان التقيد بأحكام هذا القانون جعل المشرع قاضي شؤون الأسرة رقيبا لضمان التقيد بمختلف نصوصه، لكن مهما بلغت حيطة المشرع وحسن صياغته فإنه سيظل عاجزا عن معالجة كل الحالات المعروضة على القضاء، لذلك جاءت جل النصوص مرنة تمنح للقاضي سلطة تقديرية لمواجهة ظروف تطبيق النص القانوني على أرض الواقع.

ولتبيان دور القاضي في هذا المجال نتطرق إلى النقاط التالية حيث سنتطرق في **المبحث الأول:** دور قاضي شؤون الأسرة عند نشوء الرابطة الزوجية، ونعالج في **المبحث الثاني:** دور قاضي شؤون الأسرة في آثار نشوء الرابطة الزوجية.

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي عند نشوء الرابطة الزوجية

يعرف عقد الزواج على أنه :"عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما مدى الحياة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات ."[1]

وهو من أهم وأخطر العقود في حياة الإنسان. وقد نظمه المشرع الجزائري في قانون الأسرة وحدد أحكامه في الباب الأول"الزواج"،فأفرد الفصل الأول للخطبة والزواج من الباب الأول منه- الزواج- من الكتاب الأول- الزواج وانحلاله- من المادة الرابعة إلى المادة الحادية والعشرين منه.

وقد جاءت معظم قواعد قانون الأسرة مرنة تاركة مجالا خصبا لتدخل القاضي من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية حسب كل قضية معروضة عليه، وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال مايلي:

المطلب الأول: مجال تدخل القاضي في الخطبة

عقد الزواج هو عقد يبرم على أساس الدوام والتأبيد ولهذا خصه الشرع والقانون بمقدمات تمهد له،وهي ما تسمى بالخطبة.وقد عالج المشرع الجزائري موضوع الخطبة في المادتين 5 و6 من قانون الأسرة.وتعرف الخطبة على أنها :" إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة، وإعلام المرأة وليها بذلك"[2].وذلك بأن يتقدم إليها أو إلى أهلها لطلب الزواج منها.وعرفها المشرع الجزائري في المادة 5 من قانون الأسرة بقوله :"الخطبة وعد بالزواج .فإذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إذا كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته".

أما إذا كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد الخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته."[3] فهي كإجراء تمهيدي يسبق عقد الزواج، بهدف إتاحة الفرصة للخطيبين حتى يكونا مستعدين بشكل كامل لعقد الزواج ماديا ومعنويا. .

وسنحاول تبيان مجال تدخل القاضي في هذه المسالة من خلال فرعين:

يتناول الأول : تعويض الضرر المترتب على العدول عن الخطبة.

ويعـــــالج الثاني: سلـطات القاضـي فيما يخص الهدايا والمهر المقـدمان خلال فترة الخطـــوبة.

---

[1] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة،الأردن،2012 ،ص73 .

[2] وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته، ،دار الفكر المعاصر،سوريا،ط 4، الجزء التاسع ،1997 .ص6492 .

[3] المادة 05 ق أ.

الفرع الأول: تعويض الضرر المترتب على العدول عن الخطبة

لقد اعتبر المشرع الجزائري الخطبة في المادة 05 الفقرة الأولى وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عنها ،أي يمكن لأحد الخطيبين الرجوع والتخلي عن مشروع الزواج والتوقف عن إجراءات إبرام عقد الزواج[1]، فيمكن أن يكون العادل حسن النية بسبب أمرا لا بد منه كظروف عمل تتوجب الحصول على رخصة بالزواج، فعدم حصوله عن الرخصة يعتبر عدول مبرر ليس في مقدوره إتمام الزواج، أو أن يكون عدول طرف يسبب أضرار بالطرف الآخر مما يستوجب التعويض،ويظهر جليا هنا دور القاضي من خلال دوره في تقدير وجود الضرر من عدمه والحكم بالتعويض المناسب له استنادا إلى أسس يعتمد عليها للحكم بالتعويض عن الضرر الناتج عن هذا العدول.

أولا : جوازية تعويض الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة

نص المشرع الجزائري في المادة 05 الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري على أنه إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر لأحد الطرفين جاز للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض الناتج عن العدول عن الخطبة سواء كان العدول من الخاطب أو من المخطوبة ، وسواء كان الضرر مادي،وهو الذي يصيب المضرور[2] في حق من حقوقه التي يحميها القانون سواء في جسمه أو ماله،أو يصيبه في مصلحة مادية مشروعة"،أو ضرر معنوي وهو الذي يمس المضرور في مشاعره أو عواطفه أو في شرفه أوفي عقيدته."[3]

هذا ويختص بالفصل في النزاعات المتعلقة بالخطبة قسم شؤون الأسرة وهو ما نصت عليه المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،والجهة القضائية المختصة إقليميا بالنظر في دعوى العدول عن الخطبة هي محكمة موطن المدعى عليه وهذا طبقا لنص المادة 426 ق.إ.م.إ ، التي جاء فيها:"تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى".وعليه فإذا كان العدول من المخطوبة يرفع الخاطب دعواه أمام قسم شؤون الأسرة لدى محكمة موطن المخطوبة، أما إذا كان العدول

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد،دار هومة ،الجزائر، (د ط) ،2013 ،ص17 .

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق ، ص17 .

[3] ومثال المصلحة المادية المشروعة،مطالبة الزوجة تعويضا من قاتل زوجها عما خسرته من إنفاقه عليها، باعتبار انه كانت بينهما علاقة شرعية تربطهما.وإذا كانت علاقة غير شرعية فلا حق لها في المطالبة بالتعويض.
أنظر علي علي سليمان،النظرية العامة للالتزام،ديوان المطبوعات الجامعية، ط4،الجزائر،2007،ص162 ، 163 .

من الخاطب فترفع المخطوبة دعواها أمام قسم شؤون الأسرة بمحكمة موطن الخاطب، وهذا تطبيقا للقاعدة العامة في الاختصاص المحلي أي محكمة موطن المدعى عليه[1].

هذا وترفع الدعوى بتقديم عريضة مكتوبة وموقعة من طرف المدعي ومؤرخة و مرفقة بنسخ بعدد أطراف النزاع ،ومستوفية للبيانات و الشروط التي يفرضها القانون تحت طائلة عدم القبول وتودع بأمانة ضبط المحكمة المختصة، وهو نصت عليه المواد 14،15،16،17 ق إ م إ. كما يجب أن تتوفر في المدعي أي الطرف المتضرر من العدول عن الخطبة الصفة والمصلحة،وهما شرطين أساسيين لقبول الدعوى القضائية.أما الأهلية فهي شرط لصحة المطالبة القضائية وفق ما نصت عليه المادة 64 من ق.إ.م.إ.

وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير الضرر والتعويض الذي يتناسب معه. وبالرجوع أيضا إلى القانون الجزائري وهو الشريعة العامة، نجد المادتين 71 و72[2] منه تعتبران مجرد الوعد لا ينشئ الالتزام.[3]

لما كان العدول عن الخطبة حق لكل طرف فإنه لا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء الحكم بإلزام الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة وإبرام عقد الزواج دون إرادته، كما أن مجرد العدول لا يستوجب التعويض ، وإنما يجوز للطرف المتضرر أن يطالب بالتعويض [4]عن الضرر المادي أو المعنوي الذي لحق به نتيجة عن فعل خطأ[5].وبما أن العدول عن الخطبة قد يسبب أضرارا مادية ومعنوية ،فقد تستمر الخطبة زمنا طويلا ممّا يؤدي إلى تقدم المخطوبة في السن فيسبب لها ذلك ضررا يتمثل في تفويت فرصة الزواج من الخاطب المناسب، أو قد تكون موظفة أو تتابع دراستها فتقدم استقالتها أو تتوقف عن الدراسة استعداد للزواج ثم بعد ذلك يعدل الخاطب عن الخطبة، كما انه قد يطلب من الخاطب إعداد منزل

---

[1] عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر،الجزائر،ط 03 ،2009،ص 278 .

[2] المادة 71،72 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1957 ،المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ،(ج ر رقم 44 سنة 2005).

[3]– بلحاج العربي،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق،ص114 .

[4] وقد انتهى القضاء في مصر إلى ثلاث مبادئ متعلقة بالتعويض على العدول عن الخطبة وهي .:

– أن الخطبة ليست بعقد ملزم.

– أن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض.

– أنه إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض.

للتفصيل يراجع: عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ،منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة الثالثة، المجلد الثاني ،لبنان،937.

[5]– بلحاج العربي،المرجع السابق ،ص115 .

خاص في مدينة معينة ويكلفه ذلك مبالغ باهضة ثم يحدث العدول من المخطوبة [1].

وتجدر الإشارة إلى أن القاضي لا يجد صعوبة في تقدير التعويض الناتج عن الضرر المادي ،بينما يجد صعوبة في تقدير قسمة التعويض الناجم عن الضرر المعنوي لأنه يصعب تحديد درجة الضرر المعنوي.وهنا يبرز مجال إعمال القاضي لسلطته التقديرية لإيجاد الحل الأنسب.

ثانيا : الأساس الذي يعتمد عليه القاضي للحكم بالتعويض عن الضرر الناتـج عن العدول عن الخطبة

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على إمكانية التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة لكن لم يحدد الأساس الذي يعتمد عليه القاضي للفصل في النزاع،هذا ما يدفعنا إلى البحث عن الأساس الذي يمكن الاعتماد عليه للحكم بالتعويض،وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد عدة أسس للحكم بالتعويض،فمنها المسؤولية المدنية والتي تترتب نتيجة عن الفعل الذي يضر بمصالح الفرد مما يستوجب على المتسبب به جبر الضرر بتعويض يقدمه إلى المتضرر،وتقسم هذه المسؤولية إلى قسمين وهما :

1 –المسؤولية العقدية

وهي التي تترتب على الإخلال بالتزام ناتج عن عقد صحيح ،ويشترط لقيامها الشروط التالية :

- يجب أن يكون بين الدائن والمدين عقد صحيح.
- وأن يخل احد المتعاقدين بالتزامه الناتج عن العقد سواء كان الالتزام بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.
- وان يرتب هذا الإخلال ضرر للطرف الآخر أو لخلفه العام .
- وأن تكون هناك علاقة سببية بين الإخلال بالالتزام وبين الضرر الناتج عنه .

2 – المسؤولية التقصيرية

وهي التي يرتبها القانون على الإخلال بالتزام قانوني يقوم على مبدأ ألا يضر الشخص غيره بخطأ أو تقصير صادر عنه.وتقوم على ثلاثة أركان نوجزها :

- أن يصدر من الشخص المسؤول خطأ.
- وأن ينتج عنه ضرر يلحق الغير .

---

[1] نسرين شريقي،كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري،دار بلقيس،الجزائر،(د ط)2013،ص 19 .

- وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر[1] .

بالإضافة إلى المسؤولية المدنية التي توجب التعويض عن الضرر نجد التعسف في استعمال الحق كأساس آخر يمكن أن يقوم عليه التعويض،وهو أن يستعمل الشخص حقه بقصد الإضرار بالغير .وقد نص المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر ق م على أنه يشكل الاستعمال التعسفي خطأ في الحالات التالية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،وهو ما يسمى بالمعيار الشخصي.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الضرر الذي يصيب الغير،وهو ما يسمى بالمعيار الموضوعي أي تنعدم نية الإضرار بالغير.
- إذا كان يقصد به الحصول على فائدة غير مشروعة أي مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

من خلال ما سبق يمكن القول أن المسؤولية العقدية لا يمكن اعتبارها كأساس للتعويض عن العدول عن الخطبة،لان الخطبة ليست بعقد وإنما هي مجرد وعد بالزواج كما سبق بيانه.

هذا ويمكن اعتبار أساس الحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة هو التعسف في استعمال الحق،لأنه إذا كان العدول بقصد الإضرار بالمخطوبة وهو ما نصت عليه المادة 124 مكرر فقرة 2 من ق م ،كما يمكن اعتبار أساس هذا التعويض أيضا هو المسؤولية التقصيرية استنادا للمادة 124 من ق م، وليس مجرد العدول الذي هو حق للطرف العادل. فالقاضي يبحث عن العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر الناشئ عنه [2]، فإذا لم توجد أية علاقة بينهما فلا يمكن له الحكم بالتعويض، أي إذا كان هذا الضرر ناشئا عن مجرد الخطبة والعدول عنها فلا تعويض للطرف الذي يدعي الضرر، أما إذا كان سبب الضرر هو فعل صاحب العدول أو سبقه فتدخل المسالة في التغرير الموجب للضمان [3]فهنا القاضي يحكم بالتعويض.وهذا ما يستشف من خلال القرار رقم 56097 الصادر بتاريخ 1989/12/25 حيث جاء فيه "... من المقرر أيضا أنه إذا ترتب على العدول عن الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون[4] "...

ثالثا :سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة

---

[1] علي علي سليمان، ،المرجع السابق ،ص 113 .

[2]علي علي سليمان ،المرجع السابق،ص 191،221 ،223 .

[3] نسرين شرقي،كمال بوفرورة،المرجع السابق،20 .

[4] المجلة القضائية ، قسم الوثائق والمستندات ، المحكمة العليا، العدد الرابع ، الجزائر، سنة 1991، ،ص 102.

يكون التعويض في هذه الحالة على أساس الضرر الذي لحق الطرف المعدول عنه، وبحسب نص المادة 182ق م ، يشمل التعويض ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب .ويشمل التعويض في المسؤولية التقصيرية كل ضرر مباشر سواء كان مادي أو أدبي، وسواء كان متوقع أو غير متوقع ،ويراعي القاضي في تقدير التعويض الظروف الملابسة لوقوع الضرر كما نصت عليه المادة 131 ق م ، بمعنى الظروف الشخصية التي تتصل بحالة المضرور الصحية، والمالية والعائلية، كما يراعي القاضي في تقدير التعويض الظروف الشخصية والمالية للطرف المتسبب في الضرر، فالضرر يقدر تقديرا ذاتيا أو شخصيا، غير أنه يجب أنه يكون هناك تناسب بين الضرر والتعويض المحكوم به.[1]

وقد نصت المادة 131 ق م على أنه إذا تعذر على القاضي وقت الحكم أن يقدر قيمة التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في طلب التعويض خلال مدة معينة وذلك بالنظر من جديد في التعويض، وللقاضي أن يحكم للمضرور بنفقة مؤقتة إذا كان ثبتله أن المضرور يستحق التعويض وكانت ظروفه لا تسمح له الانتظار حتى صدور الحكم.

كما يستشف من نص المادة 132 ق م، على أنه يجوز للقاضي أن يحكم بتعويض نقدي للمتضرر،على أنه يجوز له أن يحكم بتعويض عيني بما يتناسب وظروف الحال،وبناءا على طلب المضرور،أي أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه،كما قد يكون التعويض مقسطا أو إيرادا مرتبا[2].

وفي قرار للمحكمة العليا المؤرخ في 25 ديسمبر 1989 ، ملف رقم 560797 جاء فيه :"من المقرر أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أيضا أنه إذا ترتب عن العدول على الخطوبة ضررا مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون .ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصابه بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[3]

---

[1] بلحاج العربي، ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،(د ط) ، الجزء الثاني،1999،ص268،269.

[2] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ،المرجع السابق، ص ص 269-271 .

[3] المجلة القضائية لسنة 1991،العدد 4،ص102 .

الفرع الثاني: سلطات القاضي فيما يخص الهدايا والمهر المقدمين خلال فترة الخطبة

الخطبة وان كانت وعدا بالزواج ،إلا أنه في بعض الحالات نجد أن الخاطب يقدم خلال هذه المرحلة قيمة المهر كله أو بعضه،كما قد يتبادل الخطيبان الهدايا التي تخلق نوعا من المودة والرحمة،هذا ما قد يؤدي إلى نشوء نزاع في الحالة التي يكون فيها عدول من أحد الخطيبين مما يستوجب تدخل القاضي في ذلك لفض النزاع القائم بينهما وهذا ما سنحاول التطرق اليه في هذا الفرع.

أولا : سلطات القاضي فيما يخص الهدايا المقدمة خلال فترة الخطبة

عالج المشرع الجزائري في نص المادة 5 الفقرة 4و5 من قانون الأسرة مصير الهدايا المقدمة من أحد الخطيبين إلى الطرف الآخر في حالة العدول عن الخطبة من أحدهما، فجاء في فحواها ما يلي: "...لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إذا كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"، فمن خلال استقراء هاتين الفقرتين يتضح أن المشرع الجزائري أباح للطرف الذي عدل عنه استرجاع ما لم يستهلك من هدايا أو قيمتها أما الطرف العادل فليس له الحق في استرجاع شيء.
ويبدو جليا أن هذا الحكم يفتح المجال واسعا لإعمال القاضي لسلطته التقديرية.

1:الحالة التي يكون فيها العدول من الخاطب

طبقا لنص المادة 5 ق أ فإنه إذا كان العدول عن الخطبة من الخاطب وكان قد أهدى المخطوبة هدايا، فلا يحق له طلب استرداد ما قدمه سواء استهلك أو لم يستهلك.وأما إذا كان العدول من المخطوبة فيحق له المطالبة باسترداد ما قدمه.ويقع عبء الإثبات في هذه الحالة على الخاطب العادل، فيقوم بإثبات واقعة الخطبة بشهادة الشهود الذين حظروا الخطوبة،كما يقع على عاتقه إثبات تقديمه هدايا للمخطوبة بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود أو تقديم فواتير بقيمة الهدايا المقدمة خاصة إذا كانت قَيِّمَة كالمصوغات،وعلى القاضي أن يحكم باسترداد الهدايا إذا تبين له صحة ادعاءات الخاطب وكان العدول من المخطوبة عملا بنص المادة 5 ق أ.وإذا تبين للقاضي أن العدول كان من الخاطب فترفض دعواه،وإذا أثبتت المخطوبة في المقابل أنها قدمت لخطيبها هدايا،فيحكم لها القاضي باسترداد ما أهدته أو قيمته.[1]

2 :الحالة التي يكون فيها العدول من المخطوبة

---

[1] سواحلية أمال،دور قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الزواج وآثاره،مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية،جامعة سكيكدة،2014 ص11.

إذا كان العدول عن الخطبة من المخطوبة فإنه يجب عليها أن ترد ما أخذته من هدايا تكون ما تزال قائمة عينا لم تستهلك، وإذا كانت قد استهلكت فترد قيمتها حسب نص المادة 5 ق أ [1]، فإذا طالب الخاطب بالهدايا المقدمة لها بدعوى أقامها أمام القضاء،واثبت ذلك ،فعلى القاضي ان يقضي برد الهدايا التي لم تستهلك أو قيمتها.[2]

ثانيا: سلطة القاضي فيما يخص المهر المقدمة خلال فترة الخطوبة

المهر هو المال الذي يدفعه الرجل للمرأة عربونا و رمزا لرغبته في الاقتران بها ،ولقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 14 من قانون الأسرة، لكن لم يتعرض لمسألة الصداق المقدم إلى المخطوبة خلال فترة الخطوبة صراحة [3]،ولكن يستشف ذلك من خلال نص المادة 16 من ق أ وعليه يمكن للقاضي هنا إعمال سلطته التقديرية والفصل في النزاع حول الصداق المقدم خلال فترة الخطبة.

وقد اعتبر المشرع الجزائري المهر شرط صحة لعقد الزواج و هو ما أكده في نص المادة 9 مكرر من ق أ، ومنه ما دام الزواج لم يتم فعلا فلا حق للمخطوبة فيه ،تطبيقا لمبدأ عدم الإثراء بلا سبب وهذا ماجاء في قرار للمحكمة العليا تحت رقم 34046 الصادر في 1993/01/24 [4].

حيث أن المهر المقدم أثناء الخطبة يسترد سواء كان قائما أو مستهلكا أو هالكا،وفي حال إذا كان هالكا يستوجب الرجوع بقيمته إن كان قيميا، وبمثله أن كان مثليا،ومهما كان سبب العدول والطرف الذي عدل سواء كان الخاطب أو المخطوبة [5].لان المهر يلزم بالعقد وهو ما يفهم من خلال نص المادة16 من ق أ فهو حكم من أحكامه، غير أنه تستحق المرأة نصفه في حالة الطلاق قبل الدخول وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار رقم 96801 الصادر في 1993/10/05 حيث قضى بأن قضاة الموضوع طبقوا المادة 5 من ق أ على الطلاق قبل البناء وقضوا بإرجاع الصداق كاملا على أساس ان العدول كان من المخطوبة ،بالرغم أن عقد الزواج قد تم بين الطرفين ،وعليه بقضائهم كما فعلوا قد أخطؤوا في تطبيق القانون،مما يستوجب نقض القرار [6]،وما دام عقد الزواج لم يوجد فلا حق للمخطوبة فيه ويبقى حق خالص للخاطب.[7]وفي هذه الحالة يعتبر

---

[1] عبد العزيز سعد،المرجع السابق،ص 86 .

[2] سواحلية أمال،مذكرة سابقة ،ص12.

[3] عبد العزيز سعد،المرجع السابق،ص46 .

[4] المجلة القضائية لسنة 1995 ،العدد 1، ،ص 128 .

[5] وهبة الزحيلي، المرجع السابق،ص 6509 .

[6] مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص،سنة 1995 ،ص 266 .

[7] طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الخلدونية، الجزائر،(د ط)، 2009، ص13.

كل من الخاطب والمخطوبة مدعيا ومنكرا فأيهما أقام بينة على دعواه أمام قاضي شؤون الأسرة بمحكمة موطن المدعى عليه وذلك وفقا لنص المادة 426 ق اج م ا ،وأقنعه بوجود العقد من عدمه حكم له بما أدعاه وفقا لتقديره قوة حجته وبينته حسب الأدلة المقدمة .

من خلال ما تقدم لا يمكننا إلا أن نقول أن المشرع الجزائري رغم تطرقه لمقدمات الزواج في المادة 05 من قانون الأسرة إلا أنه لم يولها الاهتمام اللازم لذا وجب على القاضي بما له من سلطان التقدير أن يتحلى بالحكمة وحسن التدبير حسب ظروف كل قضية وحسب كل طرف من أطرافها .

المطلب الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير بعض شروط عقد الزواج

اعتبر المشرع الجزائري الزواج من المسائل التي تقتضي أن يتمتع الشخص الراغب فيه بأهلية كاملة وهذا نظرا لاعتبارات مالية واجتماعية وأسرية ، واعتبر أيضا أن الولي في عقد الزواج في حالة وجوبه شرط من شروطه، ولكن رغم ذلك يجوز للقاضي منح ترخيص بالزواج دون بلوغ الشخص سن الزواج سواء كان ذكرا أو أنثى وذلك من خلال نص المادة 07 ق أ، و كذلك يجوز للقاضي بتعيين الولي في حالة غيابه،و أضاف المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة الجزائري شرط سابق لعقد الزواج تماشيا مع مقتضيات العصر والتي أوجبه لإتمام الرسمية في هذا العقد والمتمثل في ترخيص القاضي بالزواج والتي يكون فيها الشخص راغبا بالتعدد وهذا ما جاء في نص المادة 8 ق أ، ، وسنحاول معالجة هذا المطلب فيما يلي:

الفرع الأول: سلطة قاضي شؤون الأسرة بالترخيص بالزواج وتعيين الولي في حالة غيابه

يجوز للقاضي منح الترخيص بالزواج لشخص للراغب في ذلك، دون السن القانوني أو في حالة التعدد متى تأكد القاضي من شروط واجب توافرها، وكذلك يجوز له تعيين الولي إذا اقتضى ذلك.

أولا: دور قاضي شؤون الأسرة بالترخيص بالزواج دون السن القانوني

يجوز لقاضي شؤون الأسرة منح الترخيص بالزواج قبل بلوغ سن الزواج المقدر ب 19 سنة كاملة متى تأكد من شروط جب توافرها.

1: تحديد سن أهلية الزواج

تعتبر الأهلية من الوضعيات القانونية التي تخول الشخص مباشرة التصرفات مع ترتيب آثارها والاعتراف بها قانونا، والزواج من العقود التي تقتضي الأهلية الكاملة لما يترتب عليه من التزامات اجتماعية وعائلية ومالية، والتي تقتضي نضج فكري وقدرة مالية ومعرفة شؤون الحياة الزوجية، وتكتمل أهلية الزواج

بالنسبة للزوجين ببلوغ سن 19 سنة كاملة، وهذا ما نصت عليه المادة 07 الفقرة الأولى من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء في فحواها " **تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة.**" والتي في ذات الوقت متماشية مع سن الرشد القانوني في القانون المدني والذي حدد ب 19 سنة من خلال نص المادة 40 منه[1] .

إن تحديد السن الأدنى للزواج قد تناولها المشرع الجزائري في مختلف قوانين الأسرة السابقة ابتداء من الأمر 04-04-1959 من خلال المادة الخامسة منه، ثم القانون 63-224 في نص المادة الأولى منه، حتى جاء قانون الأسرة رقم 84-11 والذي حدد سن الزواج للرجل بتمام 21 سنة والمرأة 18 سنة[2].

إلى غاية صدور الأمر05-02 في نص المادة 07 منه، حيث ساوى المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة في سن أهلية الزواج بتمام 19 سنة كاملة،[3].

وتجدر الإشارة إلى أن اكتمال أهلية الرجل والمرأة بتمام سن 19 سنة إنما هو ليس أهلية صلاحية كل منهما لأن يكون زوجا وإنما هي اكتمال أهلية عقد الزواج، باعتبار أن المادة السالفة الذكر قد أجازت للقاضي منح الترخيص بالزواج قبل هذا السن متى تأكد من وجود مصلحة أو ضرورة[4].

2: سلطة القاضي في منح الترخيص دون السن القانوني

كقاعدة عامة أهلية الزواج لا تكتمل إلا ببلوغ سن 19 سنة كاملة، إلا آن المشرع الجزائري في فقرته الثانية من المادة 07 ق أ المعدلة بالأمر 05-02 والتي جاء فيها " وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

ما يلاحظ من نص المادة أنه يمكن للقاضي أن يمنح ترخيصا بالزواج لأحدهما أو كليهما قبل السن القانوني وذلك لمصلحة أو ضرورة مع تأكد القاضي لقدرة الطرفين على الزواج[5].

ويخضع الترخيص بالزواج من طرف القاضي إلى جملة من إجراءات يجب على طالب الترخيص إتباعها والمتمثلة في:

---

[1] بلحاج العربي، احكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص158.

[2] نسرين شريفي، كمال بوفرورة،المرجع السابق،ص 28-29.

[3] عبد العزيز سعد،المرجع السابق، ص 24.

[4] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر،(د ط)،2014، ص 30،31.

[5] عبد العزيز سعد، المرجع السابق،ص 26.

أ- إجراءات الترخيص بالزواج

- تقديم طلب من طرف ولي القاصر القانوني مع مراعاة الشروط الشكلية للطلب والتي نص عليها القانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية في مواده 13،14،15،16، ويقدم الطلب أمام قاضي شؤون الأسرة التي يقع في دائرة اختصاصه موطن طالب الترخيص طبقا لنص المواد 423،426 ق إ م إ، ولا يمكن للقاضي منح الترخيص بمجرد الطلب وإنما يتعين عليه التحقق من وجود المصلحة أو ضرورة وراء هذا الزواج والتي تخضع هذه الأخيرة لتقدير القاضي المانح للترخيص بعد موافقة الولي، والتي تستوجب على القاضي ربط الترخيص بوقائع قابلة للإثبات القضائي باعتبار أن المسألة متعلقة بالصحة النفسية والبيولوجية لتفادي الوقوع في الضرر جراء التأخير في الزواج[1].

- تحقق القاضي من وجود مصلحة أو ضرورة في الزواج، حيث تعرف المصلحة بأنها كل ما يصلح به المرء من شأنه بمنفعة تأتيه إذا هو زاول حقا أو أقام دعوى وقد تكون المصلحة حاضرة أو محتملة أو مادية.[2]، ومثال ذلك حالة زواج المجنون أو المعتوه بغرض العلاج حيث يقوم القاضي بمنح الإذن بالزواج وبطلب من الولي بعد التأكد من شروط و المتمثلة في وجود تقرير من أطباء مختصين يؤكدون فيه أن زواجه يساعد في شفاءه مع قبول الطرف الآخر بعد علمه بحالته ويكون قبوله أمام القاضي. أما فيما يخص الضرورة والتي تعرف بأنها" الحالة التي إذا وصل إليها المكلف، أبيح له فعل الحرام، لتشمل ضرورة فعل الاعتداء بكل صوره وأشكاله ".[3] ومن الأمثلة التي يجوز أن يمنح فيها القاضي بالإذن بالزواج هي حالة زواج المخطوفة القاصر من خاطفها وهذا للتستر والابتعاد عن المتابعة الجزائية إلا بناءا على شكوى من له الحق أو مصلحة في إبطال الزواج وذلك حسب نص المادة 326 فقرة 02 قانون عقوبات[4].

إن المشرع الجزائري لم يحدد معيار وضوابط والحالات التي تدخل ضمن الضرورة أو التي تحقق بها المصلحة، وترك هذه المسألة للقاضي لإعمال سلطته التقديرية والتحقق من وجود أو عدم وجود مصلحة أو

---

[1] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق،ص 163.

[2] بربرة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي للنشر والتوزيع، الجزائر،(د ط)، سنة 2009، ص38.

[3] حسين سيد الخطاب، قاعدة الضروريات تبيح المحظورات وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، مجلة الأصول والنوازل، العدد الثاني ، مصر، 2009،ص157.

[4] المادة 326 فقرة 02 من الأمر 66-156 المؤرخ في 08-06-1966 ،(ج ر رقم 49 لسنة1966) ، المعدل والمتمم بالقانون 15-19 (ج ر رقم 71 لسنة 2015)،المتضمن قانون العقوبات الجزائري

ضرورة لمنح الترخيص بالزواج.[1]ونضيف إلى أنه يتعين على القاضي أيضا التأكد من موافقة القاصر شخصيا، وكذلك التأكد من قدرة الطرفين على تحمل أعباء الزواج وتوابعه من إنفاق و إسكان

ب- فصل القاضي في طلب الترخيص

فإذا توافرت الشروط المتعلقة بصغر السن وبالمصلحة والضرورة وبعد التأكد من قدرة المتعاقدين على الزواج، يقوم قاضي شؤون الأسرة بمنح الترخيص بالزواج دون السن القانوني بموجب أمر ولائي، وفي هذه الحالة يتعين على من يتولى تزويج القاصر الاحتفاظ بنسخة من هذا الترخيص لاستظهاره أمام ضابط الحالة المدنية المؤهل قانونا لتحرير عقد الزواج أو الموثق، ومن جهة أخرى فانه يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية الذي يتولى تحرير العقد تبعا لترخيص القاضي أن يشير في العقد إلى هذا الترخيص، وان يضمه إلى أصل العقد المسجل في سجلات عقود الزواج بالحالة المدنية.[2]

ثانيا: دور قاضي شؤون الأسرة بالترخيص بتعدد الزوجات

يجوز لقاضي شؤون الأسرة منح الترخيص الراغب في التعدد متى قام بإعمال سلطته التقديرية في تقدير القيود الموضوعية والشكلية لتعدد الزوجات.

1: دور القاضي في تقدير القيود الموضوعية لتعدد الزوجات

يعد تعدد الزوجات نظاما يباح بموجبه للرجل أن يكون في عصمته أكثر من زوجة واحدة ،أباحته الشريعة الإسلامية في حدود أربعة زوجات،ووضعت له شروط جوهرية والمتمثلة أساسا في القدرة على الإنفاق وشرط العدل بينهن وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 08 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 لكنه اشترط شروطا إضافية من بينها شرط علم الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وكذلك ضرورة وجود مبرر شرعي ،هذا القيدان أقرهما القانون ولم تأتي على ذكره الشريعة الإسلامية ، فكان لابد من الإحاطة بهذه المسألة خاصة وأن المشرع الجزائري كان قبل تعديله لقانون الأسرة يتطلب فقط ضرورة علم الزوجة السابقة و اللاحقة أما بعد التعديل فقد اشترط بالإضافة إلى الإعلام ، موافقة كل من الزوجات، وربط التعدد بهذه الشروط بعد تأكد القاضي منها هو ما سنحاول توضيحه فيما يلي.

أ-سلطة القاضي في تقدير المبرر الشرعي

---

[1] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة ، الجزائر، ط1، 2004، ص 47

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق،ص26- 27.

أشار المشرع الجزائري إلى هذا القيد في نص المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري، حيث يعتبر هذا القيد ضروري لإباحة التعدد، غير أن المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالمبرر الشرعي ولم يبين أشكاله، وبالتالي ترك للقاضي حرية ممارسة سلطته التقديرية في إثبات وجود أو عدم وجود هذا القيد، وذلك كشرط لإمكانية تعدد الزوجات.

لكن بالرجوع إلى المنشور الوزاري رقم 84-102 الصادر بتاريخ 23-12-1984 والذي أصدره وزير العدل كتفسير للمادة السالفة الذكر نجده حدد المبرر الشرعي لإمكانية الزواج ثانية والمتمثل في كون الزوجة السابقة عاقر تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أو أن تكون مريضة مرضا حادا لا يسمح لها بالقيام بالواجبات الزوجية والذي جاء فيه" إذا طلب من الموثق أو ضابط الحالة المدنية تلقي عقد زواج بثانية فعليه أن يتحقق من توفر الشرط الأول الذي هو المبرر الشرعي، ويكتفي في إثباته بشهادة طبية من طبيب اختصاصي تثبت عقم الزوجة الأولى أو مرضها العضال، فإذا لم يثبت العقم أو المرض العضال رفض الموثق أو الموظف المختص تلقي العقد[1]".

و بالتالي مسألة تقدير المبرر الشرعي من طرف القاضي ليست بالأمر السهل، والتي يكون فيها الزوج ملزما بإثبات هذا القيد أمام القاضي ليمكنه هذا الأخير من منح الترخيص بالتعدد".

ب-سلطة القاضي في تقدير قدرة الزوج على توفير شروط ونية العدل بين الزوجات

تنص المادة 08 ق أ على وجوب توفر العدل بين الزوجات والتي تعتبر لزاما على الزوج في حالة التعدد، ولكن مما يستشف من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري ذكر عبارة شروط العدل فلم يبين لا معناها ولا مشتملاتها مما يصعب على القاضي تقدير هذا القيد لإمكانية تعدد الزوجات، وللعدل نوعان، عدل في الماديات والتي تتعلق بالمسكن والمبيت والنفقة والذي يظهر بعد قيام الحياة الزوجية مما يصعب على القاضي تقديرها خاصة وأن المشرع ذكر لفظ **نية** العدل، وعدل في العاطفة والذي يعتبر أمر داخلي في نفس الإنسان لا يمكن للقاضي أو أي شخص آخر إثباته أو الاطلاع عليه، ومنه فشروط العدل المشروطة في نص المادة 08 ق أ هو العدل في الماديات المستطاع بين الزوجات والتي يجب على القاضي الاطلاع عليها والتأكد منها قبل منحه الترخيص[2].

1: دور القاضي في تقدير القيود الشكلية لتعدد الزوجات

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 86.

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 87.

تتمثل القيود الشكلية التي تخضع لسلطة القاضي في:

أ-سلطة القاضي في التأكد من موافقة الزوجة السابقة والمرأة اللاحقة

بالإضافة إلى تأكد القاضي من القيدين السابقين لا يكفي منح الترخيص بالتعدد لأن المشرع الجزائري استحدث قيد شكلي إجرائي بموجب الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري والمتمثل في ضرورة التأكد من إخبار الزوج لزوجته السابقة بأنه سيعقد زواجا ثانيا، وبإخبار المرأة اللاحقة بأنه متزوج زواجا رسميا قانونيا صحيحا، ويسعى القاضي لحضور كل منهما أمامه و التأكد من موافقتهما على ذلك[1].

بعد حضور الزوج والزوجة السابقة والمرأة اللاحقة وتأكد القاضي من موافقتهما، يثبت ذلك بمحضر سماع الذي يقوم بتحريره أمين الضبط تحت إشراف القاضي ويوقع جميع الأطراف على ذلك[2].

ونشير أنه في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق وهذا ما نصت علية المادة 08 مكرر من ق أ.

ب-سلطة القاضي في منح الترخيص بالتعدد

نصت المادة 08 من ق أ في فقرتها الثانية بأن يقدم الزوج طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية بعد قيامه بإثبات المبرر الشرعي ونية وشروط العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية[3].

حيث يقدم الطلب في شكل عريضة على نسختين تتضمن كافة البيانات اللازمة وفقا للقانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مع سرد وقائع الطلب وأسانيده القانونية ويجب أن يرفق الطلب بالوثائق التالية:

- شهادة ميلاد المعني.

- شهادتا ميلاد الزوجتين الأولى والثانية.

-شاهدين.

---

[1] بن شويخ الرشيد، قانون الأسرة الجزائري المعدل،دار الخلدونية،الجزائر،ط1، 2008،ص 113.

[2] سواحلية آمال، مذكرة سابقة، ص49.

[3] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق،ص 114.113.

– نسخة من بطاقة التعريف الوطنية لكل من الزوج والزوجة الأولى والثانية.

– شهادة طبية تثبت المبرر الشرعي(شهادة طبية تثبت عجز الزوجة الأولى مثلا).

– المصاريف القضائية.

بعد تقديم الطلب مستوفيا لجميع الشروط يفصل القاضي في هذا الأخير بالقبول أو الرفض خلال مدة محددة، وبعد التأكد من الشروط المنصوص عليها قانونا في المادة 08 من ق أ، ففي حالة فصل القاضي في الطلب بالقبول والتأكد من الشروط السافلة الذكر يقوم بتقديم الترخيص بالزواج الجديد[1].

و حوصلة القول فقد رتب المشرع الجزائري أثارا في حالة مخالفة القيود الموضوعية والشكلية لتعدد الزوجات والمتمثل في فك الرابطة الزوجية والذي يتخذ صورتين:

– فسخ عقد الزواج قبل الدخول، وهذا ما نصت عليه المادة 08 مكرر1 بقولها" يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه."

– التطليق للتدليس، حيث انه بعد البناء يحق للزوجة السابقة طلب التطليق في حالة امتناع الزوج من إخبارها بالزواج الثاني، وكذا يحق للزوجة اللاحقة طلب التطليق أيضا في حالة كتمان الزوج بوجود علاقة زوجية قائمة وهو ما جاءت به نص المادة 08 مكرر بقولها" في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

ثالثا: دور القاضي في تعيين الولي في حالة غيابه

تعتبر الولاية شرط من شروط عقد الزواج حسب ما جاء في نص المادة 09 مكرر من الأمر 05-02 والتي كانت تعتبر ركنا ركين في الزواج قبل التعديل طبقا لنص المادة 09 من القانون 84-11 وهي تقسم إلى نوعين، ولاية إجبار وولاية اختيار طبقا لنص المادة 11 من نفس القانون.

فبالنسبة لولاية الاختيار فهي تثبت للمرأة الراشدة التي أعطاها القانون حق إبرام عقد زواجها بنفسها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، ففي هذه الحالة الأخيرة يجب عليها أن تعرض هذا الشخص على القاضي ليمنح ليعينه كولي وهذا ماجاء في نص المادة 479 من الباب الأول المتعلق بالإجراءات الخاصة بالمحكمة والإجراءات الخاصة ببعض الأقسام من القانون 08-09 المتضمن

[1] سواحلية آمال، مذكرة سابقة،ص 48.

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي جاء فيها" يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا والمتعلق ببعض تصرفات الولي من قبل قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على عريضة[1] ".

أما بالنسبة لولاية الإجبار فهي تتعلق بالقاصرة حيث يتولى زواجها وليها فهو أبوها فأحد أقاربها الأولين وإذا لم يوجدوا فان ولي القاصرة هو القاضي باعتبار أن هذا الأخير ولي من لا ولي له وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 11 من الأمر 05-02[2].

هذا ونشير إلى أنه لا يجوز للولي سواء كان أبا أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها طبقا لنص المادة 13 من الأمر المشار إليه أعلاه.

الفرع الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في فض النزاع حول الصداق

عرف المشرع الجزائري الصداق في المادة 14 ق.أ، بأنه "هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا،وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء." يقسم الصداق من حيث الأنواع إلى قسمين :صداق مسمى وهو الذي يثبت بمجرد اتفاق الزوجين في العقد الصحيح مهما كانت قيمته طالما تم بتراض بين الطرفين وهو ما أشارت له المادة 9 مكرر من ق أ ،.وتستحقه الزوجة كاملا بالدخول أو بالوفاة، وتستحق نصفه في حالة الطلاق قبل الدخول وفقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة ،و صداق المثل اي الذي يعطى عادة لمثل المرأة المعنية بالأمر وقت إبرام العقد من حيث الأوصاف لاسيما ما تعلق بالسن والجمال والعقل والعلم والمال ،والذي تستحقه الزوجة في حالة عدم تحديد قيمته في العقد[3]، كما إن للصداق حالتين فإما أن يكون معجل أو مؤجل وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 15 من قانون الأسرة حيث يجوز تعجيل الصداق أو تأجيله لأجل مسمى سواء كله أو بعضه أثناء العقد وهذا حسب العرف السائد في مكان تواجد الزوجان.

و المنازعة التي تثور حول الصداق قد تكون إما حول التسمية أو المقدار،كما قد تثور حول القبض من عدمه، أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 17 من قانون الأسرة على النزاع الذي يتم قبل الدخول و

---

[1] **الأمر على عريضة:** عرفته المادة 310 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها" الأمر على عريضة هو أمر مؤقت يصدر دون حضور الخصم، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، 41.

[3] بلحاج العربي،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد،المرجع السابق،ص 270 ،271 .

الذي يتم بعد الدخول بقوله :" في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".ومن خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع نظم من خلالها كيفية الفصل في النزاع الذي يقوم بين الزوجين على المهر أو ورثتهما، وقسم هذه النزاعات إلى نزاعات قبل الدخول وأخرى بعده دون أن يقوم بتحديد ما هي أنواع هذه الخلافات والتي تطبق عليها القواعد العامة في الإثبات و يمكن التعرض لمسألة المنازعة في الصداق في النقاط التالية :

أولا: الخلاف حول التسمية

إذا اختلف الزوجان حول تسمية المهر وادعى أحدهما أن المهر قد سمي معلوما، وأنكر المدعى عليه حصول هذه التسمية،ففي هذه الحالة يتوجب على القاضي أن يفرق ما إذا كان النزاع حاصل بين الزوجين أوبين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر، حيث انه في الدعوى التي تكون بين الزوجين على القاضي أن يتأكد من وجود علاقة زواج بين الزوجين قبل أن يحكم في موضوع الدعوى، أما إذا كان النزاع بين أحد الزوجين وورثة الطرف الآخر في الدعوى فعلى القاضي أن يحكم بصداق مثل على ورثة الزوج إن جحدوا التسمية ونكلوا اليمين[1] ،وهو نفس الحكم في حالة عدم الاتفاق على التسمية في العقد وذلك لعدم ثبوت التسمية وذلك وفقا لنص المادة 15، وإذا كان النزاع بعد الدخول فالقول للزوج أو وورثته مع أداء اليمين وذلك استنادا إلى نص المادة 17 ق أ.. أما إذا كان النزاع بين الزوجين بعد الطلاق وقبل الدخول فهنا تستحق الزوجة نصف المهر في حالة ثبوت التسمية وهو ما نصت عليه المادة 16 من قانون الأسرة،أو المتعة في حالة عدم ثبوته [2].

ثانيا :الخلاف حول القبض

وهو أن يختلف الزوجان حول قبض معجل المهر كله أو بعضه، كقول الزوج بأنه قدم المعجل من المهر، ثم أنكرت الزوجة ذلك و كان النزاع قبل الدخول فهنا وجب على الزوج إثبات ما يدعيه ،فإذا أقام البينة على ما ادعاه حكم له بما ادعاه،وان عجز عن ذلك ،كان القول للزوجة مع يمينها .وهو نفس الحكم بالنسبة للورثة في حالة وفاة الزوجين وإذا لم يكن للزوجين وورثتهما بينة وكان النزاع قبل البناء فالقول للزوجة وورثتها مع أدائها اليمين أمام القاضي المطروح عليه النزاع[3]، وهذا حسب نص المادة 17 ق أ، فتحلف بالله العلي العظيم بأنها

---

[1] محمد أبو زهرة،عقد الزواج وآثاره،دار الفكر العربي،مصر،(د ط)2011 ،ص 258 .

[2] بلحاج العربي،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد،المرجع السابق،ص297 ،298 .

[3] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 58 .

لم تستلم شيء من المهر لا شخصيا ولا بواسطة وليها، وكذلك يطبق نفس الحكم على الورثة إذا كانت الزوجة قد توفيت قبل الدخول.[1]

وعلى هذا الأساس فقد جسد هذا الحكم في العديد من التطبيقات القضائية، والتي منها القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في18 /1991/06 ، ملف رقم 73515 والذي جاء فيه أنه من المقرر قانونا في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وعليه لما كان ثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي برفضه توجيه اليمين إلى الزوجة فيما يخص مؤخر المهر باعتبار أن الزوج لم ينكر ذلك، قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ولا يتم اللجوء إلى اليمين إلا عند غياب وسائل الإثبات[2].

و إذا تم البناء فالقول للزوج وورثته مع اليمين تطبيقا لنص المادة 17 من ق أ. وهذا ما تم تجسيده في قرار المحكمة العليا الصادر في17 /2001/10 ملف رقم264555 والذي قضى أنه إذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين، ومن ثم فإن القضاء إذا خالف ذلك يعد مخالف للقانون، ولما كان ثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين منحوا المصوغ باعتباره مهر للزوجة دون القيام بما هو واجب شرعا في هذه المسألة قد خالفوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا[3].

ثالثا : الخلاف حول صداق السر والعلن

ويقصد بمهر السر والعلانية أن يتفق الزوجان أو ولي الزوجة على مهر بينهما، إلا أنهما يعلنان أمام الناس وقت العقد أكثر منه، وهذا ما جرت عليه عادة بعض الناس في إعلان غير ما تم الاتفاق عليه من المهر، وذلك من أجل للشهرة والسمعة والتباهي بزيادته وكثرته، فإذا كان الاتفاق بين الزوجين صريحا بهذه الصورة، فإنه لا عبرة به ويطالب الزوج بمهر السر، أما إذا حصل نزاع بينهما وتمسك الزوج بمهر السر وتمسكت هي بمهر العلن. فهنا العبرة بماهو مكتوب في وثيقة الزواج الرسمي، وفي حالة غياب الوثيقة الرسمية يثبت الصداق أمام القاضي بكافة طرق الإثبات باعتبارها واقعة مادية.

رابعا :الخلاف حول وصف المقبوض

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص49 .

[2] المجلة القضائية لسنة 1992،العدد 4 ،ص69 .

[3] المجلة القضائية لسنة 2005،العدد 2 ،ص 282 .

ويكون هذا الخلاف حول ما يدخل ضمن الصداق وما لا يدخل ضمنه أي الهدايا،مثلا لو أرسل الزوج لزوجته هدايا قبل الدخول أو بعده ولم يبين ما إذا كانت هذه الأشياء من الصداق أو لا،ففي هذه الحالة الطرف الذي يقدم البينة على ادعائه يحكم له بذلك ،وإذا توازت بينة الزوج وبينة الزوجة رجحت جهة الزوجة وحكم لصالحها[1]،لأن بينة الزوجة خلاف الظاهر وان لم يستطع احد الزوجين إثبات ادعائه، يجوز للقاضي الرجوع إلى العرف السائد.وكون القول لمن يشهد له العرف مع اليمين،فإذا حلف بالله حكم له بدعواه، وإذا نكل عنه حكم للخصم الآخر بدعواه ،لأنه من المقرر قانونا أن النكول عن اليمين إقرار بدعوى الخصم.

وعليه إذا كان العرف يعتبر ما أعطاه الزوج لزوجته من حلي و نقود وثياب وغيرها، تدخل ضمن المهر حكم القاضي للزوج بذلك،وإن كان العرف لا يعتبر ما قدمه الزوج من ضمن المهر، ويعتبره هدية حكم للزوجة بدعواها،وإن لم يوجد عرف يستند إليه القاضي لا يقضي لكليهما،ويكون القول للزوج مع اليمين.لأنه هو أدرى بما قدمه فالعلم منه لا من غيره.[2]

تجدر الإشارة هنا أنه لابد على القاضي أن يميز مبدئيا فيما إذا كان النزاع حاصلا قبل الدخول أو بعده، وأن يتأكد أيضا قبل الفصل في موضوع النزاع من أن المدعي من الزوجين أو من ورثتهما ليس له أي حجة لإثبات ما يزعمه، هذا إن كانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين الحي اتجاه الأخر .أما إذا كانت الدعوى مقامة من أحد أو بعض ورثة الزوج المتوفي اتجاه الزوج الآخر الحي فإن على القاضي أن يتأكد من كون المدعي وارثا حقيقة، ومن أن الزوج المورث مات حقيقة، وعندها فقط يستطيع الفصل في موضوع النزاع إما بمنح الزوجة مهرها بعد أدائها اليمين بأنها لم تتسلمه، وإما بإعفاء الزوج منه بعد أدائه اليمين بأنه سدد المهر لزوجته مباشرة أو بالواسطة .[3]

المطلب الثالث: دور قاضي شؤون الأسرة في إثبات الزواج العرفي

الزواج العرفي هو زواج متوافر على جميع الأركان والشروط الشرعية من رضا الزوجين و ولي الزوجة و شهود، و لكن لم يوثق لدى الجهات المكلفة بتسجيله، و قد اصطلح عليه الفقهاء الزواج العرفي، لأنه يتم وفق ما تعارف عليه الناس،والزواج لا يثبت إلا بعقد، وان لم يكن مسجلا يثبت بحكم قضائي حيث يلجأ الطرفان إلى القضاء لإثبات الزواج وهنا يظهر دور القاضي في إثبات هذا الزواج من خلال سلطته الواسعة في ذلك وهذا ما سنحاول التطرق إليه.

---

[1] محمد أبو زهرة،المرجع السابق،ص 262 .

[2] بلحاج العربي،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ،المرجع السابق،ص301،300 .

[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص49 ،50 .

الفرع الأول: سلطة القاضي التقديرية في مدى توفر أركان وشروط عقد الزواج

حتى يتسنى للقاضي بفض النزاع المعروض أمامه والمتعلق بإثبات الزواج العرفي عليه في بداية الأمر البحث في مدى توافر أركان وشروط عقد الزواج وهذا ما سنتناوله فيما يلي.

أولا: تقدير القاضي في مدى توفر ركن الرضا في عقد الزواج

تنص المادة 09 من ق أ : "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، فتوفر ركن الرضا في عقد الزواج يعتبر الزواج صحيحا ومنتجا لآثاره، وبالتالي فعلى القاضي وقبل كل شيء أن يبحث في مدى توافر ركن الرضا في النزاع المعروض أمامه فيما يخص إثبات الزواج العرفي من الجانب الشرعي والقانوني.

يتأكد القاضي في هذه الحالة من سلامة التعبير عن رضا كل من الزوجين في الاقتران بالآخر رضا علنيا تاما، ويكون ذلك بتبادل الإيجاب والقبول من الطرفين يفيد معنى النكاح شرعا طبقا لنص المادة 10 ق أ، وبالتالي ينظر في مدى صحة التعبير عن إرادة الزوجين بعيدا عن كل عيب يمس بإرادة هذه الأخيرة من غش أو إكراه أو تهديد[1].

لكن يمكن أن يصطدم القاضي في حالة إثباته لواقعة الزواج العرفي بوضع مخالف، حيث يلتمس أحد الزوجين بإثبات الزواج ويدفع الطرف الآخر بانعدام الرضا أو أن الإرادة شابها عيب من عيوب الرضا، فهنا يقوم القاضي بتقدير ركن الرضا في عقد الزواج في حالة ما إذا تم الدخول، ففي حالة عدم توفره يكون العقد منعدم الركن يؤدي إلى بطلان العقد، وبالتالي يحكم القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس لأن المادة 33 ق أ جاء فيها في صريح العبارة "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا" حيث لم يشر المشرع هل تم الدخول أم لا؟[2].

إضافة إلى ذلك نصت المادة 32 ق أ أنه في حالة اشتمال الزواج على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته يحكم القاضي ببطلان الزواج.أما إذا رأى القاضي أن هذا الزواج تم برضا يتضمن شرط مخالف لمقتضى العقد، على سبيل المثال: اشتراط الزوج عدم الإنفاق على زوجته، فعليه أن يقوم بإبطال الشرط

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 38.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،الزواج والطلاق،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،(د ط)، 1994،ص 152.

واعتبار العقد صحيحا وهذا ما نصت عليه المادة 35 قانون أسرة جزائري بنصها" إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"[1].

ثانيا: تقدير القاضي في مدى توفر شروط عقد الزواج

تنص المادة 09 مكرر ق أ على شروط عقد الزواج والتي كانت قبل التعديل عبارة عن أركان منصوص عليها في نص المادة 09 من القانون 84-11 قانون أسرة جزائري، فعلى القاضي المعروض أمامه النزاع المتعلق بإثبات الزواج العرفي كما قام بإعمال سلطته التقديرية في تقدير توفر ركن الرضا فعليه أن يعمل على تقدير مدى توفر شروط هذا العقد.

أ-توفر أهلية طرفي النزاع

حيث ملزم بالبحث أولا عن أهلية طرفي النزاع ، والأهلية المقصود بها هي أهلية الزواج حيث تكتمل أهلية الزواج ببلوغ سن 19 سنة، ويمكن أن يمنح الترخيص لمصلحة أو ضرورة وهو ماجاء في نص المادة 07 ق أ.

ب-مدى توافر شروط الصداق

ثانيا على قاضي شؤون الأسرة البحث في مدى توفر شروط الصداق ، والذي يعتبر الحق المالي المستحق للزوجة سواء كان معجلا أو مؤجلا، حيث يقوم بتقديره من حيث التعيين وتحديده، فان كان الصداق غير معين على القاضي النظر هل تم الدخول أم لا؟، ثم ينظر هل الزوجان مازالا على قيد الحياة أو لا؟. فإذا لم يحدد الصداق تستحق الزوجة صداقا مثليا، أما إذا لم يتم الدخول ولكنه متوفر للأركان والشروط المتعلقة بالزواج باستثناء الصداق يفسخ العقد وهذا ما جاء في نص المادة 33 ق أ[2].

لكن في حالة وجود نزاع حول الصداق بين الطرفين فان قاضي شؤون الأسرة أولا وقبل كل شيء عليه أن يتأكد من قيام علاقة زوجية ثم يتأكد في مدى وجود أو انعدام أي دليل إثبات لدى الزوجين وذلك

---

[1] الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة في ضوء الفقه والقضاء، ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،(د ط)، 2008،ص 46،47.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 117.

بالاحتكام بنص المادة 17 ق أ ، أما في حالة وفاة أحد الزوجين أو كلاهما فعلى القاضي هنا التأكد من صفة المدعين أو المدعي كوريث وأن مورثه قد توفي حقا وهذا استنادا إلى نص المادة السالفة الذكر[1].

ج- التأكد من وجود الولي

على القاضي التأكد من وجود شرط الولي في النزاع المعروض أمامه المتعلق بإثبات الزواج العرفي في حالة توليه زواج ابنته الراشدة ، أو أن يتأكد من تولي الولي زواج ابنته القاصرة والذي ينوب عنها في تولي صيغة الزواج سواء كان أبوها أو من يتولى زواجها .

د-التأكد من وجود الشهود

أيضا على القاضي التأكد من شرط الإشهاد في عقد الزواج والذي جعله الأمر 05-02 ق أ شرطا لصحة عقد الزواج مثله مثل الولي والصداق حيث أن تخلفه يمكن أن يؤدي إلى فسخه، غير أن مشرعنا الجزائري لم يشر إلى الشروط التي يجب أن تتوفر في الشاهد وبالتالي الاحتكام إلى نص المادة 33 من قانون الحالة المدنية والتي جاء فيها[2] " يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون ميز فيما يخص الجنس، ويختارون من قبل الأشخاص المعنيين"[3].

فالقاضي المعروض أمامه نزاع إثبات الزواج العرفي لن يتمكن من إثبات زواج غاب عنه شهود وبالتالي عليه سماع الشهود الذين حضروا مجلس العقد أو حضروا حفل الزفاف، أو كليهما معا[4].

هـ-التأكد من انعدام الموانع الشرعية

كشرط أخير على القاضي التأكد منه هو انعدام الموانع الشرعية أي خلو الزوجين من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة حسب نص المادة 23 قانون أسرة جزائري.

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 49.

[2] الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 (ج ر، رقم 21 لسنة1970)، المعدل والمتمم بالقانون 14-08 الموافق ل 9 أوت 2014،(ج ر رقم 49 لسنة 2014)، المتعلق بالحالة المدنية.

[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص44-45.

[4] عثمان كرجاني، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وانحلال الرابطة الزوجية، مذكرة ماجستير، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر،2012، ص 78.

و ما تجدر الإشارة إليه إلى أنه في حالة إثبات زواج عرفي في حالة التعدد يجب أن يتأكد القاضي من واقعة الدخول.

الفرع الثاني: طرق إثبات الزواج العرفي وسلطة القاضي فيها

لقد نص المشرع في المادة 06 المعدلة من قانون الأسرة " إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن الفاتحة إذا اقترنت بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا من توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون".

ما يمكن ملاحظته من النص السابق أن المشرع الجزائري قد راعى تقاليد وعادات المجتمع الجزائري التي تجعل الفاتحة المقترنة بالخطبة مع توفر ركن وشروط عقد الزواج المنصوص عليها في المادتين 09 و09 مكرر عقدا شرعيا غير موثق، وتدارك المشرع ما كان سائدا قبل التعديل بأن الخطبة والفاتحة واقعان في مركز قانوني واحد.

إن الزواج عن طريق الفاتحة هو عقد شفهي على عكس الخطبة التي لا تسمو إلى ذلك الوصف فلا يطلب فيها رضا الزوجين ولا يحضرها شهود ولا يتم فيها تحديد الصداق وإنما هي مجرد إجراءات تحضيرية وإعلان رغبة الخاطبين في الزواج كما سبق ذكره.

واثبات الزواج العرفي يتخذ طريقين:

- عن طريق الإثبات القضائي

والذي يكون بعد تقديم العريضة الموافقة لإجراءات رفع دعوى إثبات الزواج العرفي أمام قسم شؤون الأسرة لمحكمة موطن المدعى عليه طبقا لنص المادة 426 فقرة 02 ق إ م إ والمرفقة بأدلة كافية لإثبات صحة عقد الزواج المتنازع حول وجوده أو صحته تحدد لها جلسة للنظر فيها.حيث يتأكد القاضي من الحضور الشخصي لكل من الخصوم و الشهود و ولي الزوجة و يبدأ في التحقيق في مكتبه بمساعدة أمين الضبط، فيتأكد أولا من هوية الحاضرين من خلال بطاقة التعريف لكل واحد منهم و عن درجة القرابة بينهم. يتم سماع كل واحد على حدا عن مدى توافر أركان الزواج و عن مكان و زمان إتمامه و عن مقدار الصداق و فيما إذا كان معجلا أو مؤجلا و عن حضور الشهود مجلس العقد و ولي الزوجة و رضا الطرفين، يتم سماع الشهود كل على حدا بعد التأكد من هوية الشاهد كاملة و بعد تأديته اليمين القانونية على محضر يدون فيه الهوية الكاملة للشاهد من اسم و لقب و مهنة و سن و الموطن و درجة قرابته بالخصوم و الإشارة إلى تأديته اليمين

القانونية، و بعدها يستفسر عن ما إذا حضر مجلس عقد الزواج و حفل الزفاف و من تولى العقد كولي للزوجة، و عن حضور أشخاص آخرين مجلس العقد و التاريخ الذي تم فيه الزواج العرفي، و كذا عن مقدار الصداق المقدم وعما إذا كان معجلا أو مؤجلا كما يستفسر عن رضا الزوجين و ما إذا كانت الزوجة ما زالت على ذمته أم لا بعد ذلك يوقع الشاهد و القاضي و أمين الضبط على محضر التحقيق. و بعدها يطلب القاضي من الأطراف أن يقدموا الإضافات التي يرغبون فيها، و في حالة اكتفاء الأطراف يقوم القاضي بتحديد جلسة للنظر في الدعوى قصد تقدير أدلة الإثبات المقدمة،و قبل الفصل في الموضوع يعرض ملف القضية على النيابة لإبداء طلباتها باعتبارها طرف أصيل في الدعوى طبقا لنص المادة 03 مكرر من ق أ و المادتين 258 و259 من ق إ م إ، فهو إجراء جوهري يعد من النظام العام، فقاضي شؤون الأسرة له سلطة تقدير الأدلة المقدمة إما بالأخذ بها أو رفضها حسب كل حالة، لأن إثبات الزواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاة الموضوع.

- عن طريق الإثبات الولائي

الذي يكون بتقديم طلب إلى السيد وكيل الجمهورية لمكان وجود موطن المدعى عليه وفقا لما نصت عليه المادة 426 فقرة 02 ق إ م إ، فيبدي وكيل الجمهورية رأيه فيه ثم يحيله إلى قاضي الحالة المدنية،فيصدر هذا الأخير أمرا يثبت فيه الزواج ويأمر بتسجيله في سجلات الحالة المدنية،ويتم ذلك بسعي من النيابة العامة طبقا لنص المادة 22 فقرة 02 ق أ، وتجدر الإشارة هنا أنه لا يمكن اللجوء إلى هذا الطريق إلا إذا كان الزوجين على قيد الحياة ولا يوجد بينهما نزاع حول قيام الزواج العرفي، بالإضافة إلى عدم وجود أبناء نتيجة لهذه العلاقة الزوجية.فإذا اختل أحد هذه الشروط لا يجوز اللجوء إلى الطريق ألولائي لإثبات الزواج العرفي[1].

وقد يكون إثبات الزواج العرفي أمام قاضي شؤون الأسرة إما بالبينة أو بالإقرار أو بتوجيه اليمين.

أولا: البينة (الشهادة)

البينة هي وسيلة من وسائل الإثبات المنصوص عليها في ق ا م د،وهي شهادة رجلين عدلين ،أو رجل وامرأتين، بتقديم حجج و دلائل عاينوها أو سمعوها من الواقع والتي تأكد على وجود واقعة مادية وجودا

[1] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، ، الجزائر،ط 3 ، ج1، 2011 ،ص ص100-106.

حقيقيا،وهي أقوى من الإقرار في الإثبات.[1]ولها معنيين معنى عام ويقصد به الدليل أو القرائن،أما المعنى الخاص فيقصد به شهادة الشهود.[2]

والإشهاد على عقد الزواج هو شرط من شروط العقد حسب المادة 09مكرر من قانون الأسرة، وهي ما تسمى بشهادة العيان التي يثبت بها الزواج العرفي،كما قد يثبت بشهادة السماع،وهو جاء في احد قرارات المحكمة العليا، ملف رقم :53272 قرار بتاريخ:1989/03/27 ،"من المقرر شرعا و قانونا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين او بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانونية ومخالفة قواعد الإجراءات في غير محله يستوجب الرفض.

لما كان من الثابت في قضية الحال ا ن الطاعن لم يأتي بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه فان قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني

ومتى كان ذلك استوجب الرفض."[3]كما أنه يجوز سماع شهادة الأقارب لإثبات الزواج على خلاف القواعد العامة التي لا تجيز ذلك وهو ما أكدته المحكمة العليا في احد قراراتها تحت رقم:172333 الصادر بتاريخ 1997/10/28.[4]

ويكمن دور القاضي اتجاه الشهود في الاستفسار حول حضروهم مجلس العقـــد و يتأكد من عددهم حتى يحترم نصاب الشهادة، و يتأكد من هوية الشاهد الكاملة من خلال بطاقة التعريف، و درجة القرابة بالخصوم وذلك بعد تأدية اليمين القانونية بان يقول الحقيقة طبقا لنص المادة 150 من ق إ م إ.

بعدها يقوم القاضي باستفسار الشهود عن حضروهم فاتحة الزواج أو حفل الزفاف، و من تولى العقد كولي الزوجة، و يسألهم عن التاريخ أو السنة التي تم فيها الزواج العرفي لاسيما إن كانت الشهادة سماعية و عن مكان إبرام عقد الزواج العرفي، كما يستفسر عن مقدار الصداق المقدم و هل هو مؤجل أو معجل.

---

[1] بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 490 .

[2] محمد صبري السعدي،الواضح في شرح القانون المدني الجزائري،دار هومة، الجزائر، ط 1،2009 ،ص 117 .

[3] المجلة القضائية لسنة 1990 ،العدد 3،.ص 82.

[4] المجلة القضائية لسنة 1997 ،العدد1 .ص42 .

إذا كان القاضي بصدد الاستماع للشهود أن يحكم ذكاءه و خبرته، و أن يدقق في كل ما يصرح به الشاهد و يقارن بين تصريحات الشهود عساه يجد تعارضا في أقوالهم، ليتأكد من مدى توفر ركن الرضا وشروط عقد الزواج المذكور في المادة09 و09 مكرر من قانون الأسرة ليقرر تثبيت الزواج العرفي من عدمه.[1]

ثانيا:الإقرار

عرفه المشرع الجزائري في المادة 341 من القانون المدني الجزائري بأنه :" اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة." من الناحية القانونية يعد الإقرار حجة على المقر و خلفه العام ، فإذا كان الإقرار تصرف قانوني يقتصر أثره على المقر و يتعدى الى ورثته بصفتهم خلفا عاما له[2] فان الإقرار بواقعة الزواج يكون صحيحا و ملزما لكل من الزوج و الزوجة و ورثتهما حتى يقيموا الدليل على عدم صحته و لا يتعداهم الى الغير.

بالنسبة لهذا الإقرار. فإذا ما أقر احد الزوجين أو كلاهما أمام قاضي شؤون الأسرة بإبرام عقد زواج، فعلى القاضي في هذه الحالة أن يتأكد أن الشخص المقر لا بد أن يكون عاقلا ذلك لخطورة وأهمية هذا الالتزام فالمجنون أو الصبي غير المميز لا يحق لهما بالإقرار . أما الصبي المميز فيحق له بذلك ولكن يبقى إقراره غير نافذ لكون أن البلوغ ليس شرطا لصحة الإقرار وإنما شرط لنفاذه. بالإضافة إلى إمكانية ثبوت الزوجية شرعا للمقر أي عدم إيجاد مانع شرعي من ثبوت الزوجية للمقر بها. مثلا : لا يجوز أن يقر رجل بزواجه من امرأة محرمة عليه، كأن يتزوج بامرأة في عدتها،والجمع بين زوجة و أختها .

وطالما أن المادة 22 من قانون الأسرة تسمح بإثبات الزواج العرفي بحكم فلا مانع من الحكم بتثبيته إذا توفرت فيه أحكام الشريعة الإسلامية وأركان وشروط المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة،وهذا حماية للنظام العام من جهة ولمصالح الزوجة والأولاد من جهة أخرى، فبعد الحكم بتثبيت هذا الزواج تقوم النيابة العامة بأمر ضابط الحالة المدنية بتسجيل عقد الزواج العرفي في سجلات الحالة المدنية ،[3]

ثالثا:اليمين

---

[1] بن إبراهيم نور الدين،إشكالات الزواج العرفي،مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأحوال الشخصية،جامعة محمد خيضر ،بسكرة، الجزائر،2015 .ص84.

[2]محمد صبري السعدي،المرجع السابق ،ص218 .

[3] بلحاج العربي،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد،المرجع السابق،ص 360 .

اليمين هو الحلف بالله تعالى وإشهاده على صدق ما يقوله الحالف أو على عدم صدق ما يقوله الخصم الآخر[1]، كأن تحلف المرأة على زواجها من فلان أو عدم زواجها منه.ان حجية اليمين في القواعد العامة للإثبات كالإقرار قاصرة على الحالف و ورثته بصفتهم خلفا عاما له سواء كان ذلك عند الحلف او عند النكول عليه و لا تتعدى الغير.لكن القضاء لا يأخذ باليمين كدليل كافي لإثبات الزواج العرفي، فهو عمل مبني على صحة ما شاهد أو سمع في أي واقعة من الوقائع و لأن الزواج يقوم على أركان و شروط، و هو مما لا يثبت إلا بالشهود الذين يؤكدون توافرها، و لا يكون الاعتداد باليمين إلا في حالة وفاة أحد الزوجيـــن أو وفاتهما معا، و يتعين على القاضي توجيهها إلى المدعي بالإضافة إلى سماع الشهود والذين يؤكدون صحة انعقاد الزواج العرفي وفقا للشريعة الإسلامية مع بيان توفير أركان و شروط المادة 09 و 09مكرر من قانون الأسرة . فان مات أحد الزوجين و ادعى الحي منهما الزوجية و ليس له شاهدا واحدا ,و يشهد بالزوجية شهادة مفصلة قطعية يحدد فيها مبلغ الصداق المسمى و تأجيله أو تعجيله، و من تولى العقد، مع يمين المدعي.

المبحث الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في الآثار المترتبة عن عقد الزواج

عندما يقوم عقد الزواج صحيحا و مستوفي لركن الرضا وفقا لنص المادة 9 من ق أ، ومستوفي لشروطه المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من ولي وصداق و شاهدين وخلو الزوجين من الموانع الشرعية .ومتى تم أمام الشخص المؤهل قانونا لإبرامه أي أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق حسب ما نصت عليه المادة 18 من ق ا .فانه يرتب آثارا لهذا العقد لان كل عقد يقوم صحيحا يرتب آثارا بين عاقديه ،والمقصود هنا بآثار عقد الزواج هي النتائج القانونية التي تترتب على العقد بمجرد انعقاده، ويعتبر حق الزوجة في النفقة من أهم الآثار المالية المترتبة على عقد الزواج الصحيح والتي تقع غلى عاتق الزوج ،وكذا حق الأولاد في النسب ،وهذه الآثار تعتبر من صميم عمل قاضي شؤون الأسرة في حالة التنازع بشأنها بحيث يكون له دورا كبيرا في حل مثل هذه النزاعات بين الزوجين وهذا ما سنوضحه في هذا المبحث.

المطلب الأول: دور القاضي في تقدير النفقة :

[1] محمد صبري السعدي،المرجع السابق،ص 237 .

تعرف النفقة بأنها :" **ما يصرفه الزوج على زوجته ،و أولاده وأقاربه من طعام و كسوة و مسكن و كل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس و حسب وسع الزوج**"[1]،و تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن و أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة وهو ما نصت عليه المادة 74 من ق أ،,ما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أحسن فعلا بإخضاعه الضروريات إلى العرف والعادة ، أي بحسب ما تعارف و اعتاد عليه الناس في حياتهم و كان لازما لهم ومراعاة أحوال الطرفين وظروف المعاش(الاجتماعية ،الاقتصادية...) ،و هو أمر يختلف باختلاف المكان و الزمان.

تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بناء على بينة مع مراعاة أحكام المواد 78, 79, 80 من هذا القانون" و عليه نستخلص أن النفقة واجبة على الزوج تجاه زوجته بالعقد الصحيح و الدخول بالزوجة، ويبرز دور القاضي في النفقة من خلال السلطة المخولة له قانونا في الحكم بها و تقديرها.

تجدر الإشارة إلى أن الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى النفقة هي محكمة موطن الدائن بالنفقة وهو ما نصت عليه المادة 426 قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ولعل الحكمة من ذلك أن الدائن بالنفقة محتاج وليس من المنطق أن يثقل نفسه بمصاريف الدعوى ،فالزوجة عندما ترفع الدعوى فإنها تكون بحاجة لها،ولأن المحتاج إذا ما وضعت أمامه مجموعة من القيود التي تكبده المصاريف ،قد يضطر إلى التخلي عن حقه .[2]

هذا و أن الحكم الصادر في النفقة هو حامل للنفاذ المعجل بقوة القانون،و ممهورا بالصيغة التنفيذية .[3]

الفرع الأول:دور القاضي في تقدير النفقة

لقد أجمع الفقهاء على أن النفقة الواجبة للزوجة هي نفقة الكفاية والتوسط بلا إسراف و لا تقتير فيكون أداؤها بطريق التمكين أو التمليك. فالتمكين يكون عن طريق توفير الطعام الذي تحتاج إليه و الكسوة والسكن و ما يلزم من نفقة، أما التمليك هو أن يعطيها المال الكافي لتصرفه و تنفق منه على نفسها بحسب الاتفاق أو بحكم القاضي[4].هذا يجعلنا نتساءل إلى من تؤول سلطة تقدير النفقة؟

لقد منح المشرع الجزائري القاضي سلطة تقدير النفقة و ذلك وفق معايير محددة .

أولا-المعايير والأسس التي يستند إليها القاضي لتقدير النفقة

---

[1] بلحاج العربي:الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،المرجع سابق ،ص 340

[2] بوبشير محمد أمقران ،النظام القضائي الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2003 ص 275.

[3] الغوتي بن ملحة ،المرجع سابق ،ص 192.

[4] محمد أبو زهرة ، المرجع السابق،ص 276 .

يجب على القاضي أن يراعي أحوالا معينة وذلك استنادا على الوثائق والمستندات التي تحدد الوضعية المالية للزوج وحال الزوجين يسرا وعسرا ،وظروف المعيشة التي تختلف باختلاف الزمان و المكان،وتبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات كمصاريف العلاج والتعليم ...[1] فيعتمد في ذلك على أسس معين حتى يتم التقدير السليم لقيمة النفقة،كما يمكن للزوجة أو من له مصلحة أي الأبناء أو من يمارس الحضانة المطالبة بالزيادة.وعليه يجوز للقاضي مراجعتها أي تعديل مقدارها، لكن لا تسمع دعوى الزيادة قبل مضي سنة من تاريخ النطق بالحكم[2] . وهو ما نصت عليه المادة 79 ق أ بقولها:"يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين,و ظروف المعاش , لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، حيث يتوجب على القاضي مراعاة ظروف المعيشة من يوم الطلب على أن لا تقل قيمة مبلغ النفقة عن الحاجات الضرورية بغض النظر عن وضع الزوج.

إذن على هذا الأساس فإن تقدير النفقة هو مسألة تقديرية للقاضي، على أن يراعي في ذلك عنصرين هامين:
– العنصر الأول حال الطرفين و هما الطالب للنفقة و المطلوب بها

–و العنصر الثاني تقدير ظروف المعاش و حال الأسعار والمصاريف التي تختلف باختلاف الزمان والمكان، فلو تقدمت صاحبة حق النفقة إلى المحكمة و طلبت منها الحكم لها بنفقة شهرية مبلغا معينا على زوجها الذي لا يتجاوز دخله الصافي مثلا هذا المبلغ أو يقل فإن القاضي لا يستطيع الحكم بما طلبت. أما لو طلبت المستحق لنفقة الحكم لها بمبلغ معين من زوجها الذي يكون دخله عادة أكثر من ذلك المبلغ فلا يمكن للقاضي أن يبخسها حقها حتى ولو عارض الزوج ذلك و مع ذلك فإنه يأخذ بحال الزوج المادية حسب نص المادة دائما.

ما يفهم هنا أنه يستوجب على القاضي عندما يفرض للزوجة نفقتها أن يراعي الأمور التالية:

- مراعاة ما هو الأيسر و السهل على الزوج في الدفع.بمعنى يتوجب على القاضي أن يحكم بنفقة عادلة تتوافق مع قدرة الزوج فلا يكون فيها إرهاق له ،بحيث يتمكن من أدائها،فقد يفرض على الزوج نفقة سنوية أو شهرية أو أسبوعية أو يومية بحسب قدرة الزوج.

- كفاية النفقة للزوجة ،فيكون من واجب القاضي أن يحدد مبلغ النفقة بما يتماشى مع المصاريف اليومية والضرورية ،مع مراعاة حال الزوج يسرا و عسرا .

---

[1] بلحاج العربي،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ،المرجع السابق،ص 444 ،445 .

[2] بلحاج العربي.الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ،ص 349,

- حال المعيشة ارتفاعا و انخفاضا عند تقدير النفقة الزوجية رعاية لجانبي الزوج و الزوجة لأن النفقة لكفاية الزوجة المعيشية و أثمان السلع تختلف باختلاف المكان والزمان .

بالإضافة إلى ما سبق فان النفقة تشمل أيضا السكن أو أجرته ، فيتوجب على الزوج إعداد مسكن مستوفي للشروط الشرعية، كما يتضح من نص المادة 78 من ق أ، وإذا لم يقم بذلك فرض القاضي للزوجة أجرة المسكن إذا طلبت ذلك، وعليه أن يراعي في هذا المسكن قدرة الزوج المالية وبيئته وأن تأمن فيه الزوجة على نفسها ومتاعها وأن يكون مشتملا على كل ما يلزم للسكن من أثاث وفراش ومرافق ضرورية، وأن يكون المسكن خاليا من سكن الغير ولو كان من أهل الزوج، ومن ثم لا يجوز للزوجة الامتناع عن الانتقال إلى السكن الذي وفره الزوج لها،لأنها في هذه الحالة تعد ناشزا فيسقط حقها في النفقة.

و بالتالي يقع على عاتق القاضي عند حكمه على الزوج بتوفير سكن للزوجة أو بدفع بدل الإيجار أن يراعي أولا حال الزوج كما تم بيانه، ثم ينظر في الشروط الشرعية الواجب توافرها في السكن[1].

ثانيا- صدور الحكم يقضي بالنفقة

هذا وقد نص المشرع الجزائري في المادة 80 من ق أعلى أنه:" تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رقع الدعوى". ويتضح من خلال نص هذه المادة أن تاريخ استحقاق النفقة يبدأ من تاريخ رفع الدعوى وتسجيلها في كتابة ضبط المحكمة، إلى تاريخ صدور الحكم، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة لما قبل الدعوى ، ولكن في بعض الحالات ترفع الزوجة دعوى قضائية ضد زوجها طالبة النفقة لها ولأولادها لمدة طويلة سابقة قد تمتد إلى شهور وسنوات وتقديرها من طرف القاضي يكون بمبالغ خيالية، وعادة ما يكون الزوج عاجزا عن دفعها،ولكن بغية من المشرع الجزائري منع إرهاق الزوج فقد قيد القاضي من الحكم للزوجة بكل ما تطلبه من نفقة متراكمة عن مدة سابقة من جهة، فيجب أن يحكم لها بما تستحقه هي وأولادها في حدود ما بعد رفع الدعوى وابتداء من تاريخ تسجيلها في كتابة ضبط المحكمة إلى تاريخ صدور الحكم كقاعدة عامة، ومن جهة أخرى سمحت المادة 80 من ق أسمحت للقاضي بأن يحكم بالنفقة المتراكمة لمدة سنة واحدة سابقة لتاريخ رفع دعوى النفقة التي تستحقها هي وأولادها شرعا، بشرط أن تثبت عدم الإنفاق، والإثبات هنا يكون بكل طرق الإثبات.

---

[1] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ،المرجع السابق،ص 459 ،460 .

إن القاعدة تقضي بأنه يمكن للقاضي أن يحكم بالنفقة المتراكمة عن المدة السابقة لرفع الدعوى من طرف الزوجة المستحقة للنفقة شرعا بناء على بينة(تبيان الظروف التي أخرتها عن رفع الدعوى لكي تفتح فرصة لزوجها لمراجعة نفسه)[1] ، وذلك في حدود السنة فقط قبل رفع الدعوى المتعلقة بطلب النفقة,لكن إذا تعذر إثبات ذلك سقط حقها فيها.و منه إذا انعدمت البينة تعذر القول و الإشهاد بإدعاء الزوجة ذلك.[2] أما لو حكم القاضي بالنفقة لمدة تفوق السنة اعتبر هذا الحكم مخالفا للقانون و يمكن الطعن فيه و القضاء بإلغائه،فقد جاء في قرار المحكمة العليا رقم:136604 بتاريخ 1996/04/23 "من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة قبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة".[3] وتكمن أهمية منع الحكم بالنفقة لمدة أكبر من سنة سابقة,في أن لا يترك للزوجة مجالا لإرهاق زوجها,إذ تترك مطالبته بالنفقة سنوات كثيرة.ثم تطالبه بها مرة واحدة فيقع في الحرج و الضيق.

الفرع الثاني :الاستعجال في مادة النفقة

نصت المادة 57 مكرر من ق أ على مايلي :" يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لا سيما ما تعلق منها بالنفقة..."،

وعليه يجب على قاضي شؤون الأسرة ،الذي منحت له صفة قاضي الاستعجال بموجب نص المادة 442 من ق إ م إ، لدى محكمة موطن الدائن بالنفقة طبقا لنص المادة 426 ق إ م إ، ،كما يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما اتفق عليه الزوجان عند فصله في النفقة المؤقتة وهو ما نصت عليه المادة 444 من ق إ م إ، هذا و يجوز له أن يلغي أو يعدل أو يتمم التدابير المؤقتة التي أمر في حالة ظهور واقعة جديدة ما لم يتم الفصل في الموضوع وهذا الأمر غير قابل للطعن وهو ما نصت عليه المادة 445 من ق إ م إ ،

كما انه يتوجب على القاضي أن يتأكد من جدية قيام دعوى سابقة في الموضوع ولم يتم الفصل فيها بعد كوجود دعوى طلاق وتقديم مبررات للطلب، لكي يستطيع أن يصدر أمرا إستعجاليا تجاه الزوج بان يقدم إلى الزوجة مبلغا ماليا كنفقة مؤقتة لها ، ولأولادها ،تستمر إلى غاية صدور الحكم في موضوع دعوى الطلاق[4].

---

[1] فضيل سعد.شرح قانون الأسرة الجزائري، م و ك، الجزائر،(د ط)، الجزء1 ،1986،ص 184.

[2] عبد العزيز سعد.شرح قانون الأسرة الجزائري.دار هومة ,الجزائر،(د ط) ،2007.ص 108.

[3] المجلة القضائية لسنة 1997،العدد 2، ص 89 .

[4] احمد شامي ،قانون الأسرة الجزائري ، دار الجامعة الجديدة ،مصر،(د ط)،ص275 .

كما أن النفقة تعتبر من حقوق الأبناء على أبائهم كما جاء في نص المادة 75 من ق أفدعوى النفقة تختلف حسب نوع الدعوى فهناك دعوى النفقة الزوجية و دعوى نفقة العدة و دعوى الأولاد.

حيث يمكن للزوجة تقديم طلب في شكل عريضة مؤرخة وموقعة للحكم لها بنفقة مؤقتة ويفصل فيها القاضي على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة، والمقصود بحالة الاستعجال هنا كل ما لا يمكن تأجيله و عدم المساس بأصل الحقوق طبقا لما نصت عليه المادتان 299 و 303 من ق إ م د،لأن الفصل فيها يكون بصورة مؤقتة و سريعة ، والاستعجال يظهر في قضايا النفقة كلما ثبت من ظاهر المستندات أو حاجة طالب النفقة ملحة لانعدام مورد آخر للــرزق ولا تستطيع الانتظار وهو ما قضت به المحكمة العليا في ملف رقم 423033 بتاريخ 2005/01/19 [1].

هذا و نجد حالة الاستعجال في المرأة غير العاملة التي لا يمكن لها توفير الأكل والملبس و ذلك بتقديمها طلب إلى قاضي شؤون الأسرة تلتمس فيه أمر الزوج بنفقة مستعجلة بمجرد صدور حكم الطلاق أو أثناء دعوى الطلاق، فلو انتظرت الزوجة إلى حين صدور الحكم في الدعوى لتضررت بسبب المدة التي تستغرقها الدعوى وتكون في حاجة ماسة إلى النفقة ،بحيث يتوجب على قاضي شؤون الأسرة البت في الطلب من ظاهر المستندات و من جدية قيام دعوى طلاق وأن يصدر امرأ إستعجاليا مبررا يمنح بموجبه للزوجة النفقة لها ولأولادها بطبيعة الحال مؤقتة فتستمر لغاية صدور الحكم في الدعوى الموضوعية[2].

أما إذا تبين من ظاهر المستندات المعروضة على القاضي أن الزوجة الطالبة بالنفقة لها أو لأبنائها ميسورة الحال و لها من المال ما يكفي فإن الدعوى تكون قد فقدت شرط الاستعجال سواء كان النزاع منصبا على وجود الحق أو حلول أجل أدائه. كما أنه يتعين على قاضي شؤون الأسرة في حالة قيام سبب استحقاق النفقة و توافر الشروط المذكورة سابقا أن يحكم القاضي بالنفقة لطالبها في مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ تقديم الطلب دعوى النفقة المؤقتة تفي بحاجته الضرورية بحكم غير مسبب وواجب النفاذ فورا إلى حين الحكم النهائي بالنفقة.

وعليه يفضي الحكم الذي يصدر في الطلب بالنفقة ،على المدين بها بمبلغ النفقة ،حسب تقدير القاضي الذي يتعين عليه أن يأخذ بعين الاعتبار حالة المدين ،من يسر و عسر ،وفي حالة ما إذا تعدد المدينون يبين الحكم كيفية توزيع النفقة بينهم مثلا إذا كان للزوج زوجتين أو أكثر.

---

[1] المجلة القضائية لسنة 2005،العدد 1.ص321.

[2] طاهري حسين،المرجع السابق،ص 173 .

هذا و أن الحكم الصادر في النفقة هو حامل للنفاذ المعجل بقوة القانون،و ممهورا بالصيغة التنفيذية .[1]

المطلب الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في دعاوى النسب

النسب هو رباط الدم الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه وإثباته أو نفيه هي مسألة اقرها المشرع الجزائري في تشريعه حيث وضع طرق يلجأ إليها القاضي حيث يقوم هذا الأخير بإعمال سلطته التقديرية في الأخذ بها وبالتالي سنتطرق إلى الطرق التي يعتمد عليها القاضي في إثبات النسب ونفيه.

الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب عن طريق الطرق الشرعية والعلمية

سنتناول في هذا الفرع دور القاضي في تقدير الطرق الشرعية لإثبات النسب ثم إلى دوره في الأخذ بالطرق العلمية لإثبات النسب.

أولا: سلطة القاضي في تقدير الطرق الشرعية لإثبات النسب

1- الإقرار: عالج المشرع الجزائري الإقرار كطريق من طرق إثبات النسب في المادة 40 ق أ المعدل والمتمم من الأمر 05-02 حيث نصت" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و33و 34 من هذا القانون."

إن قانون الأسرة الجزائري لم يعرف الإقرار لكن بالرجوع إلى القانون المدني والذي يعتبر الشريعة العامة نجده عرفه بنص المادة 341 ق م" الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة مادية مدعى به عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة."

وعليه فالإقرار تصرف قانوني كباقي التصرفات القانونية الأخرى، فيجب أن تتوفر فيه عامة شروط التصرف القانوني، ومنها اتجاه إرادة المقر إلى إحداث أثر قانوني، بمعنى أن يكون الإقرار صادرا من المقر بقصد الاعتراف بالحق المدعى به، في صيغة تفيد ثبوت الحق المقر به على سبيل الجزم واليقين .إضافة إلى وجوب أن يكون تعبير المقر تعبيرا عن إرادة جدية حقيقية، فلا يعد من قبيل الإقرار الملزم ما يصدر من الشخص من عبارات بقصد التودد أو المجاملة[2].

---

[1] الغوتي بن ملحة،المرجع سابق ،ص 192.

[2] طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة ،الجزائر،(د ط)،2006،ص56.

وللإقرار نوعان: يتمثل الأول في إقرار بالقرابة تنعدم فيها الواسطة بين المقر والمقر له كأن يقول هذا ابني، وهو ما يسمى بالإقرار بأصل النسب والذي ليس فيه تحميل النسب على الغير ويجب أن يكون ممن يتقبله العقل والعادة كأن يدعي عجوز لا يتصور منه الإنجاب أن يقول فلان هذا ابني وهو ما نجده في نص المادة 44 ق أ بقولها" يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة"، أما النوع الثاني فيتمثل في الإقرار بقرابة تكون فيها واسطة بين المقر والمقر له والذي فيه تحميل النسب على الغير وهذا ما نصت عليه المادة 45 ق أ كأن يقول هذا أخي، والذي في الأصل يقول هذا ابن أبي، ولا يرتب آثاره إلا إذا صدقه المدعى عليه بالنسب فمثلا الإقرار بالأخ لا يصح إلا إذا صدقه الأب والإقرار بالعم لا يصح إلا إذا قام بتصديقه الجد فمن هذا المنطلق نقول أن الإقرار هنا هو أن يعترف ذكر مكلف أنه أب لمجهول نسب.

وحتى يحقق الإقرار غايته في إثبات النسب، وإلحاق الولد بأبيه شرعا وقانونا وجب توفره على شروط خاصة، وهي ما سوف يتم التطرق إليه والتي تكون حجة في إثبات النسب والتي يجب على القاضي التأكد منها، فمنها ما تتعلق بنفس المقر والتي تتمثل أساسا في البلوغ والعقل أي لا يجوز أن يقع الإقرار من صبي أو أي شخص فقد للإدراك والعقل كالمجنون والمعتوه، كذلك ألا يكون مكرها أي أن يكون مختارا في إقراره ، وهناك شروط متعلقة بالمقر له والمتمثلة بداية، ألا يكون قد ولد نتيجة علاقة غير شرعية بالإضافة إلى ألا يكون ثابت النسب بالإضافة إلى أن يكون هذا الإقرار ممن يصدقه العقل والعادة [1].

ومن خلال الرجوع إلى نص المادتين 44 و45 ق أ نجدها نصت على شروط للإقرار بالنسب وهما:

– أن ينصب الإقرار على ولد مجهول النسب أي ألا يتعلق بولد معلوم وثابت نسبه.

– أن يكون الإقرار مما يتقبله العرف والعادة، فلو كان المقر له بالبنوة أكبر سنا من المقر، كما لو كان ابن 10 سنوات والمقر 15 سنة حيث لا يعقل أن يولد مثله لمثله.

– إذا كان الإقرار متعلق بغير المقر، فبالإضافة إلى الشرطين السابقين هناك شرط آخر وهو أن يصدقه المقر له إذا كان أهلا للتصديق ذلك أن الإقرار حجة على المقر لا تتعدى على غيره إلا بالتصديق فيقول: هذا أخي يشترط لثبوت نسبه أن يصدقه أبوه وهو ما نصت عليه المادة 45 ق أ[2].

---

[1] أحمد فراح حسين، أحكام الأسرة في الإسلام ، دار الجامعة الجديدة للنشر،مصر،(د ط) ،1998 ، ص 93،208، 209.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق،ص389.

وبالإضافة إلى هذه الشروط هناك شرط آخر يستشف من نص المادة 40 ق أ هو أن يكون المقر له ناتج عن زواج شرعي صحيح حيث لا يجوز إثبات ابن زنا لأبيه وان كان الأم كذلك[1].

وبالتالي فالقاضي المطروح أمامه النزاع والمتعلق بثبوت النسب عليه أولا البحث في مدى شرعية وقانونية عقد الزواج والتي تكون سابقة لتاريخ الإقرار أي أن تتوافر فيه شروط الزواج والذي يعتبر سبب ثبوت النسب قبل الحكم بإسناد المولود إلى المدعي ببنوته أو أبوته عن طريق الإقرار[2].

إضافة إلى ذلك على القاضي التأكد من أقصى وأقل مدة للحمل المحددة شرعا وقانونا حيث اعتبر المشرع الجزائري اقل مدة للحمل هي 06 أشهر وأقصاها 10 شهور وذلك حسب نص المادة 42 ق أ [3] .

وبالتالي فإذا حكم بثبوت النسب عن طريق الإقرار لا يجوز العدول عنه أو نقضه، كذلك لا يجوز للورثة أو الأقارب الاعتراض عنه أو إبطاله بما أن صاحب الحق قام بإثباته والإقرار به[4].

إضافة إلى أن الإقرار يعتبر طريق من طرق إثبات النسب فانه بالإمكان اللجوء إلى طريق آخر ألا وهو البينة.

2- البينة:

نص المشرع الجزائري على البينة كطريق من طرق إثبات النسب في المادة 40 من ق أ السابق ذكرها، وتعرف البينة على أنها مجموعة الدلائل والحجج الشاهدة على واقعة مادية حقيقية يقينية لا مجال للشك فيها، وتعتبر من وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية المواد 150 الى163. والبينة عند فقهاء الشريعة هي شهادة الشهود غير أنهم اختلفوا في نصابها الشهود[5].

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق،ص104.

[2] اقورفي زبيدة، الاكتشافات الطبية والبولوجية وأثرها على النسب، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2012، ص61.

[3] عبد العزيز سعد. الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر،ط3 1996، ص 216.

[4] اقورفي زبيدة، المرجع السابق، ص 60.

[5] البينة عند فقهاء الشريعة الإسلامية هي شهادة الشهود إلا أنها تختلف في نصابها من مذهب لآخر بعد إجماعهم على ثبوتها برجلين ، فأبو حنيفة يعتد بشهادة رجل وامرأتين على الولادة إن لم يكن هناك حبل ظاهر ولا فراش قائم ولا إقرار الزوج بالحبل ، ويقبل المالكية قول امرأتين،. ويكتفي الحنابلة بقول امرأة واحدة حرة مسلمة عدل ،مشار اليه في: اقورفي زبيدة، المرجع السابق،ص53.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري في المادة 40 ق أ فنجده يستعمل في النص العربي مصطلح "البينة" وفي النص الفرنسي" Preuve" فيكون لهذا الأخير عدة معاني، والمقصود بالبينة في مجال إثبات النسب هي الشهادة دون غيرها من الأدلة والأدلة متضافرة على ذلك منها: تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي استحدث الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب بصورة تنتزع إي إشكال في تأويل البينة الواردة في نص المادة 40 هو شهادة الشهود[1].

فإذا رفع المدعي دعوى إثبات النسب والمستوفية لجميع الشروط الشكلية والإجرائية المنصوص عليها في المواد 13،14،15،16،17 من القانون 08-09 المتضمن ق إ م إ وأنكر الطرف الآخر ذلك وجب عليه تقديم البينة، حيث أن القاضي ملزم بالتأكد من وجود عقد زواج صحيح أو زواج فاسد لأن العلاقة الغير الشرعية بين الرجل والمرأة لا تثبت بأي طريقة كانت، وعليه فقد أجاز المشرع للقاضي بسماع الشهود والتي لا تكون له درجة قرابة أو مصاهرة مع أحد الخصوم حول الوقائع القابلة للإثبات بالشهادة ويكون فيها التحقيق جائزا ومفيدا للقضية وهذا ما ورد في نص المادة 150 ق إ م إ ، كذلك ويكون سماع الشهود على انفراد مع التعريف به، ويقوم الشاهد بأداء اليمين وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال، غير أنه في مسألة إثبات النسب يجوز سماع شهود بعض أقرباء الشخص وهذا ما جاء في نص المادة 153 من ق إ م إ.

وهو ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها تحت رقم 262912 الصادر بتاريخ 18-04-2001على أن الشريعة أقرت بجواز شهادة الأقارب في الزواج والنسب وذلك باعتباره من قضايا شؤون الأسرة.[2]

إضافة إلى جواز شهادة الأقارب يقول الفقهاء أن شهادة القابلة تقبل إن كانت الزوجية قائمة، وعليه فإنه بالإمكان شرعا وقانونا إثبات واقعة الولادة وبالتالي إثبات نسب الطفل لأبيه الحقيقي عن طريق شهادة النساء اللاتي حضرن عملية الولادة سواء خارج مرفق الصحة-المستشفى- أو داخله، خاصة وأن القانون أعطاهم صلاحية التصريح بولادة الطفل[3]، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الحالة المدنية "يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم وإلا الأطباء والقابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده.ورغم ذلك فإنها تبقى خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي

---

[1] باديس ذيابي،آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر،(د ط)، 2008 ،ص 81.

[2] المجلة القضائية لسنة 2001، العدد02،ص409.

[3] إذا تعلق الأمر بإثبات الولادة،وتعيين المولود، وهما من الأمور التي لا يطلع عليها إلا النساء دون الرجال فان الفقه المالكي أجاز أن يقع الإثبات على شهادة امرأتين حيث ثبت أن النبي صبى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة ذلك أن النسب ثابت بالفراش.أنظر الغوثي بن ملحة،المرجع السابق،ص155،156.

في الاعتداد بها أم لا. إضافة إلى ذلك نشير فقط انه إذا كان المدعي حيا فان الدعوى تسمع ولو كان مجرد من أي حق مادي، أما إذا كان بعد الوفاة أو لغير نسب أصلي يجب سماع الدعوى مصحوبة بحق آخر كالنفقة والميراث[1]، وإن كانت دعوى النسب بعد وفاة الابن، أو الأب المدعى الانتساب إليه أو كانت دعوى النسب بغير البنوة والأبوة كالأخوة والعمومة مطلقا، سواء كانت الدعوى حال حياة المدعى الانتساب إليه أو بعد وفاته فإن الدعوى لا تسمع شرعا إلا إذا كانت مصحوبة بدعوى تدعي حقا آخر لأن النسب حينئذ غير مقصود بذاته بالدعوى وإنما المقصود بالذات هو ما يترتب عليه من حقوق كالنفقة والإرث[2].

وعلى المدعي أن يقدم البينة على أنه ابن المتوفي، فإن قدمها حكم له بالنسب والميراث معا، لأن النسب يكون ضمن الدعوى فالحكم بالميراث يقتضي ضمنيا الحكم بالنسب[3].

ثانيا: سلطة القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب

المشرع الجزائري بموجب الأمر 05-02 المتضمن ق أ أضاف طريق آخر جديد لإثبات النسب وهو طريق علمي حديث والذي أجاز للقاضي في إعمال سلطته في تقريره والأخذ به حيث جاء في نص المادة 40 من ق أ في فقرتها الثانية" **يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرف العلمية لإثبات النسب**".

المشرع الجزائري لم يحدد لنا هذه الطرق العلمية ولم يقم بحصرها، ولكن العلماء البيولوجيون قاموا بحصرها في نظامين: أولهما يتمثل في نظام البصمة الوراثية وثانيهما يتمثل في نظام فصائل الدم[4].

حيث تعرف البصمة الوراثية من الجانب العلمي على أنها ما يتوارثه الأبناء عن أبائهم من صفات تحدد هويتهم بدقة وتميزهم عن غيرهم ، فهي الجينات الوراثية التي تتحكم في صفات الشخص وتحدد هويته والتي ينفرد بها دون سواه،، ومادة البصمة الوراثية تعمر طويلا أمام عوامل الزمن،وبالتالي فلها فائدة عظيمة في تحديد النسب فهي تحليل بيولوجي لإثبات النسب بصفة يقينية لا تدعو مجالا للشك فيها.[5]

فقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة واسعة في الأخذ بهذه الطرق لإثبات النسب، حيث إذا وجد القاضي نفسه أمام دعوى إثبات نسب بطريق علمي لا يمكن الفصل فيه بحال من الأحوال إلا باللجوء

---

[1] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 491.

[2] أحمد فراج حسين، المرجع السابق،ص212.

[3] محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1 ،2002. ،ص379.

[4] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 85.

[5] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص394،393.

إلى مخابر وطنية يلجأ إليها القاضي وجوبا إلى استشارة الخبراء الطبيين في ذلك، وهذا للوصول لنتائج علمية دقيقة، حيث يقوم بالاستعانة بهم وذلك في إطار اختصاصه الإقليمي إما من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم وذلك للقيام بالمهام الموجهة إليهم مختتمين ذلك بتقرير مفصل[1]،

كما أن تقرير الخبرة بعد إجراء التحاليل هو تقرير صامت يتمتع فيه القاضي بحق تقدير نتائجه فيأخذ ماهو جدي ويترك ما يعارض الصواب، فالقاضي غير ملزم بنتائج تحاليل المخابر الوطنية، وعليه عند مناقشة التقرير الرد على الدفوع المثارة من قبل الأطراف، فإذا كانت التقرير متعارض مع ادعاءات ودفوع الأطراف فهنا تخضع مدى ملاءمة تقارير الخبرة من عدمها للسلطة التقديرية للقاضي[2].

وفي الأخير القاضي المعروض أمامه النزاع والمتعلق بإثبات النسب عليه بداية اللجوء إلى الطرق الشرعية وفي حالة الاستحالة أو العجز بإمكانه الاستعانة بالطرق العلمية وهذا ما أوضحته المادة 40 من ق أ ، حيث لا يمكن بأي حال من الأحوال تقديم الطرق العلمية عن الشرعية باعتبار أنها تعتبر مثلها مثل بقية الأدلة الفنية في إثبات النسب[3]. حيث أن القصد من المادة 40 السالفة الذكر في إبقائها لتلك الطرق في الفقرة الأولى للمادة ولو كان القصد اعتبار الطرق العلمية دليلا شرعيا قائما بذاته لتم إدراجه ضمن الأدلة الشرعية معا، وهو ما يعني أن المشرع الجزائري يعتبرها دليلا مساعدا احتياطيا يستعين به القاضي في حالة فقدان الطرق الشرعية، كما هو الحال في مجهول النسب أو اللقيط أو تعارض الأدلة الشرعية.[4]

الفرع الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في نفي النسب

أجاز المشرع الجزائري للقاضي اللجوء إلى الطرق الشرعية والعلمية لإثبات النسب لكنه سكت عن ذلك فيما يتعلق بدعاوى نفي النسب، وهذا ما يستشف من نص المادة 41 من ق أ ج، حيث ذكر عبارة " ولم ينفه بالطرق المشروعة"، وبالتالي نستند إلى نص المادة 222 ق أ ج التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والتي أقرت بأن الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب هو اللعان، والذي يعتبر هذا الأخير نظام يهدف إلى نفي النسب[5].

---

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 117.

[2] بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق،ص400.

[3] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 123.

[4] شامي أحمد، أطروحة سابقة، ص 392.

[5] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 124.

ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يذكر عبارة اللعان في نص المادة 41 من ق أ ج غير أنه أوردها بالفصل الخامس المتعلق بالميراث في نص المادة 138 من نفس القانون والتي جاء فيها " **يمنع من الإرث اللعان والردة** ".

اللعان كطريق لنفي النسب لا يتم إلا باللجوء إلى القضاء بموجب حكم قضائي والذي يكون بناءا على طلب من الزوج، حيث يتخذ اللعان صورتين: إما بدعوى رؤية الزنا بشرط ألا يطأ الزوج زوجته لعدم الرؤية، و إما بدعوى نفي الحمل[1].

ترفع دعوى اللعان وفقا للشروط المنصوص عليها قانونا ووفقا للقانون 08-09 المتضمن ق إ م إ في المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية استنادا إلى نص المادة 426 ق إ م إ وذلك بمجرد علم الزوج بالحمل لأنه في حالة سكوته بعد علمه لا يقبل منه اللعان ولا ينتفي النسب وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا تحت رقم 35934 الصادر بتاريخ 25-02-1985[2].

غير أنه نجد تضارب في قرارات المحكمة العليا حول مدة اللعان، فمدة اللعان حسب القرار رقم 172379 بتاريخ: 10/28/ 1997 هو 08 أيام من يوم العلم بالحمل ،والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنّ أقل مدة الحمل هي ستة أشهر و من المقرر أيضا أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة. و من المستقر عليه قضاءا أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللّعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل و من الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر و أن قضاة الموضوع جانبوا الصواب عندما إعتمدوا على الخبرة و وزن الولد و اللّعان الذي لم يتوفر شروطه و الذي لم يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق"[3].

كذلك نجد قرار رقم 296020 الصادر بتاريخ 25-12-2002 أن مدة اللعان هي أسبوع من رؤية الزنا أو العلم بالحمل[4].

هذا ويطبق القاضي الأحكام الواردة في الآية 08 من سورة النور وذلك وفقا لسند قانوني هو نص المادة 222 ق أ[1].

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 476.

[2] المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد 01 ،ص83.

[3] مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص،2001،ص70.

[4] المجلة القضائية لسنة 2004،العدد01،ص289.

فاللعان أمام القاضي هو أن يتهم الزوج زوجته حين قيام العلاقة الزوجية، أي على القاضي التأكد من وجود زواج صحيح ثم يتلاعنان أمامه كما يلي: يقسم الزوج بالله أربع مرات أنه لصادق في اتهام زوجته، ويقول في الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم تقسم الزوجة أربع مرات بالله انه من الكاذبين فيما رماها به، وتقول الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، ويمكن للقاضي الاعتماد على شهادة الوضع لمعرفة الحقيقة مقارنة بتاريخ الزواج، ويجوز له أيضا أن يطلب من المتلاعنين أداء اليمين قائمين ليكونوا محل أنظار، ومنه إذا تم اللعان بين الزوجين فالقاضي يفرق بينهما فرقة أبدية أي طلاقا بائنا، ولكن النسب يثبت لأمه فقط باعتباره ثابت بيقين، ويقع التحريم بين الزوجين وذلك بقوله " قد فرقت بينكما وقطعت نسب هذا الولد عنك وألزمته أمه "[2] .

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها أنه إذا حصل اللعان بين الزوجين يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين.

إن المشرع الجزائري بما أنه لم يحدد طرق لنفي النسب واكتفى بعبارة "لم ينفه بالطرق المشروعة" وبالتالي يمكن أن نطرح تساؤل: هل يمكن اعتداد القاضي بالطرق العلمية لنفي النسب كما هو الشأن بالنسبة لإثبات هذا الأخير؟. إن ما يفهم من نص المادة أن المشرع الجزائري وسع المجال الأخذ بأي طريق مشروع لنفي النسب وبالتالي يجوز أن يعتمد القاضي على الطرق العلمية وذلك بالاستعانة بتقرير الخبرة الطبية باعتبار الطريق العلمي مبني على صفات وراثية بيولوجية بين الأصل والفرع مما يتسنى معرفة الأب البيولوجي[3].

لكن نجد أن ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها غير ذلك في قرار تحت رقم 690718 ، حيث جاء فيه أن الفقرة الثانية من المادة 40 ق أ مقررة لجواز القاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب وليس نفيه[4].

---

[1] سورة النور، الآية 08.

[2] طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص 34.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 402.

[4] المجلة القضائية لسنة 2013، العدد02.ص 268.

المطلب الثالث: دور قاضي شؤون الأسرة في ضمان حماية حقوق الزوجين غير المالية المترتبة عن عقد الزواج

يترتب عن عقد الزواج آثار والمتمثلة في الحقوق منها ما يتعلق بالمال كالنفقة والصداق ومنها ذات قيمة معنوية بعضها يتعلق بالزوجة وبعض الآخر يتعلق بالزوج وهذا ما ستناوله فيما بعد حيث أنه من بين الحقوق غير المالية الممنوحة للزوجة والتي رتب لها القانون جزاءات، حق الزوجة في حرية التصرف في مالها وكذلك حقها في وجوب الزوج العدل في حالة التعدد، فماهو حق للزوجة فهو واجب للزوج. ومن بين حقوق الزوج تجاه زوجته حق الطاعة. ففي حالة النزاع والمطالبة بهذه الحقوق يتدخل القاضي بحكم السلطة الممنوحة له بفض النزاع واثبات حق كلا من الزوجين، وبالتاي سنتعرض إلى دور قاضي شؤون الأسرة في حماية هذه الحقوق.

الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في إثبات حقوق الزوجة غير المالية

يترتب على عقد الزواج حقوق غير مالية للزوجة ، والتي يكون للقاضي دور كبير في ضمانها وإثباتها، حيث تتمثل أساسا في حرية التصرف في مالها وكذلك حقها في العدل في حالة التعدد.

أولا: دور القاضي في ضمان حق الزوجة في حرية التصرف في مالها

إن الزوجة في قانون الأسرة الجزائري تبقى محتفظة بانتمائها العائلي ولا يعطى لها اسم عائلة الزوج كما أنها تتمتع بذمة مالية مستقلة عن زوجها، كما أن لها الحق الاشتراط في عقد الزواج وهذا لضمان حرية أكبر التصرف في مالها الزوج .

1-استقلالية الذمة المالية للزوجة

يحق للزوج أن يأخذ شيئا من مال زوجته وهو ما كرسته نص المادة 37 ق أ، كما أنه لا يجوز التعرض لأموالها الخاصة سواء كانت مهرا والذي يعتبر ملكا لها تتصرف فيه كما شاءت المادة 14 ق أ، ولا يحق للزوج أن يطالب بأي شيء في مقابله، أو كانت هذه الأموال الخاصة نفقة أو هبة فهي تصرفات نافذة ولا

تحتاج إلى إذن زوجها، فهي تبقى مالكة لجميع الأموال سواء التي جاءت بها قبل الزواج أو التي اكتسبتها أثناء الحياة الزوجية[1].

غير أن التصرفات المالية التي تصدر من الزوجة بغير عوض، فجمهور الفقهاء يرى أنها نافذة مطلقا ولو كانت في جميع مالها، في حين ذهب المالكية إلى اعتبارها صحيحة نافذة إذا كانت في حدود ثلث مالها، فلا يجوز لها أن تتصرف فيما يجاوز الثلث إلا بإذن زوجها[2].

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده انه لم يأخذ صراحة برأي المالكية وإنما أقر مبدأ حرية الزوجة في التصرف في مالها من خلال إخضاعها لذمة مالية مستقلة وذلك استنادا إلى نص المادة 37 ق أ غير أنه من باب النظر إلى مصلحة الأسرة وضرورة التشاور على تسيير شؤونها نجد أن استشارة الزوج في بعض تصرفات الزوجة المالية باعتباره هو القائم على الإنفاق والمكلف برعاية المصالح المادية والمعنوية تكون أفضل، وبما أن للزوجة ذمة مالية مستقلة فان ذلك يترتب عليه استقلال الديون المستحقة على كل من الزوجين وهو ما لم يتطرق له قانون الأسرة الجزائري تاركا ذلك إلى الفقه الإسلامي استنادا إلى المادة 222 منه التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيها نص في القانون والى أحكام القانون المدني وذلك على أساس أن كل من الزوجين يستقل بتحمل تبعة التنفيذ على أمواله الخاصة بسبب امتناعه عن سداد الديون المترتبة في ذمة الغير.

تجب الإشارة إلى أنه يجوز لقاضي شؤون الأسرة الفصل في المسائل المتعلقة بالديون المستحقة للزوجين باعتبارها من آثار عقد الزواج أو بمناسبته والتي تعتبر من مسائل أحكام الزواج وذلك استنادا إلى نص المادة 423،426 ق إ م إ،غير انه يجوز للقضاء المدني باعتباره صاحب الاختصاص العام الفصل في النزاعات المتعلقة بالديون المستحقة باعتبارها من المسائل المتعلقة بالحقوق الشخصية والالتزامات وذلك استنادا إلى نص المادة 32 ق إ م إ[3].

2-اشتراط الزوجة في عقد الزواج لضمان حرية التصرف في مالها

كذلك نجد أن المشرع الجزائري أعطى للزوجة الحق في الاشتراط في عقد الزواج بما أنه يحقق مصلحة ومنفعة يشرط ألا يتنافى ومقتضيات العقد وذلك لضمان أكثر لحرية التصرف في مالها، وهذا ما

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق،ص320.

[2] ابن رشد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، لبنان،،(د ط) ، الجزء03، 1995،ص352.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص326.

تناوله المشرع في نص المادة 19 ق أ بقوله " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية"[1]، ومنه يحق للزوجة وضع شروط لضمان حقها وحمايته خلال مرحلة قيام العلاقة الزوجية كما هو الشأن في حرية التصرف في المال[2].

من الشروط التي تضعها الزوجة لضمان حرية التصرف في مالها شرط العمل والذي نصت عليه المادة 19 السالفة الذكر، فالزوجة العاملة تبقى مالكة لجميع الأموال التي تكتسبها جراء عملها وأثناء قيام الحياة الزوجية، فلها الحرية الكاملة في التصرف في راتبها كأن تتاجر بها، أو أن تستخدمها لمصلحتها الشخصية ودون أن يتوقف ذلك على إذن زوجها،وعليه فمطالبة الزوج زوجته براتبها الشهري يعد تقييدا على حريتها في التصرف ،وكذلك يعد خرقا للقانون باعتبار أنها أدرجت شرط العمل في العقد، و أن المشرع الجزائري قد أعطى الحرية التامة في الذمة المالية المادة 37 ق أ[3].

وبالتالي إذا أخل الزوج بهذا الشرط وقام بمخالفته جاز للزوجة اللجوء إلى القضاء والمطالبة بالتطليق وذلك لمخالفة الزوج الشروط المتفق عليها في عقد الزواج أو في عقد لاحق وهذا استنادا إلى نص المادة 53 ق أ في فقرتها التاسعة[4].

ثانيا: دور قاضي شؤون الأسرة في ضمان حماية حق الزوجة في العدل عند التعدد

يعتبر العدل بين الزوجات من القيود الشرعية التشريعية والتي نصت عليه المادة 08 من الأمر 05-02 ق أ والذي يعتبر واجبا من واجبات الزوج تجاه زوجاته، ففي حالة إخلاله بهذا القيد منح المشرع الجزائري للزوجة الحق في المطالبة بالعدل وذلك من هلال رفع دعوى قضائية لطلب التطليق استنادا إلى نص المادة 53 ق أ والتي تعتبر في فقرتها السادسة مخالفة أحكام المادة 08 سببا من أسباب التطليق[5].

---

[1] لوعيل محمد أمين،المرجع السابق، ص 59.

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 74.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص322.

[4] المادة 53 الفقرة 09.تنص على" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية..... مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

[5] باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، ،دار الهدى، الجزائر،(د ط)، 2007 ، ص 46.

يتجلى دور القاضي تجاه الزوجة التي ترفع دعوى تطليق وفقا للشروط المنصوص عليها في أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن يقوم بإجراء الصلح أولا والذي يعتبر وجوبي في مسائل الأحوال الشخصية، ويستند في ذلك إلى بينة الزوجة عن الضرر المتسبب جراء عدم العدل مع تبيان أن للزوج الحق في التعدد لكن مشروط بالعدل بين الزوجات[1].

وبالتالي فعلى القاضي المعروض أمامه النزاع التأكد من توفر سبب عدم العدل كسبب للتطليق و إثبات الضرر الحاصل جراء هذا السبب حيث يقع عبء الإثبات على الزوجة سواء من الجانب المادي كتقديم حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه يقضي بالنفقة، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا الصادر بتاريخ 02-05-1995 " لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال أو عدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة وأن يمتنع عن تنفيذ ذلك." أو في الجانب المعنوي كشكوى أقامتها الزوجة بسبب الاعتداء عليها بالضرب أو تقديم شهادة طبية وهذا ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[2].

الفرع الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في إثبات حقوق الزوج غير المالية

إذا كان عقد الزواج رتب اثر حقوق الزوجة على الزوج فانه رتب أيضا حقوقا غير مالية تتعلق بالزوج تجاه زوجته حيث أتى المشرع الجزائري جزاءا في حالة عدم قيام الزوجة بواجباتها تجاه زوجها، فقد ذكر الله تعالى بعضا منها في كتابه العزيز في سورة النساء والتي يستشف منها حقان هما حق الطاعة وحق التأديب[3].

فحق الطاعة والذي كان ينص عليه القانون 84-11 المتضمن ق أ قبل تعديل 2005 في نص المادة 29 منه مستمد من جعل للرجل قوامة على المرأة أي جعل للزوج قوامة على زوجته، فمن واجب الزوجة طاعة زوجها في كل ما يأمر به من غير معصية و لا مضرة، كطاعته في القرار في بيت الزوجية وتسيير شؤونه ، ولا تخرج إلا بإذنه، فحق الزوج في القرار حق مستمر وثابت[4].

---

[1] أحمد نصر الجندي،المرجع السابق، ص386،387.

[2] لوعيل محمد أمين، المرجع السابق،ص ص74،78.

[3] سورة النساء، الآية 34.

[4] جميل فخري محمد غانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد، ،الأردن، ط 1، 2009، ص88.

وعليه فانه في حالة امتناع الزوجة عن طاعة زوجها كالخروج من بيت الزوجية دون إذنه، يرفع الزوج دعوى رجوع إلى بيت الزوجية بموجب عريضة افتتاحية متضمنة الشروط والبيانات المنصوص عليها في القانون ق إ م إ لاسيما المواد 13-14-15 بالمحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية.

فيجب أن تكون العريضة مصحوبة بنسخة من عقد الزواج وشهادة عائلية وتكون العريضة على ثلاث نسخ تسجل من قبل كاتب الضبط مع دفع الرسوم، ومضيف إلى أنه تبليغ النيابة العامة باعتبارها طرف أصلي في دعاوى شؤون الأسرة وذلك وفقا لنص المادة 438 ق إ م إ، هذا وقبل أن يفصل قاضي شؤون الأسرة في الدعوى المرفوعة أمامه عليه أن يثبت نشوز الزوجة وذلك من خلال ادعاءات الزوج و دفوع الزوجة ،حيث يعد نشوزا امتناع الزوجة الانتقال إلى بيت الزوجية أو الخروج من محل الزوجية دون حق أو سبب، ويقع عبء إثبات هذا النشوز على الزوج المدعي، وبما أن القانون لم يبين طرق إثبات النشوز والذي يمكن أن يصل إلى التأديب، فالمستقر أو المعمول به قضاءا قبل صدور حكم بنشوز الزوجة يجب مراعاة شروط:

- رفع دعوى قضائية للمطالبة بالرجوع إلى بيت الزوجية وصدور حكم قضائي يقضي بذلك مع تبليغها عن طريق محضر قضائي[1].

ومن بين الدفوع التي تقدمها الزوجة كرد على الادعاءات والتي تخضع إلى تقدير القاضي ما تعلق بدفع عدم شرعية السكن والذي يعتبر من مشتملات النفقة حسب نص المادة 78 من الأمر 05-02 ق أ، كذلك الدفع بسوء المعاشرة حيث يتحول حق تأديب الزوج لزوجته المقيد بضوابط إلى ضرب تصبح فيه الزوجة مكره ومضطرة لترك بيت الزوجية بإرادتها، وعليه على القاضي المعروض أمامه النزاع الاطلاع على ادعاءات ودفوع كل طرف والتحقق من الأقوال باستعمال وسائل ثبوتية يفصل فيها في موضوع النزاع بالحكم بنشوز الزوجة وبالتالي يسقط حقها في النفقة[2].

---

[1] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق،ص 52.

[2] سواحلية امال، مذكرة سابقة، ص 87،88.

خلاصة الفصل الأول.

لقد تطرقنا في هذا الفصل إلى دور قاضي شؤون الأسرة عند نشوء الرابطة الزوجية وآثارها، بدءا بالخطبة على اعتبار أنها مقدمات تمهد لعقد الزواج ولاحظنا بأن مجال تدخل القاضي فيها يقتصر على حالة عدول أحد الخطيبين من خلال الآثار الناجمة عن هذا العدول والمتمثلة في المهر المقدم مسبقا والهدايا وكذلك تقدير التعويض عن الضرر جراء هذا العدول، ثم تعرضنا إلى دور القاضي في تقدير بعض شروط عقد الزواج من خلال تحديد دوره بالترخيص بالزواج في حالتين، أولهما تتعلق بمنح الترخيص بالزواج دون السن القانوني حيث يتعين عليه التحقق من وجود مصلحة أو ضرورة وتقديرها ليتسنى له منح الترخيص، أما الثانية فتتعلق بمنح الترخيص في حالة تعدد الزوجات متى توفرت شروطه المنصوص عليها في المادة 08 ق أ، كما بينا سلطة القاضي في فض النزاع حول الصداق سواء تعلق هذا النزاع بتسمية الصداق أو مقداره أو قبضه.

كذلك وجدنا أن للقاضي دور في إثبات الزواج العرفي وهو الزواج المتوفر على ركن الرضا وشروط عقد الزواج ومفتقد لإجراء التوثيق حيث له سلطة واسعة في إثباته وذلك باستعماله وسائل الإثبات القانونية (البينة،الشهود،اليمين) وذلك بعد تأكده من توافر أركان وشروط هذا الزواج.

يترتب على نشوء الرابطة الزوجية آثار متعددة منح فيها القانون للقاضي دور ايجابي ،و تتمثل أساسا في النفقة الزوجية التي يعود له تقديرها مراعيا في ذلك أسس معينة كالحالة المالية للزوجين وظروف المعاش، كما أعطى له قانون الإجراءات المدنية والإدارية صفة قاضي الاستعجال، حيث يجوز له إصدار أمر على عريضة بمنح نفقة مؤقتة على وجه الاستعجال بشرط وجود دعوى في الموضوع وذلك استنادا إلى نص المادة 57 مكرر ق أ، كذلك تعرضنا إلى دور القاضي في دعاوى النسب وذلك عن طريق تقديره للطرق الشرعية لإثبات النسب بعد تأكده من وجود زواج صحيح، كما يبرز دوره في إثبات النسب عن طريق لجوئه إلى الطرق العلمية معتمدا في ذلك إلى السلطات المخولة له وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تجيز له الاستعانة بالخبرة وسماع الشهود، أيضا نجد دوره في نفي النسب والذي يتخذ هذا الأخير طريق واحد المتمثل في اللعان حيث يتأكد القاضي من وجود زواج صحيح ثم يطبق على الزوجين إجراءات اللعان وفقا للشريعة الإسلامية وما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، وأخيرا تعرضنا إلى سلطة القاضي في ضمان حماية حقوق الزوجين غير المالية المترتبة عن عقد الزواج.

الفصل الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في الطلاق وآثاره

إن الهدف من الزواج هو استقرار العشرة واستمرار الحياة الزوجية بين الزوجين، لكن في بعض الحالات لا يتحقق هذا الهدف لأسباب عديدة كعدم التفاهم بين الزوجين مما يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق الذي قد يكون إما من طرف الزوج عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة، أو بطلب من الزوجة الذي يتخذ صورتين إما التطليق أو الخلع، وإما بطلب مشترك بينهما أو ما يعرف بالطلاق بالتراضي.

هذا وقد أخضع المشرع الجزائري الطلاق بجميع أنواعه لإشراف ورقابة القاضي وخوله سلطات واسعة عند الحكم به. وتمتد هذه السلطات لتشمل الآثار المترتبة عن الطلاق والتي تتمثل أساسا في الحقوق المالية وهي النفقة ،التعويض عن الطلاق بمختلف أنواعه ،والنزاع حول متاع البيت وكذلك آثار أخرى غير مالية والتي تتمثل أساس في الحضانة، حيث يتصدى لها قاضي شؤون الأسرة جميعا وهذا لما يتمتع به من دور كبير في القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة وهو ما سنحاول بيانه في هذا الفصل حيث سنتطرق في **المبحث الأول** إلى دور قاضي شؤون الأسرة في انحلال الرابطة الزوجية، **والمبحث الثاني** دور قاضي شؤون الأسرة في الآثار المترتبة عن انحلال هذه الرابطة الزوجية.

المبحث الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في انحلال الرابطة الزوجية

منح المشرع الجزائري للزوجين أن يضع حدا لعلاقتهم الزوجية بإرادتهم المشتركة، كما أجاز للزوج أيضا أن يحل هذه العلاقة بإرادته المنفردة ، وكذلك سمح للزوجة أن تنهي هذه العلاقة عن طريق طلب التطليق من القاضي إذا ما أثبتت الضرر، كما أجاز لها المطالبة بالخلع، فجعل لقاضي شؤون الأسرة مشرفا وذلك بتقديره للضرر،وتقدير بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الزوجين عليه، لكن قبل الفصل في الدعوى لا بد من القاضي أن يقوم بإجراء جوهري والمتمثل في إجراءات الصلح بين الزوجين، وكذلك يجوز له تعيين الحكمين وذلك لمحاولة إصلاح ذات البين، وهذا ما سنحاول تبيانه فيما يلي.

المطلب الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في الصلح والتحكيم

يعتبر الصلح والتحكيم في مجال الأحوال الشخصية من الطرق البديلة لفض النزاعات القائمة بين الزوجين، وهي تعتبر من الإجراءات الأولية التي أوجبها المشرع الجزائري على القاضي اللجوء إليها خاصة فيما تعلق بمسائل أو صور فك الرابطة الزوجية وبالتالي سنقسم مطلبنا إلى فرعين، سنتناول في الفرع الأول دور قاضي شؤون الأسرة في مباشرة إجراءات الصلح، والفرع الثاني نتناول دور القاضي في إجراء التحكيم ومدى مساهمته في فض النزاع.

الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في مباشرة إجراءات الصلح

قبل أن يقوم القاضي بإجراء محاولة الصلح عليه أن يتأكد أولا من توفر الشروط الموضوعية والشكلية لمباشرة هذه الإجراءات.

أولا: الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح

إن الشروط الموضوعية التي أقرها المشرع الجزائري لإجراء محاولة الصلح هي شروط لا بد منها والتي يكون للقاضي دور في ذلك والتي تتمثل بداية في:

1-وجود العلاقة الزوجية

حيث تعتبر العلاقة الزوجية التي تربط الزوجين محلا للصلح، فبالرجوع إلى نص المادة 04 ق أ والتي جاء فيها" الزواج عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي..." نجدها تنص بأن شرط الزواج هو الركن الأساسي لمحاولة الصلح لأن الطلاق لا يكون إلا إذا كان هناك عقد زواج شرعي قائم وصحيح على الأقل[1]، وبالتالي يصح للقاضي إجراء الصلح متى رفع

---

[1] بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون أسرة، جامعة الجزائر 01، الجزائر ،2015 ,ص194.

النـزاع إليـه والـذي يكـون موضـوعه طـلاق بـين زوجـين كـان يجمعهمـا عقـد زواج سـواء تـم البنـاء أو لـم يتم. وهو ما كرسته المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 0902780 بتاريخ 15-05-2014.[1]

مـا تجـدر الإشـارة إليـه أنـه فـي حالـة وجـود زواج عرفـي يجـب إثبـات هـذا الـزواج أولا ثـم النظـر فـي موضـوع النـزاع ،وبالتـالي يثبـت القاضـي الـزواج العرفـي، وقبـل الحكـم بـالطلاق يجـري محـاولات الصلح، بحيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا "إذا توافرت الأركان الشرعية للزواج يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي، وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي" وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 34980 الصادر بتاريخ 10-04-1997 والذي جاء فيه" إذا توافرت الأركان الشرعية للزواج يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي، وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي"[2].

2- إجبارية رفع دعوى

يـتم إجـراء محـاولات الصـلح مـن طـرف القاضـي عـن طريـق دعـوى طـلاق يرفعهـا أحـد الـزوجين أمـام قسـم شـؤون الأسـرة مسـكن الزوجيـة وهـذا مـا جـاء فـي نـص المـادة 426 ق إ م إ والتـي تكـون بموجـب عريضـة تسـجل علـى مسـتوى كتابـة ضـبط المحكمـة المختصـة متـوفرة علـى جميـع الشروط الشكلية المنصوص عليها قانونا لاسيما المواد 13،14،15،16،17 ق إ م إ[3].

3- **أطراف جلسة الصلح**

تتشـكل جلسـة الصـلح مـن ثلاثـة أطـراف، وهـم الطرفـان المعنيـان بالـدعوى أي الـزوجين والتـي تجمعهمـا علاقـة زوجيـة قائمـة بينهمـا، نجـد أيضـا أمـين الضـبط ، بالإضـافة إلـى أنـه يجـوز حضـور المحامي، أو أحد أفراد العائلة لجلسات الصلح وهو ما نصت عليه المادة 440 ق إ م إ.

ثانيا: الشروط الشكلية لانعقاد وإجراء جلسة الصلح ودور القاضي فيها

---

[1] قرار (غير منشور) مشار إليه في بن هبري عبد الحكيم، مذكرة سابقة، ص 194.

[2] نشرة القضاة لسنة 1998 ، الصادرة عن وزارة العدل، مديرية التشريع والدراسات القانونية، العدد53، ،ص 56 .

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص 232.

لم يبين المشرع في قانون الأسرة إجراءات عقد وسير جلسة محاولة الصلح أمام القاضي، فلم يضع طريقة أو كيفية معينة في ذلك، إلا أن المشرع تدارك ذلك من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحيث جاء بإجراءات وشروط خاصة متعلقة بانعقاد إجراءات الصلح وكذلك الشروط الشكلية المتعلقة بسير إجراءات الصلح.[1] وبالتالي سنتطرق بداية بالشروط المتعلقة بانعقاد إجراء الصلح وتليها الشروط المتعلقة بسير إجراء الصلح.

1-الشروط الشكلية المتعلقة بانعقاد إجراءات الصلح

تعتبر جلسات الصلح التي يقوم بها القاضي من النظام العام حيث لا يمكن له الحكم بالطلاق إلا إذا قام بإجراء محاولات الصلح، والذي يعتبر إجراء جوهري وجوبي والتي تكون فيه الجلسات سرية وهذا ما جاء في نص المادة 439 ق إ م إ.

حيث يقوم القاضي بإجراء محاولات الصلح استنادا إلى دعوى ترفع إلى الجهة القضائية المختصة بالنظر في الدعاوى الرامية إلى انحلال الرابطة الزوجية والمتمثلة في محكمة أول درجة والتي ترفع إليها الدعوى لأول مرة وهذا ما جاء في نص المادة 32 ق إ م إ في فقرتها الأولى بقولها" المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام"، استنادا إلى ذلك أن إجراء الصلح يتم بداية في نظر النزاع على مستوى المحكمة وقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا تحت رقم 372130 الصادر بتاريخ 15-11-2006 " محاولة الصلح في دعاوى الطلاق تتم وجوبا أمام المحكمة فقط"[2].

ولقد نصت المادتان 49 من ق أو442 من ق إ م إ على أن مدة أو ميعاد محاولات الصلح لا يتجاوز 03 أشهر من تاريخ رفع الدعوى، حيث يجب على القاضي أثناء إجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين في حالة عدم نجاح الأولى على ألا تتجاوز المدة المحددة قانونا 03 أشهر من تاريخ رفع الدعوى ولا مانع أن يمارس القاضي إجراءات الصلح بعد تسجيل الدعوى مباشرة بكتابة ضبط المحكمة.

غير أنه ما تجدر الإشارة إليه أنه إذا تجاوز القاضي المدة المقررة قانونا لإجراء الصلح لا يرتب عنها أي أثر ما عدا في طلاق الزوج والتي تعد مدة تنظيمية، وهو ما لم يتطرق إليه المشرع الجزائري، وبالرجوع إلى إحدى قرارات المحكمة العليا قرار تحت رقم 0982921 الصادر بتاريخ 10-07-2014 والذي نجده قد اعتبر هذه المدة مدة تنظيمية حيث جاء فيه " لكن حيث أن المدة

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 26.

[2] المجلة القضائية لسنة 2006، العدد2، ص ص 463 -467.

المحددة لإجراء محاولة الصلح هي مدة تنظيمية لا يترتب عن إنقاصها أو الزيادة فيها، أية مخالفة للقانون، وبالتالي ى يترتب عليها أي بطلان، وعليه هذا الفرع غير مؤسس ويتعين رفضه[1].

هذا ونجد أن المشرع الجزائري في نصوص مواده لم يتطرق إلى كيفية تبليغ الأطراف لحضور أول جلسة للصلح، حيث كان لزاما عليه أن يضع مادة تحدد كيفية وإجراءات التبليغ لجلسات الصلح، وبالتالي فالقاضي ملزم قانونا بالقيام بالتبليغ بالتاريخ المحدد للحضور إلى جلسات الصلح حيث لا تدخل القضية للمداولة دون استدعاء الأطراف وتبليغهم وتحديد جلسة الصلح[2].

2-الشروط الشكلية المتعلقة بسير جلسة الصلح

ألزم المشرع الجزائري القاضي إجراء محاولة الصلح وجوبا بين الزوجين في مادة الطلاق والتي يتم في جلسات سرية، وهذا ما جاء في نص المادة 439 ق إ م إ وهذا حفاظا على أسرار الأسرة وحرمتها، حيث أن القضاء بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بينهما يعد خطأ في تطبيق القانون، حيث تجرى محاولات الصلح أمام القاضي خارج قاعة الجلسات وبحضور الزوجين شخصيا[3]، بعد تقديم طلب الطلاق لدى المحكمة سواء كان مشتركا أو من أحدهما مع وجود رضا الطرف الثاني، فان القاضي يستدعي كلا من الزوجين للحضور من أجل الإصلاح بينهما، فهو أيضا يتأكد أولا من توفر إرادة حقيقية من الطرفين ثم يقابل الزوجين على انفراد ثم يجمعهما معا ، لإتاحة الفرصة لهما بالتعبير عن رأيهما وكذا الاستماع إلى مقترحاتهما بغية الوصول إلى حل للأزمة التي يمران بها بدون حضور محاميهما، إلا إذا طلب احد الزوجين ذلك[4].

وهنا يثار إشكال حول مدى جواز الوكالة في إجراءات الصلح.

فبالرجوع إلى القانون الجزائري نجده لم ينص صراحة على هذه المسألة ما عدا ما جاء في نص المادة 431 ق إ م إ التي جاء فيها" يتأكد القاضي ويحاول الصلح بينهما إذا كان ممكنا ينظر مع الزوجين أو وكلائهما."... لكن هذا النص لا يجيب عن الإشكال المطروح، و نظرا لغموضه كانت هذه محل خلاف فقهي قضائي حيث تنازعه اتجاهين:

- اتجاه يرى بجواز الوكالة في الصلح وذلك استنادا إلى نص المادة 431 ق إ م إ والتي جعلت للقاضي جواز النظر الاتفاق مع الزوجين أو وكلائهما وهو ما يعد قرينة على صحة الوكالة

---

[1] قرار (غير منشور)، مشار اليه في: بن هبري عبد الحكيم، مذكرة سابقة ص 204.

[2] عبد العزيز سعد، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 27.

[3] الغوثي بن ملحة، ، المرجع السابق،ص 116.

[4] Gérard cornu , droit civil, la famille , Édition 07,montchrestien Paris,2001 p 458-459.

في الصلح، كما يرى أن المشرع لم يرتب جزاء على عدم حضور الزوجين شخصيا لجلسة الصلح بنص صريح، وهو ما أكده البعض حيث أن الوكالة فكما هي تصح في رفع الدعوى والخصومة فهي تصح في الإجراءات المتعلقة بشؤون الأسرة وذلك في حالة قيام الزوج أو الزوجة بتحرير وكالة لشخص آخر في مباشرة إجراءات الطلاق بما فيها إجراءات الصلح إلى غاية صدور الحكم[1].

– اتجاه ثاني يرى بضرورة حضور الزوجين شخصيا لجلسات الصلح وفي جلسات سرية باعتبارها من المسائل التي تتميز بالخصوصية واستندوا في ذلك إلى نص المادة 439 ق إ م إ والمادة 441 من نفس القانون، فحسب هذا الاتجاه يظهر بأن الأعمال التي تتعلق بالشخص وترتبط به لا تصح فيها الوكالة كما هو الحال في جلسات الصلح في دعاوى الطلاق، و حيث أن من يحضر جلسة محاولة الصلح هما الزوجين المذكورين في عقد الزواج بعد التأكد من هويتهما.

هذا ما استقر عليه القضاء الجزائري في بعض قرارت المحكمة العليا حيث جاء في قرار للمحكمة العليا رقم 382976 الصادر بتاريخ 13-06-2007 "..."حيث متى تقدم الطاعن بواسطة محاميه بدعوى الطلاق فإن أحكام المادة 49 من قانون الأسرة توجب عليه بالحضور لجلسة الصلح، وعن إصراره على الطلاق دون حضوره لجلسة الصلح و الاكتفاء بموكله غير قانوني مما يتعين نقض الحكم محل الطعن..."[2].

هو ما أكده قرار آخر الصادر بتاريخ 16-01-2008 تحت رقم 417622 الذي أكد بأن "محاولة الصلح تكون إلا بين الطرفين المتنازعين- الزوجين- ولا تجوز فيها النيابة"[3].

كذلك نجد قرار آخر تحت رقم 0587065 الصادر بتاريخ 09-12-2010 والذي جاء فيه:" حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة أجرت محاولة الصلح حضرها وكيل المطعون ضده وتغيبت الطاعنة، دون أن يحضر المطعون ضده طالب الطلاق جلسة الصلح، ومع ذلك أشارت المحكمة أنها عقدت جلسة الصلح لإصلاح ذات البين، فكيف تجري جلسة صلح لإصلاح ذات البين والمطعون ضده وكل المدعو يماني علي لحضور تلك الجلسة، وعليه فإن هذا الوجه مؤسس و ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه"[4].

---

[1] بن هبري عبد الحكيم، مذكرة سابقة،ص223.

[2] قرار (غير منشور)،مشار إليه في بن هبري عبد الحكيم،مذكرة سابقة،ص225.

[3] مجلة المحكمة العليا لسنة 2009، العدد01،ص 302.

[4] قرار (غير منشور)،المشار إليه في بن هبري عبد الحكيم،مذكرة سابقة،ص226.

لعل الاتجاه الأقرب إلى الصواب هو الاتجاه الثاني باعتبار أن الصلح يهدف إصلاح ذات البين والقضاء على الخلاف بين الزوجين وهو ما يقتضي حضور الزوجين شخصيا، حيث يستمع القاضي إليهما على انفراد ثم معا وذلك حسب نص المادة 440 ق إ م إ، كما أن المادة 441 ق إ م إ نصت على أنه في حالة تعذر حضور أحد الزوجين يقوم القاضي بتحديد تاريخ لاحق أو ندب قاض آخر، ولم تجز حضور الوكلاء،كما أن المادة 431 ق إ م إ و إن كانت نصت على أن القاضي ينظر في الاتفاق مع الزوجين أو وكلائهما في حالة الطلاق بالتراضي،وهو ما يستفاد منه أن الوكالة هنا لا تكون خلال إجراءات الصلح وإنما تقتصر فقط على الأمور التي اتفق عليها الزوجين.

بالإضافة إلى أنه يتعين على قاضي شؤون الأسرة أثناء قيامه بإجراء الصلح أن يتأكد من الشروط الموضوعية السالفة الذكر، كذلك يتأكد من البلوغ والعقل للمدعي والمدعى عليه، وأيضا يتأكد من هوية الزوجين لأنه يمكن أن يقدم أحد من الأزواج طلب الطلاق ويحضر في جلسة الصلح إمرأة غير زوجته، وبالتالي الحصول على الاتفاق على الطلاق والتنازل عن الحقوق التي كفلها القانون للزوجة.

بعدها يقوم القاضي بتعيين لهما جلسة خاصة بتاريخ محدد حيث يتعين عليه استدعاء الزوجين إلى مكتبه إما بواسطة محضر قضائي أو أي وسيلة يراها، المهم أن يكون إعلانا صحيحا يترتب عليه إيصال العلم بتاريخ الجلسة[1]، ثم يقوم بالسماع إلى أقوال كل منهما على انفراد ثم معا وهذا حسب نص المادة 440 ق إ م إ والتي يباشر بمحاولة الصلح بينهما بإظهار محاسن الزواج من ألفة وتساجم، ومساوئ الفراق لضمان حياة زوجية هادئة واستمرار العلاقة بينهما وبين عائلتي الزوجين. كما يمكن للقاضي استدعاء أحد الأفراد من العائلة للمشاركة في محاولات الصلح ولا يكون ذلك إلا بناءا على طلب أحد الزوجين وهو ما جاء في نص المادة 440 ق ق إ م إ، حيث استبدل حضور المحامي بأفراد العائلة نظرا لحساسية النزاع وخصوصيته ومراعاة لتقاليد الأسرة الجزائرية[2].

نشير إلى أن المشرع الجزائري والذي فرض على القاضي إجراء عدة محاولات صلح لا تتجاوز 03 أشهر من تاريخ رفع الدعوى وذلك استنادا إلى نص المادتين 49 ق أ و442 ق إ م إ

---

[1] عمر زودة، المرجع السابق،ص 109.

[2] بربرة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 336.

يمكن لهذا الأخير (القاضي) إعمال سلطته التقديرية في مسألة إجراء عدد من إجراءات الصلح إذا رأى واقتنع أنه لا جدوى من عقد جلسات صلح أخرى فلا مانع من الاكتفاء بالواحدة[1].

بعد ذلك يقوم القاضي بالتوفيق بينهما فإذا فشل يعاود الكرة وهذا في حالة ما إذا رأى هناك جدوى من محاولة الصلح بشرط ألا تتجاوز المدة المحددة قانونا ونستنتج من إجراء محاولات الصلح أمرين:

– إما نجاح الصلح: والتي يتعين تحرير محضر من طرف أمين الضبط تحت إشراف القاضي والرجوع إلى استمرار الحياة الزوجية القائمة، ويوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط حاضر الجلسة والزوجين ويعتبر المحضر في نظر القانون سندا تنفيذيا لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير.

– إما فشل الصلح: حيث في حالة فشل الصلح يقوم القاضي بتحرير نحضر لما توصل إليه ويوقعه مع أمين الضبط والزوجين مع إحالة ملف الدعوى والطرفين إلى الجلسة لمناقشة موضوع الدعوى و ذلك حسب نص المادة 443 ق إ م إ في فقرتها الثانية.

تجدر الإشارة إلى أنه في حالة تخلف أحد الزوجين عن الحضور لجلسة الصلح والتي تستلزم أمرين:

– إما التخلف بعذر، هنا جاز للقاضي تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندت قاضي آخر لسماعهما تحت ما يسمى بالإنابة القضائية وهذا ما جاء في نص المادة 441 ق إ م إ.

– في حالة تغيبهما بغير عذر، فانه يحرر محضر بذلك فإذا حضر في جلسة الصلح الأولى ثم تغيبا في التي بعدها رغم منحه مهلة التفكير، هنا يقوم القاضي مباشرة بمناقشة موضوع الدعوى و ذلك ما جاء في نص المادة 443 ق إ م إ، أما إذا تغيبا عن جلسات الصلح نفرق:

– إذا غاب المدعي يجوز للقاضي شطب الدعوى وذلك استنادا إلى نص المادة 216 ق إ م إ

– أما إذا غاب أو تخلف المدعى عليه يقوم القاضي لمناقشة الموضوع كجزاء عن عدم حضوره رغم تكليفه بحضور الجلسة. لأنه يعاقب المدعي على إجراء لم يقم به المدعى عليه حسب نص المادة 216 ق إ م إ.

وقد جاء للمحكمة العليا في قرار لها تحت رقم174132 الصادر بتاريخ 23-10-1997 " إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزما

---

[1] بن هبري عبد الحكيم، مذكرة سابقة، ص 212.

في الفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما لأن المادة 49 ق أ تحدد مهلة إجراء الصلح ب 03 أشهر "[1].

ما تجدر الإشارة إليه أيضا أنه يجوز للقاضي إعطاء مهلة للتفكير من إجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ التدابير المؤقتة اللازمة وذلك بموجب أمر على عريضة غير قابل لأي طعن وهذا حسب نص المادة 442 ق إ م إ، حيث نجد أن المشرع الجزائري جعل للقاضي دور ايجابي والذي من خلاله وسع نطاقه مستحدثا بذلك إجراءات جديدة متعلقة بشؤون الأسرة، حيث جاء في نص المادة 425 ق إ م إ" يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة صلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراء الصلح".

حيث نجد قاضي شؤون الأسرة يقوم مثلا بإجراء الاستشارة، أو اللجوء إلى إنابة قضائية لندب قاض آخر لسماع الزوج، وهذا طبقا لنص المادة 441 ق إ م إ والذي يكون هذا بموجب أمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال، كذلك نجده يأمر بإجراء خبرة طبية في حالة ملاحظته لتصرفات أحد الزوجين من مرض أو جنون والتصريح بعدم صحة الإجراءات لتخلف شرط الأهلية حسب نص المادة 64 ق إ م إ.

استنادا إلى نص المادة 442 من ق إ م إ والتي خولت لقاضي شؤون الأسرة باستصدار أمر على عريضة في التدابير المؤقتة والمتعلقة خصوصا بالأولاد حيث أن مدة إجراء الصلح يكون الخلاف بين الزوجين حادا مما يدفعهم إلى إهمال الأولاد، فمن خلال هذا التدبير أصبح قاضي شؤون الأسرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 الجديد يتمتع بصلاحيات قاضي الأمور المستعجلة، حيث نجد من بين التدابير المؤقتة ما تعلق بالنفقة حيث يقوم باستصدار أمر على عريضة يتضمن الحكم بالنفقة للزوجة و الأولاد، كذلك نجد أيضا ما تعلق بالأمور المتعلقة بالحضانة، حيث يحق لمستحقي الحضانة يقدم طلب لقاضي شؤون الأسرة في الفترة التي تلي رفع الدعوى في الموضوع باستصدار أمر لرؤية المحضون وخاصة أثناء محاولة الصلح.

ويمكن لقاضي شؤون الأسرة أثناء محاولات الصلح أن يأخذ بعين الاعتبار ما اتفق عليه الزوجان وذلك استنادا إلى نص المادة 444 ق إ م إ، وكذلك يجوز للقاضي أنه في حالة ظهور واقعة جديدة، وحسب الظروف، له أن يلغي أو يعدل في التدبير بشرط ألا يكون قد فصل في الموضوع، كوفاة أحد الزوجين أو في حالة التصالح وهذا حسب نص المادة 445 ق إ م إ[2].

---

[1] نشرة القضاة لسنة 1999، العدد 55، ص 179 وما بعدها.

[2] بن هبري عبد الحكيم، مذكرة سابقة، ص 245.

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم ومدى مساهمة الحكمين والقاضي في فض النزاع بين الزوجين.

نصت المادة 56 ق أ على أنه " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما". فإذا اشتد الخصام بين الزوجين فعلى القاضي أن يعين حكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة.

أولا: تعيين القاضي للحكمين

بالرجوع إلى نص المادة السالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري أوجب على القاضي اللجوء إلى التحكيم في دعاوى الطلاق وذلك إذا توافر شرطين أولهما: إذا اشتد الخصام بين الزوجين ووصل إلى حد الإغلاق، وثانيهما: لذا لم يثبت ضرر جراء هذا الخصام، وعليه فقبل نظر القاضي في موضوع الدعوى عليه اللجوء إلى الإصلاح عن طريق إجراء التحكيم وذلك بتعيين حكمين[1].

هذا وقد أشارت إليه نص المادة 446 ق إ م إ بقولها" إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة ".

حيث يقوم القاضي بتعيين الحكمين سواء من تلقاء نفسه تطبيقا للقانون أو بناءا على طلب ورغبة الزوجين، ولكن يجب أن يراعي في تعيينهما قرابتهما من الزوجين، وكذلك مدى تأثيرهما على كل واحد منهما وذلك لفض النزاع والخصام القائم بينهما، وهنا تكمن سلطة القاضي في التعيين حيث يجب أن يكون تعيينه مناسبا وذلك باختيار الحكمين العدلين اللذين يمكن لهما فض النزاع.

ثانيا: مساهمة الحكمين والقاضي في فض النزاع

تتجسد مهمة الحكمين والتي تكون محصورة ومحددة من طرف القاضي حيث يقومان بدراسة أسباب نشوء الخلاف وظروفه ومسؤولية كل واحد منهما، ومحاولة إزالته بطريق سلمي والتوفيق بينهما بكل طريق معتبر شرعا، وكذلك سماع أقوال الزوجين والقيام على التأثير عليهما،

---

[1] محمد أحمد القضاة، التحكيم في الشقاق بين الزوجين، مجلة الدراسات، الجامعة الأردنية، عمان، المجلد 18، العدد04،سنة 1991، ص08.

وفي حالة وجود صعوبة في أداء المهمة أو إشكال يقومان باطلاع القاضي بذلك ، وهذا استنادا إلى نص المادة 447 ق إ م إ[1].

يختتم الحكمان مهمتهما سواء النزاع أم لا بتقرير يقدم إلى القاضي في أجل شهرين يبرزان فيه النتائج المتوصل إليها واقتراحاتهم لحسم الخلاف. وذلك قبل الفصل في الدعوى ، وعليه إذا تم الصلح بين الطرفين من طرف المحكمين يثبت هذا الصلح في محضر ويقوم القاضي بالمصادقة عليه وذلك عن طريق استصداره أمر غير قابل لأي طعن وهذا ما أكدته نص المادة 448 ق إ م إ بقولها " إذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن ".

ما تجدر الإشارة إلى أنه تعيين الحكمين لا يكون إلا بعد تأكد القاضي من اشتداد الخصام وعدم ثبوت الضرر وفشل مساعي الصلح ولا يكون عادة إلا عندما ترفع الزوجة دعوى تطليق وتزعم ما أتى زوجها من تصرفات دون إثبات الضرر ويعجز القاضي على الإصلاح[2].

في حالة تقديم الحكمين لتقريرهما هنا تكمن سلطة القاضي التقديرية في الحكم على هذا التقرير الذي لا يشترط أن يكون معللا، حيث يجوز له رفض التقرير وتعيين حكمين آخرين[3].

كما أنه يجوز للقاضي فمثلما قام بتعيين الحكمين من أجل محاولة فض النزاع القائم بين الزوجين، فإنه يجوز له إنهاء مهمتهما تلقائيا وذلك إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وبالتالي يعيد القضية للجلسة واستمرار الخصومة.

نشير في الأخير أن للمحكمة العليا رقابة على قاضي شؤون الأسرة فيما يخص التحكيم، حيث أن خرق إجراء التحكيم والذي يعتبر وجوبي في دعاوى الطلاق وذلك في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، كأن تكون هناك دعوى ثانية مرفوعة من أحد الزوجين ولم يثبت الضرر للمرة الثانية وقام القاضي برفض الدعوى فهنا تكمن رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع وذلك لمخالفة قاعدة جوهرية وخرق إجراء شكلي جوهري وذلك طبقا لأحكام المادة 358 ق إ م إ".

---

[1] شامي أحمد، أطروحة سابقة،ص121، 122.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص302، 304.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 359.

المطلب الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في الطلاق

تنحل الرابطة الزوجية بين الزوجين بالطلاق والذي يتخذ صور، إما أن يكون بتراضي بين الزوجين، أو بالإرادة المنفردة للزوج باعتبار أن العصمة بيد هذا الأخير، ولقاضي شؤون الأسرة دور كبير في هذا الطلاق بمختلف صوره.

الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في الطلاق بالتراضي من الزوجين

لقد نصت المادة 48 من ق أ على ما يلي: " الطلاق حل عقدة الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون"

قد عرف المشرع الجزائري الطلاق بالتراضي بين الزوجين في نص المادة 427 من ق إ م إ بقوله :"الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين معا".

حيث يجوز للزوجين سواء بناء على طلب أحدهما و موافقة الآخر ، أو بناء على عريضة مشتركة موقعة من الزوجين تودع بأمانة ضبط المحكمة طبقا لنص المادة 427 من ق إ م إ، بقصد طلب الطلاق ، ووضع حد للرابطة الزوجية و أنهما يرغبان في الفراق بمحض إرادتهما، و لكن إذا كانت المادة 49 من ق أ توجب على القاضي المعروضة عليه دعوى الطلاق ، أن يقوم بعدة محاولات صلح و أن يحرر محضرا يوقعه مع الكاتب و الزوجين، فإننا نعتقد أن الطلاق بالتراضي سيسهل على القاضي مهمة محاولات الصلح ، لأن الزوجين لا يطلبان منه الحكم بالطلاق برضاهما إلا بعد أن يكونا اتفقا على كل شيء مسبقا ، وما على القاضي في هذه الحالة إلا أن يحرر محضرا ويفصل بينهما[1]،وهو ما قضت به المحكمة العليا في الملف رقم 243943 قرار بتاريخ 2000/05/23 حيث جاء فيه :"من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو إشهاد من المحكمة على رضا الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق الطعن بالتزوير [2].

يكون السبب القانوني للطلاق ألاتفاقي هو الإرادة المشتركة للزوجين ولا يجوز للقاضي إجبار الزوجين على الإفصاح بالسبب الحقيقي لطلاقهما ويستطيعان الحفاظ به سريا، طبقا للمبادئ التي تنظم حقوق وحريات الحياة الخاصة ،على خلاف اتفاقهما الذي يجب أن يعلن في المحكمة لان الطلاق لا يكون إلا أمام المحكمة وتحت إشراف القضاء وهو ما نصت عليه المادة 49 ق أ .

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،المرجع السابق،ص 123 ،124 .

[2] مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص،2001 ، ص 112 .

يتجلى دور القاضي هنا من خلال موقف حيادي ايجابي نصت عليه المادة 431 من ق إ م إ ،حيث يتأكد من الشروط التي يتطلبها القانون في العريضة المشتركة المنصوص عليها في المادة 429 من نفس القانون ، وأن يستمع إلى الزوجين بانفراد ثم مجتمعين لبحث أسباب الطلاق وشروط المتفق عليها بين الزوجين وله أن يعدل فيها إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو النظام العام ، *بالإضافة* إلى التأكد من رضا كل منهما،وانعدام أي ضغوطات أو تهديدات سواء كانت مادية أو معنوية،كما يستوجب عليه أن يحاول إجراء الصلح إذا كان ممكنا وذلك استنادا إلى نص المادة 431 ق إ م إ، وإذا أصر الزوجان على الطلاق فللقاضي أن يثبت إرادة الزوجين والمصادقة عليها بموجب حكم ويصرح بالطلاق.

كما يمكن للقاضي أن ينتدب طبيب مختص للتأكد من الصحة العقلية للزوجين إذا تبين للقاضي وجود اختلال احد الزوجين في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته في إنهاء العلاقة الزوجية ،وكذا ثبت له وجود احد الزوجين تحت وضع القوامة، أن يحكم بعدم قبول الدعوى بسبب قيام احد هذين المانعين،طبقا لنص المادة 432 ق إ م إ،ولهما أن يرفعا الدعوى من جديد إذا زال السبب[1].

الفرع الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

بما أن الزوج هو الذي يملك العصمة الزوجية فان له الحق في إنهاء العلاقة الزوجية، والطلاق بالإرادة المنفردة للزوج هي الحالة التي يلجأ فيها الزوج إلى المحكمة ويطلب منها الحكم بالطلاق بينه و بين زوجته استنادا إلى أسباب جدية وشرعية مقبولة .

إن دور القاضي في هذه الحالة هو مجرد كاشف لإرادة الزوج وليس له الحق في رفض طلبه وإرادته على اعتبار أنها غير مبررة وغير مؤسسة ما دام الزوج لم يطرح أي سبب أو عذر يبرر رغبته في الطلاق ،لهذا يتحمل كامل المسؤولية طبقا لنص المادة 52 ق أ ،إما لعدم قدرته على إثبات مبرره أو لأنه اختار السكوت عن التشهير و التجريح ،ففي هذه الحالة تستحق الزوجة التعويض الكامل عن الضرر اللاحق بها، وهو ما قضت به المحكمة العليا في الملف رقم 223019 قرار بتاريخ 1999/06/15 حيث جاء فيه :"من المقرر قانونا انه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ،ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب. ومتى تبين في قضية الحال أن الزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن

---

[1] عبد العزيز سعد،إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ، دار هومة ،الجزائر ط2،2014،ص 74-76.

الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج وتخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج اللذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم .وعليه فان قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون [1].

لكن إذا كان للزوج مبرر كإخلال أو تقصير من قبل الزوجة في عدم قيامها بواجباتها الشرعية ،فيقع على عاتقه إثبات ما يدعيه وللقاضي السلطة التقديرية في تحميل المسؤولية للطرف المقصر [2] .

إن القاعدة العامة تقضي أن الحكم القضائي الصادر بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج هو حكم تقريري كاشف يقتصر فيه دور القاضي على تكريس إرادة الزوج و الكشف عنها[3]، وقبل أن يصدر القاضي حكمه الكاشف لإرادة الزوجة عليه أن يقوم بإجراء جوهري والمتمثل في إجراء الصلح و إلا تعرض الحكم للنقض و الإبطال على ألا تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى طبقا لما نصت عليه المادة 442 من ق إ م إ، فيجب على القاضي أن يتأكد في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج من أن عدة الطلاق مسايرة لإجراء الصلح حيث نصت المادة 58 ق أ، أن العدة تسري من تاريخ التصريح بالطلاق، ومن ثمة يتجلى دوره هنا مرتبط بتاريخ إيقاع الزوج الطلاق، وعليه يكون القاضي أمام ثلاث حالات:

أولا: الطلاق السابق لرفع دعوى الطلاق.

تنص المادة 58 ق أعلى أنه " تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق." فمن خلال نص المادة نجد أن الزوج هو الذي يصرح بالطلاق وليس القاضي ، فصدور الحكم بالطلاق إنما هو للكشف فقط عن إرادة الزوج، وبالتالي فعند قيام الزوج بإجراء الصلح عليه أولا أن يتأكد من تاريخ سريان العدة باعتبار أن التصريح بالطلاق قد وقع خارج دائرة القضاء وذلك عن طريق تصريحات الزوجين، لأنه لا فائدة من إجراء الصلح لاحق للعدة، لكن في حالة الاختلاف في مدة سريان العدة على القاضي أن يتحرى من ذلك، و هذا عملا بالدور الايجابي الذي يتمتع به قاضي شؤون الأسرة

---

[1] مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص ،2001ص 104

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،المرجع السابق، ص 123.

[3] من أثاره تسري و وكشفه باقراره فقام ظاهر غير أو مختفيا كان قانونيا مركزا أو حق القانوني للوجود يظهر الذي ذلك الحكم هو الكاشف الحكم وتكشف تؤكد تقريرية فهي أحكام هي القضائية الأحكام في الأصل ولذلك الماضي في يبحث التقريري فالحكم ،. الحق هذا نشوء واقعة تاريخ الدعوى. رفع على السابقة المراكز القانونية و الحقوق

حيث يجوز له سماع الشهود أو إجراء التحقيقات وهذا استنادا إلى نص المادة 153 ق إ م إ، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا قرار رقم 35026 الصادر بتاريخ 3-12-1984. " ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقاً لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق و ليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامه"[1].

ثانيا:الطلاق المساير لتاريخ رفع الدعوى

قد يتصادف وأن يوقع الزوج الطلاق بإرادته المنفردة في نفس تاريخ رفع الدعوى القضائية لإثبات الطلاق ،حيث يبين في العريضة الافتتاحية التي يودعها لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة أنه فعلا طلق زوجته، و يطلب فيها من قاضي شؤون الأسرة أن يثبت له هذا الطلاق في الحكم، تطبيقا لنص المادة 49 من ق أ.

وعلى القاضي قبل إصدار الحكم القيام بإجراء محاولات الصلح وذلك في مدة لا تتجاوز ثلاثة (03) أشهر من تاريخ رفع الدعوى، وهنا تسري مدة العدة من تاريخ وقوع الطلاق. حيث يكون تاريخ إيداع العريضة الافتتاحية موافق لتاريخ بداية سريان حساب مدة عدة الطلاق.

إلا أنه في بعض الحالات لا يوضح الزوج في العريضة الافتتاحية للدعوى ما إذا كان قد أوقع الطلاق أم لا، إذ ترد في عرائض الدعاوى عبارة " :استدعاء الزوجة أمام المحكمة من أجل سماع الحكم بفك الرابطة الزوجية " أو عبارة "إن الحياة الزوجية لا تطاق مما يتعين وضع حد لهذه الحالة المزرية"، غير و أنه أثناء جلسة الصلح يصرح الزوج أمام كل من زوجته والقاضي و كاتب الضبط عن حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بإرادته المنفردة، طبقا لنص المادة 48 من ق أ ، أو أنه يتلفظ به أمامه ليؤكد ذلك.

فالمتمعن جيًدا في نص المادتين 49 ، و58 من ق أ يلاحظ أن مدة الصلح مطابقة تمامًا لعدة الطلاق الرجعي سواء من حيث مدة كل منهما، أو من حيث تاريخ بداية سريان حساب مدة كل منهما، المحدد بمهلة (03) أشهر ولم يحددها بمدة تقل أو تزيد عن ذلك.

ثالثا:الطلاق اللاحق لتاريخ رفع الدعوى

---

[1] المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 02،ص86.

هذه الحالة هي الحالة التي يكون فيها الطلاق لاحق لرفع الدعوى، أي أن الزوج لم يصرح بالطلاق بعد، غير أنه لرفعه للدعوى يقوم بالتصريح إما أثناء جلسة الصلح أما الزوجة والقاضي وكاتب الضبط فيبدأ حساب العدة من هذا التاريخ، أو أنه يصرح بالطلاق بعد انقضاء مدة الصلح والمقدرة بثلاثة 03 أشهر،فيكون احتساب عدة الطلاق هنا من تاريخ استيفاء القاضي للصلح[1].

أما في حالة عدم النطق بالطلاق من طرف الزوج فلا مجال للكلام عن الرجعة وأحكامها المعروفة شرعا،فالمراجعة في هذه الحالة هي إذن إعادة الزوج زوجته عاديا وكأن شيء لم يكن[2].

أما إذا وقع اختلاف في تاريخ وقوع الطلاق فعلى القاضي هنا أن يجري تحقيقا للوقوف على تاريخ إيقاع الزوج للطلاق كسماع الشهود وهذا طبقا لنص المادة 153 ق ق إ م إ، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا تحت رقم 216850 الصادر بتاريخ 16-02-2001."متى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين، وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين، وبالتالي فلا يحق أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون"[3].

فإذا توصل القاضي إلى معرفة تاريخ إيقاع الطلاق أما عن طريق إقرار الزوجين وعدم إنكار الآخر أو عن طريق إجراءه للتحقيق يشرع في حساب عدة الطلاق.

المطلب الثالث: دور قاضي شؤون الأسرة في انحلال الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة

فكما تنحل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج فانه يجوز أن تنحل بطلب من الزوجة وهو ما أقره المشرع الجزائري في نصوص مواده والذي أعطى للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بإرادتها هي حيث يتخذ هذا الحق طريقين الأول وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 53 ق أ حيث ما إذا توافرت هذه الأسباب وأثبتت ذلك أمام القاضي والذي له دور في تقديرها حكم لها بالتطليق،والثاني والمتمثل في الخلع والذي يكون بمقابل مالي،وبالتالي سنتعرض إلى هذه الطريقين مع إبراز دور القاضي فيهما.

---

[1] بن هبري عبد الحكيم، ، مذكرة سابقة،ص94.

[2] عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ،ص316-317.

[3] المجلة القضائية لسنة 2001، العدد الخاص،ص100.

الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق

سنتعرض في هذا الفرع إلى دور القاضي في تقدير حالات التطليق للحكم للزوجة بفك الرابطة الزوجية حيث هناك أسباب تجعل من القاضي يتقيد بها وهناك أسباب للقاضي الحرية المطلقة في تقديرها.

أولا: أسباب التطليق المقيدة لقاضي شؤون الأسرة

1-التطليق لعدم الإنفاق

نصت المادة 53 ق أ في فقرتها الأولى على اعتبار عدم إنفاق الزوج على زوجته سببا للتطليق حيث جاء فيها" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78و79و80 من هذا القانون".

أ- شروط التطليق لعدم الإنفاق

فمن خلال نص المادة نجد بأن للزوجة لها الحق في طلب التطليق، لكن بتوافر شروط والمتمثلة بداية في صدور حكم ضد الزوجة يوجب النفقة، أي أن على الزوجة أن ترفق دعوى أولى للمطالبة بالنفقة، ومن خلال هذه الدعوى يصدر حكم بوجوب النفقة مع امتناع الزوج عن التنفيذ، ويصبح هذا الحكم نهائيا وتكليفه بالوفاء[1]، ثم بعد ذلك ترفع دعوى أخرى للمطالبة بالتفريق لعد الإنفاق، كذلك يشترط عدم علم الزوجة بإعسار زوجها، أي ألا تكون عالمة بإعساره وقت الزواج[2]. وهنا يقع عبء الإثبات على الزوجة، وكذلك على الزوج أن يثبت بأنه معسر وقت إبرام العقد وأن الزوجة عالمة بذلك وتثبت الإعسار بكافة طرق الإثبات باعتبارها واقعة مادية[3].

أيضا من الشروط التي تؤكد أن الزوج ممتنع عن الإنفاق والذي في المقابل يعتبر سببا للزوجة لطلب التطليق هو إنفاق الزوج على زوجته عن مثيلاتها من النساء حيث جاء في نص المادة 53 ق أعبارة مع مراعاة أحكام المواد 78و79و80 ق أ، أي أنها لا يجوز لها أن تطلب فوق مقدور زوجها على الإنفاق[4].

ب- تقدير القاضي لحالة التطليق لعدم الإنفاق

---

[1] عمر زودة ، المرجع السابق، ص 48.

[2] باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء الفقه والقضاء في الجزائر، المرجع السابق،ص 37.

[3] عمر زودة، المرجع السابق، ص 48.

[4] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص 257.

وما تجدر الإشارة إليه إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى منح القاضي للزوج مهلة لتقدير أموره قبل إيقاع الفرقة بين الزوجين، إلا أنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وأخذا بجمهور الفقهاء نجد انه عند الحنابلة يجيزون التفريق لعدم الإنفاق وقت ثبوت الإعسار وعدم إنفاقه دون تأجيل،أما الشافعية والحنابلة فيقولون منح مهلة بين شهر وثلاثة أشهر[1].

كذلك نجد أن الدكتور بلحاج العربي يرى بأنه على القاضي منح للزوجة مهلة ولا يطلق عليه زوجته لإعساره للوهلة الأولى لأن الزوج في هذه الحالة لا يعتبر ظالما حتى يطلق القاضي الزوجة لرفع الظلم[2].

وعليه نجد أن للقاضي سلطة تقديرية في منح أو عدم منح مهلة للزوج قبل الحكم بالتطليق، حيث يجد نفسه أمام فرضيتين:

– التطليق الذي يوقعه القاضي دون إمهال الزوجين وتتجسد في حالات:

. صدور حكم بالنفقة وامتناع الزوج عن ذلك وليس له مال مع عدم إقراره بعسره أو يسره.

. صدور حكم بالنفقة وامتناع الزوج عن ذلك مع إقراره بعسره وإصراره على عدم الإنفاق.

. عدم قدرة الزوجة على دحض ادعاء الزوج عجزه عن الإنفاق.

– أما التطليق الذي يوقعه القاضي بمنح مهلة للزوج، وهنا تكون الحالة التي يثبت فيها الزوج عجزه عن الإنفاق فيمهله القاضي مهلة لا تتجاوز الشهرين وذلك استنادا لما جاء في نص المادة 331 ق ع، فإذا ثبت للقاضي أن هذا الإعسار مؤقتا فمن الأفضل إمهاله مدة معينة وهذا للحفاظ على الحياة الزوجية، أما إذا رأى وحسب سلطته التقديرية أن جراء عدم الإنفاق يسبب ضرر للزوجة فما عليه إلا الحكم بالتطليق، وكذلك إمكانية التعويض إذا رآى في ذلك أن الزوج الحق بها نوع من أنواع الضرر مستندا في ذلك إلى المعيار الشخصي و الموضوعي حيث انه يمكن إثبات الضرر بكافة طرق الإثبات ، حيث على القاضي أن يبين أو يستخرج جميع عناصر الضرر الموجبة للتعويض لقيامه بتقدير التعويض إجمالا[3].

2- التطليق للعيوب:

---

[1] محمد سمارة، المرجع السابق،ص 338.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص 277.

[3] شامي أحمد، أطروحة سابقة، ص139،ص 203

تعتبر العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج أيضا سببا من أسباب التطليق والذي أشار إليه المشرع في نص المادة 53 ق أ والذي جعلها تقتصر على الزوج دون الزوجة باعتبار أن الحق في طلب التطليق مقرر للزوجة دون الزوج.

إن المشرع الجزائري لم يحدد العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج والتي هي موجبة للزوجة لطلب التطليق وحسنا ما فعل وبالتالي أعطى للقاضي سلطة تقديرية في تقدير العيب هل العيب المصاب به الزوج يحول أو لا من تحقيق الهدف من الزواج[1].لكن ما يستشف من نص المادة أن المقصود بالعيب هنا هو كل عيب يمنع الوطء، والوطء حق مشترك بين الزوجين فهو حق للزوجة كما هو حق للزوج[2]. أي لا يمكن القيام معه إلا بضرر، وبالتالي يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من القاضي سواء كان هذا العيب بالزوج قبل العقد نع عدم علمها به، أو حدث بعد ذلك[3].

قد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا قرار تحت رقم 213571 بتاريخ 16-02-1999 أن الزوجة تضررت من زوجها لعدم الإنجاب رغم طيلة مدة المعاشرة الزوجية بينهما، وبالتالي قضت المحكمة بالتطليق للعيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج[4].

هذا ويشترط لرفع دعوى تطليق للعيب والتي تكون هذه الأخيرة مستوفية للشروط الشكلية المنصوص عليها في المواد 13،14،15 ق إ م إ والتي تكون أمام المحكمة التي توجد في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية من توفر الشروط التالية:

. عدم علم الزوجة بعيب الزوج وعدم الرضا بالعيب بعد العلم به.

. أن تكون الفرقة بطلب من الزوجة وبحكم من القاضي.

. عدم رغبة الزوجة مواصلة الحياة الزوجية مع زوجها المعيب[5].

3- التطليق للحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة واستحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية

أعطى المشرع الجزائري حق المطالبة بالتطليق وذلك في حالة ارتكاب الزوج جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وصدور حكم بذلك مع استحالتها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، وذلك

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص 278.

[2] أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، ، دار الكتب القانونية، مصر،(د ط) ،2004،ص 184.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق،ص 280-281.

[4] المجلة قضائية لسنة 2001، عدد خاص،ص 119.

[5] باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء الفقه والقضاء في الجزائر، المرجع السابق،ص 37.

استنادا إلى نص المادة 53 ق أ في فقرتها الرابعة، فعلى القاضي المعروض أمامه النزاع والمتعلق بالتطليق المتعلق بهذا السبب أن يتأكد من توفر شروط والمتمثلة أساسا بصدور حكم قضائي ضد الزوج المرتكب لجريمة تكون ماسة بشرف الأسرة وسمعتها وكرامتها، حيث أن كل جريمة ترتكب فيها مساس بشرف المعني المرتكب لها في شرفه، نزاهته و اعتباره، وهي بذلك موجهة لأن تسبب الإساءة للأسرة بكاملها[1].

كذلك يتأكد من أن هذه الجريمة تشكل استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية وهو الجانب المادي التي تتضرر بها الزوجة، وذلك يسبب حبس الزوج فبذلك تتضرر هي و أولادها والأسرة بأكملها. خاصة إذا انجر على الجريمة بالإضافة إلى الحبس عقوبة مالية، وعليه فبعد تأكد القاضي من هذه الشروط يقوم بإعمال سلطته التقديرية بالاستعانة بالمعيار الموضوعي المقبول لقبول الدعوى أو رفضها[2].

ونشير إلى أن استحالة المعاشرة الزوجية يترتب عليه ضرر من معيار شخصي أي انه يختلف باختلاف بيئة الزوجين وثقافتهما ومكانتهما في المجتمع أي أن قاضي شؤون الأسرة عند حكمه بالتعويض جراء هذا الضرر فانه يستعمل دهاءه وحنكته في تقدير الضرر والتي تعتبر مهمة صعبة باعتباره من الأمور الموضوعية المختلف فيها من منطقة إلى أخرى ومن شخص لآخر عمن يكون ضارا لزوجة قد ينتفي عند زوجة أخرى، وهذا ما يعتبر تقصير من المشرع عندما لم يبين ضوابط ووسائل يستند إليها القاضي لتقدير التعويض[3]

ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد الجرائم الماسة بشرف الأسرة، كذلك لم يحدد نوع الحكم الصادر ضد الزوج مرتكب الجريمة هل هو حكم ابتدائي أو نهائي.

4- دور القاضي في التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة

نص المشرع الجزائري في المادة 53 ق أ الفقرة الخامسة على أن غيبة الزوج عن زوجته لمدة تزيد عن سنة بدون عذر ولا نفقة سبب من أسباب مطالبة الزوجة بالتطليق، حيث يعرف الغائب على أنه الذي انقطع خبره وانتفى أثره وجهل مكانه ولا يعرف حياته أو مماته[4].

---

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق،ص 48.

[2] دزيري خليل، دور القاضي في انعقاد الزواج وانحلاله، مذكرة لنيل شهادة ماجستير قانون خاص فرع قانون الأسرة، جامعة الجزائر01، الجزائر،2015 ،ص 61.

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق،ص 171.

[4] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 508.

حتى تتمكن الزوجة من مطالبة القاضي بإصدار حكم بالتطليق على هذا الأخير التأكد من شروط واجب توافرها والمتمثلة في:

. أن تكون الغيبة أكثر من سنة من يوم الغيبة إلى غاية رفع الدعوى، حيث يقع عبء إثبات هذه المدة من الزوجة.

. أن تكون غيبة الزوج بدون عذر مقبول فيلحق الضرر بزوجته، وهنا أعطى المشرع للقاضي السلطة التقديرية في التحقق من سبب الغيبة ومن وجود ضرر محقق للغيبة أو مجرد احتمال فقط

. ألا تكون هناك نفقة طيلة مدة غيابه أو لم يترك لها هي و لأولدها ما ينفقون، فان ترك ما تنفق فلا يحق لها طلب التطليق[1].

. صدور حكم بالغياب حتى يتمكن القاضي بالحكم بالتطليق.

فإذا توافرت هذه الشروط أمام القاضي حكم بتطليق الزوجة لرفع الضرر عنها و اجتناب انحرافها.

نشير كذلك إلى أنه يعتبر المفقود كالغائب والتي عرفته المادة 109 ق أبقولها" المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف حياته أو موته، ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم" وعليه فالزوجة التي ترفع دعوى للمطالبة بالفقدان استنادا إلى نص المادة 112 ق أعليها أولا أن تستصدر حكما بالفقدان لإثبات واقعة الفقد، ويتأكد القاضي من ذلك ليحكم لها بالتطليق، أما إذا كان الفقد في جهة آمنة فيؤجل القاضي طلب الزوجة إلى 04 سنوات وذلك استنادا إلى نص المادة 113 ق أ.

و ما تجدر الإشارة إليه أن إجراء الصلح في هذه الحالة يعتبر إجراء شكلي فقط باعتبار أن محاولة الصلح لا يقوم إلا بين طرفين متنازعين والزوج غير موجود، لكن هناك حكم صادر للغيبة، وبالتالي تتحول جلسة الصلح إلى مجرد جلسة سماع يتأكد من خلالها القاضي تمسك الزوجة بالتفريق[2].

5- دور القاضي في التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة

اعتبر المشرع الجزائري ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة سببا من أسباب التطليق استنادا إلى نص المادة 53 ق أ، حيث تعرف الفاحشة على أنه الخطأ المخل بالآداب بصفة خطيرة مم منظور

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 298.

[2] بن هبري عبد الحكيم، مذكرة سابقة، ص168.

الفقه الإسلامي والضمير و العرف[1]. والمقصود بالفاحشة هنا هو فعل الزنا فإذا أثبتت الزوجة بجميع الحجج والأدلة أمام القاضي ما يدل على أن الزوج قام بذلك العقل واقتنع القاضي بذلك وأنها لن تستطيع أن تستمر معه مواصلة الحياة الزوجية قام القاضي بتطليقها[2].

لكن ما تجدر الإشارة إليه إلى أن الفاحشة من المنظور الشرعي لا تشتمل فقط على فعل الزنا وإنما تتعدى إلى أفعال أخرى معاقب عليها بالحد، ومنها القذف، السرقة، الردة والتي تدخل ضمن الفواحش. وقد نص المشرع الجزائري في قانون العقوبات على سبيل الحصر في نص المادة 337 مكرر منه على الفاحشة التي ترتكب بين ذوي الحارم والمتمثلة في العلاقة الجنسية التي تمارس بين المحارم[3].

وعليه في حالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة كاعتداء على قاصرة أو الشرك بالله،و قيام سلوك إجرامي لا يدخل ضمن المنطق العقلي السليم ولا يقبله العقل والمجتمع، مما يؤثر سلبا على المجتمع فهنا مع على الزوجة أن ترفع دعوى للمطالبة بالتطليق[4].

ثانيا: الأسباب المطلقة لسلطة قاضي شؤون الأسرة

تتمثل الأسباب المطلقة للقاضي للحكم بالتطليق فيمايلي.

1- دور قاضي شؤون الأسرة في التطليق للهجر في المضجع

اعتبر المشرع الجزائري الهجر في المضجع فوق الأربعة أشهر سببا للتطليق وذلك حسب نص المادة 53 ق أ، فبالرغم من اعتبار الهجر في المضجع أسلوب من الأساليب التي ينتهجها الزوج تجاه زوجته الناشز إلا أنه في حالة تعسفه في ذلك وتجاوز 04 أشهر يصبح حقا للزوجة ترفع دعوى وفقا للشروط المنصوص عليها في ق إ م إ أمام المحكمة التي توجد في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية تطلب من خلالها بالتطليق وذلك لفقد الهجر أسلوبه التأديبي ويتحول إلى تعسف يستوجب تدخل القاضي[5].

والمقصود بالهجر،هو أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش وعدم الاكتراث لها بدون مبرر شرعي وقانوني لمدة فوق 04 أشهر، وعليه على القاضي قبل الحكم بالتفريق بين الزوجين

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص305.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 275.

[3] المادة 337 مكرر ق ع.

[4] فضيل سعد، المرجع السابق،ص 298-299.

[5] دزيري خليل،مذكرة سابقة، ص 68.

عليه أن يتأكد من الشروط حتى يعتبر الهجر مشروعا أم لا مع ثبوت ضرر مادي أو معنوي، فإذا نقص شرط من هذه الشروط لا يجوز للقاضي الحكم للزوجة بالتطليق.

وتتمثل هذه الشروط في:

. وقوع الهجر فعلا والذي يكون في المضجع بحيث يدير الزوج ظهره لزوجته ولا يعاملها معاملة الأزواج.

. أن يكون هذا الهجر لمدة تزيد عن 04 أشهر متتالية بدون انقطاع ولا يقع اتصال بينهما في هذه المدة بين شهر وآخر، فبعد مضي 04 أشهر يحق للزوجة رفع دعوى للمطالبة بالتطليق[1].

. تعمد الزوج الهجر وإضرار الزوجة بدون مبرر شرعي وقانوني.

ويقع عبء إثبات الضرر على عاتق الزوجة وذلك استنادا إلى نص المواد 323 إلى 350 ق م، وفي المقابل على الزوج أن يطلع القاضي عن سبب امتناعه عن معاشرة زوجته حيث يقوم القاضي هنا بإعمال سلطته التقديرية في قبول أو رفض هذا السبب أو العذر، فيأمر الزوجة بالتريث حتى يزول هذا الأخير[2].

و في حالة تعدد الزوجات فان المحكمة العليا في قرارها رقم 480240 الصادر بتاريخ 11-02-2009 اعتبرت أن الهجر في المضجع دلالة على عدم العدل بين الزوجات مما يبرر حق الزوجة في المطالبة بالتطليق والذي جاء فيه بأنه إذا رأى القاضي أن الزوج غير مهتم بإحدى زوجاته أمره بالعودة إليها فان أبى ومرت 4 أشهر فهنا دلالة على انعدام العدل من هذه الناحية ، قام القاضي بتطليقها لرفع الظلم عنها[3] .

2- دور القاضي في التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 ق أ

تنص المادة 8 ق أعلى الشروط الواجب توفرها ليجوز للزوج التعدد من توفر شروط ونية العدل وإخبار الزوجة السابقة والمرأة اللاحقة ، وكذلك توفر المبرر الشرعي، فإذا خالف الزوج بهذه الشروط، جعل للزوجة لها الحق في المطالبة بالتطليق باعتباره سببا من أسباب التطليق المنصوص عليه المادة 53 ق أ وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها تحت رقم 356997 الصادر بتاريخ 12-07-2006 والذي جاء فيه : عدم العدل بين الزوجات يشكل

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 263،265

[2] فضيل سعد،المرجع السابق،ص 285.

[3] مجلة المحكمة العليا لسنة 2009، العدد01،ص 279.

الضـــرر، طبقـــا لـــنص المـــادة 53 فقـــرة 06 ق أ، ويبـــرر بالتـــالي حـــق الزوجـــة المتضـــررة فـــي طلـــب التطليق[1].

3- دور القاضي في التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

"استحدث المشرع الجزائري فقرة جديدة من نص المادة 53 ق أ وذلك بموجب الأمر 05-02 المتعلق لقانون الأسرة الجزائري، حيث أضيف سببا آخر للتطليق هو الشقاق المستمر بين الزوجين، فمن المقاصد التبعية للزواج السكينة والمودة والرحمة، ولكن مع دوام الخلاف بين الزوجين يهدم هذا المقصد وبالتالي أعطى المشرع للزوجة حق المطالبة بالتطليق في حالة توفر هذا السبب".

حيث ترفع الزوجة دعوى للتطليق للشقاق متوفرة الشروط المنصوص عليها في ق إ م إ ففي حالة عدم ثبوت الضرر، على القاضي قبل أن يحكم بالتفريق أن يعين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة بغية الإصلاح بينهما وذلك حسب نص المادة 446 ق إ م إثم يقدما تقريرهما في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما استنادا إلى نص المادة 56 ق أ، فإذا جاءت محاولة الإصلاح بالفشل قام القاضي بتطليق الزوجة، أما إذا رأى القاضي أن الضرر ثابت مع فشل محاولة الصلح أصدر حكما بالتطليق وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها تحت رقم 620084 المؤرخ في 14-04-2011. حيث جاء فيه " جاء فيه" بدعوى أن الشقاق الذي يوجب التطليق هو الضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة و أن الوقائع التي اعتمدت عليها المطعون ضدها هي مجرد إجراءات بادرت بها منفردة، و لا علاقة للطاعن بها وأن الوثائق المستند عليها من قاضي أول درجة الأولى هي وثائق غير ذات حجية بالنسبة لموضوع الدعوى وكان يتعين استبعادها، لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه بالنقض يتبين وأن قاضي الموضوع قضى اعتماد على الشقاق المستمر وطول أمد من قانون الأسرة مستعملا في ذلك السلطة التقديرية المخولة له قانونا، بما له / النزاع استحكم الخلاف تأسيسا على المادة 53 لما له ولاية من فحص النزاع و تقدير الضرر الذي تنتفي معه تحقق الحكمة و الغرض من استمرار العلاقة الزوجية في ظل دوام الألفة والمحبة و الإخلاص بين الزوجين مما لا يستطاع معه دوام العشرة وأن قاضي أول الدرجة اعتمد في قضائه بالتطليق على اشتداد الخصام المستمر و انتهى إلى أن إضرار الزوج

[1] مجلة المحكمة العليا لسنة 2006،العدد02،ص 441.

بزوجته ثابت وبالتالي غير ملزم في هذه الحالة بإجراء التحكيم المنصوص عليه في المادة 56 من نفس القانون التي تشترط عدم ثبوت الضرر خلافا لما قرره قاضي الموضوع في قضية الحال".[1]

وعليه فالطلاق الذي يوقعه القاضي للشقاق هو طلاق بائن، لا يزول الضرر إلا به، وهو لا يتصور أن يكون طلاقا رجعيا يحق للزوج مراجعة زوجته أثناء العدة و بالتالي عودة هذا الضرر[2].

ويجوز للقاضي في حالة تضرر الزوجة أن يحكم بالتعويض استنادا إلى نص المادة 53 مكرر قانون أسرة ، حيث يخضع تقدير التعويض هنا للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وهذا لغياب طرق وكيفيات يستند إليها القاضي في التقدير وبالتالي يحكم بالتعويض استنادا إلى حجم الضرر اللاحق بالزوجة فالمعيار الذي يستأنس به القاضي لتقدير التعويض بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين يوقف على مكانة الزوجة بين مثيلاتها[3].

4- دور القاضي في التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

قد تقوم الزوجة بوضع شروط في عقد الزواج أو في عقد لاحق وذلك استنادا إلى نص المادة 19 ق أخاصة إذا كانت هذه الشروط تحقق منافع أو مصالح للزوجين بشرط ألا تتنافى ومقتضيات هذا العقد. كأن تشترط الزوجة تكملة دراستنا وكذلك شرط العمل العيش في سكن منفرد[4]. لكن إذا قام الزوج بمخالفة الشروط، فقد أعطى المشرع الجزائري للزوجة الحق في المطالبة بالتطليق باعتباره سببا من أسباب التطليق استنادا إلى نص المادة 53 ق أ، لكن ليس بمجرد إخلال الزوج بهذا الشرط يشكل سببا للتطليق وإنما يقوم القاضي بإعمال سلطته التقديرية في تقدير ذلك[5].

و نشير في ذلك أن القاضي قد يجد نفسه عند قيامه بجلسات الصلح والتي تعتبر إجراء وجوبي في قضايا شؤون الأسرة أن النزاع لا يتعلق بعدم الوفاء بالشرط، وإنما بصحة شرط من الشروط، فقد يكون الشرط صحيحا ولكن يتعذر الوفاء به، فهنا يقوم القاضي والذي له دور ايجابي في جلسات الصلح بإقناع الزوجين بتعديل هذا الشرط وذلك لتفادي الفرقة والعمل على استمرار

---

[1] مجلة المحكمة العليا لسنة 2012، العدد01،ص ص 299 – 303.

[2] باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص 55.

[3] شامي أحمد، أطروحة سابقة، ص 202.

[4] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق،ص 167.

[5] شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري وفقا التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، دار الجامعة الجديدة مصر،(د ط)، 2009،ص 213.

الحياة الزوجية، وعليه قبل كل شيء على القاضي أن يتأكد من وجود الشرط في عقد رسمي مكتوب وكذلك مدى صحته ومشروعيته، فان لم يكن مكتوبا وجب إثباته[1].

5- دور القاضي في التطليق للضرر المعتبر شرعا

وضع المشرع الجزائري سببا عاما غير محدد لمطالبة الزوجة بحقها في التطليق، ولعل هذا السبب يشمل جميع أسباب التطليق السابقة الذكر لاشتراكهما في عنصر الضرر، وبالتالي ترك المشرع الجزائري من خلال هذه الفقرة للقاضي بإعمال سلطته في تقدير الضرر باعتبار أنه يمكن أن يكون ضررا لزوجة دون زوجة أخرى، وفي منطقة دون أخرى، فمن بين الضرر المعتبر شرعا والذي لا يدخل من ضمن الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 ق أ نجد ضرب الزوج لزوجته، فهنا في حالة رفع الزوجة لدعوى للمطالبة بالتطليق، على القاضي التأكد أثناء جلسات الصلح فيما إذا كان هذا الضرب مجرد تأديب و خطورة ولا ضرر له على الزوجة أو أنه ضرب مبرح يشكل ضررا للزوجة[2].

تجدر الإشارة إلى أن الزوجة لا يجوز لها رفع دعوى تطليق للضرر إذا كان الزوج قد مارس حقه الشرعي كرفضه أن تكون تربية الأولاد على ديانة الأم المسيحية[3].

أما إذا قام الزوج بإلحاق الضرر كالاعتداء عليه بالضرب وجب على القاضي في حالة تطليقه للزوجة أن يقوم بتقدير التعويض وذلك استنادا إلى نص المادة 53 مكرر ق أ، وذلك في حالة ثبوت ضررها حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا تحت رقم 245159 بتاريخ 20-06-2000: أن الزوج ضرب زوجته فتسبب في إسقاط حملها مما يدل على أنها تضررت فعلا وتوجب التعويض.

وفي الأخير المشرع الجزائري حسنا فعل عندما وسع نطاق سلطة القاضي في تقدير الضرر الذي قد يلحق بالزوجة.

الفرع الثاني :دور قاضي شؤون الأسرة في الطلاق بالخلع

إذا عجزت الزوجة عن إيجاد مبرر لفك الرابطة الزوجية على أساس المادة 53 من ق أ وكانت لا ترغب في العيش مع زوجها،و أصبحت إمكانية عيشها معه مستحيلة ،لدرجة الخوف من التفكير في أمور لا ترضي الله جاز لها اللجوء إلى طريق آخر لفك الرابطة الزوجية وهو رفع

---

[1] بن هبري عبد الحكيم، مذكرة سابقة، ص152.

[2] بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري وفقا لأحدث التعديلات ومعلق عليه بقرارت المحكمة العليا، ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د ط) ، 2012،ص 254.

[3] تشوار الجيلالي، المرجع السابق،ص 57.

دعوى طلاق بالخلع والذي يكون عن طريق عريضة طلب الطلاق بموجب الخلع لا تختلف عن غيرها من العرائض حيث يتعين عليها أن تقدم طلب الخلع في شكل عريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة ومستوفية للشروط القانونية المنصوص عليها في المواد 13،14 15 و 429 ق إ م إ، تودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية لتسجيلها من قبل أمين الضبط ،ثم تبلغ نسخة إلى المدعى عليه ونسخة إلى النيابة العامة طبقا لنص المادة 438 من ق إ م إ.

أولا: مجال تدخل القاضي في الخلع

الخلع هو إزالة قيد النكاح مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها، وهو طريق من طرق فك الرابطة الزوجية، ولقد جعل الخلع رخصة للزوجة مقابل ما للزوج من الطلاق، لأنه لما جعل الطلاق بيد الزوج إذا كره الزوجة جعل الخلع بيد المرأة إذا كرهت الرجل.[1]

لا يثبت إلا بحكم من القاضي الذي يحقق إرادة الزوجة بشرط وجود مقابل مالي، وبالتالي فالقاضي عند لجوء الزوجة إلى المحكمة ملتمسة فك الرابطة الزوجية يكون أمام 03 حالات:

– تقديم الزوجة طلب الخلع مع عرضها لمقابل مالي يوافق عليه الزوج، ففي هذه الحالة ما على القاضي إلا أن يشهد على ما اتفق عليه الطرفان حيث لا يجوز له الحكم بما لم يطلبه الطرفان وإلا يكون قد خالف المادة 356 ق إ م إ.

– تقديم الزوجة طلب الخلع دون عرضها للمقابل المالي، ففي هذه الحالة يعد مخالفة للقانون لأنه لا يتصور الطلاق بالخلع بدون مقابل مالي،وعليه على القاضي أن يتدخل وذلك عن طريق إعمال سلطته التقديرية الممنوحة له نظرا لأن القانون لم يتطرق إلى هذه المسألة صراحة.

– تقديم الزوجة طلب الخلع وتعرض مقابل مالي لكن الزوج لا يوافق عليه، ففي هذه الحالة واستنادا إلى نص المادة 54 في فقرتها الثانية جعلت من القاضي دور في تقدير هذا المبلغ، حيث يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

وعليه من خلال هذه الحالات التي تعرض على قاضي شؤون الأسرة نجد ا، للقاضي دور كبير في تقدير بدل الخلع في حالة إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي.

وما تجدر الإشارة إليه أنه يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج بالغا عاقلا مختارا أي بالغا عاقلا أي بالغ 19 سنة حسب المادة 07 ق أ ، ومتمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليهم

---

[1] مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص ،2001 ،ص 22 ،23 .

،ويتمتع بأهلية التصرف في ماله، وان تكون الزوجة محلا للطلاق أي أن تكون زوجة شرعية حقيقة أو حكما وأن تكون أهلا للتصرفات أهلا للالتزام بالعوض[1].

ثانيا: دور القاضي في تقدير بدل الخلع

بدل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة اتجاه زوجها في مقابل طلاقها وخلاص نفسها منه[2].ولقد تبنى المشرع الجزائري الخلع في نص المادة 54 من ق أ حيث نصت على مايلي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

أزال المشرع الجزائري الغموض الذي كان قبل التعديل فيما يخص موافقة الزوج على الخلع حيث أصبح ينص صراحة على عدم اشتراط الموافقة بعدما كان الأمر غامضا قبل التعديل حيث لم يكن ينص في المادة 54 ق أعلى شرط موافقة الزوج من عدمها، في حين أبقى على الغموض حول بدل الخلع، حيث استعمل عبارة المقابل المالي والذي قد يكون عبارة عن نقود أو كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقداً أو عيناً، شريطة أن يكون مما يصح الالتزام به شرعا[3]. ويجب أن يكون في مقابل الخلع معلوماً ومتفقاً عليه بين الزوجين.

وعليه فإذا قبل الزوج على المقابل المالي جاز للقاضي إصدار حكم بالطلاق بعد إجراء الصلح وان لم يقبل، للقاضي التدخل والحكم بفك الرابطة الزوجية ،بعد تحديد مقابل للخلع وقت صدور الحكم،على ألا تتجاوز قيمة صداق المثل، أي قيمة الصداق الذي يقدم عادة لمثل صداق الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق، وهذا حسب عادات وأعراف كل منطقة، فالقاضي هنا يجب أن يكون على دراية كافية بالحالة الاجتماعية التي يعمل فيها، وكذلك على الحالة المدية للزوجة خاصة وان كانت الزوجة قاصر،يجب في هذه الحالة أن يراعي مصلحتها[4].

كما للقاضي أن يعاين ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع وهذا ما جاء في نص المادة 451 ق ق إ م إ.وتقدير القاضي لبدل الخلع هو تقدير موضوعي لا يخضع لمراقبة المحكمة العليا[5]،

---

[1] احمد علي جرادات،الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية،الزواج والطلاق، ، دار الثقافة، ،الأردن، ط1، ص197 .

[2] بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق،ص 310.

[3] احمد علي جرادات،المرجع السابق،ص 197 .

[4] دلاندة يوسف ، إجراءات التقاضي في شؤون الأسرة، دار هومة،الجزائر،(د ط)،2009 ،ص 64 .

[5] عبد العزيز سعد ،إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة ، المرجع السابق، ص 87 .

وهومـا قـد قضـت بـه المحكمـة العليـا فـي ملـف رقـم 83603 قـرار بتـاريخ 1992/07/21 :"مـن المقـرر قانونـا انـه يجـوز للزوجـة أن تخـالع نفسـها مـن زوجهـا علـى مـال يـتم الاتفـاق عليـه فـان لـم يتفقـا علـى شـيء يحكـم القاضـي بمـا لا يتجـاوز صـداق المثـل وقـت الحكـم دون النظـر إلـى عـدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لان ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين قانونا.[1]

وعلـى القاضـي عنـد الحكـم بـالطلاق بـالخلع عليـه أن ينطـق ببـدل الخلـع حيـث جـاء فـي إحـدى قـرارات المحكمـة العليـا قـرار رقـم 365244 الصـادر بتـاريخ 11-10-2006 " لا يمكـن القضـاء بحفظ بدل الخلع، والقاضي ملزم به عند الحكم بالطلاق خلعا، سواء اتفقا عليه الطرفان أو اختلفا"[2]

تجـدر الإشـارة إلـى أن الحكـم بـالخلع لا يسـقط نفقـة العـدة لأنهـا حـق جديـد ينشـأ بعـد الطـلاق إلا إذا تنازلـت عنـه الزوجـة صـراحة أمـام القاضـي واصـدر الحكـم متضـمنا هـذا الشـرط، كمـا أن حـق الأبنـاء فـي النفقـة لا يسـقط باعتبـار أن النفقـة واجبـة علـى الأب ، بالإضـافة إلـى انـه لا يجـوز للـزوجين الاتفـاق علـى إسـقاط الحضـانة كمقابـل للخلـع لان الحضـانة ليسـت حقـا محتكـرا لأحـد الأبـوين بـل حقـا للأبناء لا يجوز مقاضيته.[3]

المبحث الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية

يقصـد بالآثـار المترتبـة عـن الطـلاق النتـائج القانونيـة الشـرعية التـي تترتـب علـى انحـلال عقـد الـزواج وهـي كثيـرة ومتنوعـة، ولقـد ذكرهـا المشـرع الجزائـري فـي مـواد متفرقـة، منهـا مـاهو متعلـق بـالزوجين كالنفقـة والتعـويض عـن الطـلاق، والنـزاع حـول متـاع البيـت، ومنهـا مـا يتعـدى الـزوجين لتصـل إلـى الأولاد، والمتمثـل فـي نفقـة الأولاد والحضـانة، ولقـد مـنح المشـرع الجزائـري لقاضـي شـؤون الأسـرة سـلطة تقديريـة واسـعة فـي هـذه المسـائل، وهـو مـا سـنتناوله فـي هـذا المبحـث مـن خـلال مطلبـين، خصصنا الأول دور القاضي في الآثار المالية للطلاق، والثاني دور القاضي في الحضانة.

المطلب الأول : دور قاضي شؤون الأسرة في الآثار المالية للطلاق

يترتـب عـن انحـلال الرابطـة الزوجيـة بـالطلاق آثـار ماليـة والتـي يكـون للقاضـي فيهـا دور كبيـر فـي تقـديرها، حيـث يبـرز دور القاضـي فـي هـذه الآثـار بدايـة فـي التعـويض عـن انحـلال الرابطـة الزوجيـة سـواء كـان مـن الزوجـة أو الـزوج و كـذلك دور القاضـي فـي فـض النـزاع حـول متـاع البيـت ، وأخير دور القاضي في تقدير النفقة كأثر للطلاق.

---

[1] مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001،ص 134 .

[2] مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد01،ص 467.

[3] عبد العزيز سعد ،إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة ،المرجع السابق ،ص 84 -87 .

الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض

سنتناول في هذا الفرع دور القاضي في تقدير التعويض كأثر من أثار انحلال الرابطة الزوجية سواء تعلق بالطلاق التعسفي، أو بالتطليق أو إذا تعلق الأمر بالطلاق للنشوز.

أولا: دور القاضي في التعويض عن الطلاق التعسفي

إذا كان للزوج الحق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، فانه في مقابل ذلك للزوجة الحق في التعويض متى كان هذا الطلاق تعسفيا، حيث منح القانون للقاضي سلطة تقدير هذا التعويض.

1- الأساس القانوني الذي يعتمد عليه القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا للطلاق التعسفي، ونص في محتوى مواده القانونية على شروط وكيفية التعويض عنه في حالة تعسف الزوج وهذا ما نجده في نص المادة 52 ق أ بقولها " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" ، فالتعسف في استعمال الطلاق هو رفع الزوج لقيد النكاح والخروج عن الحكمة التي اقتضت إباحته كطلاق الزوجة لسبب غير مشروع،[1] أو أنه أوقع الطلاق في مرض الموت وهذا لحرمان الزوجة من الميراث، وبما أن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج هو حق من حقوقه يجوز له أن يطلق الزوج زوجته بإرادته المنفردة، ، لكن إذا تجاوز هذا الحق حدوده وأضر بالزوجة حكم القاضي للمطلقة بالتعويض جراء هذا الضرر وذلك استنادا إلى نص المادة 52 ق أ التي جاء فيها" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

إن المشرع الجزائري في نص المادة 52 ق أ السالفة الذكر لم يحدد معيار بالقول بأن الزوج تعسف في استعمال حقه في الطلاق، لكن بالرجوع إلى القانون المدني والذي يعتبر الشريعة العامة نجده قد وضع معايير التعسف في استعمال الحق على الوجه العام وذلك من خلال نص المادة 124 مكرر ق م.

لقد وضعت المادة 52 ق أ شرطين ليستطيع القاضي من خلالها الحكم بالتعويض و التي تتمثل أساسا في:

- تبيان القاضي أن الطلاق وقع بدون سبب جاد، حيث يقوم القاضي بإعمال سلطته التقديرية في مدى جدية السبب من عدمه على اعتبار أن التشريع الجزائري لم يحدد الأسباب والدوافع التي تجيز الطلاق الغير مقترن بتعويض، وبالتالي منح للقاضي دور كبير في هذا المجال، وذلك من خلال التحري على ملابسات القضية وظروف الزوجين وتظهر من خلال

---

[1] جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص226.

عـرائض الطـرفين و دفوعاتهمـا، فـان وجـد سـببا جـادا مـن منظـوره رد التعـويض وإذا وجـد أن الـزوج جعل من حقه تعسفا وإضرارا بالزوجة حكم بالتعويض تماشيا مع وضعه المالي[1].

حيـث جـاء فـي إحـدى قـرارات المحكمـة العليـا تحـت رقـم 210451 بتـاريخ 17-11-1998 أن الزوجة تستحق التعويض في حالة تعسف الزوج في الطلاق[2].

- أن تتضـرر الزوجـة جـراء الطـلاق، حيـث يجـب علـى الزوجـة فـي حالـة تضـررها مـن الجانـب المـادي أن تثبـت ذلك،كـأن يوقفهـا مـن عملهـا ثـم يطلقهـا بـدون سـبب جـدي، فهنـا يكـون الأسـاس يرتكـز علـى الموازنـة بـين اسـتعمال الـزوج لحقـه وبـين مـا يصـيب الزوجـة مـن ضـرر جـراء هـذا الحـق[3]، وعليـه فـالتعويض عـن الطـلاق التعسـفي يقـوم علـى وجـود حـق مقـرر للـزوج والـذي يسـتعمله فـوق مصـلحته المشـروعة لإلحـاق الضـرر بالزوجـة سـواء مـن الجانـب المـادي أو المعنـوي، وبالتـالي نقـول بـأن الأسـاس الـذي يعتمـد عليـه القاضـي فـي تقـدير التعـويض عـن الطـلاق التعسـفي هـو التعسـف فـي اسـتعمال الحـق ولـيس علـى أسـاس مسـؤولية تقصـيرية ناتجـة عـن خطـأ مـن الـزوج باعتبارهـا مسـتمدة مـن مصـدر يتمثـل فـي العصـمة الزوجيـة والمتمثلـة فـي مسـؤولية الـزوج فـي الطـلاق ،باعتبـار أن الطـلاق حـق مخـول للـزوج شـرعا وقانونـا.[4] حيـث جـاء فـي إحـدى قـرارات المحكمـة العليـا تحـت رقـم 335656 الصـادر بتـاريخ 22-02-2000 " أن الحكـم بـالتعويض عـن الضـرر علـى أسـاس المسؤولية التقصيرية لا يمتد إلى التعويض عن الطلاق"[5].

مـا تجـدر الإشـارة إليـه إلـى أن الـزوج غيـر ملـزم بتسـبيب طلاقـه بإرادتـه المنفـردة ، فالمشـرع الجزائـري فـي مسـائل الطـلاق خـرج عـن القاعـدة العامـة فـي الإثبـات والتـي تقضـي بـأن علـى الـدائن إثبـات الالتـزام و علـى المـدين إثبـات الـتخلص منـه، لأن مثـل هـذه المسـائل تـدخل ضـمن الأمـور الشخصـية، وأن دور القاضـي هنـا هـو كاشـف لإرادة الـزوج لا أكثـر و لا أقـل، وبالتـالي يجـوز لـه أن يحكـم للمطلقـة بـالتعويض حسـب مـا يـراه مناسـبا، لأن الـزوج يتحمـل مسـؤولية هـذا الطـلاق وهـو مـا جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا تحت رقم 223019 الصادر بتاريخ 15-06-1999[6].

2- دور القاضي في تقدير قيمة التعويض عن الطلاق التعسفي

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص239.

[2] مجلة الاجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص،2001، ص252.

[3] فضيل سعد، المرجع السابق، ص 366.

[4] باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص07.

[5] المجلة القضائية لسنة 2000، العدد 01،ص 282.

[6] مجلة الاجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص،2001،ص 104.

لـم يتطـرق المشـرع الجزائـري إلـى قيمـة التعـويض المسـتحقة للزوجـة جـراء الطـلاق التعسـفي، وإنمـا فسـح للقاضـي المجـال لإعمـال سـلطته التقديريـة فـي تقـدير التعـويض وهـذا مـا أكدتـه المحكمـة العليـا فـي قـرار لهـا تحـت رقـم 368660 الصـادر بتـاريخ 12-07-2006 والـذي جـاء فيـه " تحديـد التعـويض عـن الطـلاق التعسـفي يعـد مـن المسـائل التقديريـة التـي يخـتص بهـا قضـاة الموضـوع دون غيرهم"[1].

وعليـه فـإن القاضـي المعـروض أمامـه النـزاع و هـو بصـدد تقـدير قيمـة التعـويض، عليـه أولا التأكـد مـن تـوافر جملـة مـن الشـروط ، حيـث يتأكـد مـن وجـود علاقـة زوجيـة قائمـة بـين الـزوجين مـع تمـام الـدخول والمعاشـرة الزوجيـة حيـث لا يمكـن التعـويض عـن طـلاق تعسـفي إلا بتمـام الـدخول، و أن مـا يحكـم بـه قبـل الـدخول يعتبـر تعويضـا عـن الضـرر المعنـوي، كـذلك يجـب عليـه أن يتأكـد مـن أن الـزوج متعسـف فـي الطـلاق حيـث ان الـزوج الغيـر مبـرر لطلاقـه وان تبريـره غيـر مبنـي علـى دليـل ثابت عد تعسفا في الطلاق وبالتالي فمسألة التبرير تخضع للسلطة التقديرية للقاضي[2].

بعـد التأكـد مـن هـذه الشـروط يقـوم القاضـي أيضـا فـي بدايـة الأمـر بتبيـان الأسـباب التـي اعتمـد عليهـا فـي تقـديره لقيمـة التعـويض سـواء حكـم بتعـويض أعلـى أم أقـل، و إلا كـان قـراره مشـوبا بقصـور فـي التسـبيب[3]، كمـا يتعـين علـى القاضـي عنـد تقـديره لقيمـة التعـويض ونظـرا للصـلاحية المخولـة إليـه أن يسـتند إلـى معطيـات واعتبـارات كـالظروف الاقتصـادية للـزوج وظروفـه الاجتماعيـة ومـا إلـى ذلـك، بالإضـافة إلـى مراعـاة حجـم الضـرر اللاحـق بالزوجـة جـراء تعسـف الـزوج فـي الطـلاق، حيـث يحـاول مـن خلالهـا جبـر الضـرر عـن طريـق تعـويض يتناسـب وجسـامة الضـرر وبالتـالي فـإقرار مبـدأ التعـويض عن تعسف الزوج في الطلاق يضع حدا لظاهرة الطلاق[4].

الملاحـظ أنـه مـن خـلال تقـدير القاضـي للتعـويض عـن الطـلاق التعسـفي يثـار إشـكال يتعلـق بمدى شمول التعويض عن الطلاق التعسفي لنفقة المتعة أم أنهما مختلفين؟

---

[1] مجلة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد 02، ص 483.

[2] باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 13-14.

[3] عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص282.

[4] شامي أحمد، أطروحة سابقة ،ص 231.

لـم يتطـرق المشـرع الجزائـري إلـى نفقـة المتعـة[1] ولـم يعتبرهـا أثـرا مـن آثـار الطـلاق لا قبـل الـدخول ولا بعـده و هـو مـا أدى إلـى تذبـذب قـرارات المحكمـة العليـا حيـث منهـا مـن اعتبـر نفقـة المتعـة تعويضـا عـن الطـلاق التعسـفي ومـنهم مـن أوجـب الفصـل بينهمـا[2]، حيـث جـاء فـي إحـدى قـرارات المحكمـة العليـا تحـت رقـم 39731 الصـادر بتـاريخ 27-01- 1986 "مـن المقـرر شـرعا و قضـاءا أن المتعـة تمـنح للزوجـة مقابـل الضـرر النـاتج بهـا مـن طـلاق غيـر مبـرر، ويسـقط بتحميلهـا جـزء مـن المسـؤولية فيـه". فمـن خـلال هـذا القـرار اعتبـر أن أحكـام نفقـة المتعـة هـي نفسـها أحكـام التعـويض عـن الطلاق التعسفي[3].

ومـن جهـة أخـرى نجـد قـرار للمحكمـة العليـا والـذي يـرى بضـرورة الفصـل بـين نفقـة المتعـة والتعـويض عـن الطـلاق التعسـفي وهـو القـرار رقـم 41560 الصـادر بتـاريخ 07-04-1986، الـذي جـاء فيـه "مـن الأحكـام الشـرعية أن للزوجـة المطلقـة طلاقـا تعسـفيا الحكـم لهـا بنفقـة المتعـة وتعـويض عـن طـلاق تعسـفي حيـث أن القضـاء بمـا يخـالف أحكـام هـذا المبـدأ يسـتوجب نقـض القـرار الـذي مـنح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي[4].

ثانيا:دور القاضي في تعويض المطلقة في حالة التطليق

إن المشـرع الجزائـري قـد أجـاز للقاضـي أن يحكـم للمطلقـة بـالتعويض، حتـى فـي حـالات التطليـق، وذلـك حسـب نـص المـادة 53 مكـرر والـذي جـاء فيهـا " يجـوز للقاضـي فـي حالـة الحكـم بـالتطليق، أن يحكـم للمطلقـة بـالتعويض عـن الضـرر اللاحـق بهـا." والواقـع أن مبـدأ تعـويض المطلقـة فـي حـالات التطليـق، قـد تكـرس فـي قـرارات المحكمـة العليـا، منهـا قـرار رقـم 216865 الصـادر بتـاريخ 20-06-2000 حيـث جـاء فيـه" مـن المسـتقر عليـه قضـاءا ، أنـه يمكـن تعـويض الزوجـة الطالبـة للطـلاق فـي حالـة تضـررها فعـلا"ـ، لكنـه لـم يبـين لنـا المعـايير أو الضـوابط التـي يسـتأنس بهـا القاضـي، كمـا لـم يبـين لنـا الحـد الأدنـى أو الأقصـى للتعـويض، وبالتـالي جعـل للقاضـي دور فـي إعمـال سـلطته التقديرية في تقدير ذلك، وذلك لانعدام نص قانوني يبين للقاضي المعايير و الضوابط القانونية التي يعتمد عليها في التقدير ، و القاضي هنا يرتكز على نشاطه الذهني في تقدير ذلك ، استنادا

---

[1] تعرف المتعة على أنها ما يعطيه الزوج لزوجته بعد حصول الفرقة بينهما من الثياب أو ما يقوم مقامها، وتعرف أيضا على أنه: التعويض الذي يلزم به الزوج لزوجته بعد طلاقه جبرا لوحشة الفراق." ينظر: بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية،دار النهضة العربية، مصر،1967.،ص 408-409.

[2] باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص24.

[3] المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 04،ص61.

[4] المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد 02،ص69 .

لعناصر الضرر التي له سلطة تقديرية في دمجها عند التقدير ، وأما بالنسبة للأسس التي يستند إليها في تقدير مقدار التعويض ، فهي حجم الضرر و مدى جسامته ويراعي في ذلك ظروف الطرف المتضرر من خلال منحه تعويضا عادلا يجبر الضرر الحاصل دون الاعتداء بظروف الزوج المسؤول عن الضرر، ويعتمد في تقدير ذلك على المعيار الموضوعي ،وكذا المعيار الشخصي لأن الضرر يختلف باختلاف الظروف و الأشخاص ،ففعل معين قد يكون أمرا ماديا عاديا في وسط معين ، وقد يكون ضررا جسيما في وسط آخر ، وتقدير ما إذا كان الضرر من شأنه استحالة العشرة الزوجية.[1]

ثالثا:دور القاضي في التعويض للنشوز للطرف المتضرر

بالإضافة إلى تقرير التعويض للمطلقة المتضررة في حالتي الطلاق التعسفي والذي يكون من طرف الزوج، والتطليق الذي يتم بطلب من الزوجة، فقد أجاز المشرع الجزائري للقاضي أن يحكم بالتعويض أيضا في حالة الطلاق للنشوز للطرف المتضرر، وذلك بمقتضى المادة 55 ق أ، والتي جاء فيها " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق،وبالتعويض للطرف المتضرر".

فالنشوز حسب نص المادة يتوقع سواء من الزوج أو الزوجة. ويتجسد النشوز في الترفع ومنع أداء الحقوق كراهة حيث يكون من الزوج أو من الزوجة ، والمشرع الجزائري لم يحدد لنا الأفعال التي قد يقدم عليها الزوج أو الزوجة وتشكل نشوزا بل ترك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الوقائع الموضوعية والقيام بتقييمها معتمدا في ذلك على أمور مقبولة أخلاقيا واجتماعيا وقانونيا[2].

وبالنظر إلى أحكام القضاء نجد أنه ذكر بعض الحالات والتي تشكل نشوزا والمتمثلة في :

1-**نشوز الزوجة:** من بين الحالات التي تعتبر الزوجة فيها ناشزا:

- حالة امتناع الزوجة لاستئناف الحياة الزوجية المحكوم بها دون مبرر شرعي، فيجب أن تبلغ بالحكم أولا ويثبت امتناعها عن تنفيذه، حيث لابد من محاولة الزوج تنفيذه ولا ترضى الزوجة بذلك ففي هذه الحالة تعد ناشزا وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا تحت رقم 476387 الصادر بتاريخ 14-01-2009 " لا نشوز إلا بعد تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع وإعطاء مهلة للمحكوم عليها للانصياع له اختياريا، مع مراعاة الإجراءات المعمول بها قضاءا."[3]

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق،ص 171.

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق،ص126.

[3] مجلة المحكمة العليا لسنة 2009، العدد 01،ص261.

– الزوجة المسافرة بدون رضا الزوج أو عذر شرعي فإذا سافرت مثلا لأداء فريضة الحج مع محرم أو رفقة مأمونة فهنا لا تعد ناشزا.[1]

2-نشوز الزوج

من بين الحالات التي يعتبر فيها الزوج ناشزا:

-ترك الزوج بيت الزوجية والتخلي عن الواجبات الشرعية.

– عدم توفيره لسكن شرعي، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 189226 الصادر بتاريخ 21-04-1998 الذي جاء فيه" نشوز الزوج عن امتناع توفير سكن منفرد للزوجة، والحكم بتطليق الزوجة وبتعويضها تطبيق صحيح للقانون[2]."

وعليه، إذا فحص القاضي كل العناصر المقدمة له من المدعي المتضرر وثبت له نشوز المدعى عليه، واقتنع بذلك وحكم بينهما بالطلاق للنشوز، فان عليه أن يضمن حكمه كذلك بالتعويض للطرف المتضرر، عن كل الأضرار التي أصابته سواء كانت المادية أو المعنوية.[3]

وتقدير التعويض يخضع للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة باعتبار أن القانون لم يبين لنا معايير وأسس محددة يستند إليها القاضي في ذلك، فيكفي أن يكون تقديره مبينا على أسس ثابتة بأوراق الدعوى المعروضة أمامه التي تبين حجم الأضرار المادية والمعنوية التي تكون قد لحقت بالطرف المتضرر، حيث أن التعويض يقدر استنادا إلى حجم الضرر. هذا وعلى القاضي أن يعتمد في تقديره للتعويض لمدى قيام الضرر استنادا في ذلك إلى معيار شخصي باعتبار أن الضرر يختلف من شخص لآخر، ومعيار موضوعي ولا يستلزم تقدير كل عنصر على حد وإنما يستطيع دمج جميع العناصر وتقدير التعويض دفعة واحدة[4].

الفرع الثاني: دور القاضي في فض النزاع حول متاع البيت:

يعتبر النزاع على محتويات بيت الزوجية من أهم الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية وأكثرها خصاما ،حيث قد يكون الزوج جهز البيت بالأثاث والمفروشات كما قد تكون الزوجة هي التي جلبتها معها يوم الزفاف،مما ينتج عنه خلاف بعد الفراق بين الزوجين حول ملكية بعض أثاث البيت ،وفي معظم الأحيان لا يكون في يد كلا الزوجين أي دليل يثبت ملكيته ،وهنا يكون للقاضي دور في حل النزاع القائم بين الزوجين بحيث يصدر حكمه بناءا على

---

[1] محمد محدة، الخطبة والزواج، الشهاب، الجزائر، ط 2، 1994، ص366.

[2] مجلة الاجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص،2001،ص144- 146.

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق،ص 127.

[4] شامي أحمد، أطروحة سابقة،ص 204.

قناعته،بمعنى الطرف الذي يقدم الدليل على أن الشيء محل النزاع ملك خالص له ويقنع القاضي بذلك يحكم له بما ادعاه[1] ، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 73 من قانون الأسرة على أنه: "إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

ويقصد بمتاع البيت، مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية والمخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كل من الزوجين وباقي أفراد الأسرة،مثل الأفرشة والأثاث والأجهزة الكهرومنزلية كالتلفاز والثلاجة...،أما ما لا يدخل ضمن الاستعمال المشترك ويخص الزوجة وحدها مثل المصوغات،والملابس ذات الاستعمال الشخصي،أو ما يخص الزوج مثل الكتب والآلات والأدوات المستعملة لممارسة المهنة كالمحاماة والطب والنجارة،فلا يمكن إدخالها ضمن متاع البيت[2]. ومن ثم لا يجوز للقاضي تطبيق نص المادة 73 من ق أ سابقة الذكر،وإنما يستوجب عليه الرجوع إلى وسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني، باعتبارها واقعة مادية تثبت بكافة طرق الإثبات[3]

كما يتضح من خلال نص المادة 73 من ق أ أن النزاع حول متاع البيت وأثاثه ينتهي لصالح من له بينة، وهذا على أساس طبيعة الشيء محل النزاع، فإذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدها بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في الأشياء المعتادة للنساء، أما إذا كانت طبيعة الشيء محل النزاع من المعتاد للرجال، فإن الزوج يكلف بأداء اليمين كذلك، وله أن يأخذه طالما أن الزوجة لا تملك البينة الكافية ، ويتضح هنا أن المشرع كرس في هذه المادة قاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"[4]. ومن خلال ما سبق نجد أن الخلاف حول متاع البيت يتخذ صورتين:

أولا: النزاع المنصب حول ملكية المتاع

ما يلاحظ أن مسألة التفريق بين ماهو معتاد للزوج وماهو معتاد للزوجة عرفا وعادة مسألة لا يحكمها معيار محدد، وإنما هي مسالة تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع استنادا إلى

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، المرجع السابق،ص147

[2] المتاع: هو ماكان لباسا، أو حشوا لفراش أو دثار، وقيل متاع كل ما ينتفع به من الحوائج كالطعام وأثاث البيت والأدوات والسلع. أنظر ابن منظور، لسان العرب،ص19.

[3] عبد العزيز سعد،المرجع السابق ،ص 148 ،149 .

[4] بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق،ص394

العرف والتقاليد السائدة في كل منطقة.لهذا كان لزاما على القاضي أثناء الفصل في نزاع حول متاع البيت أن يتأكد:

1- تحديد القاضي ماهو معروف للنساء أو الرجال: وبالتالي لا يجوز له الاعتماد كليا على القائمة المقدمة من طرف احد الزوجين أو ورثتهما دون بينة أو حجة ،ويكتفي بتوجيه اليمين تطبيقا لنص المادة 73 من ق أ، ثم يعطي الحق للطرف الذي يحلف ويمنعه عن الطرف الذي ينكر,

هذا و يعتبر ما هو معتاد للرجال الفراش والغطاء وغرفة النوم و الأرائك والزرابي وأواني الطبخ من بين ما يملكه الزوج وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار رقم 52212 بتاريخ 1989/01/16 حيث جاء فيه "من المستقر عليه قضاءا و شرعا أن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها اشترته أو أو هو جملة من صداقها ،فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية "[1].

2-حالة وجود الدليل أو البينة

حيث أن وجود البينة على تملك الأمتعة لا يثير أي إشكال ويحكم القاضي لمن قدم الدليل، حتى وان كان الشيء المملوك للرجل مما هو معتاد للنساء، فإذا جاء بالبينة على أن ذلك له انتهى النزاع لصالحه. كذلك المرأة إذا قدمت دليل على تملك شيء يختص به الرجال فلها الحق في أخذه مادامت أقامت البينة على ذلك، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها، القرار رقم 41437 الصادر بتاريخ 05-05-1986 " من المعروف فقها حول اختلاف الزوجين في متاع البيت أن ما يخص النساء للنساء والزوجة أثبتت بالفاتورة أن التلفزيون قد اشترته هي واعتراف الزوج بان الخزانة للزوجة وكان اليمين عليها كون أن النزاع كان منصب على ماهو معتاد للنساء."[2]

3- توجيه القاضي لليمين

من الواضح أن مسالة النزاع في متاع البيت هي مسالة إثبات حيث كرست هذه المادة القاعدة الشهيرة "البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر" إلا أن ما يأخذ على الحكم الذي أتت به المادة 73 ق أ و كذلك التطبيقات القضائية عندما تثير موضوع النزاع حول متاع البيت

---

[1] المجلة القضائية لسنة 1991 ،العدد 3،ص 55 .

[2] قرار (غير منشور)، مشار إليه في بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لتعديلات الأمر 05-02 ، المرجع السابق،ص 402.

فبمجرد تقديم قائمة بالمتاع من احد الزوجين و نكران الطرف الخصم فان القضاة يطبقون مباشرة المادة 73 ق أ و ذلك بتوجيه اليمين إلا أنه في الحقيقة المتمعن للمادة في توجيه اليمين و القواعد العامة للإثبات بصفة عامة من اشتراط توجيه اليمين في حالة الاختلاف و انعدام البينة للمدعي وجوب أن يتأكد القاضي أولا من وجود المتاع سواء كان في بيت الزوجية أو في مكان آخر ،كما يتوجب على القاضي أن يفرق و يميز بين النزاع الذي ينصب على ملكية متاع البيت وبين ما إذا كان النزاع ينصب على حول ترك الأشياء محل النزاع في بيت الزوجية وإدعاء أحد الزوجين بان الزوج الآخر قد أخذ المتاع معه، ثم الانتقال بعدها إلى اليمين في حالة الإنكار للحكم لمن تعود ملكية المتاع محل النزاع و هذا ما أكده قضاء **المحكمة العليا** في قرار رقم 257731 الصادر بتاريخ 2001/05/23 حيث جاء فيه :" في حالة عدم إثبات وجود المتاع (المصوغ) لا يجوز تطبيق المادة 73 ق أ ،وعليه إذا طبق القاضي هذه المادة في هذه الحالة يعرض حكمه للنقض ،كما أن القضاة برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالمتاع (المصوغ)الذي لم يثبت وجوده دون تطبيق القاعدة العامة للإثبات يعد خطأ في تطبيق القانون "[1]

كما يتوجب عليه أن يحرس على أداء اليمين في حضوره وحضور الخصوم داخل الجلسة، ووفق ما يتطلبه القانون. وذلك استنادا إلى نص المادة 190 ق إ م إ، وأن يضيف إليها العبارات التي تشكل موضوع اليمين ومن شأنها إنهاء النزاع، وتساعده على إصدار حكم عادلا بحيث لا يكون معرض للنقض.[2]

من خلال ما سبق يستخلص أنه يشترط لتطبيق المادة 73 ق أ في حالة النزاع حول متاع البيت يجب توفر الشروط التالية مجتمعة :

- أن يكون موضوع النزاع القائم بين الزوجين هو شيء من متاع البيت حقيقية .
- أن يكون سبب النزاع منصبا على حق احد الزوجين في ملكية ما يدعيه ملكية خالصة له.
- أن لا يكون للمدعي منهما حجة كتابية أو شفوية لإثبات ما يدعيه[3].

ثانيا:النزاع المنصب حول وجود المتاع

---

[1] المجلة القضائية لسنة 2003 ،العدد 1،ص 363 .

[2] عبد العزيز سعد،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق ،ص 153 .

وان كان حضور المحامي أثناء تأدية اليمين يغني عن حضور الخصم قرار المحكمة العليا، 07-12-1987 أنظر: يوسف دلاندة،المرجع السابق، ص 311-312.

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

لكن إذا تخلف أحد هذه الشروط كأن يظهر مثلا أن النزاع يتعلق بمتاع البيت لكن هو في الحقيقة منصب على وجوده أو عدم وجوده في بيت الزوجية ومثاله أن يدعي الزوج أن ما تطالب به الزوجة المدعية قد أخذته وقت خروجها أو قبل خروجها من محل الزوجية وتقول هي عكس ذلك،أو كان لأحدهما حجة أو قرينة قوية تثبت ما يدعيه،فانه في مثل هذه الحالات لا يمكن للقاضي تطبيق نص المادة 73 من ق أ ، وإنما يطبق في مثل هذه الحالات القاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار رقم 50075 قرار بتاريخ 1988/07/18 ،وعليه في حالة ادعاء الزوج أن زوجته أخذته متاع البيت، معها دون إثبات ذلك،القول للزوجة مع يمينها[1].

ما يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة قد اكتفى بالنص على أنه يعطى ما للنساء عادة مع اليمين ويعطى ما للرجال عادة إلى الرجل مع اليمين كلما وقع خلاف بين الزوجين حول ملكية ما يدخل ضمن متاع البيت وليس لأحدهما حجة لإثبات ما يدعيه في مواجهة الطرف الآخر.لكنه لم يبين الكيفية ولا الإجراءات الواجب إتباعها عند أداء اليمين ،وعليه نتيجة لهذا السكوت قد سلك القضاة طرق مختلفة واتجهوا اتجاهات متباينة، فنجد منهم من يصدر حكما قبل الفصل في الموضوع يوصف أحيانا بأنه حكم تمهيدي ويوصف أحيانا بأنه حكم تحضيري يقررون بموجبه إلزام الزوج أو الزوجة بحلف اليمين مساءا يوم الجمعة بعد صلاة العصر، ويحددون المسجد، وبحضور المحضر القضائي أو أمين ضبط المحكمة، وكثيرا ما يصدر مثل هذا الحكم من دون الإشارة إلى حضور الخصم الآخر،وخاليا من صيغة اليمين ،ومن دون حتى الإشارة إلى أداء اليمين بحضور نفس القاضي الذي قضى باليمين[2].

لكن ما يمكن قوله رغم هذا السكوت انه يتم اللجوء إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين 433 و434 من ق إ م إ وبالتالي يكون حلف اليمين من طرف الخصم في الجلسة، وبحضور الخصم الآخر بعد تبليغه بمكان وتاريخ الجلسة وان تصدر صيغة اليمين بعبارة "احلف بالله العظيم "وإذا خالف القاضي هذه النصوص يكون قد خرق إجراءات جوهرية وعرض حكمه للنقض والإلغاء.

---

[1] المجلة القضائية لسنة 1990 ،العدد 4،ص 64 .

[2] عبد العزيزسعد،قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد،ص 151 ،152 .

نصت الفقرة 3 من المادة 73 ق أ على أن المشتركات بين الزوج والزوجة يقتسمانه مع اليمين لان المتاع المشترك قد يصلح للرجل كما قد يصلح أيضا للمرأة[1]،وهو ما قضت به المحكمة العليا في ملف رقم 189245 قرار بتاريخ 1998/04/21 حيث جاء فيه "من المقرر قانونا أن المشتركات في الأمتعة يتقاسمانها مع اليمين ومتى في قضية الحال أن القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الأمتعة باستثناء جهاز التلفزة والمقياس الذهبي والراديو لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل رغم أنها تعتبر من الأمتعة المشتركة قد خالف المادة 73 فقرة 2 من ق أ [2].

وقد أكد ذلك قرار آخر رقم 277411 الصادر بتاريخ 13-03-2002 الذي جاء فيه " يتقاسم الزوجان في حالة النزاع، الأثاث المشتركة بينهما مع توجيه اليمين"[3]

الفرع الثالث: دور القاضي في النفقة كأثر للطلاق

يقع على عاتق الزوج نفقة الزوجة والأولاد أثناء قيام العلاقة الزوجية ،و كذا بعد إنهاء هذه العلاقة بالطلاق، بحيث نجد انه يقع على عاتقه أيضا دفع نفقة العدة لمطلقته ، وكذا نفقة الإهمال ،بالإضافة إلى نفقة الأولاد. حيث يخضع تقدير هذه النفقة لقاضي شؤون الأسرة.

أولا: نفقة العدة

تعتبر العدة من الآثار الناتجة عن حل عقد الزواج سواء بالوفاة أو بالطلاق،وهي واجبة على كل زوجة شرعا وقانونا،ودليلها قول الله سبحانه وتعالى :" **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۚ...**"[4]،**وقوله أيضا :" وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ ...**"[5].وهي بمثابة أجل الذي ضربه الشارع لانقضاء ما بقي من آثار الزواج أو شبهته، وقد تناول المشرع موضوع العدة في المواد من 58 إلى 61 من قانون الأسرة ،حيث نص المشرع في نص المادة 61 من ق ا بأنه: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق."

وعليه يتضح أن المشرع الجزائري أعطى الحق لكل مطلقة أو متوفى عنها زوجها في النفقة من

---

[1] باديس ديابي ،آثار فك الرابطة الزوجية،المرجع السابق ،ص107 .

[2] الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص ،2001 ،ص 242 .

[3] مجلة المحكمة العليا لسنة 2004، العدد 02،ص359.

[4] سورة البقرة الآية 228.

[5] سورة البقرة الآية 234 .

مال زوجها طيلة مدة عدتها، وذلك يعتبر من مبادئ العدل على أساس أن المعتدة في هذه المرحلة تكون محتبسة عن الزواج بأمر الشرع لمصلحة الرجل بغية التأكد من براءة رحمها لحماية الأنساب من الاختلاط،كما أنها تعتبر من النظام العام، ولذلك يستوجب على القاضي أن يحكم بها ويحددها ويشير إليها في حكمه الذي يقضي فيه بفك الرابطة الزوجية ،وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها رقم 390091 الصادر في 2007/04/11 والذي جاء فيه :"متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"[1]

كما يتضح أيضا أن المشرع الجزائري قد ربط حق المطلقة في نفقة العدة بمكوثها في بيت زوجها ، أي أن هذا الحق يسقط إذا تركت المطلقة مقر الزوجية ولم تقضي العدة فيه دون مبرر شرعي، وتعتبر وكأنها ناشز[2]، لكن من الناحية العملية نجد أن الزوجة تعتدٌ في بيت أهلها وبالرغم من ذلك يحكم لها القاضي بنفقة العدة على أساس ان العدة ونفقتها من النظام العام و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرار 358348 الصادر بتاريخ 2006/07/12 بقولها :"لا طلاق بدون عدة و بدون منح نفقة عنها ما دامت العدة من النظام العام"[3].

وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد أنه يتعين على القاضي أن يحكم بنفقة العدة سواء طلبتها الزوجة أو لم تطلبها وذلك لاعتبار أن النفقة هي حق ثابت شرعا من حقوق الزوجية ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعا ومثالها الفاحشة المبينة، وعلى القاضي كذلك أن يراعي حال الطرفين عند تحديده لمبلغ النفقة وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا من خلال فصلها في ملف رقم 75029 الصادر بتاريخ 1991/06/18 حيث جاء فيه "من المستقر عليه قضاءا أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة المتعة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها،ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل..." [4] .

وفي هذا الصدد يمكن أن يثور إشكال حول تقدير لنفقة العدة لأن هناك من النساء من يعتدن بالقروء وهناك من يعتدن عدة الحمل فهنا على القاضي أن يدرس كل حالة على حدى فإذا

---

[1] مجلة المحكمة العليا لسنة 2008 ،العدد 1 ،ص 245 .

[2] شامي أحمد ،أطروحة سابقة ،ص 325.

[3] المجلة القضائية لسنة 2006، ،العدد 2 ،ص 449 .

[4] المجلة القضائية لسنة 1994 ،العدد 2 ،ص 65 .

كانت الزوجة حامل من وقت الطلاق فيمكن للقاضي أن يعتمد على شهادة طبية لمعرفة المدة المتبقية لوضع الحمل وبالتالي يتسنى له معرفة القيمة المستحقة لها بالنفقة. [1]

ثانيا- نفقة الإهمال والأولاد:

نفقة الإهمال هي التي تكون في حالة ما إذا أهمل الزوج زوجته و تركها لمدة دون نفقة ،والتي يحكم بها القاضي إلى جانب نفقة العدة ،بحيث يجب عليه أن يراعي في ذلك حال الطرفين في تقديرها يسرا وعسرا، والمدة التي بقيت خلالها الزوجة دون إنفاق، بحيث تشمل النفقة الغذائية والكسوة وغيرها من مشتملات النفقة المنصوص عليها في المادة 78 من ق أ، وهو ما قضت به المحكمة العليا في ملف رقم 44630 بتاريخ 1987/02/29[2]، حيث يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة الإهمال والتي يبدأ سريانها من يوم رفع الدعوى إلى غاية الحكم بالطلاق، غير أن المشرع الجزائري قد أورد استثناء على هذه القاعدة وذلك من خلال نص المادة 80 ق أ،حيث أجاز للقاضي أن يحكم باستحقاق النفقة بناءا على بينة لمدة لا تتجاوز سنة من تاريخ رفع الدعوى، فمثال ذلك صدر حكم في ماي 2002، رفعت الدعوى في جانفي 2002 يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة الإهمال إذا تأكد من وجود بينة ابتداء من جانفي 2001.

هذا و تعتبر نفقة الأبناء واجبة على الأب سواء أثناء قيام العلاقة الزوجية أو أثناء انحلالها بالطلاق حيث تنص المادة 75 ق أ أنه تجب نفقة الولد على ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدمية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب ، وتعتبر نفقة المحضون من النفقة الواجبة على الزوج بعد الطلاق، والقاضي في هذه الحالة عند حكمه بنفقة الأولاد عليه أن يراعي في ذلك حال الطرفين في تقديرها يسرا وعسرا، وظروف المعاش، وكذلك أعراف المنطقة الموجود فيها النزاع[3].

أما ما إذا عجز الأب وكانت الأم ميسرة أي قادرة على الإنفاق فتجب نفقة الأبناء عليها طبقا لنص المادة 76 من ق أ، حيث تنتقل نفقة الأولاد إلى الأم بتوافر شرطين:

- عجز الأب عن النفقة فعلا وقدرة الأم على الإنفاق.

---

[1] شامي أحمد، أطروحة سابقة،ص326.

[2] المجلة القضائية لسنة 1990،العدد 2 ،ص 55 .

[3] باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية في الفقه والقضاء في الجزائر، المرجع السابق،ص 84.

– قيام الدليل أمام القاضي عن عجز الأب وقدرة الأم على الإنفاق كإحضار الأب لشهادة تثبت عجزه عن أداء عمل ما، وكل هذه الشروط تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

ثالثا: دور قاضي شؤون الأسرة في إجراءات الاستفادة من صندوق النفقة :

من خلال القانون 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة يمكن استخلاص أن صندوق النفقة هو صندوق احتياطي يتولى دفع مستحقات النفقة المحكوم بها لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين ممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة الجزائري، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة استنادا لنص المادة 02 من القانون 01/15 المتعلق بصندوق النفقة.

بعد تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للحكم القضائي الملزم بالنفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته"[1].وهو عبارة عن حساب تخصيص خاص قيده المشرع تحت رقم 302/142 يفتح لدى مصالح الأمين الرئيسي للخزينة يقوم بتسييره هذا الأخير و أمناء خزائن الولايات حسب المادتين 10 و 11 من القانون رقم 01/15 المتعلق بصندوق النفقة[2]، و يتمتع وزير التضامن الوطني بصفة الآمر بالصرف لهذا الحساب . و صندوق النفقة كيان قانوني لا يهدف إلى تحقيق الربح يؤدي دورا اجتماعيا [3]،وهو تقديم مساعدات مالية للأطفال المحضونين والزوجة المطلقة تعوض النفقة الواجبة على الزوج السابق.

1: شروط الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة

ويشترط للاستفادة من هذا الصندوق توفر الشروط التالية:

- صدور حكم قضائي يقضي بفك الرابطة الزوجية، و إسناد الحضانة والنفقة لان فك رابطة الزواج تستلزم من القاضي أن يتعرض حتما للحضانة و النفقة، فقد يكون الحاضن هو الأم أو غيرها حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من ق أ، فالحاضن هو من يمثل الأطفال،وبالتالي تمنح له الصفة ليطلب المستحقات المالية من الصندوق. وإذا كان طلب الاستفادة من الصندوق قد رفع قبل صدور حكم الطلاق بالنسبة لنفقة الأولاد فان هذا

---

[1] عبدالله نجار،عمر بودهوس،صندوق النفقة وفقا للقانون 01/15،مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية،جامعة الجيلالي بونعامة،خميس مليانة،الجزائر،2015 ،ص 05 .

[2] القانون رقم 01/15 المؤرخ في 4 جانفي 2015 ،(ج ر رقم01 بتاريخ 07 جانفي 2015) .المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

[3] مقدم عبد الرحيم:"**صندوق النفقة الجزائري الجديد تجربة دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات العربية**"،مجلة البحوث والدراسات الإنسانية ،العدد 12 ،الجزائر،2016 ،ص 49 .

يتطلب ضرورة استصدار أمر مؤقت بالنفقة من القاضي المعروضة عليه الدعوى الأصلية .

– تبليغ المدين بالنفقة، أي التبليغ الرسمي للحكم النهائي أو القرار المسند للنفقة والحضانة إلى المدين بالنفقة ،لأنه لا يمكن للدائن بالنفقة الاستفادة من الصندوق إلا إذا اثبت التبليغ الصحيح بموجب محضر يحرره المحضر القضائي ،ويمتنع هذا المدين عن التنفيذ سواء كليا أو جزئيا أو عدم معرفة محل إقامته [1]وهو ما نصت عليه المادة 3 من قانون 01/15.

2: دور القاضي في إجراءات الاستفادة من المستحقات المالية

نظرا لأهمية النفقة بالنسبة للدائن بها فقد خول المشرع الجزائري لرئيس قسم شؤون الأسرة سلطة في منح أو عدم منح الاستفادة من الصندوق ،وذلك عن طريق طلب يقدم له وفق لنص المادة 3 من القانون 01/15 ، ومرفق بالوثائق المنصوص عليها في المادة 02 من القرار الوزاري المشترك الذي يحدد الوثائق التي يتشكل منها ملف الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة،والتي تتمثل فيما يلي[2] :

- طلب الاستفادة .
- نسخة من الحكم القضائي بالطلاق ونسخة من الأمر أو الحكم الذي اسند الحضانة ومنح النفقة إذا لم يضمن حكم الطلاق ذلك.
- محضر إثبات تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته.
- صك بريدي أو بنكي للمستفيد مشطبا عليه إذا اختار المستفيد هذه الطريقة للدفع.

فبعد تقديم طلب الاستفادة من المستحقات المالية للصندوق ومستوفي للشروط والوثائق اللازمة يتوجب على رئيس قسم شؤون الأسرة في القيام بمايلي :

1– الفصل في طلب الاستفادة. بموجب أمر ولائي في أجل أقصاه خلال 5 أيام من تاريخ تلقي الطلب عملا بالمادة 05 من القانون 01/15 ، و يبلغ هذا الأمر عن طريق أمانة الضبط إلى المدين و الدائن والمدير الولائي للنشاط الاجتماعي في أجل أقصاه 48 ساعة من تاريخ صدوره

---

[1] مقدم عبد الرحيم، المرجع السابق،ص 59

[2] قرار وزاري مشترك مؤرخ في 18 جوان 2015 ، (ج ر،عدد 35 ، المنشور في 28 جوان 2015) ،الذي يحدد الوثائق التي يتشكل منها طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة.

2 – الفصل في إشكالات تنفيذ أمر الاستفادة من الصندوق فبعد إخطار القاضي بالإشكال الذي يعترض الاستفادة من مستحقات الصندوق يفصل فيه بموجب أمر في خلال الثلاثة أيام الموالية تطبيقا لنص المادة 05 فقرة 03 .

3 – تلقي الإخطارات المتعلقة بالتغيرات الاجتماعية والاقتصادية التي تطرأ على حالة المستفيد أو الدائن بالنفقة التي من شانها احتمال التأثير في استحقاق النفقة في اجل 10 أيام من تاريخ حدوثها ،والفصل فيها خلال 48 ساعة بموجب أمر ولائي يبلغ إلى الدائن و المدين بالنفقة و المدير الولائي للنشاط الاجتماعي في خلال 48 ساعة وهو ما نصت عليه المادة 07 من القانون 01/15 .

4 – الفصل في دعوى مراجعة النفقة ، وتبليغ المصالح المختصة بمضمون الحكم أو القرار القضائي عن طريق أمانة الضبط في اجل أقصاه 48 ساعة عملا بنص المادة 08 من القانون 01/15 .و الأمر بتنفيذ الحكم الصادر فيها [1].

تجدر الإشارة إلى انه يسقط الحق في الاستفادة من صندوق النفقة بسقوط الحق في الحضانة أو انقضاؤها طبقا لأحكام قانون الأسرة أو ثبوت دفع النفقة من قبل المدين بها وفق لما نصت عليه المادة 02 من القانون 01/15 .

المطلب الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في الحضانة

الحضانة باعتبارها أثرا من أثار الطلاق فهي أيضا مظهر من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفولة فهي حق للمحضون على الحاضنين، ومن جهة أخرى واجب على الحاضن.

تعرف الحضانة على أنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته،وحفظه صحة وخلقا،ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك.

قد نظم المشرع الجزائري مسألة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري وذلك من المواد 62 إلى المادة 72. فباستقراء هذه المواد نجد أن المشرع الجزائري فتح الباب واسعا للقضاة لإعمال سلطتهم التقديرية في مسألة الحضانة معتمدين في ذلك على معيار أساسي والمتمثل في مراعاة مصلحة المحضون، لذلك سنحاول إبراز دور القاضي وذلك في النقاط التالية:

– دور القاضي في إسناد الحضانة وتنظيم حق الزيارة.

– دور القاضي في تمديد الحضانة.

---

[1] مقدم عبد الرحيم،المرجع السابق،ص 63 ،64 .

– دور القاضي في إسقاط الحضانة.

الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في إسناد الحضانة وتنظيم حق الزيارة

سنتعرض في هذا الفرع إلى دور القاضي في إسناد الحضانة وذلك من خلال التطرق إلى من لهم الحق في الحضانة حسب ترتيبهم بشرط مراعاة مصلحة المحضون، وكذلك مجال تدخل القاضي في تنظيم حق الزيارة والتي تكون عند الحكم بإسناد الحضانة.

أولا: دور القاضي في إسناد الحضانة

نصت المادة 64 ق أ على أن" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الخالة،ثم العمة،ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك...".

فباستقراء نص المادة نجد أن المشرع الجزائري أبقى على أولوية الحضانة للأم ولكن قدم الأب على باقي النسوة من الجدة والخالة، ذلك أن الأب هو الذي يتحمل مسؤولية كبيرة خاصة ما تعلق منها بالنفقة ، فمن كان المنفق كان أولى منة غيره في استحقاق الحضانة[1]، وبعد الأبوين أسندت الحضانة للجدة وذلك أن الطفل عادة ما يتعلق بجداته من الجهتين، وعليه فالأولوية عند إسناد الحضانة تكون للأم ثم ترتيب بعد ذلك لمن هو أقدر وأهلا لذلك ، واستعداد الأب للنفقة وتبعاتها[2].

والسؤال الذي يمكن طرحه ماذا يقصد المشرع الجزائري بعبارة الأقربون درجة الواردة في نص المادة 62 ق أ؟

والإجابة على هذا السؤال ما على القاضي إلا الاحتكام إلى نص المادة 222 التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك لاستنباط مدلول الأقربون درجة ، حيث نجد من يسند الحضانة لذوي الأرحام ومن لا يسندها أصلا، ومنهم من يقدم الأشقاء ثم الذين لأب ثم لأب ومنهم من يقدم الذين من الأب على الإخوة لأم، ومنه ما على القاضي عندما يعرض عليه مثل هذه المسالة أن ينظر أولا وقبل كل شيء إلى مصلحة المحضون[3].

غير أن هذا الترتيب يجوز مخالفته وذلك بناءا على مصلحة المحضون، حيث أن ترتيب مستحقي الحضانة ليس وجوبيا للقاضي، ذلك أنه لا يشترط أن يتقيد به، حيث أنه إذا رأى أن

---

[1] شامي أحمد، أطروحة سابقة، ص446.

[2] بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق،ص256.

[3] محمد سمارة،المرجع السابق،ص389.

مصلحة المحضون تقتضي تقديم حاضن على آخر جاز له أن يقضي بذلك، وقد أكدت على ذلك المحكمة العليا في قرارها رقم 613469 الصادر بتاريخ 10-03-2011 والذي جاء فيه" تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 ق أ، ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[1].

وعليه على القاضي عند إسناده للحضانة يجب أن يراعي مصلحة المحضون وكذلك عليه أن يتأكد من هو أهلا بالقيام بحضانته وذلك استنادا إلى نص المادة 62 ق أ، فالقاضي هو الذي يحدد الشروط ومدى توافرها في الشخص الذي تسند له الحضانة، والمشرع الجزائري لم يحدد لنا هذه الشروط وبالتالي ما عليه إلا الاعتماد على نص المادة 222 ق أ، فبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجدها ذكرت شروط الحاضن والمتمثلة في:

1- العقل: على القاضي هنا التأكد من السلامة العقلية للحاضن حيث لا يجوز له حرمانه من ممارسة الحضانة إلا إذا ثبت بالدليل عدم سلامته العقلية حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا تحت رقم 265727 الصادر بتاريخ 13-02-2002 والذي جاء فيه" أن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني و يتوجب النقض"[2].

2- البلوغ: يشترط في الحاضن أن يكون بالغا أي بلوغ سن 19 سنة وذلك حسب نص المادة 40 قانون مدني جزائري فمن لا يستطيع تولي شؤون نفسه لا يستطيع تولي شؤون غيره.

3- القدرة: وتعني القدرة المالية والجسمانية التي تكفل للمحضون ضمان صيانته والاعتناء به من جميع الجوانب حسب ما جاء في نص المادة 64 ق أ. فلا يجوز للقاضي لأن يسند الحضانة لعاجزة لمرض أو شيخوخة فلا تكون بذلك أهلا للحضانة.

4- الأمانة والاستقامة: أي يجب أن يكون الحاضن أمينا في خلقه وسلوكه مع المحضون، الاهتمام به ورعاية مصالحه. فمثلا المرأة السيئة الأخلاق أو تتعاطى الفواحش في منزل المحضون أو تصحبه معها إلى مكان ممارسة الفجور لا تعتبر أمينة على المحضون حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا قرار رقم 171684 الصادر بتاريخ 30-09-1997 " من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون". وعليه فلا بد

---

[1] مجلة المحكمة العليا لسنة 2011، العدد 1،ص285.

[2] المجلة القضائية لسنة 2004،العدد 2،ص432.

على القاضي من أن يتأكد من استقامة الحاضن وحسن سلوكه وأخلاقه قبل إسناده الحضانة[1]، غير أنه يجوز للقاضي أن يقوم بإسناد الحضانة للأم المرتكبة لجريمة الزنا وهذا بالنظر إلى أن مصلحة المحضون تقتضي ذلك،حيث جاء في إحدى قرارا المحكمة العليا قرار رقم564787 الصادر بتاريخ 15-07-2010 " يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون"[2].

هذا ونشير أن القاضي عند إسناده لمن له الحق في الحضانة عليه وبدرجة أولى مراعاة مصلحة المحضون، وحتى يتمكن من تقدير هذه المصلحة نجد أن المشرع الجزائري قد وسع من دور قضاة شؤون الأسرة في الفصل في الدعاوى، حيث نجد أن القاضي عند فصله في الدعوى المتعلقة بالحضانة أن يقوم باتخاذ إجراءات يستطيع من خلالها تقدير مصلحة المحضون وإسناد الحضانة لمن هو أهلا لذلك وتتمثل هذه الإجراءات في:

1- إجراء التحقيق والمعاينة

للقاضي أن يقوم باستصدار أنر على عريضة وعلى وجه الاستعجال تلقائيا أو بناءا على أحد الخصوم بإجراء التحقيق الجائز قانونا وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى وحتى قبل مباشرتها وهذا حسب نص المادة 75و 76 ق إ م إ. أما بالنسبة للمعاينة فحسب نص المادة 146 ق إ م إ فإنه يجوز للقاضي إجراء المعاينة والانتقال إلى مكان ممارسة الحضانة لمعرفة ظروف معيشة المحضون من ظروف اقتصادية واجتماعية وظرف السكن، فكل ذلك يدخل ضمن تقدير القاضي في إسناد الحضانة لمستحقيها وذلك فيما يراه أصلح للمحضون.

2- الاستماع للشهود

يجوز للقاضي أن يأمر بالاستماع للشهود إذا كان ذلك مفيدا للقضية وذلك حسب نص المادة 150 ق ق إ م إ، حيث قد يلجأ القاضي إلى سماع الشهود وله أن يأخذ بها أو يرفضها خاصة ما تعلق بمسكن المحضون حيث يمكن للحاضن أن يسيء استغلاله أو انه يسيء معاملة المحضون.

3- الاستعانة بالخبراء

حيث يجوز للقاضي إجراء الخبرة وذلك بالاستعانة بأشخاص ذو كفاءة علمية واجتماعية حسب المجالات التي تتوافر عند القضاة،حيث يقوم القاضي بتعيين خبير من تلقاء نفسه أو بناء

---

[1] المجلة القضائية لسنة 2001عدد خاص،ص169.

[2] مجلة المحكمة العليا لسنة 2010،العدد 2،ص262.

على طلب أحد الخصوم إذا استدعى الأمر دراسة حالة المحضون ومصلحته وذلك استنادا إلى نص المادة 126 ق إ م إ. فيدرس فكر المحضون و التعرف على ما يفضله من المحضونين، والقاضي هنا اما أن يأخذ بتصريحات المحضون حول مدى قبوله للمحضون، أو أنه يبعد هذه التصريحات، مراعيا في ذلك مصلحة المحضون، فالقاضي غير مقيد بادعاءات المحضون إطلاقا[1].

هذا و نشير أيضا إلى أن قانون الأسرة الجزائري أجاز للقاضي أن يصدر أمرا إستعجاليا مؤقتا بإسناد الحضانة وبصفة مؤقتة في الفترة ما بين إقامة دعوى الطلاق وما بين إصدار الحكم بالطلاق فصلا في الطلب المقدم من أحد مستحقيها وذلك طبقا لنص المادة 57 مكرر قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: دور القاضي في تنظيم حق الزيارة

إن إسناد الحضانة إلى مُستحقِّيها، و الذي يكون في الغالبّ الأم، باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون ، ممّا يؤدي به حتما إلى الابتعاد عن والده ، ممّا يستدعي معه إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة ، و عدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى، بتمكينه من زيارة و رؤية ابنه المحضون.

وعليه تنص المادة 64 ق أ" وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ". وهذا يعني أن على القاضي في حالة النزاع بين الزوجين وفشله في محاولات الصلح التي يجريها وفقا لنص المادة 49 ق أثم حكمه بالطلاق بين الزوجين أن يضمن حكمه المتعلق بإسناد الحضانة لمستحقيها عليه أن يحكم تلقائيا بحق زيارة المحضون، فإذا حكم بإسناد الحضانة للأم عليه أن يحكم بحق الزيارة للأب لمرات عديدة وفي أوقات وأماكن محددة (مرة كل أسبوع، في أيام العطل،المناسبات الدينية والوطنية)، وتخضع مدة الزيارة ومكان ممارستها للسلطة التقديرية للقاضي بما أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة عليها، حيث على القاضي أن يحدد الزمان والمكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره وهو ما أكدته المحكمة العليا ،حيث جاء في إحدى قرار للمحكمة العليا تحت رقم 59784 الصادر بتاريخ 16-04-1990 " متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أنّ القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزّيارة ، فإنّه من

[1] C.F.J Bounnard , La garde du mineur et son sentiment personnel. R T D Civ , dalloz,paris 1991,pp 60-61.

الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرّة في الأسبوع لتعهّدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم"[1].

هذا وتجدر الإشارة إلى أن القانون في هذه المسألة أوجب على القاضي عندما يقضي بالطلاق وإسناد الحضانة أن يقضي حتما بحق الزيارة من تلقاء نفسه حتى ولم يطلبها الخصوم ،وهذا معناه أن القانون قد أخرج القاضي عن القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم، هذا ما يؤكد ويرجح مصلحة المحضون وحقه في زيارة أهله، غير أنه كان على القانون عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدد معنى الزيارة ومدتها ومكان ممارستها[2].

نشير أيضا إلى أنه إذا حكم القاضي بحق الزيارة وامتنع لمن اسند له الحضانة من تمكين الطرف الآخر من زيارته تعرض إلى متابعة جزائية، باعتبار أن هذا الحق ونظرا لأهميته البالغة تجاه المحضون من الحقوق التي يحميها قانون العقوبات إذ جاء في نص المادة 328 ق ع " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة ، و بغرامة من 500 دج إلى 5000 دج الأب أو الأم أو أيّ شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قُضِي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل ، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة ، و كذلك كل من خطفه ممّن وُكِّلت إليه 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 إلى 3 سنوات إذا كانت قد أُسقِطت السلطة الأبوية عن الجاني".

الفرع الثاني: دور القاضي في دعوى تمديد الحضانة

تبدأ مدة الحضانة من وقت ولادة الطفل، غير أن انتهاؤها تختلف باختلاف جنسه، فالأصل تنتهي مدة الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغ سن 10 سنوات، وبلوغ الأنثى سن الزواج أي 19 سنة كاملة، ولا يكون انتهاء مدة الحضانة إلا بموجب حكم قضائي، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا تحت رقم 599850 الصادر بتاريخ 10-02-2011 "لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي، والحاضنة غير ملزمة بتمديد الحضانة في حالة تجاوز المحضون سن 10 سنوات، وتبقى الحاضنة متوفرة على صفة التقاضي للمطالبة بالحقوق المقررة للمحضون".[3]غير أنه

---

[1] المجلة القضائية لسنة 1991،العدد 04،ص 126.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص 392.

[3] مجلة المحكمة العليا لسنة 2012،العدد 1،ص281.

يجوز للقاضي أن يقوم بتمديد مدة الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا رأى في ذلك مصلحة للمحضون، ويكون التمديد هنا بطلب من الحاضنة بشرط أن تكون هذه الأخيرة أما لم تتزوج ثانية وهذا استنادا إلى نص المادة 65 قانون أسرة جزائري، حيث يجوز لها التقدم إلى المحكمة الواقعة في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة المادة 426 ق إ م إ بدعوى تمديد الحضانة مستوفية لجميع الشروط القانونية المنصوص عليها في المواد 13،14،15،16،17 ق إ م إ.

وعلى القاضي الذي يرفع له طلب تمديد الحضانة له السلطة التقديرية في ذلك باعتبار أن المشرع الجزائري قد أورد الحد الأقصى لتمديد حضانة الذكر وترك المجال واسعا لإعمال القاضي سلطته التقديرية في تقدير المدة الضرورية المستحقة للتمديد مراعاة لمصلحة المحضون ولكن هذه السلطة مقيدة بشروط يجب على القاضي التقيد بها[1]:

– أن يكون التمديد مقتصر على الذكور دون الإناث، فلا يجوز تمديد حضانة الأنثى في حالة انتهاءها ببلوغ سن الزواج.

– أن يقيد القاضي بالحد الأقصى لتمديد الحضانة والمقدر ب 16 سنة غير أنه لا مانع أن يمدد لمدة مغايرة لذلك وذلك استنادا لما تتطلبه مصلحة المحضون.

– أن تكون طالبة تمديد الحضانة أما لم تتزوج ثانية، حيث لا يجوز لأي حاضن آخر تقديم طلب لتمديد الحضانة مهما كان السبب المستند إليه. حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا قرار رقم 123889 الصادر بتاريخ 24-10-1995 " أنه يجوز تمديد الحضانة للذكر في حالة كون الحاضنة أما لم تتزوج ثانية"[2]، ويكون طلب التمديد خلال السنة من بلوغ المحضون سن 10 سنوات، فان فاتت المدة دون أن يكون للأم عذر سقط حقها في المطالبة بالتمديد.[3]

وعليه إذا تحققت للقاضي هذه الشروط السالفة الذكر قضي لطالب التمديد بتمديد مدة الحضانة آخذا بعين الاعتبار مصلحة المحضون، حيث تكون الأم طالبة التمديد حاضنة وولية في نفس الوقت، لأنه بالرجوع إلى نص المادة 87 ق أعلى أنه في حالة الغياب أو الوفاة أو الطلاق تسند الولاية لمن أسندت له الحضانة، وعليه إذا قام القاضي بإسناد الحضانة للأم فإنها بذلك تصبح حاضنة وولية في نفس الوقت سواء قبل سن العاشرة أو بعده[4].

---

[1] فضيل سعد، المرجع السابق،ص 377،379.

[2] نشرة القضاة لسنة 1998،العدد53،ص111.

[3] فضيل سعد، المرجع السابق ،ص379

[4] نسرين شريفي وكمال بوفرورة،المرجع السابق،ص108.

ومـا يلاحـظ علـى المشـرع الجزائـري أنـه اقتصـر تمديـد فتـرة الحضـانة للـذكور دون الإنـاث باعتبـار أن انتهـاء مـدة حضـانة الأنثـى تكـون بقـوة القـانون اسـتنادا إلـى نـص المـادة 65 ق أ، وبالتـالي يكـون القاضـي بعيـدا عـن رؤيـة مـدى التحقـق مـن مصـلحة المحضـون إذا كانـت أنثـى، ولعـل ذلـك راجـع أن مـدة حضـانة الأنثـى طويلـة مقارنـة بمـدة حضـانة الـذكر وهـو مـا أكـده قـرار للمحكمـة العليـا تحـت رقـم 347914 الصادر بتاريخ 04-01-2006.[1]

الفرع الثالث: دور القاضي في دعوى إسقاط الحضانة

إذا تمت التفرقة بين الزوجين تسند الحضانة إلى مستحقها إذا توفرت فيه كل الشروط، لكن بعد الحصول عليها قد تتغير ظروف الحاضن مما يمنعه من مواصلة ممارستها فتسقط عنه، فيمكن أن يلجأ المعني صاحب الصفة إلى دعوى لإسقاط الحضانة، لأن سقوط الحضانة لن يكون أمرا تلقائيا بل لا بد فيه من حكم قضائي ، وتكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى طلاق. حيث ترفع الدعوى في المحكمة التي توجد في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة وذلك وفقا لنص المادة 426 ق إ م إ.

وقد تطرق المشرع الجزائري إلى الحالات والأسباب التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه، وجعل دور القاضي فيها ايجابيا باعتباره يراعي في ذلك تقدير مصلحة المحضون. وبالتالي سنحاول التطرق إلى هذه الحالات مبرزين الدور الهام الذي يلعبه القاضي في ذلك.

أولا: الزواج بغير قريب محرم

نصت المادة 66 من ق أ على أنه: "تسقط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم..."، وعليه فإذا صدر حكم بالطلاق واسند حق الحضانة للأم فان هذا الحق سيسقط إذا تزوجت أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس من أقرباء المحضون الذين يحرم عليهم كل علاقة زوجية معه، وفي هذه الحالة يتم منح المحضون إلى غيرها من مستحقي الحضانة حسب نص المادة 64 ق أ بناءا على دعوى قضائية، حيث يصدر القاضي حكمه بإسقاط الحضانة عن الأم وإسنادها لطالبها على أن يراعي في ذلك مصلحة المحضون.

ثانيا: التنازل عن الحق في الحضانة.

جاء في المادة 66 من ق أ بأن التنازل عن الحضانة يعد سببا من أسباب السقوط وهو ما يعني أنه إذا سبق للمحكمة أن قضت بإسناد حق الحضانة إلى أحد مستحقيها وأثناء فترة قيام الحضانة جاء هذا الأخير إلى القاضي وأعلن تنازله عن حقه في حضانة المحضون فان حقه هذا

---

[1] مجلة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد1،2006،ص449.

يسقط حتما بقوة القانون، وأن الحكم القاضي بإسقاط الحضانة هنا هو حكم مقرر للسقوط وليس منشئا له.

وإذا كان حق التنازل مقرر قانونا فانه مشروط بعدم الإضرار بمصلحة المحضون وهو ما يجب على القاضي مراعاته، فتنازل الأم عن طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لا يمكن للقاضي الاستجابة لها، لأن مصلحة المحضون تقتضي إسناد الحضانة لأمه بالرغم من تنازلها عنها وهو ماجاء في إحدى قرارات المحكمة العليا تحت رقم 581222 الصادر بتاريخ 14-10-2010.[1]

وما تجدر الإشارة إليه أنه بالرغم من كون الحضانة حق من الحقوق التي يجوز التنازل عنها من صاحب الحق فيها باختياره إلا أنه يمكن للقاضي إجباره وذلك مراعاة لمصلحة المحضون وتركه بدون حاضن حتى لو كانت تنقصه بعض الشروط شريطة ألا تمس بمصلحة المحضون.[2]

ثالثا: اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 ق أ

طبقا للمادة 67 ق أ تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المذكورة في المادة 62 من نفس القانون.

فبالرجوع إلى المادة 62 ق أ نجدها قد نصت على واجبات الحاضن تجاه المحضون وهي رعايته وتعليمه والقيام بتربيته والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، فإذا ثبت عجز الحاضن عن القيام بواجباته جاز للقاضي أن يحكم بسقوط الحضانة إذا طلبها أحد مستحقيها،غير أنه عليه يراعي مصلحة المحضون والفوائد التي ستعود عليه سواء في حالة بقاءه مع حاضنه الأول أو إسقاطها عنه وإسنادها إلى غيره، وإذا كانت المادة 67 ق أفي فقرتها الثانية قد ذكرت أن عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب سقوطها لكنها، ربطت هذا الجواز بمصلحة المحضون وهذا يعني أنه: كمبدأ عام أن عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب سقوط ممارسة الحضانة، وكاستثناء يمكن أن يتسبب في إسقاطها إذا كان سببا في حرمان المحضون من الرعاية والعناية وغيرها من الالتزامات مما يخل بمصلحة المحضون، لكن قد يصعب على القاضي تقدير هذه المصلحة كونها شيئا معنويا لا يمكن إثباتها بسهولة مما قد يوقع القاضي في التناسب عند تقديرها، وعليه على القاضي اللجوء إلى الخبرة، فإذا تبين له بعد خبرة اجتماعية أن مصلحة المحضون في خطر مادي أو معنوي أو أنه مهمل جاز للقاضي أن يسقط الحضانة على الحاضن ويعين من يليه مع مراعاة مصلحة المحضون دائما، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 245156

---

[1] مجلة المحكمة العليا لسنة 2011، العدد01،ص248.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص294.295.

الصادر بتاريخ 18-07-2000 "من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه[1]".

رابعا: سقوط الحضانة لمدة تزيد عن سنة دون المطالبة بها

وهذا ما أشارت إليه المادة 68 من ق أالتي تنص" إذا لم يطلب الحضانة من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"، لذلك فان دعوى سقوط الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، فإذا صدر حكم بالطلاق وبقي الأولاد عند أبيهم دون أن تطلب الأم حضانتهم لمدة تزيد عن سنة دون عذر شرعي فانه لم يعد من حقها أن تتطالب أمام المحكمة بحقها في الحضانة، ويبقى الأب هو الحاضن الفعلي والقانوني، فقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا قرار رقم 58220 الصادر بتاريخ 05-02-1990 " من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون"[2].

خامسا: الاستيطان في بلد أجنبي

تنص المادة 69 ق أ" 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."، وهذا يعني أنه إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة تغيير مكان إقامته والاستيطان في بلد أجنبي فان الأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها بناءا على قناعته، وبالنظر لمصلحة المحضون والظروف المتعلقة المحيطة بالقضية، وهو ما سار عليه القضاء الجزائري في العديد من قراراته حيث جاء في قرار للمحكمة العليا قرار رقم 334543 الصادر بتاريخ 12-10-2005 "من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تسند على

---

[1] مجلة الاجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص،2001،ص188.

[2] المجلة القضائية لسنة 1993،العدد03،ص53.

أساس مصلحة المحضون، وأن إسنادها للأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي[1]."

غير أنه ما تجدر الإشارة إليه إلى أن استيطان الحاضن في بلد أجنبي لا يسقط الحضانة مطلقا بل بقيود، لأنه يمكن إسناد حضانة الأبناء لأمه المقيمة خارج إقليم الجمهورية مراعاة بمصلحتهم وهو ما يجب على القاضي مراعاته وهو ما جاء في قرار رقم 426431 الصادر بتاريخ 12-03-2008.[2]

سادسا: سكن الجدة أو الخالة بمحضونها مع أمه المتزوجة بغير قريب محرم بالنسبة الى المحضون

من خلال نص المادة 70 ق أ نجد بأنه حتى يحكم القاضي بسقوط حق الحضانة استنادا لهذه المادة لا بد أن يتأكد من توافر شروط:

1- أن تكون الحاضنة قانونا هي خالته أو جدته لأمه
2- إقامة الخالة أو الجدة مع المحضون في منزل الأم بصفة مستمرة
3- أن تكون الأم متزوجة مع زوج لا تربطه بالمحضون أية قرابة من القرابة المحرمية.

فإذا ما توافرت هذه الشروط يجوز لمن ينتقل له الحق في الحضانة أن يطلب من القاضي الذي يوجد في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة حسب نص المادة 426 ق إ م إ الحكم بسقوط الحضانة على أية واحدة منهما وإسنادها إليه إذا كانت تتوفر فيه الشروط القانونية وضمان مصلحة المحضون.

على كل حال فانه متى سقط حق الحضانة لأحد الأسباب القانونية المذكورة سابقا فان هذا الحق سيعود اذا زال سبب السقوط غير الاختياري طبقا لنص المادة 71 ق أ، فيصبح من حق الحاضن حكم سقوط حقه في الحضانة أن يقدم عريضة مستوفية للشروط الشكلية المنصوص عليها في المواد 13،14،15،16،17 من ق إ م إ إلى المحكمة التي توجد في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة طبقا لنص المادة 426 ق إ م إ يطلب فيها الحكم له بعودة الحضانة إليه، وعليه أن يذكر مكانته من الطفل موضوع الحضانة وأسباب سقوطها، مع تبيان واضح وصريح بإثبات زوال السبب غير الاختياري الذي كان أساسا لسقوط حقه في الحضانة[3].

---

[1] نشرة القضاة لسنة 2008، العدد62 ،ص 381.

[2] مجلة المحكمة العليا لسنة 2008، العدد01،ص271.

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد،المرجع السابق،ص143.

خلاصة الفصل الثاني

لقد تناولنا في هذا الفصل دور قاضي شؤون الأسرة في فك الرابطة الزوجية و الآثار المترتبة عنه حيث تطرقنا أولا إلى سلطات القاضي في الطلاق بجميع صوره، و لاحظنا أن المشرع الجزائري أخضعه لرقابة القاضي و خوله صلاحية إجراء عدة محاولات صلح، و التي تكون وجوبيه في جميع أنواع الطلاق، على أن تكون في جلسة سرية يستمع فيها القاضي إلى الزوجين على إنفراد ثم معا و يحاول الإصلاح بينهما،و هذا تحت طائلة تعريض حكمه للطعن بالنقض،كما يمكن للقاضي الاستعانة بالحكمين لمحاولة إصلاح ذات البين، و إعداد تقرير بما تم التوصل إليه و يقدمانه للقاضي.

بالإضافة إلى ذلك يتجلى دور قاضي شؤون الأسرة في تعديل اتفاق الطرفين في الطلاق بالتراضي متى كان مخالفا للنظام العام أو يمس بمصلحة الأولاد، كما يظهر دوره أيضا في تقدير بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الزوجين عليه، حيث يحكم القاضي هنا بما لا يجاوز مهر المثل وقت رفع الدعوى.

هذا فيما يتعلق بدور قاضي شؤون الأسرة في فك الرابطة الزوجية،أما عن دوره في الآثار المترتبة عنه فقد خوله القانون سلطة الحكم بالتعويض للطرف المتضرر في الطلاق التعسفي الذي يكون بطلب من الزوج، والتطليق الذي يتم بطلب الزوجة، والطلاق لنشوز أحدهما، فضلا عن دوره في تحديد نفقة العدة ونفقة الإهمال و كذا نفقة الأولاد.

هذا ونشير إلى دور قاضي شؤون الأسرة في مجال الحضانة، حيث وسع المشرع في مجال سلطته التقديرية سواء من حيث إسنادها أو الحكم بإسقاطها مع مراعاته مبدأ أساسي في الحضانة وهو مصلحة المحضون.

كما منح المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة إمكانية اتخاذ جميع الإجراءات التحفظية في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، حماية للزوجين والأولاد ،حيث يجوز له الفصل على وجه الاستعجال في التدابير المؤقتة لاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة وحق الزيارة بموجب أمر على عريضة .

من خلال ما سبق يمكن القول أيضا أن لقاضي شئون الأسرة سلطات واسعة في فك الرابطة الزوجية سواء في الطلاق بالتراضي أو بالإرادة المنفرد للزوج أو التطليق وكذا الخلع، فنجد دوره يبدأ من محاولات الصلح التي يكون ملزم بإجرائها قبل الفصل في موضوع النزاع تحت

طائلة تعريض حكمه للنقض، كما يجوز له تعيين حكمين بغرض محاولتهما الصلح بين الزوجين ،ثم يقدمان ما توصلا إليه إلى القاضي، و يتجلى دور القاضي في الطلاق الذي يكون بإرادة الزوجين في إجراء جلسة صلح يسمع فيها الزوجين على انفراد ثم مجتمعين وإذا أصر الزوجين على الطلاق فله أن يثبت إرادتهما والمصادقة عليها بموجب حكم يصرح فيه بالطلاق ،وله أن يحكم بما اتفق عليه الزوجان مسبقا أو يعدل فيها إذا كان مبالغ فيها أو مخالفة للنظام العام .

ويتجلى أيضا دوره في الطلاق بإرادة الزوج، في الكشف عن إرادة الزوج والحكم له بالطلاق بغض النظر عن الأسباب الحقيقية لطلبه،لأنه إذا كان طلبه غير مسبب فللقاضي أن يحكم للمطلقة بتعويض عن ما لحقها من ضرر. كما يقتصر دوره في التطليق من خلال البحث عن جدية أسباب طلبه ومدى مطابقتها مع الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 ق أ.

هذا ويظهر دور القاضي في الخلع من خلال تحديد بدله في حالة عدم اتفاق الزوجين عليه أو إذا كان مبالغا فيه على أن لا يتجاوز صداق المثل، ويصدر حكمه بناءا على طلب الزوجة ولا يشترط موافقة الزوج على فك الرابطة الزوجية.

كما نجد له أيضا في آثار الطلاق من خلال تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي نتيجة للضرر الذي لحق المطلقة، وكذا في تحديد نفقة العدة ونفقة الإهمال ونفقة الأولاد، وله دور كبيرا في الحضانة من خلال إسنادها أو إسقاطها، وذلك اعتمادا على معيار أساسي يجب الاعتماد عليه وهو مصلحة المحضون.

كما قد سمح المشرع الجزائري فلقاضي شؤون الأسرة باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية والوقائية في أي مرحلة كانت عليها الدعوى،هذا حماية للزوجين والأولاد ،حيث يجوز له الفصل على وجه الاستعجال في التدابير المؤقتة لاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة وحق الزيارة.بموجب أمر على عريضة .

الخاتمة.

من خلال دراستنا لدور قاضي شؤون الأسرة في المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق و الآثار المترتبة عنها، والذي كان الهدف الأساسي من خلالها هو معرفة حدود المجال الذي يمارس فيه قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية في هذه المسائل، خاصة بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الذي أعطى للقاضي دور ايجابي في مسائل الزواج والطلاق على حد سواء والآثار المترتبة عنهما.

حيث يمكننا القول بأن صدور هذا القانون دليل على وعي المشرع الجزائري بأهمية قاضي شؤون الأسرة في هذه المسائل التي تتصل اتصالا وثيقا بالمجتمع، وبمدى ضرورة توفير مجال للقاضي لإعمال سلطته في المسائل التي يكون فيها النص غامضا، إضافة إلى مرونة معظم نصوص قانون الأسرة الجزائري ، مما يتيح له ممارسة دوره الايجابي في النزاعات المطروحة أمامه، كذلك منح للقاضي إمكانية الرجوع إلى الشريعة الإسلامية في حالة انعدام النص القانوني إعمالا لنص المادة 222 منه، ويمكننا القول أيضا أن الدور الممنوح لقاضي شؤون الأسرة وان كان في ظاهره يتسم بالسعة إلا أنه من الناحية العملية فهو مقيد ومحدود بالنص القانوني و بأن لا يخالف النظام العام.

وعلى ضوء ما تم التطرق إليه يمكننا إبداء أهم النتائج المتوصل إليها، وبعض الاقتراحات.

- النتائج:

وسع المشرع الجزائري من صلاحيات قاضي شؤون الأسرة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، فبالإضافة إلى عمله القضائي في حسم النزاعات أصبح يتمتع بعمل ولائي وهو إصدار الأوامر سواء تعلق الأمر في مسائل الزواج أو الطلاق والآثار المترتبة عنهما.

أولا: بالنسبة لدور قاضي شؤون الأسرة عند نشوء الرابطة الزوجية

- إن اقتناع القاضي من وجود ضرر جراء العدول عن الخطبة يوجب عليه جبره، وذلك من خلال تقدير التعويض المادي أو المعنوي. و الذي جعله القانون خاضعا لسلطة القاضي.

- فتح المشرع الجزائري المجال لقاضي شؤون الأسرة لإعمال سلطته التقديرية في المسائل المتعلقة بالزواج، حيث أعطى له سلطة الترخيص بالزواج للقاصر في حالة تحققه من وجود مصلحة أو ضرورة وذلك بموجب أمر على عريضة، وكذلك أعطى للقاضي دورا هاما في حالة تعدد الزوجات، حيث قيده بترخيص من القاضي متى توفرت الشروط المذكورة في المادة 08 من ق.أ.

– منح المشرع الجزائري للقاضي صفة الولي، فهو ولي من لا ولي له بالنسبة للقاصر، و يتولى تعيين الولي الذي تختاره المرأة الراشدة.

– أما فيما يخص الزواج العرفي فلقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة تتجلى من خلال التأكد من توافر ركنه و شروطه المنصوص عليها في قانون الأسرة، و في تقدير الأدلة المعتمد عليها في ذلك، من شهادة الشهود و الإقرار و اليمين.

يختلف دور قاضي شؤون الأسرة في فض النزاع حول الصداق، بحسب طبيعة المنازعة التي تثور بشأنه ولقد قسمها المشرع الجزائري إلى نزاعات قبل الدخول وأخرى بعده دون أن يقوم بتحديد طبيعتها، فقد يكون النزاع :

–حول التسمية: فهنا مع القاضي إلا أن يفرق ما إذا كان النزاع قائم بين الزوجين ففي هذه الحالة يتأكد من وجود علاقة زوجية، أو أن النزاع بين أحد الزوجين وورثة الآخر فهنا يحكم القاضي بصداق مثل.

– حول القبض: فهنا مع القاضي تطبيق نص المادة 17 قانون أسرة جزائري.

– حول صداق السر و العلن: فالعبرة هنا بماهو مكتوب في وثيقة الزواج الرسمي.

– حول وصف المقبوض: ففي هذه الحالة يطبق القاضي قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، وفي حالة عدم إثبات أحد الزوجين ذلك يجوز للقاضي الاستناد أعراف المنطقة المتواجد فيها النزاع، أما في حالة وفاة أحد المدعين فما على القاضي قبل فصله في النزاع التأكد من أن المدعى وارث حقيقة أم لا.

ثانيا:دور القاضي في الآثار المترتبة عن نشوء الرابطة الزوجية.

– يكون تقدير القاضي للنفقة الزوجية كأثر للزواج بحسب اجتهاده، مراعيا في ذلك ظروف الزوجين وعادات و أعراف كل منطقة. كما منح له ق.إ.م.إ صفة قاضي الاستعجال حيث خوله سلطة الحكم بنفقة مؤقتة بموجب أمر استعجالي.

– لقاضي شؤون الأسرة دور كبير في إثبات النسب بالطرق الشرعية من خلال البحث في مدى شرعية وقانونية عقد الزواج، و التأكد من شروط الإقرار و تقدير شهادة الشهود، كما أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة واسعة في الأخذ بالطرق العلمية مستعينا في ذلك بالخبراء الطبيين، باعتبارها طريق من طرق إثبات النسب فقط ، دون نفيه ، حيث لا يمكن اللجوء إليها لنفي النسب.

ثالثا: دور القاضي في انحلال الرابطة الزوجية

– خص المشرع الجزائري الطلاق بإجراء جوهري وجوبي يتمثل في إجراء عدة محاولات صلح يجريه القاضي مباشرة أو عن طريق الحكمين بإشرافه في حالة عدم ثبوت الضرر.

– لم يحدد المشرع الجزائري الحد الأقصى للجلسات، وإنما اكتفى بتقييدها بثلاثة أشهر، وأخضع تحديدها إلا السلطة التقديرية للقاضي، التي يستشفها من خلال مناقشته مع الطرفين ومدى إرادتهما ورغبتهما في فك الرابطة الزوجية من عدمها.

– يقتصر دور القاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة في التأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق حيث يعتبر حكمه كاشف لإرادة الزوج.

– يقوم القاضي في الطلاق بالتراضي بالفصل وفقا ما اتفق عليه الطرفان ، ويتمثل دوره في تعديل هذا الأخير إذا تعارض مع النظام العام أو مصلحة الأولاد.

– يتمثل دور القاضي في التطليق في معاينة الوقائع حسب نص المادة 451 ق إ م إويتأكد هل هي مؤسسة وفقا أحد فقرات المادة 53 ق أ ويفصل في مدى التأسيس حسب الظروف المقدم فيها الطلب.

– لا يتدخل القاضي في مسألة الخلع إلا في حالة عدم اتفاق الطرفين على بدل الخلع فيحكم بما لا يتجاوز صداق مثل وقت صدور الحكم.

رابعا: دور القاضي في الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية

– خول القانون لقاضي شؤون الأسرة في منح و تقدير التعويض للطرف المتضرر في الطلاق التعسفي الذي يكون من الزوج والتطليق الذي يكون بطلب من الزوجة والطلاق في حالة نشوز أحدهما، وللقاضي في ذلك السلطة التقديرية من حيث تقدير الضرر وجسامته ومدى كونه موجبا للتعويض.

– خول المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بتقدير النفقة كأثر للطلاق مع مراعاة حال الطرف يسرا وعسرا وظروف المعيشة زمانا ومكانا.

– على القاضي عند فض النزاع حول متاع البيت أن يراعي ظروف وملابسات كل قضية، ويكون القاضي في هذه الحالة أمام أمرين:

– إذا تعلق النزاع حول ملكية المتاع ، ففي هذه الحالة يطبق القاضي المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري.

– أما إذا تعلق النزاع حول وجود المتاع من عدمه، فهنا مع على القاضي تطبيق قاعدة " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".

– يعود للقاضي السلطة التقديرية في منح الحضانة أو إسقاطها وفي كل الأحوال يجب مراعاة مصلحة المحضون إذ للقاضي سلطة المفاضلة بين الحاضنين إعمالا لهذا المبدأ، كما أنه في حالة الاستيطان في بلد أجنبي يعود للقاضي سلطة إسناد الحضانة من عدمه وكذلك في حالة عمل المرأة الذي اعتبره المشرع كأصل ليس سببا لسقوط الحضانة إلا أنه يمكن للقاضي إسقاط الحضانة في هذه الحالة استنادا لمصلحة المحضون.

الاقتراحات

أولا: بالنسبة لدور قاضي شؤون الأسرة في الزواج وآثاره

- كان يفترض على المشرع الجزائري أن يضع بين يدي القاضي المعايير والأسس في تقدير التعويض في حالة العدول عن الخطبة.

- نقترح على المشرع الجزائري أن يلغي الترخيص القضائي بالزواج في حالة التعدد والاكتفاء بالشروط التي جاءت بها أحكام الشريعة الإسلامية للحد من اللجوء إلى الزواج العرفي وتثبيته لاحقا، فمن خلال هذه الخطوة فيها مصلحة للأسرة، ومن جهة أخرى فيه إهدار للفائدة العملية للترخيص القضائي.

- بالرغم من تنظيم قانون الإجراءات المدنية والإدارية لإجراءات التقاضي في قضايا شؤون الأسرة كان لا بد من وضع قانون إجراءات تقاضي خاص بشؤون الأسرة.

- نقترح التفصيل في نص المادة 37 من ق.أ المتعلقة بالذمة المالية للزوجين، و كيفية تطبيقها، حتى يتمكن القضاة من حل النزاعات التي قد تثار بشأنها.

– كان على المشرع تقنين المسألة المتعلقة، بالمدة اللازمة لرفع دعوى اللعان و تكريس الاجتهاد القضائي الذي جعل هذه المدة هي 08 أيام من يوم العلم بالولادة، نظرا لحساسية و دقة هذه الدعوى و ما ترتبه من آثار على الزوجين و نسب الأولاد.

ثانيا: بالنسبة لدور القاضي في الطلاق وآثاره

– كان من المفترض على المشرع الجزائري أن يحدد أو أن يضع المعايير أو الأسس التي يستند إليها القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق سواء كان من الزوج أو بطلب من الزوجة وهذا لضمان حقوق المتخاصمين.

- كان على المشرع الجزائري توضيح معيار مصلحة المحضون بدقة، ووضع أسس ومعايير يعتمد عليها قاضي شؤون الأسرة في مسائل الحضانة، باعتباره جاء عاما و واسعا مما يصعب مهمة القاضي، كما يجب عليه أيضا توضيح المقصود بالأقربين درجة ، المذكورين في المادة 64 من ق أ. حتى يتسنى للقضاة إسناد الحضانة بسهولة خاصة إذا تعدد مستحقيها.

- كما نجد أن القاضي يحكم بحق الزيارة دون أن يطلب منه ذلك، و هو ما يؤثر على مصلحة المحضون، لذا يجب على المشرع تحديد معنى الزيارة، و الحالات التي يمكن للقاضي على أساسها إسقاط الحضانة .

الملخص

يعتبر موضوع دور قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق والآثار المترتبة عنهما من المسائل التي أصبحت تطرح بكثرة على القضاء، حيث أصبحت تحتل مساحة لا بأس بها في الحياة العملية.

إن دراستنا لهذا الموضوع انطلقت من إشكالية تتمحور حول مدى ممارسة قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية لحل نزاعات الزواج والطلاق وأثارهما المطروحة أمامه.

ولأن الباحث لا يمكنه الاستغناء على منهج علمي فقد اعتمدنا على المنهج الاستقرائي، وكذلك المنهج التحليلي الوصفي.

ونتيجة للبحث في دور قاضي شؤون الأسرة في الزواج والطلاق والآثار المترتبة عنهما، وجدنا بأن المشرع الجزائري وسع من صلاحيات قاضي شؤون الأسرة بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، إذ سمح بموجبه المشرع الجزائري للقاضي بأن يجتهد برأيه، في حالة كون النص القانوني غير قطعي في دلالته مما يسمح للقاضي بإعمال فكره وصولا إلى حل عادل للنزاع المعروض عليه.

كما منح المشرع الجزائري للقاضي في حالة انعدام النص القانوني اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية إعمالا لنص المادة 222 قانون أسرة جزائري دون تقييده بمذهب معين، مما يعني منحه سلطة تقديرية واسعة خاصة في الزواج والطلاق وأثارهما، إلا أن هذا الدور الممنوح للقاضي وان كان في ظاهره يتسم بالسعة إلا أنه مقيد ومحدود بالنص القانوني و بألا يخالف النظام العام.

قائمة المراجع

- القرآن الكريم برواية ورش.

أولا :المصادر و القوانين.

1. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 (الجريدة رسمية رقم 24 لسنة 1984)، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، (الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 2005) ، الموافق عليه بموجب القانون 05-09 المؤرخ في 04-05-2005 (الجريدة الرسمية رقم 43 لسنة 2005) ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
2. قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ،(الجريدة الرسمية رقم 21 سنة 2008) ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.
3. القانون رقم 01/15 المؤرخ في 4 جانفي 2015 ،(الجريدة الرسمية رقم01 ،بتاريخ 07 جانفي 2015)،المتضمن إنشاء صندوق النفقة.
4. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1957 ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، (الجريدة الرسمية رقم 44 سنة 2005)، المتضمن القانون المدني الجزائري.
5. الأمر156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 (الجريدة الرسمية رقم 49 بتاريخ 11جوان 1966) ،المعدل والمتمم بالقانون رقم 19/15 المؤرخ في 30 ديسمبر2015 (الجريدة الرسمية رقم 71 لسنة 2015) المتضمن قانون العقوبات الجزائري.
6. الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970،(الجريدة الرسمية رقم 21 سنة 1970) المعدل والمتمم بالقانون 14-08 الموافق ل 9 أوت 2014، (الجريدة الرسمية رقم 49 سنة 2014)، المتعلق بالحالة المدنية الجزائري.
7. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 18 جوان 2015،(الجريدة الرسمية ،رقم 35،28 جوان 2015) ، الذي يحدد الوثائق التي يتشكل منها طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة.

ثانيا:الكتب والمؤلفات

- الكتب باللغة العربية

1. ابن رشد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثالث ، دار الفكر، ،لبنان، دون طبعة، 1995 .

2. أحمد شامي ،قانون الأسرة الجزائري وفق لأحدث التعديلات الجديدة،دار الجامعة الجديدة ، مصر، دون طبعة ،2010.

3. أحمد علي جرادات،الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية،الزواج والطلاق، ، دار الثقافة، الأردن، طبعة أولى ،2012.

4. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة للنشر،مصر، دون طبعة، 1998.

5. أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، ، دار الكتب القانونية، مصر،2004.

6. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دون طبعة ،دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، دون طبعة ،2014.

7. الغوثي بن ملحة ،قانون الأسرة في ضوء الفقه والقضاء، ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2008.

8. إقورفي زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، ، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2012.

9. باديس ديابي ،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر،دار الهدى، الجزائر، دون طبعة ،2007 .

10. باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، ،دار الهدى ، الجزائر، دون طبعة ،2008 .

11. بربرة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دار بغدادي للنشر والتوزيع، الجزائر، دون طبعة ، سنة 2009.

12. بدران أبو العينين بدران،الفقه المقارن للأحوال الشخصية،دار النهضة العربية، ،مصر، دون طبعة ،1967 .

13. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،الزواج والطلاق، ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة ،1994.

14. بلحاج العربي، ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة، الجزء الثاني، 1999.

15. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ،دار الثقافة، الأردن، دون طبعة ،2012.

16. بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري وفقا لأحث التعديلات ومعلق عليه بقرارت المحكمة العليا،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة، 2012.

17. بلحاج العربي،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ،دار الثقافة، الأردن، دون طبعة ،2012 .

18. بن شويخ الرشيد،قانون الأسرة الجزائري المعدل، ،دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى 2008 .

19. بوبشير محمد أمقران ،النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة، 2003.

20. جميل فخري محمد جانم،آثار عقد الزواج في الفقه والقانون ،دار الحامد، الأردن، الطبعة الأولى ،2009 .

21. طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري، دار الجامعة الجديدة، مصر، دون طبعة، 2013.

22. عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثالثة ،1998 .

23. عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ،موفم للنشر،الجزائر، الطبعة الثالثة، 2009.

24. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ،دار هومة،الجزائر، الطبعة الثالثة ،1996.

25. عبد العزيز سعد،شرح قانون الأسرة الجزائري، ، دار هومة ،الجزائر، دون طبعة ،2007.

26. عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر،الجزء 02، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2011.

27. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ،دار هومة، الجزائر، دون طبعة، 2013.

28. عبد العزيز سعد،إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة ، الجزائر، الطبعة الثانية ،2014.

29. علي علي سليمان،النظرية العامة للالتزام، ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة ،2007.

30. عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، ، الموسوعة للنشر، الجزائر، دون طبعة ،2003.

31. فضيل سعد.شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق، م و ك ،الجزائر، دون طبعة، الجزء الأول ،1986.

32. لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الأولى،2004.

33. محمد أبو زهرة،عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي،مصر، دون طبعة ،2011.

34. محمد أحمد القضاة، التحكيم في الشقاق بين الزوجين، مجلة الدراسات، الجامعة الأردنية، عمان، المجلد 18، العدد04، 1991.

35. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ، الطبعة الأولى،2002.

36. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار هومة، الطبعة الأولى، 2009.

37. محمد محدة، الخطبة والزواج، ،دار الشهاب،الجزائر، الطبعة الثانية ،1994 .

38. نسرين شريقي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، دون طبعة، 2013.

39. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، سوريا، الطبعة الرابعة، الجزء التاسع ،1997 .

40. يوسف دلاندة،إجراءات التقاضي في شؤون الأسرة، دار هومة،الجزائر، دون طبعة، 2009 .

- الكتب باللغة الفرنسية

-.Jerome Bounnard , La garde du mineur et son sentiment personnel. R T D 1 Civ, dalloz, paris, 1991.

- Gérard cornu, droit civil, la famille , imprimerie en France, Édition 07, montchrestien, Paris,2001.

-الرسائل والمذكرات

1.شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة – دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر،2014.

2.بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص،فرع قانون أسرة، جامعة الجزائر 01، الجزائر،2015.

3.دزيري خليل، دور القاضي في انعقاد الزواج وانحلاله، مذكرة لنيل شهادة ماجستير قانون خاص فرع قانون الأسرة، جامعة الجزائر 01، الجزائر،2015.

4.عثمان كرجاني، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وانحلال الرابطة الزوجية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر،2012.

5.سواحلية أمال،دور قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الزواج وآثاره،مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية،جامعة سكيكدة،2014 .

6.بن إبراهيم نور الدين،إشكالات الزواج العرفي،مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأحوال الشخصية،جامعة محمد خيضر ،بسكرة، الجزائر،2015.

7.عبدالله نجار،عمر بودهوس،صندوق النفقة وفقا للقانون 01/15،مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية،جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر،2015.

ثالثا: المقالات

1.حسين سيد الخطاب: "**قاعدة الضروريات تبيح المحظورات وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي**"، مجلة الأصول والنوازل، العدد الثاني ، مصر، 2009 .

2.مقدم عبد الرحيم:"**صندوق النفقة الجزائري الجديد تجربة دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات العربية**"،مجلة البحوث والدراسات الإنسانية ،العدد 12 ،الجزائر،2016.

رابعا: المجموعة القضائية

1.المجلة القضائية ، قسم الوثائق والمستندات ، المحكمة العليا، العدد الرابع ، الجزائر، سنة 1999،

2.المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الأول.

3.المجلة القضائية لسنة 1990،العدد الثاني.

4.المجلة القضائية لسنة 1990 ،العدد الثالث.

5.المجلة القضائية لسنة 1990 ،العدد الرابع.

6.المجلة القضائية لسنة 1992،العدد الرابع.

7.المجلة القضائية لسنة 1993،العدد الثالث.

8.المجلة القضائية لسنة 1994 ،العدد الثاني.

9.مجلة الاجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص، 1995.

10. المجلة القضائية لسنة 1997 ،العدد الأول.

11. مجلة الاجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،عدد خاص،2001 .

12. المجلة القضائية لسنة 2001، العدد الثاني.

13. المجلة القضائية لسنة 2003 ،العدد الأول.

14. مجلة المحكمة العليا لسنة 2004، العدد الثاني.

15. المجلة القضائية لسنة 2005،العدد الثاني.

16. المجلة القضائية لسنة 2006، العدد الثاني.

17. مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد الأول.

18. مجلة المحكمة العليا لسنة 2008 ،العدد الأول.

19. مجلة المحكمة العليا لسنة 2009، العدد الأول.

20. مجلة المحكمة العليا لسنة 2010،العدد الثاني.

21. مجلة المحكمة العليا لسنة 2011، العدد الأول.

22. مجلة المحكمة العليا لسنة 2013، العدد الثاني.

23. نشرة القضاة لسنة 1998 ،الصادرة عن وزارة العدل ،مديرية التشريع والدراسات القانونية، العدد الثالث والخمسون.

24. نشرة القضاة لسنة 1999 ،العدد الخامس والخمسون.

25. نشرة القضاة لسنة 2008، العدد الثاني.

فهرس المحتويات

العنـــــــــــــوان	الصفحة
مقـدمـــــة.	01
الفصل الأول: دور قاضــي شـؤون الأسـرة فــي الـزواج وآثـاره.	07
المبحث الأول:سلطة قاضـي شـؤون الأسرة عند نشوء الرابطـة الزوجـية.	08
المطلب الأول: سلطة قاضي شؤون الأسرة في آثار العدول عن الخطبة.	08
الفرع الأول: تعويض الضرر المترتب على العدول عن الخطبة.	09
أولا : جوازية تعويض الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة.	09
ثانيا : الأساس الذي يعتمد عليه القاضي للحكم بالتعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة.	11
ثالثا :سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة.	13
الفرع الثاني: سلطات القاضي فيما يخص الهدايا والمهر المقدمين خلال فترة الخطبة.	14
أولا : سلطات القاضي فيما يخص الهدايا المقدمة خلال فترة الخطبة.	14
ثانيا : سلطة القاضي فيما يخص المهر المقدمة خلال فترة الخطوبة .	16
المطلب الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في بعض شروط عقد الزواج.	17
الفرع الأول: سلطة قاضي شؤون الأسرة بالترخيص بالزواج وتعيين الولي في حالة غيابه.	17
أولا: دور قاضي شؤون الأسرة بالترخيص بالزواج دون السن القانوني.	17
ثانيا: دور قاضي شؤون الأسرة بالترخيص بتعدد الزوجات.	20
ثالثا: دور القاضي في تعيين الولي في حالة غيابه.	24
الفرع الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في فض النزاع حول الصداق.	25
أولا: الخلاف حول التسمية .	26

ثانيا :الخلاف حول القبض .	26
ثالثا : الخلاف حول صداق السر والعلن .	27
رابعا :الخلاف حول وصف المقبوض .	28
المطلب الثالث: سلطة قاضي شؤون الأسرة في إثبات الزواج العرفي.	29
الفرع الأول: سلطة القاضي التقديرية في مدى توفر أركان وشروط عقد الزواج.	29
أولا: تقدير القاضي في مدى توفر ركن الرضا في عقد الزواج.	29
ثانيا: تقدير القاضي في مدى توفر شروط عقد الزواج.	30
الفرع الثاني: طرق إثبات الزواج العرفي وسلطة القاضي فيها.	32
أولا: البينة .	34
ثانيا:الإقرار .	35
ثالثا:اليمين.	36
المبحث الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في الآثار المترتبة عن نشوء الرابطة الزوجية.	**37**
المطلب الأول: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير النفقة الزوجية.	37
الفرع الأول: دور القاضي في تقدير النفقة .	38
أولا :المعايير و الأسس التي يستند إليها القاضي في تقدير النفقة.	38
ثانيا :صدور الحكم الذي يقضي بالنفقة .	40
الفرع الثاني : دور القاضي في حالة الاستعجال في مادة النفقة .	41
المطلب الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في دعاوى النسب.	43
الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب عن طريق الطرق الشرعية والعلمية.	43
أولا: سلطة القاضي في تقدير الطرق الشرعية لإثبات النسب.	43
ثانيا: سلطة القاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب.	48

الفرع الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في نفي النسب.	50
المطلب الثالث: سلطة قاضي شؤون الأسرة في إثبات حقوق وواجبات الزوجين.	52
الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في إثبات حقوق الزوجة غير المالية.	52
أولا: دور القاضي في ضمان حق الزوجة في حرية التصرف في مالها.	53
ثانيا: دور قاضي شؤون الأسرة في ضمان حماية حق الزوجة في العدل عند التعدد.	55
الفرع الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في إثبات حقوق الزوج غير المالية.	56
ملخص الفصل الأول.	58
الفصل الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في الطلاق وآثاره.	60
المبحث الأول: سلطة قاضي شؤون الأسرة في انحلال الرابطة الزوجية.	61
المطلب الأول: سلطة قاضي شؤون الأسرة في الصلح والتحكيم.	61
الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في مباشرة إجراءات الصلح.	61
أولا: الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح.	61
ثانيا: الشروط الشكلية المتعلقة بسير جلسة الصلح.	63
الفرع الثاني: إجراءات التحكيم ومدى مساهمة الحكمين والقاضي في فض النزاع بين الزوجين.	70
أولا: تعيين القاضي للحكمين.	70
ثانيا: مساهمة الحكمين والقاضي في فض النزاع .	70
المطلب الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في الطلاق.	72
الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في الطلاق بالتراضي من الزوجين	72
الفرع الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في الطلاق بالارادة المنفردة للزوج.	73

أولا: الطلاق السابق لرفع دعوى الطلاق.	74
ثانيا:الطلاق المساير لتاريخ رفع الدعوى.	75
ثالثا:الطلاق اللاحق لتاريخ رفع الدعوى.	76
المطلب الثالث: سلطة قاضي شؤون الأسرة في انحلال الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة.	77
الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق.	77
أولا: أسباب التطليق المقيدة لقاضي شؤون الأسرة.	77
ثانيا: الأسباب المطلقة لسلطة قاضي شؤون الأسرة.	83
الفرع الثاني :دور قاضي شؤون الأسرة في_الطلاق بالخلع.	88
أولا: مجال تدخل القاضي في الخلع.	88
ثانيا: دور القاضي في تقدير بدل الخلع.	89
المبحث الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية.	91
المطلب الأول: سلطة قاضي شؤون الأسرة في الآثار المالية للطلاق.	91
الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض.	91
أولا: دور القاضي في التعويض عن الطلاق التعسفي.	91
ثانيا:دور القاضي في تعويض المطلقة في حالة التطليق.	95
ثالثا:دور القاضي في التعويض للنشوز للطرف المتضرر.	96
الفرع الثاني: دور القاضي في فض النزاع حول متاع البيت.	98
أولا:النزاع المنصب حول ملكية المتاع	99
ثانيا:النزاع المنصب حول وجود المتاع	101
الفرع الثالث: دور القاضي في النفقة كأثر للطلاق.	103
أولا: دور القاضي في نفقة العدة.	103
ثانيا: دور القاضي في نفقة الإهمال و نفقة الأولاد.	105

ثالثا : دور القاضي في منح الاستفادة من صندوق النفقة.	106
المطلب الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في الحضانة.	109
الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في إسناد الحضانة وتنظيم حق الزيارة.	109
أولا: دور القاضي في إسناد الحضانة.	109
ثانيا: دور القاضي في تنظيم حق الزيارة.	113
الفرع الثاني: دور القاضي في دعوى تمديد الحضانة.	114
الفرع الثالث: دور القاضي في دعوى إسقاط الحضانة.	116
أولا: الزواج بغير قريب محرم.	116
ثانيا: التنازل عن الحق في الحضانة.	116
ثالثا: اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 ق أ.	117
رابعا: سقوط الحضانة لمدة تزيد عن سنة دون المطالبة بها.	118
خامسا: الاستيطان في بلد أجنبي.	118
سادسا: سكن الجدة أو الخالة بمحضونها مع أمه المتزوجة بغير قريب محرم بالنسبة الى المحضون.	119
ملخص الفصل الثاني.	121
الخاتمة.	123
الملخص.	128
قائمة المراجع.	129
فهرس المحتويات.	137