جامعة محمد بوضياف ـ المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

الرقم التسلسلي: 22/92

السلطة التقديرية للقاضي عند انحلال الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

-دراسة مقارنة-

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالبين:

- عصام فراحتية
- عبد الله بلغيث

إشراف الأستاذ:

-د. بوجمعة حمد

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
	محمد بوضياف ـ المسيلة	رئيسا
د. بوجمعة حمد	محمد بوضياف ـ المسيلة	مشرفا ومقررا
	محمد بوضياف ـ المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2021-2022م/ 1442-1443هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People'sDemocraticRepublic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة

Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

وثيقة ايداع مذكرة ماستر

الموضوع: السلطة التقديرية للقاضي عند انحلال الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة -

إعداد الطلبة:

1- فواتيحية عصام رقم التسجيل: 171731080123

2- بلغيث عبد الله رقم التسجيل: 1434033186

القسم: العلوم الإسلامية **الشعبة:** العلوم الإسلامية **التخصص** الشريعة والقانون

إشراف: بوجمعة حمد **الرتبة:** دكتور

أقر بأنني تابعت العمل المذكور أعلاه في جلسات إشرافية طيلة الموسم الجامعي: 2021-2022 وأسمح بإيداعه على مستوى ادارة القسم للمناقشة والتقييم.

موافقة وإمضاء الاستاذ(ة) المشرف(ة):

رئيس فريق الاختصاص

رئيس القسم

لتحميل الوثيقة يرجى نسخ الرمز

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
FACULTY OF HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila
1985

Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
الرقم: /2022

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضى ادناه :

السيد(ة): بلغيث سيد الله

الصفة(طالب، استاذ باحث، باحث دائم): طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 100637814

الصادرة بتاريخ : 2016/04/17 **عن دائرة :** الشريعة

المسجل بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية **قسم:** العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة والقانون **تحت رقم التسجيل:** 1434033186

والمكلف بإنجاز اعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر/ مذكرة ماجستير/ اطروحة دكتوراه) .

عنوانها: السلطة التقديرية للقاضي عند انحلال الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة-

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في: 2022/06/23

امضاء المعني (ة):

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية
FACULTY OF HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES
Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

1985
جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
الرقم: /2022

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضى ادناه :

السيد(ة): فراحتية دهام

الصفة(طالب، استاذ باحث، باحث دائم): ط/ب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 201092395

الصادرة بتاريخ : 19.02.2017 عن دائرة : المسيلة

المسجل بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة والقانون تحت رقم التسجيل: 191935080123

والمكلف بإنجاز اعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر' مذكرة ماجستير' اطروحة دكتوراه) .

عنوانها: السلطة التقديرية للقاضي عند انحلال الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة-

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في: 2022/06/23

امضاء المعني (ة):

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أحصى كل شيء عددا ، الذي بعزته وجلاله تتم الصالحات، فالحمد لله الذي وفقنا لإتمام هذا البحث، وبعد:

نتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير إلى كل من مد لنا يد العون

من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل، وأخص بالذكر:

-الأستاذ الفاضل/ بوجمعة حمد ، أستاذنا خلال سنوات دراستنا ، والمشرف على مذكرتنا و الذي لم يبخل علينَا بإرشاداته و مساعدته

-كل أساتذة قسم الشريعة بجامعة محمد بوضياف بالمسيلة و

كل القائمين عليه من عمال وإداريين.

وإلى كل من مدَّ لنا يد المساعدة من قريب أو بعيد.

إهداء

أهدي هذا البحث إلى أعز ما أملك في الوجود: أبي وأمي

وإلى كل العائلة والأصدقاء والزملاء

وإلى كل قارئ لهذا العمل المتواضع وإلى كل طالب للعلم عموما

إهداء

أهدي هذا العمل إلى الوالدين الكريمين

إلى الإخوة والأخوات

إلى الأصدقاء والزملاء وكل من ساندني من قريب أو بعيد

وإلى كل محب للعلم والمعرفة

قائمة المختصرات:

ق.أ.ج:	قانون الأسرة الجزائري.
ق.م:	قانون مدني.
ق.ع:	قانون عقوبات.
ق.إ.م.إ:	قانون إجراءات مدنية وإدارية.
م.ع:	المحكمة العليا.
غ.أ.ش:	غرفة الأحوال الشخصية.
د.ط:	دون طبعة.
د.م.ن:	دون مكان النشر.
د.ت.ن:	دون تاريخ النشر.
ج:	الجزء.
ص:	صفحة.

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، نحمده سبحانه وتعالى ونشكره، ونتوب إليه ونستغفره، ونسأله التوفيق والسداد لكل ما يحب ويرضى.

والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد، وعلى آله وصحبه، ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين أما بعد.

الزواج هو ميثاق غليظ جعله الله عز وجل بين الزوجين وقد يعرف نجاحا وتحقيقا للأهداف المتوخاة منه وقد يعرف فشلا، وعجزا عن تحقيق تلك الأهداف، فقد يكون أحد الزوجين بعيداً عن الكفاءة التي تؤهله لمواصلة الحياة الزوجية لذلك جاءت الشريعة الإسلامية مؤكدة على وجود الطلاق، ولكن راعته بشروط وآثار على النحو الذي يحفظ لكلا الزوجين كرامته وشرفه.

والطلاق أو ما يسمى بفك الرابطة الزوجية بصوره الثلاثة؛ الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، والتطليق بطلب من الزوجة والطلاق بتراضي الزوجين، والتي سايرها في ذلك التعديل الوارد في الأمر 02/05 المؤرخ في 27فيفري 2005، إذ خص الباب الثاني بعنوان انحلال الزواج، وأكد في المادة 48 منه على الصور المذكورة سابقا بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو الزوجين أو طلب بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53و54 منه والمتمثلة في التطليق والخلع، رتب عليه – على الطلاق –الفقه آثارا تحفظ الحدود وتنشأ الالتزامات.

إنَّ تعدد صور إنهاء الرابطة الزوجية استوجب منح قدر من السلطة التقديرية للقاضي على المستويين الإجرائي والموضوعي، ضيْقًا واتساعا، حين النظر في دعوى حل الرابطة الزوجية ولذلك جاءت معظم قواعد قانون الأسرة مرنة تاركة مجالا خصبا لتدخل القاضي من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية حسب كل قضية معروضة عليه.

- **أهمية موضوع البحث**

تبرز أهمية هذا البحث المتواضع في الجوانب التالية:

1–تمييز المسائل التي يخول فيها المشرع السلطة التقديرية للقاضي.

2–معرفة جل ما يتعلق بالطلاق وآثاره، سواء من الجانب النظري أو الجانب التطبيقي.

- **أسباب اختيار موضوع البحث**

تتمثل أسباب اختيارنا لهذا الموضوع في:

1-الرغبة في التعرف على السلطة التقديرية للقاضي بشكل أوسع وأوضح ومفصل.

2-الرغبة في معرفة أعمال القاضي وأين تتسع سلطته التقديرية وأين تضيق، وهل هو مطالب بتطبيق النصوص النظرية من غير إبداء رأيه؟

3-الانتقادات المتواصلة على قانون الأسرة ولعل بتناولنا لهذا الموضوع توضيح لما أشكل.

4-الرغبة في معرفة طبيعة المسائل التي تحتاج إلى سلطة القاضي التقديرية وهل هي تحتاج إلى تقدير القاضي دائما أو إلى البحث العلمي؟

- **أهداف موضوع البحث**

يتمثل الهدف من هذا البحث في :

1-تسليط الضوء على سلطة القاضي التقديرية بالأخص عند انحلال الرابطة الزوجية لأن هذا الموضع يكون فيه الكثير من الحقوق التي يجب أن يردها القاضي من الزوج إلى الزوجة والعكس.

2-بيان مدى صعوبة عمل القضاة وضرورة الإحاطة بكل المصادر التي يستقون منها سلطتهم التقديرية قدر المستطاع، إضافة إلى ضرورة تحكيم ضميرهم المهني حتى يتوصلوا إلى الحكم الأصح.

3- اكتشاف المسائل التي يعمل القاضي سلطته التقديرية فيها والمصادر التي يلجأ إليها وكيفية إعماله لهذه السلطة؟

- **الصعوبات والعوائق**

تعرضنا في بحثنا لهذا الموضوع لصعوبات وعوائق، وهي كالتالي:

1-قلة المصادر والمراجع والبحوث المتخصصة في هذا الموضوع، فاضطررنا إلى جمع المسائل التي تطرقنا إليها من عدة مراجع ومصادر تناولتها كجزئيات.

2-التغير المستمر في القوانين وتعديلها؛ والتي تعطي أحيانا سلطة تقديرية للقاضي في بعض المسائل وتحرمه مرة في مسائل أخرى، وتقيده في مسائل تارة، وتوسع له سلطته فيها تارة أخرى، مما يؤدي إلى وقوع الباحث في أخطاء باستعانته بقوانين ليست سارية في الوقت الذي يبحث فيه، ولتخطي هذا النوع من الصعوبات لجأنا إلى قضاة وقمنا بطرح أسئلة استفسارية لهم عن المسائل التي لهم فيها السلطة التقديرية، ومع ذلك وجدنا صعوبة مقابلتهم في أي وقت ولوقت أطول للاستفسار أكثر.

3-غموض بعض النصوص القانونية المتعلقة بانحلال الزواج.

- **إشكالية موضوع البحث**

هذا البحث يطرح لنا الإشكالية التالية:

فيما تتمثل سلطة القاضي التقديرية عند انحلال الرابطة الزوجية ؟

ويتفرع عن هذا العنوان العناوين الفرعية التالي:

- هل سلطة القاضي الأسري مطلقة أم مقيدة أم أنها بين الإطلاق والتقييد؟ وما هي المسائل التي تكون فيها سلطته مقيدة وما هي المسائل التي تكون فيها سلطته مطلقة؟
- وعلى ماذا يعتمد القاضي الأسري في إعماله لسلطته التقديرية؟

- **المنهج المتبع في موضوع البحث**

لقد اعتمدنا في هذه الدارسة، على عدة مناهج أولها: المنهج الاستقرائي في استقراء وتتبع المسائل التي نحتاجها، كما اعتمدنا المنهج الوصفي في عملية تجريد –انتقاء– المسائل التي يختص بها القاضي بسلطته التقديرية وتحديد المشكلات الموجودة ووصف بعض الأمور بصورة كمية أو كيفية مثل إطلاق أو تقييد عمل القاضي والتدقيق في أمور أخرى، مع الاعتماد على المنهج التحليلي الذي تعمقنا به في دراستنا للوصول إلى الاستنتاجات المطلوبة في الموضوعات التي تضمنتها هذه الدراسة،بالاستعانة بأسلوب المقارنة بين التشريع الجزائري مع موقف الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه، من خلال عرض وتحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية .

- **الدراسات السابقة في موضوع البحث**

رسالة دكتوراه للباحث أحمد شامي بعنوان (السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة، مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية)، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان لسنة 2018/2017تعرض فيها لسلطة القاضي في انعقاد الرابطة الزوجية وانحلالها والآثار المترتبة عنها، ولقد اعتمد الباحث على المنهج الجدلي والمقارن، وتختلف دراستنا عن دراسته إذ تناول نقاط لم نتناولها منها، سلطة القاضي التقديرية في الزواج كما تطرقنا إلى نقاط لم يتناولها منها مفهوم وضوابط وشروط السلطة التقديرية في الشريعة والقانون.

رسالة ماجستير للطالب عثمان كرجاني بعنوان(السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وانحلاله)، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، سنة2012/2011، ولم يتناول ماهية السلطة التقديرية، والذي تناولناه كفصل تمهيدي في موضوعنا.

مذكرة لنيل شهادة الماستر للطالب مالكي بلال، بعنوان السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل فك الرابطة الزوجية، تناول إضافة إلى ما تناولناه: تقدير القاضي لنفقة العدة، أما موضوعنا فزاد على موضوعه في الفصل التمهيدي المتمثل في ماهية السلطة التقديرية.

مذكرة لنيل شهادة الماستر للطالب شمروك محمد بعنوان: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، واختلف موضوعنا عن موضوعه في أننا ركزنا على سلطة القاضي عند انحلال الرابطة الزوجية ، وتطرق إلى سلطة القاضي في الصلح والتحكيم، بينما تطرقنا لسلطة القاضي في الصلح في جزئية في مطلب بعنوان السلطة التقديرية للقاضي في التطليق، فيما لم يتطرق هو إلى ماهية السلطة التقديرية.

مذكرة لنيل شهادة الماستر للطالبة عزوز هناء، بعنوان: السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية في قانون الأسرة الجزائري، فاقتصرت في بحثها على الجانب القانوني فقط ، وقسمته إلى فصلين، بينما كان موضوعنا مقارن ويحتوي على فصل تمهيدي.

- **الخطة العامة لموضوع البحث:**

وقد اقتضت طبيعة البحث في موضوع "السلطة التقديرية للقاضي في فك الرابطة الزوجية"، إلى دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون وإبراز أهميته على المستويين النظري والعملي، أن نقسم خطة البحث إلى مبحث تمهيدي وفصلين:

الفصل التمهيدي: بعنوان ماهية السلطة التقديرية

ويحتوي على مبحثين: أولهما:مفهوم السلطة التقديرية للقاضي.

أما المبحث الثاني: مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة وشروطه

أما فيما يخص الفصل الأول فقد تناولنا فيه:سلطة القاضي التقديرية في إنهاء الرابطة الزوجية.

وهو يحتوي على مبحثين:المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق التعسفي والنشوز

المبحث الثاني:السلطة التقديرية للقاضي في التطليق.

أما الفصل الثاني فجاء فيه:

السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الآثار الناشئة عن فك الرابطة الزوجية

ويحتوي على مبحثين

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الآثار الغير مالية

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الآثار المالية

الفصل التمهيدي

ماهية السلطة التقديرية

إن قاضي شؤون الأسرة هو المكلف بالفصل في المنازعات المتعلقة بالقضايا الأسرية وأحيانا يلجأ إلى إعماله لجهده الفكري في بعض الجزئيات وهو ما يسمى بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، أو للقاضي بصفة عامة، والسلطة التقديرية للقاضي لها خصائص كما لها مجالات وشروط ومصادر يلجأ إليها القاضي في سلطته وليس على هواه، ولهذا فإنه وجب علينا التطرق في هذا الفصل إلى هذه العناصر، إذ تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم السلطة التقديرية للقاضي، فيما تناولنا في المبحث الثاني إلى خصائص السلطة التقديرية للقاضي ومصادر إعماله لنشاطه التقديري.

المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية

السلطة التقديرية مهمة وضرورية في حل نزاعات الأفراد فيجب التعرف عليها أولا قبل ذكر مجالاتها، وفي هذا المبحث قمنا بالتعريف بالسلطة التقديرية للقاضي في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني ذكرنا الأدلة على جواز مشروعية التقدير للقاضي.

المطلب الأول: تعريف السلطة التقديرية

في هذا الفرع تطرقنا إلى مصطلح السلطة التقديرية كمركب إضافي فعرفنا كلمتَيْ السلطة والتقدير وصولا إلى مصطلح السلطة التقديرية عند الفقهاء.

الفرع الأول: تعريف لفظَي السلطة والتقدير

أولا: تعريف لفظ السلطة

1- تعريف السلطة لغة: من سلط يسلط سلاطة، والسلاطة: القهر والحدة، والتسليط: إطلاق السلطان، والسلطة: التسلط والسيطرة والتحكم[1]. وسلطان كل شيء: شدته وحدته وسطوته، ويسمى السلطان إما لتسلطه أو لأنه حجة من حجج الله في أرضه، ويقال للأمراء سلاطين لأنهم الذين تقام بهم الحجة والحقوق[2].

2- أما في الاصطلاح فلم يرد تعريف للسلطة عن الفقهاء القدامى.

ثانيا- تعريف لفظ التقدير:

1-تعريف التقدير لغة: من القدَر: وهو القضاء المرفق، يقال: قدر الإله كذا تقديرا، وإذا وافق الشيء قلت: جاءه قدره، والقدَر والقدْر القضاء والحكم[3].

2-تعريف التقدير اصطلاحا: هو بيان كمية الشيء، وهو تحديد كل مخلوق بحده الذي يوجد من حسن وقبح ونفع وضرر وغيرهما[4].

---

[1]- مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، وزارة التربية والتعليم، مصر، 1994، ص 318، 317.

[2]- ابن منظور: أبي الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، 2007، د ط، ج 12، ص231، 230.

[3]- المصدر نفسه، ج5، ص 73.

[4]- البركتي: محمد عميم الإحسان المجددي، قواعد الفقه، الصدف، كراتشي، 1986، ط1، ص 424.

الفرع الثاني: تعريف مصطلح السلطة التقديرية

أولا: تعريف السلطة التقديرية عند الفقهاء القدامى

بعد البحث في كتب الفقهاء القدامى عن مفهوم السلطة التقديرية لا نجد ما ينُص صراحة على هذا اللفظ، ولكن يوجد في الفقه ما يشير إليها[1]، ومن أمثلة ذلك:

1-قولهم في تقسيم الفيء بين أهله، مفوض إلى اجتهاد القاضي[2].

2-قولهم في المدة التي يحكم بعدها القاضي بموت المفقود[3].

3-قولهم فيما إذا باع السفيه أو اشترى ونظر القاضي فيه فيما إن كان فيه نفع أو مضرة ويرده على حسب ذلك[4].

ثانيا: تعريف السلطة التقديرية عند المعاصرين:

1-عرفها الدكتور محمود محمد البركات بأنها: صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر والتدبر بحسب النظر والمقايسة، لإقامة شرع الله في الأمور المفروضة أمامه في جميع مراحلها ابتداء من قبول سماعها إلى تهيئتها، لإثبات صحتها أو كذبها إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي[5].

---

[1]- الشربيني: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشافعي (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، 1994، ط1، ج5، ص 198.

[2]- ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي (ت: 620 هـ)، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، القاهرة، 1965، د ط، ج 6، ص 465.

[3]- سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، لبنان، 1977، ط3، ج3، ص 652.

[4]- الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1986، ط2، ج7، ص171.

[5]- بركات: محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ط1، ص 81.

2-وعرفها الدكتور سعيد الخراشي بأنها: حيز من الحرية يتاح للقاضي بمقتضى النص الصريح أو الضمني، يستمد منه القوة، ليتمكن من خلاله من النظر والتروي والتفكر لعمل الأصلح لبلوغ الحقيقة ومعرفة كنهها[1].

3-التعريف المختار:

مما سبق من التعريفات نرى أن السلطة التقديرية للقاضي هي: حيز من الحرية يتمتع به القاضي للحكم في أمر لم يرد بشأنه دليل شرعي يحكمه ليتمكن من النظر والتروي فيه -في هذا الأمر المعروض عليه- حسب خبرته وما يظهر له لبلوغ الحقيقة بشرط ألا يتعارض مع أصول الشريعة وفروعها.

المطلب الثاني: مشروعية التقدير للقاضي

الفرع الأول: الدليل على جواز التقدير للقاضي من القرآن الكريم

توجد عدة أدلة تدل على جواز التقدير من القاضي وعلى سبيل المثال قوله تعالى﴿**لَا جُنَاحَ عَليكُم إن طَلَّقْتُم النسَاءَ مَا لم تَمَسُّوهُنَّ أو تَفْرضُوا لَهُنَّ فَريضَة ومتعُوهُنَّ عَلَى المُوسع قَدْرُه وعَلَى المُقْتر قَدْرُهُ مَتَاعًا بالمَعْرُوف حَقًّا عَلَى المُحسنين**﴾ [سورة البقرة: 236]

وجه الدلالة: أي إذا طلقتم نساءكم قبل الدخول بهن أو قبل أن تفرضوا لهن صداقا فمتعوهن من أموالكم حسب أحوالكم من الفقر والغنى[2]، وهذه المتعة يقدرها الحاكم باجتهاده[3]، وهذا دليل واضح على جواز التقدير من القاضي.

الفرع الثاني: الدليل على جواز تقدير القاضي من السنة

---

[1]- الخراشي: سعيد بن عمر، "سلطة القاضي التقديرية في اليمين القضائية"، بحث محكم في المجلة القضائية، العدد 4، 1433هـ، ص86.

[2]- العز بن عبد السلام: أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن حسن السلمي الدمشقي(ت: 660هـ)، تفسير القرآن، دار ابن حزم، لبنان، 1996، ط1، ج1، ص229.

[3]- الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (ت: 450هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، دار الكتب العلمية لبنان، ط1، 1999م، ج9، ص477.

ما روي عن علي – رضي الله عنه –، قال: بعثني رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إلى اليمن فانتهينا إلى قوم قد بنوا زبية للأسد، فبينما هم كذلك يتدافعون إذ سقط رجل، فتعلق بآخر، ثم تعلق رجل بآخر، حتى صاروا فيها أربعة، فجرحهم الأسد، فانتدب إليه رجل بحربة، فقتله، وماتوا من جراحاتهم كلهم، فقام أولياء الأول إلى أولياء الآخر، فأخرجوا السلاح ليقتتلوا، فأتاهم علي رضي الله عنه على تفيئة ذلك، فقضى بينهم علي – رضي الله عنه – باجتهاده وقدر الدية، فأجازه النبي – صلى الله عليه وسلم –.

الفرع الثالث: الدليل على جواز تقدير القاضي من الإجماع

أشار الفقهاء في المذاهب الأربعة على جواز تقدير القاضي عند غياب النص أو عند وجود نص محتمل أي غير قطعي، من بين هذه الإشارات ما يلي:

أولا: الحنفية: ذهب أبو حنيفة إلى جواز تقدير القاضي لفترة التقادم الذي يمنع الشهادة في الحدود[1].

ثانيا: المالكية: ذهب المالكية في مسألةالأجل الذي تطلق بعده الزوجة إذا عجز الزوج عن النفقة بأنه يرجع في ذلك إلى اجتهاد القاضي[2].

ثالثا: الشافعية: ذهب الشافعية إلى أن للقاضي حق تقدير أجرة الوالد في حفظه وتصرفه في مال طفله[3].

رابعا: الحنابلة: ذهب الحنابلة إلى أنه للقاضي الحق في تقدير الفترة التي يجب أن تنتظرها زوجة المفقود حتى يطلقها[4].

---

[1]– الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الرائع، ج7، ص 47.

[2]– المنوفي: علي بن خلف أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، لبنان، 1412هـ، ط1، ج2، ص 87.

[3]– الزركشي: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي (ت: 694هـ

[4]– العثيمين: محمد بن صالح بن محمد (ت: 1421هـ)، الشرح الممتع في زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، 1428هـ، ط1، ج13، ص373.

المبحث الثاني: مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة وشروط إعماله له

منح القانون للقاضي سلطة تقديرية في عدة قضايا، ويتميز هذا الدور بأنه إيجابي ومهم، لكن مع ذلك حدد له مصادر يرجع إليها وشروط لا يتعداها، وهذا ما تطرقنا إليه في هذا المطلب من خلال فرعين، ففي الفرع الأول: قمنا بذكر مصادر النشاط التقديري للقاضي، وفي الفرع الثاني: شروط إعماله لهذه السلطة.

المطلب الأول: مصادر النشاط التقديري للقاضي الأسري

تطرقنا في هذا المطلب إلى مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة حيث تناولنا في الفرع الأول مصادر النشاط التقديري للقاضي حسب كل قضية أما في الفرع الثاني فتطرقنا إلى مصادر النشاط التقديري للقاضي التي يبنى عليه حكمه.

الفرع الأول: عناصر النزاع

تعد عناصر النزاع المادة الأساسية والأولية التي تحدد وجهة القاضي وعمله وتحدد مناط اجتهاده، وهي المصدر الأول للمعلومات عن الدعوى، فمن خلال عناصر النزاع يستكشف ما إذا كان مختصا بالنظر في الدعوى وقبول سماعها واختيار الصالح منها والتقيد بها دون الخروج عنها أو إضافة وقائع أو الطلبات لم يطلبها الخصوم، فأطراف النزاع عند رفع الدعوى هم أحرار في عرض ما يريدون من وقائع وحجب ما يريدون عنه[1].

والقاضي في تقديره للنزاع غير مقيد فيه وحر في إعطاء تكييف قانوني جديد للنزاع كل ما بدا له التكييف الذي قدمه الخصوم غير ملائم باستثناء تلك التي يفرضها القانون حسب نص المادة 29من ق.إ.م. إ[2].

الفرع الثاني: القاعدة القانونية

تعد القاعدة القانونية هي المصدر الأول الذي يستند إليه القاضي في حكمه على النزاع المطروح أمامه، ولكنها المصدر الثاني في النشاط التقديري للقاضي حسب كل قضية، والقاعدة

[1]– نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، د ط، 2008، ص126.

[2]– بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، الجزائر، 2009، ط2، ص67.

القانونية عبارة عن قاعدة سلوكية تنظم النشاط للأفراد في المجتمع ويترتب على مخالفتها حلولا قانونية على شكل جزاءات أو التزامات تقوم السلطات العامة في المجتمع بفرضه[1].

الفرع الثالث: وسائل الإثبات التي يستعين بها القاضي في تكوين اقتناعه

الإثبات هو إقامة الدليل على وجود واقعة قانونية أو تصرف قانوني يرتب أثاره بغية الوصول إلى الحقيقة والبحث عنها لاسيما أمام القضاء[2]، ووسائل الإثبات تعتبر من الوسائل المهمة التي يستعين بها القاضي في تكوين اقتناعه للوصول إلى الحكم المناسب في القضية فهي تبين للقاضي صدق الدعوة من عدم صدقها وينعكس أثرها على الحكم عليها وتتمثل وسائل الإثبات التي تساعد القاضي في مايلي:

أولا-الشهادة: الشهادة هي سماع أقوال أشخاص بصدد إثبات وقائع قانونية معينة أو نفيها[3].

ثانيا-اليمين المتممة: وهي وسيلة من وسائل إثبات الوقائع المادية يوجهها القاضي إلى أحد الخصوم ليتم أو يكمل بها دليل يقدر أنه غير كاف [4].

ثالثا-القرائن القضائية: القرائن القضائية وهي عكس القرائن القانونية التي هي من استنباط المشرع وهي تدخل ضمن الطرق المعفية من الإثبات[5].

رابعا-الخبرة: تعتبر الخبرة من الوسائل التي يلجأ إليها القاضي ليجسد بها اقتناعه عند تعارض الأدلة المقدمة من طرف الخصوم، غير أن اللجوء إلى الخبرة لا يكون إلا في المسائل التي تتجاوز معارف القاضي[6].

---

[1]- صلاح الدين شروخ، الوجيز في المنهجية القانونية التطبيقية، دار العلوم للنشر والتوزيع، ط1، 2010، ص09.

[2]- بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 106.

[3]- أحمد سي علي، مدخل العلوم القانونية نظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، دار الهومة، الجزائر، 2010، د ط، ص276.

[4]- أحمد سي علي، المرجع السابق نفسه، ص 278.

[5]- عبد المجيد زعلاني، مدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق، دار الهومة، الجزائر، د ط، 2011، ص75.

[6]- بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 131.

المطلب الثاني: شروط إعمال قاضي شؤون الأسرة لنشاطه التقديري

حتى يكون لقاضي شؤون الأسرة صلاحية إعمال سلطته التقديرية في القضايا المعروضة أمامه لا يتأتى له ذلك إلا من خلال توفر شرطين كالتالي:

الفرع الأول: شروط إعمال قاضي شؤون الأسرة لنشاطه التقديري في قانون الأسرة الجزائري

أولا: الاختصاص القضائي: الاختصاص القضائي من أهم المسائل التي يجب مراعاتها قبل النظر في موضوع الدعوة وهو أول نشاط تقديري يقوم به القاضي وقاضي شؤون الأسرة، فحتى تكون له الولاية الكاملة في النظر في دعوة مقدمة أمامه عليه أن يكون مختصا سواء الاختصاص النوعي أو الإقليمي.

1-**الاختصاص النوعي:** يقصد بالاختصاص النوعي ولاية الجهة القضائية باختلاف درجاتها بالنظر في نوع محدد من الدعاوى [1]، وقاضي شؤون الأسرة مختص في جميع ما ورد في قانون الأسرة غير أن المادة423 من ق.إ .م. إ نصت على أهم الدعاوى التي ينظر فيها قسم شؤون الأسرة، باعتبارها أهم القضايا التي تعرض أمام القضاء، وجاء ذكرها على سبيل المثال وليس الحصر وهي:

- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في ق. أ.ج.
- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة.
- دعاوى إثبات الزواج والنسب.
- الدعاوى المتعلقة بالكفالة.
- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم.

2-الاختصاص الإقليمي: الاختصاص الإقليمي هو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعوى المرفوعة أمامها استنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتفسير القضائي[2].

---

[1]- بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 74.

[2]- بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 83.

ثانيا: توفر الدعوى على شروط قبولها: حتى يتسنى لقاضي شؤون الأسرة مناقشة موضوع الدعوى عليه أولا أن يتحقق من شروط قبولها، وهو أول نشاط ذهبي يقوم به قاضي شؤون الأسرة للوصول من خلاله لمناقشة موضوع الدعوى، وبالتالي إعمال سلطته التقديرية فيها، وأهم شرطين حتى تكون الدعوى مقبولة أمام القضاء هما: الصفة والمصلحة المادة 13 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

1-الصفة: هي العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها[1].

2-المصلحة: يقصد بالمصلحة المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء[2].

الفرع الثاني: شروط السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية

أولا-عدم مخالفة النص من الكتاب أو السنة[3]: إما أن يكون الحكم موجودا في الكتاب والسنة أو أحدهما ومصرحا به فتكون السلطة التقديرية مقيدة، وأما إذا خيره النص أو سكت عن بيان حكم تلك القضية كانت له حرية التعامل في هذه القضية بعد النظر في بقية الشروط.

ثانيا-عدم مخالفة السلطة التقديرية للإجماع: وذلك إذا لم يجد الموظف الإداري مراده في النصوص انتقل إلى الإجماع، فإن لم يكن في المسألة إجماع أيضا نظر في الشروط.

ثالثا-عدم مخالفتها للقياس الجلي: وذلك إذا لم يكن منصوصا عليها في الشروط السابقة فيلجأ إلى القياس الجلي[4].

والقياس الجلي هو: ما كانت العلة فيه منصوصة، أو غير منصوصة، ولكن قطع فيه بنفي تأثير الفارق بين الأصل والفرع[5].

---

[1]- بشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 1998، ص67.

[2]- بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص38.

[3]- نذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة -دراسة مقارنة-، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، جامعة الإمام محمد بنسعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1412 هـ، ص 102.

[4]- ابن قدامة: عبد الله، روضة الناظر وجنة المناظر، المطبعة السلفية، ج2، 1391هـ، ص200.

[5]- الآمدي: علي بن أبي علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ج3، ص 63.

رابعا- عــدم مخالفتها لمقاصد الشارع: فالشريعة الإسلامية ما جاءت إلا بقصد تحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم ويقول ابن تيمية: " إن الشريعة الإسلامية جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها ". ومن ثم فإن السلطة التقديرية مقيدة بهذه المقاصد[1].

خامسا- عدم مخالفة السلطة التقديرية للعرف: ويمكن أن نعرف العرف بأنه: ما استقر في النفس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول[2]. ومن أدلة اعتبار العرف من القرآن الكريم قوله تعالى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُود لَهُ رِزْقُهُن وَكِسْوَتُهُن بِالْمَعْرُوف﴾ [البقرة: 233]، ومن السنة عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن هذا البلد حرام، لا يعضد شوكه، ولا يختلي خلاه، ولا ينفر صيده، ولا تلتقط لقطته إلا لمعرف"[3].

ومن خلال هذه النصوص يتبين لنا أن موقف الشريعة من العادات حيث يتضح أنها أقرت الصالح منها، وهذبت منها ما كان في حاجة إل التهذيب، وأبطل ما كان غير ذلك.

سادسا- أن لا يؤدي إلى فتح ذريعة للفساد : والذرائع هنا يقصد بها: الطريق والوسائل التي تؤدي إلى آثار مذمومة أو فاسدة أو ضارة.وهذه الذريعة يجب سدها وهذا ما يسمى بسد الذرائع[4].

---

[1]- ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس احمد بن عبد الحليم (ت: 728ه)، منهاج السنة، الطبعة الأميرية، ط1، 1331ه، ج1، ص147.

[2]- الغزالي: محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، المطبعة الأميرية، بولاق، ط1، ج2، ص138 .

[3]- البخاري: محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، طبعة الآستانة، تركيا، ج3، ص 75.

[4]- محمد هشام البرهاني، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، مطبعة الريحاني، بيروت، ط1، 1406ه، ص 80.

الفصل الأول:

سلطة القاضي التقديرية في إنهاء الرابطة الزوجية

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق التعسفي والنشوز

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في التطليق

من المعلوم أن الشريعة الإسلامية لم تلزم الزوجين على إكمال زواجهما في حال ما إذا وجدا سعادتهما في هذا الزواج، وقد أعطى لهما أحكاما خاصة في الانفصال والتي تتمثل في الطلاق والتطليق، ومن المعلوم أيضا أن أحد الزوجين قد يعصي زوجه ولا يحترم عقد الزواج وهو ما يسمى بالنشوز، وما نعرفه أن هذه الأحكام الخاصة بالطلاق والتطليق والنشوز منظمة، لكن يبقى الخلل في بعض الجزئيات والتي تحتاج إلى إعمال رأي القاضي فيها، فيعمل فكره ليبحث ويتحرى هل الزوج متعسف في طلاقه أم لا، وهل هناك سبب أو أسباب تدعو إلى التطليق، ومعرفة ما إذا كان عصيان أحد الزوجين يعتبر نشوزا أم لا، كل هذا يقتضي تدخل القاضي بتقديره ولا سيما التعويض عن الضرر، كما أن تعديل قانون الأسرة الجزائري الأخير لسنة 2005 سلب من القاضي سلطته التقديرية في الخلع؛ إذ أصبح الخلع بدون موافقة الزوج، فإذا أرادت الزوجة خلع زوجها حكم لهما القاضي بالخلع مباشرة، ومع ذلك فإنه أبقى للقاضي سلطة تقديرية في بدل الخلع إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، وسنتطرق في هذا الفصل إلى كل ما ذكرناه في هذه المقدمة.

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق التعسفي والنشوز

الأصل أن الطلاق حق مباح للرجل، وهو بيده، لكن إذا تمادى الزوج في هذا الحق فإنه سيعتبر متعسفا كما أن عقد الزواج يوجب على الزوجين احترام بعضهما البعض فإذا أضر الزوج بالزوجة أو خرجت هي عن طاعته بلا سبب مقنع فإن القانون يحميهما ويعوضهما، وحتى لا يستعمل هذا الحق لمصالح أحد الزوجين كادعاء الزوجة أن الزوج تعسف في طلاقها أعطى القانون للقاضي سلطة واسعة في معرفة ذلك، وهذا المبحث يحتوي على مطلبين، ففي المطلب الأول بعنوان دور القاضي في تقدير الطلاق التعسفي وفي المطلب الثاني دور القاضي في تحديد حالات النشوز.

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق التعسفي

سنتناول في هذا المبحث مفهوم الطلاق التعسفي وهذا في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني: مجال إعمال القاضي سلطته في الطلاق التعسفي.

الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي

في هذا الفرع نتعرف على الطلاق من تعريف وحكم وأحكام، ثم نعرف التعسف وصولا إلى الطلاق التعسفي (تعريفه وحكمه وصوره ثم معايير الطلاق التعسفي).

أولا: مفهوم الطلاق

1-تعريف الطلاق لغة: الطلاق لغة من طَلَّق يُطَلق، يقال طلقت البلاد أي فارقتها، وطلقت القوم أي تركتهم، وطَلاق النّساء يأتي بمعنيين: أحدهما: حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى التخلية والإرسال[1].

2-تعريف الطلاق اصطلاحا: أما الطلاق عند فقهاء الشريعة فقد اختلفوا في تعريفه باختلاف مذاهبهم ولكن كان المؤدى واحد وكان الإجماع على أن الطَّلاق هو حل قيد النكاح، ونختار منها تعريف المالكية كونه تعريف جامع مانع: صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها

[1]- ابن منظور: محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ط1، 2005، ص 2404-2405.

مرتين للحر ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل زوج[1]، ومن التعريفات الجامعة المانعة أيضا تعريف الحنفية بقولهم: رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص[2].أما عن تعريف الطلاق في قانون الأسرة الجزائري: على حسب التعديل الصادر في 2005/05/27 بنصه: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق..."[3] فإنه لم يعطي تعريفا للطلاق وجعله إحدى حالات انحلال الرابطة الزوجية.

3-**مشروعية الطلاق:**

أ-الأدلة على مشروعية الطلاق في القرآن الكريم: كقوله تعالى﴿**لَا جُنَاحَ عَلَيْكُم إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن**﴾ [البقرة: 236].

وجه الدلالة: نفى الله الحرج على الذي يطلق زوجته بعد العقد عليها وقبل الدخول.

ب-الأدلة على مشروعية الطلاق من السنة:

أدلة كثيرة منها أن عبد الله بن عمر-رضي الله عنهما- طلق امرأته وهي حائض، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال: مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إذا شاء أمسك بعد وإن شاء طلَّقَ قَبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء[4].

وجه الدلالة: بين النبي صلى الله عليه وسلم أن الطلاق المشروع هو الذي يقع في طهر ولم يمسها فيه.

---

[1]- الرعيني: أبو محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبط الشرح زكريا عميرات 268/5، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، ط 1، 1995.

[2]- الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي الحنفي: الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، المطبوع مع حاشية رد المحتار لمحمد أمين الشهير بابن عابدين 227/3-228.

[3]- القانون رقم 84/11 مؤرخ في 9 يونيو المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005.

[4]- البخاري: محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح المسند، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد 286/3، حديث رقم 5251، مكتبة الأصولي دمنهور، بدون طبع، 1998.

4-خضوع الطلاق للأحكام التكليفية: تعتري الطلاق الأحكام التكليفية الأربعة وهي كونه واجبا أو حراما أو مكروها أو مستحبا، ولا يكون مباحا؛أي بلا سبب: لأن كونه مباحا يؤدي إلى مفاسد كثيرة، وفيما يلي هذه الحالات:

أ- الطلاق الواجب: ومن ذلك حالة علم الزوج أن بقاء زوجته معه يلحق بها ضررا كتقصيره في النفقة[1].

ب- الطلاق المحرم: وذلك في حالات منها: كأن تعلق بها وخشي إن طلقها وقع في الزنا أو لعدم قدرته على تزوج غيرها[2].

وكذلك طلاق الحائض[3].

ت- الطلاق المكروه: ومن ذلك إذا كان يرغب في النكاح ويرجو به نسلا، وبقاؤها لم يؤدي إلى منعه من عبادة واجبة، ولم يخش الوقوع في الزنا إن طلقها[4].

ث- الطلاق المستحب: ومثال ذلك إذا كانت مفرطة في حقوق الله تعالى، أو تلحق الضرر بالزوج حالة الشقاق، أو غير عفيفة[5].

5- الحكمة من مشروعية الطلاق:

الأصل أن عقد الزواج عقد أبدي والذي أقامه الإسلام على أساس المودة والرحمة، قال الله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾[الروم21].

ويجب دفعُ الطلاق ابتداءً بأحكام ووسائل كثيرة مثل العدة والصُّلْح وغيرهما، لكن ماذا إن لم تنفع كل هذه الأحكام والوسائل في استمرار الحياة الزوجية على أساس المودة والرحمة وأصبح الضرر الذي يلحق بالزوجين في اجتماعهما أكبر من الضرر الذي يلحقهما عند فراقهما؟ وهنا تأتي

---

[1]- الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي الكبير، تخريج آيات وأحاديث محمد عبد الله شاهين 239/3 دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط1، 1996.

[2]- المرجع السابق نفسه، ص 239/3.

[3]- ابن قدامة: موفق الدين عبد الله بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، تحقيق محمد فارس وسعد عبد الحميد السعدني 106/3، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، ط1، ص 1993.

[4]-الدسوقي، حاشية الدسوقي الكبير، 239/3.

[5]- ابن قدامة، الكافي، 106/3.

الحكمة من مشروعية الطلاق وتظهر رحمة الله بالخلق فجعل الطلاق سبيلا للخلاص وقال تعالى ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ﴾[النساء 120].

ثانيا: تعريف التعسف:

1-تعريف التعسف لغة:

تتضمن كلمة تعسف أو عسَف عدة معاني تجتمع حول الميل والانحراف والإقبال على الشيء أو الفعل بلا ترو والأخذ بالقوة والعنف والظلم.

2- تعريف التعسف اصطلاحا

لم يكن التعسف عند الفقهاء القدامى كنظرية مستقلة[1]، وإنما تطرقوا له عبر مسميات مختلفة مثل الاستعمال المذموم للشاطبي والمضارة في الحقوق عند ابن القيم الجوزية[2]. أما الفقهاء المعاصرين فهناك من نظر للتعسف على أنه نظرية لها أركانها وأسسها وتطبيقاتها الخاصة بها واختلفوا بذلك في تعريفها[3]، واخترنا منها تعريف الدكتور فتحي الدريني لوضوحه أكثر: "التعسف هو مناقضة قصد الشارع في تصرُّف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"[4].

ويعرف التعسف في ق.أ.ج: تطرق المشرع الجزائري للتعسف في المادة 124 مكرر من القانون المدني[5]، لم يعرفه صراحة وجاء في المادة على النحو التالي: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما إذا: وقع بقصد الإضرار بالغير، أو كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنظر إلى الضرر الناشئ للغير، أو كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

ثالثا: مفهوم الطلاق التعسفي

[1]- تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، دار الفكر العربي، ط1، مصر 2009، ص26.

[2]- المرجع السابق نفسه، ص26.

[3]- المرجع السابق نفسه، ص 26.

[4]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، بيروت1988، ص8.

[5]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

1-**تعريف الطلاق التعسفي:** الطلاق كطريق لفك الرابطة الزوجية لا يخلو من التعسف، فإن الطلاق حتى يكون سنيا ومشروعا قيده الإسلام بقيود ولم يجعله مطلقا وذلك حتى لا يعد تعسفا، كذلك فإن القضاء الجزائري قد اعتاد على مساءلة الزوج عن الأسباب التي دفعت به إلى الطلاق ودراستها.

لم ينص الفقهاء القدامى على تعريف الطلاق التعسفي صراحة ولكنهم عبروا عنه بألفاظ مثل: الطلاق من غير حاجة أو ضرورة مخالفة الشارع[1]. أما المشرع الجزائري قد اكتفى بنص المادة 52 من قانون الأسرة: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[2].

2-حكم الطلاق التعسفي:

الأصل أن الطلاق لغير حاجة محرم لقوله تعالى﴿ **فَإِنْ أطعنكم فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيْلاً**﴾[النساء 34].

ورجح هذا ابن عابدين[3]، إلا أنه إن كان طلاقا تعسفيا فإنه يقع بالاتفاق[4]، وتترتب عليه آثاره كذلك[5]، عدا المتعة بالنسبة للقائلين بوجوبها[6].

كما نص المشرع الجزائري على هذا النوع من الطلاق في المادة 01/51 من الأمر 02/05: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[7]، فترتيب المشرع التعويض على هذا النوع من الطلاق يدل على مخالفة الزوج المطلق.

3- صور الطلاق التعسفي:

---

[1]- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2]- جوابي فلة، دور الاجتهاد القضائي في الحد من ظاهرة الطلاق التعسفي في قانون الأسرة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني عشر، دون ذكر سنة النشر، ص2.

[3]- ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، دار علم الكتب، الرياض، ط1324هـ/2003م، ج 04، ص 482.

[4]- المرجع السابق نفسه، ص 428.

[5]- محمد الحسن مصطفى البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق، ص 471.

[6]- ابن رشد: بداية المجتهد، دار المعرفة، بيروت، ط06، 1403 هـ/1983م، ج02، ص 97 وما بعدها.

[7]- القانون رقم 84/11 مؤرخ في 9 يونيو المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005.

يتخذ الطلاق التعسفي عدة أشكال منها طلاق المريض مرض الموت، طلاق المرتد، نشوز أحد الزوجين، ولعل من أهمها الطلاق أو التطليق قبل البناء، حيث جاء في الملف رقم 217179 بتاريخ 1999/03/16: "ومتى تبين في قضية الحال، أن الطاعن عقد على المطعون ضدها مدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها، إن الزوجة تضررت خلال هذه الفترة ماديا ومعنويا، مما يثبت تضررها طبقا لأحكام المادة 53 من ق.أ"[1] .

وعليه فإن تعويضها يكون على أساس تعسف الزوج.

4-معايير الطلاق التعسفي:

لم ينص المشرع الجزائري عن معايير الطلاق التعسفي، ويمكن القول بأن معايير الطلاق التعسفي كالتالي:

أ-ألا يقع بلا سبب ويؤدي بالمطلقة إلى وقوع الضرر وإلى الفاقة والاحتياج[2]: باستثناء الطلاق بتراضي الزوجين[3].

ب-أن يكون بلا سبب معقول[4]: أي إذا كان طلاق الزوج غير مبرر.

الفرع الثاني: مجال السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق التعسفي

أولا: السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق التعسفي

لا يوجد نص في قانون الأسرة يجعل طلب الزوج للطلاق موقوفا على أسباب معينة، ولهذا فإن للقاضي حق مساءلة الزوج فيما إذا كانت الأسباب جدية ومشروعة أم لا، فإذا تبين له أن الزوج متعسف في استعماله لحق الطلاق طبق المادة 52 من قانون الأسرة: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وتبدو مهمته في ذلك صعبة ومع ذلك ستسهل إذا استعان بما يلي:

---

[1]- المحكمة العليا: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 99.

[2]- عبد الرحمن الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط03، 1403هـ/1983م، ج01، ص109.

[3]- سليمان ولد خسال: الميسر ي شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، ط01، 1432هـ/2010م، ص121.

[4]- المرجع السابق نفسه، ص 121.

1- أن يحكم ضميره المهني.

2-أن يستعين بوكيل الجمهورية الذي أصبح طرفا أصليا في منازعات الأسرة.

3- أن يستثمر جلسات الصلح التي تعقد بحسب المادة 29 من ق.أ.ج، بحيث يستطيع أن يقدر تعسف الزوج من عدمه.

4-يمكن له أيضا أن يستعين بتقرير الحكمين حسب المادة 33 ق.أ.ج[1].

ثانيا: السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الطلاق التعسفي

يملك القاضي سلطة تقديرية مطلقة في مبلغ التعويض مستعينا بأحكام المادة 79 ق.أ.ج، والتي نصت على أنه "يراعي القاضي في تحديد النفقة حال الطرفين، وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة".

ومن خلال هذه المادة أوجب المشرع التعويض عن الطلاق التعسفي بشرط وجود عنصرين متلازمين حتى يكون الطلاق تعسفيا:

أ-أن يتبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق.

ب-أن يتحقق القاضي من لحاق الضرر بالمطلقة[2].

فلم يحدد المشرع الجزائري حدا أعلى وأدنى للتعويض عن الطلاق التعسفي، فترك ذلك للقاضي[3] الذي يقدر المبلغ باعتبار الدخل الشهري والظروف المعيشية للرجل وغير ذلك[4].

إذن فللقاضي سلطة تقديرية في الطلاق التعسفي والتعويض من خلال: مساءلة الزوج عن أسباب الطلاق حتى يتسنى له معرفة الطلاق تعسفي أم لا، وتقدير التعويض عن هذا النوع من الطلاق.

---

[1]-سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، شركة الأصالة، الجزائر، ط1، 2012، ص116.

[2]- محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وق.أ.ج، ص 82-83.

[3]- مبروك المصري، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري-دراسة فقهية مقارنة-، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص233.

[4]- نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، ص264.

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في النشوز

جاء في المادة 55 من قانون الأسرة: " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر". ومن خلال هذا النص فإن المشرع لم يعطي تعريفا ولا شروطا للنشوز ولم يحدد حالاته وترك الأمر للاجتهاد القضائي والذي بدوره يرجع إلى أحكام المادة 222 والتي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وما تطرقنا إليه في هذا المطلب هو مفهوم النشوز في الفرع الأول، أما الفرع الثاني مجال سلطة القاضي التقديرية في النشوز.

الفرع الأول: مفهوم النشوز

أولا: تعريف النشوز

1-تعريف النشوز لغة: معناه الارتفاع والتعالي والنهوض، ويقال نشزت الزوجة بزوجها أي استعصت وأساءت العشرة فهي ناشز، وقد يكون النشوز من الزوج أو الزوجة.

2- تعريف النشوز اصطلاحا: لم يختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف النشوز، ومن بين التعريفات التي عرفوه بها: "نشزت المرأة زوجها إذا عصته وخرجت عن طاعته ونشز عليها زوجها إذا جفاها وأضر بها"[1].

ويمكن تعريف النشوز بأنه عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج، ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك[2].

ثانيا: أمثلة عن نشوز الزوجين

1-حالة نشوز الزوج:

إنَّ امتناع الزوج عن توفير سكن مستقل للزوجة بعد الحكم به يعتبر نشوزا منه، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/4/21.

حيث أقرت: " من المقرر قانونا أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم

---

[1]- إبن أثير، المرجع النهاية، الجزء الخامس، ص 56.

[2]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص309.

القاضي بالطلاق والتعويض للمتضرر ومتى ثبت في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون." وعلى القاضي إعمال سلطته التقديرية للقول بتوفر النشوز من عدمه، ومراقبة مدى توفر السكن الزوجي المستقل، فلا بد من إعمال القاضي لسلطته فمثلا امتناع الزوجة من الرجوع إلى بيت الزوج الملائم لا يعد نشوزا في حال رفض الحضور شخصيا لإرجاع زوجته[1].

2-حالة نشوز الزوجة

تعد الزوجة ناشزا في حال امتناعها عن الرجوع إلى البيت الزوجي، بعد صدور حكم نهائي يلزمها بذلك وامتنعت عن تنفيذه بشرط أن يقوم الزوج بالسعي لإرجاعها وإمهالها[2].

الفرع الثاني: مجال السلطة التقديرية للقاضي في تحديد حالات النشوز

عالجت المحكمة العليا مسألة النشوز في العديد من اجتهاداتها ونرى ذلك في قرار لها جاء فيه: "**متى كان من المقرر شرعا أن سقوط النفقة عن الزوجة لايكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية، وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض، إذ كان من الثابت – في قضية الحال – أن الزوجة طالبت الحكم لها بالرجوع إلى محل مستقل عن أهل زوجها تفاديا لكل ماعساه أن يلحقها من ضرر والحكم لها بمطالبها من قضاة الموضوع فإنه لامبرر لاعتبار الزوج في حالة نشوز ولا تستحق النفقة المقررة لها مادام لم يثبت نشوزها أمام القضاة فإن نفقتها تظل مستمرة ومستحقة لها، مما يجعل القرار المطعون فيه مؤسسا تأسيسا قانونيا وشرعيا ومتى كان ذلك استوجب رفضه**[3].

---

[1]- عثمان كرجاني، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وانحلال الرابطة الزوجية، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق، 2011-2012، ص169.

[2]- عثمان كرجاني، المرجع السابق نفسه، ص 186.

[3]- م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ 1984/07/09، م ر 33762، م ق 1989، عدد 04، ص 119.

إن سلطة القاضي التقديرية تتمثل في التحقق من أسباب امتناع الزوجة من الرجوع إلى بيت الزوجية، وأن يتفحص جيدا الأسباب التي تثيرها الزوجة فإن كان السبب مثلا هو عدم توفير الزوج سكنا لها بعد الحكم عليه فإن الزوجة هنا لا تعتبر ناشزا[1]، بل ينبغي أن يسعى الزوج لإرجاعها وذلك حفظا لكرامتها وعزتها، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها أنه: "**من الثابت شرعا وفقها أنه في حالة الخصام بين الزوجين، فإن حضور الزوج إلى بيت أهل الزوجة وطلب رجوعها إلى بيت الزوجية مرغوب لرد كرامتها وبناء حياة زوجية صحيحة ولما كان من الثابت–في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بجعل مسؤولية الطلاق على عاتق الزوجة باعتبارها ناشز، فإنهم أخطأوا في تفسير القانون والشرع، لأن الزوجة لا تعتبر ناشزا بل اشترطت لرجوعها حضور الزوج إلى بيت أهلها لرد كرامتها وهوالشرط الذي تنتفي معه حالة النشوز بأغلبية آراء الفقهاء، فإنهم أخطأوا في تفسير القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه**[2].

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في التطليق

منح الفقه والقانون للمرأة حق طلب الطلاق وهو ما يعرف بالتطليق، وذلك متى توافرت الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، والقاضي يتمتع بسلطة واسعة في تقدير أسباب التطليق، وهو ما ذكرناه من خلال هذا المبحث، حيث قمنا في المطلب الأول بالتطرق إلى مفهوم التطليق، وفي المطلب الثاني إلى مجال سلطة القاضي في تقدير أسباب التطليق.

المطلب الأول: مفهوم التطليق

في هذا المطلب نعرف التطليق لغة واصطلاحا وفيه: تعريف التطليق في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ثم نذكر الدليل على مشروعية التطليق.

الفرع الأول: تعريف التطليق

[1]– مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في مسائل الطلاق– دراسة مقارنة – رسالة دكتوراة، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009–2010، ص 206.

[2]– م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ 1998/02/17، م ر 184055، م ق 1998، عدد 02، ص85.

أولا: تعريف التطليق لغة: التطليق لغة مأخوذ من الفعل طلق، يطلق، طلاقا، تطليقا، فهو مأخوذ من الإطلاق ومعناه الترك، فنقول طلقت المرأة زوجها وتطليقها منه بمعنى خلاها من قيد الزواج وتطليق الرجل من قومه يعن يتركهم ومفارقتهم[1].

ثانيا: تعريف التطليق اصطلاحا: الأصل أن الطلاق حق بيد الزوج، غير أن الزوجة إن لم تجد سعادتها في الحياة الزوجية أن ترفع الأمر إلى القاضي ليفرق بينها وبين زوجها، وهذا ما يسمى بالتطليق ويكون بناء على طلب الزوجة وأمام القضاء واستنادا إلى القانون[2]. والمشرع الجزائري لم يخص التطليق بتعريف معين واكتفى بذكر أسبابه في المادة 53 ق.أ.ج، وأدرجه ضمن مفهوم الطلاق من خلال نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "**مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54من هذا القانون**".

ويمكننا تعريف التطليق بأنه: رغبة الزوجة في حل الرابطة الزوجية القائمة بينها وبين زوجها لسبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة[3]. والتطليق يكون بحكم قضائي، رغم معارضة الزوج، وهذا طبقا للمادة 35 التي سبق ذكرها[4].

الفرع الثاني–الدليل على مشروعية التطليق

1–الدليل على مشروعية التطليق من الكتاب: لم ترد آيات تدل صراحة على مشروعية التطليق، إلا أن هناك منها ما يدل ضمنيا على أن للمرأة حق التطليق إذا لحق بها ضرر، منها قوله تعالى﴿**وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا**﴾[البقرة: 243]

2–الدليل على مشروعية التطليق من السنة: روى حميد ابن عبد الرحمن عن أبي موسى قال، قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "**يقول أحدكم لامرأته قد طلقتك قد راجعتك ، ليس هذا طلاق**

---

[1]– المنجد الأبجدي، الطبعة الثامنة، دار المشرق، بيروت، لبنان_ توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب_الجزائر، ص665.

[2]–العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص273.

[3]– فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة، مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة طالب، الجزائر 2008، ص35.

[4]– لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر2006، ص96.

المسلمين تطلق المرأة من قبل عدتها". و هذا التنظيم عن رسول الله للطلاق و التفرقة بين طلاق المسلمين و طلاق غيرهم هو دليل مشروعية الطلاق.

3- الدليل على مشروعية التطليق من الإجماع : انعقد الإجماع منذ عصر رسول الله صلى الله عليه و سلم حتى اليوم على جواز الفرقة ، و هي محظورة ولا تباح إلا لحاجة أو ضرورة ، و إباحته مقيدة.

المطلب الثاني: مجال السلطة التقديرية القاضي في التطليق

سبق وقلنا أن للقاضي سلطة واسعة في تقدير أسباب التطليق، ويمكن تقسيم سلطة القاضي في التطليق إلى ثلاث أقسام: الفرع الأول: سلطته في التطليق للتخلي عن الالتزامات العائلية والزوجية، الفرع الثاني: سلطته في التطليق للهجر في المضجع، الفرع الثالث: سلطته في التطليق للضرر وهذا ما سنعرضه من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي في التطليق للتخلي عن الالتزامات العائلية والزوجية

أولا: السلطة التقديرية للقاضي في التطليق لعدم الإنفاق

ذهب الأئمة مالك والشافعي وأحمد إلى جواز التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق متى ثبتت صحة دعواها[1]، أي أن للقاضي سلطة تقديرية في النظر في دعوى الزوجة.

وذهب ابن القيم الجوزية إلى أن الزوجة لا تملك حق الفرقة بطلبها لعدم الإنفاق إذا تزوجته وهي عالمة بإعساره، أو كان موسرا ثم أعسر، إلا إذا غرها بأنه موسر[2]، ومعرفة هذا يرجع فيه إلى مساءلة القاضي لهما وتقديره.

---

[1]- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، لبنان، ط4، 1983، ص 579.

[2]- بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، دار التأليف، مصر، ط2، 1996، ص291.

كما أنه من حق الزوجة المطالبة بالتطليق لعدم الإنفاق حسب الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، وقد أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية للقاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق بالشروط التالية:

أ-امتناع الزوج عن النفقة عمدا[1].

ب-أن لا يكون الامتناع عن النفقة بسبب عسره.

ج-أن لا تكون عالمة بعسره وفقره وقت الزواج[2].

يلاحظ أن المشرع الجزائري قد اقتدى بالفقه الإسلامي في هذه الأحكام.

ثانيا: السلطة التقديرية للقاضي في التطليق للهجر في المضجع

المقصود بالهجر في المضجع "هجر الزوج لفراش الزوجة بأن يهجرها مع المبيت معها في غرفة نوم الزوجية وذلك بالإعراض عنها، وعدم قربانها، في حدود الشرع[3].

وقد تطرق المشرع إلى الهجر في المضجع كسبب من أسباب التطليق في المادة2/53

و جاء فيها" يجوز للزوجة طلب التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر" .

وما يشترط في الهجر حتى يكون مبررا قانونيا يخول للزوجة طلب التطليق مايلي:

1-هجر الزوج للزوجة مع المبيت معها في ف ا رش الزوجية، والإعراض عنها، وعدم قربانها.

2- أن يكون الهجر عمديا ومقصودا لذاته.

3- أن يتجاوز الأربعة أشهر متتالية، دون اتصال بينهما[4]

وإذا رفعت الزوجة دعوى التطليق للهجر فإن القاضي لا يجيبها إلا بعد التحقق من وجود شروط التطليق للهجر والتأكد من مدى تعسف الزوج من عدمه[5].

---

[1]- العربي بلحاج، الوجيز في شرح ق.أ.ج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج1، 1999، ص276.

[2]- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، ط3، 2011، ص52-53.

[3]- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 288.

[4] - عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في ق.أ.ج- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي -دار الخلدونية،ط1، الجزائر، 2007، ص 135.

[5]- عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في ق.أ.ج-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي -دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2007، ص 135.

وإذا رفعت الزوجة دعوى التطليق للهجر فإن القاضي لا يجيبها إلا بعد التحقق من وجود شروط التطليق للهجر والتأكد من مدى تعسف الزوج من عدمه[1].

ثالثا: السلطة التقديرية للقاضي في التطليق للغيبة

فرق الحنابلة بين الغيبة لعذر والغيبة لغير عذر، حيث لا يفرق بين الزوجين لعذر، فإذا كان غياب الزوج في مكان غير معلوم، أو في مكان لا يمكن وصول الرسائل إليه، فإنه يحكم بالطلاق متى ثبت الغياب ومضت السنة[2]، وإذا أمكن وصول الرسائل إليه ضرب له القاضي أجلا للحضور أو تقديم عذر وإلا طلقهما[3].

وحسب المادة 5/53 من ق.أ.ج "يجوز للزوجة طلب التطليق من زوجها في حال الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة" وللقاضي إجابة دعوتها بالشروط التالية:

أ-أن تمضي سنة فأكثر على الغياب، وهذا مستمد من الفقه المالكي الذي جعل الغيبة من سنة على ثلاث سنوات[4].

ب-أن يكون الغياب بدون عذر شرعي[5].

ج- إهمال الزوج لنفقة زوجته.

ومع توفر الشروط السابقة فإن كان الزوج في مكان معروف ويمكن وصول الرسائل إليه أمهله بالحضور أو نقلها إليه، وإن لم يفعل أو يقدم عذرا طلق منه زوجته بعد التأكد من إصرارها على ذلك[6]، وقد رأينا أن هذا معظمه مستمد من الفقه الحنبلي.

وطبقا للمادة 113 من ق.أ.ج التي جاء فيها "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري وفي الحالات التي يغلب فيها السلامة يفوض الأمر في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

---

[1]- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 289.

[2]- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، د ط، د ت ن، ص366.

[3]- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، 1990، ط2، ص 165.

[4]- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 296.

[5]- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 37.

[6]- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 299.

فإن هذه المادة تمنح سلطة تقديرية للقاضي في تقدير المدة بعد مضي أربع سنوات إذ يمكن له التريث قبل الحكم بالوفاة.

أما إذا فقد وغلب على الظن هلاكه كأن يفقد في معركة على سبيل المثال؛ فرق القاضي بينهما.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في التطليق للعيوب

نصت المادة 2/53 "يجوز للزوجة طلب التطليق في حالة العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج".

والمقصود بالعيوب هنا: "تلك العلل الجنسية أو الأمراض المنفرة التي من شأنها الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية والتي لا يكون المقام معها إلا بضرر".

وتتمثل سلطة القاضي التقديرية هنا في تقدير الأدلة المقدمة من طرف الزوجة وتكييف نوع وطبيعة العيب الذي يعاني منه الزوج، وهل يحول دون تحقيق الهدف من الزواج أم لا، كما أن له اللجوء إلى أهل الخبرة من الأطباء وإلى الفحوصات الطبية[1].

الفرع الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في التطليق للضرر

1-سلطة القاضي التقديرية في التطليق للشقاق: تتمثل سلطة القاضي التقديرية هنا في بذله الجهد للإصلاح بين الزوجين فيقف على أسباب النزاع بأسلوبه ومعرفته[2].

2-سلطة القاضي التقديرية في التطليق لضرر تعدد الزوجات: أجازت المادة 6/53 ق.أ.ج للزوجة المطالبة بالتطليق حال مخالفة الزوج أحكام المادة 08 التي سمحت بتعدد الزوجات بشروط وتقدير هذه الشروط راجع للقاضي[3]، أما في الفقه الإسلامي فإن زواج الرجل بأخرى لا يعتبر ضررا بالنسبة للزوجة الأولى، وطلبها للتطليق بسبب زواج زوجها بأخرى مخالف للفقه الإسلامي بجميع مذاهبه[4].

---

[1]- دليلة آيت شاوش سعيد، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، مذكرة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 71، 54.

[2]- - أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2013-2014، ص177.

[3]- يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص58.

[4]- محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وق.أ.ج المعدل، دار الوعي، الجزائر، 2012، ص

3-سلطة القاضي التقديرية في التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج: جاء في المادة 19 من ق.أ.ج "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق له كل الشروط التي يريانها ضرورية لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

يتضح من خلال هذه المادة أن للزوجين الحق في اشتراط الشروط التي يريانها ضرورية، وبالتالي فإن مخالفة الزوج لشرط من الشروط يخول للزوجة الحق في طلب التطليق وهذا حسب المادة 9/53 من ق.أ.ج، غير أن مجرد مخالفة الشرط قد لا يخول للمرأة الحق في التطليق إذ يجب التحقق وهذا راجع إلى تقدير القاضي[1].

[1]- عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في ق.أ.ج – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي –، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007، ص140.

خلاصة:

الطلاق مشروع والتعسف فيه محرم فقها وقانونا، فيعمل القاضي سلطته في معرفة وجود ومدى وجود التعسف، ويعمل سلطته أيضا في التحقق من النشوز قبل الحكم، كما له سلطة واسعة ومتعددة في التطليق من خلال تقدير أسبابه، فله السلطة في التطليق للتخلي عن الالتزامات العائلية والزوجية، والسلطة في التطليق للهجر في المضجع، وفي التطليق للضرر.

الفصل الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الآثار الناشئة عن فك الرابطة الزوجية

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الآثار الغير مالية

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الآثار المالية

اتفق الفقهاء على عدم جواز شهادة النساء منفردات في الأحوال الجزائية، وتجوز شهادة النساء منفردات في الأحوال المدنية باتفاق الفقهاء وهذا ما سنتناوله في دراسة الفصل الذي قسمناه إلى مبحثين.

إن فك الرابطة الزوجية لانتهاء عقد الزواج لطلاق أو تطليق أو خلع أو غير ذلك تترتب عليه أثار قانونية وشرعية مهمة ذلك أن عقد الزواج يولد حقوقا وواجبات للزوجين ولا يقتصر الأمر على ذلك فقط بل يمتد أثره إلى الأطفال المشتركين بين الزوجين وتنقسم هذه الآثار من حيث طبيعتها إلى أثار مالية وأخرى غير مالية، كما أن هذه الآثار تحتاج إلى تجسيدها في كثير من الأحيان إلى السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة لضمان الاستقرار الاجتماعي والتوازن النفسي لدى أفراد الأسرة، وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل حيث سنتطرق في المبحث الأول إلى السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الآثار الغير مالية الناشئة عن فك الرابطة الزوجية وسنخصص مبحثا ثانيا للسلطة التقديرية للقاضي في تحديد الآثار المالية الناتجة عن انتهاء الرابطة الزوجية .

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الآثار الغير مالية

إن إنهاء عقد الزواج بفك العصمة الزوجية تترتب عليه آثار غير مالية أو بالأحرى آثار معنوية والمتمثلة في النسب والحضانة واللذان سوف نتناولهما في مطلبين، فخصصنا المطلب الأول خصصناه للسلطة التقديرية للقاضي في ثبوت النسب ونفيه وتطرقنا في المطلب الثاني إلى سلطة القاضي التقديرية في مسألة الحضانة .

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في ثبوت النسب

من أهم مقاصد الزواج في الشريعة هو المحافظة على الأنساب ومنعها من الاختلاط حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها ولولاه لتفككت الأسرة وذابت أواصر الصلات بينها، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب والذي قسمناه إلى فرعين، الفرع الأول (مجال تدخل السلطة التقديرية للقاضي في ثبوت النسب) والفرع الثاني(مجال إعمال القاضي لنشاطه التقديري في نفي النسب).

الفرع الأول: مفهوم النسب

أولا: تعريف النسب

1-تعريف النسب لغة: النسب مفرد الأنساب، ويعني القرابة وهي صلة الدم، ويكون في الآباء خاصة[1].

2-تعريف اصطلاحا: يطلق النسب على القرابة من جهة الآباء باعتبار أن الإنسان ينسب إلى أبيه فقط ولا ينسب إلى أمه إلا في حالتي الزنا واللعان، ويعني النسب أيضا القرابة التي سببها الولادة[2]، والولد ينسب لأبيه كما ورد في القرآن لقوله تعالى(أُدْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللهِ)[سورة الأحزاب: 5]، والنسب يختلف عن التبني الذي حرمته الشريعة الإسلامية، حيث لا ينتمي إلى الأسرة من ليس من أصلابها، أما المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يعرف النسب بل تحدث عن طرق ثبوته من خلال المادة 40 منه وما يليها.

---

[1]- ابن منظور، المصدر السابق، ج1، ص755.

[2]- بختي العربي، المرجع السابق، ص71.

ثانيا: الحكمة من إثبات النسب:

1-المحافظة على الأنساب ومنع اختلاطها.

2-المحافظة على كيان الأسرة كخلية أساسية لتكوين المجتمع.

من أجل ذلك منع الزواج في العدة لقوله تعالى: ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله، ولأجله أمرت المعتدة بالإقرار بها في رحمها في قوله تعالى: والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر.

ومن أجل ذلك حرم على المسلم أن ينكر نسب ابنه الذي من صلبه.

لأجل ذلك حرم المشرع الجزائري التبني في قانون الأسرة من خلال المادة 46 منه، واهتم بالنسب وطرق ثبوته وشروطه في المواد من 40 إلى 45 منه[1].

ثالثا: طرق إثبات النسب

نصت على هذه الطرق وعددتها المادة 40 من ق.أ.ج حيث تنص: "**يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون** "، كما نصت ذات المادة في فقرتها الثانية المضافة بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، بأنه: " **يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب** "ويمكن بيان هذه الطرق على النحو التالي:

1- الطرق التقليدية لإثبات النسب:

-**الزواج الصحيح:** إن الزواج إذا كان كامل الشروط والأركان عد صحيحا وصالحا لإثبات النسب دون اشتراط بينة أو طلب اعتراف ممن سيثبت نسب الولد منه، وهذا متى كان تصور مجيء الولد من هذه الزوجية القائمة ممكنا[2]، وهذا لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: (الولد للفراش[3])وهذا

---

[1]- جمال غريسي، أحكام الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الدار الجزائرية، ط1، ص86، 87.

[2]- محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية (الخطبة والزواج)، دار الشهاب، د ط، د ت، ج1، ص178.

[3]- رواه البخاري، صحيح البخاري، ت ح: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج9، باب لا يجوز نكاح، ج8، باب الولد للفراش حرة كانت أمة، ر.ح: 6749، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ، ص20.

الفراش حتى يكون صالحا لثبوت النسب ومجيء الولد منه لابد من توفر الشروط التالية التي تضمنتها المادتين (41 و42) من ق.أ.ج.

-**أن يكون الاتصال ممكنا:** أي إمكانية التقاء واتصال الزوجين فعلا وعادة، فإن كان الاتصال غير ممكن(مثلا كأن يكون أحد الزوجين غائبا في بلد بعيد وامتد غيابه إلى أكثر من مدة الحمل أو كان سجينا فينتفي النسب دون لعان في رأي الجمهور)[1]، ذلك أنه لا يتصور كون المرأة فراشا للزوج إلا إذا أمكن التلاقي الجسدي بينهما والدخول الحقيقي بها، فلو اعدمت هذه الأمور حسا وعادة ما صح نسب الولد إلى هذه الزوجية[2].

-**أن لا ينفه بالطرق المشروعة:** لكي يثبت نسب الولد من أبيه اشترط المشرع أن لا ينفي نسب هذا المولود بالطرق المشروعة والمتمثلة في اللعان، والذي هو إنكار الزوج نسب ابن زوجته التي في عصمته متى علم به، فإن أنكره فرق بينهما وينسب الابن إلى أمه، وقد استقر الاجتهاد القضائي على أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام (08) من العلم به[3].

-**أن يكون لمدة يتصور مجيء الولد منها:** ولكي ينسب الولد لأبيه لابد أن يكون المولود قد وضعته الزوجة الحامل بين أقل مدة وأقصاها، أما أقل مدة الحمل فقد أجمع الفقهاء على ألا تقل عن ستة (06) أشهر استنتاجا من الآيتين الكريمتين في قوله تعالى: وقوله تعالى: ، فالآية

الأولى حددت الحمل والفصال معا بثلاثين شهرا، والآية الثانية حددت لنا مدة الفصال بعامين، وبخصمنا مدة الفصال من الثلاثين شهرا تبقى ستة أشهر وهي أقل مدة الحمل، وهو ما نصت عليه المادة (42) من قانون الأسرة الجزائري[4].

أما أقصى مدة الحمل فقد تضاربت الآراء الفقهية في تحديده بين (9) أشهر وامتدت إلى سبعة (7) سنوات لدى البعض، أما المشرع الجزائري في قانون الأسرة من خلال المادة (42) فقد

---

[1]- كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، مذكرة مقدمة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2010/2009، ص48.

[2]- محدة محمد، المرجع السابق، ص175.

[3]- جمال غريسي، المرجع السابق، 2022، ص88.

[4]- جمال غريسي، المرجع السابق، ص 88.

أخذ بمدة أقل وهي (10) أشهر[1]، وقد قرر المشرع الجزائري ثبوت نسب الابن من أبيه إذا ولد خلال (10) أشهر من الانفصال أو الوفاة في نص المادة (43) بقولها: "**ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة**".

-**الإقرار:** يعتبر الإقرار الطريق الثاني لثبوت النسب، ولذلك يقول الفقهاء أن الإقرار حجة قاصرة أي لا يسري إلا على المقر إذا تعلق الأمر بالبنوة والأبوة والأمومة، وفي غيرها لا يسري الإقرار على الغير إلا بتصديقه وهو ما نصت عليه المادتين (44و45) من ق.أ الجزائري، والإقرار نوعان:

-**الإقرار بالنسب على النفس:** فقهاء الشريعة كانوا يطلقون على هذا النوع اسم الاستلحاق بأنه ادعاء المدعي بأنه أب لغيره[2]، وقد نصت المادة (44) من قانون الأسرة على أنه: "**يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة** ".

-**الإقرار بنسب محمول على الغير[3]:** هو حمل نسب على الغير، كأن يقول شخص هذا أخي فقد حمل النسب إلى أبيه، ويشترط فيه تصديق المحمول عليه النسب لهذا الادعاء وفق ما جاء في نص المادة (45) من ق.أ.ج على أن: "**الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه**".

-**البينة:** تعتبر البينة الطريق الثالث من طرق ثبوت النسب، وهي الشهادة عند جمهور الفقهاء، ورأى بعضهم أنها كل ما تقوم به الحجة الأدلة من طرق الإثبات، وهي أقوى من الإقرار من حيث الإثبات، وذلك أنه لو أقر إنسان بثبوت بنوة شخص ثم ادعى ثان بعد ذلك وأقام البينة ثبت نسبه بها ولو كان متأخرا، ولا يعتبر هذا فسخا للنسب الأول، إذ النسب لا يقبل الفسخ وإنما بإقامة البينة المقبولة تبين كذب المقر[4].

---

[1]- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري -المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية-، دار الخلدونية، ط1، د ت ن، 2001، ص232.

[2]- محدة محمد، المرجع السابق، ص 182و183.

[3]- جمال غريسي، المرجع السابق، ص90.

[4]- محدة محمد، المرجع السابق، ص 186.

-**نكاح الشبهة:** وهو دخول الشخص على امرأة لا تحل له أصلا من غير علم، معتقدا أنها تحل له ثم تبين أمره وعلم حاله بعد ذلك، فيكون هذا الشخص وقاعه لتلك المرأة بشبهة، وهي مثبتة للنسب ودارئة شخص وقاعه لتلك المرأة بشبهة، فلو أتت امرأة بولد لستة أشهر فأكثر من تلك الفعلة عد ابنا للواطئ لتأكد الحمل منه، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر لا يثبت منه نسب لتأكد أن الحمل حمل به قبل ذلك إلا إذا أثبتته بطريق آخر[1].

-**النكاح الباطل:** وهو الذي حكم القانون بفسخه بعد الدخول لكون المرأة من المحرمات، أو اختل ركن الرضا، فيثبت به النسب إذا توافرت الشروط الواجب توفرها في الزواج الصحيح[2].

2-الطرق العلمية لإثبات النسب: الطرق العلمية لإثبات النسب كثيرة ومتعددة أهمها:

-**البصمة الوراثية:** تعرف بأنها العلامة والأثر الذي ينتقل من الأصول إلى الفروع، أي أنها المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية[3].

الفرع الثاني: مجال السلطة التقديرية للقاضي في إثبات النسب

أولا-تدخل القاضي في تقديره للعلاقة الزوجية وما يلحق بها من زواج فاسد ونكاح شبهة:

إن القاضي في تقديره للزواج الصحيح باعتبارهأقوى طريق يثبت به النسب، يقوم بالتأكد من صحة الزواج، فمتى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال بين الزوجين ولم ينفه الزوج بالطرق المشروعة حسب نص المادة(41) ق.أ.ج وتُحُقِقَ من مدة الحمل المفروضة قانونا المنصوص عنها في المادة (42) ق.أ الجزائري، ما على القاضي إلا إثبات نسب الولد لوالده.

أما سلطة القاضي في تقدير إثبات النسب بعد الطلاق أو الوفاة فعليه التأكد من أقصى مدة الحمل حسب نص المادة (43) ق.أ.ج، وهي (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، غير أن المشرع لم يبين هل من تاريخ الحكم بالطلاق حسب المادة(49) ق.أ.ج، أو من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق.

---

[1]- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2014، ص87.

[2]- كاملي مراد، المرجع السابق، ص50.

[3]- سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مكتبة الكويت الوطنية، ط1، 2006، ص25.

أما الوطء بالشبهة فللقاضي السلطة التقديرية في تقديره للشبهة[1]، أما الأطفال الناتجين عن التلقيح الاصطناعي فللقاضي سلطة تقدير توفر شروط التلقيح الاصطناعي الواردة في المادة 45 مكرر من ق.أ.ج.

ثانيا–تدخل القاضي في تقديره لإثبات النسب بالإقرار:

إن القاضي في إعمال سلطته التقديرية في إثبات النسب بالإقرار يكون بالتأكد من صحة الإقرار وذلك من خلال ما نصت عليه المادتين(44) و(45) من ق.أ.ج، حتى يكون الإقرار صحيحا يجب أن تتوفر فيه ثلاث شروط:

أ– أن يكون المقر له مجهول النسب .

ب– أن يقبله العقل أو العادة .

ت– أن يوافق المحمول علية بالنسب على هذا الإقرار في الإقرار المحمول على الغير.

ثالثا– تدخل القاضي في تقديره لإثبات النسب بالبينة:

إن سلطة القاضي في تقديره لإثبات النسب بالبينة له سلطة أن يقبل شهادة الشهود أو ردها، وبما أن إثبات النسب يقع تسامح فيه ما أمكن طبقا لقاعدة "**إحياء الولد** " فالقاضي له أن يستمع لشهادة أقارب الزوجين أو أجانب لأن قضايا الأحوال الشخصية يجوز فيها شهادة الأقارب وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بتاريخ1998/02/18: "من المقرر شرعا وقانونا أنه من إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة و الأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن بثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له ....حيث انه في غالب الأحيان يرخص القضاة شهادة الأقارب في الزواج والنسب مع أن الشريعة تقبل شهادتهم باعتباره من قضايا الحالة التي تثبت بكل الطرق"[2].

[1]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص484.

[2]– لحسين بن الشيخ آثملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار الهومة، د ط، 2014، ص91، 92.

رابعا– تدخل القاضي في تقديره لإثبات النسب بالطرق العلمية:

أعطى القانون لقاضي شؤون الأسرة صلاحية استخدام الطرق العلمية في إثبات النسب من خلال الفقرة الثانية من المادة (40) ق.أ.ج"**يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب** " حتى يعزز بها اقتناعه سواء بالإثبات أو النفي لأنها تعتبر قرينة يعضد بها اقتناعه في حالة تعارض أدلة إثبات النسب، غير أن المشرع خول للقاضي سلطة تقدير الأخذ بها أو ردها وذلك من خلال نص المادة (144)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة، القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة".

والقاضي له أيضا السلطة التقديرية في حالة تعارض أقوال خبراء البصمة الوراثية أو في حالة تعددت المختبرات فله تقدير الأخذ بها أو ردها[1].

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الحضانة

نظم المشرع الجزائري موضوع الحضانة وقرر له العديد من الأحكام وأعطى في بعضها السلطة التقديرية للقضاء، لتحقيق الهدف المقصود من الحضانة بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا والقيام على تربيتهم على أحسن وجه كما حدد من له الحق في الحضانة ومراتب الحاضنين بحسب القرابة.

الفرع الأول: تعريف الحضانة

أولا: تعريف الحضانة لغة: الحضن مادون الإبط إلى الكشح، (والكشح ما بين الخاصرة والضلوع).والحضن هو الجنب، وحضن الطائر بيضه من باب نصر ودخل إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه[2].

ثانيا: تعريف الحضانة اصطلاحا: هي القيام على تربية الطفل الذي لا يستقل بأمره برعاية شؤونه من تدبير طعامه ونومه وتنظيفه ووقايته عما يهلكه أو يضره [1]، أوهي" الكفالة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه[2].

---

[1]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 500 .

[2]– ابن منظور، محمد بن مكرم المصري الإفريقي، لسان العرب، المجلد الثاني، ج17، لبنان، 1981، ص1232.

الفرع الثاني: مجال السلطة التقديرية للقاضي في الحضانة

أولا: تدخل القاضي في ترتيب الحواضن: من خلال الرجوع إلى نص المادة64 ق. أ.ج يتضح لنا أن الحضانة وإن كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين حسب الترتيب الوارد حصرا في المادة فإنه ليس إلزاميا للمحكمة، وليس من النظام العام، ويجوز للقاضي مخالفته إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها مراعاة لمصلحة المحضون[3]، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ2011/03/10[4]بأنه: " تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من ق.أ.ج، فيخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع."

ويبقى التغيير الذي أحدثه المشرع في المادة 64 من ق.أ.ج في ترتيب مستحقي الحضانة بجعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم وتفضيله على غيره لا يثير إشكالا، ولا يمثل خروجا على أحكام الشريعة، وذلك بما للأب من دور في تربية المحضون، ومصلحة هذا الأخير هي التي توجه القاضي وتحتم عليها اختيار الحاضن الأكثر تحقيقا لهذه المصلحة، وللقاضي الخروج على هذا الترتيب كلما دعت لذلك مصلحة المحضون[5].

ثانيا- تدخل القاضي في تحديد مدة الحضانة: إذا كان قانون الأسرة من خلال المادة 64 ق.أ.ج منه قد رتب أصحاب الحضانة ترتيبا جديدا بعد الطلاق، فإن القانون قد أنشأ وضعا آخر بالنسبة إلى حق الحضانة في فترة ما بين إقامة دعوى الطلاق وما بين إصدار حكم قطعي بالطلاق، حيث نص

---

[1]- مصطفى شلبي، مرجعسابق، ص4.

[2]- أحمد الأمراني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، ط1، دار القلم، الرباط، 2012، ص5 .

[3]- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 3، 1996، ص 293.

[4]- قرار رقم 313469 صادر بتاريخ2011/03/10عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2012، ص285.

[5]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 31.

المشرع في المادة 57 مكرر[1] من ق.أ.ج على إسناد صلاحية واختصاص الفصل في طلب الحضانة بصفة مؤقتة إلى قاضي الأمور المستعجلة.

ثالثا: تمديد الحضانة

من المتعارفعليه أن الحضانة تبدأ من وقت ميلاد الصغير، أما انتهاؤها فيختلف تبعا لاختلاف نوع المحضون بالذكورة أو الأنوثة، نظرا لتباين طبيعة التكوين النفسي والعقلي لكلا الجنسين، وهذه الاعتبارات راعاها المشرع و بنى عليها أحكام مواده، حيث نص في المادة 65 من ق.أ.ج أن حضانة الذكر تنقضي مدتها ببلوغه 10سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وهو محدد ب 19 سنة طبقا للمادة 07[2] ق.أ.ج.

ونظرا لأهميةتمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون، فقد رأى المشرع إمكانية تمديدها إلى سن 16 سنة بالنسبة للذكر بطلب من الحاضنة، وخص هذا الحكم الذكر دون الأنثى بحجة أن هذه الأخيرة مدة حضانتها طويلة– بلوغ سن الزواج– مقارنة مع مدة حضانة الذكر.

و إذا كان المشرع قد سطر الحد الأقصى لتمديد حضانة الذكر، إلا أنه فضل أن يترك هذا الأمر لتقدير القاضي، غير أن هذا الأخير سلطته غير مطلقة، بل مقيدة بشروط قانونية[3].

---

[1]– انظر المادة 57مكرر من الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد15، سنة2005.

[2]– انظر المادة 07 من الأمر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة، مصدر سابق.

[3]– إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، رسالة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015/2014، ص45–50.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الآثار المالية

عقد الزواج هو عقد مدني ويترتب على انتهائه آثار مالية بالنسبة لطرفي العقد أي الزوجين وهذه الآثار المالية تخضع في كثير من الأحيان إلى السلطة التقديرية للقاضي وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث، حيث قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول خصصناه حيث في المطلب الأول خصصناه للسلطة التقديرية للقاضي في تقدير بدل الخلع وأجرة الرضاع والمطلب الثاني تطرقنا فيه إلى مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت.

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير بدل الخلع وأجرة الرضاع

تطرقنا في هذا المطلب إلى سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع (الفرع الأول) وإلى سلطة القاضي في تقدير أجرة الرضاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الخلع

أولا-مفهوم الخلع

1-تعريف الخلع

أ-تعريف الخلع لغة: الخلع بفتح الخاء بمعنى النزع والإزالة فيقال خَلَعَ الشيء يخلَعُه خَلعًا واختلَعَهُ بمعنى نزعه، لقوله تعالى في سورة﴿**إِنِي أَنَا رَبُّكَ فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالوَادِ المُقَدَّسِ طُوَى**﴾[طه: 12]، والنزع في اللغة إخراج الشيء من الشيء، فيقال خالعها: أي أخرجها من مُلك النكاح، وخَلَعَ النعل والثوب والرداء يَخْلَعُه خُلعًا بمعنى جرَدَه[1].

ب- تعريف الخلع اصطلاحا: عرّف فقهاء الشريعة الخلع بأنه: "حل لعقد الزواج في مقابل عوض تلتزم به المرأة"، وعرّفه المالكية بأنه: "طلاق بعوض"[2].

---

[1]-ابن منظور، محمد بن مكرم المصري الافريقي، لسان العرب، لبنان، المجلد الثاني، ج17، 1981، ص1232.

[2]- الجندي: أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري،دار الكتب القانونية، مصر، ص126.

2-حكم الخلع

الشريعة الإسلامية أباحت للزوجة التخلص من حياتها الزوجية لأسباب خاصة كأن ينشأ بينها وبينه خلاف وخصومات، فالشقاق شرط في إيقاع الخلع وقيل يجوز عند تضرر الزوجة.

إن عدم إقبال الزوجة على هذه الرخصة التي أعطتها الشريعة إياها إذ ما رغبت في إنهاء الحياة الزوجية أولى لها وأفضل، شأن ذلك في الطلاق الذي يريده الزوج فالطلاق والخلع مباحان، لكنهما مكروهان يستحسن عدم اللجوء إليهما إلا عندما لا يوجد حل سواهما، أما اذا لم يوجد ما يقتضيهما فهما محرمان شرعا[1].

أما رأي المالكية في الخلع فإنهم يجيزونها عندما توجد عند الزوجة حالة نفسية قاهرة تؤدي إلى سوء العشرة وإلى اختلال نظام الأسرة لكنهم يشترطون أن تكون المرأة مختارة وغير مكرهة على الفراق[2].

ثانيا: مجال السلطة التقديرية للقاضي في الخلع

تناول المشرع الجزائري الخلع من خلال المادة2/54 ق.أ.ج بقولها: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"

من هنا فإن المشرع الجزائري لم يبين لنا ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه مما يتعين معه الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، لاسيما المذهب المالكي؛ باعتباره استعمل مصطلح "مال" ليعبر به عن بدل الخلع، والمال يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقدا أو عينا، فيجب أن يكون مقابل الخلع معلوما ومتفق عليه بين الزوجين.

أما إذا اتفقا على الطلاق بالخلع ولم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع فإنه يجوز للقاضي ان يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين، حول المبلغ المطلوب أداؤه فيحكم

[1]- بختي العربي، المرجع السابق، ص123-124.

[2]- بختي العربي، المرجع السابق، ص 124.

بالطلاق خلعا مقابل ما لا تتجاوز قيمته قيمة المهر الذي يقدم عادة لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة[1].

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في أجرة الرضاع

أولا: مفهوم أجرة الرضاع

يحتاج الطفل في الفترة الأولى من حياته إلى تغذيته بغذاء مناسب له، وأنسب غذاء وأفضله هو لبن الأم، ولما كان الرضاع من قبيل النفقة كان واجبا على الأب لأولاده وليس واجبا على الأم في القضاء أما في الإسلام فواجب عليها[2]وقد دل على وجوبه قوله تعالى﴿ **والوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَن أَرَادَ أَنيُتِمَّ الرَّضَاعَة وعَلَى المَوْلُود لَهُ رزْقهن وكسْوَتُهُنَّ بالمَعْرُوف**﴾[البقرة: 233].

والرضاع في الاصطلاح عرفه ابن عرفة بقوله "وصول لبن آدمي لمحل مظنة غذاء آخر"، وقال الجرجاني "الرضاع مص الرضيع من ثدي الآدمي في مدة الرضاع"[3].

وقد اختلف الفقهاء في استحقاق الأم لأجرة الرضاع سواء كانت زوجيتها قائمة أو أنها في عدتها؟

فذهب الحنفية والمالكية والشافعية في وجه إلى أن الأم لا تستحق أجرة الرضاع إذا كانت زوجيتها قائمة فالرضاع واجب عليها ديانة، بينما ذهب الحنابلة والشافعية في وجه آخر إلى أنها تستحق أجرة الرضاع لقوله تعالى﴿ **فَإِن اَرْضَعْنَ لكُمْ فأتوهن أُجُورَهُنَّ**﴾[البقرة: 23]

أما إذا كانت في عدتها فذهب الحنفية والمالكية إلى أن الأم لا تستحق أجرة الرضاع إذا كانت معتدة من طلاق رجعي، أما المعتدة من طلاق بائن فلها أجرة على الرضاع عند المالكية والحنفية في رواية لأن النكاح قد زال فصارت كالأجنبية[1].

---

[1]– أحمد شامي، المرجع السابق، ص250.

[2]– عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016/2015، ص55.

[3]– أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية " الزواج والطلاق "، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ج1، ص 321.

ثانيا: مجال السلطة التقديرية للقاضي في أجرة الرضاع

لم يتناول المشرع الجزائري مسألة أجرة الرضاع ولكن بالرجوع لأحكام المادة2/39 ق.أ.ج التي تنص "يجب على الزوجة إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم".

غير أنه بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 فإن المشرع الجزائري لم ينص على ذلك ولكن بالرجوع إلى المادة 222 من ق.أ.ج والتي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فالقاضي يأخذ بما هو معمول به الفقه الإسلامي، أما مدة استحقاق أجرة الرضاع فقد اتفق الفقهاء على أنها سنتان فقط، فمتى أتم الرضيع حولين لم يكن للمرضع لها الحق في المطالبة بأجرة الرضاع، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/04/23 بقولها "من المقرر شرعا أن مدة الرضاعة الكاملة هي عامين كاملين فقط، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه.

وتظهر السلطة التقديرية للقاضي في تقديره لأجرة الرضاع، وذلك من خلال رجوعه لقواعد الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222من قانون الأسرة والتي خولته إعمال سلطته التقديرية وبالتالي فإنه يحكم بأجرة رضاع لا تتجاوز سنتين، كما يحكم بمقدار لا يرهق الزوج[2].

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في النزاع حول متاع البيت

يعد النزاع حول أثاث بيت الزوجية من أعقد المسائل المثارة في المحاكم، وذلك كأثر من آثار فك الرابطة الزوجية، ولا بد لقاضي الموضوع لحل ومعالجة هذه المسائل المثارة إعمال سلطته التقديرية وذلك ما سنتطرق إليه في هذا المطلب .

الفرع الأول: تحديد المفهوم الشرعي والقانوني لمتاع بيت الزوجية

عرف الفقهاء المعاصرون الجهاز بعدة تعريفات متقاربة، فعرفه الدكتور محمد مصطفى شلبي بأنه " ما يعد به بيت الزوجية من أثاث وأدوات منزلية عند زفاف الزوجة لزوجها، فالجهاز يشمل

[1]– أحمد الأمراني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، دار القلم، الرباط، ط1، 2012، 197.

[2]– عزوز هناء، مرجع سابق، ص55.

الفراش والبسط والأدوات المنزلية كالتلفاز والثلاجة وغيرها من الأدوات التي يحتاجها الزوجان للمعيشة المشتركة بينهما."

أما قانون الأسرة الجزائري فلم يعرف متاع البيت تعريفا صريحا وواضحا، والفقه القضائي وقرارات المحكمة العليا في بلادنا غير مستقرة في هذا المجال، ومع ذلك فإن هذا لا يمنعنا من محاولة وضع تعريف مناسب مقتبس من مجموع الأفكار التي تضمنتها بعض قرارات المحكمة العليا فنقول إن متاع البيت هو مجموعة الأشياء الموجودة في بيت الزوجية والمخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كلا الزوجين وباقي أفراد الأسرة، مثلا: كالفراش والأغطية وجهاز التلفزيون والبراد والكراسي والأرائك وغيرها من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الأكل وقاعة الجلوس، وغرفة النوم، وغيرها من الأشياء ذات الاستعمال المشترك لاستعمال المشترك[1].

الفرع الثاني: مجال السلطة التقديرية للقاضي في النزاع حول متاع بيت الزوجية

هناك رأيان فيما يخص سلطة القاضي التقديرية في الأشياء المتنازع عليها[2]:

أولا: إرجاع الاختصاص للقاضي وحده

يرى أن للقاضي سلطة في تحديد ذلك ولا يجوز له أن يحول سلطته إلى أي شخص آخر، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: " **من المقرر قانونا أنه إذا اختلف الزوجان حول قيمة الأمتعة فللقاضي سلطة في تحديد ذلك، ولا يجوز له تحويل سلطته إلى شخص آخر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي لما ترك الأمر بيد المنفذ لتحديد قيمة مبلغ الأمتعة يكون قد تخلى عن عمل يخصه وحده، وبقضائه كما فعل خالف القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الأمتعة"[3].**

ثانيا: إرجاع الاختصاص لأهل الخبرة

---

[1]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 148.

[2]– أحمد شامي، المرجع السابق، ص357و358.

[3]– المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 1988/09/11، م ر49302، عدد02، ص40.

أما الاتجاه الثاني يرى بأن هذه المسألة تعود لأهل الخبرة والفنيين وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرار لها بقولها: " **إن تقييم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناع والتجار عندما تكون المبالغ المالية مرتفعة وليس للقضاة، إن القرار المنتقد مشوب بانعدام الأساس القانوني مما أيد الحكم المستأنف القاضي بدفع مبالغ مالية مقابل متاع المطعون ضدها، لأن تقرير المتاع مسألة فنية يتولاها أهل الخبرة من صناع وتجار خاصة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة، وليس للقضاة، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه**"[1].

وبعد استعراض آراء المحكمة العليا في هذه المسألة والتناقض الذي وقع فيه المشرع يتضح أن الرأي الراجح هو الرأي الثاني، وذلك لأن تحديد قيمة المتاع خاصة عندما تكون المبالغ المالية مرتفعة، مهمة لابد من اللجوء إلى أهل الخبرة (كالصناع والتجار) ولا تكفي السلطة التقديرية للقاضي وحدها لتقييمها، ومن هنا فإن القضاء الجزائري أعطى للقاضي سلطة تقديرية كم أجاز له الاستعانة بأهل الخبرة في حالة نزاع الزوجين حول متاع البيت خاصة إذا كانت قيمة المتاع مرتفعة .

[1]– المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 1993/05/18، م ر222651، م ق2001، عدد خاص، ص248.

خلاصة:

تتعدد آثار إنهاء الرابطة الزوجية فمنها ما هو مالي وأخر معنوي، والمشرع الجزائري نص في قانون الأسرة على هذه الآثار، من خلال المواد التي تضمنها، كما منح للقاضي سلطة واسعة في تقدير هذه الآثار سواء المالية منها كبدل الخلع وأجرة الرضاع، ومتاع بيت الزوجية أو غير المالية من نسب وحضانة، هذه الأخيرة لها علاقة وطيدة بمصلحة الأطفال، من حيث حفظ أنسابهم أو من خلال رعايتهم وتربيتهم، فسلطة القاضي في هكذا مسائل تمكنه من تكييف الوقائع والدلائل والبراهين وتقديرها بكل حرية مستنبطا الحكم الملائم.

خاتمة

نتوصل في الأخير إلى أنَّ قانون الأسرة فتح مجالا واسعا للقاضي لحل كل نزاع قد يطرح أمامه بما له من سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، بالإضافة إلى مرونة أغلب نصوصه، وعدم تبني المشرع مذهب محدد من المذاهب الفقهية المختلفة وإنما استنبط أحكامه من أغلب المذاهب، فقانون الأسرة أحال القاضي في حالة عدم وجود نص قانوني إلى الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها، وهذا وإن كان نقطة إيجابية تسمح للقاضي بإيجاد الحلول المناسبة. إلا أنه يجعل من مهمته صعبة ومعقدة للغاية خصوصا وأن القضاة ليس لديهم التكوين الفقهي الكامل والشامل في كل مذاهب الشريعة الإسلامية، كما خلصنا إلى جملة من النتائج نستعرضها على النحو التالي:

- السلطة التقديرية للقاضي ثابتة فقها وقانون، إلا أن لها حدود، فلا يخالف بسلطته دليلا ولا مقصدا شرعيا، ولا يتبع هواه، ولا يقصر في اجتهاده.
- طبيعة السلطة التقديرية تتجسد في كونها عملا قانونيا وقضائيا في الوقت نفسه، يستقل فيه القاضي بتقدير وقائع الدعوة ولملمة جوانبها وتفاصيله، على وفق ما رسمه القانون من قواعد تحكم عمله، يكون للقاضي بموجب هذه الطبيعة المزدوجة لعمله؛ مكنة مراعاة العوامل الموضوعية والشخصية في الدعوة، والتي أدت إلى نشوب النزاع أو تعذر الإبقاء على الرابطة الزوجية.
- تؤثر القيود التي يضعها المشرع على سلطة القاضي التقديرية، على نطاق تلك السلطة ويمكن للقاضي هنا؛ أن يعمل سلطته التقديرية الموضوعية على وفق معيارين، هما العقلانية والملائمة، وهما يمثلان في ذات الوقت قيود ألا يجوز للقاضي التغاضي عنهما ولذلك فقد يتخذ القاضي عدة أنواع من القرارات الملائمة لطبيعة الخلاف القائم بين الزوجين، بالرغم من عدم النص عليها قانونا أو شرعا، في محاولة منه لرأب الصدع الذي نشأ في علاقتهما.
- للقاضي سلطة تقديرية في الطلاق التعسفي والتعويض من خلال: مساءلة الزوج عن أسباب الطلاق حتى يتسنى له معرفة الطلاق تعسفي أم لا، وتقدير التعويض عن هذا النوع من الطلاق.

– للقاضي سلطة تقديرية في النشوز من خلال البحث عن سبب نشوز الزوج أو الزوجة، إذ لأن بعض الحالات لا تعتبر نشوزا، بينما تعتبر نشوزا في الظاهر فقط، كامتناع الزوجة من رجوعها إلى بيت الزوجية، فعلى القاضي التأكد من ذهاب الزوج إلى ردها؛ إذ أن امتناعه من ذهابه إليها وردها بنفسه حفظا لكرامتها، لا يجعلها ناشزا إلا بعد أداء الزوج ما عليه ورفضها للرجوع.

– سلطة القاضي التقديرية مقيدة عند النزاع حول متاع البيت إذ يجب عليه الاستعانة بأهل الخبرة ولا تكفي سلطته لوحدها.

– سلطة القاضي التقديرية في أجرة الرضاع مقيدة، بحيث تحيله المادة 222 إلى أحكام الفقه الإسلامي، والحكم بأجرة الرضاع يجب ألا تتجاوز سنتين.

– تتمثل سلطة القاضي التقديرية في الخلع: عند عدم اتفاق الزوجين على المقابل المالي الذي هو بدلٌ للخلع، فيحكم بما لا يتجاوز المهر وفقا للأعراف السائدة في المنطقة.

– تتمثل السلطة التقديرية للقاضي في النسب في: تقديره للعلاقة الزوجية وما يلحق بها، تقديره في إثبات النسب بالإقرار، والبينة، والطرق العلمية.

– إهمال المشرع لشروط الحضانة وعدم ضبطها لتحديد من استحقها، وترك السلطة التقديرية للقاضي في ذلك بالرغم من عدم إعطائه معاييريمكن إتباعها لتحقيق مصلحة المحضون، مما بجعله في حرج عند الفصل في الموضوع.

– وحتى تكون مهمة قاضي شؤون الأسرة مثمرة وتهدف إلى حماية فعالة للأسرة الجزائرية نقترح جملة التوصيات والمقترحات التالية:

– على المشرع الجزائري النص صراحة على منح القاضي سلطة تقديرية في مجال الأحوال الشخصية عموما، ودعاوى إنهاء الرابطة الزوجية، من حيث الإثبات

– أو الآثار المالية التي تترتب على الإنهاء حيث لا توجد قدرة حقيقية لأي مشرع لأن يستوعب كل فروض ووقائع الحياة العملية في نص قانوني جامد.

– إقامة دورات تكوينية خاصة بقضاة شؤون الأسرة في مجال الشريعة الإسلامية.

– إعادة صياغة المادة 62 من ق.أ.ج ورفع اللبس الوارد فيها بضرورة تحديد الشروط اللازم توافرها في الحاضن ليكون أهلا لإسناد الحضانة له، وإدراج فقرة لحل إشكالية تفصل ما بين إسناد الحضانة لأم غير مسلمة، وتربية الولد على دين أبيه.

–إنَّ تركَ القضاء أمر تقدير الطلاق التعسفي للقضاة من دون وجود معايير توضح كون الطلاق تعسفيا أم لا فيه مجازفة وخطورة وينبغي على المشرع تداركه مستقبلا[1]. لكن يمكن للقضاة الاسترشاد بمعايير التعسف العامة الواردة في المادة 124 مكرر من ق.م.ج، حتى يسهل للقاضي معرفة تكييف طلاق الزوج تعسفي أم لا، وهذه المعايير تتمثل في:

- قصد الإضرار بالمطلقة: أي تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله وهي مسألة نفسية يمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية للزوج من الطلاق.
- رجحان الضرر على المصلحة.
- عدم مشروعية المصالح التي يرمي المطلق إلى تحقيقها: فإذا أراد الزوج تحقيق مصلحة غير مشروعة فإنه يكون متعسفا[2].

[1]-التعسفات المتعلقة بالزواج وانحلاله، ص91

[2]- عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في ق.أ.ج –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي–، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007، ص170-171.

فهارس البحث

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث النبوية
- قائمة المصادر والمراجع
- فهرس الموضوعات

□

فهرس الآيات القرآنية

السورة والآية	رقم الآية	رقم الصفحة
سورة البقرة		
﴿لَا جُنَاحَ عَليكُم إن طَلَّقْتُم النسَاءَ مَا لم تَمَسُّوهُنَّ أو تَفْرضُوا لَهُنَّ فَريضَة ومتعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسع قَدْرُه وعَلَى الْمُقْتر قَدْرُهُ مَتَاعًا بالمَعْرُوف حَقًّا عَلَى الْمُحسنين﴾	[سورة البقرة: 236]	8
﴿وَعَلَى المَوْلُود لَهُ رزْقُهُن وَكسْوَتُهُن بالمَعْرُوف﴾	[البقرة: 233]	15
﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُم إن طَلَّقْتُم النّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن﴾	[البقرة: 236]	18
﴿وَلَا تُمْسكُوهُنَّ ضرَارًا لتَعْتَدُوا﴾	[البقرة: 243]	29
﴿والوَالدَاتُ يُرْضعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْن كَاملَيْن لمَن أَرَادَ أن يُتمَّ الرَّضَاعَة وعَلَى المَوْلُود لَهُ رزْقهن وكسْوَتُهُنَّ بالمَعْرُوف﴾	[البقرة: 233]	47
﴿فَإن اَرْضَعْنَ لكُمْ فأتوهن أُجُورَهُنَّ﴾	[البقرة: 23]	47
سورة النساء		
﴿فَإنْ أطعنكم فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهنَّ سَبيْلاَ﴾	[النساء 34]	22
﴿وَإنْ يَتَفَرَّقَا يُغْن الله كُلاًّ منْ سَعَته﴾	[النساء 120]	20
سورة الروم		
﴿وَمنْ آيَاته أَنْ خَلَقَ لَكُمْ منْ أَنْفُسكُمْ أَزْوَاجًا لتَسْكُنُوا إلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَة﴾	[الروم 21]	20
سورة طه		
﴿إني أَنَا رَبُّكَ فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إنَّكَ بالوَاد المُقَدَّس طُوَى﴾	[طه: 12]	45

فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	رقم الصفحة
ما روي عن علي –رضي الله عنه– قال: بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فانتهينا إلى قوم قد بنوا زبية للأسد....	9
طلق عبد الله بن عمر –رضي الله عنهما– امرأته وهي حائض، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال: مره فليراجعها.....	19
روى حميد ابن عبد الرحمن عن أبي موسى قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "يقول أحدكم لامرأته....	29

قائمة المصادر والمراجع

القرءان الكريم برواية ورش عن نافع

السنة النبوية و الآثار

أولا: الكتب

1- ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس احمد بن عبد الحليم (ت: 728هـ)، منهاج السنة، الطبعة الأميرية، ط1، 1331هـ،.

2- ابن رشد: بداية المجتهد، دار المعرفة، بيروت، ط06، 1403 هـ/1983م.

3- ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، دار علم الكتب، الرياض، ط1324هـ/2003م.

4- ابن عرفة الواقية، شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية، القسم الأول، ط1.دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1993.

5- ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي (ت: 620 هـ)، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، القاهرة، 1965، د ط.

6- ابن قدامة: عبد الله، روضة الناظر وجنة المناظر، المطبعة السلفية، 1391هـ.

7- ابن قدامة: موفق الدين عبد الله بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، تحقيق محمد فارس وسعد عبد الحميد السعدني 106/3، دار الكتب العلمية بيروت–لبنان، ط1.

8- ابن منظور: محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ط1، 2005.

9- أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية " الزواج والطلاق "، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 196.

10- أحمد الأمراني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، ط1، دار القلم، الرباط، 2012 .

11- أحمد سي علي، مدخل العلوم القانونية نظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، دار الهومة، الجزائر، 2010، د. ط .

12- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر.

13- الآمدي: علي بن أبي علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت.

14- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012.

15- بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، دار التأليف، مصر، ط2، 1996.

16- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، الجزائر، 2009، ط2.

17- البركتي: محمد عميم الإحسان المجددي، قواعد الفقه، الصدف، كراتشي، 1986، ط1 .

18- بشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 1998.

19- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007.

20- تواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ط.1، دار الوعي للنشر والتوزيع، 2009.

21- جمال غريسي، أحكام الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الدار الجزائرية، ط1، 2022.

22- جوابي فلة، دور الاجتهاد القضائي في الحد من ظاهرة الطلاق التعسفي في قانون الأسرة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني عشر، دون ذكر سنة النشر.

23- الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي الحنفي: الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، المطبوع مع حاشية رد المحتار لمحمد أمين الشهير بابن عابدين 3/227-228.

24- الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي الكبير، تخريج آيات وأحاديث محمد عبد الله شاهين 3/239 دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط1، 1996.

25- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط1، 2001.

26- الرعيني: أبو محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبط الشرح زكريا عميرات 268/5، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، ط 1، 1995.

27- الزركشي: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي (ت: 694هـ

28- سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مكتبة الكويت الوطنية، ط1، 2006.

29- سليمان ولد خسال: الميسر ي شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، ط01، 1432هـ/2010م.

30- سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، لبنان، 1977، ط3.

31- الشربيني: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشافعي (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، 1994، ط1.

32- صلاح الدين شروخ، الوجيز في المنهجية القانونية التطبيقية، دار العلوم للنشر والتوزيع، ط1، 2010.

33- طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري في الفقه الإسلامي، د.ط، الإسكندرية، دار الطباعة الجديدة، 2013.

34- عبد الرحمن الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط03، 1403هـ/1983م.

35- عبد المجيد زعلاني، مدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق، دار الهومة، الجزائر، د ط، 2011.

36- عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في ق.أ.ج- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007.

37- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، 1990، ط2.

38- العثيمين: محمد بن صالح بن محمد (ت: 1421هـ)، الشرح الممتع في زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، 1428هـ، ط1.

39- العربي بلحاج، الوجيز في شرح ق.أ.ج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

40- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

41- العز بن عبد السلام: أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن حسن السلمي الدمشقي(ت: 660هـ)، تفسير القرآن، دار ابن حزم، لبنان، ط1، 1996.

42- الغزالي: محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، المطبعة الأميرية، بولاق، ط1.

43- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، بيروت1988.

44- فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة، مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة طالب، الجزائر 2008.

45- الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1986.

46- لحسين بن الشيخ آثملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار الهومة، د.ط، 2014.

47- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر2006.

48- الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي(ت: 450هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، دار الكتب العلمية لبنان، ط1، 1999م.

49- محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وق.أ.ج المعدل، دار الوعي، الجزائر، 2012.

50- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، د ط، د ت ن.

51- محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، (الخطبة والزواج)، دار الشهاب، د. ط، د. ت.

52- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، لبنان، ط4، 1983.

53- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1982.

54- محمد هشام البرهاني، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، مطبعة الريحاني، بيروت، ط1، 1406هـ.

55- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في مسائل الطلاق- دراسة مقارنة – رسالة دكتوراة، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009-2010.

56- المنجد الأبجدي، الطبعة الثامنة، دار المشرق، بيروت، لبنان_ توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب_الجزائر.

57- المنوفي: علي بن خلف أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، لبنان، 1412هـ، ط1.

58- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، د. ط، 2008.

59- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، ط3، 2011

ثانيا: البحوث الأكاديمية

1- أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2013-2014.

2- إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، رسالة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015/2014.

3- دليلة آيت شاوش سعيد، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، مذكرة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

4- عثمان كرجاني، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وانحلال الرابطة الزوجية، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق، 2011-2012.

5- عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016/2015.

6- محمد ولد عال ولد حمياني، أحكام النسب وطرق إثباته دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني، مذكر لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2007-2008.

ثالثا: المحاضرات

1- كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، (مذكرة مقدمة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية وإدارية)، جامعة أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010/2009.

خامسا: القوانين

1- القانون رقم 84/11 مؤرخ في 9 يونيو المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005.

2- المادة 57مكرر من الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد15، سنة2005.

3- المادة 07 من الأمر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة.

خامسا: القرارات والاجتهادات القضائية

1- المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 1988/09/11، م ر49302 .

2- المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 1993/05/18، م ر222651، م ق2001.

3- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1985/04/22، ملف رقم 36709، م-ق، 1989.

4- م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ 1984/07/09، م ر 33762، م ق 1989 .

5- المحكمة العليا: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.

6- م ع، غ أ ش، قرار بتاريخ 1998/02/17، م ر 184055، م ق 1998، عدد 02.

فهرس الموضوعات

شكر وتقدير..... 1

إهداء..... 2

إهداء..... 3

قائمة المختصرات:..... 1

مقدمة:..... أ

الفصل التمهيدي

ماهية السلطة التقديرية

المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية..... 8

المطلب الأول: تعريف السلطة التقديرية **..... 8**

الفرع الأول: تعريف لفظَي السلطة والتقدير 8

الفرع الثاني: تعريف مصطلح السلطة التقديرية..... 8

المطلب الثاني: مشروعية التقدير للقاضي **..... 10**

الفرع الأول: الدليل على جواز التقدير للقاضي من القرآن الكريم 10

الفرع الثاني: الدليل على جواز تقدير القاضي من السنة: تخريج..... 10

الفرع الثالث: الدليل على جواز تقدير القاضي من الإجماع 11

المبحث الثاني: مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة وشروط إعماله له.....12

المطلب الأول: مصادر النشاط التقديري للقاضي الأسري **..... 12**

الفرع الأول: عناصر النزاع 12

الفرع الثاني: القاعدة القانونية 12

الفرع الثالث: وسائل الإثبات التي يستعين بها القاضي في تكوين اقتناعه 13

المطلب الثاني: شروط إعمال قاضي شؤون الأسرة لنشاطه التقديري **..... 14**

الفرع الأول: شروط إعمال قاضي شؤون الأسرة لنشاطه التقديري في قانون الأسرة الجزائري 15

الفرع الثاني: شروط السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية 15

الفصل الأول

سلطة القاضي التقديريةفي إنهاء الرابطة الزوجية

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق التعسفي والنشوز.....19

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق التعسفي **.....19**

الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي 19

الفرع الثاني: مجال السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق التعسفي 24

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في النشوز **.....26**

الفرع الأول: مفهوم النشوز 26

الفرع الثاني: مجال السلطة التقديرية للقاضي في تحديد حالات النشوز 27

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في التطليق.....28

المطلب الأول: مفهوم التطليق **.....28**

الفرع الأول: تعريف التطليق 28

الفرع الثاني–الدليل على مشروعية التطليق 29

المطلب الثاني: مجال السلطة التقديرية القاضي في التطليق **.....30**

الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي في التطليق للتخلي عن الالتزامات العائلية والزوجية 30

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في التطليق للعيوب 33

الفرع الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في التطليق للضرر 33

خلاصة:.....35

الفصل الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الآثار الناشئة عن فك الرابطة الزوجية

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الآثار الغير مالية.....38

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في ثبوت النسب **.....38**

الفرع الأول: مفهوم النسب 38

الفرع الثاني: مجال السلطة التقديرية للقاضي في إثبات النسب 42

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الحضانة **..... 44**

الفرع الأول: تعريف الحضانة..... 44

الفرع الثاني: مجال السلطة التقديرية للقاضي في الحضانة 45

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الآثار المالية.....47

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير بدل الخلع وأجرة الرضاع **..... 47**

الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الخلع 47

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في أجرة الرضاع 49

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في النزاع حول متاع البيت **..... 50**

الفرع الأول: تحديد المفهوم الشرعي والقانوني لمتاع بيت الزوجية 50

الفرع الثاني: مجال السلطة التقديرية للقاضي في النزاع حول متاع بيت الزوجية 51

خلاصة:.....53

خاتمة.....54

فهرس الآيات القرآنية.....58

فهرس الأحاديث النبوية.....59

قائمة المصادر والمراجع.....60

فهرس الموضوعات.....67

ملخص:

تناولت هذه الدراسة " السلطة التقديرية للقاضي عند انحلال الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مع المقارنة.

فقمنا بالبحث في مفهوم السلطة التقديرية ومصادرها وشروطها، كما احتوى هذا البحث على عدة مسائل يختص بها القاضي بسلطته التقديرية والمتمثلة في : سلطته التقديرية في الطلاق التعسفي والنشوز، وسلطته التقديرية في التطليق، ثم سلطته التقديرية في الآثار المترتبة على الطلاق والمتمثلة في تقديره في مسألة الحضانة، النسب، متاع البيت، أجرة الرضاع.

وهذا بهدف التعرف بشكل أوضح على السلطة التقديرية للقاضي والمسائل التي يتناولها، وهل سلطته التقديرية في هذه المسائل مطلقة أم مقيدة أم بين الإطلاق والتقييد؟ وما هي المصادر التي يستمد منها القاضي سلطته التقديرية؟"

الكلمات المفتاحية: السلطة التقديرية، القاضي، الرابطة الزوجية، الفقه الإسلامي، قانون الأسرة.

Abstract:

This study dealt with "The discretionary power of the judge upon the dissolution of the marital bond, comparing Islamic jurisprudence and positive law. So we researched the concept of discretionary power, its sources and conditions, and this research also contained several issues that are specific to the judge with his discretionary power, represented in: his discretionary power in arbitrary divorce and disobedience, his discretionary power in divorce, and then his discretion in the effects of divorce represented in his appreciation in the issue of custody , Pedigree, household belongings, breast-feeding fee. This is with the aim of identifying more clearly the discretionary power of the judge and the issues he deals with, and is his discretionary power in these issues absolute or restricted, or between absolute and restriction? What are the sources from which the judge derives his discretion?"

Keywords: discretion, judge, marital bond, Islamic jurisprudence, family law.