السلطة التقديرية للقاضي في قضايا الأسرة

حواس فتحية
أستاذة محاضرة بجامعة الجزائر1

مقدمة:

عالج المشرع الجزائري كل المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق في قانون الأسرة رقم 84 /11 الصادر بتاريخ 09 جوان 1984 المعدل والمتمم بالأمر 05 /02 المؤرخ في27 فيفري 2005، وقد استمد جلّ أحكامه من الشريعة الإسلامية مراعيا في ذلك مستجدات العصر وتطور المجتمع.

وقد جاءت معظم قواعد قانون الأسرة مرنة تاركة مجالا خصبا لتدخل القاضي من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية حسب كل قضية معروضة عليه، فقد وسع قانون الأسرة الجزائري من تدخل القاضي لإيجاد الحلول المناسبة للمشاكل التي فرضها تطور الزمن، وهذا باستعمال سلطته التقديرية بالبحث عن العلاج المناسب لكل عارض قد يعترض استقرار الأسرة أو يهدد مصالحها.

إن القاضي يلعب دورا كبيرا في المحافظة على الأسرة والنظام الاجتماعي بوجه خاص، لا سيما وأن الأسرة هي اللبنة الأولى في تكوين المجتمع، فالأسرة الصالحة تعني المجتمع الصالح. وبذلك فإن أي مطالبة بأي أمن سياسي أو اقتصادي لا يمكن إن يكون إلا بموازاة تحقيق الأمن الاجتماعي.

الإشكالية:

فيما تتمثل السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الزواج وانحلاله؟

حاولنا الإجابة على هذه الإشكالية من خلال الخطة التالية:

الخطة:

المبحث الأول: دور القاضي في حماية الأسرة عند نشوء الرابطة الزوجية وآثارها

المطلب الأول: دور القاضي في حماية الأسرة عند نشوء الرابطة الزوجية

الفرع الأول :تدخل القاضي في مرحلة الخطبة

الفرع الثاني: تدخل القاضي تحديد سن الزواج

الفرع الثالث: سلطة القاضي في الترخيص بتعدد الزوجات

المطلب الثاني: دور القاضي في تحديد الآثار المترتبة عن قيام الرابطة الزوجية

الفرع الأول: دور القاضي في تقدير النفقة

الفرع الثاني: دور القاضي في إثبات النسب ونفيه

المبحث الثاني: دور القاضي في حماية الأسرة عند انحلال الرابطة الزوجية وآثارها

المطلب الأول: دور القاضي في حماية الأسرة عند انحلال الرابطة الزوجية

الفرع الأول: دور القاضي في الصلح والتحكيم

الفرع الثاني: دور القاضي في تقدير الطلاق التعسفي

الفرع الثالث: دور القاضي في تقدير حالات التطليق

الفرع الرابع: دور القاضي في الخلع

الفرع الخامس: دور القاضي في تحديد حالات النشوز

المطلب الثاني: دور القاضي في تحديد آثارفك الرابطة الزوجية

الفرع الأول: سلطة القاضي في الحكم بالتعويض عن الطلاق

الفرع الثاني: سلطة القاضي في الحكم بالتعويض عن التطليق

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تحديد بدل الخلع

الفرع الرابع: سلطة القاضي في إسناد الحضانة

المبحث الأول: دور القاضي في حماية الأسرة عند نشوء الرابطة الزوجية وآثارها

إن القاضي له دور كبير عند عقد الزواج وكل ما يترتب عنه

المطلب الأول : دور القاضي في حماية الأسرة عند نشوء الرابطة الزوجية

يتدخل القاضي قبل إبرام عقد الزواج وأثناءه كما يلي:

الفرع الأول: تدخل القاضي في مرحلة الخطبة

عالج المشرع الجزائري الخطبة في المادة 05 و06 من قانون الأسرة باعتبارها إجراء تمهيدي يسبق عقد الزواج. ويتبين تدخل القاضي في هذه المرحلة من خلال هاتين النقطتين:

تعويض الضرر المترتب على العدول عن الخطبة:

إن العدول عن الخطبة هو حق لكل طرف وهذا لأنها مجرد وعد بالزواج[1]. لكن قد ينجر عنه أضرار مادية ومعنوية للطرف المعدول عنه، خاصة إذا استمرت الخطبة زمنا طويلا. لذلك فإن المشرع الجزائري في قانون الأسرة أجاز للطرف المتضرر أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحق به.

فنصت المادة 5 /2 منه على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض". دون أن يبيّن المشرع أساب العدول أو مقدار التعويض تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي من أجل تكييف العدول المتسبب في الضرر الموجب للتعويض والبحث عن أسبابه.

سلطات القاضي فيما يخص الهدايا المقدمة خلال فترة الخطوبة:

بالرجوع إلى المادة 05 من قانون الأسرة يتبين لنا أن المشرع الجزائري أباح للطرف المعدول عنه استرجاع ما لم يستهلك من هدايا أو قيمتها، أما الطرف العادل فليس له الحق في استرجاع شيء[2].

إن هذا الحكم غيرواضح وغامض الأمر الذي يوسع من سلطة القاضي التقديرية، فالمشرع أورد عبارة– ما لم يستهلك- أي الأشياء المستهلكة لا ترد. لكن ما معنى الاستهلاك؟. و ماذا لو كان المعدول عنه هو الذي دفع الطرف الآخر عن العدول بقيامه بسلوكات توحي برغبته في عدم الإستمرار في الخطبة، وفي نفس الوقت لا يرجع الهدايا المقدمة له حتى ولو كانت ثمينة بحجة أنه لم يطلب العدول؟ كل هذه التساؤلات يجيب عنها القاضي على حسب وقائع كل قضية. ببحثه عن المتسبب في العدول وعن الأسباب التي دفعت إليه.

أما بخوص المهر الذي يقدمه الخاطب لخطيبته في فترة الخطوبة من أجل تجهيز نفسها للزواج، والذي يعتبر من أركان الزواج، فإن المشرع لم يتكلم عنه في حالة العدول رغم أنه يثير مشاكل في حالة التنازع بين الخطيبين هل هو مهر أو هدية ، وكذلك حالة استهلاكه من قبل المخطوبة مع عدم قدرتها على إرجاعه..وهذه التساؤلات يجيب على القاضي حسب ملابسات كل قضية.

الفرع الثاني: تدخل القاضي تحديد سن الزواج

نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية في المادة 07 من قانون الأسرة التي تنص على أنه:" "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام تسعة عشر سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

باعتبار أن سن الزواج من النظام العام، فإن المشرع الجزائري منح للقاضي الحق في إعطاء الإذن بالزواج لمن لم يبلغ سن الزواج "19 سنة"، وبالتالي الإعفاء من هذا السن كلما وجد مصلحة للزوجين أو ضرورة تقتضي بذلك.

فللقاضي سلطة تقديرية واسعة في الترخيص بزواج القاصر خاصة وأن المشرع الجزائري في المادة 07 لم يحدد السن الأدنى لإعطاء الترخيص بالزواج.

الفرع الثالث: سلطة القاضي في الترخيص بتعدد الزوجات

نصت المادة 08 من أمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على مسالة تعدد الزوجات، إذ نصت على أنه:"يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل. يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية. يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

للقاضي سلطة تقديرية واسعة في منح الترخيص للزوج الذي يرغب في التعدد وذلك بغية عدم تعسف بعض الأزواج. إذ يتدخل القاضي في تقديروجود المبرر الشرعي الذي يدفع الزوج لإعادة الزواج، كما يتدخل في إثبات نية العدل بين الزوجات وهي مهمة صعبة على القاضي، وكذلك يتدخل القاضي في تقدير رأي الزوجة الأول والمرأة التي يقبل الزواج بها، فعلى القاضي التأكد من إعلام الزوجية السابقة والمرأة الثانية وهذا من أجل حماية الأسرة.

المطلب الثاني: دور القاضي في تحديد الآثار المترتبة عن قيام الرابطة الزوجية

يتدخل القاضي في تقدير النفقة، كما له دور في إثبات النسب ونفيه

الفرع الأول: دور القاضي في تقدير النفقة

يقصد بالنفقة ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ودواء ومسكن وكل ما يلزم من ضروريات الحياة وذلك بحسب المتعارف عليه بين الناس وحسب قدرة الزوج المالية .

والمادة 78 من قانون الأسرة نصت على مشتملات النفقة بقولها:" وتشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

والقاضي سلطة واسعة عند حكمه بالنفقة المطلوبة للزوجة والأولاد إذ عليه أن يراعي عسر ويسر الطرفين و ظروف المعيشة ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم، وعليه مراعاة ظروف المعيشة وغلاء الأسعار من يوم الطلب، على ألا تقل قيمة مبلغ النفقة عن الحاجات الضرورية مهما كان وضع الزوج من العسر [3].

الفرع الثاني: دورة القاضي في إثبات النسب ونفيه

تعرض المشرع في المواد 40 قانون الأسرة إلى إثبات النسب إذ نص على أنه:"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". إضافة إلى أنّ المشرع نص في المادة 45 مكرر على جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وقيّده بمجموعة من الشروط التي بدورها لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية[4].

وتتمثل السلطة التقديرية للقاضي في موضوع النسب في اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب. (كاللجوء إلى استعمال الحمض النووي)، وهذا ما نصت عليه المادة 40 /2 من قانون الأسرة[5].

غير أنّ المشرع لم يحدد الطرق المشروعة لنفي النسب. لذا وجب على القاضي الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة و بالرجوع لهذه الأحكام نجد أنها حصرت نفي النسب في طريق واحد يتمثل في اللعان.

المبحث الثاني: دور القاضي في حماية الأسرة عند انحلال الرابطة الزوجية وآثارها

القاضي له دور في حماية الأسرة كذلك بعد انحلال الرابطة الزوجية سواءا بطلب من الزوج أو الزوجة، وما يترتب على ذلك من آثار.

المطلب الأول: دور القاضي في حماية الأسرة عند انحلال الرابطة الزوجية

يتدخل القاضي في هذه الحالة ببدل المجهدات في الصلح والتحكيم قبل انحلال الرابطة الزوجية، وفي تقدير تعسف الزوج في الطلاق، وكذا تقديره لحالات التطليق، وتقدير بدل الخلع إضافة إلى تقديره للنشوز.

الفرع الأول: دور القاضي في الصلح والتحكيم

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

وبذلك فجلسات الصلح أو كما يسميها بعض رجال القانون المقابلة الشخصية ليست مجرد إجراء شكلي في دعوى الطلاق، بل هي إجراء جوهري لابد للقاضي القيام به حتى ولو لم يطلب ذلك الأطراف[6].

إنّ الصلح بين الزوجين هو سبيل لإنهاء الخصومة بينهما، وهو يتفق والغاية المنشودة من القضاء، فعلى القاضي القيام به حسب المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 439 من قانون الإجراءات المدنية، على أن لا تتجاوز مدة الصلح 3 أشهر [7].

فيبدل القاضي كل المجهودات لتقريب وجهات النظر ومحاولة الصلح ووضع حلول للحد من التنازع والتنافر للحفاظ على الأسرة وعلى الأولاد خاصة. ويعمل على إقناعهم بالرجوع عن التفكير في الطلاق والعودة إلى بعضهما.

هذا الإجراء يتيح للقاضي بما له من سلطة تقديرية من تفحص موقف الزوج أو الزوجة بعيدا عما هو مدون في العرائض أو دفوعاتهما، وذلك أنه يستطيع استعراض أدق الأمور معهما والتي يمكن اعتبارها من الأمور الشخصية التي لا يكشف عنها الزوج أمام الملأ، ليتمكن القاضي من تحديد التعسف من عدمه[8].

أمّا إذا تخلف أحد الزوجين عن جلسات محاولات الصلح بدون عذر فان ذلك يعتبر امتناعا معتمدا ورفضا ضمنيا للمحاولات الصلح .وفي هذا الوضع يعفى القاضي من الانتظار، و يعفى من تجديد محاولات الصلح وتعتبر محاولات الصلح فاشلة وغير منتجة، فيحرر محضرا بفشلها يشير فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر، ويلجأ إلى أحكام الطلاق كأخر حل لتوفر أسبابه[9].

ويقوم القاضي بتحرير محضر صلح يبيّن فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، سواءا كانت هذه النتائج سلبية أو إيجابية، فان كانت إيجابية يذكر الأمور التي وقع التصالح بشأنها، وإن كانت سلبية يذكر في المحضر أن محاولات الصلح قد فشلت ويشير إلى أسباب فشلها. وبعد تحرير المحضر من كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين[10].

وإذا اشتد الخصام بين الزوجين، وجب على القاضي تعيين حكمين، يراعي قرابتهما من الزوجين إضافة إلى تأثيرهما عليهما وقدرة كل منهما على حل النزاع، يعملان على تقديم تقريرا للقاضي في مدة لا تتجاوز شهرين يشتمل على النتائج التي توصلا إليها وعلى اقتراحاتهما لحسم الخلاف[11].

الفرع الثاني: دور القاضي في تقدير الطلاق التعسفي

أقر الإسلام الطلاق إذا وصلت الحياة الزوجية إلى طريق مسدود، فالطلاق مشروع للضرورة القصوى، ولا يكون لمجرد العبث والهوى، فيكون مبغوضا من غير حاجة إليه، وهو طلاق التعسف.

فإذا تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق يكون ملزم بتعويض زوجته، وهذا حسب المادة 52 من قانون الأسرة[12].

وبذلك إذا تبيّن للقاضي وجود تعسف في الطلاق، بإنهاء الزوج الرابطة الزوجية بدون سبب يبرر إنهاءها، أو كان قصده إيذاء الزوجة فقط كالطلاق في مرض الموت

لحرمانها من الميراث، أو الطلاق لأدنى سبب معقول، فإنه يحكم للمطلقة بتعويض عادل تقدر قيمته على حسب ما لحقها من ضرر[13].

كما يستنتج القاضي التعسف كذلك من دوافع الزوج هل هي جدية أم غير جدية؟ وهل هي مبررة أو غير مبررة ؟ فإذا لم يبرر الزوج طلبه للقاضي كان ذلك تعسفا في استعمال الحق، ويتحمل وحده تبعة هذا الطلاق، ووجب عليه تعويض المطلقة في هذه الحالة.[14]

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق

إن الطلاق هو حق للزوج دون الزوجة، غير أنه يمكن للزوجة إذا تضررت من استمرار الحياة الزوجية أن ترفع أمرها للقاضي ليفرق بينها وبين زوجها، فقد جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل الذي سعى إلى بناء الرابطة الزوجية، وفي نفس الوقت شرع التطليق للأخذ لمن يلحقه الضرر من الزوجات إذا كانت الإساءة آتية من الزوج ، حتى لا تقوم العلاقة الزوجية على الضرر والتنافر.

فتملك الزوجة حق طلب التطليق من القاضي إذا تضررت من سلوك وتصرفات زوجها، ولكن لا يكون لها هذا الحق إلا إذا تحقق القاضي من وجود حالة من الحالات نصت عليها المادة 53 من قانون الأسرة[15].

ولقد حدد المشرع لذلك 10 أسباب على سبيل الحصر لا على سبيل المثال وهي أسباب مادية تتطلب الإثبات في الغالب لكي يحكم القاضي لها بالتطليق وتتمثل في ما يلي:

- التطليق لعدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه.
- التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- التطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

- التطليق بسبب الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- التطليق بسبب غياب الزوج لمدة أكثر من سنة وأن يكون هذا الغياب بدون عذر ولا نفقة.
- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة والمتعلقة بتعدد الزوجات.
- التطليق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة.
- التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين.
- التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- التطليق بسبب كل ضرر معتبر شرعا.

وهنا ويتدخل القاضي ليتأكد من حقيقة توافر أحد أسباب التطليق من عدمها التي استندت عليها الزوجة عند رفعها لدعوى التطليق.

الفرع الرابع: دور القاضي في الخلع

الخلع هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العيش معه، وتلتزم الزوجة هنا بدفع المال للزوج لأن الفرقة جاءت بطلبها دون تقصير من الزوج، لذلك عليها تحمل نتائج الفرقة.

نصت المادة 54 /1 من الأمر رقم 05 /02 على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي". ومن خلال هذه المادة أعطى المشرع للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع وذلك دون موافقة الزوج، وبالتالي فهو حق لها في مقابل حق الطلاق الذي منحه للزوج، وقد تتعسف الزوجة في ممارسة حقها ويلحق الزوج من ذلك ضرر.

وهنا حسب المشرع الجزائري للقاضي سلطة في إيقاع الخلع على الزوج في حالة رفضه وامتناعه عن إجابة زوجته لطلبها. أمّا النص قبل التعديل فكان الخلع لا يتم إلا بموافقة الزوج[16].

كما يتدخل القاضي كذلك في الخلع إذا لم يحصل إتفاق بين الزوجين في تحديد مبلغ الخلع على أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم[17].

الفرع الخامس: دور القاضي في تحديد حالات النشوز

إن المشرع الجزائري تكلم عن النشوز في المادة 55 من قانون الأسرة إذ نص على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر". وهذا النص الوحيد الذي تناول فيه المشرع الجزائري الطلاق للنشوز، إذا أنه لم يعط تعريفا لمعنى النشوز ولا شروطا لتحقق حالته بما يجعله أساسا لاستحقاق التعويض لأحد الطرفين.

فالمشرع هنا نص على أن النشوز قد يكون من الزوجة كما قد يكون من الزوج، لكنه لم يحدد حالات النشوز ولا تعريفه، وتركه للاجتهاد القاضي الذي بدوره يرجع إلى تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى تطبيق الشريعة الإسلامية.

والنشوز هو عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج، ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك.[18]

وكما يكون النشوز من الزوجة كأن تمتنع عن الالتحاق ببيت الزوجية أوتغادربيت الزوجية دون أي سبب مشروع، فإنه قد يكون من الزوج، ومثاله أن يغادر الزوج بيت الزوجية، أويتخلى عن الواجبات الزوجية كأن يتماطل في إرجاع زوجته إذا صدرحكم بذلك وألزمه بالسعي في إرجاعها وكذا عدم توفيره للسكن الشرعي.

فلابد إذن على قاضي شؤون الأسرة أن يتحقق ويبحث عن سبب امتناع الزوجة عن الرجوع لمحل الزوجية، إذ لا يعتبر مجرد امتناعها نشوزا، وعلى القاضي أن يناقش

ويتفحص جيدا الدفوع التي تثيرها الزوجة التي تدفعها إدعاء الزوج بأنها ناشز. فإذا كان سبب امتناعها عن الرجوع لمحل الزوجية هو عدم توفير الزوج لزوجته سكنا زوجيا منفردا، فإن هذا يعتبر مبررا شرعيا للزوجة وليست في حالة نشوز، ولا . يعتبر ذلك مساسا بواجب الطاعة[19].

المطلب الثاني: دور القاضي في تحديد آثار فك الرابطة الزوجية

إنّ انحلال الرابطة الزوجية سواء بسبب الزوج أو بسبب من الزوجة، قد يترتب عليه أضرار يلزم المتسبب فيها بدفع تعويض للطرف الآخر، كما يترتب على فك الرابطة إسناد حضانة الأولاد وحق الزيارة إلى أحد الزوجين حسب مصلحة الطفل.

الفرع الأول: سلطة القاضي في التعويض عن الطلاق

يملك القاضي سلطة في تقدير الضرر المادي والمعنوي الذي أصاب الزوجة في حالة طلاقها والحكم لها بذلك بتعويض عادل[20].

بالنسبة لتقدير وتحديد قيمة التعويض في حالة الطلاق التعسفي فإن المشرع الجزائري لم يتطرق لذلك من خلال أحكام قانون الأسرة الجزائري، ولم يحد أدنى أو أقصى قيمة له .

وبذلك فإن مقدار التعويض يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وهو يختلف من قضية إلى أخرى حسب ظروفها وأسبابها، وحسب جسامة الضرر الناتج عن تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق. وعلى القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار بعض المعطيات مثل مرتب الزوج وظروف المعيشة، وكذا عدد سنوات الحياة الزوجية التي قضاها الزوجين معا.

يعتبر إقرار مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري وسيلة ناجعة في الحد من الطلاق والتفكير مليا قبل اللجوء إليه.

وتجدر الإشارة على أن القاضي رغم ما يملكه من سلطة تقديرية عند حكمه بتعويض معين سواء كان قليلا أو كثيرا، فإنه مجبر على تسبيب حكمه، و إلاّ كان قراره معيبا بالقصور في التسبيب[21].

الفرع الثاني: سلطة القاضي في التعويض عن التطليق

يمكن للقاضي أن يحكم للزوجة بالتعويض حالة التطليق إذا أصابها ضرر، وهذا حسب المادة 53 مكرر من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

ويقع على الزوجة التي رفعت دعوى التطليق عبئ إثبات الضرر الذي لحقها من زوجها، والذي يجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية معه، وعلى إثره يحكم القاضي لها بالتعويض.

ومعيار الضرر هنا هو معيار شخصي، وأنّ مهمة القاضي في التفريق بين الفعل الضار وغير الضار مهمة صعبة[22].

وباعتبار أن الضرر مسألة موضوعية فانه يجوز إثباته بكل الوسائل القانونية أو الشرعية، ويخضع في تقدير مدى صحته وحجيته لقاضي شؤون الأسرة. ومن هنا فإن تفريق القاضي بين الزوجين، والحكم بالتعويض لصالح الزوجة المطلقة يكون لإزالة الضرر والأذى الذي أصيبت به.

وهنا فإنه يتضح لنا أن الأساس الذي يعتمد عليه القاضي في تقدير التعويض، هو حجم ومقدار الضرر الحاصل للزوجة، وله في ذلك سلطة تقديرية واسعة.

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تحديد بدل الخلع

تنص المادة 54 /2 من الأمر 05 /02 على أنه: " إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم". فإذا

ذكر البدل في المخالعة لزم ما سمي به، وإذا لم يسم فللقاضي أن يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم[23].

ففي حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع ولم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع، فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين، حول المبلغ المطلوب أداؤه فيحكم بالطلاق خلعا مقابل مال لا يتجاوز قيمته قيمة الصداق الذي يقدم عادة لمثل صداق الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة [24].

الفرع الرابع: سلطة القاضي في إسناد الحضانة

اهتم المشرع في قانون الأسرة بالحضانة، وعرفها في المادة 62 /1 من قانون الأسرة الجزائري على أنها: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

كما اشترط المشرع في المادة 62 /2 على أن يكون الحاضن أهلا للقيام بذلك، دون أن يحدد في ذلك شروط الحاضن، وهنا يكون القاضي ملزم بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 منه.

وقد نظم المشرع الجزائري مسألة الحضانة كأثر من آثار الطلاق وذلك في المادة 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة، وبتحليل هذه المواد نجد أن المشرع وسّع من سلطة القاضي التقديرية التي تقوم أساسا على مصلحة المحضون كمعيار أساسي لمعالجة القضايا المتعلقة بالحضانة سواءا في إسنادها أو إسقاطها وفي ترتيب الحواضن، وتنظيم حق الزيارة.

الفرع الرابع: سلطة القاضي في الحكم بحق الزيارة

إن حضانة الطفل بعد طلاق والديه تفترض ابتعاده عن أحدهما، ولحل ذلك قضى القانون بأن يحكم القاضي بحق الزيارة عند إسناد الحضانة، إذ نصت المادة 64 من

قانون الأسرة عل أنه:"... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

ويكتسي حق الزيارة أهمية بالغة لأنه يساهم في تكوين شخصية الطفل المشمول بالحضانة وتجعله مرتبطا بأبويه، وتعتبر من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته ورعاية دائمة لمصلحة المحضون، وقد رتب المشرع عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق ويعبث به، وهذا حسب المادة 328 من قانون العقوبات[25].

خـاتمـة

ما يمكن أن نستنتجه في الأخير هو أن 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، إلاّ أنه يجعل من مهمته صعبة ومعقدة للغاية خصوصا وأن القضاة ليس لديهم التكوين الفقهي الكامل والشامل في كل مذاهب الشريعة الإسلامية.

وبالمقابل نجد في الآونة الأخيرة كثرة قضايا الطلاق والخلع وإثبات الزواج العرفي في المحاكم، وبذلك على القاضي العمل كل ما في وسعه على إيجاد الحلول الملائمة لمعالجة هذا الخلل الذي يهدد كيان الأسرة الجزائرية وبالتالي كل المجتمع الجزائري. وحتى تكون مهمة قاضي شؤون الأسرة الجزائري مثمرة وتهدف إلى حماية فعالة للأسرة الجزائرية يجب:

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

2 - معرفة القاضي لعادات وتقاليد وأعراف المنطقة التي يمارس بها مهامه لأنها تساعده في حكمه.

3 - إختيار قضاة ذو خبرة في مجال الأحوال الشخصية يمتازون بكبر السن.

4 - تقيد المشرع في قانون الأسرة بمذهب معين من مذاهب الشريعة الإسلامية يحيل إليه القاضي في حالة عدم وجود نص قانوني، وهذا لتسهيل المهمة على القضاة وعدم تضارب واختلاف الأحكام القضائية، ومثال ذلك القانون الأردني الذي أحال إلى مذهب أبي حنيفة وذلك في المادة 183 منه.

5 - إعادة النظر في أحكام قانون الأسرة الجزائري تجعلها أكثر وضوحا وشمولا وسد الثغرات الموجودة فيه.

6 - إعادة النظر في المادة 56 من قانون الأسرة المتعلقة بالتحكيم بين الزوجين لأنها جاءت غامضة خاصة في طريقة تعيين الحكمين، وكيفية استدعائهما، وكذا الحل في حالة رفض أحد الزوجين أو كلاهما للتحكيم.

7 - على المشرع الجزائري النص على إمكانية تعويض الزوج عن الضرر اللاحق به في حالة مخالفة الزوجة للشروط المتفق عليها في عقد الزواج، أو وجود عيب بها دون علمه، أو الحكم عليها لارتكابها جريمة تمس بشرف الأسرة، أو لارتكابها لفاحشة مبينة.

الهوامش:

1 - تنص المادة 05 من قانون الأسرة على أنه:" الخطبة وعد بالزواج يجوز لكل طرف العدول عنه".

2 - تنص المادة 05 في فقرتيها 4 و 5 على أنه:"...لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إذا كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

3 - نصت المادة 79 من قانون الأسرة على أنه: " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

4 - نصت المادة 45 مكرر من أمر رقم 05 - 02 عل أنه: " يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي".

-يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا،

- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،

- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.".

5 - تنص المادة 4 /2 من قانون الأسرة على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

6 - مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في مسائل الزواج والطلاق – دراسة مقارنة- رسالة دكتوراة، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009 - 2010، ص 167.

7 - تنص المادة 49 /1 من قانون الأسرة على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى".

تنص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية عل أنه: "محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية".

8 - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 168.

9 - بن شيوخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1 ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009 ، ص 180.

10 - تنص المادة 49/2 على أنه: " يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين".

11 - تنص المادة 56 من قانون الأسرة على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

*- وإجراءات الصلح والتحكيم مبينة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 439 إلى 449.

12 - تنص المادة 52 من قانون الأسرة على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

*- إن المادة 124 من القانون المدني بينت حالات التعسف في استعمال الحق إذ نصت على أنه:" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

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

13 - باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة ، حضانة، متاع)، دار الهدى للنشر، الجزائر، دون سنة طبع، ص8.

14 - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 169.

15 - نص المادة 53 من قانون الأسرة.

16 - نص المادة 54 قبل التعديل: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

17 - تنص المادة 54 /2 من قانون الأسرة على أنه: " إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

18 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول: الزواج والطلاق، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص 309.

19 - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 206.

20 - المادة 52 من قانون الأسرة.

21 - 17 المحكمة العليا ، غ،أ،ش ، قراربتاريخ 18 /06/ 1991 ، ملف رقم75099، م -ق، عدد1 ، 1999، ص65.

22 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دارهومة، الجزائر،2005، ص 171

23 - الغوتي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2008الجزائر، ص113.

24 - منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية ، دار الهدى للطباعة و النشرو التوزيع، الجزائر، ص141.

25 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 385.