

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عمار ثليجي-الأغواط-

كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية والحضارة



الميدان: العلوم الإسلامية

شعبة: أصول الفقه

الموضوع:

السلطة التقديرية للقاضي في الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: الفقه المقارن وأصوله

إشراف :

أ.زيغمي نعيمي

من إعداد الطالبتين:

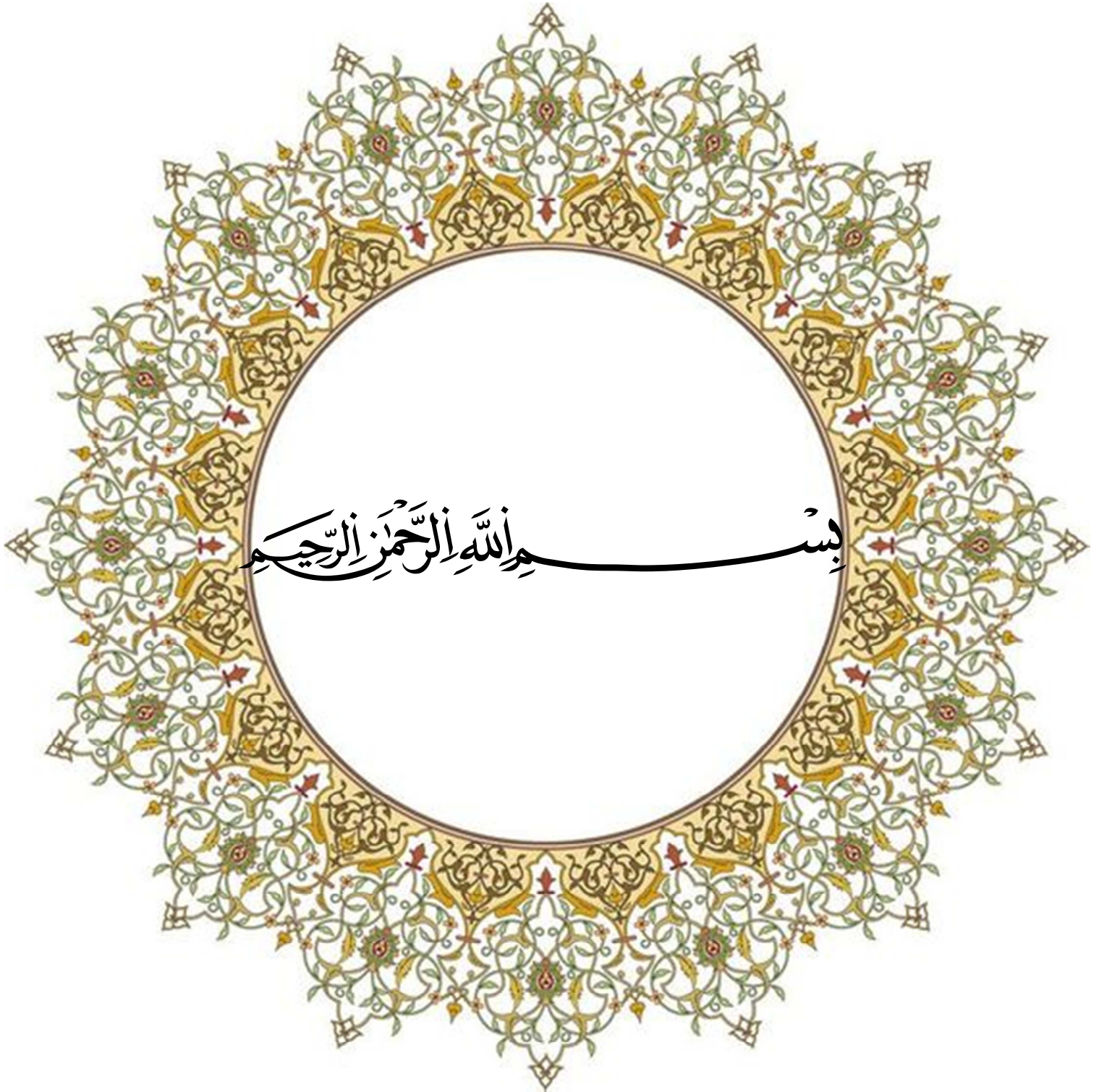
- أمال ميهوبي

- قدسية بن سالم

لجنة المناقشة	
مشرفا	أ. زيغمي نعيمي
رئيسا	د. على عدلاوي
مناقشا	د. حفصي عباس

السنة الجامعية: 1439-1440هـ / 2018-2019م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف الخلق عزيز النفس صادق الوعد حافظ الأمانة منقذ الأمة ونازع الغمة وعلى آله وصحبه ومن تبعهم إلى يوم الدين.

﴿ وَقُلْ إِعْمَلُوا فسيرى الله عملكم ورسوله، وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾ [التوبة: 105]

أما بعد نهدي هذا العمل المتواضع:

إلى من قرن الله عز وجل برهما بتوحيده جلّ وعلا.

إلى من أخبرتنا أنّ لا سعادة لها إلا بسعادتنا ولا راحة لها إلا بنجاحنا إلى آمال دعواتها فينا إلى

قدسية الجمال وانعكاس الملائكة في الأرض إلى الأم العظيمة.

إلى من حملنا من المهد أطفالا وسعى بنا إلى حيث نحن، إلى تجاعيد وجهه الباسم وبياض شعره

المستتير وشقوق يديه ووهن عينيه إلى الأب أطال الله في عمره.

إلى من قاسمونا لبن الأمومة وحب طاعة الوالدين وشاركونا حلو الحياة ومرّها إلى الإخوة.

إلى من أخذ من وقته وأضاعه من أجلنا بترف ودون تأفف إلى من أخذ على عاتقه مسؤولية تنوير

بصيرتنا بالصواب، إلى من قصدناه تائهيّن فأقسم على أن لا يردنا إلا مبصرين مستركين ما

ينقصنا، إلى الأستاذ المشرف **زيغمي نعيمى**.

إلى كل من قيل فيه كاد أن يكون رسولا، إلى كل من حمل ياء النسبة بعد كل معلم وأستاذ عامة

وإلى أساتذة قسم الشريعة الإسلامية خاصة.

إلى ما استنناه القاموس من الشرح أول وأجمل منفي، ثاني إلهام وثالث حب استوطن القلب إلى

الوطن بما تعددت معانيه.

أمال - قدسية



الشكر والتقدير

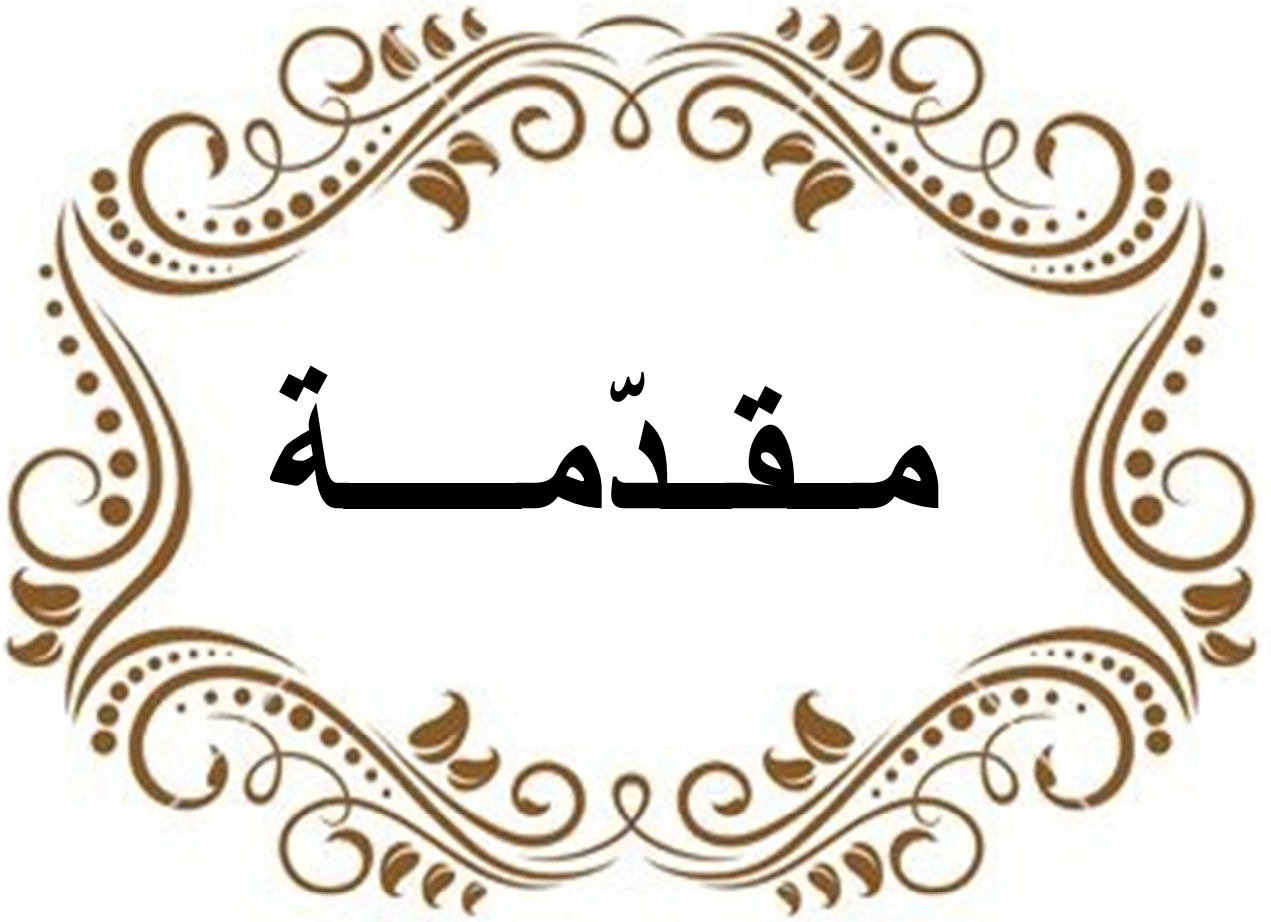
الحمد لله الذي بنعمته تتمّ الصالحات، حمدا كثيرا طيبا مباركا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، الذي منّ علينا بإتمام هذه الرسالة وأعاننا على إنجازها على هذا النحو.

اعترافا بالفضل لأهل الفضل، فإننا نقدّم خالص شكرنا للأستاذ الفاضل " زيغمي نعيمي"، الذي له الفضل في اختيارنا لموضوع الرسالة، ولما تفضّل به من إشراف على رسالتنا، وما بذله من جهد مبارك، وبما أفادنا به من توجيهات كان لها أبلغ الأثر في إنجازها بهذه الصورة، زوّده الله من تقاه، ومن النّار وقاه، وللفضيلة هداه، وللجنة دعاه، وجعل الفردوس مأواه.

كما نتوجّه بالشكر والتقدير إلى كلّ من قدّم لنا يد العون لإتمام هذا البحث، ونخصّ بالذكر الأهل الكرام، وكذا كل أساتذة قسم العلوم الإسلامية، الذين مهدوا الطريق أمامنا لطلب العلم الشرعي

جزاهم الله عنّا خير الجزاء





مقدمة

إنّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضلّ له ومن يضلّل فلا هادي له، ونشهد أن لا إله إلا الله، وأنّ محمدا عبده ورسوله، من بعثه الله رحمة للعالمين، هاديا ومبشرا ونذيرا، الذي بلغ العلى بكماله، وكشف الدجى بجماله، حسنت جميع خصاله، صلوا عليه وعلى آله وصحبه -اللهم صل وسلم وبارك عليه وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

فقد وضع الله عزّ وجلّ سننا كونية تضمن استمرار الجنس البشري، ومن هذه السنن الزواج الذي يعدّ الرباط المقدّس بين الرجل والمرأة، والذي يهدف إلى إنشاء أسرة يسودها التعاون والموّدة، لقوله تعالى: ﴿ وَمَنْ -إِنِّيهِ- أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [الروم: 21]، والإسلام يحثّ على بقاء العلاقة الزوجية، حيث يعتبر الزواج كمالا روحانيا، أرادته الله لعلاقة الرجل بالمرأة، ووضع له أحكاما تؤكّد ذلك، والأسرة هي اللبنة الأساسية للمجتمع، ومنها تنشأ الأحوال الشخصية من انعقاد الروابط الأسرية فتبدأ بالخطبة ثم الزواج ومن ثمّ نفقة الزوجة والأولاد، ولكن نفس الإنسان متغيرة، فربما يحدث تنافر بين الزوجين يلجأ كل منهما أو أحدهما إلى اختيار حلّ الرابطة الزوجية التي يتفرع عنها عوض الضرر للمتضرر، والحضانة وما إلى ذلك.

وتعدّ المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية من المسائل البالغة الأهمية عند تقنين الأحكام المتعلقة بهما، وحتى يتسنى للقضاة إحقاق الحق، وإنصاف المظلومين مكنّهم المشرّع من تطبيق القانون، فجعل لهم مساحة كبيرة للتحرك فيها، فكانت السلطة التقديرية للقاضي، تلك الآلية التي خولها المشرّع للقاضي، ليتصرّف بموجبها في الأحوال التي لم ينص عليها القانون، أو تلك التي يكون فيها النصّ القانوني غير قطعي في دلالاته، والهدف منها تحقيق مقصد المشرّع من جهة، ومن جهة أخرى العمل على ما فيه صلاح للناس، وبما أنّ قانون الأسرة كغيره من القوانين الوضعية لا يخلو من الغموض والشغرات في مختلف نصوصه، فقد عمل المشرّع الجزائري على منح السلطة التقديرية للقاضي تشمل مختلف المجالات التي يعالجها هذا القانون، فالمشرّع الجزائري فتح لقاضي شؤون الأسرة بابا واسعا من قانون الأسرة لما يكتسيه من أهمية بالغة باعتباره يؤثّر تأثيرا مباشرا على المجتمع، وسنحاول في بحثنا هذا دراسة بعض أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي،

وتقدير القاضي لها في القانون الجزائري، ثم استنتاج وبيان الفرق بينهما إن وجد، أو القول بتوافقهما، وذلك تحت عنوان " السلطة التقديرية للقاضي في الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري".

❖ أهمية الموضوع:

- كون الموضوع يمسّ أساسيات الأسرة، وأنّه من المسائل المرتبطة بكيانها، والتي أولاها الشارع الحكيم اهتماما عظيما، واهتمّ بها القانون الجزائري، وبالتالي تكمن الأهمية في معرفة كيف كان الحكم في كلّ منهما.
- أنّ موضوع السلطة التقديرية يكتسي أهمية بالغة، من حيث أنه يساعد في سدّ الكثير من الثغرات الموجودة في القانون، وذلك من خلال سلطة القاضي في إيجاد الحلول المناسبة عند عدم وجود نص قانوني، باللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

❖ أسباب اختيار الموضوع:

- أنه نظرا لأهمية موضوع المحافظة على الأسرة، وحماية الحقوق، وإنصاف العدالة، اخترنا هذا الموضوع محاولين إبراز مدى توافق أحكام الشريعة الإسلامية مع قانون الأحوال الشخصية الجزائري، وإظهار اختلافهما من خلال هذه الدراسة المقارنة.
- اهتمامنا بالقضايا الاجتماعية عموما، والتي تمسّ الأسرة خصوصا.
- قلة الكتابة في هذا الموضوع بشكل مستقلّ، على حدّ اطلاعنا، إذ أن الأحوال الشخصية في كتب الفقه تكون تحت عنوان كتاب النكاح أو كتاب الطلاق وهكذا، أما كتب القانون فتذكر ما نصّ عليه المشرّع الجزائري فقط.

❖ وانطلاقا مما سبق نطرح الإشكالية الرئيسية التالية:

- ما مدى سلطة القاضي في إنشاء عقد الزواج وفكّ الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عليهما في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الجزائري؟

▪ وتحت هذه الإشكالية الرئيسية يندرج عدد من التساؤلات الفرعية يمكننا حصرها فيما يلي:

- ما هي السلطة التقديرية للقاضي فقها وقانوناً؟
- ما مفهوم الأحوال الشخصية فقها وقانوناً؟
- ما مدى سلطة القاضي في انعقاد وإنهاء العصمة الزوجية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟

- ماهي الآثار المترتبة عن الزواج وانحلاله في الفقه الإسلامي وتقدير القاضي لها في القانون الجزائري؟

❖ أهداف الموضوع:

- إعطاء لمحة ولو بسيطة عن السلطات المخولة للقاضي من خلال قانون الأحوال الشخصية، ومعرفة مدى تطابقها مع الشريعة الإسلامية.
- محاولة الإحاطة بموضوع السلطة التقديرية في قانون الأسرة الجزائري من جميع جوانبه، أو على الأقلّ تسليط الضوء على الجزء الأكبر من هذه السلطات، ومقارنة أحكامها بأحكام ديننا الحنيف.

❖ الدراسات السابقة:

- رسالة دكتوراه للباحث أحمد شامي، تحت عنوان (السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية)، تحت إشراف: د. رايس محمد، بجامعة أبي بكر بلقايد- بتلمسان، التي نوقشت سنة 2014م، عرض فيها السلطة التقديرية للقاضي في انعقاد الرابطة الزوجية وانحلالها والآثار المترتبة عنهما، وأضاف زيادة على دراستنا في سلطة القاضي في إثبات النسب ونفيه، وكانت إضافتنا عليه أننا تناولنا المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري خاصة، فضلا على أنه لم يتناول مسألة سلطة القاضي في إجبار الزوج على الخلع، وكذا سلطة القاضي في تقدير حالات لنشوز.
- مذكرة الماستر للطالبة عزوز هناء، تحت عنوان (السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية في قانون الأسرة الجزائري)، تحت إشراف: أ. أحمد غرابي، بجامعة محمد بوضياف-بالمسيلة، التي نوقشت سنة 2016م، أضفنا عليها المقارنة بين الفقه والقانون الجزائري، إذ اكتفت هي بذكر الحكم الشرعي عرضا وباختصار، ثم الحكم القانوني فقط، دون مقارنة.

❖ المنهج المتبع:

- ولدراسة هذا الموضوع وظفنا كلاً من المنهج الاستقرائي، والتحليلي، والمقارن، وذلك عن طريق تحرير أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل معينة، وبعض النصوص القانونية، ومقارنة قانون الأسرة الجزائري بالشريعة الإسلامية.

❖ منهجية البحث:

- الاعتماد على رواية ورش في القرآن الكريم.

- الإشارة إلى مواضع وأرقام الآيات.
- تخريج الأحاديث النبوية.
- ترجمة الأعلام.
- عزو الأقوال لأصحابها.
- الترجيح بين أقوال العلماء عند الحاجة.
- شرح الكلمات المبهمة والغامضة.
- الإشارة إلى التوافق أو الاختلاف الوارد بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري في نهاية كل مسألة.

❖ صعوبات البحث:

- صعوبة التحكّم في موضوع الدراسة لكونه متشعبًا ويحتاج إلى تدقيق.
- صعوبة المقارنة بين النصوص الشرعية والقانونية في السلطة التقديرية وهذا بسبب قلة النصوص القانونية المتعلقة بمجالات السلطة التقديرية.
- كثرة محتويات الموضوع لطوله، مع التقيّد بعدد معيّن في الصفحات.
- ✓ لكن رغم هذه الصعوبات وغيرها إلّا أنّنا حاولنا قدر الإمكان الإلمام بكل الجوانب المهمة للموضوع

- واعتمدنا في دراستنا على خطة مقسمة إلى فصلين، كل فصل فيه ثلاثة مباحث، على التفصيل الآتي:

- مقدمة.

❖ الفصل الأول: ماهية السلطة التقديرية للقاضي في الأحوال

الشخصية

- المبحث الأول: تعريف السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية.
- المطلب الأول: مفهوم مصطلحات السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية.
 - الفرع الأول: تعريف السلطة والتقدير.
 - الفرع الثاني: تعريف القاضي والأحوال الشخصية.

➤ المطلب الثاني: المفهوم المركب لمصطلح السلطة التقديرية للقاضي.

- الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي.
- الفرع الثاني: تعريف السلطة التقديرية في القانون الجزائري.

▪ المبحث الثاني: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي.

➤ المطلب الأول: مشروعية السلطة التقديرية من كتاب الله وسنة النبي صلى الله عليه وسلم وأثار الصحابة رضوان الله عليهم.

- الفرع الأول: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من القرآن الكريم وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم.

• الفرع الثاني: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من آثار الصحابة.

➤ المطلب الثاني: مشروعية السلطة التقديرية من المعقول والقواعد الفقهية.

- الفرع الأول: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من المعقول.
- الفرع الثاني: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من القواعد الفقهية.

▪ المبحث الثالث: شروط القاضي ومصادر أحكام السلطة التقديرية له.

➤ المطلب الأول: شروط القاضي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

- الفرع الأول: شروط القاضي في الفقه الإسلامي.
- الفرع الثاني: شروط تعيين القاضي في القانون الجزائري.

➤ المطلب الثاني: مصادر أحكام السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

- الفرع الأول: مصادر أحكام القاضي المجتهد في الفقه الإسلامي.
- الفرع الثاني: مصادر أحكام السلطة التقديرية للقاضي في القانون الجزائري.

❖ الفصل الثاني: سلطة القاضي التقديرية في بعض مسائل الأحوال الشخصية

بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

▪ المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في انعقاد الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

➤ المطلب الأول: سلطة القاضي التقديرية في التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة وحالات استحقاق مهر المثل.

• الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير العوض المترتب عن العدول عن الخطبة.

• الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات استحقاق مهر المثل.

➤ المطلب الثاني: سلطة القاضي التقديرية في الترخيص بزواج القاصر.

• الفرع الأول: تحديد سنّ الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

• الفرع الثاني: ولاية القاضي لزواج القاصر.

➤ المطلب الثالث: سلطة القاضي التقديرية في تحديد شروط تعدّد الزوجات ومنح الإذن به.

• الفرع الأول: حقيقة التعدّد (تعريفه/ مشروعيته/ الحكمة من تشريعه).

• الفرع الثاني: شروط تعدّد الزوجات في الفقه الإسلامي وتقدير القاضي لها في القانون

الجزائري.

▪ المبحث الثاني: سلطة القاضي التقديرية في انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

➤ المطلب الأول: سلطة القاضي التقديرية في النشوز.

• الفرع الأول: تعريف النشوز.

• الفرع الثاني: النشوز في الفقه الإسلامي وتقدير القاضي له في القانون الجزائري.

➤ المطلب الثاني: سلطة القاضي التقديرية في الطلاق والخلع.

• الفرع الأول: سلطة القاضي التقديرية في الطلاق.

• الفرع الثاني: سلطة القاضي التقديرية في الخلع.

➤ المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق.

• الفرع الأول: طلب التطليق للضرر في الفقه الإسلامي.

• الفرع الثاني: تقدير القاضي لحالات التطليق في القانون الجزائري.

■ المبحث الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في بعض الآثار المترتبة عن انعقاد الرابطة

الزوجية وانحلالها.

➤ المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير نفقة الزوجة ونفقة عدة المطلقة.

• الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير نفقة الزوجة.

• الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير نفقة المعتدات من الطلاق.

➤ المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع.

• الفرع الأول: مقدار عوض الخلع الذي يجوز أخذه وبذله عند الفقهاء.

• الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع في القانون الجزائري.

➤ المطلب الثالث: سلطة القاضي في الحضانة.

• الفرع الأول: الحضانة في الفقه الإسلامي.

• الفرع الثاني: سلطة القاضي التقديرية في الحضانة في القانون الجزائري.

- خاتمة.

قائمة المختصرات

- ق.ج: القانون الجزائري.
- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.
- ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.
- ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ق.ع: قانون العقوبات.
- م.ق: المجلة القضائية.
- غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.
- أ.ش: الأحوال الشخصية.
- الم: المادة.
- ج.ر: الجريدة الرسمية.
- د.ط: بدون طبعة.
- د.ت: دون تاريخ النشر.
- د.م: دون مكان النشر.
- ط.خ: طبعة خاصة.
- ط.ع: طبعة علمية.
- ط.ج: طبعة جديدة.
- د.: دكتور.
- أ.: أستاذ.
- ت: ترجمة.
- تح: تحقيق.
- الخ: إلى آخره.

الفصل الأول

ماهية السلطة التقديرية للقاضي في الأحوال الشخصية

المبحث الأول: تعريف السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية

المبحث الثاني: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي

المبحث الثالث: شروط ومصادر السلطة التقديرية للقاضي

الواقع أن القضاء في غاية الأهمية وخاصة في مجال الأحوال الشخصية، وأتى في اسم من أسماء الله تعالى باسم العدل، وقد أقام عزّ وجلّ ملكه وحكمه على العدل، وبه قامت السماوات والأرض، فقد جعلنا سبحانه خلفاء فيها، وأمرنا أن نقوم أحكامنا على أساس العدل، فالقضاء هو حصن والعدل أداة تنفيذه، قال تعالى: ﴿كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ﴾ [البقرة : 213]، فأى إنسان له حقوق وواجبات مرهونة بوجود القضاء العادل، ومن شأنه أن ينفذ في الشريعة والقانون، ينفذ هذه الشريعة في تنظيم حياة الناس وتحديد حقوقهم، ويقوم بإعطاء كل ذي حق حقه، لأنه إن وجد في الأمة فإنه ينشر فيها الأمن والأمان والاستقرار، وإيقاف الظالم عن ارتكاب الظلم وأخذ الحق منه، وإعطاء هذا الحق للمظلوم، وإنهاء المنازعات وضمان السلامة لهذه المجتمعات والحفاظ عليها، وجدير بمن يتولى منصب القضاء أن يقدره، ويعرف شرف المنزلة التي أنزلته فيها الأمة فالقاضي خليفة عن المرسلين، وهو من الأمور التي لا غنى عنها في كل الأمم، وعليه فهذا الفصل كتمهيد لأخذ فكرة عن موضوع دراستنا.

المبحث الأول / تعريف السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية

سنترق في هذا المبحث إلى مطلبين يحتويان: على مفهوم مصطلحات السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية وكذا المفهوم المركب.

المطلب الأول: مفهوم مصطلحات السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية

يتكون عنوان الدراسة من أربع مفردات أساسية هي: السلطة، التقدير، القاضي، الأحوال الشخصية، وستقف على المعنى اللغوي والاصطلاحي والقانوني لكل مفردتين في فرع خاص، حتى يتضح المعنى العام لعنوان البحث:

❖ الفرع الأول / تعريف السلطة والتقدير:

أولاً- تعريف السلطة:

1- **السلطة لغة:** من سَطَّ والسَّلَاطة القهر، وقد سَطَّه الله فتَسَلَّطَ عليهم، والاسم سُلْطَة بالضم، والسَّطِّ والسَّلِيط الطويل اللسان، ورجل سَلِيط أي فصيح حديد اللسان، وإذا قالوا امرأة سَلِيطَة اللسان فله معنيان: أحدهما أنها حديدة اللسان، والثاني أنها طويلة اللسان¹، وهو مدح للذكر ذمّ للأنثى، والسُّلْطَان الحجة والبرهان²، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا مُوسَى بِآيَاتِنَا وَسُلْطَانٍ مُّبِينٍ﴾ [غافر: 23]، أي حجة وبينة، وسَطَّه أطلق له السلطان والقدرة، وتسَلَّطَ عليه: تحكَّم وتمكَّن وسيطر، والسلطة التسلُّط والسيطرة والتحكُّم، وسلَّطه جعله سلطاناً، والسلطان الملك أو الوالي³.

2- **السلطة اصطلاحاً:** لا تخرج عن القوة والتمكُّن من تنفيذ أحكام الله تعالى على وجه الإلزام⁴، كما في قوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِيهِ

¹ ابن منظور جمال الدين بن مكرم، لسان العرب، دار صادر - بيروت، (د . ط)، (د . ت)، ج7، (حرف الطاء) ص320.

² الفيروزآبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيطة، مؤسسة الرسالة - دمشق، ط6 (1998م)، ص671.

³ إبراهيم أنيس- عبد الحليم منتصر- عطية الصوالحي- محمد خلف الله أحمد، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية - مصر، ط4 (1425هـ-2004م)، (باب السين/ " س ل ط ") ص443.

⁴ شوكت عليان، السلطة القضائية في الإسلام، دار الرشيد - الرياض، ط1 (1402هـ-1982م)، ص86.

أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾ [النساء: 65]، فيجب أن ينفذ القاضي السلطة ولو بالقوة وأن تكون أحكامه الصادرة عن هذه السلطة لها من الحجية والنفاز ما يجعلها مفيدة ومستقلة¹.

- عبر الفقهاء بلفظ الولاية - لغة: يقال ولي الشيء يليه وولي عليه إذا ملك أمره وكان له القيام عليه وكذلك إذا قام به فهو وليه وولي عليه فهو والٍ ومن هذا أخذ الاستعمال الشرعي²- عن السلطة، وهما بمعنى واحد عندهم، ونادرا ما عبروا عن السلطة بلفظها، ويكثر من وصف الوالي بالسلطان، ولأجل استغنائهم بالولاية عن السلطة انصرفت جهودهم لتعريف الأولى دون الثانية³، فوجد القدامى "كالجرجاني"⁴ عرفها: (بأنها تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو أبي⁵)، أما المعاصرون فقد سلكوا مسلك القدامى في تعريفاتهم منها تعريف الشيخ "الزرقا"⁶: (قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير الشؤون الشؤون الشخصية والمالية⁷).

¹ محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر-عمان، ط2 (1435هـ-2014م)، ص78.

² علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي-القاهرة، (د. ط)، (1469هـ-2008م)، ص281.

³ محمود نمر النفار، تقييد السلطة التنفيذية في التشريع الإسلامي، رسالة ماجستير، إشراف: د. مازن إسماعيل هنية، كلية الشريعة والقانون/الجامعة الإسلامية-غزة، (1434هـ-2014م)، ص23-24.

⁴ ت: علي بن محمد بن علي الشريف الجرجاني، ولد في مدينة جرجان "740هـ"، سمي بالشريف لأن نسبه يرجع إلى محمد بن زيد الداعي الحسيني من أشرف أهل البيت، رحل إلى مصر والشام وبلاد الروم، فلما صار بحرا للعلوم عاد إلى بلده فجلس للتدريس والإفتاء، توفي بشيراز "816هـ"، له نحو خمسين مصنفا منها: كتاب التعريفات وتفسير الزهراوي (الشوكاني) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، البدور الطالع، دار الكتاب الإسلامي-القاهرة، ج1، ص488/ الزركلي خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الأعلام، دار العلم للملايين-بيروت، ط5 (1980م)، ج5، ص07).

⁵ الشريف الجرجاني علي بن محمد بن علي، معجم التعريفات، تح: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة - القاهرة، (د. ط)، (2011م)، ص213.

⁶ ت: مصطفى أحمد الزرقا، ولد في حلب (1322هـ-1904م) فقيه بلاد الشام، ولد في أسرة أحببت العلم-فوالده فوالده "أحمد الزرقا" مؤلف "شرح القواعد الفقهية"، وجدته العلامة الكبير "محمد الزرقا" من كبار علماء المذهب الحنفي - توفي سنة (1420هـ-1999م) وهو جالس يفتح الفتاوى ويبويها، من مؤلفاته: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، (جندب محمد، علماء ومفكرون عرفتهم، دار الشواف-الرياض، ط4 (1992م)، ج2، ص343-369).

⁷ الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم - دمشق، ط2 (1465هـ-2004م)، ج2، ص843.

3- السلطة قانونا: هي المرجع المسلم له بالنفوذ، أو الهيئة الاجتماعية القادرة على فرض إرادتها على الإرادات الأخرى، بحيث تعترف الهيئات الأخرى بالقيادة والفصل وبقدرتها، وحقها في المحاكمة، ويوجب الاحترام لاعتباراتها والالتزام بقراراتها¹، وأورد (راسل)² في تعريفه: (أنه يمكن النظر إليها بوصفها عملية تميل إلى إحداث تأثير مقصود)³، أو هي: إرادة شخص لإرادة شخص قانوني آخر، فهي علاقة قانونية بين إرادتين إحداها خاضعة والأخرى متفوقة عليها⁴.

ثانيا- التقدير:

- 1- **التقدير اللغوي:** يقال قدر فلانا أي عظّمه⁵، وفي تنزيل العزيز: ﴿وَمَا قَدَرُوا اللَّهَ حَقَّ قَدْرِهِ﴾ [الأنعام: 91]، أي ما عظموه حق تعظيمه، وقَدَّرُ كلَّ شيءٍ ومقداره: مقياس، وقَدَّره قاسه، والتقدير على وجوه من المعاني: أحدها التروية والتفكير في تسوية أمر وتهيئته، والثاني تقديره بعلامات يقطعها عليها، والثالث أن تنوي أمرا بعقدك كأن تقول: قدّر تأمر كذا وكذا أي نويته وعقدت عليه، ويقال قدرت لأمر كذا أقدر له وأقدره قدرا إذا نظرت فيه ودبرته وقايسته⁶.
- 2- **التقدير اصطلاحا:** التقدير في التعريف الاصطلاحي لا يخرج عن التعريف اللغوي، فما من معنى للقدر أو التقدير في اللغة إلا ويقابله عند الفقهاء والأصوليين دلالة ومعنى شرعي⁷.

¹ - الكيالي عبد الوهاب، الموسوعة السياسية، دار الهدى-بيروت، (د . ط)، (د . ت)، ج3، ص215.

² - ت: برتراند راسل ولد(1872م)، فيلسوف بريطاني، وداعية لسلام، توفي(1970 م)، من كتبه: السلطة والفرء، مشكلات الفلسفة(عبد المحيد عبد التواب شبيحة-شيخة عبد الله مسند، برتراند راسل فيلسوفا ومصالحا ومربيا، حولية كلية التربية / جامعة قطر - العدد 12، (1416هـ-1995م)، ص193-195.

³ - Bertrand Russell, Power a new social analysis, George Allen and unwinltd, London, 1945, p 35

⁴ - محمد علي الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة وتحقيق ووقف تنفيذها، دار المطبوعات الجامعية -الإسكندرية، (د . ط)، (2007)، ص 27.

⁵ - الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، إخراج دائرة المعاجم - مكتبة لبنان، (د . ط)، (1986م) ، ص219.

⁶ - ابن منظور، لسان العرب، المصدر سابق، ج5، ص76.

⁷ - هديل سبتي، التقديرات الشرعية وتطبيقاتها الفقهية، رسالة دكتوراه، إشراف: د.علي عزوز، قسم الشريعة والقانون/ جامعة بن يوسف خدة - الجزائر، (1432هـ-2011م)، ص 17.

- فالتقدير هو تحديد كل مخلوق بحده الذي يوجد من حسن وقبح ونفع وضر وغيرهما، والتقدير تبين كمية الشيء¹.

➤ وتقدير الله وجهان:

أ- بالحثم فيه أن يكون كذا إما وجوباً أو إمكاناً.

ب- بإعطاء القدرة عليه.

➤ وتقدير من الإنسان له وجهان:

أ- التفكير في الأمر بحسب نظر العقل وبناء الأمر عليه وذلك محمود.

ب- أن يكون بحسب التمني والشهوة وذلك مذموم².

➤ والتقدير أيضاً إعطاء المعلوم حكم الموجود أو الموجود حكم المعلوم³.

3- **التقدير قانوناً:** المقصود به هو ما يعبر عنه بتعبير التصرف الحر⁴، بتقدير أثمان

الأشياء أو قيمتها، يجري بمعرفة السلطات القضائية أو التشريعية⁵.

❖ الفرع الثاني/ تعريف القاضي والأحوال الشخصية:

أولاً - تعريف القاضي:

1- تعريف القضاء:

أ- **القضاء لغة:** (ق ض ي) القاف والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على إحكام

أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته وله معان منها⁶:

¹ البركتي محمد عيم الإحسان المجددي، **قواعد الفقه**، دار النشر - الصدف/ بلشرز، ط1 (1407هـ-1986م)، ص424.

² المناوي زين الدين محمد عبد الرؤوف بن تاج العارفين، **التوقيف على مهمات التعاريف**، تح: د. عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتب - القاهرة، ط1 (1410هـ-1990م)، ص106.

³ السلمى أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، تح: طه عبد الرؤوف سعد، نشر مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة (1411هـ-1991م)، ج2، ص112.

⁴ كريم هاشم، **دور القاضي الجنائي في تقدير العقوبة**، رسالة ماستر، إشراف أ: محمد فتحي، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر/ بسكرة، (2014-2015)، ص18.

⁵ حارث سليمان الفاروقي، **المعجم القانوني**، مكتبة لبنان- بيروت، ط3 (1991م)، ج1، ص124.

⁶ الرازي أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، **معجم مقاييس اللغة**، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر - دمشق، (د . ط)، (1399هـ-1979م)، ج5، ص99.

➤ الحكم: ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ [الإسراء: 23]، وقد يكون بمعنى الفراغ تقول قضى حاجته إذا فرغ منها¹.

➤ الحتم: وهو إيجاب القضاء، والحاتم هو القاضي².

➤ الخلق والتقدير: كقوله تعالى: ﴿فَقَضَيْنَهُنَّ مِمَّا سَنَّتَ لَنَا فِي بَعْضِ الْأَقْبَانِ﴾ [فصلت: 12] أي خلقهن، والقضاء

بمعنى العمل لقوله تعالى: ﴿فَأَقْضِي مَا أَنْتَ قَاضٍ﴾ [طه: 72]، معناه فاعمل ما أنت عامل³.

ب-القضاء اصطلاحاً: فصل الخصومات وقطع النزاعات⁴، أو هو الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات⁵.

ت-القضاء قانوناً: هو فض النزاعات والخصومات الناشئة بين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين وتوجيه العقوبة الرادعة بحق من يثبت ارتكابهم للمخالفات والجناح والجنايات⁶.

2-تعريف القاضي:

أ-القاضي لغة: يقال استقضى فلان أي صير قاضياً⁷، ويقال قضى بين الخصمين، وقضى عليه وقضى له وقضى بكذا، فهو قاض جمع قضاة، والقاضي القاطع للأمور المحكم لها⁸.

¹ - الرازي، مختار الصحاح، المصدر سابق، ص226.

² - الفراهيدي أبو عبد الرحمان الخليل بن أحمد بن عمرو، العين، تح: مهدي المخزومي - إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال - بيروت، (د . ط)، (د . ت)، ج3، ص195.

³ - ابن منظور، لسان العرب، المصدر سابق، ج15، ص186.

⁴ - ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، حاشية ابن عابدين، تح: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض، دار عالم الكتب - الرياض، (ط . خ)، (1423هـ - 2003م)، ج8، ص20.

⁵ - البهوتي منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس، كشف القناع على متن الإقناع، عالم الكتب - بيروت، (د . ط)، (1403هـ - 1983م)، ج 6، ص 285.

⁶ - على خالد دببسي - ميثاق طالب غركان، القضاء في القانون والفقاه الإسلامي، مجلة أهل البيت عليهم السلام، السلام، كربلاء، العدد 14، (د . ت)، ص179.

⁷ - الزبيدي مرتضى محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، التراث العربي - طبعة الحكومة - الكويت (1385هـ - 1965م)، (باب الواو والياء)، ص310.

⁸ - إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، المرجع سابق، (ق ض ي)، ص742-743.

ب-القاضي اصطلاحاً: قولهم قضى القاضي فيمعنى قولهم حكم الحاكم، أي وضع الحق في أهله ومنع من ليس بأهل، وبذلك سميت الحكمة التي في لجام الفرس، لأنها تردّ الفرس عن المعاطب، والقاضي هو المخبر عن الحكم الشرعي على سبيل الإلزام¹.

ت-القاضي قانوناً: هو شخص مخول بإصدار حكم قضائي، سواء كان ممتهداً للقضاء أم لا²، ويعرف بأنه الشخص الذي يحكم بالعدل، وقد تعلق بمهمة القضاء في القديم السياسيون بصفة عامة (الملوك، الحكام..)، حيث كان الملك هو القاضي والحاكم قاض أيضاً³، أو هو من تعينه الدولة لنظر في الخصومات والدعاوي وإصدار الأحكام التي يراها طبقاً للقانون، ومقره الرسمي إحدى دور القضاء⁴.

ثانياً- الأحوال الشخصية:

1- الأحوال الشخصية لغة:

أ- الأحوال لغة: جمع حال، حالت أوضاعه: تغيرت من حال إلى حال، وحال الإنسان ما يختص به من أموره المتغيرة الحسية والمعنوية⁵.

ب-الشخصية لغة: من الشخص، جمعه أشخاص، وهو كل جسم له ارتفاع وظهور، وغلب في الإنسان⁶.

¹ ابن فرحون برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، تح: جمال المرعشلي، دار عالم الكتب-الرياض، (ط.خ)، (1423هـ-2003م)، ج1، ص09.

² النفيسة عبدالله بن عبد الوهاب، مسؤولية القاضي عن الضرر الناشئ عن التقاضي في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، إشراف: د. محمد المدني بوساق، قسم العدالة الجنائية / جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض، (1327هـ-2006م)، ص12.

³ يحيوي صليحة، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، إشراف: د. عبد الله سليمان، قسم الحقوق/ الحقوق/ جامعة بن يوسف بن خدة - الجزائر، (2016م)، ص 48.

⁴ زياد خلف عودة، مسؤولية الدولة في التعويض عن أخطاء القضاة، لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية (بحوث القانون)، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي-بغداد، العدد 31(1-10-2018)، ج2، ص 518.

⁵ عبد الغني أبو العزم، معجم الغني، موقع معاجم الصخر (د.ط)، (1434هـ-2013م)، (ح و ل)، ص 179.

⁶ إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، المرجع سابق، ص 475.

2- الأحوال الشخصية شرعا: هي الأحكام والمبادئ والمسائل المنظمة للعلاقات داخل الأسرة، بما يشمل أحكام الخطبة والزواج، والمهر ونفقة الزوجة وواجباتها تجاه زوجها، والطلاق وتفریق القاضي بين الزوجين والخلع والنسب والرضاع وحضانة الأولاد والميراث والوصية والوقف¹.

3- الأحوال الشخصية قانونا: مجموعة ما يتميز به الإنسان من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو أبا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنّ أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية²، وهو مصطلح قانوني ابتدعه الفقه الايطالي في القرن الثاني عشر، لا نجد له استعمالا في كتب الفقه الإسلامي حيث كان الفقهاء يبحثون المسائل التي تندرج ضمن مفهوم الأحوال الشخصية في كتاب النكاح وكتاب الطلاق وكتاب النفقة ونحو ذلك³، والأحوال الشخصية تشتمل ما يأتي:

أ- أحكام الأهلية والولاية.

ب- أحكام الأسرة من خطبة وزواج ومهر ونفقة الزوجة والأولاد ونسب ورضاع، وانحلال زواج من طلاق وخلع، أو بالتفريق القضائي، كالإيلاء واللّعان والظهار، والتفريق للضرر وعدم الإنفاق.

ت- أحكام أموال الأسرة من ميراث (فقه الفرائض)، ووصايا وأوقاف وكل ما هو مضاف لما بعد الموت⁴.

¹ - زقروق محمود حمدي، الموسوعة الإسلامية العامة، وزارة الأوقاف المصرية- القاهرة، ط1 (1424هـ- 2003م)، ص67.

² - هاني طعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق- عمان، ط1 (2006م)، ص19.

³ - فاروق عبد الكريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، طبع على نفقة جامعة السليمانية - العراق، (د . ط)، (2004م)، ص07.

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر - دمشق، ط2 (1405هـ- 1985م)، ج7(الأحوال الشخصية)، الشخصية)، ص06.

المطلب الثاني: المفهوم المركب لمصطلح السلطة التقديرية للقاضي

بعد معرفة معنى مفردات عنوان دراستنا وجب معرفة المفهوم المركب له، وفيما يأتي بيان لذلك مقسم على فرعين، أولهما معرفة مفهومه في الفقه الإسلامي، ومن ثم معرفته في القانون الجزائري كفرع ثاني.

❖ الفرع الأول/ تعريف السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي: التعريف الاصطلاحي

قرين بالتعريف اللغوي فلا تكاد تجد فارق بين المفردات سابقة الذكر والمفهوم

الاصطلاحي، ولكن اختلف الفقهاء في تعريفاتهم على النحو التالي:

- عرف الدكتور "الدريني"¹ السلطة التقديرية بأنها: (تلك التي لم يرد بشأنها نص من كتاب أو سنة يحددها، مما يقتضيه تنظيم مرافق الدولة وتدبير شؤونها، ورعاية الصالح العام، وبالجمله كل ما يجلب مصلحة أو يدرأ مفسدة، على مقتضى من روح الشريعة، ومقاصدها العامة، ولو لم يرد بشأنها أحكام تفصيلية)².
- وتعني مقايضة القاضي ونظره بلوغا إلى قطع الأمر إنشاء أو تقريراً، فيما يكون محلاً لإرادته الملتزمة بهدي ضوابط العدل التي تتأى به عن التحكيم³.
- عرفها "محمود محمد ناصر بركات"⁴ بأنها: (صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر والتدبر بحسب النظر والمقايضة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها، ابتداء من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى

¹ - ت: محمد فتحي الدريني، أستاذ ودكتور فلسطيني الأصل ولد في مدينة الناصرة عام (1923م)، لقب بشاطبي العصر، لإحيائه الاجتهاد المقاصدي والتتويه بجمالية الفقه الإسلامي، ومزيتته على القانون الوضعي، درس لعقود طويلة في مصر والجزائر ودمشق، من آثاره: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، أصول التشريع الإسلامي، نظام الإسلام (الدريني محمد فتحي، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، دار الرسالة - دمشق، ط3 (1434هـ-2013م)، ص 7-8).

² - الدريني محمد فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط3 (1404هـ-1984م)، ص 105.

³ - عبد الرحمان محمد عبد الرحمان شرفي، سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، إشراف: د. عبد الرحمان الصديق، قسم الشريعة الإسلامية / جامعة الخرطوم - السودان، (1429هـ-2008م)، ص 09.

⁴ - ت: محمود محمد ناصر بركات، دكتور في الشريعة الإسلامية، حصل على درجة امتياز في رسالة الدكتوراه، التي نوقشت في كلية الشريعة بجامعة دمشق، بإشراف د. وهبة الزحيلي، وطبعت ونشرت سنة (1427هـ - 2007م)، تحت عنوان "السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي".

الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي)¹.

❖ الفرع الثاني/ تعريف السلطة التقديرية في القانون الجزائري: إن مفهوم السلطة التقديرية للقاضي مفهوم واسع التداول على صعيد الدراسات القانونية، فلم يتفق فقهاء القانون على مفهوم واحد، وتطرق إليها مشرعو القانون الجزائري على النحو التالي:

- عرفها الدكتور "عبد الله سليمان" بأنها: (اختصاص القاضي في وجوب اختيار العقوبة الملائمة للتطبيق على المجتمع بحسب النصوص القانونية)².
- كما تعرف بأنها الوسيلة التي منحها المشرع للقاضي لإعمال إدراكه ووجدانه وقناعته في البحث عن الحقيقة، وإحقاق الحق وتحقيق العدالة³.
- ✓ ويمكن تعريف السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية بأنها: ما يتمتع به القاضي من صلاحية للقيام بعمله بحسب النظر والمقايضة في بعض المسائل المنظمة للعلاقات داخل الأسرة والفصل فيها.

¹ - محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ص 81.

² - شريف الحسين، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في مجال العقوبة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. عمارة علي، قسم الحقوق / جامعة محمد خيضر - بسكرة، (2018م)، ص 14.

³ - عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. أحمد غرابي، قسم الحقوق / جامعة محمد بوضياف - مسيلة، (1436هـ - 2015م)، ص 08.

المبحث الثاني: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي

يستدل جمهور الفقهاء على مشروعية السلطة التقديرية بأدلة عديدة، وسنقّم بحول الله هذا المبحث إلى مطلبين لبيان مشروعية السلطة التقديرية، المطلب الأول سيكون في معرفة مشروعيتها من كتاب القدير وسنة الحبيب وآثار الصحابة الكرام، والثاني في مشروعيتها من المعقول والقواعد الفقهية.

المطلب الأول: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من كتاب الله وسنة نبيه

صلى الله عليه وسلم وآثار الصحابة رضوان الله عليهم

سننطلق في ذلك إلى فرعين، الأول في مشروعيتها من الكتاب الكريم والسنة الشريفة والثاني من آثار الصحابة.

❖ الفرع الأول / مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من القرآن الكريم وسنة نبيه

صلى الله عليه وسلم:

أولاً- مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من القرآن الكريم:

➤ قال تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ

شَاهِدِينَ﴾ [الأنبياء: 78 - 79]، كان داود وسليمان -عليهما السلام - يبيّن يقضيان بما

يوحي إليهما، فحكم داود بوحى، وحكم سليمان بوحى نسخ الله به حكم داود¹، قال

¹ - القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي

الفرقان، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط1 (1467هـ-2006م)، ج 14،

ص235.

"الحسن"¹: (لولا هذه الآية لرأيت القضاة هلكوا²، فأثنى على داود باجتهاده وأثنى على سليمان بإصابته وجه الحكم)³.

➤ وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ﴾ [العنكبوت:69]، اجتهدوا في العمل بالطاعة والكف عن المعصية رغبة في الثواب وحذرا من العقاب⁴، فيجب على من دخل خطة القضاء بذل الجهد في القيام بالحق والعدل⁵، لأن الله وعد من يفعل ذلك بأن يهديه سبيله ويكون معه إن كان من المحسنين⁶.

➤ وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا رَسُولَهُ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ [النساء:59]، لما أمر سبحانه القضاة والولاة إذا حكموا بين الناس أن يحكموا بالحق، أمر الناس بطاعتهم، وطاعة الله عز وجل هي امتثال أوامره وطاعة رسوله صلى الله عليه وسلم هي فيما أمر به ونهى عنه، وأولوا الأمر هم: الأئمة، والسلاطين، والقضاة، وكل من كانت له ولاية شرعية لا ولاية طاغوتية، وتعرف الطاعة بأنها الانقياد والموافقة⁷، قال "القرطبي"⁸:

- ¹- ت: الحسن بن يسار البصري، من المدينة، إمام وعالم من علماء أهل السنة والجماعة، ومات بالبصرة سنة (110هـ)، من مؤلفاته: فضائل مكة (الفيروزآبادي أبو إبراهيم بن علي بن يوسف، طبقات الفقهاء، تح: إحسان عباس، دار الراشد العربي- بيروت، (د، ط)، (1970م)، ص 87).
- ²- القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري، مختصر تفسير القرطبي، تح: عرفان حسونة، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1 (2001م)، ج3، ص144.
- ³- ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، المصدر سابق، ج 1، ص 12.
- ⁴- الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن محمد حبيب، النكت والعيون تفسير الماوردي، تح: السيد بن عبد المقصود بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية - بيروت، (د . ط)، (د . ت)، ج 4، ص294.
- ⁵- ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية والمناهج والأحكام، المصدر سابق، ج1، ص12.
- ⁶- ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ص 84.
- ⁷- الشوكاني محمد بن علي بن محمد، فتح القدير، تح: يوسف الغوش، دار المعرفة - بيروت، ط4 (1428هـ- 2007م)، ص308.
- ⁸- ت: أبو بكر شمس الدين القرطبي يحيى بن سعدون بن تمام الأزدي، المقرئ النحوي، ولد بقرطبة سنة (486هـ)، كان ثقة متقنا للقراءات، بارعا في العربية، دينا خيرا، تخرج به أئمة، توفي بالموصل سنة (507هـ)، من مؤلفاته: الجامع لأحكام القرآن، التذكار في أفضل الأذكار (الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد عثمان أبو عبد الله، سير أعلام النبلاء، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1 (1402هـ-1982م)، ج20، ص 546-547).

(حقيقة الطاعة امتثال الأمر كما أن المعصية ضدها وهي مخالفة الأمر¹، والطاعة مأخوذة من أطاع إذا انقاد، والمعصية مأخوذة من عصى إذا اشتد)²، فيدلّ هذا على أن مشروعية العمل القضائي تقوم أساساً على السلطة التقديرية فلا يجوز الأمر بإتباع ثمرة عمل غير مشروع، مع إمكان الوقوع في الخط، من القاضي غير المعصوم، ولا يتبع القاضي فيما تبين خطأه³، يقول "ابن تيمية"⁴: (بخلاف أولي الأمر، فإنهم قد يأمرؤن بمعصية الله، فليس كل من أطاعهم مطيع لله، بل لابد أن ينظر هل أمر به الله أم لا، سواء أولي الأمر من العلماء أو الأمراء)⁵.

➤ قوله تعالى: ﴿فَاعْتَرُوا بِآثَامِهِمْ وَالْأَبْصَارِ﴾ [الحشر: 102]، الاعتبار: النظر في الأمور ليعرف بها شيء آخر من جنسها، والأبصار: العقول⁶، ردّ الشيء إلى نظيره فإن أشكل عليه شاور أهل الفقه فيه، وكذلك إن لم يكن من أهل الاجتهاد فعليه أن يشاور الفقهاء لأنه يحتاج إلى معرفة الحكم ليقضي به⁷.

ثانياً- مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من السنة النبوية:

➤ قول الرسول صلى الله عليه وسلم: [إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ الْحَنَّ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ]

¹ - ابن العربي أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تح: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط3 (1424هـ-2003م)، ج 1، ص 573.

² - العيسى أحمد عيسى يوسف، الآراء الأصولية للإمام القرطبي من خلال تفسيره، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1 (2005م)، ص 91.

³ - ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ص 85.

⁴ - ت: أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن محمد بن تيمية الحراني النميري، ولد سنة (661هـ) بحران، حفظ القرآن صغيراً، وهو فقيه ومحدث ومفسر وعالم مسلم ومجتهد من علماء أهل السنة والجماعة، توفي سنة (728هـ)، من مؤلفاته: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، الحسبة في الإسلام (فؤاد عبد المنعم أحمد، شيخ الإسلام ابن تيمية والولاية السياسية الكبرى في الإسلام، دار الوطن- الرياض، ط1 (1417هـ)، ص 10 - 32).

⁵ - ابن تيمية أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام، تفسيرات شيخ الإسلام ابن تيمية، تح: إقبال أحمد الأعظمي، (د . ط)، (2010م)، ص 139.

⁶ - الجوزي جمال الدين عبد الرحمان بن محمد أبو الفرج، زاد المسير في علم التفسير، دار ابن حزم- بيروت، ط1 (1423هـ-2002م)، ص 1414.

⁷ - السرخسي شمس الدين محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، (د . ط) (1409هـ - 1989م)، ج 16، ص 84.

أَخِيهِ شَيْبًا فَلَا يَأْخُذُهُ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّازِ¹، ولهذا الحديث دلالة على أن الأئمة إنما كلفوا القضاء على الظاهر²، وقضاء القاضي بما يسمع، لا بما يعلم³، والمعنى أن حكم القاضي لا يصدر الأحكام بناء على مجردة الشخصي بل بناء على ما يقدمه الخصوم في الدعوى من أدلة وبراهين، وحكم القاضي لا يغير حكماً شرعياً في الباطن⁴.

➤ عن "عمرو بن العاص"⁵ أنه سمع الرسول صلى الله عليه وسلم قال: [إِذَا حَكَّمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ، فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَّمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أخطأَ فَلَهُ أَجْرٌ⁶]، في الحديث الشريف الشريف دلالة على أن القاضي يجتهد ويفهم المنازعة لكي يصل إلى القناعة بالأسباب، والعلل التي يبنى عليها حكمه⁷، والاجتهاد لا يكون إلا من العالم الذي يعرف الأحكام

- ¹ - رواه البخاري [أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دار ابن كثير - دمشق، ط1 (1423هـ) - (2002م)، كتاب: الأحكام (93)، الباب: موعظة الإمام للخصوم (20)]، [رقم الحديث 7169، ص 1771].
- ² - الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، تح: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء - المنصورة، ط1 (1422هـ - 2001م) ج7، ص492.
- ³ - علي محمد العزاوي، القاضي الشرعي حصانته وأحكامه وسلطانته، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1 (2019م)، ص205.
- ⁴ - ابن دقيق العيد تقي الدين، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، تح: محمد حامد الفقي - أحمد محمد شاكر أبو الأشبال، مطبعة السنة - المحمدية، (د . ط)، (1372هـ - 1953م)، ج2، ص292.
- ⁵ - ت: عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم بن سعيد، ابن عمرو بن هصيص بن كعب بن لؤي القرشي السهمي، إسلامه كان سنة ثمان للهجرة، كان من أكثر رجال قریش شجاعة ورأياً وكفاءة، وبصر بالحرروب (وليد محمد سالم عبد الحق، بذل الإخلاص في سيرة عمرو بن العاص رضي الله عنه، دار مبرة الآل والأصحاب - الكويت، ط1 (2013م)، ص93).
- ⁶ - رواه مسلم [أبو الحسين القشيري النيسابوري بن الحجاج، صحيح مسلم، تح: نظر بن محمد الفارياي أبو قتيبة، قتيبة، دار طيبة، ط1 (1427هـ - 2006م)، كتاب: الأقضية (30)، باب: بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ (6)]، [رقم الحديث 1716، ج2، ص821].
- ⁷ - عبد الغفور محمد إسماعيل البياتي - عمر عبد الغفور محمد البياتي، القواعد والضوابط الفقهية في الأحكام والعقوبات، دار الكتب العلمية - بيروت، (د . ط)، (1971م)، ص38.

الشرعية، وإلا فالجاهل ليس له أن يجتهد ابتداءً ولا انتهاءً¹، وفضله عظيم إذا قام على تحري الحق، والتبصر فيه، فإن أخطأ فهو مأجور كالمصيب².

➤ لما أراد الرسول صلى الله عليه وسلم أن يبعث "معاذ بن جبل"³ إلى اليمن قال: [كَيْفَ تَقْضِي؟ قَالَ: بِكِتَابِ اللَّهِ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ؟ قَالَ: فَيَسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ؟ قَالَ: أَجْتَهُدُ رَأْيِي، قَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ اللَّهِ لِمَا يُحِبُّ رَسُولُ اللَّهِ]⁴، فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أن الاجتهاد يكون عند عدم ورود نص في كتاب الله ولا سنة رسوله⁵، واجتهاد القاضي فيما لا نص فيه وبحثه في النصوص وقضاؤه بها إن وجد فيها الحكم هو من أهم أعمال السلطة التقديرية للقاضي⁶.

❖ الفرع الثاني / مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من آثار الصحابة:

إنّ البحث في أقضية الصحابة رضي الله عنهم لا يعدم ما يدلّ على امتناعهم عن ردّ قضاء أنفسهم أو قضاء بعضهم بعضاً بعد صدوره مادام المجال مجال اجتهاد، ومما يدل على ذلك:

- ¹ - ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ص 88.
- ² - محمد توفيق سليمان موسى، السياسة القضائية لعمر بن الخطاب رضي الله عنه، رسالة ماجستير، إشراف: د.جمال أحمد زيد الكيلاني، كلية الدراسات العليا في الفقه والتشريع/جامعة النجاح الوطنية - فلسطين، (2007م)، ص 19.
- ³ - ت: معاذ بن عمرو بن أوس بن عائذ بن عدي بن كعب بن عمرو بن أدي بن سعد بن علي بن أسد بن ساردة ساردة بن يزيد بن جشم بن الخزرج، صحابي وفقه وقارئ قرآن وراوي للحديث من الأنصار، شهد العقبة ويدرأ، توفي سنة (18هـ) (الذهبي، سير أعلام النبلاء، المصدر سابق، ج 1، ص 443 - 461).
- ⁴ - رواه أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تح: محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، ط1 (2008م)، كتاب: الأقضية (19)، باب: اجتهاد الرأي في القضاء (11)، [رقم الحديث: 3592/ضعيف، ص 644].
- ⁵ - الشافعي، الأم، المصدر سابق، ج 7، ص 496.
- ⁶ - ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ص 87.

➤ عن "شريح"¹ أنه كتب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه يسأله فكتب إليه: [أن أقض بما في كتاب الله، فإن لم يكن في كتاب الله، فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن لم يكن في كتاب الله ولا سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأقض بما قضى به الصالحون، فإن لم يكن في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولم يفضيه الصالحون، فإن سنت فنقدم، وإن سنت فتأخر، ولا أرى التأخر إلا خيراً لك، والسلام عليكم؟².

➤ ما روي عن "عمر بن الخطاب"³ رضي الله عنه في المسألة المشتركة عن "بن مسعود الثقفي"⁴ قال: شهدت عمر رضي الله عنه أشرك الإخوة من الأب والأم مع الإخوة من الأم في الثلث، فقال له رجل: لقد قضيت عام أول بغير هذا، قال: فكيف قضيت؟ قال: جعلته للإخوة من الأب والأم ولم تجعل للإخوة من الأم شيئاً، قال تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا)⁵.

¹ - ت: شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، هو الفقيه أبو أمية، قاضي الكوفة، وممن أسلم في حياة النبي صلى الله عليه وسلم، ولي قضاء الكوفة والبصرة، توفي بالكوفة سنة (78هـ) (الذهبي، سير أعلام النبلاء، المصدر سابق، ج4، ص100-106).

² - رواه النسائي [أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب بن علي، السنن الكبرى، تح: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط1 (1421هـ-2001م)، كتاب: قضاء (29)، باب: الحكم بما اتفق عليه أهل العلم (14)]، رقم الحديث: 5911، ج5، ص406.

³ - ت: عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزي بن رياح بن عبد الله، وكنيته أبو حفص، ثاني الخلفاء الراشدين، يعد من أقوى رجال التاريخ، ومن أشرف قريش، توفي سنة (23هـ) (محمد رضا، الفاروق عمر بن الخطاب، المطبعة المحمودية-مصر، (د. د. ط)، (1355هـ-1936م)، ص7 - 9.

⁴ - ت: نافع بن عاصم بن عروة بن مسعود الثقفي الحجازي، صحابي مشهور، له الكثير من المآثر والأخبار، توفي سنة (630هـ) (المزي جمال الدين أبو الحجاج يوسف، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تح: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط1 (1403هـ-1983م)، ج29، ص277).

⁵ - رواه البيهقي، [أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، تح: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط3 (1424هـ-2003م)، كتاب: آداب القاضي، باب: من اجتهد من الحكام ثم تغير اجتهاده (24)]، رقم الحديث: 20373، ج10، ص204-205.

- كان "بن عباس" ¹ رضي الله عنه، إذا سئل عن الأمر وكان في القرآن أخبر به، وإن لم يكن في القرآن فكان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبر به، فإن لم يكن فعن "أبي بكر" و"عمر" - رضي الله عنهما-، فإن لم يكن قال فيه برأيه ².
- ورسالة "عمر" رضي الله عنه إلى "أبي موسى الأشعري" ³ معروفة مشهورة، وتسمى {يكتاب سياسة القضاء وتدبير الحكم} ⁴ فما ورد فيها: (بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ، أَمَّا بَعْدُ : فَإِنَّ الْقَضَاءَ فَرِيضَةٌ مُحْكَمَةٌ وَسُنَّةٌ مُنْبَعَةٌ، فَافْهَمَ إِذَا أُدْلِيَ إِلَيْكَ فَإِنَّهُ لَا يَنْفَعُ تَكَلُّمٌ بِحَقِّ لَا نَفَادَ لَهُ ... وَلَا يَمْنَعُكَ قَضَاءٌ قَضَيْتَهُ رَاجَعْتَ فِيهِ نَفْسَكَ وَهُدَيْتَ فِيهِ لِرُشْدِكَ أَنْ تَرْجِعَ عَنْهُ إِلَى الْحَقِّ فَإِنَّ الْحَقَّ قَدِيمٌ ، وَمُرَاجَعَةُ الْحَقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي الْبَاطِلِ ، الْفَهْمُ الْفَهْمُ فِيمَا يَتَلَجُّجُ فِي صَدْرِكَ مِمَّا لَمْ يُلْغُكْ فِي كِتَابِ اللَّهِ وَلَا فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، اعْرِفِ الْأَمْثَالَ وَالْأَسْبَابَ ثُمَّ قِسِ الْأُمُورَ عِنْدَ ذَلِكَ، فَاعْمُدْ إِلَى أَحَبِّهَا عِنْدَ اللَّهِ وَأَشْبَهْهَا بِالْحَقِّ فِيمَا تَرَى ، وَاجْعَلْ لِلْمُدَّعِي أَمَدًا يَنْتَهِي إِلَيْهِ ، فَإِنْ أَحْضَرَ بَيِّنَةً أَخَذْتَ لَهُ بِحَقِّهِ وَإِلَّا وَجَّهْتَ عَلَيْهِ الْقَضَاءَ...⁵).

¹- ت: عمرو بن عبد مناف بن العباس عبد الله بن عبد المطلب شيبية بن هاشم بن قصي بن كلاب بن مرة، ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم، مولده بشعب بني هاشم قبل عام الهجرة بثلاث سنين، حبر الأمة وإمام التفسير، شهد فتح مكة، توفي سنة (68هـ) بالطائف (الذهبي، سير أعلام النبلاء، المصدر سابق، ج3، ص331-332 / مصطفى سعيد الخن، عبد الله بن عباس حبر الأمة وترجمان القرآن، دار القلم-دمشق، ط4 (1415هـ-1994م)، ص307).

²- أبو شيبية عبد الله بن محمد أبو بكر، المصنف لابن أبي شيبية، تح: محمد عوامة، دار قرطبة - بيروت، ط1 (1427هـ-2006م)، ج11، ص608.

³- ت: عبد الله بن قيس بن سليم بن خضار بن حرب أبو موسى الأشعري، الإمام الكبير صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم، أقرأ أهل البصرة وفقههم في الدين، وولي الكوفة وبها مات، غزا وجاهد مع النبي عليه الصلاة والسلام، وحمل عنه علما كثيرا، توفي سنة(44هـ)(الذهبي، سير أعلام النبلاء، المصدر سابق، ج2، ص380-382).

⁴- السرخسي، المبسوط، المصدر سابق، ج16، ص60.

⁵- شوقي ضيف، تاريخ الأدب العربي العصر العباسي، دار المعارف-مصر، ط7 (2014م)، ج2، ص133.

المطلب الثاني: مشروعية السلطة التقديرية من المعقول والقواعد الفقهية:

سننترق في هذا المطلب إلى فرعين، الأول في مشروعيتها من المعقول، والثاني من القواعد الفقهية.

❖ **الفرع الأول/ مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من المعقول:**

➤ يرد حكم الحادثة إلى أشباهها مما هو منصوص، وإذا جاز الاجتهاد في باب القبلية عند الاشتباه وانقطاع الأدلة، وفي المعاملات من الحروب وغير ذلك، فكذلك يجوز الاجتهاد بالرأي في القضاء¹.

➤ للقاضي أن يجتهد فيما لا نص فيه، وإنه ينبغي أن يدع الاجتهاد في موضعه لخوف الخطأ، فإن ترك الاجتهاد في موضعه بمنزلة الاجتهاد في غير موضعه، فكما أنه لا ينبغي له أن يشتغل بالاجتهاد مع النص، لا ينبغي له أن يدع الاجتهاد فيما لا نص فيه².

➤ الوقائع التي يتوقع وقوعها لا تنتهي، وكل واقعة لا تخلو قطعا عن حكم ملتقى من أصل من أصول الشريعة، والقياس وما يتعلق به من وجوه النظر والاستدلال وهو المسترسل على جميع الوقائع بخلاف غيره من الأصول، فإن النصوص من الكتاب والسنة محصورة مقصورة، ومواضع الإجماع معدودة مأثورة، وهي على الجملة متناهية³.

قال "الماوردي"⁴: (...النصوص على الحوادث معدول عن استيعابه لأمرين، أحدهما: أنه شاق في الإحاطة بجميعة، والثاني: ليتفاضل العلماء في استنباطه، فصحّ بهذين

¹ - السرخسي، المبسوط، المصدر سابق، ج16، ص 68.

² - على الطنطاوي، **فكر ومباحث**، مكتبة المنارة - مكة المكرمة، ط2 (1408هـ-1988م)، ص118.

³ - عيسى منون الشامي الأزهري، **نبراس العقول في تحقيق القياس عند علماء الأصول**، تح: يحيى مراد، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1(2003م)، ص07.

⁴ - ت: **الماوردي** علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن، ولد بالبصرة سنة (364هـ)، إمام جليل القدر انشغل من صغره بالحديث والفقه والأصول، من مصنفاته: الحاوي، النكت والعيون توفي سنة (450هـ). (السبكي تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين، **طبقات الشافعية الكبرى**، تح: محمد محمود الطناحي- عبد الفتاح محمد الحلو، دار إحياء التراث العربي - مصر، ط4 (1383هـ - 1964م)، ج5، ص 265-285).

المعنيين أن يكون الاجتهاد في الشرع أصلاً يستخرج به حكم ما لم يرد فيه نص، ولا انعقد عليه إجماع¹.

❖ الفرع الثاني/ مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من القواعد الفقهية:

➤ (القاضي مأمور بالقضاء بالحق)² ، فالقاضي ولي من لا ولي له، وبذلك فإنه مكلف شرعاً برعاية مصلحة من يعجز عن تدبير مصالحه لصغر أو جنون، أو فقدان أو سفه، في حالة عدم وجود ولي خاص له كالأب والجد فعلاً³، و يرجع أصل القاعدة إلى قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [المائدة: 42].

➤ (الاجتهاد لا ينقض بمثله)⁴ ، يدور محور هذه القاعدة حول المجتهد أو القاضي، فإذا اجتهد المجتهد أو القاضي في مسألة ما وتحققت فيها الشروط والأركان وصدر من القاضي حكم في تلك المسألة، ثم تغير اجتهاده بأن ظهر له اجتهاد يخالف الاجتهاد الأول، فإن الحكم الذي صدر بعد الاجتهاد الأول لا ينقض بالاجتهاد الثاني ويبقى على حاله، ويعمل بالاجتهاد الثاني مستقبلاً إذا حدثت المسألة من جديد⁵.

➤ (البينة على المدعي واليمين على من أنكر): هذه القاعدة من القواعد الفقهية التي يركز عليها القضاء الإسلامي، ومفادها أن المدعي إذا ادعى حقاً له على غيره فإنه يكلف بإثبات دعواه، بكل ما يبين به الحق إذا كان المدعي عليه منكر، فإن عجز المدعي عن إثبات دعواه بالبينة، فإن له الحق في تحليف المدعي عليه⁶، لقوله صلى الله عليه

¹ - الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، تح: علي معوض-عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1(1414هـ-1994م)، ج 16، ص125.

² - ابن مازة برهان الدين أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تح: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1 (1424هـ-2004م)، ج 8، ص05.

³ - البياتي عبد الغفور محمد إسماعيل، القواعد والضوابط الفقهية في أصول التقاضي، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1(1434هـ-2012م)، ص61.

⁴ - سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة العدلية، دار الكتب العلمية - بيروت، (د . ط)، (2010م)، ج1، ص 21.

⁵ - آيات إبراهيم الغلبان، قاعدة الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد وأثرها في الأحكام الشرعية، رسالة ماجستير، إشراف: د. زياد إبراهيم مقداد، قسم الفقه مقارن/الجامعة الإسلامية-غزة، (1434هـ-2013م)، ص39.

⁶ - محمد يونس فالح الزغبى، القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الشرعي الأردني، رسالة دكتوراه، إشراف: د.عباس أحمد الباز و د. زياد صبحي نياض، كلية الدراسات العليا في القضاء الشرعي/الجامعة الأردنية -عمان، (2005م)، ص97.

وسلم: [لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ، وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ]¹.

➤ تلك هي بعض ما يستدل به بمشروعية سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي، بلوغا إلى فقه الوقائع، وإلى فهم الحكم الشرعي الذي يتلاءم معها، وبما يجعل الحقيقة الواقعية مطابقة للحقيقة القضائية².

¹ - رواه مسلم [ابن الحجاج، صحيح مسلم، المصدر سابق، كتاب: الأقضية (30)، باب: بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ(6)]، (رقم الحديث 1711، ج2، ص 818).

² - محمد عبد الرحمان شرفي، سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ص 16.

المبحث الثالث: شروط القاضي ومصادر أحكام السلطة التقديرية له

هذا المبحث يحتوي على مطلبين: في المطلب الأول تمّ ذكر أهم الشروط التي يجب أن تتوفر في القاضي، وتم ذكر المصادر التي يعتمد عليها القاضي لإصدار الأحكام في المطلب الثاني.

المطلب الأول: شروط القاضي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أوردنا في هذا المطلب فرعين، فكان أولاهما شروط القاضي في الفقه الإسلامي، وثانيهما شروط القاضي في القانون الجزائري.

الفرع الأول/ شروط القاضي في الفقه الإسلامي:

جاءت نصوص كثيرة من كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم تشير في ضمنها إلى ما ينبغي أن يكون عليه من يتولى مهمة القضاء، وعلى طريقة الاستنباط أخذ الفقهاء في تعداد شروط القاضي:

أولاً- أن يكون القاضي مسلماً: فاشتراط الإسلام مردّه أنّ القضاء ولاية، ولا تجوز ولاية الكافر على المسلم، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: 141]، وقال أيضاً: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَنْخَبُوهَا الْكُفْرِينَ أُولِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النساء: 144]، فكيف باتخاذهم حكماً، ثم إن القاضي يطبق أحكام الشريعة الإسلامية وهي دين، وتطبيق الدين يحتاج إلى إيمان به، وخوف من الله يمنعه من الحيطة عن التطبيق السليم لأحكامه، ولا يتأتى ذلك من غير المسلم، ولا خلاف بين الفقهاء في اشتراط الإسلام فيمن يتولى القضاء على المسلمين¹.

¹ - عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مكتبة البشائر-عمّان، ط2(1409هـ-1989م)، ص26-28.

➤ وينظر قاضي الأحوال الشخصية في الأنكحة وما يتبعها، ومن المصالح الضرورية حفظ النسل والعرض، وتمكين قاض غير مسلم غير مقبول لأنه غير مؤتمن ولا يعلم مقاصد الشرع من النكاح وغيره من الأحوال الشخصية فلا يسعى لتحقيق مقاصد الشرع¹

ثانياً- أن يكون مكلفاً عاقلاً: أي بالغاً عاقلاً، فلا يولى الصبي ولا المجنون²، فغير البالغ لا يجري عليه قلم، ولا يتعلق بقوله على نفسه حكم³، لقوله صلى الله عليه و سلم: [رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ، عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ]⁴، ولما كانا لا يملكان الولاية عن نفسيهما فمن الأولى أن لا يملكانها عن غيرهما⁵، وكان أولى أن لا يتعلق به على غيره حكم، ولا يكتفي فيه بالعقل الذي يتعلق به التكليف من علمه بالمدركات الضرورية حتى يكون صحيح التمييز، جيد الفطنة، بعيداً عن السهو والغفلة، يتوصل بذكائه إلى إيضاح ما أشكل وفصل ما أعزل⁶.

ثالثاً- أن يكون حراً: فلا يولى رقيق لنقصه كالشهادة، فنقص ولايته عن نفسه يمنع من انعقاد ولايته على غيره⁷، قال تعالى: ﴿ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَمَنْ رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا هَلْ يَسْتَوُونَ ﴾ [النحل : 75]، تفسير هذه الآية أنه مثل مضروب للوثن وللحق تعالى، فهل يستوي هذا وهذا؟، يعني أن الوثن لا يقدر على شيء بالكيفية، فلا مقال

¹ ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ص 144.

² الشربيني شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تح: علي محمد معوض-عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، (ط . ع) (1421هـ - 2000م)، ج 4، ص 501.

³ الماوردي أبو الحسن علي بن محمد، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تح: أحمد مبارك البغدادي، مكتبة دار القتيبة - الكويت، ط1 (1409هـ - 1989م)، ص 88.

⁴ رواه الترمذي [أبو عيسى محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تح: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1 (1996م)، كتاب: أبواب الحدود (15)، باب: ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد (1)، (رقم الحديث 1423، ج3، ص93).

⁵ الحميضي عبد الرحمان إبراهيم عبد العزيز، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، نشر جامعة أم القرى - مكة المكرمة، ط1 (1409هـ - 1984م)، ص 114-115.

⁶ الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، المصدر سابق، ص 88.

⁷ الشربيني، مغني المحتاج، المصدر سابق، ج4، ص 501/الماوردي، الأحكام السلطانية، المصدر سابق، ص88.

ولا فعال، فلما كان الفرق بينهما ظاهرا واضحا بينا لا يجمله إلا كل غيبي¹، قال تعالى: ﴿قُلِ الْحَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [لقمان: 25]، فالآية فيها دليل على نقصان رتبة العبد عن الحر في الملك.

رابعا- أن يكون سليم الحواس: أي كامل الخلقة، أي أن يكون متكلمًا سميعة بصيرا، لأن الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم، ولا يفهم جميع الناس إشارته، والأصم لا يسمع قول الخصمين، والأعمى لا يعرف المدعي من المدعى عليه، والمقر من المقر له، والشاهد من المشهود له²، كما جعل الإمام "الماوردي" ولايته باطلة إن كان ضريرا³، ونقل هذا الأخير عن الإمام "مالك"⁴ أنه يجوز قضاء الأعمى⁵، وذلك غير معروف فلا يصح عن الإمام "مالك"، فالسمع والبصر شرط للصحة⁶.

6.

خامسا- أن يكون عالما بالأحكام الشرعية: والعالم ضدّ الجاهل لقوله تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْمَلُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْمَلُونَ﴾ [الزمر: 09]، ولا يحلّ الحكم إلا بما أنزل الله⁷، قال تعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: 49]، ويشترط أن يعرف من الكتاب ما يتعلق بالأحكام خاص عام ومجمل ومبين وناسخ ومنسوخ⁸، وعلمه بما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم من أقوال وأفعال وطرق مجيئها

¹ ابن كثير اسماعيل بن عمر عماد الدين أبي الفداء، تفسير ابن كثير، دار الفكر-بيروت، (ط . ج)، (1422هـ - 2002م)، ج 2، ص 1039.

² ابن قدامة أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي-عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب-الرياض، ط3 (1417هـ-1997م)، ج 14، ص 13.

³ الماوردي، الأحكام السلطانية، المصدر سابق، ص 89.

⁴ ت: أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي، ولد سنة "93هـ" بالمدينة، إمام أهل السنة والجماعة، وكان من توقيره للعلم لا يحدث إلا على طهارة، توفي سنة "179هـ"، من مؤلفاته: كتاب الموطأ، النجوم، حساب مدار الزمان (اليحصبي أبو الفضل عياض بن موسى، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، تح: محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1 (1418هـ - 1998م)، ج 1، ص 44-129).

⁵ اليحصبي أبو الفضل عياض بن موسى، التنبهات المستنبطة على الكتب المدونة المختلطة، تح: محمد الوثيق-عبد النعيم الحميتي، دار ابن حزم-بيروت، ط1 (1404هـ - 1984م)، ص 1906.

⁶ ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر سابق، ج 1، ص 22 - 23.

⁷ ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى بالآثار، تح: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1 (1425هـ - 2003م)، ج 8، ص 427.

⁸ الشرييني، مغني المحتاج، المصدر سابق، ج 4، ص 503.

في التواتر والآحاد والصحة والفساد وما كان على سبب أو إطلاق، وأيضا علمه بتأويل السلف وما اجتمعوا عليه واختلفوا فيه ليتبع الإجماع، وكذلك علمه بالقياس، فإذا أحاط بهذه الأصول الأربعة في أحكام الشريعة صار بها من أهل الاجتهاد في الدين¹، والمالكية لم يشترطوا علمه بجميع أحكام الفقه، إلا إن كان مولى في جميع الأحكام، ويسمى عند الفقهاء بقاضي الجماعة، فإن كان مولى في شيء خاص كالأنكحة اشترط علمه بها فقط وهكذا².

➤ فيجب على قاضي الأحوال الشخصية العلم بالأحكام الشرعية المتعلقة بها، لبيان ما يحل وما يحرم من الأنكحة، والعدة وغير ذلك، وأيضا معرفة حال الناس ومعاشهم لتقدير النفقة، وما يستخدمونه في لغتهم من كنايات ليحكم بما يترتب على ذلك من طلاق وغيره³.

سادسا- أن يكون عدلا: قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَانَقُلُوا الصَّيْدَ وَأَنَّهُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدَلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة:95]، فالعدالة شرط في قضاء التحكيم⁴، وهي عند الفقهاء الامتناع عن الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر والترفع عما يقدر في المروءة⁵، فلا يجوز تولية فاسق⁶، لما جاء في الكتاب الكريم: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنْ جَاءَكَ فَاسِقٌ بِنِيٍّ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهْلَةٍ فَتُصِحُّوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾ [الحجرات:06].

سابعا- الذكورة: اشترطها بعض الفقهاء، لأن القضاء يحتاج إلى الإقدام والعزم، وسعة الصدر، والمرأة لا إقدام عندها للين قلبها، ورقة مزاجها⁷، لذا ورد حديث النبي صلى الله عليه وسلم: [لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمْرُهُمْ امْرَأَةٌ]⁸.

¹ - الماوردي، الأحكام السلطانية، المصدر سابق، ص 90.

² - الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، المرجع سابق، ص 122.

³ - ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ص 146.

⁴ - الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، المرجع سابق، ص 122.

⁵ - عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، المرجع سابق، ص 28.

⁶ - ابن قدامة، المغني، المصدر سابق، ج 14، ص 13.

⁷ - الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تح: علي محمد معوض-عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، ط2 (1424هـ - 2003م)، ج9، ص 86.

⁸ - رواه البخاري [محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، المصدر سابق، كتاب: المغازي (64)، باب: كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى كسرى وقيصر (82)]، (رقم الحديث: 4425، ص 1086).

وذهب "أبو حنيفة"¹ إلى أنه يجوز أن تكون المرأة قاضيا فيما تشهد فيه وهو الأموال لا على الدوام، بل في بعض الأوقات، كأن تحكم في حادثة أو تستتاب في قضية²، وحكى "محمد بن الحسن"³ عن أصحابه أن قضاء المرأة جائز إلا في الحدود والقصاص، لأن شهادتهما جائزة في غير هذين⁴، وقال "الشافعي"⁵ جعل الله الرجال قوامين على النساء وحكاما دونهن⁶، وذهب بعض بعض الفقهاء إلى أن المراد بقوله تعالى: ﴿إِنَّ لِلرِّجَالِ قَوَامًا عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ [النساء:34] هو القوامة داخل الأسرة، ومنهم من قصر الآية على ما دللت عليه وأجاز تولي المرأة للقضاء في الأحوال الشخصية والأمور المدنية، ويرى صاحب كتاب (السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي) جواز تولي المرأة القضاء للنظر في القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية إذا كانت المرأة مستكملة باقي صفة القاضي، أو تعيينها مستشارا للقاضي الرجل، طبعاً شرط استيفاء الشروط الأخرى⁷.

¹ - ت: النعمان بن ثابت بن زوطى أبو حنيفة الفقيه الكوفي وأحد الأئمة الأربعة، ولد سنة (80هـ)، كان عالماً زاهداً تقياً، دائم التضرع إلى الله، مدرسا للفقه، فشغله التدريس عن التأليف، لذا لم تكن له مؤلفات تتناسب مع مكانته العلمية العظيمة، توفي سنة (150هـ) ببغداد (ابن خلكان أحمد بن محمد بن أبي بكر، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تح: إحسان عباس، دار صادر-بيروت، (د . ط)، (1397هـ - 1977م)، ج5، ص 405-415).

² - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع سابق، ج 9، ص 86.

³ - ت: أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، صاحب أبو حنيفة، ولد بواسط سنة (131هـ)، أخذ عن أبو حنيفة ومالك بعض الفقه، تولّى القضاء زمن هارون الرشيد، توفي سنة (189هـ)، من مؤلفاته: المبسوط والجامع الكبير والصغير والسير الكبير والصغير، سميت بكتب ظاهر الرواية (الذهبي، سير أعلام النبلاء، المصدر سابق، ج3، ص 3390-3391).

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر سابق، ج9، ص 86-87.

⁵ - ت: أبو عبد الله محمد إدريس الشافعي، صاحب المذهب الشافعي، ولد سنة (150هـ) بغزة، اتفق العلماء على ثقته وأمانته وعدالته، توفي سنة (204هـ) بمصر، من مؤلفاته، كتابه الأم والرسالة - وهي أول كتاب صنف في علم أصول الفقه- (ابن خلكان، وفيات الأعيان، المصدر سابق، ج 4، ص 163-169).

⁶ - الطبري أحمد أبو العباس، أدب القاضي، تح: حسين خلف الجبوري، مكتبة الصديق-المملكة العربية السعودية، ط (1409هـ - 1989م)، ج1، ص 104.

⁷ - ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ص 146 - 148.

ثامنا- صفات أخرى¹، وهي عشرة:

- 1- خمسة أوصاف ينتقي عنها: أن يكون غير محدود، وغير مطعون عليه في نسبه بولادة اللعان والزنا، وغير فقير وغير أمي، وغير مستضعف.
- 2- وخمسة لا ينفك عنها، أن يكون فطنا، نزيها، مهيبا، حلما، مستشيرا لأهل العلم والرأي في القضاء.

❖ الفرع الثاني/ شروط تعيين قاضي في القانون الجزائري:

يتم اختيار القضاة طبقا لأحكام القانون العضوي رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء عن طريق التعيين، وبحسب المادة -03- من القانون العضوي: (يعين القضاء بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من وزير العدل، وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء)².

➤ والشروط التي حددها المشرع الجزائري من خلال القانون هي:

أولا / ضابط الجنسية: أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ حيث اشترط فيمن يشغل في القضاء أن يكون متمعا بالجنسية الجزائرية لمدة لا تقل عن 10 سنوات.

ثانيا / شهادة ليسانس في العلوم القانونية.

ثالثا / ضابط التمتع بالحقوق المدنية.

رابعا / ضابط الإعفاء من الخدمة العسكرية.

خامسا / ضابط السن (بلوغ سن 23 سنة) والقدرة البدنية والذهنية³.

➤ وبحسب المادة -04-: يؤدي القضاة عند تعيينهم الأول وقبل توليهم وظائفهم، اليمين الآتية:

¹- اليحصبي، التبييات، المصدر سابق، ص 1611.

²- قانون العضوي رقم 04-11 مؤرخ في 21 رجب عام 1425هـ الموافق لـ 06 سبتمبر سنة 2004م، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ص 03.

³- حسونة بلقاسم، الالتحاق بالوظيفة العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. مرزوقي عبد

الحليم، قسم الحقوق/جامعة محمد خيضر-بسكرة، (2013-2014م)، ص1519، <http://www.startimes.com>

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أقسم بالله العلي العظيم أن أقوم بمهمتي بعناية وإخلاص، وأن أحكم وفقا لمبادئ الشرعية والمساواة وأن أكنم سر المداولات، وأن أسلك في كل الظروف سلوك القاضي النزيه والوفى لمبادئ العدالة، والله على ما أقول شهيد¹.

المطلب الثاني: مصادر أحكام السلطة التقديرية للقاضي في الفقه

الإسلامي والقانون الجزائري:

إن السلطة التقديرية هي جوهر العمل القضائي للقاضي ومصادر أحكامها هي نفس مصادر الأحكام القضائية الشرعية، وهذه المصادر لها دور فعال وأساسي بكونها المادة الأولية التي يستعين بها القاضي أثناء إعمال نشاطه الذهني في حل النزاع²، فلا بد أن يكون للقاضي مصادره التي يستفتي منها الأحكام، وهي كلها داخلة في دائرة مصادر التشريع الإسلامي، وإن تنوعت بحسب المجتهدين، أو اختلفت بحسب مراتبهم³، ولقد فصلنا الحديث في فرعين، الأول مصادر أحكام القاضي المجتهد في الفقه الإسلامي، والفرع الثاني في بيان مصادر أحكام السلطة التقديرية للقاضي في القانون الجزائري .

❖ الفرع الأول /مصادر أحكام القاضي المجتهد في الفقه الإسلامي:

➤ أولا/ المجتهد المطلق: وهو استقلال المجتهد بقواعده الخاصة التي استنبطها وأقامها لنفسه وتنزيل الأحكام الفرعية عليها، بقطع نظره عن قواعد غيره وأحكامه، فهو يفتي في جميع الأحكام الشرعية وفي جميع المسائل من وجهة نظره⁴، وهو بنوعيه المستقل وغير المستقل، ومصادره في الحكم هي مصادر التشريع الإسلامي، وهو مطالب بالاجتهاد والاستقاء منها

¹ - قانون العضوي رقم 04-11، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، المصدر سابق، ص 03.

² - ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ص 97.

³ - عقيل عبد الرزاق عفان الحمداني، شرط الاجتهاد في تقليد ولاية القضاء، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، العدد الثالث، المجلد الأول، (2009 م)، ص 86.

⁴ - نادية شريف العمري، الاجتهاد في الإسلام، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط3 (1405هـ-1985م)، ص 178.

مباشرة، ولا يجوز له التقليد¹، يقول الإمام "الشافعي": (فيكون فرضاً على المجتهد أن يجتهد برأي نفسه لا برأي غيره وبين أنه ليس لأحد أن يقلد أحداً من أهل زمانه"²)، وقال "النووي"³: (ليس لمجتهد أن يقلد مجتهداً لا يعمل به، ولا ليفتي به قاضياً ليقضي به، سواء خاف الفوت لضيق الوقت أم لا)⁴.

فلكل مجتهد قواعد وأصول في الاستنباط من المصادر وهم متفقون في الجملة على المصادر الأربعة: كتاب الله ثم السنة النبوية ثم بما اتفق عليه الصالحون (الإجماع) ثم القياس، واختلفوا في البقية وقال الشيخ "ابن عثيمين"⁵ في منظومته:

وَحَاجَّةُ التَّكْلِيفِ حُذُّهَا أَرْبَعَةٌ فَرَأَيْنَا وَسُنَّةً مُتَّبَعَةً

مِنْ بَعْدِهَا إِجْمَاعُ هَذِي الْأُمَّةِ وَالرَّابِعُ الْقِيَاسُ فَافْهَمْتَهُ⁶.

➤ وقد اختلف الفقهاء في ترتيب مصادر الأحكام الشرعية كالآتي:

1- ترتيب مصادر الأحكام الشرعية في المذهب الحنفي: ذهب الحنفية إلى ترتيب مصادر الأحكام الشرعية على النحو التالي:

¹ - الحمداني، شرط الاجتهاد في تقليد ولاية القضاء، المرجع سابق، ص 86.

² - الشافعي، الأم، المصدر سابق، ج 7، ص 99.

³ - ت: محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ولد سنة (631هـ)، محدث وفقه وأبرز فقهاء الشافعية، توفي سنة (676هـ)، من تصانيفه: الأربعين النووية، رياض الصالحين (السخاوي شمس الدين محمد بن عبد الرحمان، المنهل العذب الروي في ترجمة قطب الأولياء النووي، تح: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1، (1426هـ-2006م)، ص10-15).

⁴ - أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تح: عادل أحمد عبد الموجود- على محمد عوض، دار الكتب العلمية-بيروت، (ط . خ)، (1423هـ-2003م)، ج 8، ص88.

⁵ - ت: أبو عبد الله محمد بن صالح العثيمين التميمي، ولد سنة (1347هـ)، فقيه ومفسر أصولي، توفي سنة (1421هـ)، من مؤلفاته: مصطلح الحديث، الأصول من علم الأصول (عصام بن عبد المنعم المري، الدر الثمين في ترجمة فقيه الأمة العلامة ابن عثيمين، دار البصرة-الإسكندرية، (د . ط)، (د . ت)، ص19 - 30).

⁶ - محمد بن صالح العثيمين، منظومة أصول الفقه وقواعده، دار ابن الجوزي-الرياض، ط3 (1434هـ)، ص17.

أ- الأحكام الواردة في كتاب القدير: فينبغي على القاضي أن يعرف ما في كتاب الله تعالى من الناسخ والمنسوخ وينبغي أن يعرف من الناسخ ما هو محكم وما هو متشابه في تأويله¹.

ب- الأحكام الواردة في السنة النبوية²: إن لم يجد القاضي المجتهد الحكم في كتاب الله تعالى بحث في السنة النبوية بعد معرفة الناسخ والمنسوخ ودرجة ثبوت الحديث، من المتواتر والمشهور، وإن اختلفت الأخبار أخذ بما هو الأشبه الذي مال إليه اجتهاده³.

ت- ما ورد عن الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم أجمعين⁴.

ث- الإجماع⁵: وله حالتان، الأولى: أن يجمع التابعون على قول في حكم في مسألة من المسائل فيكون إتباعهم واجبا، لأن إجماع كل عصر حجة لا يمكن مخالفته، والثانية: إن كان التابعون قد اختلفوا في حكم المسألة على أقوال رجح قول البعض وقضى به⁶.

ج- القياس⁷: فالقاضي مأمور بأن يجتهد رأيه فيما لا نص فيه وهو دليل على جواز العمل به، فاجتهاد الرأي هو القياس يرد حكم الحادثة إلى أشباهها مما هو منصوص عليه، ثم يقضى فيها برأيه، لا يدع الاجتهاد في موضعه لخوف الخطأ، فكما لا ينبغي له أن يشتغل بالاجتهاد مع النص لا ينبغي له أن يدع الاجتهاد فيما لا نص فيه⁸.

2- ترتيب مصادر الأحكام الشرعية في المذهب المالكي:

أ- كتاب الله تبارك وتعالى والسنة المطهرة وعمل أهل المدينة: فإن لم يجد في كتاب الله تعالى فبسنة نبيه صلى الله عليه وسلم التي صاحبها عمل أهل المدينة، وإن كانت خبرا قضى بما

¹ - البلخي نظام الدين، الفتاوى الهندية، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1 (1421هـ-2000م)، ج3، ص 299.

² - السرخسي، المبسوط، المصدر سابق، ج 16، ص 83.

³ - ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ص 100.

⁴ - محمد بن فرامرز بن علي منلا خسرو، دبر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية- القاهرة، (د . ط)، (د . ت)، ج2، ص405.

⁵ - العيني أبو محمد محمود بدر الدين، البنية شرح الهداية، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1(1420هـ-2000م)، ج9، ص05.

⁶ - ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ص101.

⁷ - ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، مطبعة الكبرى الأميرية- مصر، ط1(1316هـ) ج 1، ص 17.

⁸ - السرخسي، المبسوط، المصدر سابق، ج 16، ص 68-69.

صحبته الأعمال، وهذا معلوم من أصل "مالك" رضي الله تعالى عنه، إذ العمل مقدم على أخبار الآحاد¹.

ب- القياس: وهو مقدم على خبر الآحاد².

ت- أقوال الصحابة رضي الله عنهم: قضى بما اتفقوا عليه، فإن اختلفوا قضى بما صحبته الأعمال من ذلك، فإن لم يصح عنده أيضا أن العمل اتصل بقول بعضهم، تخير من أقوالهم ولم يخالفهم جميعا³.

ث- إجماع التابعين بعد الصحابة.

ج- الاجتهاد: يقضى القاضي بما يؤدي إليه النظر في القياس على الأصول بعد مشورة أهل العلم.

ح- التقليد: ما لم يتبين له في النازلة حكم⁴.

3- ترتيب مصادر الأحكام الشرعية في المذهب الشافعي:

أ- القرآن الكريم والسنة النبوية: فهما الأصلان اللذان افترض الله عزّ وجلّ ولا مخالف فيهما⁵، والمجتهد من يعرف من الكتاب والسنة ما يتعلق بالأحكام⁶، بمعرفة العام والخاص والمطلق والمقيد والمجمل والمبين والنص والظاهر والناسخ والمنسوخ، وبأحكام السنة من المتواتر، وهو ما تعددت طرقه، والآحاد وهو بخلافه، والمتصل باتصال رواته إليه صلى الله عليه وسلم⁷.

ب- الإجماع: فهو حجة لصدوره من كتاب الله أو سنة نبيه صلى الله عليه وسلم⁸.

ت- القياس⁹.

¹ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر سابق، ج1، ص51.

² - ابن فرحون، المصدر سابق، ج1، ص51.

³ - ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ص104.

⁴ - ابن فرحون، المصدر سابق، ج1، ص51.

⁵ - الشافعي، الأم، المصدر سابق، ص493.

⁶ - ابن حجر الهيتمي شهاب الدين أحمد، حواشي تحفة المنهاج بشرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، مصر، (د. ط)، (1357هـ-1938م)، ج10، ص107-108.

⁷ - البغوي أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد ابن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تح: عادل أحمد عبد الموجود-علي محمد معوض، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1 (1418هـ-1997م)، ج1، ص54.

⁸ - البغوي، المصدر سابق، ج8، ص177.

⁹ - زكريا الأنصاري بن محمد بن احمد بن زكريا، منهج الطلاب في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه، تح: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1 (1417هـ-1997م)، ص182.

ث- أقوال العلماء من الصحابة فمن بعدهم: إجماعا واختلافا فلا يخالفهم في اجتهادهم¹.

4- ترتب مصادر الأحكام الشرعية في المذهب الحنبلي:

أ- النص: يعرف من كتاب الله وسنة رسوله -عليه الصلاة والسلام- الحقيقة والمجاز، والأمر والنهي، والمجمل والمبين، والمحكم والمتشابه، والخاص والعام، والمطلق والمقيد، والناسخ والمنسوخ، والمستثنى والمستثنى منه، ويعرف من السنة صحيحها من سقيمها، ومتواترها من آحادها ومرسلها ومتصلها، ومسندها ومنقطعها، مما له تعلق بالأحكام الخاصة، ويعرف ما أجمع عليه مما اختلف فيه².

ب- الإجماع³.

ت- فتاوى الصحابة التي اختلفوا فيها: إذا اختلفت أقوال الصحابة في مسألة واحدة اختار منها أقربها إلى الكتاب والسنة، ولم يخرج عن أقوالهم إلى قول جديد.

ث- القياس⁴.

➤ ثانياً/ المجتهد المقيد: هو الذي يتقيد في اجتهاده بمذهب غيره من المجتهدين، سواء في أصوله، أو في نصوصه في الفروع أو في كليهما معاً⁵، فمصادره في الحكم عند المذاهب الأربعة إجمالاً هي قواعد مذهبه، يراعي فيها ما يراعيه المطلق في قوانين الشرع، ولا يعدل عن نص إمامه، وهو مطالب أيضاً بالحكم بالراجح والمشهور من مذهبه⁶، قال "ابن القيم"⁷ عن

¹ - القليوبي أحمد سلامة- عميرة أحمد البرلسي، حاشيتنا قلوبى وعميرة، دار الفكر- بيروت، (د. ط.)، (1415هـ-1995م)، ج 4، ص 298.

² - المرادوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تح: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية- القاهرة، (د. ط.)، (1375هـ-1956م)، ج 11، ص 182.

³ - ابن بدران عبد القادر بن أحمد بن مصطفى، المدخل إلى مذهب الإمام ابن حنبل، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط 1 (1401هـ-1981م)، ص 278.

⁴ - ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في فقه الإسلامي، المرجع سابق، ص 107.

⁵ - عارف عز الدين حسونة، مدى وجود المجتهد المطلق المستقل والمنتسب في هذا العصر، كلية الشريعة، جامعة الأردنية، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد 3/أ، (1430هـ-2009م)، ص 130.

⁶ - عقيل عبد الرزاق عفان الحمداني، شرط الاجتهاد في تقليد ولاية القضاء، مرجع سابق، ص 86.

⁷ - ت: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعي الحنبلي، المعروف بابن قيم الجوزية (691هـ - 751هـ)، فقيه ومجتهد مفسر، وعارف بالحديث وبرع في علوم الشريعة، حتى بلغ رتبة التدريس والإفادة، وارتقى رتبة الإفتاء والإمامة، ومن تصانيفه الكثيرة: مدارج السالكين في شرح منازل السائرين، الداء والدواء (عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، ط 1، (1414هـ-1993م)، ج 3، ص 164).

مجتهد المقيد بمذهب إمامه : " من هو مجتهد في مذهب من انتسب إليه، مقرر له بالدليل، متقن لفتاويه، عالم بها، لا يتعدى أقواله وفتاويه، ولا يخالفها، وإذا وجد نص إمامه لم يعدل عنه إلى غيره البتة، وهذا شأن أكثر المصنفين في مذاهب أئمتهم، وكثير منهم يظن أنه لا حاجة به إلى معرفة الكتاب والسنة والعربية، لكونه مجتزيا بنصوص إمامه، فهي عنده كنصوص الشارع قد اكتفى بها من كلفة التعب والمشقة، وقد كفاه الإمام استنباط الأحكام ومؤنة استخراجها من النصوص، وقد يرى إمامه ذكر حكيمًا بدليله، فيكتفي هو بذلك الدليل من غير بحث عن معارض له فإيا الله العجب من اجتهاد نهض بهم إلى كون متبوعهم ومقلدهم أعلم من غيره، أحق بالإتباع من سواه، وأن مذهبه هو الراجح والصواب دائر معه، وقعد بهم عن الاجتهاد في كلام الله ورسوله، واستنباط الأحكام منه، وترجيح ما يشهد له النص، مع استيلاء كلام الله ورسوله غاية البيان...¹"

➤ وعليه فالمجتهد المقيد هو الذي يعمل به في القضاء غالبًا، وعليه فمصادره على التفصيل بحسب مذهبه:

1- **المذهب الحنفي:** يفتي المفتي بقول "أبي حنيفة" على الإطلاق، ثم بما اختاره المشايخ ولا يخير إذا لم يكن مجتهداً² ، وإذا اختلف مفتيان في جواب حادثة أخذ بقول أفهمهما بعد أن يكون أورعهما، وإذا أشكل عليه أمر ولا رأي له فيه شاور العلماء ونظر أحسن أقاويلهم وقضى بما رآه صواباً³ ، فيعتد القاضي في ترجيحه لأحدها بتغير العرف وأحوال الناس وما ظهر عليه التعامل وما قوي وجهه⁴، وطريق نقله للفتوى إما أن يكون له فيه مسند إليه أو بالأخذ من كتاب معروف تداولته الأيدي، وينبغي له أن يختار من هو الأقدر والأولى⁵.

¹ ابن القيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، أعلام الموقعين عن رب العالمين، تح: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1(1411هـ-1991م)، ج3، ص109.

² ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تح: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1 (1418هـ-1997م)، ج 6، ص425.

³ ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تح: عادل أحمد عبد الموجود-علي محمد معوض، دار عالم الكتب-الرياض، (ط . خ)،(1423هـ-2003م)، ج 8، ص33.

⁴ ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ص114.

⁵ ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، المطابع الأميرية- مصر، (د. ط)،(1315هـ)، ج 5، ص456-457.

2- **المذهب المالكي:** يحكم بالمشهور من مذهبه، ويفتي به، وإن لم يكن راجحاً عنده، يأخذ قول إمامه الذي يقلده في الفتيا¹، ولا ينبغي لمن طلب العلم أن يفتي الناس حتى يراه الناس أهلاً للفتيا²، وإذا كان هناك أكثر من قول عن الإمام، وعلم المتأخر من الأقوال المنقولة عمل به، وإن لم يعلم عمل بما غلب على ظنه أنه متأخر³، ومن مرجحات قول علي آخر: زيادة على صاحب القول، أو ورعه، وقيل: بكثرة القائلين به، وبأخذ بقول مجتهد في المذهب إذا لم يكن القاضي من أهل النظر والترجيح في المذهب، فإن لم يجد قلد مجتهداً في مذهب آخر، ويعتمد على ما هو موثوق به من كتب المذهب، وتحرم من الكتب الغربية غير المشهورة⁴.

3- **المذهب الشافعي:** يحكم القاضي بالراجح من مذهب إمامه لا بقول غيره ولا بالضعيف من مذهبه⁵، ويلزمه تقليد أعلم الورعين، وإن تعارضوا قدم الأعم على الأصح⁶، وإذا كان متمكناً من أصول إمامه، قادراً على القياس على أقوال إمامه، فيتعامل معها كما يتعامل المجتهد المطلق مع نصوص الشرع، فلا يعدل عن نص إمامه كما لا يسوغ الاجتهاد مع النص وإذا كان هناك أكثر من قول دون ترجيح، فيتوقف إن لم يكون من أهل الترجيح ولا يحق له أن يقلد غير الأئمة الأربعة⁷.

4- **المذهب الحنبلي:** يراعي ألفاظ إمامه ومتأخرها، ويقلد كبار مذهبه في ذلك، ويعمل بقول الأكثر والأعلم والأورع⁸، وإذا كان أكثر من قول في المذهب دون ترجيح، فيأخذ بما ترجح دليله عنده إذا كان أهلاً لذلك⁹.

¹ ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر سابق، ج1، ص 22.
² مالك بن انس بن مالك بن عامر، المدونة الكبرى رواية سحنون، مطبعة السعادة-السعودية، (د . ط)، (2014م)، ج12، ص149.
³ ناصر بركات، السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ص115.
⁴ الحمداني، شرط الاجتهاد في تقليد ولاية القضاء، المرجع سابق، ص89.
⁵ الدسوقي محمد عرفة- أحمد الدري- محمد عليش، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية-القاهرة، (د . ط)، (2015م)، ج 4، ص130.
⁶ النووي، روضة الطالبين، المصدر سابق، ج11، ص104.
⁷ الحمداني، المرجع سابق، ص 88.
⁸ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المصدر سابق، ج11، ص179-188.
⁹ الحمداني، المرجع سابق، ص88.

❖ الفرع الثاني/ مصادر أحكام السلطة التقديرية للقاضي في القانون الجزائري:

إن القاضي عند تطبيق القانون فيما يعرض عليه من منازعات يفترض عليه العلم بالقانون وبحقيقة الوقائع المتنازع عليها، وهذا بحكم وظيفته وعمله الثاني، فيحصل عن طريق المعاينة الشخصية للوقائع أو مما يعرض عليه من مختلف وسائل الإثبات¹، وبالرجوع إلى نص المادة الأولى من (ق.م.ج) نجد أن: {القانون يسري على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه، وفي حالة غياب نص يحكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإن لم يوجد فبمقتضى العرف، فإن لم يوجد يتطرق إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة²}.³

➤ ومن كل هذا يمكن استنتاج مصادر النشاط التقديري المتمثلة في:

أولاً / الشريعة الإسلامية: في حالة عدم وجود نص قانوني صريح يطبقه على وقائع النزاع يجب على القاضي البحث عن البديل، لحل النزاع وذلك باللجوء إلى الشريعة الإسلامية، والبحث عن حكم المسألة في القرآن الكريم أو السنة النبوية، فعليه أن يكون عارفاً بأصول الاعتقاد، وبأحكام الشريعة³.

ثانياً / العرف: هو عادة يشعر الناس بأنها ملزمة لهم من الوجهة القانونية⁴، أو هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية معينة من حياتهم الاجتماعية، بحيث ينشأ لديهم الاعتقاد بوجود قاعدة ملزمة يتعرض من يخالفها لجزاء مادي⁵، فالقاضي يلجأ إلى العرف في حالة عدم وجود نص قانوني.

¹ - تقراج وردة - تغزليت جميلة، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة ماستر، ماستر، إشراف: د. إقروفة زبيدة، قسم قانون خاص/ جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، (2017م)، ص12.

² - أمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975م، يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 جريدة رسمية الصادرة في 20 يونيو 2005، ص01.

³ - ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ص 109-110.

⁴ - محمد سامر عاشور، مدخل إلى علم القانون، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، (د . ط)، (2018م)، ص130.

⁵ - رائد جميل عكاشة- منذر عرفات زيتون، الأسرة المسلمة في ظل التغيرات المعاصرة، دار الفتح - عمان، ط1، ص324 (1463هـ-2015م).

ثالثاً/ مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة: يقال في تعريف القانون الطبيعي: أنه تلك المبادئ التي يكتشفها العقل والتي تعتبر مثالا ماديا للمشرع الوضعي حتى يقترب من الكمال، كما قيل في تعريف العدالة: أنها شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستنير، ويهدف إلى إيتاء كل ذي حق حقه¹، فأحال المشرع الجزائري القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة حتى لا يمتنع عن إصدار الحكم في الدعوى المطروحة أمامه².

رابعاً / عناصر النزاع: إن عناصر النزاع تجسد دورا فعالا في توجيه العمل القضائي وتحديد نمط اجتهاده، لأن النزاع المطروح أمام القاضي هو عبارة عن مركز قانوني يطلب فيه الخصوم من القاضي الفصل فيه وقطع النزاع وفقا للشريعة³.

خامساً / الوسائل التي يستعين بها القاضي: تقتضي في بعض الحالات أمام القاضي اللجوء إلى مصادر قانونية أخرى يستنبط حلا للنزاع المعروض أمامه في حالة عدم وجود نص قانوني أيسوده غموض، مما يدفع القاضي إلى ترسخ قناعته في إقامة العدل، بالبحث عن طريق الإثبات للوصول إلى الحقيقة باستعانة بمجموعة من وسائل القانونية⁴ :

1- الدليل الكتابي: هو الدليل المحرر كتابة بقصد إثبات التصرف القانوني أو الواقعة القانونية سواء كانت هي المحررات الرسمية أو عرفية⁵.

2- الشهادة: تعرف بأنها إثبات واقعة معينة من خلال ما يقوله أحد الأشخاص، عما شهده أو سمعه، أو أدركه بحواسه من هذه الواقعة مباشرة⁶.

¹ بعوش دليلة، المدخل إلى العلوم القانونية، محاضرات مقدمة لطلبة سنة أولى، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، (2015م)، ص20.

² معزي صونية، ملخص مقياس مدخل القانون، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير/ جامعة الحاج لخضر- باتنة، (2013م)، ص05.

³ ناصر بركات، سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ص 98.

⁴ تقراج وردة-تغزليت جميلة، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، المرجع سابق، ص15.

⁵ عباس الصراف-جورج حزيون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة-الأردن، (د. ط)، (1429هـ-2009م)، ص 236.

⁶ عبدلي نجاة- قادة سليمة، الإثبات عن طريق الشهادة في القانون الجنائي، مذكرة ماستر، إشراف: أ. طباش عز الدين، قسم قانون الخاص/جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، (2013م)، ص06.

3- **القرائن:** هي عبارة عن دليل يستخلصه القاضي من وقائع مادية تحيط بالقضية المطروحة أمامه، من خلال عملية ذهنية يقوم بها القاضي، للتحقق من واقعة لها علاقة بالواقعة المادية المشكلة للقضية أو تكذيبها¹.

4- **المعاينة والخبرة:** المعاينة هي مشاهدة أعضاء المحكمة بأنفسهم محل النزاع من الأوصاف التي يدعيها ذو الشأن²، والخبرة هي إجراء من إجراءات التحقيق يقصد بها الحصول على المعلومات الضرورية عن طريق أهل الاختصاص، وذلك للبت في المسائل الفنية التي تكون محل نزاع بين الخصوم ولا يستطيع القاضي الإلمام بها³، واكتفى المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإداري بنص يهدف من اللجوء إليها في المادة 125 من (ق.إ.م.إ) المتمثل في: {تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي}⁴.

5- **الإقرار:** يعد طريقة من طرق الإثبات وهو حسب المادة 341 من (ق.م.ج) الإقرار على أنه: {اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعي بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة}⁵.

6- **اليمين:** وهي الحلف بالله تعالى أمام القاضي لإثبات الحق أو الفعل، أو نفيها، وهي حجة المدعي عليه⁶.

¹- غلاب الحسن، **الإثبات الجنائي بالقرائن القضائية**، مذكرة ماستر، إشراف: أ.عجابي إلياس، قسم الحقوق/ جامعة محمد بو ضياف-المسيلة، (2014م)، ص10.

²- تقراج وردة-تغزليت جميلة، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، المرجع سابق، ص16.

³- جرمولي ندى- فلة فريال، **قيمة وسائل الإثبات الإجرائية في الإثبات المدني**، مذكرة ماستر، إشراف: أ. سرايش زكريا، قسم قانون الخاص/ جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، (2017م)، ص07.

⁴- نص المادة 125 من قانون رقم 08-09، المؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21 الصادرة في (17 ربيع الثاني عام 1429هـ الموافق لـ 23 أبريل سنة 2008م)، ص 13.

⁵- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع سابق، ص55.

⁶- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، المرجع سابق، ج 6، ص781.

الفصل الثاني

سلطة القاضي في بعض مسائل الأحوال الشخصية
بين الفقه والقانون الجزائري

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في انعقاد الرابطة الزوجية
بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الثاني: سلطة القاضي التقديرية في انحلال الرابطة الزوجية
بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في بعض الآثار المترتبة
عن انعقاد الرابطة الزوجية وانحلالها.

الفصل الثاني: سلطة القاضي في بعض مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه والقانون الجزائري

مما لا شك فيه أن ديننا الحنيف قد فرض علينا فروضا وسننا لنتقيد بها ونسير عليها، ومن بين سنن الله في خلقه الزواج، الذي يعتبر رابطة شرعية وقانونية تكون بين شخصين من جنسين مختلفين، تقوم على مبدأ الودّ والمعاشرة الطيبة، لتتجم عن ذلك عائلة ملؤها المحبة والاستقرار، إلا أنه وللأسف لا تكون كل هذه العلاقات ناجحة، فلا تخلو من بعض المشاكل التي قد تهدد هذه الرابطة الزوجية، فتحدث شرخا بين طرفي هذه الأخيرة تستحيل معها استمرارية الحياة تحت سقف واحد، مما يؤدي إلى اللجوء إلى فكّ عقد الزواج وهو ما يسمى بالطلاق، إما بالإرادة المنفردة للزوج، أو بإرادة الزوجة المنفردة في طلب التطليق أو الخلع، ويترتب عليهما آثار وفقا لذلك، ومنحو لكل من تضرر من فكّ الرابطة الزوجية حق المطالبة بالتعويض، وهذا ما نظمه المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم [84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/02/2005م]، وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك وهذا هو محور دراستنا في هذا الفصل.

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في انعقاد الرابطة الزوجية بين الفقه

الإسلامي والقانون الجزائري:

يعتبر الزواج نظاما إلهيا شرعه الله تعالى وتبارك لرفع مرتبة الإنسان وتعظيمه، فأضفى عليه قدسية خاصة، وجعله من أسمى العقود وأعظمها أثارا، ووصفه بكونه إحدى آياته الإعجازية، حيث قال تبارك وتعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [الروم : 21]، ومن ذلك يقال: (نكح المطر الأرض) أي اختلط في ثراها، وتناكحت الأشجار أي تداخلت أغصانها¹، والنكاح عند الفقهاء: حقيقة في العقد، مجاز في الوطء²، ومفهومه في القانون الجزائري {عقد رضائي يتم بين الرجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب}³.

➤ وقد منح المشرع الجزائري للقاضي سلطات واسعة في تقدير الآثار المترتبة على إنشاء الرابطة الزوجية في جميع مجالاتها، ففي الزواج منحه سلطة التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة (المطلب الأول)، وسلطة تزويج القاصر (المطلب الثاني)، كما منحه سلطة الترخيص بتعدد الزوجات عند توفر الشروط المنصوص عليها (المطلب الثالث)، وهذا ما سندرسه في هذا المبحث.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، المصدر سابق، ص 626.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع سابق، ج 7، ص 30.

³ - الأمر رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بأمر رقم 05-02 الجريدة الرسمية، الصادرة في 27 فبراير 2005، ص 01.

المطلب الأول: سلطة القاضي التقديرية في التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة

وحالات استحقاق مهر المثل:

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى فرعين: الأول في معنى العدول عن الخطبة، والآثار المترتبة عن العدول في الفقه الإسلامي، وتقدير القاضي لها في القانون الجزائري، والثاني في سلطة القاضي التقديرية لحالات استحقاق مهر المثل في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

❖ الفرع الأول/سلطة القاضي في تقدير العوض المترتب عن العدول عن الخطبة:

أولاً- تعريف العدول عن الخطبة:

1- تعريف الخطبة:

أ- **الخطبة لغة:** الخطبُ: سبب الأمر تقول ما خطبك، أي ما أمرك، وخاطبه بالكلام مخاطبة وخطاباً¹، وخطب الناس فيهم وعليهم خطابة، وخطب على المنبر خطبة بضم الخاء ألقى عليهم خطبة، وخطب فلانة خطبة بكسر الخاء: طلبها للزواج، ويقال خطبها إلى أهلها: خطبها منهم للزواج².

ب- **الخطبة شرعاً:** هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة، وإعلام المرأة أو وليها بذلك، فإن وافقت المخطوبة أو أهلها، فقد تمت الخطبة بينهما³.

ت- **أما بالنسبة لتعريف المشرع الجزائري للخطبة** فلم يتعرض لتعريفها واكتفى بوصف طبيعتها بحسب المادة -05- من قانون الأسرة المعدل والمتمم: {الخطبة وعد بالزواج}⁴.

➤ **أمّا مفهوم الخطبة في مجتمعنا الجزائري حالياً** فهي عبارة عن اتفاق بين العائلتين يسبق قراءة الفاتحة، ويقع غالباً بين والدي الخطيبين أو أحد وليهما وينتهي بالإيجاب وقبول المصاهرة دون

¹ - الرازي، مختار الصحاح، المرجع سابق، (خ ط ب)، ص 76.

² - إبراهيم أنيس- وآخرون، المعجم الوسيط، المرجع سابق، (خ ط ب)، ص 243.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع سابق، ج 7، ص 10.

⁴ - الأمر رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 03.

إبرام أي عقد وغالبا ما يكون ذلك دون حضور الخطيبين على مجلس المواعدة بالزواج وإتمام مراسيم الخطبة¹.

2- تعريف العدول:

أ- **العدول لغة:** عَدَلَ عن الشيء يَعِدُّ عَدْلًا وَعُدُولًا: حاد، وَعَدَلَ إليه عُدُولًا: رجع، وَعَدَلَ الطريقُ: مال².

ب- **العدول اصطلاحا:** هو إعلان الخاطب أو المخطوبة عن تراجعها على استمرار الخطبة، ويترتب عليه أمران معنوي ومادي، أما المعنوي: فهو توقيف رابطة الخطبة بين الخاطبين، ومن شأنها أن تحدث تساؤلا عند أقاربهما وأصدقائهما، وقد يتأثر بها من وقع العدول عنه، وأما الأثر المادي فموضوعه الهدايا التي قدمت³.

➤ وفي كثير من الأحيان يقدم الخاطب هدايا لمخطوبته، أو هي تقدم له بعض الهدايا وربما لأهله، أو يقدم لها المهر أو جزء منه في فترة الخطوبة، فهل يحق عند العدول عن إتمام الزواج للذي أهدى أن يسترد مهره والهدايا التي قدمها؟، وفيما يلي تفصيل لذلك في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ومقارنة بينهما.

ثانيا: سلطة القاضي التقديرية في الآثار المترتبة عن العدول الخُطبة:

1- آثار العدول عن الخُطبة في الفقه الإسلامي:

بما أن الخطبة ليست زواجا، وإنما هي وعد بالزواج، فيجوز في رأي أكثر الفقهاء للخاطب أو المخطوبة العدول عن الخطبة⁴، ما لم يوجد العقد فلا إلزام ولا التزام، ويستحسن أن يكون العدول لضرورة أو حاجة شديدة مراعاة لحرمة البيوت وكرامة الفتاة، والعدول من غير مقتضى غير جائز، إذ هو نقض للعهد أو الوعد قال تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾ [الإسراء: 43]، وقال

¹- بلال فنيش، تعديلات قانون الأسرة الجزائري في الخطبة وعقد الزواج، مذكرة ماستر، إشراف: د. أحمد الزاويدي، قسم الحقوق/جامعة محمد بوضياف-مسيلة، (2016م)، ص8.

²- ابن منظور، لسان العرب، المصدر سابق، ج11، ص434.

³- محمد طاهر الجوايبي، المجتمع والأسرة في الإسلام، دار عالم الكتب-رياض، ط3(1421هـ-2000م)، ص103.

⁴- أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي-القاهرة، ط2 (1391هـ-1971م)، ص64-65.

صلى الله عليه و سلم: [اِضْمِنُوا لِي سِتًّا مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَضْمَنْ لَكُمْ الْجَنَّةَ: اِصْدَقُوا إِذَا حَدَّثْتُمْ، وَأَوْفُوا إِذَا وَعَدْتُمْ، وَأَدُّوا إِذَا أَنْتُمْنْتُمْ، وَاحْفَظُوا فُرُوجَكُمْ، وَعَضُوا أَبْصَارَكُمْ، وَكَفُّوا أَيْدِيَكُمْ]¹.

أ- حكم استرداد المهر² حال العدول عن الخِطبة:

إن ما قدّمه الخاطب إلى مخطوبته على أنه مهر له الحق في استرداده، لأن المهر يعد أثراً من آثار الزواج له حكم، والزواج لم يتمّ فلم تترتب عليه أحكامه، وعلى هذا فيجب أن يردّ سواء أكان قائماً أم هالكا أم مستهلكا، ففي حال الهلاك أو الاستهلاك يرجع بقيمته إن كان قيماً، ويمثله إن كان مثلياً، أيًا كان سبب العدول سواء من جهة الخاطب أو المخطوبة وهذا متفق عليه فقها³.

ب- آراء العلماء في مسألة الهدايا نذكرها على التفصيل الآتي:

- رأي الحنفية في مسألة استرداد الهدايا عند العدول عن الخِطبة: أن الهدايا في معنى الهبة، وللواهب أن يرجع في هبته، إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة كهلاك الشيء، أو استهلاكه، أو حدث فيه تغيير، كأن ضاع الخاتم، وأكل الطعام، وصنع القماش ثوبا أو صبغ، فلا يحقّ للخاطب أن يستردّ بدله⁴.

¹ - رواه البيهقي [أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، تح: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط3 (1424هـ-2003م)، كتاب: الوديعة (36)، باب: ما جاء في الترغيب في أداء الأمانات (01)، (رقم الحديث: 12691، ج6، ص 471).

² - المهرلغة: جمع مهر، وهو الصّدّاق، مهرها: أعطائها مهرا، أي دفع لها مالا تنتفع به بعقد الزواج، أما شرعا: فهو اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج لزوجته في مقابلة البضع إما بالتسمية أو بالعقدولة عدّة أسماء منها الصّدّاق، الصدقة (الزبيدي محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، تح: عبد العليم الطحاوي، مطبعة حكومة الكويت، ط2 (1394هـ-1974م)، ج 14، ص 156 /الرازي، مختار الصحاح، المصدر سابق، ص 266 /الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر سابق، ج 3، ص 480).

³ - محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، (د. م)، (د. ط)، (د. ت)، ص90.

⁴ - ابن عابدين، ردّ المحتار، المصدر سابق، ج 4، ص 304-305.

- رأي المالكية في مسألة استرداد الهدايا عند العدول عن الخطبة: فرق المالكية بين أن يكون العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة، فإذا كان الفسخ من جهتها فله استرجاع ما أهداه إليها ومطالبتها برده، فيأخذه بعينه إن كان موجودا، وإذا ضاع ما أهداه أو استهلك، فالقاعدة في الضمان تقتضي أنه يلزم في المثلي من المتاع مثله، كالحبوب والثمار، وفي المقوم قيمته، مثل الذهب والثياب، وإذا كان التارك للخطبة هو الزوج فلا رجوع له عليها ولو كان موجودا¹.
- رأي الشافعية والحنابلة في مسألة استرداد الهدايا عند العدول عن الخطبة: ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه، سواء كانت موجودة أو هالكة لأن للهدية حكم الهبة²، ولا يجوز عندهم للواهب أن يرجع في هبته بعد قبضها إلا الوالد فيما أعطى لولده³، وفصل الشافعية في ذلك حيث قالوا: لو كان أهدى لأجل الهدية فلا اختلاف في عدم الرجوع، أما إن كانت الهدية لأجل الزواج رجع الدافع بكل ما دفع⁴.

✓ الرأي الراجح:

والذي يبدو لنا أن الرأي الراجح: هو التفريق بين العدول عن الخطبة من جهة الخاطب أو المخطوبة، فإن كان من جهته فلا ترجع له شيء من الهدايا كما هو القول عند المالكية، أما إن كان من جهة المخطوبة، فمن حق الخاطب أن يسترجع كل هدية قائمة ولا يرجع في الهدية المستهلكة كما هو القول عند الحنفية.

¹ - الغرياني صادق عبد الرحمان، مدونة الفقه المالكي، مؤسسة الريان - بيروت، ط1 (1423 هـ - 2002 م)، ج2، ص 502.

² - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تح: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت، ط 2 (1416 هـ - 1991 م)، ج7، ص 273-274/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 7، ص 27.

³ - مريم سليمان، أحكام الخطبة دراسة فقهية معاصرة، مذكرة ماستر، اشراف: أ. أحمد خويلدي، تخصص الفقه وأصوله / جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي (1436 هـ - 2015 م)، ص 56.

⁴ - الشربيني محمد بن أحمد الخطيب، البيجيري على الخطيب، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1 (1417 هـ - 1996 م)، ج 4، ص 156.

2- سلطة القاضي التقديرية في العدول عن الخطبة في القانون الجزائري:

- أ- آثار العدول عن الخطبة في مسألة المهر وتقدير القاضي له: بالرجوع إلى ق.أ نجد أن المشرع لم يبين لنا ما هو حكم المهر في حالة العدول عن الخطبة ولكن تنفيذًا للم -222- ق.أ.ج: {كلّ ما لم يرد النصّ عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامي}.¹
- ب- آثار العدول عن الخطبة في مسألة الهدايا وتقدير القاضي لها: تعرض المشرع الجزائري لهذه المسألة قبل تعديل ق.أ.ج الذي صدر في 2005 في الم -05- التي تنص في فقرتها 3- و -4- على ما يلي: { لا يسترد الخاطب شيئًا مما أهداه إن كان العدول منه وإن كان العدول من المخطوبة فعليها ردّ ما لم يستهلك²، فوضع المشرع الجزائري حكما واحدا لمسألة استرجاع الهدايا عند العدول عن الخطبة، ويتضح أنه من خلال نص هذه الم أنه فرّق بين إذا كان العدول عن الخطبة صدر من جانب الخاطب، فلا حق له أن يطالب باسترداد ما قدمه من هدايا، أمّا إذا كان العدول قد صدر من جانب المخطوبة فإنه يجب عليها أن ترد ما أخذته من هدايا إذا كانت قائمة سواء كنت قابلة للاستهلاك كالمأكولات، والعطور، والملابس أو غير قابلة لذلك، أمّا إذا كانت قد استهلكت فلا يجب عليها ردها ولا يحق للخاطب المطالبة بها³.
- أمّا بعد التعديل نص المشرع الجزائري على الخطبة في الم -05- من ق.أ.ج بموجب الأمر رقم 02-05 والتي تنص على أن: {الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة، إذا ترتب العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئًا مما أهداها إذا كان العدول منه، وعليه أن يردّ للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته⁴، أجاز ق.أ.ج العدول عن الخطبة باعتبارها وعدا غير ملزم⁵، وهذا ما أقرت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1992/03/17 الذي جاء بما يلي: {من المقرر عليه شرعا وقانونا أن الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول

1 - قانون رقم 84 - 11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 23.

2 - قانون رقم 84-11، المصدر نفسه، ص 02.

3- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة-الجزائر، ط3(1996م)، ص 86.

4- قانون رقم 84-11، المصدر نفسه، ص 03.

5- شريفي فاطمة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مذكرة

ماستر، إشراف: أ. طيوس فتحي، قسم الحقوق/جامعة الدكتور مولاي طاهر - سعيدة، (2017م)، ص 14.

عنها¹، كما أغفل المشرع مسألة العدول اللارادي كالموت، أو الحبس، أو المرض لأحد الخطبيين فيما يخص الحق في استرداد الهدايا².

➤ إلا أنه قد يرافق هذا العدول أضرار على الطرف المعدول عنه، الذي له الحق في طلب التعويض عن الأضرار اللاحقة به³، وهذا ما نصت عليه الفقرة 3 من الم-05- إذا ترتب العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض⁴، ويقصد بالضرر: كل أذى يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصالحه المشروعة، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مادية أو معنوية، حيث أنه لا يعتدّ به إلا إذا جعل مركز صاحب الحق أو المصلحة أسوأ مما كان قبل ذلك، فإذا استبدل الفعل الضار بضرر أخف منه، فإنه لا يعتبر فعلا ضارا ولا يستوجب التعويض، شرط أن يكون الحق أو هذه المصلحة مشروعة وغير مخالفة للقانون⁵، والتعويض يشمل **الضرر المادي**: وهو الذي يصيب الطرف المتضرر في مصلحة مالية أو حق ثابت وهذا النوع من الضرر لا يجد القاضي صعوبة في تقدير الضرر والتعويض عنه، **والضرر المعنوي**: هو الذي يصيب مصلحة غير مالية، كالتشهير وتشويه السمعة مما يجعل فيه صعوبة في تقدير الضرر والتعويض عليه، وهذا يستدعي المعيار الذي يستوجب التعويض عن العدول عن الخطبة⁶، فوجب على القاضي أن يحكم بالتعويض عليه، وإذ لم يحكم بالتعويض فإنه يعتبر مخالف للقانون، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 25-12-1989 والتي أقرت على ما يلي: { ... ومن المقرر أيضا أنه إذا ترتب العدول عن الخطبة ضررا مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز

¹ خيزاوي ليندة- موسى كاهنة، السلطة التقديرية عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارهما، رسالة ماستر إشراف: أ. عيسات اليزيد، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، (2013م)، ص 07.

² محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج والاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي-الجزائر، ط1(2007م)، ص 68.

³ خيزاوي ليندة- موسى كاهنة، السلطة التقديرية للقاضي عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارها، المرجع سابق، ص 08.

⁴ قانون رقم 84-11، متضمن ق.أ، معدل ومتمم، المصدر سابق، ص 03.

⁵ محمدي نصيرة- يحيوي ياقوت، التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة، مذكرة ماستر، إشراف: د. تريكي فريد، قسم قانون/ جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، (2016م)، ص 42.

⁶ عمر عباس- جميلة الرفاعي، سلطة القاضي التقديرية في إنشاء عقد الزواج وحله دراسة مقارنة بالقانون الأردني، مجلة الجامعة الأردنية، ص 259-260.

الحكم بالتعويض ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأين يعد خرقاً للقانون¹، وله السلطة في موضوع تقدير مدى وجود الضرر من عدمه، ولمعرفة الأسس التي يستند عليها قاضي شؤون الأسرة في تقدير وجود الضرر ثم تحديد مقدار التعويض وعليه فلا بدّ من الرجوع إلى الآراء الفقهية التي تناولت التعويض²، ومن ثم يبحث عن سبب الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة، فإذا كان هذا العدول ناشئاً بمجرد العدول، فلا تعويض للضرر الذي يدعيه الطرف المعدول عنه، أما إذا تبين للقاضي أن الضرر ناجم عن فعل أحد الطرفين فإن القاضي يجب عليه أن يحكم بالتعويض³.

✓ الخلاصة:

وخلاصة القول نجد أن القانون الجزائري أخذ بما ذهب إليه الفقهاء في مسألة تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، فللمتضرر الحق في استرداد المهر كاملاً المقدم قبل العقد بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيماً، أما بالنسبة للهدايا فهو حسب جهة العدول.

❖ الفرع الثاني/ سلطة القاضي في تقدير حالات استحقاق مهر المثل:

أولاً: حالات استحقاق مهر المثل في الفقه الإسلامي:

ينقسم المهر إلى قسمين هما:

- 1- **المهر المسمى** وهو: المهر الذي تمت تسميته في العقد وتراضى عليه الزوجان أو من يقوم مقامهما⁴.
- 2- **ومهر المثل** هو: ما تزوج به مثيلات المرأة كقربياتها في الدين والجمال والحسب والمال والبلد، ويراعى في ذلك حال الزوج⁵.

¹ خيزاوي ليندة- موسى كاهنة، السلطة التقديرية للقاضي عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارهما، المرجع سابق، ص 10.

² خيزاوي ليندة- موسى كاهنة، السلطة التقديرية للقاضي عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارهما، المرجع سابق، ص 08-09.

³ سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، دار هومة- الجزائر، ط3 (2011م)، ص 21.

⁴ فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، طبع على نفقة الجامعة السليمانية- العراق، (د. ط)، (2004م)، ص 124.

⁵ الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع سابق، ج 2، ص 582.

- ومهر المثل هو محلّ بحثنا، إذ أن حالات وجوب مهر المثل للمرأة تتمثل فيما يلي¹:
- أ- إذا كان نكاح تفويض، أي أن يكون العقد صحيحا، ولكن بدون تسمية المهر، وتسمى المرأة هنا المفوضة، لأنها فوضت أمر مهرها إلى الزوج.
- ب- التسمية غير الصحيحة للمهر، بأن يكون المهر المسمى مالا غير متقوم في حق المسلم، كالميتة والمسكرات والمال المغصوب، وكالطير في الهواء والمعادن في باطن الأرض، وما إلى ذلك من سائر المحرمات.
- ت- أن يكون هناك اتفاق على نفي المهر، وجب مهر المثل، لأن المهر حكم من الأحكام التي جعلها الشارع مترتبة على عقد النكاح، وليس للعاقدة نفيها.
- ث- إذا كانت التسمية مجهولة، كأن يقول تزوجتك على ذهب أو حلي، وهي التي تفضي إلى النزاع، وجب هنا مهر المثل فالتسمية هنا فاسدة لجهالتها جهالة فاحشة، لأن التسمية الفاسدة تعتبر كلا تسمية.
- ج- إذا أسلم الزوج وكانت الزوجة كتابية ثم طلقها، فمن حقها المطالبة بمهر المثل وإن لم يذكر المهر في العقد أصلا.
- ح- إذا أسلمت الزوجة وأبى زوجها الدخول في الإسلام، يفرق بينهما ولها مهر المثل ويطرح منه ما قدمه لها الزوج حين العقد.
- خ- إذا كان النكاح شغارا، وصورته أن يقول رجل لآخر زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، وتكون كل واحدة منهما مهرا للأخرى وجب هنا مهر المثل عند الحنفية، ورأى جمهور الفقهاء ذهبوا إلى بطلان هذا العقد.

¹ أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 181 - 182 / فاروق عبد الله الكريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع سابق، ص 125 - 127 / وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع سابق، ج 7، ص 268 - 272.

ثانياً / حالة استحقاق مهر المثل في القانون الجزائري:

أشار المشرع الجزائري إلى مهر¹ المثل في الفقرة الثانية من الم -15- التي نصت على أنه: {في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل}².

✓ الخلاصة:

وحوصلة ما مضى نجد أن الفقه الإسلامي فصل في حالات استحقاق المرأة لمهر المثل، فقد درسها باعتبار كافة الاحتمالات، أما المشرع الجزائري فقد اقتصر على حالة واحدة ألا وهي عدم تحديد قيمة المهر أو بالأحرى عدم تسميته، ومن هنا يظهر أن القوانين قاصرة عن الإلمام بكافة الأحكام التي يحتاجها المجتمع المسلم، بعكس الشريعة الإسلامية فهي صالحة لكل زمان ومكان، كيف ولا وهي من تنزيل التقدير الحكيم.

المطلب الثاني: سلطة القاضي التقديرية في زواج القاصر:

يعتبر عقد الزواج من بين أهم التصرفات التي يبرمها الشخص في حياته، فلكل رجل وامرأة متى بلغا سن الزواج، الحق في تكوين أسرة دون أن تنقيد حريتهما، إلا فيما ورد في الشريعة الإسلامية والنصوص القانونية، فلم يُجعل من شرط تحديد سنّ الزواج قاعدة جامدة بل أُورد عليها استثناء يتمثل في إمكانية ترخيص القاضي وولايته في زواج القصر، ومن ذلك قسّمنا هذا المطلب إلى فرعين، الأول في تحديد سنّ الزواج في الفقه الإسلامي، وتقدير القاضي له في القانون الجزائري، والثاني في ولاية القاضي لزواج القاصر.

¹ عرّف المشرع الجزائري الصداق في الم -14- من ق.أ.ج: {الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء} (قانون 84-11، متضمن ق.أ.ج، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 04).

² قانون 84-11، متضمن ق.أ.ج، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 04 .

❖ الفرع الأول/تحديد سنّ الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

أولاً: سنّ أهلية الزواج في الفقه الإسلامي

لم يحدّد الفقهاء بصفة قاطعة سنّ البلوغ الذي تهتم به أهلية¹ الفتى والفتاة للزواج، وقالوا إنّ مرحلة البلوغ هي تلك الفترة الزمنية التي تأتي بعد مرحلتى الطفولة والتميز، وهي تظهر طبيعياً بعلامات توجد في الفتى كالاحتلام، وفي الفتاة كالحيض، ورغم هذا قدر بعض الفقهاء سن البلوغ² على النحو التالي أنه خمسة عشر سنة قمرية للذكر والأنثى على حد سواء³، وهذا قول الإمام "أحمد"⁴ و"الأوزاعي"⁵ و"الشافعي" و"أبو يوسف"⁶، أمّا الإمام "مالك" و"داود الظاهري"⁷ فأروا أنّه لا حدّ للبلوغ من السنّ، لقوله صلى الله عليه وسلم: [رُفِعَ أَلْفَمٌ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنْ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ]⁸، روي عن أبي حنيفة روايتان: أحدهما ثماني عشرة، والثانية: سبع عشرة⁹.

¹ - الأهلية لغة: الصلاحية والاستحقاق، وهي في الاصطلاح: صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، أو هي عبارة عن صلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، وهي نوعان أهلية وجوب وأهلية أداء (الجزباني، معجم التعريفات، المصدر سابق، ص 36/محمد الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير - دمشق، ط2(1427هـ - 2006م)، ج1، ص492).

² - لعلام نجاة، الأهلية في الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، المرجع سابق، ص29.

³ - عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس - الأردن، ط1(1417هـ - 1998م)، ص113.

⁴ - ت: أحمد بن محمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني الوائلي ولد سنة(164هـ)، إمام المذهب الحنبلي، وحامي حمى السنة، توفي سنة(241هـ) من مؤلفاته: المسند، العلل ومعرفة الرجال (الزركلي، الأعلام، المصدر سابق، ج1، ص203).

⁵ - ت: عبد الرحمان بن عمر بن يحمّد أبو عمرو الأوزاعي، مولده كان في حياة الصحابة سنة (88 هـ)، عالم أهل الشام، كان كثير العلم والحديث والفقه، توفي سنة(157هـ) (الذهبي، سير أعلام النبلاء، المصدر سابق، ج7، ص107-109).

⁶ - ت: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب أبو يوسف الأنصاري البغدادي ولد سنة (113هـ)، صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، كان فقيها علامة من حفاظ الحديث، توفي سنة (183هـ)، من مؤلفاته: اختلاف الأمصار، الأمالي في الفقه (الزركلي، الأعلام، المصدر سابق، ج8، ص193).

⁷ - ت: داود بن علي الظاهري بن خلف البغدادي أبو سليمان المعروف بالأصبهاني، مولده سنة(200هـ)، رئيس أهل الظاهر بالكوفة، كان بصيراً بالفقه عالماً بالقرآن حافظاً للأثر، توفي سنة (270هـ)، (الذهبي، سير أعلام النبلاء، المصدر سابق، ج13، ص97-108).

⁸ - سبق تخريجه، ص23

⁹ - عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، المرجع سابق، ص113.

✓ الرأي الراجح:

ولعلّ الصّواب أن سنّ البلوغ خمسة عشر سنة لكلّ من الذكر والأنثى، فإذا لم يظهر على الذكر أو الأنثى علامات البلوغ حتى يصل إلى سنّ الخامسة عشر فإنّه يحكم ببلوغهما.

➤ أما بالنسبة لحكم تزويج الصغار: فقد اختلف الفقهاء في مسألة تزويج الصغار، فذهب الجمهور إلى أن تزويج الصغير والصغيرة جائز شرعا مع ثبوت ولاية الإيجاب عليهما¹، فيجوز فيجوز نكاح الأب لابنته الصغيرة إذا زوجها من كفاء، ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها، وقد دلّ على جواز تزويج الصغيرة² قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي بَسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ إِنْ إِبْتِئْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق:04]، فبين الله تعالى عدّة الصغيرة، وسبب العدّة شرعا هو النكاح وذلك دليل تصور نكاح الصغيرة، ومن السنّة أن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة بنت ستة سنين، وبنى بها وهي بنت تسع سنين، ففي فعله صلى الله عليه وسلم جواز نكاح الصغير والصغيرة بتزويج الآباء³، في حين يرى ابن شبرمة⁴ وأبو بكر الأصم⁵ -رحمهما الله- أنه لا يزوج الصغير والصغيرة حتى يبلغا، لقوله تعالى: ﴿حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ [النساء: 06]، فلو جاز التزويج قبل البلوغ، لم يكن لهذا فائدة، ولأنه لا حاجة بهما إلى النكاح⁶، وتزويج الصغيرة باطل حتى تبلغ، وإذا وقع فهو مفسوخ⁷،

✓ الرأي الراجح

نرجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول الذين قالوا بجواز زواج القاصر، لكن ليس على إطلاقه، لكون أدلتهم صريحة سواء من الكتاب أو السنة.

¹ - السرخسي، المبسوط، المرجع سابق، ج4، ص 212.

² - ابن قدامة، المغني، المرجع سابق، ج9، ص398.

³ - السرخسي، المبسوط، المرجع سابق، ج 4، ص 212.

⁴ - ت: عبد الله بن شبرمة الإمام العلامة، فقيه العراق، قاضي الكوفة، كان عفيفا صارما عاقلا خيرا، له نحو من خمسين حديثا، توفي سنة (144هـ) (الذهبي، سير أعلام النبلاء، المصدر سابق، ج 6، ص347-348).

⁵ - ت: أبو بكر الأصم، عبد الرحمان بن كيسان شيخ المعتزلة وفقهه ومفسر، كان دينيا وقورا، صبورا على الفقر، توفي سنة (201هـ)، من مؤلفاته: خلق القرآن، الحجة والمرسل (الذهبي، اعلام، المصدر سابق، ج9، ص402).

⁶ - السرخسي، المبسوط، المصدر سابق، ج4، ص212.

⁷ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع سابق، ج9، ص 682.

ثانيا/ السلطة التقديرية للقاضي في ترخيص بزواج القاصر:

1- السن القانونية للزواج في ق.ج: لقد مرت مسألة تحديد السن القانونية للزواج في التشريع

الجزائري بمراحل عديدة حيث تناولتها عدة نصوص قانونية وذلك وفق الآتي:

أ- قانون رقم 59-274 بتاريخ 04-02-1959 والذي نص على تحديد السن في مادته -

05- حيث نصت: {لا يجوز للرجل قبل بلوغ ثماني عشرة سنة كاملة، ولا المرأة قبل بلوغها

ثماني عشرة سنة كاملة أن يتزوجا، ومع ذلك يجوز للمحكمة العليا بناء على دوافع قوية

الإعفاء من شرط السن}، ما يلاحظ في نص هذه -الم- أنها منعت الزواج على كل شخص

لم يبلغ السن المحددة إلا بإذن قضائي يصدره رئيس المحكمة العليا بناء على دوافع قوية¹.

ب- قانون رقم 63-224 بتاريخ 29-06-1963 المتضمن تحديد سن الزواج والذي نص في

مادته -01-: {ليس للرجل قبل بلوغ ثماني عشرة سنة كاملة ولا المرأة قبل بلوغها ستة عشرة

سنة كاملة أن يعقدا زواجهما ومع ذلك فلرئيس المحكمة الكلية أن يمنح بناء على دوافع قوية

بعد أخذ رأي مفوض الدولة إذن بالإعفاء من شروط السن²، فالجديد الذي جاء به نص هذه

المادة هو إمكانية طلب الترخيص بالزواج للقصر الذي يمنحه رئيس المحكمة العليا، لكن بعد

استشارة مفوض الدولة في الموضوع³.

ت- أما في قانون 84-11 فقد رفع أهلية الزواج إلى: {21 سنة بالنسبة للذكر و 18 سنة بالنسبة

للأنثى}⁴، فيلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قام بتحديد سن عالية للزواج مقارنة بالقانون

السابق، ولعلّه في ذلك قد راعى مدى قدرة الزوج على تحمل المسؤولية، وكذا تكاليف

ومطالب الحياة الزوجية، مع مراعاة مسائل النمو الديموغرافي في الجزائر⁵.

¹ - بن مدخن مريم-بركمال سعاد، الإذن القضائي بزواج القصر، مذكرة ماستر، إشراف: أ. لحضيري وريدة، قسم

القانون الخاص/جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية، (2017م)، ص 29-30.

² - حداد عيسى، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار-الجزائر، (د. ط)، (2006م)، ص 91.

³ - بن مدخن مريم-بركمال سعاد، الإذن القضائي بزواج القصر، المرجع سابق، ص 31.

⁴ - يوسف كهيبة - ولامي ليلي، عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف:

إشراف: أ. مقنانة مبروكة، قسم القانون الخاص / جامعة عبد الرحمان ميرة -بجاية، (2013م)، ص 28.

⁵ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية-الجزائر، ط4(2005م)،

ج1، ص62.

ث- أما قانون الأسرة الحالي فنص في المادة -07- منه على أنها: {تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج}¹، إن الجديد الذي تضمنه القانون المعدل هو أنه سوى بين الذكر والأنثى في سن الزواج، بحيث رفع سن المرأة من 18 سنة إلى 19 سنة بينما خفض سن الرجل من 21 سنة إلى 19 سنة وهذا كله سعياً لتحقيق الانسجام من سنّ الرشد القانوني² المنصوص في مادة 40 من ق.أ.ج.³

2- سلطة القاضي التقديرية في الترخيص بزواج القاصر:

نص المشرع الجزائري في المادة -07- من ق.أ. على أنه: {تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج}⁴، نلاحظ أن المشرع الجزائري منح للقاضي السلطة التقديرية في أن يرخص بالزواج قبل بلوغ هذا السن متى كان ذلك لمصلحة أو ضرورة، لأنه لم يحدّد السنّ الأدنى الذي لا يجوز للقاضي النزول عنه، ولا يمكنه في جميع الأحوال النزول عن سنّ التمييز⁵ والمحدّد بـ 13 سنة⁶، فيمكن له الترخيص بالزواج قبل تمام 19 سنة بصفة استثنائية إذا تطلبت الحاجة لذلك وحسب نص المادة 7-2 { للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة الضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج }⁷، ومسألة الضرورة تحدّد من لدن القاضي لاختلاف الناس في النظر

¹ القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص2.

² لعلام نجاة، الأهلية في الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. الوافي سعيد، قسم العلوم القانونية / جامعة محمد بوضياف - مسيلة (2016م)، ص 31.

³ حيث تنص الم-40- من ق.م.ج: {كل شخص بلغ سن الرشد ومتمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه لكونه كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة} الأمر رقم 75-58، المتضمن ق.م.ج المعدل والمتمم المصدر سابق، ص08.

⁴ القانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ. المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص02.

⁵ سعادي لعلی، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، إشراف: أ. بن ملحّة الغوثي، كلية الحقوق - جامعة الجزائر / بن يوسف بن خدة، (2015م)، ص 63.

⁶ تنص الم -42- من ق.م.ج على أنه: {لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية، من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ سن الرشد}، الأمر رقم 75-58، المتضمن ق.م.ج المعدل والمتمم، المرجع سابق ص9.

⁷ لعلام نجاة، الأهلية في الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، المرجع سابق، ص43.

إليها وعلى هذا فلقاضي السلطة الكاملة في تقدير ذلك، ولعلّ من أمثلة الضرورة ما نصت عليه الم-326-ق-ع فوقها لها: {يجوز تزويج الفتاة المخطوفة إن لم تبلغ الثامنة عشرة من عمرها} ¹.

❖ الفرع الثاني / ولاية القاضي لزواج القاصر:

أولاً- ولاية القاضي لزواج القاصر في الفقه الإسلامي:

الولاية التي تهمنا هي الولاية الإجبارية على القاصر، ففيها لا بد من رضا وليها لإبرام عقد زواجها²، وهي تفويض الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر، كولاية الأب أو الجد أو الوصي على الصغير، وولاية القاضي على القاصر، فمصدر ولاية الأب أو الجد أو القاضي هو الشرع، ومصدر ولاية الوصي إما اختيار الأب أو الجد، أو تعيين القاضي³، وهي تثبت كما اتفق عليها الجمهور للصغير والصغيرة، أما لمن تثبت هذه الولاية فقد اختلفوا فيها قال "الشافعي": يزوّجها الجدّ أبو الأب والأب فقط، وقال "مالك": لا يزوّجها إلا الأب فقط، أو من جعل الأب له ذلك إذا عين الزوج إلا أن يخاف عليها الضيعة والفساد، أما رأي أبي حنيفة: يزوّج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك، ولها الخيار إذا بلغت⁴.

ثانياً- ولاية القاضي لزواج القاصر في القانون الجزائري:

عالجها المشرع الجزائري في الم-11-02 ق.أ.ج التي تنص على ما يلي: بدون الإخلال بأحكام المادة -07- من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا وليّ له⁵، فيتضح من نص هذه الم أن المشرع الجزائري حدّد الأولياء ورتبهم على حسب الآتي⁶:

¹ - عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي أش في ق.أ.ج، المرجع سابق، ص11.
² - خيزاوي ليندة-موسى كاهنة، السلطة التقديرية للقاضي عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارهما، المرجع سابق، ص 16.
³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع سابق، ج4، ص985.
⁴ - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع سابق، ج3، ص17-18.
⁵ - قانون رقم 84-11 متضمن ق.أ.ج، معدل ومتمم، المصدر سابق، ص 03.
⁶ - جرمون آسيا-فرجوج وداد، القرابة في ولاية التزويج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجزائري وبعض التشريعات، مذكرة ماستر، اشراف: د.آيت شاوش دليّة، قسم قانون خاص/ جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، (2015م)، ص 40-41.

1- الأبوة: جعل المشرع الأبوة القرابية الأساسية التي تجعل صاحبها أهلا للقيام بولايته على المولي عليها، لأن الأب يمتاز بالشفقة على الأولاد.

2- الأقارب الأولين: وتشمل كل من الجدّ والأخوة ثم الأعمام، وتكون الولاية للقرابة قوية على القرابة الضعيفة، فيقدم الأب، وبعده الأخ الشقيق على الأخ لأب، ثم العم الشقيق على العم لأب.

3- عند عدم ثبوت وجود الأب أو الجد أو أحد الأقارب الأولين فإن ولي القاصر بشأن تزويجها هو القاضي، باعتباره ولي من لا ولي له، وقد جاء في مادة -13- من ق.أ.ج أنه: {لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه دون موافقتها¹، فلعل ما اختاره المشرع الجزائري في نص هذه المادة هو النظر وتقدير مصلحة القاصر بمنع تزويجها قبل بلوغ السن القانونية.

✓ الخلاصة:

نقول في ختام هذا المطلب، أن الإعفاء من سنّ الأهلية في زواج القاصر جائز شرعا مع ثبوت الولاية في تقييدها مع مراعاة المصلحة والضرورة لذلك، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بعد التعديل، وحدد مراتب الأولياء من الأب ثم الأقربين، وبالتالي فقد نهج رأي الحنفية في ذلك، وإذا عدم وجود أحد هؤلاء فإن القاضي له السلطة التقديرية في ذلك فهو ولي من لا ولي له.

المطلب الثالث: سلطة القاضي التقديرية في تحديد شروط تعدد الزوجات ومنح الإذن

يه

يعتبر الزواج وسيلة سامية للتكاثر واستمرار الحياة لبشرية، ومن أهم المسائل البالغة المتعلقة بالزواج موضع التعدد، فأذن الله سبحانه وتعالى للرجل بتعدد الزوجات ضمن شروط وأحكام معينة، سار عليها القانون الجزائري في مادته -08- من ق.أ.ج، وهنا بحول الله سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: الأول عن حقيقة التعدد من تعريف ومشروعية وحكمه، والثاني في سلطة القاضي التقديرية في شروط تعدد الزوجات ومنح الإذن به في الفقه الإسلامي وتقدير القاضي له في القانون الجزائري.

¹ - القانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ.ج، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 04.

❖ الفرع الأول/ حقيقة التعدد (تعريفه/ مشروعيته/ الحكمة من تشريعه):

أولاً: تعريف التعدد:

1- التعدد لغة: عدد، العدّ: إحصاء الشيء، ويتعدّدون عليه: يزيدون عليه في العدد، وأعدّه لأمر كذا: هيأه له، وعدّة المرأة أيام أقرانها¹.

2- التعدد اصطلاحاً: يشير مفهوم تعدّد الزوجات إلى زواج الرجل من أكثر من زوجة، فمن تزوج اثنتين أو ثلاث أو أربع كان فوق هذا المفهوم معدداً للزوجات.

ثانياً: مشروعية التعدد:

من الكتاب الكريم قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْبَيْتِ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنٍ وَتِلْكَ وَرِجْعٌ﴾ [النساء:03]، ومن السنّة الشريفة قوله صلى الله عليه وسلم: [تَزَوَّجُوا فَإِنِّي مُكَاتِرٌ بِكُمْ الْأَمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ]².

ثالثاً: الحكمة من تشريع التعدد:

لم يشرع في الدين الإسلامي أمر إلا وكان فيه خير للناس، فلكلّ حكم حكم ربانية سامية في كلّ ما فرض من تعاليم وتشريعات، وإن كان نظام وحدة الزوجة هو الأفضل والغالب والأصل، أما التعدد فهو أمر نادر استثنائي، ولم توجهه الشريعة وإنما أباحتها³، وهو من التشريعات التي تنطوي على كثير من المصالح والحكم بالنسبة للفرد سواء الزوج أو الزوجة، أو كلاهما معاً، وبالنسبة للمجتمع عامة، ونذكر الحكمة من تعدد الزوجات فيما يلي:

1- قد تكون المرأة عقيماً، أو بها مرض يحول بينها وبين تحقيق رغبات الزوج، أو أن طباعها لم ينسجم مع طباعه، فيكون من الأفضل والأرحم أن تظل هذه الزوجة في رباط الزوجية، وتعطى فرصة للرجل بالزواج من الثانية⁴، فتتحقق له السعادة بإنجاب الأولاد إن كانت الأولى عقيماً،

¹ ابن منظور، لسان العرب، المصدر سابق، ج3، ص281 - 284.

² رواه البيهقي [أبو بكر، السنن الكبرى، المصدر سابق، كتاب: النكاح (39)، باب: الرغبة في النكاح]، (رقم الحديث: 13457، ج7، ص125).

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع سابق، ج 7، ص 169.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع سابق، ج 7، ص 170.

وقد يزول مرضها مع مرور الزمن إن كانت مريضة، وقد تتحسن طباعها مع الوقت بنضوج العقل إن كان سبب نفوره منها أخلاقها، فتجد في زوجها الأمل.

2- أن الغرض الأول من الزواج هو التوالد، والتناسل يكون أكثر تحققا بتعدد الزوجات¹.

3- حبّ الرجل لامرأة أخرى²، لاسيما في الوقت الحاضر صار الاختلاط بالنساء عادي لكثرتهم، فقد يقضي الرجل في عمله مع زميلته ست ساعات متواصلة على الأقل، بينما قد لا يقضي مثله مع زوجته، ربما لانشغالهما بالأعمال الروتينية بعد الدوام، كالاهتمام بالأولاد والنوم وغير ذلك، في حين قد يسمع من الأخرى منطقا ساحرا، وقد يرى فيها جمالا باهرا، وقد تربطه بها علاقة طيبة، وما إلى ذلك مما يؤدي إلى الوقوع في المحرمات، فيأتي التعدد دافعا للوقوع في مفسدة عظيمة.

4- قوة النشاط الجنسي عند الرجل³، والمرأة عاجزة عن تلبية رغباته أيام الحيض والنفاس، وقد لا يصبر الرجل طيلة هذه المدة، لذا أباحت الشريعة الإسلامية التعدد صيانة للنفس، ويدخل تحت هذا أن يكون الرجل كثير الأسفار، وتكون إقامته في غير بلدته تستغرق في بعض الأحيان شهورا، ويتعسر عليه نقل زوجته والأولاد معه، بحكم دراسة الأولاد وربما عمل المرأة، فيرى أن يتزوج أخرى في تلك البلاد، ويقيم معها إقامة مشروعة في نظر الدين والأخلاق والمجتمع⁴.

5- عودة المطلقة إلى زوجها، فقد يفترق الزوجان ثم يرى الزوج بعد زواجه بأخرى أن يضمّ إلى عصمته زوجته السابقة، بعد أن عفى الزمان على أسباب الخلاف بينهما، أو بدافع رعاية أبنائهما⁵، وتعدّد الزوجات هو الحلّ الاجتماعي الوحيد الذي يبقي الزوجة الجديدة دون فراق ويعيد المطلقة إلى زوجها، ويعيد الأولاد إلى العش الذي كان يجمعهم بوالديهم معا.

¹ - عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي أ. ش في ق.أ.ج، المرجع سابق، ص 18.

² - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، (د. د)، (د. ط) (1392هـ - 1972م)، ص 28.

³ - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، المرجع سابق، ج6، ص 290.

⁴ - الشيخ مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، مكتبة الوراق - المملكة العربية السعودية، ط 7 (1320هـ - 1999م)، ص 81.

⁵ - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، المرجع سابق، ص 28.

6- حسب الإحصاءات ثبت أن موت الرجال أكثر من النساء بسبب الحوادث والحروب، مما يترتب عليه بقاء نسبة الإناث أكثر من نسبة الرجال، ويضاف إلى ذلك أن نسبة مواليد الإناث أكثر من الذكور¹، مما يزيد نسبة العنوسة، حتى يعلم أنه ما من علاج إلا بالتعدد، مع وجود نسبة من الرجال لا يتزوجون البتة بسبب ظروف النفقة وغيرها.

❖ الفرع الثاني/ شروط تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي وتقدير القاضي لها في القانون الجزائري:

أولاً: شروط تعدد الزوجات ومنح الإذن به في الفقه الإسلامي:

أباحت الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات، إلا أنها قيّدت بشروط ذكرها فيما يلي:

1- عدم الزيادة على أربع: لقوله عز وجل: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنِي وَثُلَاثَ وَرُبْعَ﴾ [النساء:03]، قال "القرطبي": اعلم أن هذا العدد: مثنى وثلاث ورباع، لا يدل على إباحة تسع كما قال من بعد فهمه للكتاب والسنة، وأعرض عما كان عليه سلف الأمة، وزعم أن الواو جامعة، والذي صار إلى هذه الجهالة هم الرافضة وبعض أهل الظاهر، فجعلوا مثنى اثنين، وكذلك ثلاث ورباع، وذهب بعض أهل الظاهر إلى الجمع بين ثمان وعشر، وهذا كله جهل بالسنة ومخالفة لإجماع الأمة، إذ لم يسمع عن أحد من الصحابة ولا التابعين أنه جمع في عصمته أكثر من أربع²، وجاءت السنة شارحة ومؤكدة لما نص عليه القرآن، فكان الرجل إذا أسلم مع زوجاته، وكان يجمع أكثر من أربعة أمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يمسك أربعاً ويفارق الباقي، ومن ذلك ما رواه "قيس بن الحارث"³ قال: [أَسْلَمْتُ وَ عِنْدِي ثَمَانِ نُسُوءٍ ، فَأَنْبَيْتُ

¹ أبو عبد الرحمان، فضل تعدد الزوجات، دار المنار- الخرج / السعودية، ط 1 (1411هـ-1991م)، ص 33.

² محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن: تح: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط 1 (1427هـ-2006م)، ج 6، ص 33.

³ ت: قيس بن الحارث بن جدار الأسدي هو الصحابي، ويقال الحارث بن قيس بن الأسود، ويقال ابن عميرة جد قيس بن الربيع، يعد في الكوفيين، وهو الذي أسلم وعنده ثمان نسوة، قتل في معركة اليمامة (12هـ). (الامام ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، دار الكتاب الإسلامي - القاهرة، (د. ط)، (1414هـ - 1993م)، ج 8، ص 386).

النبي { صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: اخْتَرْتُ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا }¹، وقد اتفق العلماء على أن الزيادة على أربع نسوة والجمع بينهما من خصائص النبي صلى الله عليه وسلم.²

2- العدل بين الزوجات: فالعدل الذي هو شرط لإباحة التعدد في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ حَفَمُمْ فَلَا تَمْلُؤُوا فَوْجِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: 03] هو التسوية بين زوجاته في النفقة والكسوة والمبيت ونحو ذلك من الأمور المادية مما يكون في مقدوره واستطاعته، أما العدل غير المستطاع بين الزوجات³، والمشار إليه في قوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ [النساء: 129]، فهو العدل في المحبة وميل القلب.

➤ فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه كان يقسم بين نساؤه فيعدل، ثم يقول: [اللَّهُمَّ هَذَا قَسَمِي فِيمَا أَمْلِكُ، وَلَا تَلْمُنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ]⁴، يعني القلب⁵، ذلك لأن الميول القلبية لا تخضع للتوجيه الإرادي للإنسان، وقد نهى - صلى الله عليه وسلم - عن الميل لإحداهن لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾ [النساء: 129]، وهو الميل التام الذي يتعدى الأمور الظاهرة ويترتب عليه إهمال إحدى الزوجتين إهمالا تاما⁶، فعن أبي هريرة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: [مَنْ كَانَتْ لَهُ إِمْرَأَتَانِ فَمَالَ إِلَى إِحْدَاهُمَا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ مَائِلٌ]⁷.

¹ رواه ابن ماجة، [أبو عبد الله محمد ابن يزيد ابن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، تح: رائد بن صبري ابن أبي علفة، دار الحضارة-الرياض، ط 2 (1436هـ - 2015م)، كتاب: النكاح (09)، باب: الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة (40)]، (رقم الحديث 1952، حسن صحيح، ص 295).

² الإمام محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تح: رائد بن صبري ابن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية - لبنان، (د. ط) (2004م)، ص 1210.

³ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط 1 (1413هـ - 1993م)، ج 6، ص 288.

⁴ رواه البيهقي [أبو بكر، السنن الكبرى، المصدر سابق، كتاب: القسم والنشوز (41)، باب: ما جاء في قوله: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾ (10)]، (رقم الحديث: 14745، ج 7، ص 487).

⁵ الإمام أبي الفداء الحافظ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المرجع سابق، ج 1، ص 510.

⁶ عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية في قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق، ص 16.

⁷ رواه أبو داود [السجستاني، سنن أبو داود، المصدر سابق، كتاب: النكاح (12)، باب: في القسم بين النساء (38)]، (رقم الحديث: 2133، ج 3، ص 469).

3- القدرة على الإنفاق: وهو من أهم الشروط التي يجب أن تتوفر قبل الإقبال على التعدد، وتشمل كل من المأكل والمشرب والملبس والمسكن والحاجيات اللازمة للعيش، ولا يحلّ شرعا الإقدام على الزواج، سواء من واحدة أو من أكثر إلّا بتوافر القدرة على مؤن الزواج وتكاليفه، والاستمرار في أداء النفقة الواجبة للزوجة على الزوج¹، لقوله -صلى الله عليه وسلم-: لِيَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ².

ثانيا: سلطة القاضي التقديرية في شروط تعدد الزوجات ومنح الإذن به في القانون الجزائري:

نص المشرع الجزائري على تعدد الزوجات في نص المادة -08- ق.أ.ج التي تنص على ما يلي: {يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت الشروط ونية العدل ويتم بذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يطلب طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لكان مسكن الزوجية}³، فالمشرع الجزائري إذا أباح التعدد كمبدأ عام، ولكنه قيد الأمر بضرورة توفر شروط معينة معينة وهكذا نستكشف من نص هذه المادة الشروط الواجب توفرها حتى يتمكن من الزواج بأكثر من زوجة واحدة:

1- دور القاضي في تقدير المبرر الشرعي: توفر المبرر الشرعي شرط من الشروط التي يستلزم وجودها لترخيص القاضي بالتعدد وهو حسب مناقشات المجلس الوطني الشرعي وحسب مناشير وزارة العدل يتمثل في مرض الزوجة وعقمها، أو أن تكون مصابة بمرض يجعلها لا تستطيع القيام بواجباتها الزوجية كالعناية بالزوج، وتربية الأولاد خاصة إن كانوا قسرا⁴، ومسألة ومسألة تقدير المبرر الشرعي ليست بالأمر اليسير، لذا وجب على القاضي أن يكون حكيما واسع الأفق لمعرفة الدوافع التي أدت بالزوج إلى الزواج من امرأة ثانية، فقد يكون سببها نزاع عابر بينه وبين زوجته الأولى، وهنا يحاول بحكمته إصلاح ذات البين وتلطيف الأجواء بين

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع سابق، ج 7، ص 168.

² - رواه البخاري [محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، المصدر سابق، كتاب: النكاح (67)، باب: من لم يستطع الباءة فليصم (03)]، (رقم الحديث: 5067، ص 1293).

³ - قانون 84-11 متضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 02.

⁴ - خيزاوي ليندة- موسى كاهنة، السلطة التقديرية للقاضي عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارهما، المرجع سابق، ص 18/ عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي أ.ش في ق.أ.ج، المرجع سابق، ص 19.

الزوجين بدلا من منح الترخيص بالزواج على أساس دوافع واهية، لأن هذا الزواج الأخير والذي لم يكن مبنيا على أسس جدية سيؤدي لا محالة إلى العديد من المشاكل¹، ويجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من وجود المبرر الشرعي، ولا يكفي بالمشافهة أو الإقرار، بل لابد من شهادة طبيب اختصاصي يثبت ذلك، فإن لم توجد رفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية تلقي هذا العقد ولا يرخص به، وبالتالي مصيره البطالان²، غير أن من المبررات ما لا يستطيع القاضي الوصول إلى معرفتها، وذلك أنه قد يستند إلى عوامل شخصية، وقد يكون من الأسرار الزوجية التي لا يطلع عليها غير الزوجين، وعليه فالزوج هو المكلف بإثبات المبرر الشرعي والقاضي هو الذي يكفيه³.

2- شرط العدل وتقدير القاضي له: العدل المطلوب به هنا هو العدل الظاهر الذي يقدر عليه الزوج، وليس هو العدل في المودة والمحبة، فإن ذلك لا يستطيعه أحد، وهذه النقطة أشار إليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة -08-، والذي يقصد بها شرط أن يقوم الزوج بإثبات قدرته على تحقيق العدل من ناحية المادية، كقدرته على النفقة وتوفير المسكن والملبس وغير ذلك من الأمور، كما يتعين على الزوج تقديم الإثباتات اللازمة بذلك كسند الملكية أو عقد الإيجار، أو كشف الراتب أو السجل التجاري وغيرها⁴، فالقاضي يطالب من خلال تحريه عن مريد التعدد بوجود العدل، غير أن الخوف من عدم العدل أمر لا يستطيع القاضي تقديره أو التوصل إلى معرفته، إذ يصعب ذلك لأن مريد التعدد قد يخفي نيته في الجور ويظهر عزمه على العدل، وعلى أي حال لقد ترك القانون تقدير المصلحة للقاضي، ولا ريب أن القاضي العادل التزيه قد يلاقي صعوبة في أول الأمر في التعرف إلى المصلحة المشروعة، إلا أن المشرع إذا كان قد منح القاضي هذه الصلاحية الواسعة، فإنه يجب عليه حتما أن يستغل هذا النص لصالح المجتمع والأفراد، فعلى القاضي أن يحاول ما أمكنه التعرف إلى عقلية طالب

¹ - كريمة محروق، قيود تعدد الزوجات وإشكالاتها قراءة في نصوص القانون واجتهادات المحكمة العليا، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الأخوة منتوري- قسنطينة، العدد 48، (ديسمبر 2017م)، ص 375.

² - مقرن طارق عزيز، إجراءات تنظيم تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية والقوانين الوضعية، مذكرة ماستر، إشراف: أ. بنشوري صالح، قسم الحقوق/ جامعة محمد خيضر - بسكرة، (2015م)، ص 49.

³ - عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية في قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق، ص 19.

⁴ - مقرن طارق عزيز، إجراءات تنظيم تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية والقوانين الوضعية، المرجع سابق، ص 51.

التعدد، وهل له عقل راجح يستطيع معه إدارة زوجتين، فإذا توصل إلى معرفة ذلك سمح له بالتعدد، وإلا رفض طلبه¹.

3- **تقدير القاضي لقدرة الزوج على توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية:** وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري بقوله: {توفير الشروط الضرورية للحياة}² يقصد من ذلك أن الزوج لديه من المال ما يستطيع معه القيام بأعباء الحياة الزوجية وتكاليفها المختلفة من مسكن ومطعم وعلاج وتعليم وغيرها³، وعلى هذا فيجب على مريد التعدد أن يثبت بحجة تقنع القاضي بأن له القدرة المالية الكافية لإعالة أسرته، ويتم هذا الإثبات بشهادة تثبت دخل الزوج، أو حجم الممتلكات العقارية، أو رصيد البنك، وأمر تقدير القدرة الكافية لإعالة أسرته متروك لتقدير القاضي، والذي يمكن له أن يرفض منح الإذن إذا رأى أن هذا الزوج غير قادر ماديا على إعالة أسرته، أو أن هذا الزواج يزيد في إفسار الزوج وشقاء العائلة⁴.

4- **شرط الإعلام وتقدير القاضي له:** نصّت على هذا الشرط المادة 8-2، أي أنه لا يجوز للرجل أن يتزوج على زوجته ولو توفر المبرر الشرعي ونية العدل⁵، إلا بعد أن يكون قد أخبر كلا منهما أو منهم بأنه يريد الزواج⁶، غير أن المشرع لم يبين الطريقة التي يتم بها إخبار الزوجين (السابقة واللاحقة) هل تكون إخبارا شفويا أو بحضور شاهدين هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن الفقرة الأخيرة⁷ من مادة 08 قد علقت رخصة رئيس المحكمة على التأكد من موافقة الزوجين، دون توضيح أيضا الطريقة أو الوسيلة التي يستطيع رئيس المحكمة بواسطتها التأكد من ثبوت إخبار الزوجين⁸.

¹ عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية في قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق، ص 20.

² قانون رقم 84_11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 02.

³ محمد صدراتي، **سلطة القاضي في تقييد تصرفات المكلفين (الأحوال الشخصية أنموذجا)**، رسالة ماجستير، إشراف: د. غنية كيري / قسم الشريعة والقانون - جامعة الجزائر، (2015م)، ص 103.

⁴ عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية في قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق، ص 21.

⁵ عزوز هناء، المرجع نفسه، ص 21.

⁶ محمد صدراتي، سلطة القاضي في تقييد تصرفات المكلفين (الأحوال الشخصية أنموذجا)، المرجع سابق، ص 103.

⁷ تنص على: {...أن يطلب طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لكان مسكن الزوجية}. (قانون رقم

84_11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 02.)

⁸ البشير كوثر، **أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة ماستر، إشراف: أ. بوزيد خالد، قسم القانون الخاص / جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم، (2018م)، ص 40.

5- طلب الترخيص القضائي: يجب على الزوج الذي يرغب في التعدد أن يطلب الترخيص من قاضي الأحوال الشخصية أو رئيس المحكمة، وهذا الأخير لا يقدم ترخيص إلا بحضور الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، فيتأكد القاضي من مدى توفر الشروط السابقة الذكر والمنصوص عليها أعلاه فيرخص به ويعتبر بذلك زواجا صحيحا¹، ويترتب على عدم الحصول على الترخيص المسبق الفسخ قبل الدخول طبقا للمادة 08- والتي نصت على: «يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه»².

✓ الخلاصة:

ونستخلص بعد دراستنا: أن ديننا الحنيف أباح تعدد الزوجات - وإن كان الأصل الاقتصار على زوجة واحدة - لكن قيده بشروط، ووافقه المشرع الجزائري، إلا أن لكل منهما شروط منها ما اتفقا فيها كوجوب العدل والقدرة على الإنفاق، ومنها ما اختلفوا فيها، فمما يعيب القانون الجزائري أنه لم يذكر شرط عدم الزيادة على أربع، بينما قيّد الله عزّ وجلّ عدد الأزواج بأربع إلا فيما اختصّ به النبيّ صلى الله عليه وسلّم، وأضاف المشرع الجزائري ثلاث شروط لمن أراد تعدد الزوجات لم يذكرهما التشريع الإسلامي، تتمثل في إعلام كلا الزوجتين بمراده، وطلب الترخيص القضائي، وأيضا وجود مبرر شرعي يقتضي التعدد وهو الذي ذكره الفقه على أنّه من حكم تشريع التعدد .

➤ و ربما مما يراه الأزواج في وقتنا الحاضر من التعدد هو الاستمتاع بزوجة جديدة، بعدما كبرت المسؤولية للزوجة الأولى من تربية الأولاد وما إلى ذلك، ولا نعني بذلك من اقتضت له الضرورة بإضافة زوجة أخرى، وإنما نعني من أراد الزواج للاستمتاع فقط، فليعلم أن دوام الحال من المحال، وأن هذه الجديدة ستنشغل أيضا كما انشغلت التي قبلها، وسيبحث عن أخرى وأخرى حتى يصل للحدّ الأقصى، ثم يرى فكاف الرابطة بين أولاده وشتات عائلته وربما انفصاله عن إحدى زوجاته لعدم تقبلها للأمر وما إلى ذلك من صعوبة الأمر، فمن الأفضل ألا يعزم على ذلك إلا للضرورة.

¹ خبزوي ليندة - موسى كاهنة، السلطة التقديرية للقاضي عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وأثارهما، المرجع سابق، ص19.

² عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية في قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق، ص 22.

المبحث الثاني: سلطة القاضي التقديرية في انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه

الإسلامي والقانون الجزائري

الأصل في الزواج التأييد والاستمرار، إذ أنّ العلاقة الزوجية تستمر بين الزوجين إلى وفاة أحدهما أو كليهما، غير أنه يمكن أن تنتهي إذا عدت المحبة بين الزوجين، وحلت محلها الكراهة، وكثرت المشاكل، وكثر الخلاف، وظهرت العيوب من الزوجين أو أحدهما، فإن الله عزّ وجلّ جعل للخروج من ذلك سبيلا ومخرجا، ورخص في علاج يريح الطرفين، فإن كان ذلك من قبل الزوج فقد جعل الله بيده الطلاق، وإن كان من قبل الزوجة فقد أباح لها طلب الخلع، وقد جعل المشرع الجزائري القاضي رقيبا على انحلال الرابطة الزوجية ومنحه سلطة تقديرية في الإصلاح بين الزوجين قبل الحكم بالطلاق، وسنحاول في هذا المبحث تسليط الضوء على سلطة القاضي في إنهاء الرابطة الزوجية وفق ثلاثة مطالب:

- **المطلب الأول:** سلطة القاضي التقديرية في النشوز.
- **المطلب الثاني:** سلطة القاضي التقديرية في الطلاق والخلع.
- **المطلب الثالث:** سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق.

المطلب الأول: سلطة القاضي التقديرية في النشوز

قبل الخوض في الكلام عن الطلاق والخلع وجب التوقف عند المرحلة التي تسبق كليهما، ألا وهي مرحلة ظهور التنافر بين الزوجين، وهو ما يعرف بالنشوز، وسنتطرق لذلك من خلال فرعين: الفرع الأول في تعريف النشوز، والفرع الثاني: النشوز في الفقه الإسلامي وتقدير القاضي له في القانون الجزائري، على النحو التالي:

❖ الفرع الأول / تعريف النشوز:

أولاً- النشوز لغة: النَّشْرُ والنَّشْرُ: ما ارتفع عن الوادي إلى الأرض، ونشز الرجل في مجلسه: ارتفع قليلاً، ونَشَرَت المرأة بزوجها وعن زوجها، تَنَشَّرُ وتَنَشِّرُ نُشُوزًا استعصت على زوجها، وارتفعت عليه، وأبغضته، ونَشَرَ بعلها عليها، يَنْشُرُ نُشُوزًا: ضربها وجافاها وأضرَّ بها¹.

• والنشوز في القرآن على ثلاثة أوجه² :

1. عصيان المرأة زوجها، ومنه قوله تعالى: ﴿وَالنِّعْمَ تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾ [النساء: 34].

2. ميل الرجل عن امرأته إلى غيرها، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ إِمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاصًا﴾ [النساء: 128].

3. الارتفاع، ومنه قول العزيز: ﴿وَإِذَا قِيلَ انشُرُوا فَانشُرُوا﴾ [المجادلة: 11].

ثانياً-تعريف النشوز شرعاً: ترقع المرأة وسوء عشرتها وعصيائها لزوجها فيما يجب له عليها من حقوق بغير عذر شرعي³.

¹ - الزبيدي، تاج العروس، المصدر سابق، ج 15، ص 353 - 354.

² - ابن الجوزي جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمان، نزهة الأعين النواظر في علم الوجوه والنظائر، تح: محمد عبد الكريم كاظم، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط1 (1404هـ - 1984م)، ص 585.

³ - معتصم عبد الرحمان محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، إشراف: د. حسن سعد عوض خضر، كلية الدراسات العليا للفقه والتشريع / جامعة النجاح الوطنية - فلسطين، (2007م)، ص

ثالثاً- تعريف النشوز في القانون الجزائري: لم يتطرق المشرع الجزائري في ق.أ لتعريف النشوز ولم يحدد حالاته بل ترك أمره للقاضي الذي يحيل الدراسة لأحكام الشريعة الإسلامية¹، هذا وفق نص الم -222- من ق.أ.ج التي تنص: لكل ما لم يرد النص عليه في القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية².

❖ الفرع الثاني/ النشوز في الفقه الإسلامي وتقدير القاضي له في القانون الجزائري:

أولاً- النشوز في الفقه الإسلامي:

النشوز في الشريعة الإسلامية محرم لما فيه من ظلم وعصيان ومنع للحقوق، والنشوز يكون من الزوجة بمعصية زوجها فيما يجب عليها، ويكون من الزوج إذا منعها حقها وما يجب لها³، وهو لا يأتي صدفة، إنما هو وليد ظروف كثيرة، ربما يرجع إلى تحكيم العاطفة في الاختيار، كأن يتزوجها لمالها أو جمالها متجاهلاً قيمة الدين والخلق، أو يكون بدافع عدم إدراك كلا الزوجين لطبيعة الآخر، أو لسوء طبع الزوج أو الزوجة، كالعناد والكبرياء، وربما عدم التكافؤ بين الزوجين سواء من الناحية الاجتماعية أو الثقافية أو الاقتصادية، وأكثر شيء قد يؤدي إلى النشوز بين الزوجين هو الجهل بالحقوق والواجبات.

➤ وللنشوز أمارات: تكون إما بالفعل كامتناع الزوجة من تمكين زوجها منها بغير عذر شرعي، وخرجها من البيت دون إذنه، وإما بالقول كأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان باللين⁴، وما إلى ذلك من تصرفات العصيان، وبعد ظهور أمارات النشوز يُشرع للزوج تأديب زوجته⁵، شرط

¹ - معطى سهام، النشوز، مذكرة ماستر، إشراف د. سعيدي بن يحيى، قسم العلوم والقانون والإدارة / جامعة د. الطاهر مولاي- سعيدة، (2016م)، ص 28.

² - قانون 48-11، متضمن ق.أ.ج، معدل ومتمم، المصدر سابق، ص 23.

³ - محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، دار أصدقاء المجتمع - المملكة العربية السعودية، ط11 (1431هـ - 2010م)، ص 830.

⁴ - تملولت سلوى-بوزورين سعيدة، نشوز الزوجة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، مذكرة ماستر، إشراف: د. تريكي فريد، قسم القانون الخاص/جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، (2015م)، ص 21 - 26.

⁵ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع سابق، ج7، ص 338.

اتباع ترتيب الآية الكريمة التي تتمثل في قوله تعالى: ﴿وَالنِّسَاءُ نَجَافُونَ نُسُوزَهُنَّ فَعُظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء: 34]، فيكون التأديب على مراحل:

1- المرحلة الأولى: **الوعظ والإرشاد**: فقوله ﴿فَعُظُوهُنَّ﴾، أي ذكروهن بما أوجب الله عليهن من حسن الصحبة وجميل العشرة للزوج، والاعتراف بالدرجة التي له عليها¹، والذي يبين عظمة مكانة الزوج قوله صلى الله عليه وسلم: [إِنِّي لَوْ كُنْتُ أَمْرًا أَحَدًا أَنْ يَسْجُدَ لِغَيْرِ اللَّهِ، لَأَمَرْتُ الْمَرْأَةَ أَنْ تَسْجُدَ لِزَوْجِهَا]².

2- المرحلة الثانية: **الهجر في المضجع**: المقصود بالهجر أن يضاجعها في فراش واحد ويوليها ظهره ولا يجامعها، لأنه الأقرب لتحقيق الهدف والغاية من استخدام هذه الوسيلة، فإن هجر الفراش أو الحجرة أو البيت زيادة الجفوة بينهما وهذا لا يعد حلاً³.

- وللعلماء في أقصى مدة الهجر قولان: الأول: أن مدة الهجر شهر وله أن يزيد إلى أربعة أشهر، وهو مذهب المالكية، والثاني وهو **الراجح**: له أن يهجرها ما شاء حتى ترجع، وهو مذهب الجمهور-الحنفية والشافعية والحنابلة- واستدلوا أن آية الهجر مطلقة غير مقيدة بمدّة، والأصل بقاء المطلق على إطلاقه حتى يرد دليل على تقييده⁴.

3- المرحلة الثالثة: **الضرب**: ولا تضرب الزوجة لأول نشوزها، فإذا لم ترتدع بالوعظ والهجر فله ضربها، وللضرب شروط أهمها ألا يكون مبرحاً، أي غير شديد، وهو الذي لا يكسر عظما ولا يشين جارحة، كاللكزة ونحوها، وأن لا يضرب الوجه ولا يقبح لقوله صلى الله عليه وسلم في حق الزوجة على زوجها، قال: [أَنْ تُطْعِمَهَا إِذَا طَعِمْتَ، وَتَكْسُوَهَا إِذَا اكْتَسَيْتَ، وَلَا تُضْرِبَ الْوَجْهَ، وَلَا تُقَبِّحْ، وَلَا تَهْجُرْ إِلَّا فِي الْبَيْتِ]⁵، وعليه أن يجتنب المواضع المخوفة، ولا يضرب

¹ - التواتي بن التواتي، **المبسوط في الفقه المالكي بالأدلة**، دار الوعي- الجزائر، ط2 (1431هـ-2010م)، ج4، ص349.

² - رواه ابن ماجه [محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، المصدر سابق، باب: حق الزوج على المرأة (04)]، (رقم الحديث: 1853 ج3، ص59).

³ - معتصم عبد الرحمن، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، المرجع سابق، ص117 - 123.

⁴ - أبو مالك كمال بن السيد سالم، **صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة**، المكتبة التوفيقية - القاهرة، ط1 (2003م)، ج3، ص225.

⁵ - رواه أبو داود [سليمان بن الأشعث، سنن أبو داود، المصدر سابق، كتاب النكاح (01)]، باب: في حق المرأة على زوجها (41)]، (رقم الحديث: 2142، ج3، ص476).

في مكان واحد، لأن المقصود هو التأديب لا الإلتلاف، وآخر الشروط أن يتوقف عن ضربها متى حصل المراد، وإلا أصبح عدوانا وظلما¹، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء : 34]، أي إذا أطاعت المرأة زوجها في جميع ما يريده منها، مما أباحه الله منها، فلا سبيل له عليها بعد ذلك، وليس له ضربها ولا هجرانها، وقوله: ﴿إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ تهديد للرجال إذا بغوا على النساء من غير سبب، فإن الله العليّ الكبير وليهنّ، وهو المنتقم ممّن ظلمهنّ وبغى عليهنّ².

أمّا إذا كان العدوان والتقصير من الزوج، بأن كان يؤذي زوجته ويضربها من غير ذنب، أو يقصر في شيء من حقوقها زجره القاضي عن ذلك، وجبره على العدل والوفاء بحقها، وإذا ثبت تعدّيه، وأرادت البقاء معه وعظه القاضي، فإن لم يفد الوعظ، أمرها بهجره، فإن لم يفد ضربه وأدبه³.

4- المرحلة الرابعة: طلب إرسال الحكّمين: ذكر عند نشوز المرأة أن الزوج يعظها ثم يهجرها ثم يضربها، لكن أحيانا يسوء الحال بين الزوجين، وتكثر الشكوى من الجانبين، ولا بيّنة مع واحد منهما تشهد على صحة دعواه، ولم يبق بعد الضرب إلا المحاكمة إلى من ينصف المظلوم من الظالم، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء:35]، فعلى القاضي أن يعين حكّمين للنظر في أمرهما - ويشترط في الحكّمين أن يكونا مسلمين، حرين، ذكّرين، مكلفين، عدلين، فقيهين، عالمين بالجمع والتفريق -⁴ حكم من أهل الزوج وآخر من أقارب الزوجة، فإن لم يوجد من الأهل عين القاضي لهما أجنبين، فيهدف الحكّمان أول ما يهدفان إلى الصلح، فإن عجزا عن الإصلاح جاز لهما إيقاع الطلاق والتفريق بين الزوجين⁵.

¹ - السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي - بيروت، ط3(1397هـ - 1977م)، ج2، ص 207 - 20 / معنصم عبد الرحمان محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 137 - 142.

² - ابن كثير، تفسير بن كثير، المصدر سابق، ج1، ص 446.

³ - الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع سابق، ج 2، ص 658.

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع سابق، ج7، ص 340.

⁵ - التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، المرجع سابق، ج4، ص353 / الغرياني، مدونة الفقه المالكي،

المرجع سابق، ج2، ص 659.

ثانيا- السلطة التقديرية للقاضي في النشوز في القانون الجزائري:

النشوز قد يكون من الزوج كما قد يكون من الزوجة، واكتفى المشرع الجزائري بذكره كسبب من أسباب الطلاق¹، حيث تنص الم -55- من ق.أ.ج على ما يلي: {عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر}²، فإذا كان النشوز من الزوج وألحق ضررا لزوجته، فيكون بذلك الضرر ملزم الطلاق والتعويض، ويكون للقاضي السلطة التقديرية في تحديد حالات النشوز وتكييف التصرف أنه نشوز أم لا، كما له سلطة تقديرية في تحديد الطرف الناشز وتقدير التعويض للطرف المتضرر، فيكون للقاضي تلك السلطة بموجب دعوى الأطراف التي يرفعها إليه، وذلك بموجب دعوى النشوز وللقاضي تقدير النشوز من عدمه، فإن ثبت النشوز، حكم القاضي بالطلاق والتعويض³، وإذا رفع الزوج دعوى الطلاق لنشوز الزوجة، عمل القاضي بإجراءات الصلح والتحكيم، وهي من الإجراءات الأولية في قضايا الأحوال الشخصية، التي يجب على القاضي القيام بها بصفة إجبارية قبل النطق بالطلاق، لحل الخلافات الزوجية ولمعالجة المشكلات الأسرية، ورفع الضرر ودفع أسباب النشوز نتيجة لما قد يحصل بين الزوجين من النشوز أو الشقاق، حيث أوجب المشرع الجزائري للقاضي قبل الفصل في النزاع والنطق بالحكم الفاصل في الطلاق القيام بإجراء إجباري يتضمن:

1- **الصلح:** فالمشرع الجزائري في القانون المدني وهذا في الم -459- عرفه بقوله: {الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما، أو يتوقيان نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه}⁴، إذ أن الصلح لا يتضمن التنازل عن الحق كله، وإنما يتنازل كل من الطرفين عن جزء مما يدعيه في مقابل التصالح، ولذا فينبغي أن تعاد صياغة الم -459- على النحو التالي: {الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما، أو يتوقيان نزاعا محتملا و ذلك بأن يتنازل

¹ - خبزوي ليندة - موسى كاهنة، السلطة التقديرية للقاضي عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارهما، المرجع سابق، ص 24.

² - قانون 48-11، متضمن ق.أ.ج، معدل ومتمم، المصدر سابق، ص 09.

³ - خبزوي ليندة - موسى كاهنة، المرجع السابق، ص 24-25.

⁴ - الأمر رقم 75-58، المتضمن ق.م.ج المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 في 20 يونيو 2005، المصدر سابق، ص 72.

كل منها على وجه التبادل عن جزء من حقه¹، ثم نصت الم-462- أيضا على أن: {الصلح ينهي النزاعات التي يتناولها}، وبالرجوع إلى ق.أ.ج نجد أن المشرع تناول الصلح مباشرة ولم يعط له تعريفا بقوله في الم-49- منه: {لا يثبت الطلاق إلا بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى²، وإذا رفع الزوج دعوى طلاق لنشوز الزوجة يجري القاضي طبقا لأحكام الم-49- فإجراء الصلح هو أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج للتراجع عن طلبه في الطلاق، فهو إجراء إجباري يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق، بحيث إذا لم يتم هذا الإجراء فإن الحكم الصادر بالطلاق يكون باطلا³، ومن هنا تظهر سياسة المشرع الجزائري القائمة على أساس تقييد حرية الزوج في الطلاق، بوضع مجموعة من القيود أمامه، كعدم الاعتداد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء، ولا يتم إلا بعد إجراء محاولة الصلح، ومرور فترة زمنية معينة عليها⁴.

2- **التحكيم:** تنص الم-56- من ق.أ.ج: {إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما⁵، يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين⁶، كما أنه أشار إليها في ق.إ.م.إ. في المواد التالية: الم-446-: {إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة⁷} والم-447-: {يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة⁸} والم

¹ يحياوي نادية، الصلح وسيلة لتسوية نزاعات العمل وفقا للتشريع الجزائري، رسالة ماجستير، إشراف: د. معاشم نبالي فطة، قسم قانون المسؤولية المهنية/ جامعة مولود معمري - تيزي وزو، (2013م)، ص 18-19.

² نذير شطوح، الصلح بين الزوجين في الشريعة والقانون الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. خلف الله ميلود، قسم الحقوق / جامعة محمد خيضر - بسكرة، (2017م)، ص 11.

³ كباب سميرة - مومن الحاج، الطلاق التعسفي في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. بن شويخ رشيد، قسم الحقوق / جامعة الجليلي بونعامة - خميس مليانة، (2015م)، ص 42.

⁴ معطى سهام، النشوز، المرجع سابق، ص 66.

⁵ القانون رقم 84-11، متضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 09.

⁶ تملولت سلوى-بوزورين سعيدة، نشوز الزوجة دراسة مقارنة، المرجع سابق، ص 51.

⁷ الأمر رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الصادرة في 23 أبريل سنة 2008م، ص 46.

⁸ المرجع نفسه، ص 46.

-448- { إذا تم الصلح من طرف الحكّمين ، يثبت ذلك في محضر يصادق عليه بموجب أمر غير قابل لأي طعن }¹، وفي حالة تم الخصام ولم يفلح القاضي في الصلح فله أن يتبع الم -449-: [يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكّمين تلقائيا إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة]²، من خلال هذا النص الأخير فالقانون يعطي للقاضي صلاحيات إنهاء مهام الحكّمين متى تراءى له أن تنفيذ مهمة الصلح الموكلة إليهما أصبحت غير ممكنة لأي سبب كان، وتبعاً لذلك كان له إعادة القضية إلى الجلسة لمتابعة إجراءات الخصومة بصفة عادية³.

✓ الخلاصة:

ونستخلص ممّا مضى أنّ أحكام النشوز في الفقه الإسلامي أوسع ممّا هي عليه في ق.ج، إذ اقتصر هذا الأخير على إجراء الصلح، فإن لم يتمّ أرسل القاضي حكّمين، إمّا أن تنتهي القضية بالصلح أو ينهي القاضي مهام الحكّمين إذا اشتدّ الخصام، وإعادة القضية إلى الجلسة لمتابعة إجراءات الخصومة بصفة عادية، أما الفقه الإسلامي فقد جعل لمعالجة النشوز مراحل، تبدأ بالوعظ ثمّ الهجر ثمّ الضرب ومن ثمّ إرسال الحكّمين، إمّا أن يتمّ الإصلاح فيها ونعمت، وإمّا أن يشتدّ الخصام فللحكّمين سلطة التفريق بينهما على عكس القانون.

المطلب الثاني: سلطة القاضي التقديرية في الطلاق والخلع:

سنتطرّق في هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول في سلطة القاضي في الطلاق، سندرس فيه بحول الله حقيقة الطلاق من تعريف ومشروعية وحكم، ثم نورد قيود إيقاع الطلاق في الشريعة الإسلامية، ثمّ سلطة القاضي التقديرية في الطلاق التعسفي، وخصّصنا الفرع الثاني للخلع، فبدأنا بحقيقة الخلع، من تعريف ومشروعية وحكم وأركان وشروط، ثمّ أوردنا موقف الفقه الإسلامي من مسألة إجبار الزوج على الخلع، وكذا سلطة القاضي في إجباره.

¹ - الأمر رقم 08-09 ، يتضمن ق.إ.م.إ، المرجع سابق، ص 46.

² - المرجع نفسه، ص 46.

³ - لقبال تسعديت، لخبث سهام، الصلح والتحكيم في قضايا الطلاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، مذكرة ماستر، إشراف: د. تريكي فريد، قسم القانون الخاص/جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية، (2016م)، ص 88.

❖ الفرع الأول/ سلطة القاضي التقديرية في الطلاق:

أولاً- الطلاق في الفقه الإسلامي:

1- تعريف الطلاق:

أ- الطلاق لغة: مصدر طَلَّقَ يطلق، والَطَّلَقَ: وجع الولادة، وطلاق المرأة بينونتها عن زوجها¹، ورجل مطلق ومطلق: كثير التطلق للنساء².

ب- الطلاق شرعاً: حل قيد النكاح المنعقد بين الزوجين بألفاظ مخصوصة³.

ت- الطلاق في قانون الأسرة الجزائري: لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الطلاق واكتفى فقط بذكره كصورة من صور فك الرابطة الزوجية وذلك من خلال الم-48- من ق.أ: ليحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ماورد في المادتين -53- و-54- من هذا القانون⁴.

2- حكمة الطلاق ومشروعيته:

أ- مشروعية الطلاق:

قد يتعذر استمرار الحياة الزوجية لسبب من الأسباب، كأن يكون استمرار النكاح يوقع أحد الزوجين في الحرام، مثل الإضرار بأحدهما أو التقصير في حقه بسبب عيب خلقي أو خلقي، أو لعدم انسجام في الطباع يكون به استمرار النكاح نوعاً من العنت والشقاء يناقض المودة والرحمة التي شرع من أجلها الزواج، لذا شرع الله الطلاق رحمة للزوجين، وقد دل القرآن والسنة والإجماع والمعقول على مشروعيته، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229].

¹-إبتسام محاتفي، الطلاق وإشكالاته في ق.أ.ج، إشراف: د. نجيمة رحمانى، مذكرة ماستر، قسم الحقوق/ جامعة محمد بوضياف-المسيلة، (2017م)، ص07

²- ابن منظور، لسان العرب، المرجع سابق، ج 10، ص 226/ جبران مسعود، الرائد، دار العلم للملايين - بيروت، ط 7 (1992م)، (ط ل ق)، ص 523/ إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، المرجع سابق، (ط ل ق)، ص 564.

³- الغرياني، المدونة، المرجع سابق، ج2، ص 663 / وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص 356.

⁴- القانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المرجع سابق، ص08.

وقوله: ﴿يَأْتِيهَا النَّحْيُ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ [الطلاق: 01]، أما من السنة قوله صلى الله عليه وسلم: [أَبْغَضُ الْحَالِلِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الطَّلَاق]¹، وقد أجمع المسلمون على مشروعية الطلاق²، ومن المعقول أنه إذا فسدت الحل بين الزوجين يصير بقاء النكاح مفسدة محضة، وضررا مجردا، بإلزام الزوج النفقة والسكنى، وحبس المرأة مع سوء العشرة، والخصومة الدائمة من غير فائدة، فافتضى ذلك الشرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه³.

ب- حكم الطلاق⁴: يتغير حكمه بتغير الأحوال، إذ تسري عليه الأحكام التالية:

- يكون واجبا إذا كان بقاء الزوجة في العصمة يوقع الزوج في المحذور، كالإضرار بها، أو النفقة عليها من الحرام، وأيضا إذا فسدت المرأة فسادا بينا يضيع معه الدين.
- يكون مكروها عند عدم الحاجة إليه، مع استقامة الزوجين.
- يكون مباحا عند الحاجة إليه، بوجود سبب صحيح يببره، كسوء الخلق والعشرة وتضرره منها.
- يكون مندوبا عند تفریط المرأة في حقوق الله تعالى الواجبة عليها، كترك الصلاة، وترك الاغتسال من الجنابة، ولم يقدر الزوج على إجبارها، أو إذا كانت غير عفيفة، ذلك لأن إصرارها على المعاصي يدخل عليه نقصا في دينه ويشين عرضه.

3- قيود إيقاع الطلاق:

جعلت الشريعة الإسلامية قيودا لإيقاع الطلاق، وذلك لرغبة الإسلام في استدامة الحياة الزوجية بين الزوجين، وكراهة الفرقة بينهما، ومن أجل تقليل فرص هدم البيوت ومنع التسرع، وتشتيت الأسر

¹ - رواه أبو داود [سليمان بن الأشعث، سنن أبو داود، كتاب: الطلاق (13)، باب: في كراهية الطلاق]، (رقم الحديث: 2178 / ضعيف، ص 225).

² - الغرياني، مدونة الفقه المالكي، المرجع سابق، ج2، ص663.

³ - كمال بن السيد سالم، المرجع سابق، ج3، ص 233 / وهبة الزحيلي، المرجع سابق، ج7، ص 357.

⁴ - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط2 (1357هـ - 1938م)، ص 147 / عمرو عبد المنعم سليم، الجامع في أحكام الطلاق وفقهه وأدلته، دار الضياء (د. م)، (د. ط)، (د. ت)، ص 17 / الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج2، ص 664 - 665 / وهبة الزحيلي، المرجع سابق، ج7، ص 362 - 363 / كمال بن السيد سالم، المرجع سابق، ج3، ص 234 / التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ج4، ص 178 - 179.

بالطلاق الذي يعصف بأفراد الأسرة جميعا، فإذا توافرت تلك القيود في الطلاق، وقع موافقا لأحكام الشريعة، ولا إثم فيه، وتتمثل تلك القيود فيما يلي:

أ- أن يكون الطلاق حاجة مقبولة شرعا وعرفا: فالأصل فيه الكراهة، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: [إِنَّ إِبْلِسَ يَصْعَعُ عَرْشَهُ عَلَى الْمَاءِ، ثُمَّ يَبْعَثُ سَرَايَاهُ، فَأَدْنَاهُمْ مِنْهُ مَنْزِلَةً أَعْظَمُهُمْ فِتْنَةً، يَجِيءُ أَحَدَهُمْ فَيَقُولُ: فَعَلْتُ كَذَا وَكَذَا، فَيَقُولُ: مَا صَنَعْتَ شَيْئًا، قَالَ: ثُمَّ يَجِيءُ أَحَدُهُمْ فَيَقُولُ: مَا تَرَكْتُهُ حَتَّى فَرَقْتُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ، قَالَ: فَيُدْنِيهِ مِنْهُ وَيَقُولُ: نَعَمْ أَنْتَ]،¹ فالأولى عدم ارتكابه لما فيه من قطع الألفة²، بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه، والإباحة للحاجة إلى الخلاص، فإذا كان بلا سبب أصلا لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص، بل يكون حماقة، وسفاهة رأي، ومجرد كفران نعمة³.

ب- أن يكون الطلاق سنيا لا بدعيا: وطلاق السنة هو الواقع على الوجه الذي أباح الشرع إيقاعه عليه، والبدعي نقيضه، وهو الواقع على الوجه الذي منع الشرع إيقاعه عليه⁴، فالسنني أن يكون الطلاق في طهر لم يمسه في بعد غسلها أو تيممها، وإلا كان حراما⁵، والدليل على هذا القيد أنّ "عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل "عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال: [مُرُهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهَرَ، ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهَرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمْسَ، فَمِثْلُكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ]⁶، وهذا دليل على أن الطلاق يكون حال طهر لم يجامعها فيه.

¹ رواه مسلم [ابن الحجاج، صحيح مسلم، المصدر سابق، كتاب: صفة القيامة والجنة والنار، باب: تحريش الشيطان، وبعث سراياه لفتنة الناس، وأن مع كل إنسان قرينا (16)]، (رقم الحديث: 2813، ص 1294).

² الصاوي أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف (د.م)، (د.ط)، (د.ت)، ج2، ص 535.

³ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المرجع سابق، ج4، ص 429.

⁴ ابن شاس محمد جلال الدين عبد الله بن نجم، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تح: حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1 (1423هـ - 2003م)، ج2، ص 507.

⁵ المواق محمد بن يوسف أبو عبد الله، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1 (1416هـ - 1994م)، ج5، ص 302 / وهبة الزحيلي، المرجع سابق، ج7، ص 402.

⁶ رواه البخاري [محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، المصدر سابق، كتاب: الطلاق (68)، باب: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ (01)]، (رقم الحديث 5251، ص 1338).

ت- أن يوقع الرجل الطلاق على زوجته مفرقا، وليس في جلسة واحدة: اتفق الفقهاء على أن الطلاق المشروع هو الواقع بالترتيب مفرقا، الواحد بعد الآخر، لا بإيقاع الثلاث دفعة واحدة، لظاهر قوله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقُ مَرَّتَيْنِ﴾ [البقرة: 229]، إلى قوله في الثالثة: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا مَحْلَ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 230]، والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا ثلاث¹، فإذا جمع الرجل الطلقات الثلاث بكلمة واحدة، أو بألفاظ متفرقة في طهر واحد يكون بدعيا².

ثانيا- سلطة القاضي التقديرية في الطلاق التعسفي في القانون الجزائري:

يجوز أن يطلق الزوج زوجته بإرادته المنفردة شرط أن تكون هناك أسباب ومبررات شرعية وقانونية، وإلا فقد يكون الزوج قد تعسف³ في استعمال حقه في الطلاق⁴، وهذا ما نصت عليه الم-52- من ق.أ.ج التي جاء فيها ما يلي: {إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها⁵، وسمي الطلاق تعسفيا لأن الزوج صاحب الصلاحية في إيقاع إيقاع الطلاق وقد استخدم صلاحيته على خلاف مقصد الشارع من إيقاع الطلاق وإنهاء الرابطة الزوجية عند وجود سبب يبرر إنهاءها، فلا يجوز استخدام الطلاق كوسيلة لإيذاء الزوجة⁶، ويتضح ويتضح من خلال نص الم السابقة أن المشرع الجزائري أوجب التعويض عن الطلاق التعسفي لتوافر شرطين:

1- أن يتبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق.

2- أن يتحقق القاضي من الضرر اللاحق بالمطلقة⁷.

¹ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع سابق، ج 3، ص 119.

² وهبة الزحيلي، المرجع سابق، ج7، ص 406.

³ ويقصد بالتعسف: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا (جميل فخري، جميل ناجم، التدابير

الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، (د.ط) (د.ت)، ص413)

⁴ صالحى هاجر، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الطلاق، مذكرة ليسانس، اشراف: أ.

صالحى سمية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح -ورقلة- (2013-2014م)، ص 06.

⁵ قانون رقم 84-11، يتضمن قانون أسرة جزائري، معدل متمم، المصدر سابق، ص 08.

⁶ كباب سميرة، مومن الحاج، الطلاق التعسفي في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، اشراف: أ. بن شويخ رشيد،

جامعة الجبالي بونعامة -خميس مليانة- (2015م)، ص 08.

⁷ عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي أ.ش في ق.أ.ج، المرجع سابق، ص 38.

➤ كما نصت الم -124- مكرر من ق.أ.ج على: {يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة¹، فطلاق الزوج لزوجته من دون سبب مشروع ولا معقول، وأنّ الزوجة بذلك سيصيبها ضرر جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسّفه وفقا لسلطته التقديرية بعوض عادل، ولا تستحق الزوجة المطلقة التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق²، وقد قضت المحكمة العليا في 1986/01/27 أنه: {من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح الزوج مقابل الضرر الناتج بها من الطلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزءا من المسؤولية فيه، ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه قضى كذلك، استوجب النقص جزئيا فيما يخص المتعة³، فالقضاء بالتعويض وفقا لاجتهاد المحكمة العليا يستلزم إذا تحمل الزوج كافة المسؤولية، أي أن دوافع الطلاق كانت كلها من جانبه، فإذا كان جانب من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض، فالضرر وفقا لهذا القرار الثابت إذا كان الطلاق غير مبرر، ولا داعي لإثبات الزوجة تضررها من هذا الطلاق⁴، فالعلاج الذي قدمه الشرع لهذا التعسف هو المتعة التي تعطى للمطلقة جبرا لخاطرها، مما حلّ بها من حزن وأسى جراء الطلاق الذي أوقعه الزوج كحق له متعسفا فيه.⁵

➤ أمّا بالنسبة لتقدير وتحديد قيمة التعويض في حالة الطلاق التعسفي فإنّ المشرع الجزائري لم يتطرق لذلك من خلال أحكام ق.أ.ج إذا استقر المشرع على مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، ولكن لم يحدد قيمة هذا التعويض، ولم يحدد حتى أدنى أو أقصى قيمة له، وأجاز المشرع الجزائري سلطة تقديرية لقاضي شؤون الأسرة لتحديد قيمة التعويض، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2006/07/1 بأنه: {تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي

¹ - الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، المرجع سابق، ص 22.

² - خبزواوي ليندة، موسى كاهنة، السلطة التقديرية للقاضي عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارهما، المرجع سابق، ص 25.

³ - المحكمة العليا غ.أ.ش، قرار بتاريخ: 1986/01/27 / ملف رقم 39731، م.ق، عدد 04، 1993، ص 61.

⁴ - قويدري محمد، سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية، المرجع سابق، ص 52.

⁵ - المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة-الجزائر، (د.ط.)، (2010م)، ص 224.

يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم¹، وعليه فالقاضي يملك سلطة تقديرية في مبلغ التعويض لأن المشرع لم يحدده بنص خاص ورغم السلطة المطلقة للقاضي فإنه يجوز له أن يقدر التعويض بمبالغ غير مُبالغ فيها ترهق الزوج ويعجز عن أدائها².

✓ الخلاصة:

وحوصلة ما مضى أن الشريعة الإسلامية قيّدت الطلاق بثلاث قيود، اتفق معها المشرع الجزائري في القيد الأول، وهو أن يكون الطلاق لحاجة مقبولة شرعا وعرفا، وأضافت الشريعة الإسلامية على ذلك قيدين مهمين لم يلق لهما المشرع الجزائري بالأ، ألا وهما أن يطلقها في طهر لم يمسه فيها، وأن يكون الطلاق مفرقا، إذ أنه لم يضيف هذه الأحكام الشرعية إلى مواده وقراراته، واهتم بجانب التعويض للزوجة إن كان الطلاق تعسفا وثبت أنه بلا سبب، في حين أنه لا يوجد حكم كهذا في الفقه الإسلامي.

❖ الفرع الثاني/ سلطة القاضي التقديرية في الخلع

أولاً- حقيقة الخلع:

1. تعريف الخلع:

أ- الخلع لغة: خلع الشيء: نزع، وتخالع القوم: نقضوا الحلف والعهد بينهم، وخلع امرأته وخالعها: إذا افتدت منه بمالها فطلقها وأبانها من نفسه، فقد خلع كل واحد منهما صاحبه، وسمي ذلك الفراق خلعا، لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال، والرجال لباسا لهن³، فقال: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾ [البقرة: 187].

ب- الخلع شرعا: تعددت عبارات الفقهاء في تعريفه، وخلاصة هذه التعريفات أنه: وقوع الفرقة بين الزوجين بتراضيهما، وبعوض تدفعه الزوجة لزوجها⁴.

ت- الخلع في القانون الجزائري: بالرجوع إلى نص الم -54- من ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري تناول الخلع في نص وحيد من دون أن يعطي تعريفا له، حيث كانت صياغتها

¹ - المحكمة العليا غ.أ.ش، قرار بتاريخ 18/06/1991، ملف رقم 75099/م-ق عدد 01، 1999، ص 65.

² - عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 40.

³ - ابن منظور، لسان العرب، المصدر سابق، ج 8، ص 86.

⁴ - كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المرجع سابق، ج 3، ص 340/ ابن

حزم، المحلى بالآثار، المصدر سابق، ج 9، ص 511.

الأصلية تنص على: { يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم بالاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم¹، وبعد التعديل بموجب الأمر رقم 05-02 لسنة 2005 أضيفت عبارة (دون موافقة الزوج) فأصبحت تنص على ما يلي: { يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي و إن لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم }².

2. مشروعية الخلع:

الخلع جائز عند أكثر العلماء، لحاجة الناس إليه، فقد تبغض المرأة زوجها لأسباب خلقية أو خلقية أو دينية أو نحو ذلك، وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، فشرع لها الإسلام طريقا للخلاص من الزوجية، ببذل شيء من المال تفتدي به نفسها³، وقد دلّ على مشروعيته الكتاب والسنة، أما من الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُوهُ هِيَكَامَرِيًّا﴾ [النساء: 04]، وأما من السنة فما روي عن امرأة "ثابت بن قيس"⁴: "أنت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: [يا رسول الله، ثابت بن قيس، ما أعثب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال صلى الله عليه وسلم: أتزدين عليه حديقته؟، قالت نعم، قال صلى الله عليه وسلم: أقبل الحديقة وطلقها تطليقة]"⁵.

3. حكم الخلع: يشمل الخلع الأحكام الخمسة، التي سنوردها فيما يلي:

- يسنّ للزوج إجابة طلب الزوجة للخلع، لقصة "امرأة ثابت بن قيس" المتقدمة.

¹ نسيمه عبدي، الخلع على ضوء الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، اشراف: أ. صولي زهرة، قسم الحقوق / جامعة محمد خيضر - بسكرة، (2015م) ص 06.

² قانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 09.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع سابق، ج 7، ص 482.

⁴ ت: ثابت بن قيس بن شماس بن زهير بن مالك الأنصاري، خطيب الأنصار، كان من نجباء أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم، شهد أحد وبيعة الرضوان، توفي سنة 12هـ، وهو الذي زوجته جميلة تشكوه وتقول: يا رسول الله، لا أنا ولا ثابت بن قيس، فردت عليه حديقته واختلعت منه (الذهبي، سير أعلام النبلاء، المصدر سابق، ج 1، ص 308-312).

⁵ رواه البخاري [محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، المصدر سابق، كتاب: الطلاق (68)، باب: الخلع (12)]، (رقم الحديث: 5273، ص 1344).

- ويكره الخلع للمرأة مع استقامة الحال¹، لقوله صلى الله عليه وسلم: [أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلْتُ زَوْجَهَا طَلَاقًا مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ، فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ]².
 - كما يحرم ولا يصح إن عضلها، وضارها بالتضييق عليها أو منع حقوقها وغير ذلك، لتفتدي نفسها، فالخلع باطل، والعض مردود، والزوجية بحالها إن لم يكن الخلع بلفظ الطلاق³، قال تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [النساء: 19].
 - ويجب إذا رأى منها ما يدعوه إلى فراقها، من ظهور فاحشة أو ترك فرض من صلاة أو صوم ونحو ذلك، حينئذ يباح له عضلها لتفتدي نفسها منه⁴، وأيضا إذا كرهته لنقص دينه، أو ترك العفة، فإن إن لم يستجب للنصح لها أن تسعى لفراقه⁵.
 - كما يباح لها الخلع إذا كرهت المرأة زوجها لسوء عشرته أو سوء خلقه، أو خافت إثما بترك حقه، ونحو ذلك، فإن كان يحبها يسن صبرها عليه، وعدم فراقه، والله أعلم⁶.
4. أركان الخلع وشروطه: للخلع أربعة أركان⁷ وهي: الموجب والمعوض - يشترط في كل منهما أن يكون أهلا للتصرف⁸، وأن يكون نكاحهما صحيحا⁹، والركن الثالث: هو العوض أو ما يسمى ببديل الخلع - شرطه أن يكون بدلا يصح تملكه، وكل ما يصح أن

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع سابق، ج7، ص 483.

² - رواه الترمذي [محمد بن عيسى، سنن الترمذي، المصدر سابق، كتاب: أبواب الطلاق واللعان (11)، باب ما جاء في المختلعات (11)]، (رقم الحديث: 1187 / حسن، ج2، ص484).

³ - عبد الله بن عبد الرحمان البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، مكتبة الأسدي - مكة المكرمة، ط5 (1423هـ - 2003م)، ج5، ص 469.

⁴ - المرجع نفسه، ج5، ص 469.

⁵ - التويجري محمد بن إبراهيم بن عبد الله، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية (د . م)، ط1 (1430هـ - 1430م)، ج4، ص229.

⁶ - عبد الله بن عبد الرحمان البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، المرجع سابق، ج5، ص469/التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ص229.

⁷ - التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، المرجع سابق، ج4، ص 527 - 528.

⁸ - الجزيري عبد الرحمان بن معوض، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية - بيروت، ط2 (1424هـ - 2003م)، ج4، ص 352.

⁹ - التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ج4، ص 230.

يكون مهرا صح أن يكون بدلا للخلع¹، والركن الرابع والأخير هو الصيغة -وشرطها أن تكون لفظا سواء بلفظ البراءة أو الفداء أو المخالعة²، وأن يكون الرضا والقبول من الزوجين الزوجين أو كليهما³ في مجلس واحد، إلا إذا علقه الزوج بالقبض⁴ -.

ثانيا - موقف الفقه الإسلامي من مسألة إجبار الزوج على الخلع:

في الفقه الإسلامي لا يفتقر الخلع إلى حكم حاكم به عند جمهور أهل العلم، لأنه عقد معاوضة كالبيع والتكاح، ولأنه قطع عقد بالتراضي⁵، وبما أنه عقد معاوضة فمن أركانه الصيغة كالبيع في الإيجاب والقبول⁶، فالأصل أن الخلع لا يجوز إلا برضا الزوجين، فكما أن الزوج ممنوع من إجبار المرأة على الخلع، فهو أيضا غير مجبر على القبول، والدليل على ذلك من القرآن العزيز قوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَيْنِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [البقرة: 229]، ففي الآية بيان على جواز الخلع إن خافا ألا يقيما حدود الله، فيحل لها الافتداء بمال عن نفسها، ويحل له القبول، وليس في الآية الكريمة دليل على الإجبار⁷، ومما يدل على ذلك أيضا من سنة الحبيب المصطفى، قصة "امرأة ثابت بن قيس"، فوجه الدلالة من قوله صلى الله عليه وسلم: [أقبل الحديقة وطلقها تطليقة] أن أمره إنما كان على وجه الإصلاح والإرشاد، لا على وجه الإلزام⁸، ويستحب للزوج إجابة طلب زوجته للخلع إذا رأى منها

¹ - أحمد طه ريان، فقه الأسرة، المرجع سابق، ص 245/التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ج 4، ص 230.

² - التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، المرجع سابق، ج 4، ص 519 /الغرياني، مدونة الفقه المالكي، المرجع سابق، ج 2، ص 705 / التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ج 4، ص 230.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع سابق، ج 7، ص 485.

⁴ - بن عيسى نور الهدى، الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: د. نور الدين يوسف، قسم الحقوق / جامعة محمد خيضر - بسكرة، (2018م)، ص 41/ التواتي، المرجع سابق، ج 4، ص 528.

⁵ - عبد الوهاب أبو محمد بن علي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تح: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم - بيروت، ط 1 (1420هـ - 1999م)، ج 2، ص 725/ وهبة الزحيلي، المرجع سابق، ج 7، ص 485.

⁶ - التواتي، المرجع سابق، ج 4، ص 527 - 528.

⁷ - بن عيسى نور الهدى، الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، المرجع سابق، ص 41.

⁸ - المرجع نفسه، ص 41 - 42.

صدق الطلب وعزمها عليه، لأن طلبها في هذه الحالة يدلّ على كراهيتها له، فلا يجبر على إجابتها، ويستحب للمرأة أن تصبر على زوجها، وترضى بالمقام معه، ولا تطلب الخلع مادام لزوجها ميل قويّ نحوها¹.

ثالثاً- سلطة القاضي في إجبار الزوج على الخلع في القانون الجزائري:

نلاحظ أن التعديل الذي جاء به ق.أ.ج في نص الم-54- السابقة الذكر ينص على عدم الرضائية، فيمكن للزوجة أن تخالع زوجها -دون رضاه- ويكون هذا عن طريق دفع مبلغ من المال²، و إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم³، وقد أضاف المشرع الجزائري عبارة دون موافقة الزوج لتعبر صراحة عن تبني المشرع الجزائري للرأي القائل بأن الخلع تصرف انفرادي للزوجة لا يشترط فيه رضا الزوج، ويمكن للقاضي أن يجبر الزوج على الخلع إذا رفض طلب الزوجة في الخلع، وهذا التعديل جاء لتكريس اجتهادات المحكمة العليا والتي عرفت تغييراً منذ سنة 1992، حيث أصبحت تعتبر الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية حقا للزوجة تستعمله وقت ما تشاء⁴، وقد وجد تطبيقه في عدة قرارات للمحكمة العليا أهمها:

1- القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 تحت رقم 83603 والذي جاء فيه: { من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم⁵، فالمادة المذكورة من ق.أ.تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما بتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل، وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب

¹ عبد الكريم زيدان، المفصل، المرجع سابق، ج8، ص 124.

² بن عيسى نور الهدى، المرجع السابق، ص 09.

³ رواط رزيقة، زرارة فاطمة الزهراء، أحكام الخلع في ق.أ.ج، مذكرة ماستر، اشراف: أ. سواعدي الجليلي، قسم قسم الحقوق/جامعة الجليلي بونعامة- خميس مليانة، (2015م)، ص36.

⁴ بن عيسى نور الهدى، المرجع السابق، ص 43_44.

⁵ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/07/21 ملف رقم 83603، الاجتهاد القضائي لقرعة الأحوال الشخصية لسنة 2001 العدد الخاص، ص 134.

للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا، وعليه فإن قضاة الموضوع _في قضية الحال_ لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج، طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن¹.
2- القرار الصادر بتاريخ 16/03/1999م تحت رقم 216239 والذي جاء فيه: {الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثمّ فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجبت رفض الطعن².

➤ بينما تضيق السلطة في الخلع السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بقدر كبير إذا كان طلب الزوجة منصبا على التطلاق³، وهذا ما يستدعي من القاضي إجراء تحقيق جدي ومطابقة الوقائع على النصوص، وتمحيصها، كما يتطلب منه الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة ودفع الزوج، حتى يتسنى له الحكم، بالتطبيق أو يرفضه اعتمادا على الأسباب المذكورة في الم_53_ من ق.أ⁴.

✓ الخلاصة:

بعد دراستنا تبين الفرق بين أحكام الشريعة وق.أ.ج، إذ أنّ الخلع في فقه الشريعة الإسلامية قطع عقد بالتراضي، يشترط فيه الإيجاب والقبول، ولا يجوز إلّا برضا الزوجين، أمّا في ق.أ.ج فهو حقّ للزوجة تستعمله وقت ما تشاء، وبدون رضا الزوج، وكأّنه جعل العصمة في يد الزوجة، بعدما جعلها الله للرجل، ومن هنا تتبين معارضة القانون الجزائري لأحكام الشريعة الإسلامية.

¹ رواط رزيقة، زارقة فاطمة الزهراء، أحكام الخلع في ق.أ.ج، المرجع سابق، ص 36

² قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16/03/1999، ملف رقم 216239 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، لسنة 2001، العدد الخاص، 138.

³ المنشاري نور الهدى، الخلع -دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، إشراف: د. تشوار الجيلالي، كلية الحقوق/جامعة أبو بكر القايد- تلمسان، (2014م) ص 29.

⁴ رواط رزيقة، زارقة فاطمة الزهراء، أحكام الخلع في ق.أ.ج، المرجع سابق، ص 22.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق

محور دراستنا هنا هو الضرر الذي يلحق الزوجة من زوجها ويبيح لها طلب التفريق بسببه، وقد يكون الضرر ماديا: وهو كل ما يلحق ببدن المرأة، وقد يكون معنويا أو نفسيا: كالسب والشتم والهجر...، وما إلى ذلك، وقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، فرع خاص بحالات التطليق للضرر في الشريعة الإسلامية، وفرع نورد فيه سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق في ق.أ.ج.

❖ الفرع الأول / طلب التطليق للضرر في الفقه الإسلامي:

الحالات التي يجوز للمرأة فيها شرعا أن تطلب التطليق من القاضي للضرر:

أولاً- أن تطلب الزوجة التطليق لعدم الإنفاق: اتفق جمهور العلماء من المالكية والحنابلة والشافعية على جواز التفريق لعدم الإنفاق¹، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْدُوهُنَّ﴾ [البقرة: 231]، وقوله: ﴿فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة: 229]، وإمساکها بدون إنفاق اعتداء عليها وإضرار بها، لكن إذا كانت عالمة بفقر الزوج عند العقد، لا يحق لها طلب التفريق².

ثانياً- إذا أضر الزوج بزوجه إضرارا لا تستطيع معه دوام العشرة: كالضرب، وايدائها بما لا تطيق، وكذا إكراهها على منكر ونحو ذلك، فالله حرم الظلم على نفسه، وجعله بيننا محرما، والعنف بشتى أنواعه يبهر للزوجة المطالبة بالطلاق لما حصل لها من ضرر، شريطة إثبات استحالة العلاقة الزوجية³.

ثالثاً- إذا تضررت المرأة بغيبة زوجها وخافت على نفسها لفتنة: شرط طول غيبته وهي سنة فأكثر، ويشترط أن تصدق المرأة في خشيتها الزنا، ويشترط الكتابة للزوج قبل التطليق إن علم محلّه، إما أن يحضر أو ترحل امرأته إليه، وإلا طلق عليه القاضي⁴، وهذا كله إذا كانت نفقتها دائمة، وإلا طلق عليه القاضي حالا لعدم الإنفاق⁵.

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع سابق، ج7، ص 512 - 513.

² - عبد الكريم زيدان، المفصل، المرجع سابق، ج8، ص 487.

³ - محمد قاسمي، التطليق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة - في إطار القانون والفقه والقضاء المقارن-، مذكرة ماستر، إشراف: د. عبد الرزاق أيوب، قسم العلوم القانونية / جامعة ابن زهر - المغرب، (2017م)، ص 41 / التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ج4، ص 191.

⁴ - الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية - (د.م)، (د.ط)، (د.ت)، ج2، ص 431.

⁵ - عبد الكريم زيدان، المفصل، المرجع سابق، ج8، ص 463.

رابعاً- إذا حبس زوجها مدة طويلة وتضررت بفراقه: والمدة التي يمهل فيها الأسير والمحبوس وتؤمر الزوجة بانتظار عودته خلالها، الأرجح أن تكون أربع سنوات، وكذا بالنسبة للمفقود، فإذا قضيت الأربع سنوات جاز لها طلب التطلق¹.

خامساً- التطلق للعيوب: منها عيوب تمنع الدخول كمرض مزمن يمنع الاستمتاع، وعيوب لا تمنع لكنها أمراض معدية، أو رائحة كريهة منفرة، وأيضا إذا رأت من زوجها عيبا مستحكما، كالعقم، وخلاصة ذلك جواز طلبها التطلق على العيب الذي لا تتم معه مقاصد الزواج على وجه الكمال، وهذا هو المتفق مع مقتضى الزواج².

❖ الفرع الثاني/ تقدير القاضي لحالات التطلق في القانون الجزائري:

سلطة القاضي في التطلق أو ما يعرف بالتفريق القضائي هو طريق من طرق انحلال الزواج، ويعرف بأنه: طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له، طالما أنها متضررة، ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف³، فإذا كان القانون قد منح للزوج حق إنهاء العلاقة الزوجية بناء على إرادته المنفردة ولا يحتاج إلى قبول الزوجة، فإنه لم يهمل جانب الزوجة بحيث أجاز لها اللجوء إلى القضاء لطلب التطلق إذا توفرت لها حالة من الحالات المنصوص عليها في الم -53- المعدلة، حيث تنص: ليجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية:

¹ التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ج4، ص 191 / عبد الكريم زيدان، المفصل، المرجع سابق، ج8، ص 467/ عمرو عبد المنعم سليم، الجامع في أحكام الطلاق وفقه وأدلته، المرجع سابق، ص 284.

² التواتي، المبسط، مرجع سابق، ج 4، ص 419 / وهبة الزحيلي، المرجع سابق، ج7، ص 514 - 519 / التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ج4، ص 191 / عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية في قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق، ص 32.

³ محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وق.أ.ج المعدل، دار الوعي-الجزائر(2012م)، ص 232.

عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد - 78¹ و 79² و 80³ -، من هذا القانون، العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج، الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، مخالفة الأحكام الواردة في المادة -08- أعلاه، ارتكاب فاحشة مبينة، الشقاق المستمر بين الزوجين، مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، كل ضرر معتبر شرعا⁴.

➤ ويمكن تقسيمها إلى خمس حالات وتقدير القاضي لها على حسب الآتي:

أولاً-سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق: أجاز المشرع الجزائري للزوجة أن تطلب التطلاق لعدم إنفاق زوجها عليها طبقاً للفقرة الأولى من نص الم -53- من ق.أ.ج، والمشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية للتفريق بين الزوجين بسبب عجز الزوج عن النفقة أو امتناعه عن ذلك ويشترط في التطلاق لعدم الإنفاق ما يلي:

1- امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته قصدا وعمدا⁵: فالزوجة لا يجوز لها التقدم أمام المحكمة لطلب التطلاق لعدم الإنفاق إلا بعد استصدارها حكما قضائيا بوجوب النفقة بكل مشتملاتها المذكورة في الم -78- من ق.أ.⁶

2- صدور حكم قضائي بوجوب نفقة الزوجة على زوجها⁷.

¹ الم -78- تنص على: {تتضمن النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة}، (قانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص11).

² الم -79- تنص على: {يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم}، (قانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص11).

³ الم -80- تنص على: {تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى} (قانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص11).

⁴ القانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 09.

⁵ براهيم العبد، **سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين وبين ق.أ.ج والقانون المدني الفرنسي**، رسالة دكتوراه، اشراف: د.داودي عبدالقادر، قسم العلوم الاسلامية/جامعة وهران-أحمد بن بلة-، (2017-2018م)، ص 32.

⁶ عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية في قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق، ص 26.

⁷ براهيم العبد، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين وبين ق.أ.ج والقانون المدني الفرنسي، المرجع سابق، ص 32.

3- ألا تكون عالمة بإعساره و فقره وقت الزواج: بحيث لو كانت عالمة بحاله وظروفه وثبت ذلك للقاضي، فإن هذا الأخير يرفض طلبها لأن السبب غير مبرر وإثبات علمها بإعساره يتم إما بشهادة الشهود أو الكتابة أو الإقرار.¹

➤ وتبقى مسألة الإثبات في علمها من عدمه مسألة موضوعية تخضع لقواعد الإثبات العامة وللقاضي السلطة التقديرية في اعتماد قول أي منهما.²

ثانيا- سلطة القاضي التقديرية في طلب الطلاق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج: والمراد بالعيوب نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة ولا استقرار فيها³، فنجد أن المشرع الجزائري لم يعرف لنا العيوب، ولم يحدد المعايير أو ضوابط تحقيق العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وهذه من سلبيات تقنين ق.أ فإن بعض مواد أقرب إلى رؤوس أقلام غير موضحة⁴.

➤ ويشترط في العيب ليكون سببا مبررا للتطبيق في ق.أ ما يلي:

1- أن يكون العيب في الزوج دون الزوجة، لأن المشرع قصر حق طلب التطلاق على الزوجة فقط.

2- أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وهذا الأمر خاضع للسلطة التقديرية للقاضي، ورغم التوسع في العيوب الذي تبناه المشرع، إلا أنه اعتبر هذا غير كاف لفرض في الم-07⁵ مكرر ضرورة الفحص الطبي قبل الزواج.⁶

¹ - عزوز هناء، المرجع سابق، ص 26.

² - قورادش فاطمة الزهراء، أسباب التطلاق وإشكالات إثبات الضرر في قانون الأسرة الجزائري _ مذكرة ماستر، إشراف: أ. بوسمطة شهرزاد، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر -بسكرة، (2016م)، ص 15.

³ - طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائري، ط1 (1430هـ-2009م)، ص 113.

⁴ - خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، (د . ط) (2015م)، ص 68-69.

⁵ - تنص الم -07- مكرر: ليجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، (القانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 02).

⁶ - عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي (أ.ش) في (ق.أ.ج)، المرجع سابق، ص 33.

➤ ويحكم القاضي بالطلاق أو الفسخ في حال العيوب التي يرجى البرء منها كالبرص، أما التي يرجى برؤها فإن القاضي يؤجل الدعوى مدة لا تزيد عن سنة شمسية عند الأحناف وقرمية عند "مالك"، وقالوا إذا كان من علة معترضة تأجل لسنة لاستعمالها على الفصول الأربعة، أو أن تكون العلية بسبب الحرارة أو شدة الرطوبة أو اليبوسة¹.

ثالثاً- سلطة القاضي التقديرية للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر: الهجر في المضجع نوع من أنواع التأديب، ويقصد به هجر الزوج فراش الزوجة بأن يهجرها مع المبيت معها في غرفة نوم الزوجية، وذلك بالإعراض عنها وعدم قربانها في حدود الشرع²، وعلى ذلك فالزوجة التي هجرها زوجها وتريد أن تلجأ إلى القاضي لتطلب تطليقها منه يجب أن تتوفر على الشروط التالية:

- 1- أن يهجرها ويدير ظهره لها ولا يعاملها في الفراش معاملة الأزواج.
- 2- أن يدوم الهجر أكثر من أربعة أشهر بصفة مستمرة.
- 3- أن يكون الهجر عمدياً أي غير شرعي مقبول، بل كان القصد منها الإضرار وهذا الشرط لم تنص عليه -الم- بل مأخوذ من الشريعة³.

➤ وتعتبر سلطة القاضي في الاستجابة لطلب الزوجة تطليقها من زوجها بسبب هجره في المضجع، سلطة مطلقة وواسعة بحيث يقوم ذلك على أساس المعيار الموضوعي، باعتبار أن الهجر في المضجع أحد الأسباب التي يصعب على الزوجة إثباتها وتقدير القاضي لمدى تضررها من جراء ذلك، حيث إذا أثبتت الزوجة هجر زوجها لها مدة تفوق أربعة أشهر، واقتنع القاضي بواقعة الهجر خلال مدة أربعة أشهر حكم لها بتطليقها من زوجها⁴.

¹- طاهري حسين، الأوسط في شرح ق.أ.ج، المرجع سابق، ص 116.

²-حنان الشريف، التطليق وفقاً لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، اشراف: أ. عبد الفتاح حمادي، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف- المسيلة، (2017م)، ص 13.

³-خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، المرجع سابق، ص 81.

⁴-خيزاوي ليندة، موسى كاهنة، السلطة التقديرية عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارهما، المرجع سابق، ص

➤ وإذا ما طلب من القاضي التظليق بين الزوج وزوجته بناء على هذه الفقرة كان عليه أن يتأكد من ثلاثة عناصر:

- 1- العنصر المادي: المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي مقبول.
- 2- والعنصر المعنوي: المتمثل في نية الإضرار بالزوجة.
- 3- والعنصر الزمني: المتمثل في مدة أربعة أشهر متتالية فإذا لم يتأكد من توافر هذه العناصر كلها مجتمعة فلا يجوز أن يحكم لها بالتظليق وفقا لهذه الفقرة¹.

رابعا- سلطة القاضي التقديرية لطلب الطلاق للضرر والشقاق المستمر ومخالفة نص الم-08

1- كل ضرر معتبر شرعا: يمكن تعريفه بأنه إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل، وهو كل ما يجاوز حق التأديب المباح شرعا، ولا تقدر الزوجة الصبر عليه، ويستحيل معه دوام العشرة الزوجية²، ويشترط المشرع لطلب الزوجة التظليق، بسبب إلحاقها الضرر، أن تحقق الشروط التالية:

- أ- أن يكون الضرر الواقع على الزوجة صادرا من الزوج.
 - ب- أن يقع الضرر على الزوج ويقوم بإثباته.
 - ت- أن يقع الضرر متعمدا، حيث يكون الضرر صادرا من الزوج عن قصد³.
- فللقاضي سلطة تقديرية واسعة، وأن الضرر المعتبر شرعا لا حدود له فيخضع لتقدير القاضي، فالضرر الذي لا يجوز حصره حيث يختلف باختلاف الزمان والمكان، فرغم أن سلطة القاضي واسعة في تقدير الضرر الذي لحق الزوجة حيث بسببه يجوز رفع دعوى التظليق تطالب بها فك الرابطة الشرعية، فإنها مضبوطة بقواعد شرعية فلا بد من وجود الضرر الذي هو معيار فك الرابطة الزوجية بالنسبة للزوجة⁴.

¹ عمرو خليل، انحلال الرابطة الزوجية، المرجع سابق، ص 82.

² حنان شريف، التظليق وفقا لقانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق ص 19.

³ خيزاوي ليندة، موسى كاهنة، المرجع سابق، ص 40.

⁴ خيزاوي ليندة، موسى كاهنة، السلطة التقديرية للقاضي عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارهما، المرجع سابق، ص 40.

2- الشقاق المستمر بين الزوجين: هذه الفقرة لا تقتصر على الزوجة فقط، والشقاق هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة وعدم الوفاء بالشروط فإذا ما تضررت المرأة من سوء العشرة فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي فإن أثبت القاضي الضرر فرق بينهما¹، وسلطة القاضي التقديرية مطلقة وواسعة، فمتى اقتنع بضرر الزوجة من جراء الشقاق المستمر بين الزوجين يحكم بالتطليق، وذهبت المحكمة العليا في عدة قرارات إلى منح الزوجة في طلب التطليق بسبب الضرر الناتج عن الشقاق المستمر بين الزوجين.²

3- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الم -08-

نصت الم 19 بعد التعديل بالأمر 05-02 على أنه: { للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في أي عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذه القانون }³، ولكن في حال قام الزوج بالتدليس على الزوجة وخالف شرط عدم تعدد الزوجات، الذي تم الاتفاق عليه في عقد الزواج أجاز القانون لكل زوجة أن تطالب التطليق في حالة عدم رضاها، وتستطيع المطالبة بالتعويض كذلك لتضررها، ووجب أن يجبر بالتعويض بعد إثبات الزوجة إتمام عقد الزواج مع أخرى⁴، غير أن المشرع الجزائري لم يبين الأسس التي يعتمدها القاضي لتقدير التعويض، كما لم يحدد له الحد الأدنى أو الأعلى للتعويض مما يعني منحه سلطة تقديرية بما يراه مناسباً لجبر الضرر.⁵

¹- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية، المرجع سابق، ص 101.

²-قورادش فاطمة الزهراء، أسباب التطليق وإشكالات إثبات الضرر في قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق، ص 75.

³- القانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 04.

⁴- تقراج وردة، تغزليت جميلة، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، المرجع سابق ص 60.

⁵- عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية في قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق، ص 37-

خامسا- سلطة القاضي التقديرية في طلب الطلاق لغيبه الزوج والحكم عليه نتيجة جريمة ماسة بشرف الأسرة وارتكاب فاحشة مبينة:

1- سلطة القاضي في غيبة الزوج: بداية لا بد من معرفة معنى الغائب فقد عرفه ق.أ.ج في الم-110- منه: {الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود¹، ولا يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي مطالبة بالتطليق نتيجة تضررها من غيبة زوجها إلا إذا توفرت الشروط التالية:

أ- أن يغيب عنها الزوج مدة تفوق السنة يجري اعتمادها بالتقويم الميلادي طبقا للم-03- من القانون المدني: {تحتسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك²} وهذه السنة تبدأ من تاريخ غيابه إلى يوم رفع الدعوى، وهنا التفرقة تكون لسبب الضرر الواقع لا المتوقع.

ب- أن يكون الغياب دون عذر مقبول.

ت- أن تكون الغيبة بدون عذر ولم يترك لها ما لا تتفق منه على نفسها.³

➤ وقبل الحكم بالتطليق فإنه يجب على القاضي وإعمالا لسلطته التقديرية أن يتحرى عن الجهة التي فقد فيها الزوج، فإذا فقد في جهة آمنة من الكوارث، أجل طلبها إلى مضي أربع سنوات من فقده⁴، طبقا للم 113 ق.أ والتي جاء فيها: {يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات⁵} فتمنح سلطة تقدير المدة للقاضي بعد مضي أربع سنوات، إذ يمكن له أن يترتب أكثر قبل الحكم بالوفاة، أما إذا فقد من جهة يغلب على الظن هلاكه فيها، لفقده في معركة أو زلزال فرق القاضي بينهما⁶.

¹- قانون 84-11، المتضمن ق.أ المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 14.

²- الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 01.

³- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية، المرجع سابق، ص 147-148.

⁴- عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي (أ.ش) في (ق.أ.ج)، المرجع سابق، ص 30.

⁵- القانون 84-11، المتضمن ق.أ المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 14.

⁶- عزوز هناء، المرجع سابق، ص 31.

2- طلب التفريق للحكم على جريمة ماسة بشرف الأسرة: فيجوز للزوجة أن تطلب التطلاق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة، فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية¹، إضافة إلى أنه مستحدث في التشريع الجزائري زيادة على أنه قد جاء غامضا وعماما، وبالرجوع إليها- نجد أنها حتى يمكن إعمال هذا السبب وإعطاء الحق فيه للزوجة يجب أن تتحقق مجموعة من الشروط:

أ- أن تصدر عقوبة على جريمة ارتكبتها الزوج وهنا يجب أن يكون الفعل الذي ارتكبه الزوج مجرم قانونا ومعاقب عليه بنص القانون.

ب- يجب أن تكون الجريمة المرتكبة ماسة بشرف الأسرة.

ت- أن تكون الجريمة المعاقب عليها قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية.²

وتتحصر سلطة القاضي للاستجابة لطلب الزوجة وتطبيقها من زوجها، ضرورة إثبات الزوجة أن العقوبة التي قام بها الزوج تمس بكيان وشرف الأسرة، وتقدير القاضي لها عندئذ وفقا لسلطته التقديرية ووفقا للوقائع المطروحة أمامه بتكيفه للعقوبة والجريمة في مدى تأثيرها بكيان وسمعة وشرف الأسرة.³

3- التطلاق لارتكاب فاحشة: هذه الفقرة لم تحدد المقصود بالفاحشة، ويتصور أنها تنصرف إلى الخيانة الزوجية، أو الجرائم الأخلاقية⁴، أو هي الخطأ المخل بالأداب بصفة خطيرة أو جسيمة حيث إن طبيعة الحكم متعلقة بخطورة الفعل من حيث هو لا من حيث سريته أو علانيته⁵، وهناك من الشارحين لهاته الفقرة فسرها على أساس أن القصد بالفاحشة المبينة هي تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين المحارم والمنصوص عليها -بالم -337- مكرر من قانون العقوبات تنص على: {تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:

¹ قورداش فاطمة الزهراء، أسباب التطلاق وإشكالات إثبات الضرر في ق.أ.ج، المرجع سابق، ص 67.

² خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية، المرجع سابق، ص 155.

³ خيزاوي ليندة، موسى كاهنة، السلطة التقديرية للقاضي عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارهما، المرجع سابق، ص 34.

⁴ قورداش فاطمة، أسباب التطلاق وإشكالات إثبات الضرر في ق.أ.ج، المرجع سابق، ص 83.

⁵ حنان شريف، التطلاق وفقا لقانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق، ص 14.

- أ- الأقارب من الفروع والأصول،
ب- الإخوة والأخوات الأشقاء من الأب أو الأم،
ت- بين شخص وابن أحد إخوته أو أخوته من الأب أو الأم أو مع أحد فروعهم،
ث- الأم أو الأب والزوج أو الزوجة والأرمل أو أرملة ابنه أو مع أحد آخر من فروعهم،
ج- والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر،
ح- من أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت
- تكون العقوبة بالسجن من (10) إلى (20) في الحالتين -أ- و- ب- وبالحبس من (05) إلى (10) سنوات في الحالات -ت- و-ث- و-ج- وبالسجن من سنتين إلى خمس سنوات في الحالة -ح-.

وفي جميع الأحوال إذا ارتكبت الفاحشة من شخص راشد على شخص قاصر يبلغ من العمر 18 عاما فإن العقوبة المفروضة على الراشد تفوق وجوبا المفروضة على الشخص القاصر¹، فالمشرع الجزائري ذكر الفواحش على سبيل الحصر²، وتكمن سلطة القاضي حين رفع الزوجة لدعوى التطليق على أساس ارتكاب الزوج للفاحشة، فإن القاضي لا يستجيب لطلب الزوجة إلا بعد تأكده من ارتكاب الزوج للفعل الفاحش، ومدى تأثير الزوجة بذلك وإلحاق الضرر بها، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة ومطلقة في تحديد المعيار الذي به يكيف الفعل إن كان فاحشا أم لا³.

➤ ونخلص في الأخير أن السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي تتسع بقدر كبير إذا كان طلب الزوجة منصبا على التطليق⁴، وهذا ما يستدعي من القاضي إجراء تحقيق جدي ومطابقة الوقائع على النصوص، وتمحيصها، كما يتطلب منه الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة ودفع الزوج، حتى يتسنى له الحكم، بالتطليق أو يرفضه اعتمادا على الأسباب المذكورة في الم_53_ من ق.أ⁵.

¹- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في (18 صفر عام 1386) الموافق لـ (08 يونيو سنة 1966)، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم لسنة 2012، ص 95.

²- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية، المرجع سابق، ص 168.

³- خيزاوي ليندة، موسى كاهنة، السلطة التقديرية للقاضي عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارهما، المرجع سابق، ص 38.

⁴- المنشاري نور الهدى، الخلع -دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، إشراف: د. تشوار الجيلالي، كلية الحقوق /جامعة أبو بكر القايد- تلمسان، (2014م) ص 29.

⁵- رواط رزيقة، زرقاة فاطمة الزهراء، أحكام الخلع في ق.أ.ج، المرجع سابق، ص 22.

✓ الخلاصة:

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أن حالات التطلاق بين الفقه والقانون تكاد تتطابق، حيث أورد المشرع الجزائري كل ما أوردته الأحكام الشرعية، إلا أنه أضاف عليها حالتان، تتمثلان في حالة طلب التطلاق لجريمة تمسّ بشرف الأسرة، وحالة التطلاق للهجر عن مدة تفوق أربعة أشهر قصد الإضرار بالزوجة، ويبدو لنا أن كلتا الحالتين اللتين أضافهما المشرع الجزائري فيهما ضرر لاحق بالزوجة، مما يحقّ لها المبادرة بطلب التطلاق.

المبحث الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في بعض الآثار المترتبة لانعقاد

الرابطة الزوجية وانحلالها

يترتب على كل من انعقاد الرابطة الزوجية وانحلالها آثار متعددة أوردها الشارع الحكيم في أحكامه، كما نصّ عليها المشرع الجزائري، وجعل للقاضي فيها سلطة تقديرية، وفيما يلي دراسة مقارنة لبعض الآثار المترتبة عن عقد الزواج، في ثلاثة مطالب، الأول في نفقة الزوجة ونفقة المطلقة في العدة، والثاني في تقدير بدل الخلع، والثالث في أحكام ومشمولات الحضانة.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير نفقة الزوجة ونفقة عدة المطلقة

سننظر في هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول في سلطة القاضي في تقدير نفقة الزوجة، والفرع الثاني في سلطته في تقدير نفقة المعتدة من الطلاق، وسنورد في كليهما أحكام الشريعة الإسلامية، ثم تقدير القاضي في قانون الأسرة الجزائري والمقارنة بينهما.

❖ الفرع الأول/ سلطة القاضي في تقدير نفقة الزوجة.

أولاً- حقيقة وأحكام نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي:

1- تعريف النفقة:

أ- النفقة لغة: نَفَقَ الفرس والدابة وسائر البهائم، يَنْفُقُ نَفُوقًا: مات، نَفَقَ البيع نَفَاقًا: راج، ونفق ماله ودرهمه وطعامه، نفقا ونفاقا: نَقَصَ وَقَلَّ، ومنه قوله تعالى: ﴿قُلْ لَوْ أَنْتُمْ تَمْلِكُونَ خَزَائِنَ رَحْمَةِ رَبِّي إِذًا لَأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ﴾ [الإسراء:100]، أي خشية الفناء، والنفقة ما أنفق، والجمع نفاق¹.

ب- النفقة شرعا: هي إخراج الشخص مؤونة من تجب عليه نفقته، من خبز وأدم وكسوة ومسكن، وما يتبع ذلك من ثمن الماء، ودهن ومصباح، ونحو ذلك من رعاية بالعادة².

2- مشروعية نفقة الزوجة: من الكتاب قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ [الطلاق:07]، أما من السنة فقوله صلى الله عليه وسلم: [اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّهُنَّ عَوَانٌ عِنْدَكُمْ، أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانٍ

¹ ابن منظور، لسان العرب، المصدر سابق، ج10، ص 358.

² التواتي، المبسط، المرجع سابق، ج2، ص 740 / جاسر جودة علي العاصي، نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني - رسالة ماجستير، إشراف: د. شحادة سعيد السويركي، كلية الشريعة والقانون / الجامعة الإسلامية - غزة، (1428هـ - 2007م)، ص 06.

اللَّهُ، وَإِسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ...، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ¹]، كما قد اتفق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن، إذا مكنت المرأة زوجها منها، ولم تمتنع عنه لغير عذر شرعي².

3- شروط وجوب نفقة الزوجة:

أ- شروط قبل الدخول:

- أن تمكنه من الدخول بها تمكينا تاما، وإن منعت نفسها أو منعها أهلها فلا نفقة لها³.
- أن تكون الزوجة مطيقة للوطء، فإن كانت صغيرة لا تحتمل الوطء فلا نفقة لها، وهو مذهب الجمهور⁴.
- أن يكون الزواج صحيحا، فلو كان فاسدا أو باطلا وأنفق عليها، ثم ظهر فساد العقد، أو بطلانه، فإن له الحق في الرجوع عليها بما أنفقه⁵.

ب- شروط بعد الدخول:

- أن يكون الزوج موسورا، وهو الذي يقدر على النفقة بماله أو كسبه، فلو كان معسرا لا نفقة عليه مدة إعساره⁶، لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً يَبِيهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [الطلاق:07].
 - أن تكون غير محبوسة عليه - أي غير ناشز - فإذا خرجت عن طاعته فلا نفقة عليه⁷.
- 4- سقوط نفقة الزوجة: النفقة تجب متى توفرت الشروط المتقدمة، وإلا فتسقط، وتسقط أيضا: بموت أحد الزوجين، وبنشوز المرأة، فلو عصت المرأة زوجها فيما له عليها مما أوجبه العقد بلا عذر تسقط نفقتها، لأن النفقة في مقابل الاستمتاع، وأيضا تسقط بالردة⁸.

¹ رواه مسلم [ابن الحجاج، صحيح مسلم، المصدر سابق، كتاب: الحج (15)، باب: حجة النبي (19)]، رقم الحديث: 1218، ص 558).

² ابن منذر أبو بكر محمد بن إبراهيم، الإشراف على مذاهب العلماء، تح: صغير أحمد الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية - الإمارات العربية المتحدة، ط1 (1425هـ - 2004م)، ج5، ص154.

³ ابن قدامة شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمان بن محمد بن أحمد، الشرح الكبير، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار الهجر - القاهرة، ط1 (1415هـ - 1995م)، ج24، ص347.

⁴ عبد الله الطيار وآخرا، الفقه المبسر، دار الوطن للنشر - الرياض، ط2 (1433هـ - 2012م)، ج5، ص207/ ابن قدامة، الشرح الكبير، المصدر سابق، ج24، ص347.

⁵ الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع سابق، ج4، ص495.

⁶ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص769 / كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المرجع سابق، ج3، ص741.

⁷ كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المرجع سابق، ج3، ص200.

⁸ وهبة الزحيلي، المرجع سابق، ج7، ص778-781.

5- مقدار ما يجب من نفقة الزوجة والأولاد: الأصل في تقدير النفقة الواجبة قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ [الطلاق: 07]، وقوله: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة: 236]، وقوله صلى الله عليه وسلم: «أُخِذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ»¹، فالمعتبر الكفاية للزوجة والأولاد بالمعروف، وهذا يختلف باختلاف الأحوال والأمكنة والأزمنة، وأيضا اعتبار استطاعة الزوج وسعته².

ثانيا/ أحكام ق.أ.ج في نفقة الزوجة وسلطة القاضي في تقديرها:

تناول المشرع الجزائري النفقة في المواد من - 74 - إلى - 80 - ق.أ.ج المعدل بموجب الأمر 02/05 على حسب الآتي: فنص تالم -74- على: «تجب النفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها، أو بدعوتها إليه ببيينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون»³.

➤ وهذه المواد تتضمن الأحكام التالية:

- 1- تجب النفقة للزوجة على زوجها بالدخول بها، أو بدعوتها إلى الدخول ببيينة.
- 2- يراعى في النفقة حال الزوجين وظروف المعاش.
- 3- لا يرجع القاضي في تقديره للنفقة قبل مضي سنة.
- 4- النفقة غير محددة وإنما يرجع التحديد إلى القاضي.
- 5- تستحق النفقة من تاريخ الدعوى.
- 6- للقاضي أن يحكم بالنفقة الماضية إذا ثبتت بينة بها ولمدة لا تزيد عن سنة⁴.

¹ رواه البخاري [محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، المصدر سابق، كتاب: الأحكام (93)، باب: القضاء على الغائب (28)]، (رقم الحديث: 7181، ص 1774).

² عبد الله بن عبد الرحمان البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، المرجع سابق، ج 6، ص 34 / كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المرجع سابق، ج 3، ص 200 / ابن منذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المرجع سابق، ج 5، ص 154.

³ القانون رقم 11-48، المتضمن ق.أ. المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 11.

⁴ المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة، الجزائر، (د.ط)، 2010 ص 452.

1- مشتملات النفقة:

ذكر المشرع الجزائري مشتملات النفقة في الم -78- ونصت على: {تتضمن النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة}¹.

2- شروط وجوب نفقة الزوجة في قانون الجزائري²:

- أ- أن يكون عقد الزواج صحيحا شرعيا.
 - ب- أن تكون الزوجة سالحة للمعايشة الزوجية.
 - ت- ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بغير عذر شرعي أو بسبب ليس من جهته.
- فإذا توافرت هذه الشروط وجبت النفقة على الزوج.

3- سلطة القاضي في تقدير نفقة الزوجة وما يجب مراعاته:

➤ ويراعي القاضي في تقدير النفقة الأمور التالية:

أ- حالة الزوج المالية يسرا وعسرا: فإذا كان الزوج موسرا فرض لها نفقة اليسار، وإن كانت الزوجة فقيرة، وإن كان معسرا فرض لها نفقة بقدر ما يستطيع، ولو كانت الزوجة موسرة، وإن كان متوسط الحال فرض لها نفقة وسط بين الموسرين والمعسرين.

ب- أن يراعي حالة الزوج من جهة قدرته على الدفع: فيتبع ما هو أيسر عليه فإذا كان من أصحاب الدخل اليومي قدر عليه يوميا، وإذا كان ممن يأخذون أجرهم كل أسبوع قدرها عليه كل أسبوع، وإذا كان من أصحاب المرتبات الشهرية فرضها عليه كل شهر.

ت- حالة الأسعار ارتفاعا وانخفاضا³.

وبالعودة إلى الم -79- من ق.أ.ج، نجد أن المشرع الجزائري ألزم القاضي عند تقديم النفقة أن يراعي في ذلك ظروف المعاش لكليهما، أي الزوج والزوجة والحالة الاقتصادية والاجتماعية⁴.

¹ - القانون رقم 48-11 المتضمن، ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 11.

² - طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق، ص 164.

³ - طاهري حسين، الأوسط في شرح ق.أ.ج، المرجع سابق، 165.

⁴ - خيزاوي ليندة، موسى كاهنة، السلطة التقديرية للقاضي عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارهما، المرجع سابق، ص 47.

وذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 16/03/1999: لمن المقرر أنه في تقرير النفقة يراعي القاضي حال الطرفين وظروف المعاش¹.

➤ وفي تعديل التقدير الم -79- من قانون الأسرة، يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يرجع في تقديره قبل مرور سنة من الحكم، فإذا تغيرت حالة الزوج من اليسر إلى العسر أو العكس فرضت النفقة من جديد حسب الواقع، فللزوجة أن تطلب زيادة النفقة إذا ما ارتفعت الأسعار أو تغير حال الزوج إلى الحسن، وللزوج أن يطلب تخفيض النفقة إذا ما انخفضت الأسعار عن الوقت المفروض أو تغير حاله من اليسر إلى العسر، وعلى القاضي أن يجيب الطالب منهما متى ثبت عنده صحة دعواه فيعدل التقدير السابق وعليه أيضاً أن يستجيب لطلب التعديل من أحد الطرفين إذا ما تبين له أنه أخطأ في تقديره الأول².

✓ الخلاصة:

ومن خلال ما سبق تبين أنّ المشرّع الجزائري أخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة، فقد اشترط عين الشروط التي أوردها الفقهاء، وكذا مراعاة حالة الزوج من يسر أو عسر عند تقدير النفقة للزوجة.

❖ الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير نفقة المعتدات³ من الطلاق.

أولاً/ أحكام نفقة المعتدة من الطلاق في الفقه الإسلامي:

أجمع أهل العلم في نفقة المعتدات على ما يأتي:

1- لا نفقة للمطلة قبل الدخول لأنه لا عدّة لها⁴، لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ

الْمُؤْمِنَاتِ لَمْ يَطْلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب: 49].

¹- طاهري حسين، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق ص 168.

²- المرجع نفسه، ص 166.

³- العدة: مأخوذة من العدد والحساب، وسميت بذلك لاشتمالها على العدد من الأقران، وهي المدة التي حددها الشارع بعد الفرقة، ويجب على المرأة الانتظار فيها بدون زواج لاستبراء رحمها (كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المرجع سابق، ج3، ص 317).

⁴- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار الفائقس- الأردن، ط1 (1418هـ-1997م)، ص288.

2- وجوب النفقة للمطلقات طلاقاً رجعياً وسائر المؤونة، حوامل كنّ أو غير حوامل، لأنهنّ في حكم الزوجات في النفقة والسكن والميراث ما كنّ في العدة¹.

3- الحامل المطلقة طلاقاً بائناً، والمتوفى عنها زوجها، تجب لها النفقة²، لقوله تعالى: ﴿سَكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِضَعْفِ أَعْيُنِهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَاتَمَرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمُ فَسَاطِرُكُمْ فَاتُخَذُوا لَكُمْ حَمَلًا، أَمَا إِنْ طَلَّقَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ طَلَاقًا لَا يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةَ، وَلَمْ تَكُنْ حَامِلًا، فَلَا سَكَنَ لَهَا وَلَا نَفَقَةٌ³.

ثانياً/ سلطة القاضي في تقدير نفقة المعتدة:

كما تجدر الإشارة إلى أن الزوجة لا تستحق النفقة الزوجية فحسب، بل إنها تستحق نفقة العدة إذا ما توفي عنها زوجها⁴، وهذا ما نصت عليه الم -61-: {لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق⁵}، وحق نفقة العدة ربطه المشرع الجزائري بمكوث الزوجة في بيت الزوجية، أي أن هذا الحق يسقط إذا تركت المطلقة بيت الزوجية ولم تقض العدة فيه دون مبرر شرعي، وللقاضي أن يحكم بنفقة العدة سواء طلبتها الزوجة أو لم يطلبها⁶.

¹- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الاستدكار، تح: محمد عطا - محمد علي معوض، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1 (1421هـ - 2000م)، ج6، ص 165 / عبد الله الطيار، الفقه الميسر، المرجع سابق، ج5، ص 210.

²- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، المرجع سابق، ص 289 / ابن عبد البر، الاستدكار، المصدر سابق، ج6، ص 165 / ابن منذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المرجع سابق، ج5، ص 346.

³- ابن قدامة، المغني، المرجع سابق، ج 10، ص 402 - 403 / التوجيهي، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ج4، ص 156.

⁴- عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي (أ.ش) في (ق.أ.ج)، المرجع سابق، ص 49.

⁵- القانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 10/المصري ميروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، المرجع سابق، ص 485.

⁶ - شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، إشراف: د. رايس محمد، كلية الحقوق / جامعة أبي بكر القايد - تلمسان، (2014م)، ص 325.

✓ الخلاصة:

ونستخلص من بعد المقارنة أن الفرق بين الشريعة الإسلامية وق.ج واضح في مسألة نفقة المعتدة من الطلاق، فالفقه الإسلامي فصل فيها، إذا أنه لا نفقة ولا عدة قبل الدخول، أما بالنسبة للمطّقة طلاقا رجعيا، والحامل المطلقة طلاقا بائنا، والمتوفى عنها زوجها، تجب لهنّ النفقة، لأنهنّ في حكم الزوجات في النفقة والسكن والميراث ما كنّ في العدة، في حين لم يورد المشرع الجزائري هذه الأحكام والتفصيلات، بحيث ذكر المطلقة بصفة عامّة، ولم يبيّن إن كان الطلاق رجعيا أو بائنا، ولا حاملا أو لا، ومن هنا تبيّن أنّه غفل عن التفاصيل التي أوردها الشارع الحكيم.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع

إذا أرادت المرأة أن تختلع من زوجها، عند الخوف من عدم إقامة حدود الله، وجب عليها أن تقدّم له عوضا لما لحق به من ضرر الخلع، وفيما يلي بيان لمقدار ما تقتدي به المرأة نفسها لتختلع من زوجها في الشريعة الإسلامية كفرع أول، وفي قانون الأسرة الجزائري كفرع ثاني.

❖ **الفرع الأول/ مقدار عوض الخلع الذي يجوز أخذه وبذله في الشريعة الإسلامية:**

العوض هو ما أخذه الزوج من زوجته في مقابل خلعه لها، أما بالنسبة لمقداره فقد رأى جمهور الفقهاء أن الخلع يجوز بما تراضيا عليه، قلّ أو أكثر¹، فإذا قالت الزوجة خالعي على مبلغ كذا، أو على الولد الذي في بطن الناقاة، أو على الثمر الموجود في النخيل، وقبل الزوج صحّ الخلع بما رضي به².

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَفِيَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة : 229]، فهذا عموم يشمل ما افتدت به سواء كان بقدر ما أعطاه الزوج أو أقلّ أو أكثر³ - إلا أنه ليس من مكارم الأخلاق أن يأخذ الزوج أكثر مما أعطى في الصداق⁴، ويشترط أن يكون الخلع على مال

¹ - كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المرجع سابق، ج3، ص 352.

² - الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع سابق، ج4، ص 360.

³ - كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ج3، ص 353.

⁴ - الغرياني، مدونة الفقه المالكي، المرجع سابق، ج2، ص 705.

يصح تملكه، سواء كان نقداً، أو عينا، أو منفعة، من المرأة أو غيرها، وكل ما صح أن يكون مهراً صح أن يكون بدل الخلع¹.

الفرع الثاني/ سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع في القانون الجزائري:

أعطت المحكمة العليا للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير بدل الخلع، غير أن المشرع قيده في الم-02/54 بأن لا يتجاوز قيمة صداق المثل إذ يتولى القاضي تحيد وتقدير مقابل الخلع مراعيًا في ذلك مبلغ الصداق الذي تم دفعه من طرف الزوج وفترة الزواج وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة لأنها هي المطالبة بدفع المقابل، وإن كانت الزوجة قاصرا فعلى القاضي أن يراعي مصلحتها عن تقدير بدل الخلع². (الملحق 01)

✓ الخلاصة:

من خلال ما سبق اتضح أنّ بدل الخلع في الشريعة الإسلامية يجوز بما تراضى عليه الزوجان قلّ أو كثر، إلاّ أنّه ليس من مكارم الأخلاق أن يأخذ أكثر ممّا أعطى، أمّا المشرّع الجزائري فقد قيده بأن لا يتجاوز قيمة صداق المثل، مع مراعاة حالة الزوجة عند تقديره، فالفرق واضح في عدم الحاجة إلى حكم الحاكم به في الشريعة وكذا في مقداره، على عكس ما هو عليه في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في الحضانة

في هذا المطلب سنستخلص أحكام الحضانة في فرعين، الأول في الفقه الإسلامي والثاني في ق.أ.ج، لتسهيل عملية المقارنة.

❖ الفرع الأول/ الحضانة في الفقه الإسلامي.

أولا- حقيقة الحضانة:

1- تعريف الحضانة:

¹ - التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ج4، ص 230.

² - عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي (أ.ش) في (ق.أ.ج)، المرجع سابق، ص 33/ ينظر: الملحق (01)، ص 122.

أ- لغة: حَضَنَ، الحِضْنُ: هو الصدرُ والعضدانِ وما بينهما، وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك، كما تحتضن المرأة ولدها، وحضن الطائر بيضه وعلى بيضه: يحضن حضناً وحضانةً وحضاناً وحضوناً: رجعَ عليه للتفريخ، والحضانةُ: مصدر الحاضن، والمَحَاضِنُ: المواضع التي تحضن فيها الحمامة على بيضها، وحضن الصبي، يحضنه حضناً: رباه.¹

ب- شرعاً: تربية الولد لمن له حق الحضانة، وهي تربية وحفظ من لا يستقل بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كالطفل والكبير المجنون²، وذلك بالقيام بمصالحه في تأديبه وتربيته وطعامه ولباسه وتنظيف جسمه³.

2- حكمها ومشروعيتها:

الحضانة واجبة لأن في تركها تضييع الطفل وهلاكه، وهي من الأمور التي تدعو إليها الغريزة والفترة الإنسانية⁴، والحضانة مشروعة من الكتاب والسنة، وفيها أجر وثواب، سواء كانت بأجر أو بدونه، فمن الكتاب قال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِضَعْفِهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَانْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمَلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُواهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَأَتَمُّوا بِبَنَاتِكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَسَرِّضْهُ لهُنَّ أُخْرَى﴾ [الطلاق: 06]، ومن السنة الشريفة أن امرأة قالت: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءٌ، وَتُدْبِي لَهُ سِقَاءً، وَحَجْرِي لَهُ حِوَاءٌ، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي، وَأَزَادَ أَنْ يَنْتَرِعَهُ مِنِّي، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: [أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تُنْكَحِي] ⁵.

3- شروط الحاضن:

أ- العقل: فلا حضانة لمجنون ولو كان يفيق في بعض الأحيان، ولا لمن به بطش - وهو خفة في العقل - وعته⁶.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، المصدر سابق، ج13، (ح ض ن)، ص122-123.

² - وهبة الزحيلي، المرجع سابق، ج7، ص717.

³ - الغرياني، مدونة الفقه المالكي، المرجع سابق، ج3، ص156.

⁴ - كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المرجع سابق، ج3، ص

415/الغرياني، المرجع سابق، ج3، ص156.

⁵ - رواه أبو داود [السجستاني، سنن أبو داود، المصدر سابق، كتاب الطلاق (13)، باب من أحق بالولد (34)]،

(رقم الحديث: 2276/حسن، ص292).

⁶ - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف - بيروت، ط2 (1426هـ - 2005م)، ج4، ص

294 / الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع سابق، ج4، ص523.

- ب- القدرة: فلا حضانة للعاجز، كالمستنة، أو رجل هرم، إلا أن يكون عندهما من يمكنه القيام بالحضانة تحت إشرافهما¹.
- ت- الأمانة في الدين: فلا حضانة لسكير، أو المشتهر بالزنا، أو اللهو الحرام².
- ث- الرشد: فلا حضانة لسفيه مبذر، لآلا يتلف مال المحضون إن كان له مال³.
- ج- ألا يكون الحاضن مصابا بمرض معدي يخشى على الطفل منه، كالجدام والبرص، لأن الوقاية خير من العلاج⁴.
- ح- أن يكون محرما إذا كان حاضنا لأنثى مطيقة، كأب أو أخ أو عم، وإلا فلا⁵.
- خ- ويشترط في الأنثى الحاضنة أن تكون ذات رحم، فلا حضانة للأخت من الرضاعة، ولا زوجة الأب، لعدم توفر الرحم، وأن تكون محرما، فلا حضانة لبنت الخالة أو بنت العمّة⁶.
- د- ألا تسكن مع من سقطت حضانتها، فإذا صارت الحضانة للجدّة وسكنت مع أمّ المحضون المتزوجة، سقطت حضانة الجدّة، إلا إذا انفردت بالسكن⁷.
- ذ- ألا تكون الحاضنة متزوجة، فمن تزوجت سقط حقّها في الحضانة لانشغالها بالزوج⁸.
- ر- عدم سفر الحاضنة سفر نقلة وانقطاع من بلد إلى بلد، أما إن كان سفر تجارة أو زيارة أقل من ستة برد⁹ فلا تسقط به الحضانة¹⁰.

¹ - التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، مرجع سابق، ج4، ص 878 / التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ج4، ص 269.

² - الحبيب بن طاهر، المرجع سابق، ج 4، ص 294 / وهبة الزحيلي، المرجع سابق، ج7، ص 727.

³ - الحبيب بن طاهر، المرجع سابق، ج 4، ص 294 / الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع سابق، ج4، ص 523.

⁴ - الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص 523 / التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، المرجع سابق، ج4، ص 879.

⁵ - الحبيب بن طاهر، المرجع سابق، ج 4، ص 296.

⁶ - الغرياني، المرجع سابق، ج3، ص 161-162 / وهبة الزحيلي، المرجع سابق، ج7، ص 729.

⁷ - الغرياني، المرجع سابق، ج3، ص 161 / الحبيب بن طاهر، المرجع سابق، ج 4، ص 296.

⁸ - التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع سابق، ج4، ص 269 / الغرياني، المرجع سابق، ج3، ص 161 / الحبيب بن طاهر، المرجع سابق، ج 4، ص 296.

⁹ - البُرْدُ: جمع بريد، والبريد أربعة فراسخ، والفرسخ: ثلاثة أميال، والميل: 1.75 كم (أنعمي زيغمي).

¹⁰ - وهبة الزحيلي، المرجع سابق، ج7، ص 729 / الحبيب بن طاهر، المرجع سابق، ج 4، ص 295.

ثانياً- الترتيب في الاستحقاق ومدّة استمرارها:

1- ترتيب مستحقيها:

الحضانة حقّ لذوات الأرحام من النساء، إذا كنّ محارم للمحضون، وللعصبة من الرجال، ولو لم يكونوا من ذوي الأرحام، وتكون كذلك للوصيّ على الطفل، رجلاً كان أو امرأة، وذلك بتتصيه وليّاً من قبل الأب أو القاضي¹، وترتيب استحقاقها الأول فالأول يكون كالآتي:

➤ أم المحضون، ثمّ أمّ أمّه، ثمّ جدّة أمّه وإن علت - وجدّتها من جهة أمّها مقدّمة على التي من جهة أبيها-، ثمّ خالته شقيقة أمّ لأمّ أو لأب - وتقدّم الشقيقة ثمّ التي للأمّ ثمّ التي للأب -، ثمّ خالة أمّه، ثمّ عمّة الأمّ، ثمّ جدّة الولد من أبيه، فأمّها، فأمّ أمّها، فأمّ أبيها، ثمّ أبو المحضون، فأخت المحضون، فعمة المحضون، فعمة أبيه، فخالة أبيه، فبنت أخ المحضون - شقيقة أو للأمّ أو للأب-، ثمّ ابنة أخته كذلك، ثمّ الوصيّ، ثمّ الأخ - شقيقاً أو للأمّ أو للأب -، فالجدّ للأب الأقرب فالأقرب، ثمّ الأخ للمحضون، ثمّ العمّ، ثمّ ابن العمّ².

➤ وفي حالة وجود عدد من المستحقّين للحضانة متساوين في الدرجة، يقدّم الأكثر شفقة وصيانة للمحضون، كوجود خالتيّن له أو عمّتين... الخ، فإن تساوا قدّم الأكبر سنّاً، فإن تساوا أعطي الولد لأحدهما بالقرعة³.

2- وتقدّر مدّة استمرار الحضانة للذكر حتى البلوغ، لأنّه الحدّ الذي يقوى فيه الابن، ويمكنه الاستغناء عمّن يخدمه، أمّا الأنثى فتستمرّ حتى الدخول، لأنها تحتاج الحفظ والرعاية أكثر من الابن⁴.

ثالثاً: أجرة وسكن الحضانة:

1- ليس للحاضن أجرة على الحضانة، سواء كانت أمّاً أو غيرها، فإذا كانت فقيرة وللمحضون مال فإنّه ينفق عليها من ماله لفقرها لا للحضانة، أما الولد المحضون فله على أبيه النفقة

¹ - الغرياني، المرجع سابق، ج3، ص 162.

² - التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، المرجع سابق، ج4، ص 869 / الحبيب بن طاهر، المرجع سابق، ج4، ص 292 - 294 / الغرياني، المرجع سابق، ج3، ص 162 - 165.

³ - الغرياني، المرجع سابق، ج3، ص 164 / الحبيب بن طاهر، المرجع سابق، ج4، ص 294.

⁴ - الحبيب بن طاهر، المرجع سابق، ج4، ص 290 - 291 / التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، المرجع سابق، ج4، ص 869 - 870.

والكسوة والغطاء والفرش، والحاضنة تقبضه منه، وتنفقه عليه، وتقدر النفقة باجتهاد الحاكم حسب ما يراه مناسباً لحاله¹.

2- وفيما يخص السكن فإنه يجب للحاضنة السكنة إن كانت معسرة، وتقدير السكنة يكون باجتهاد الحاكم².

رابعاً: سقوط الحضانة:

إذا امتنع من له الحضانة أو كان غير أهل لها أو لم تتحقق مصلحة الطفل انتقلت إلى من بعده، وإذا تزوجت الأم سقط حقها في الحضانة، وانتقل إلى من بعده، إلا أن يرضى زوجها بالحضانة، وتسقط أيضاً إذا سكنت من لها الحق في الحضانة -كالجدة والخالة- مع الأم المتزوجة³.

❖ الفرع الثاني/ سلطة القاضي التقديرية في الحضانة في القانون الجزائري.

أولاً: تعريف الحضانة: عرفها المشرع الجزائري في الم -62- ق.أ.ج في فقرتها الأولى: {الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا⁴.

➤ ركز المشرع في تعريف الحضانة في نص الم -62- ق.أ.ج أعلاه، على أسبابها وأهدافها محددًا بذلك نطاق الحضانة ووظائفها، ومن هنا فإنه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق، وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمنها التعريف⁵.

ثانياً: للقاضي سلطة تقديرية في إسناد الحضانة وترتيب أصحاب الحق فيها:

وذلك في نص الم -64- بعد التعديل الوارد بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 إذ نصت على ما يلي: {الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي

¹ - التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، المرجع سابق، ج4، ص 875.

² - الحبيب بن طاهر، المرجع سابق، ج 4، ص 298-299/ التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، المرجع سابق، ج4، ص 875.

³ - الله التويجري، مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، المرجع سابق، ص 857.

⁴ - القانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص10.

⁵ - عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي (أ.ش) في (ق.أ.ج)، المرجع سابق، ص63.

عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة¹، فنجد أن المشرع الجزائري قد أحسن حينما نص صراحة على مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.²(الملحق 02)

ثالثا: للقاضي سلطة في تحديد مدة الحضانة وتمديدها:

حدد القانون الجزائري مدة انقضاء الحضانة بعشر سنوات للذكر وبالزواج للأنتى وتمدد الحضانة إلى 16 سنة للذكر إذا ماتت الحاضنة أم لم تتزوج بعد³، بحيث يجوز للقاضي وفق سلطته التقديرية الأمر بتمديد مدة حضانة الولد الذكر، رغم بلوغه سن (10) سنوات إلى (16) سنة، بشرط أن يكون طالب التمديد الأم نفسها وعدم تزوجها ثانية، وبذلك فسلطة القاضي واسعة، في تقدير مدى توفر السبب الداعي لضرورة تمديد الحضانة بالنسبة للطفل المحضون مع احتفاظ القاضي بضرورة مراعاة مصلحة المحضون⁴.

رابعا: للقاضي سلطة تقديرية في مسألة تخصيص سكن للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة:

وذلك ما أشارت له الم -72- التي نصت على: {في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع البديل، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالإسكان}⁵، فنفقة المحضون وسكنه على أبيه إن لم يكن له مال، وإن تعذر السكن فعلى الأب أن يدفع أجره السكن⁶، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا: {السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة}⁷.

¹ - القانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المرجع سابق، ص 10.

² - المصري مبروك، الطلاق وآثاره من ق.أ.ج، المرجع سابق، ص 519/ وينظر الملحق (02)، ص 126.

³ - طاهري حسين، الأوسط في شرح ق.أ.ج، المرجع سابق، ص 154.

⁴ - خيزاوي ليندة، موسى كاهنة، السلطة التقديرية للقاضي عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارهما، المرجع سابق، ص 71.

⁵ - القانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المرجع سابق، ص 11.

⁶ - المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، المرجع سابق، ص 522.

⁷ - باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، (د.ط)، (د.ت)، ص 87.

خامسا: سلطة القاضي في إسقاط الحضانة وعودتها:

تحدث ق.أ على أسباب سقوط المحضون في المواد التالية:

1- الم -66- ق.أ: يسقط حق الحاضنة بالتزويج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون¹.

2- الم -67-: تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في الم -62-، ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون²، وقضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 18-07-2000: «أن عمل المرأة لا يعد من مسقطات الحضانة»³.

3- الم -68- ق.أ: «إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها»⁴.

4- الم -70- ق.أ: تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم⁵.

➤ فللقاضي سلطة تقديرية بسقوط الحضانة بعدم توفر أي سبب من الأسباب التي ذكرها المشرع في المواد من -66- إلى -70- مع مراعاة مصلحة المحضون وذلك بموجب حكم قضائي يصدره قاضي قسم الأحوال الشخصية بالمحكمة المدنية بناء على طلب من له حق في الحضانة حسب الترتيب المنصوص عليه في الم -64- ق.أ فيحكم القاضي انطلاقا من قناعاته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية⁶.

➤ وبناء على نص الم -71- ق.أ: «يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري»⁷، حيث يقضي أنه يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، أي

¹ القانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 10.

² القانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 10.

³ طاهري حسين، الأوساط في شرح ق.أ.ج، المرجع سابق، ص 157.

⁴ القانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 11.

⁵ القانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 11.

⁶ صالحى هاجر، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الطلاق، المرجع سابق، ص 32.

⁷ القانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، المعدل والمتمم، المصدر سابق، ص 11.

أي الاضطراري فإنه يعود حقه في الحضانة، أما إذا كان السبب اختياريا للحاضن كالزواج بأجنبي مثلا ثم طلقها فلا يعود لها هذا الحق في حالة زوال هذا السبب¹.

✓ الخلاصة: بعد أن أوردنا أحكام الحضانة في الشريعة الإسلامية، وكذا سلطات القاضي فيها اتضح أن:

- ق.أ.ج خالف الشريعة الإسلامية في ترتيب مستحقي الحضانة.
- وخالفها أيضا في تحديد مدة الحضانة للذكر، ففي أحكام الشريعة مدة حضانته تستمر حتى البلوغ، أما ق.أ.ج فقد حددها بعشر سنوات، في حين أخذ بما جاء في الفقه بالنسبة لمدة حضانة الأنثى.
- سلك المشرع الجزائري مسلك الشريعة الإسلامية في ثبوت السكن والنفقة للمحضون.
- أورد ق.أ.ج سببا لإسقاط الحضانة لم يرد في الشريعة الإسلامية، بأن تسقط الحضانة عند عدم مطالبة من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة.

¹-خيزاوي ليندة، موسى كاهنة، السلطة التقديرية للقاضي عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارهما، المرجع سابق، ص 70.



خاتمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، فبتوفيق من الله عزّ وجلّ أشرفنا على نهاية هذا البحث المتواضع، الذي تتضمن خاتمته أهم وأبرز النتائج المتوصل إليها والمتبوعة بالافتراحات وذلك فيما يأتي:

1- السلطة التقديرية للقاضي في الأحوال الشخصية: هي صلاحية القاضي للقيام بعمله بالتفكر والتدبّر بحسب النّظر والمقايسة، وذلك بتطبيق القانون في النزاع المعروض أمامه، في جميع مراحل الدعوى، في بعض المسائل المنظمة للعلاقات داخل الأسرة والفصل فيها.

2- سلطة القاضي التقديرية في انعقاد الرابطة الزوجية تتمثل في المسائل التالية:

➤ اتفق الفقه الإسلامي مع القانون الجزائري في أنه يجوز العدول عن الخِطبة باعتبارها وعد غير ملزم به، وللقاضي سلطة في تقدير التعويض عن الضرر المترتب عن ذلك، فبالنسبة للهدايا فهو حسب جهة العدول، وللمتضرر الحق في استرداد المهر كاملاً المقدم قبل العقد في الشريعة الإسلامية، في حين لم ينطرق القانون الجزائري للتعويض المترتب عن المهر المقدم قبل العقد، وفصلت الشريعة الإسلامية في حالات استحقاق مهر المثل، لكنّ القانون الجزائري اقتصر على حالة واحدة ألا وهي عدم تحديد قيمة المهر.

➤ أهلية الزواج في الشريعة الإسلامية تقاس بالبلوغ، وفي القانون الجزائري باكتمال سن معينة، مع مراعاة المصلحة والضرورة لذلك، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بعد التعديل، وإذا عدم وجود ولي للقاصر، فللقاضي السلطة التقديرية في ذلك فهو ولي من لا ولي له.

➤ لكلّ من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري شروط لتعدد الزوجات منها ما اتفقا فيها كوجوب العدل والقدرة على الإنفاق، ومنها ما اختلفا فيها، كإعلام الزوجتين، وطلب الترخيص القضائي، وأحسن المشرع الجزائري بإضافته للمبرر الشرعي كشرط.

3- السلطة التقديرية في انحلال الرابطة الزوجية، تشمل على المسائل الآتية:

➤ في حالة نشوز أحد الزوجين اعتمد الفقه الإسلامي في كيفية علاجه على ترتيب المراحل المذكورة في آية علاج النشوز، واقتصر القانون الجزائري على تعيين حكّامين لإجراءات الصلح والتحكيم، ومتى تراءى للقاضي أن مهمة الصلح غير ممكنة أنهى مهام الحكّامين، وتابع إجراءات الخصومة بصفة عادية.

➤ قيدت الشريعة الإسلامية الطلاق بثلاث قيود، اتفق معها المشرع الجزائري فيما إذا كان الطلاق حاجة مقبولة شرعا وعرفا، ولم يتطرق للقيدين الآخرين، واهتم بجانب التعويض مراعيًا في ذلك حالة الزوج وظروف معاشه.

➤ للمرأة الحف في إنهاء الرابطة الزوجية مقابل مال لافتداء نفسها، ففي الفقه يشترط الرضائية للزوج، أما القانون الجزائري فللقاضي السلطة على اجبار الزوج في الخلع. للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في حالات التطليق التي ذكرها الفقه الإسلامي ولا يكاد يختلف عنه القانون الجزائري فيها، إلا أنه أضاف عليها حالتان تتمثلان في طلب التطليق لجريمة تمسّ بشرف الأسرة، والتطليق للهجر عن مدّة تفوق أربعة أشهر، وكلتا الحالتين فيهما ضرر لاحق بالزوجة، مما يحقّ لها المبادرة بطلب التطليق.

4- السلطة التقديرية للقاضي في بعض الآثار المترتبة عن انعقاد الرابطة الزوجية وانحلالها تتمثل في المسائل التالية:

➤ أخذ المشرع الجزائري عين الشروط التي أخذ بها الفقه الإسلامي في حق نفقة الزوجة، مع مراعاة حالة الزوج عسرا ويسرا.

➤ ذكر الشرع كل حالات نفقة المعتدة من الطلاق، فلا نفقة ولا عدّة قبل الدخول، أما بالنسبة للمطلّقة طلاقا رجعيًا، والحامل المطلّقة طلاقا بائنا، والمتوفى عنها زوجها، تجب لهنّ النفقة، أما المشرع الجزائري فقد غفل عن جلها وذكر المطلّقة بصفة عامة.

➤ خالف قانون الأسرة الجزائري الشريعة الإسلامية في تريب مستحقي الحضانة، وفي تحديد مدتها، واتفقا في أحكام ثبوت السكن والنفقة للمحزون.

بعض التوصيات التي نوصي بها:

1- إعادة نظرة شاملة في أحكام قانون الأسرة الجزائري تجعلها أكثر وضوحا للتسهيل على القضاة في عملية إيجاد الحل الأنسب للنزاع المطروح أمامه.

2- نأمل ممن بعدنا من الباحثين في هذا لموضوع دراسة كافة المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية التي لم نتطرق إليها، لتكوين دراسة مستقلة.

الملاحق

ومراعاة حالته المادية في تقدير النفقات.
بغرض استيفاء إجراء محاولات الصلح المقرر قانوناً أمرت المحكمة بالحضور الشخصي للطرفين لإصلاح ذات البين وكان ذلك لجلسات 2018/11/04 و 2018/11/18 و 2018/12/09.
تم عرض الملف على النيابة وقدم ممثلها مذكرة كتابية التمس من خلالها تطبيق القانون.
عند هذا الحد وضعت القضية في النظر لجلسة 2018/12/16 للفصل فيها طبقاً للقانون.

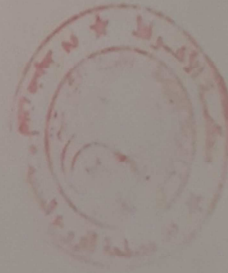
****وعليه فإن المحكمة****

- بعد الاطلاع على العريضة الافتتاحية للدعوى والوثائق المرفقة بالملف.
- بعد الاطلاع على المواد من 08 إلى 23 والمواد 32، 40، 216، 218، 219، 258، 271، 272، 323، 419، 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- بعد الاطلاع على المواد 03 مكرر، 48، 49، 54، 57، 61، 74، 75، 80، 87 من قانون الأسرة.
- بعد الاطلاع على التماسات النيابة العامة.
- بعد النظر قانوناً.
من حيث الشكل:
حيث أن الدعوى وردت مستوفية لكافة الشروط والإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانوناً مما يتعين التصريح بقبولها.
من حيث الموضوع:

حيث أن المدعية تلتزم بالحكم بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين عن طريق الخلع طبقاً لنص المادة 54 من قانون الأسرة مقابل مبلغ مالي قدره 10.000 دج مع الأمر بتسجيله بسجلات الحالة المدنية وإلزام المدعى عليه بأن يدفع لها المبالغ التالية: مبلغ 50.000 دج نفقة العدة ومبلغ 6000 دج نفقة إهمالها تسري من تاريخ رفع الدعوى إلى غاية النطق بالحكم مع الأمر بالنفاذ المعجل وإلزامه بتأمينها من أثارها حسب القائمة المرفقة وتحمله المصاريف القضائية.
حيث أن المدعى عليه يلتزم بالإشهاد على رغبته في مواصلة الحياة الزوجية بالمعروف وفي حالة إصرار المدعية على طلب الخلع إلزامها بأن تؤدي له مقابل الخلع بواقع 300.000 دج ومراعاة حالته المادية في تقدير النفقات.
حيث التمس ممثل النيابة العامة تطبيق القانون.

حيث أن موضوع الدعوى يتعلق بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع.
حيث ثبت للمحكمة أن العلاقة الزوجية قائمة بين الطرفين بموجب عقد الزواج المسجل بسجلات الحالة المدنية لبلدية الأغواط بتاريخ 2015/05/24 تحت رقم [REDACTED]، وأنه لم ينتج عن هذا الزواج ميلاد أبناء حسب البطاقة العائلية للحالة المدنية المرفقة بالملف.
حيث أن المحكمة سعت لإصلاح ذات البين بين الطرفين قصد الحفاظ على الميثاق الغليظ القائم بينهما عملاً بأحكام المادتين 49 من قانون الأسرة و439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بتبيين محاسن الألفة والمحبة والمحافظة على الروابط الزوجية وكذا مضاير الفرقة والآثار السلبية للطلاق عليهما، إلا أن سعيها لم يوفق وذلك لإصرار الزوجة وتمسكها بطلب الخلع لاستحالة مواصلة العشرة الزوجية [REDACTED]
فضلاً عن موافقة الزوج على طلب الخلع، وعليه تم تحرير محضر بعدم الصلح بتاريخ 2018/12/09.

- عن طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع:
حيث أنه من الثابت شرعاً أن للزوجة حق مخالصة نفسها عن زوجها الذي لا تطيق العيش معه ومن المقرر قانوناً طبقاً لنص المادة 54 من قانون الأسرة أن للزوجة حق المطالبة بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع مقابل مبلغ مالي دون أن تتوقف الاستجابة على موافقة الزوج وعليه فإن طلب المدعية للخلع مؤسس قانوناً تستجيب له المحكمة، ومن ثم القضاء بفك الرابطة



رقم الجدول:

رقم الفهرس:

الزوجية بين الطرفين بالخلع.

- عن مقابل الخلع:

حيث من المقرر قانونا أن يكون الخلع بمقابل مالي يتفق عليه الطرفان وعند عدم اتفاقهم المحكمة بما لا يتجاوز صدق المثل وقت صدور الحكم وأن المدعية قد عرضت بجلسة صلح المنعقدة بتاريخ 2018/11/18 مبلغ 30.000 دج مقابل مالي للخلع، وأن المدعى عليه التمس مبلغ 300.000 دج، وعليه فإن المحكمة تقضي بعد تقدير صدق المثل بإلزام المدعية بأدائها للمدعى عليه مبلغ 100.000 دج مقابل مالي للخلع.

- عن نفقة العدة:

حيث التمس المدعية مبلغ 50.000 دج نفقة العدة.

حيث من المقرر قانونا طبقا لنص المادة 61 من قانون الأسرة أن نفقة العدة واجبة للزوجة المطلقة لتغطية حاجياتها طيلة فترة تربصها طالما أنها ملزمة شرعا وقانونا بالتربص فترة معينة بعد وقوع الفرقة، وعليه فإن طلب المدعية مؤسس، مما يتعين على المحكمة القضاء بإلزام المدعى عليه بتمكينها من نفقة عدة بعد تخفيض المبلغ إلى الحد المعقول بواقع ثلاثون ألف دينار جزائري 30.000 دج.

- عن نفقة الإهمال:

حيث التمس المدعية مبلغ 6000 دج نفقة إهمال تسري شهريا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى إلى غاية النطق بالحكم.

حيث من المقرر قانونا طبقا لنص المادة 74 من قانون الأسرة أن نفقة الزوجة المدخول بها واجبة على زوجها ما دامت في عصمته ولم يثبت نشوزها.

حيث من المقرر قانونا طبقا لنص المادة 80 من قانون الأسرة أن النفقة تستحق من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى. حيث أن طلب المدعية المتعلق بنفقة الإهمال مؤسس قانونا تستجيب له المحكمة مع تخفيض المبلغ المطالب به إلى الحد المعقول مراعاة لحال الطرفين وظروف المعاش السائدة عملا بأحكام المادة 79 من قانون الأسرة وذلك بإلزام المدعى عليه بأن يدفع لها نفقة إهمال قدرها 4000 دج تسري شهريا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى الموافق لـ 2018/09/04 إلى غاية النطق بالحكم الحالي.

- عن قائمة الأثاث:

حيث التمس المدعية إلزام المدعى عليه بتمكينها من أثاثها حسب القائمة المرفقة، غير أنها أقرت بجلسة محاولة الصلح المنعقدة بتاريخ 2018/11/18 بأخذها جميع أثاثها المطالب به من بيت الزوجية، وتواجده بحوزتها وهو الأمر الثابت من خلال المحضر المؤرخ في 2018/11/18، الأمر الذي يتعين معه إعفاء المدعى عليه منه.

- في شمول الحكم بالنفاذ المعجل:

حيث من المقرر قانونا أنه يؤمر بالنفاذ المعجل رغم المعارضة أو الاستئناف عند طلبه في مادة النفقة، نظرا لطبيعتها الاستعجالية والتي لا تحتمل التأخير طبقا لأحكام المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مما يتعين الاستجابة لطلب المدعية المتعلق بهذا الجانب، والأمر بالنفاذ المعجل للنفقات.

حيث من المقرر قانونا أن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع تكون غير قابلة للاستئناف فيها عدا جوانبها المادية مع وجوب تسجيلها في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة طبقا للمواد 49 و 57 من قانون الأسرة.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها المدعى عليه طبقا لنص المادة 419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

****ولهذه الأسباب****

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا، حضوريا، نهائيا فيما يخص فك

رقم الجدول: 18/02232

رقم الفهرس: 18/03302

الرابطة الزوجية وابتدائها فيما عداه:
في الشكل: قبول الدعوى.
في الموضوع: بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بين المسمى [REDACTED] المولود
بالأغواط في [REDACTED] لأبيه [REDACTED] ولأمه [REDACTED] وبين المسماة [REDACTED]
المولودة بالأغواط في [REDACTED] لأبيها [REDACTED] ولأمها [REDACTED]
مع أمر ضابط الحالة المدنية المختص بتسجيل هذا الطلاق بسجلات الحالة المدنية والتأشير به
على هامش عقدي ميلاد الطرفين وعقد زواجهما بسعي من النيابة.
إلزام المدعية بأن تدفع للمدعى عليه مقابل خلع قدره مائة ألف دينار جزائري (100.000 دج).
إلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية المبالغ التالية:
- مبلغ ثلاثون ألف دينار جزائري 30.000 دج نفقة العدة.
- مبلغ أربعة آلاف دينار جزائري 4000 دج نفقة إهمال تسري شهريا ابتداء من تاريخ رفع
الدعوى الموافق لـ 2018/09/04 إلى غاية النطق بالحكم الحالي.
مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل فيما يخص النفقات المحكوم بها.
وتحميل المدعى عليه المصاريف القضائية بما فيها رسم رفع الدعوى المقدر بأربعمائة وخمسون
دينار جزائري (450 دج).
بذا صدر هذا الحكم وأفصح به جهارا في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ والمكان المذكورين
أعلاه ولصحته أمضينا على أصله نحن الرئيس وأمين الضبط.

أمين الضبط

الرئيس (ة)

5 - ماي 2019

الملحق 2: الحضانة
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة العدل
مجلس قضاء الأغواط
الغرفة: شؤون الأسرة

باسم الشعب الجزائري

قرار

إن مجلس قضاء الأغواط بجلسته العنسية الموعدة بقاعة الجلسات لقصر العدالة في العاشر من شهر ماي سنة الفين و ستة عشر برناسة السيد (ة): [] وعضوية السيد(ة): [] وعضوية السيد(ة): [] وبمحضر السيد (ة): [] وبمساعدة السيد (ة): []

صدر القرار الآتي بيانه في القضية المنشورة لديه تحت رقم []

بين: []

ضد: []

1) (): مستأنف []
 العنوان: الواحات الشمالية الأغواط
 المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة): []

من جهة حاضر []

و بين: []

1) (): مستأنف عليه []
 العنوان: الأغواط
 المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة): []

من جهة أخرى حاضر []

2) (): متدخل في الخصام []
 العنوان: الواحات الشمالية
 المباشر للخصام بنفسه []

و بحضور: []

1) (): النيابة العامة []

**** بيان وقائع الدعوى ****

- بتاريخ 2016/02/18 صدر حكم قضى بإسقاط حضانة الإبن [] عن المدعى عليها [] و المسندة إليها بموجب الحكم الصادر عن محكمة الاغواط بتاريخ 2009/07/11 فهرس [] و إسنادها الى المتدخلة في الخصومة [] مع التقرير لها عن الولاية عليه و تقرير حق الزيارة للمدعي يومي الجمعة و السبت من كل أسبوع من الساعة 9 صباحا الى غاية لخامسة مساء و أيام العطل المدرسية و المناسبات الوطنية و الدينية.

- و بتاريخ 2016/03/13 تم إستئناف الحكم من طرف [] ضد المستأنف عليها [] و المتدخلة في الخصام [] بواسطة دفاعه الاستاذة [] و أهم ما جاء في عريضة الاستئناف ان الدعوى ترمي الى إسقاط الحضانة بناء على المواد 64 و 67 قانون أسرة و ان محكمة الدرجة الاولى قامت بإسناد حضانة الإبن [] لجذته لأمه بناء على سماعها للمتدخلة في الخصام دون سماع الأب و أضافت أن الأب هو أولى بحضانة ابنه من

رقم القضية: []
 رقم الفهرس: []
 جلسة يوم: []

رقم الجدول: []
 رقم الفهرس: []

صفحة 1 من 3

جدته لا سيما أنها تؤكد أن ابنتها تزوجت و رحلت عن بيت أهلها و إلتتمست إلغاء الحكم المستأنف و حال التصدي من جديد بإسقاط حضانة الإبن المشترك [] عن أمه و إسنادها لأبيه [] و منحه حق الولاية عليه مع تقرير حق الزيارة لوالدته إحتياطيا إجراء تحقيق .

- ردت المستأنف عليها [] و [] بمذكرة جوابية بواسطة دفاعها الاستاذ [] و أهم ما جاء فيها و أن المستأنف يطالب بحضانة الإبن من أجل تربيته في وسط أسرته و هو بدون زواج و أضاف أن الجدة هي أولى بحضانة الإبن لأنه نشأ عند جدته لمصلحة المحضون تقتضي ذلك و إلتتمست تأييد الحكم المستأنف .
- و بمذكرة جوابية للمستأنف أكد على أن مصلحة المحضون أن تتم رعايته تحت كفالة والده و لا تعود الحضانة للجدة إلا بعد تخلي والده عنها و هو الأمر غير محقق في قضية الحال و تمسك بسابق طلباته .

- حيث أن النيابة إلتتمست تأييد الحكم المستأنف .
- تم إدراج القضية في الجدول لجلسة 2016/05/10 رو بذات الجلسة و بعد المداولة صدر القرار التالي :

** وعليه فإن المجلس **

- بعد تلاوة التقرير المكتوب من طرف الرئيس المقرر السيد []
- بعد الاطلاع على مواد من ق إ م و إدارية .
- بعد الاطلاع على المواد 54 . 61 . 62 . 75 . 78 . 79 . 80 من قانون أسرة .
- بعد المداولة .
- من حيث الشكل :
- حيث ان الاستئناف جاء وفقا للأشكال القانونية يتعين قبوله .
- من حيث الموضوع :
- حيث ان المستأنف إلتتمس إلغاء الحكم المستأنف و حال التصدي من جديد بإسقاط حضانة الإبن المشترك [] عن أمه و إسنادها لبنيه [] و منحه حق الولاية عليه مع تقرير حق الزيارة لوالدته إحتياطيا إجراء تحقيق .
- حيث أن المستأنف عليها إلتتمستا تأييد الحكم المستأنف .
- حيث أن موضوع الاستئناف ينصب حول إسناد حضانة الإبن المشترك لوالده المستأنف .
- حيث ان ممثل النيابة العامة إلتتمست تأييد الحكم المستأنف .
- حيث ثبت للمجلس من خلال دراسة الملف ان موضوع الدعوى يتعلق بإسناد حضانة الابن .
- حيث أنه من المقرر قانونا أن القاضي يراعي مصلحة المحضون عند بثه في موضوع الحضانة و انه تبين ان الابن [] مولود بتاريخ 2008/06/17 و أن الوالدة قد تزوجت من شخص آخر لذلك إرتأى المجلس تعيين مساعد إجتماعي لاعداد تقرير حول ظروف الاجتماعية و المعيشية لكل من الأب و الجدة و إقتراح بينهما الأصلح لحضانة الإبن .
- حيث أن المصاريف القضائية محفوظة .

** لهذه الأسباب **

قرر المجلس - غرفة شؤون الأسرة - علنيا حضوريا نهائيا .

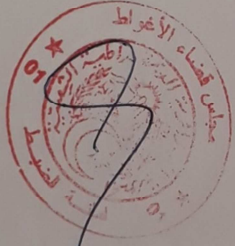
في الشكل : قبول الاستئناف .
في الموضوع : و قبل الفصل فيه القضاء بتعيين المساعد الاجتماعي قوال بشير الكائن مقره بمديرية النشاط الاجتماعي بالأغواط لإعداد تقرير حول الظروف المعيشية و الاجتماعية لكل من [] و [] و إقتراح الأصلح منهما لممارسة الحضانة للطفل [] و على المساعد الاجتماعي إعداد تقرير حول الموضوع خلال شهر من تاريخ تسلمه لنسخه تنفيذية من هذا القرار .

- والمصاريف القضائية محفوظة .

بذا صدر هذا القرار وأفصح به بالجلسة العلنية بالتاريخ المذكور أعلاه وبالقاعة العادية لجلسات مجلس قضاء الأغواط .
وإثباتا لذلك تم التوقيع على هذا القرار من طرف الرئيس المقرر وأمينه الضبط .

الرئيس (ة) المقرر (ة)

أمين الضبط



بمسئلة عادية

فهرست الآيات

فهرست الآيات

الرقم	طرف الآية	رقم الآية	اسم السورة	صفحة الورود
1	﴿ هُنَّ لِيَاسٍ لَّكُمْ ﴾	187	البقرة	86
2	﴿ كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً ﴾	213	البقرة	11
3	﴿ اذْطَلَقْتُ مَرَّتَيْنِ ﴾	229	البقرة	81-84-89- 92-109
4	﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا ﴾	230	البقرة	84
5	﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّعَعْدُوْنَ ﴾	231	البقرة	92
6	﴿ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ ﴾	236	البقرة	105
7	﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ، أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى ﴾	03	النساء	65-67-68
8	﴿ فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ ﴾	04	النساء	87
9	﴿ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾	06	النساء	60
10	﴿ وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ ﴾	19	النساء	88
11	﴿ اذْجُلِ الْرِجَالُ قَوْمُونَ عَلَى النِّسَاءِ ﴾	34	النساء	35-74-76- 77
12	﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا ﴾	35	النساء	77

فهرست الآيات

22	النساء	59	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا ﴾	13
12	النساء	65	﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾	14
68-74	النساء	129-128	﴿ وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ ﴾	15
31	النساء	141	﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾	16
31	النساء	144	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾	17
29	المائدة	42	﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ ﴾	18
33	المائدة	49	﴿ وَأَنْ أَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾	19
34	المائدة	95	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ ﴾	20
14	الأنعام	91	﴿ وَمَا قَدَرُوا اللَّهَ حَقَّ قَدْرِهِ ﴾	21
32	النحل	75	﴿ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا ﴾	22
16	الإسراء	23	﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ﴾	23

فهرست الآيات

24	﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ﴾	43	الإسراء	51
25	﴿ قُلْ لَوْ أَنْتُمْ تَمْلِكُونَ خَزَائِنَ رَحْمَةِ رَبِّي ﴾	100	الإسراء	103
26	﴿ فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ ﴾	72	طه	16
27	﴿ وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمُونَ فِي الْحَرْثِ ﴾	79-78	الأنبياء	21
28	﴿ وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا ﴾	69	العنكبوت	22
29	﴿ وَمِنَ الَّذِينَ آمَنُوا أَن خَلَقْنَاكُمْ أَنفُسِكُمْ أَنزَجْنَا ﴾	21	الروم	49
30	﴿ قُلِ الْحَمْدُ لِلَّهِ ﴾	25	لقمان	33
31	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾	49	الأحزاب	107
32	﴿ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾	09	الزمر	33
33	﴿ وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا مُوسَى بِآيَاتِنَا ﴾	23	غافر	12
34	﴿ فَقَضَيْنَ لَهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ ﴾	12	فصلت	16
35	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ ﴾	06	الحجرات	34

فهرست الآيات

74	المجادلة	11	﴿ وَإِذَا قِيلَ انشُرُوا فَانشُرُوا ﴾	36
23	الحشر	02	﴿ فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْبَصِيرِ ﴾	37
82	الطلاق	01	﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ ﴾	38
60	الطلاق	04	﴿ وَاللَّيْ بَيْسَانَ مِنَ الْمَجِضِ ﴾	39
111-108	الطلاق	06	﴿ اسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجُودِكُمْ ﴾	40
-104-103 105	الطلاق	07	﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ﴾	41

فهرست الأحاديث

فهرست الأحاديث

الرقم	طرف الحديث	الراوي الأعلى	المصدر	صفحة الورود
1	[أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى..	ابن عمر	سنن أبي داود	82
2	[أَتَرَدَّيْنِ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟ ..	ابن عباس	صحيح البخاري	87
3	[انْفُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّهُنَّ عَوَانٌ..	أبو جعفر ابن محمد	صحيح مسلم	104
4	[إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ..	عمرو بن العاص	صحيح مسلم	24
5	[أَسَلَّمْتُ وَعِنْدِي ثَمَانِ نُسُوءٍ..	قيس بن الحارث	سنن ابن ماجه	68-67
6	[اضْمِنُوا لِي سِتًّا مِنْ أَنْفُسِكُمْ ..	عبادة بن الصامت	سنن البيهقي الكبرى	52
7	[اللَّهُمَّ هَذَا قَسَمِي فِيمَا أَمَلِكُ..	عائشة	سنن البيهقي الكبرى	68
8	[إِنَّ إِبْلِيسَ يَضَعُ عَرْشَهُ..	جابر بن عبد الله	صحيح مسلم	83
9	[أَنْ أَفْضِلُ بِمَا فِي كِتَابِ اللَّهِ..	شُرَيْح	سنن النسائي الكبرى	26
10	[أَنْ تُطْعِمَهَا إِذَا طَعِمْتَ..	أبي حكيم بن معاوية القشيري	سنن أبي داود	76
11	[أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تُنْكَحِي]	عبد الله بن عمرو	سنن أبي داود	111
12	[إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ..	أم سلمة	صحيح البخاري	24-23
13	[أَيُّ امْرَأَةٍ سَأَلْتَ زَوْجَهَا طَلَاقًا..	ثَوْبَان	سنن الترمذي	88
14	[اتَزَوَّجُوا فَإِنِّي مُكَاتِرٌ بِكُمْ الْأَمَمَ..	أبي أمامة	سنن البيهقي الكبرى	65
15	[اخْذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ..	عائشة	صحيح البخاري	105
16	[ارْفِعِ الْقَلَمَ عَنْ ثَلَاثٍ..	علي بن أبي طالب	سنن الترمذي	32
17	[إِقَائِي لَوْ كُنْتُ امْرَأًا أَحَدًا أَنْ يَسْجُدَ..	عبد الله بن أبي أوفى	سنن ابن ماجه	76
18	[كَيْفَ تَقْضِي؟ قَالَ: بِكِتَابِ اللَّهِ..	الحارث بن عمرو	سنن أبي داود	25
19	[لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمَرَهُمْ ..	أبي بكر	صحيح البخاري	34
20	[لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ..	ابن عباس	صحيح مسلم	30

فهرست الأحاديث

21	إِمْرُهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا..	عبد الله بن عمر	صحيح البخاري	83
22	إِمْنٌ كَانَتْ لَهُ إِمْرَاتَانُ فَمَالَ...	أبي هريرة	سنن أبي داود	68
23	إِيَّا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ...	عبد الرحمان بن يزيد	صحيح البخاري	69



فهرست الأعلام

فهرست الأعلام

الرقم	اسم العلم	المترجم له	صفحة الورد
01	أحمد بن حنبل بن محمد أبو عبد الله ت"241هـ"	الزركلي خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس	59
02	الأوزاعي عبد الرحمان بن عمر بن يحم أبو عمرو ت"157هـ"	الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد عثمان أبو عبد الله	59
03	برتراند راسل ت"1970 م"	عبد المجيد عبد التواب شيخة- شيخة عبد الله مسند	14
04	أبو بكر الأصبم عبد الرحمان بن كيسان ت"201هـ"	الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد عثمان أبو عبد الله	60
05	ابن تيمية أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن محمد ت"728هـ"	فؤاد عبد المنعم أحمد	23
06	ثابت بن قيس بن شماس ت"12هـ"	الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد عثمان أبو عبد الله	87
07	الجرجاني علي بن محمد بن علي الشريف ت"816هـ"	الشوكاني محمد بن علي- الزركلي خير الدين بن محمود	13
08	الحسن البصري بن يسار ت"110هـ"	الفيروزآبادي أبو إبراهيم بن علي بن يوسف	22
09	أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطى ت"150هـ"	ابن خلكان أحمد بن محمد بن أبي بكر	25
10	داود الظاهري بن علي بن خلف أبو سليمان ت"270هـ"	الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد عثمان أبو عبد الله	59
11	الدريني محمد فتحي	الدريني محمد فتحي	19
12	الزرقا مصطفى أحمد ت"1420هـ"	جندب محمد	13
13	الشافعي أبو عبد الله محمد إدريس ت"204هـ"	ابن خلكان أحمد بن محمد بن أبي بكر	35
14	ابن شبرمة عبد الله"144هـ"	الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد عثمان أبو عبد الله	60

فهرست الأعلام

26	الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد عثمان أبو عبد الله	شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي ت"78هـ"	15
27	الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد عثمان أبو عبد الله - مصطفى سعيد الخن	ابن عباس عمرو بن عبد مناف ت"68هـ"	16
38	عصام بن عبد المنعم المري	الغثيمين أبو عبد الله محمد بن صالح ت"1421هـ"	17
26	محمد رضا	عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزي بن رباح ت"23هـ"	18
24	وليد محمد سالم عبد الحق	عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم بن سعيد	19
22	الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد عثمان أبو عبد الله	القرظبي أبو بكر شمس الدين يحيى بن سعدون ت"507هـ"	20
67	ابن حجر العسقلاني	قيس بن الحارث بن جدار الأسدي ت"12هـ"	21
41	عمر رضا كحالة	ابن القيم الجوزية محمد بن أبي بكر ت"751هـ"	22
33	اليحصبي أبو الفضل عياض بن موسى	مالك بن أنس أبو عبد الله بن مالك بن أبي عامر الأصبحي، ت"179هـ"	23
28	السبكي تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين	الماوردي علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن ت"450هـ"	24
35	الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد عثمان أبو عبد الله	محمد بن الحسن الشيباني أبو عبد الله ت"189هـ"	25
26	المزي جمال الدين أبو الحجاج يوسف	ابن مسعود النخعي نافع بن عاصم بن عروة ت"630هـ"	26
25	الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد عثمان أبو عبد الله	معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس ت"18هـ"	27

فهرست الأعلام

27	الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد عثمان أبو عبد الله	28	أبو موسى الأشعري عبد الله بن قيس ت"44هـ"
19	/	29	ناصر بركات محمود محمد
35	ابن خلكان أحمد بن محمد بن أبي بكر	30	النعمان بن ثابت بن زوطي ت "150هـ"
38	السخاوي شمس الدين محمد بن عبد الرحمان	31	النووي محي الدين أبو زكريا ت"676هـ"
59	الزركلي خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس	32	أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب ت"183هـ"



قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

❖ القرآن الكريم: برواية ورش.

أولاً/كتب الحديث:

- 1- أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، تح: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط3 (1424هـ-2003م).
- 2- أبو الحسين القشيري النيسابوري بن الحجاج، صحيح مسلم، تح: نظر بن محمد الفارياي أبو قتيبة، دار طيبة، ط1 (1427هـ-2006م).
- 3- سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تح: محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، ط1 (2008م).
- 4- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي، السنن الكبرى، تح: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط1 (1421هـ-2001م).
- 5- أبو عبد الله محمد ابن يزيد ابن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، تح: رائد بن صبري ابن أبي علفة، دار الحضارة-الرياض، ط2 (1436هـ-2015م).

- 6- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دار ابن كثير - دمشق، ط1 (1423هـ-2002م). 7- أبو عيسى محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تح: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي-بيروت، ط1 (1996م).

ثانياً/ كتب الفقه الإسلامي وأصوله:

- 1- ابن أمير الحاج (825-879هـ/1422-1474م)، التقرير والتحبير، مطبعة الكبرى الأميرية-مصر، ط1 (1316هـ).
- 2- ابن بدران عبد القادر بن أحمد بن مصطفى (ت1346هـ/1927م) المدخل إلى مذهب الإمام ابن حنبل، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط1 (1401هـ-1981م).
- 3- البركتي محمد عيم الإحسان المجددي، (1329-1395هـ/1911-1974م) قواعد الفقه، دار النشر-الصدف/بلسرز، ط1 (1407هـ-1986م).
- 4- البغوي أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد ابن الفراء، (ت516هـ)، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تح: عادل أحمد عبد الموجود-علي محمد معوض، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1 (1418هـ-1997م).
- 5- البلخي نظام الدين، الفتاوى الهندية، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1 (1421هـ-2000م).
- 6- البهوتي منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس، (1000-1051هـ/1591-1641م)، كشف القناع على متن الإقناع، عالم الكتب-بيروت، (د.ط.)، (1403هـ-1983م).
- 7- البياتي عبد الغفور محمد إسماعيل، القواعد والضوابط الفقهية في أصول التقاضي، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1 (1434هـ-2012م).
- 8- التواتي بن التواتي، المبسوط في الفقه المالكي بالأدلة، دار الوعي- الجزائر، ط2 (1431هـ-2010م).

قائمة المصادر والمراجع

- 9- التويجري محمد بن إبراهيم بن عبد الله، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية (د.م)، ط1 (1430هـ - 2009م).
- 10- ابن تيمية أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام (661-728هـ/1263-1328م)، تفسيرات شيخ الإسلام ابن تيمية، تح: إقبال أحمد الأعظمي، (د.ط)، (2010م).
- 11- الجزيري عبد الرحمان بن معوض، (1299-1360هـ/1882-1941م) الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية - بيروت، ط2 (1424هـ - 2003م).
- 12- جميل فخري، جميل ناجم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، (د. ط) (د. ت)
- 13- ابن جوزي جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمان، (510-597هـ) نزهة الأعين النواظر في علم الوجوه والنظائر، تح: محمد عبد الكريم كاظم، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط1 (1404هـ - 1984م).
- 14- الجوزي جمال الدين عبد الرحمان بن محمد أبو الفرج، (508-597هـ/1116-1201م) زاد المسير في علم التفسير، دار ابن حزم - بيروت، ط1 (1423هـ - 2002م).
- 15- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف - بيروت، ط2 (1426هـ - 2005م).
- 16- ابن حجر العسقلاني، (773-852هـ/1371-1449م)، تهذيب التهذيب، دار الكتاب الإسلامي - القاهرة، (د. ط)، (1414هـ - 1993م).
- 17- ابن حجر الهيتمي شهاب الدين أحمد، (909-973هـ)، حواشي تحفة المنهاج بشرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، (د. ط)، (1357هـ - 1938م).
- 18- ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، (384-456هـ/994-1064م) المحلى بالآثار، تح: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1 (1425هـ - 2003م).
- 19- الحميضي عبد الرحمان إبراهيم عبد العزيز، (م 1389هـ) القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، نشر جامعة أم القرى - مكة المكرمة، ط1 (1409هـ - 1984م).
- الدريني محمد فتحي، (1923-2013م):
- 20- الحق ومدى سلطان الدولة في تقبيده، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط3 (130هـ-1984م).
- 21- المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، دار الرسالة - دمشق، ط3 (1434هـ - 2013م).
- 22- الدسوقي محمد عرفة - أحمد الدري - محمد عيش، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية-القاهرة، (د.ط)، (2015م).
- 23- ابن دقيق العيد تقي الدين، (625-702هـ) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، تح: محمد حامد الفقي - أحمد محمد شاكر أبو الأشبال، مطبعة السنة-المحمدية، (د. ط)، (1372هـ-1953م).
- 24- رائد جميل عكاشة - منذر عرفات زيتون، الأسرة المسلمة في ظل التغيرات المعاصرة، دار الفتح - عمان، ط1 (1463هـ-2015م).

قائمة المصادر والمراجع

- 25-الزرقا مصطفى أحمد،(1322 - 1420هـ/1904-1999م) المدخل الفقهي العام، دار القلم - دمشق، ط2(1465هـ-2004م).
- 26-زقزوق محمود حمدي، الموسوعة الإسلامية العامة، وزارة الأوقاف المصرية- القاهرة ، ط1 (1424هـ-2003م) .
- 27-أبو زكريا الأنصاري بن محمد بن احمد بن زكريا،(823-926هـ/1420م-) منهج الطلاب في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه، تح: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1 (1417هـ-1997م).
- _ أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي(631-676هـ/1233-1277م):
- 28-روضة الطالبين وعمدة المفتين، تح: عادل أحمد عبد الموجود-علي محمد عوض، دار الكتب العلمية-بيروت،(ط.خ)،(1423هـ-2003م).
- 29-روضة الطالبين وعمدة المفتين، تح: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت، ط 2 (1416هـ -1991م).
- 30-أبو زهرة محمد،(1316-1394هـ/1898-1974م)،محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي- القاهرة، ط2 (1391هـ -1971م).
- 31-السبكي تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين،(727-771هـ/1327-1370م)،طبقات الشافعية الكبرى، تح: محمد محمود الطناحي- عبد الفتاح محمد الحلو، دار إحياء التراث العربي-مصر، ط4 (1383هـ - 1964م).
- 32-السخاوي شمس الدين محمد بن عبد الرحمان،(831-902هـ)،المنهل العذب الروي في ترجمة قطب الأولياء النووي، تح: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1،(1426هـ-2006م)
- 33-السرخسي شمس الدين محمد بن أحمد،(ت490هـ)،المبسوط، دار المعرفة-بيروت، (د.ط) (1409هـ-1989م).
- 34-السلمي أبو محمد عزّ الدين عبد العزيز بن عبد السلام،(577-660هـ/1181-1262م) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تح: طه عبد الرؤوف سعد، نشر مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة (1411هـ-1991م).
- 35-سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة العدلية، دار الكتب العلمية-بيروت،(د.ط)،(2010م).
- 36-السيد سابق،(1915-2000م)،فقه السنة، دار الكتاب العربي - بيروت، ط3 (1397هـ -1977م).
- 37-ابن شاس محمد جلال الدين عبد الله بن نجم،(616هـ/1219م)،عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تح: حميد بن محمد لحر، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1 (1423هـ - 2003م).
- 38-الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس،(150-204هـ/767-820م)،الأم، تح: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء - المنصورة ، ط1 (1422هـ-2001م) .
- *الشربيني شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب،(ت977هـ/1570م):
- 39-مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تح: علي محمد معوض-عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت،(ط.ع)،(1421هـ - 2000م).

قائمة المصادر والمراجع

- 40- الجبرمي على الخطيب، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1 (1417هـ - 1996م)
الشوكاني محمد بن علي بن محمد بن عبد الله (1173هـ/1250هـ):
- 41- البيدر الطالع، دار الكتاب الإسلامي - القاهرة.
- 42- فتح القدير، تح: يوسف الغوش، دار المعرفة - بيروت، ط4 (1428هـ - 2007م).
- 43- شوكت عليان، السلطة القضائية في الإسلام، دار الرشيد - الرياض، ط1 (1402هـ - 1982م).
- 44- أبو شيبعة عبد الله بن محمد أبو بكر، (159-235هـ) المصنف لابن أبي شيبعة، تح: محمد عوامة، دار قرطبة - بيروت، ط1 (1427هـ - 2006م).
- 45- الصاوي أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، (1175-1241هـ/1761-1825م) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف (د. م)، (د. ط)، (د. ت).
- 46- الطبري أحمد أبو العباس، (615-694هـ/1218-1295م)، أدب القاضي، تح: حسين خلف الجبوري، مكتبة الصديق - المملكة العربية السعودية، ط1 (1409هـ - 1989م).
- * ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، (1198-1252هـ/1784-1836م):
- 47- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تح: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض، دار عالم الكتب - الرياض، (ط. خ)، (1423هـ - 2003م).
- 48- حاشية ابن عابدين، تح: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض، دار عالم الكتب - الرياض، (ط. خ)، (1423هـ - 2003م).
- 49- أبو عبد الرحمان، فضل تعدد الزوجات، دار المنار - الخرج / السعودية، ط1 (1411هـ - 1991م).
- 50- عبد الغفور محمد إسماعيل البياتي - عمر عبد الغفور محمد البياتي، القواعد والضوابط الفقهية في الأحكام والعقوبات، دار الكتب العلمية - بيروت، (د. ط)، (1971م).
- 51- عباس الصراف - جورج حزيون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة - الأردن، (د. ط)، (1429هـ - 2009م).
عبد الكريم زيدان، (1917-2014م):
- 52- المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط1 (1413هـ - 1993م).
- 53- نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مكتبة البشائر - عمان، ط2 (1409هـ - 1989م).
- 54- عبد الله الطيار (م 1373هـ) وأخران، الفقه الميسر، دار الوطن للنشر - الرياض، ط2 (1433هـ - 2012م).
- 55- عبد الله بن عبد الرحمان البسام، (1346-1423هـ/1928-2002م)، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، مكتبة الأسدي - مكة المكرمة، ط5 (1423هـ - 2003م).
- 56- عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، (د. د)، (د. ط) (1392هـ - 1972م).
- 57- عبد الوهاب أبو محمد بن علي، (1115-1206هـ/1703-1791م)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تح: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم - بيروت، ط1 (1420هـ - 1999م).

قائمة المصادر والمراجع

- 58- عبد الوهاب خلاف، (1305-1375هـ/1888-1956م)، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط2 (1357هـ - 1938م).
- 59- عربي أبو بكر محمد بن عبد الله، (468-543هـ)، أحكام القرآن، تح: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط3 (1424هـ - 2003م).
- 60- عصام بن عبد المنعم المري، (م1381هـ) الدر الثمين في ترجمة فقيه الأمة العلامة ابن عثيمين، دار البصرة-الإسكندرية، (د.ط.)، (د.ت.).
- 61- علي الطنطاوي، (1327-1420هـ/1909-1999م) فكر ومباحث، مكتبة المنارة - مكة المكرمة، ط2 (1408هـ - 1988م).
- 62- علي الخفيف، (1309-1398هـ/1891-1978م)، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي-القاهرة، (د.ط.)، (1469هـ - 2008م).
- 63- علي محمد العزاوي، القاضي الشرعي حصانته وأحكامه وسلطانه، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1 (2019م).
- 64- عمر سليمان الأشقر، (1940-2012م)، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس - الأردن، ط1 (1418هـ - 1997م).
- 65- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، (368-463هـ)، الاستنكار، تح: محمد عطا - محمد علي معوض، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1 (1421هـ - 2000م).
- 66- عمرو عبد المنعم سليم، الجامع في أحكام الطلاق وفقهه وأدلته، دار الضياء (د.م)، (د.ط.)، (د.ت.).
- 67- العيسى أحمد عيسى يوسف، الآراء الأصولية للإمام القرطبي من خلال تفسيره، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1 (2005م).
- 68- عيسى منون الشامي الأزهرى، (1306-1376هـ/1889-1956م)، نبراس العقول في تحقيق القياس عند علماء الأصول، تح: يحيى مراد، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1 (2003م).
- 69- العيني أبو محمد محمود بدر الدين، (762-855هـ/1361-1415م) البنية شرح الهداية، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1 (1420هـ - 2000م).
- 70- غرياني صادق عبد الرحمان، (م1942)، مدونة الفقه المالكي، مؤسسة الريان- بيروت، ط1 (1423هـ - 2002م).
- 71- الفراهيدي أبو عبد الرحمان الخليل بن أحمد بن عمرو، (100-170هـ/718-786م) العين، تح: مهدي المخزومي-إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال-بيروت، (د.ط.)، (د.ت.).
- 72- ابن فرحون برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد، (ت799هـ/1397م): تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، تح: جمال المرعشلي، دارعالم الكتب-الرياض، (ط.خ.)، (1423هـ - 2003م).
- 73- فؤاد عبد المنعم أحمد، شيخ الإسلام ابن تيمية والولاية السياسية الكبرى في الإسلام، دار الوطن-الرياض، ط1 (1417هـ).

قائمة المصادر والمراجع

- ابن قدامة أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، (541-620هـ/1147-1223م):
- 74-المغني**، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي-عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب-الرياض، ط3(1417هـ-1997م).
- 75-الشرح الكبير**، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار الهجر- القاهرة، ط1 (1415هـ - 1995م).
- القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري، (600-671هـ/1204-1273م):
- 76-مختصر تفسير القرطبي**، تح: عرفان حسونة، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1 (2001م).
- 77-الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان**، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط1(1467هـ-2006م).
- 78-القليوبي أحمد سلامة**(ت1069هـ/1659م)- عميرة أحمد البرلسي(ت957هـ)، حاشيتنا قليوبي وعميرة، دار الفكر- بيروت، (د. ط)، (1415هـ-1995م).
- 79-ابن القيم الجوزية أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب**(691-751هـ/1292-1350م)، أعلام الموقعين عن رب العالمين، تح: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1(1411هـ-1991م).
- 80-الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود**،(ت587هـ)بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تح: علي محمد معوض-عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، ط2 (1424هـ - 2003م) .
- 81-ابن كثير اسماعيل بن عمر عماد الدين أبي الفداء**،(701-774هـ)تفسير ابن كثير، دار الفكر-بيروت،(د.ط)،(1422هـ-2002م).
- 82-ابن مازة برهان الدين أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز**،(551-616هـ/1156-1219م)المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تح: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1 (1424هـ-2004م).
- 83-مالك بن انس بن مالك بن عامر**،(93-179هـ/711-795م)،المدونة الكبرى رواية سحنون، مطبعة السعادة-السعودية،(د . ط)، (2014م).
- 84-أبو مالك كمال بن السيد سالم**، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المكتبة التوفيقية - القاهرة، ط1 (2003م).
- **الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب**،(364-450هـ/974-1058م):
- 85-الحاوي الكبير**، تح: علي معوض-عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1(1414هـ-1994م).
- 86-الأحكام السلطانية والولايات الدينية**، تح: أحمد مبارك البغدادي، مكتبة دار القتيبة - الكويت، ط1(1409هـ-1989م).
- 87-النكت والعيون تفسير الماوردي**، تح: السيد بن عبد المقصود بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية-بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- 88-محمد الزحيلي**، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير- دمشق، ط2(1427هـ-2006م)، ج1، ص(492).

قائمة المصادر والمراجع

- 89- محمد الشوكاني، (1173-1250هـ) نبيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تح: رائد بن صديري ابن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية - لبنان، (د. ط) (2004م).
- 90- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، (م 1371هـ) مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، دار أصدقاء المجتمع - المملكة العربية السعودية، ط 11 (1431 هـ - 2010م).
- 91- محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، (600-671هـ/1204-1273م) الجامع لأحكام القرآن: تح: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط 1 (1427هـ - 2006م).
- 92- محمد بن صالح العثيمين، (1929-2001م) منظومة أصول الفقه وقواعده، دار ابن الجوزي- الرياض، ط 3 (1434هـ).
- 93- محمد بن فرامرز بن علي منلا خسرو، دبر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية- القاهرة، (د. ط)، (د. ت).
- 94- محمد رأفت عثمان، (1935-2016م)، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، (د. م)، (د. ط)، (د. ت).
- 95- محمد طاهر الجوابي، المجتمع والأسرة في الإسلام، دار عالم الكتب-رياض، ط 3 (1421هـ-2000م).
- 96- محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر-عمان، ط 2 (1435هـ-2014م).
- 97- محمد طاهر الجوابي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تح: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية-القاهرة، (د. ط)، (1375هـ-1956م)
- 98- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، مكتبة الوفاق- المملكة العربية السعودية، ط 7 (1320 هـ - 1999م).
- 99- مصطفى سعيد الخن، (1923-2008م) عبد الله بن عباس حبر الأمة وترجمان القرآن، دار القلم-دمشق، ط 4 (1415هـ-1994م)
- 100- ابن منذر أبو بكر محمد بن إبراهيم، (242-319هـ/856-931م) الإشراف على مذاهب العلماء، تح: صغير أحمد الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية - الإمارات العربية المتحدة، ط 1 (1425 هـ - 2004م).
- 101- المواق محمد بن يوسف أبو عبد الله، (ت 897-1492م) التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية- بيروت، ط 1 (1416هـ - 1994م).
- 102- نادية شريف العمري، الاجتهاد في الإسلام، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط 3 (1405هـ-1985م).
- 103- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تح: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية- بيروت، ط 1 (1418هـ-1997م).
- 104- هاني طعيقات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق-عمان، ط 1 (2006م).
- 105- ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد، (ت 861هـ) شرح فتح القدير، المطابع الأميرية- مصر، (د. ط)، (1315هـ).

قائمة المصادر والمراجع

- 106-وهبة الزحيلي،(1436هـ/1932-2015م) الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر- دمشق، ط2 (1405هـ-1985م).
- 107-اليحصبي أبو الفضل عياض بن موسى،(476-544هـ/1083-1149م)، التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة المختلطة، تح: محمد الوثيق-عبد النعيم الحميتي، دار ابن حزم- بيروت، ط1 (1404هـ -1984م).

ثالثا/ كتب التراجم:

1. جندب محمد، علماء ومفكرون عرفتهم، دار الشواف- الرياض، ط4 (1992م) .
2. ابن خلكان أحمد بن محمد بن أبي بكر، (608-681هـ/1211-1282م) وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تح: إحسان عباس، دار صادر- بيروت، (د.ط.)،(1397هـ -1977م).
3. الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد عثمان أبو عبد الله، سير أعلام النبلاء، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1(1402هـ-1982م).
4. الزركلي خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس(1310هـ-1396هـ/1893-1976م)، الأعلام، دار العلم للملايين -بيروت ، ط5(1980م).
5. عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، ط1،(1414هـ-1993م).
6. ابن فرحون برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد،(ت 799هـ/1397م):الديباج المذهب في معرفة علماء أعيان المذهب، تح: محمد الأحمدى أبو النور، دار التراث للطبع والنشر- القاهرة، (د. ط.)، (د. ت).
7. الفيروز بادي أبو إبراهيم بن علي بن يوسف، (729-817هـ)، طبقات الفقهاء، تح: إحسان عباس، دار الرائد العربي- بيروت، (د ، ط)، (1970م).
8. محمد رضا، الفاروق عمر بن الخطاب، المطبعة المحمودية-مصر، (د.ط.)،(1355هـ-1936م).
9. مزي جمال الدين أبو الحجاج يوسف،(654-742هـ)، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تح: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط1(1403هـ-1983م).
10. اليحصبي أبو الفضل عياض بن موسى،(476-544هـ/1083-1149م)، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، تح: محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1 (1418هـ -1998م).
11. وليد محمد سالم عبد الحق، بذل الإخلاص في سيرة عمرو بن العاص رضي الله عنه، دار مبرة الآل والأصحاب-الكويت، ط1(2013م).

رابعا/ كتب المعاجم:

1. إبراهيم أنيس- عبد الحلیم منتصر- عطية الصوالحي- محمد خلف الله أحمد، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية - مصر، ط4 (1425هـ-2004م).
2. جبران مسعود، الرائد، دار العلم للملايين - بيروت، ط7 (1992م).
3. حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، مكتبة لبنان- بيروت، ط3 (1991م).
4. الرازي أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا،(329-395هـ/941-1004م)، معجم مقاييس اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر- دمشق، (د.ط.)، (1399هـ-1979م).

قائمة المصادر والمراجع

5. الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر(ت660هـ/1261م)،مختار الصحاح،إخراج دائرة المعاجم- مكتبة لبنان، (د.ط)، (1986م).
6. الزبيدي محمد مرتضى الحسيني،(1145-1205هـ/1732-1790م)،تاج العروس من جواهر القاموس، تح: عبد العليم الطحاوي، مطبعة حكومة الكويت، ط2 (1394هـ-1974م).
7. الشريف الجرجاني علي بن محمد بن علي،(740-816هـ/1339-1413م) معجم التعريفات، تح:محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة- القاهرة، (د. ط)، (2011 م).
8. الفيروز بادي أبو إبراهيم بن علي بن يوسف،(729-817هـ)، القاموس المحيظ، مؤسسة الرسالة - دمشق، ط6 (1998م).
9. المناوي زين الدين محمد عبد الرؤوف بن تاج العارفين،(952هـ-1031هـ) التوقيف على مهمات التعاريف،تح: د. عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتب- القاهرة، ط1(1410هـ-1990م).
10. ابنمنظور جمال الدين بن مكرم (1232-1311م/630-711هـ)لسان العرب، دار صادر - بيروت، (د. ط)، (د. ت).

خامسا/كتب التاريخ:

- شوقي ضيف،(1910-2005م)تاريخ الأدب العربي العصر العباسي، دار المعارف-مص، ط7 (2014م).

سادسا/ كتب القانون:

1. بعوش دليلة، المدخل إلى العلوم القانونية، محاضرات مقدمة لطلبة سنة أولى، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، (2015م).
2. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية-الجزائر، ط4(2005م).
3. حداد عيسى، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار-الجزائر، (د. ط)، (2006م).
4. خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الجامعة الجديدة ، الجزائر، (د. ط) (2015م)
5. سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة-الجزائر، ط3(1996م).
6. سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، دار هومة-الجزائر، ط3(2011م).
7. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائري، ط1(1430هـ-2009م).
8. عباس الصراف-جورج حزيون،المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة-الأردن، (د. ط)،(1429هـ-2009م).
9. فاروق عبد الكريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، طبع على نفقة جامعة السليمانية - العراق، (د. ط)، (2004م).
10. الكيالي عبد الوهاب، الموسوعة السياسية، دار الهدى-بيروت، (د. ط)،(د.ت).
11. محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج والاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي-الجزائر، ط1(2007م).
12. محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وق.أ.ج المعدل، دار الوعي-الجزائر(2012م).
13. محمد سامر عاشور، مدخل إلى علم القانون، منشورات الجامعة الافتراضية السورية،(د. ط)،(2018م).

قائمة المصادر والمراجع

14. محمد علي الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة وتحقيق ووقف تنفيذها، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، (د.ط.)، (2007).
15. مصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة - الجزائر، (د.ط.)، (2010).
16. معزي صونية، ملخص مقياس مدخل القانون، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير / جامعة الحاج لخضر - باتنة، (2013م).

سابعا/ الكتب الأجنبية:

- Bertrand Russell, Power a new social analysis, George Allen and unwinltd, London, 1945.

ثامنا/ الرسائل الجامعية:

• أطروحات الدكتوراه:

1. براهيم العبد، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين وبين ق.أ.ج والقانون المدني الفرنسي، رسالة دكتوراه، إشراف: د. داودي عبدالقادر، قسم العلوم الإسلامية/جامعة وهران - أحمد بن بلة-، (2017-2018م).
2. سعادي لعل، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، إشراف: أ. بن ملحة الغوثي، كلية الحقوق - جامعة الجزائر / بن يوسف بن خدة، (2015م).
3. شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، إشراف: د. ريس محمد، كلية الحقوق / جامعة أبي بكر القايد - تلمسان، (2014م).
4. عبد الرحمان محمد عبد الرحمان شرفي، سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، إشراف: د. عبد الرحمان الصديق، قسم الشريعة الإسلامية / جامعة الخرطوم - السودان، (1429هـ - 2008م).
5. محمد يونس فالح الزغبي، القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني، رسالة دكتوراه، إشراف: د. عباس أحمد الباز و د. زياد صبحي ذياب، كلية الدراسات العليا في القضاء الشرعي/الجامعة الأردنية - عمان، (2005م).
6. هديل سبتي، التقديرات الشرعية وتطبيقاتها الفقهية، رسالة دكتوراه، إشراف: د. علي عزوز، قسم الشريعة والقانون / جامعة بن يوسف خدة - الجزائر، (1432هـ - 2011م).
7. يحيوي صليحة، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، إشراف: د. عبد الله سليمان، قسم الحقوق / جامعة بن يوسف بن خدة - الجزائر، (2016م).

• رسائل الماجستير:

1. آيات إبراهيم الغلبان، قاعدة الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد وأثرها في الأحكام الشرعية، رسالة ماجستير، إشراف: د. زياد إبراهيم مقداد، قسم الفقه مقارن/الجامعة الإسلامية - غزة، (1434هـ - 2013م).
2. جاسر جودة علي العاصي، نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني - رسالة ماجستير، إشراف: د. شحادة سعيد السويركي، كلية الشريعة والقانون / الجامعة الإسلامية - غزة، (1428هـ - 2007م).
3. محمد توفيق سليمان موسى، السياسة القضائية لعمر بن الخطاب رضي الله عنه، رسالة ماجستير، إشراف: د. جمال أحمد زيد الكيلاني، كلية الدراسات العليا في الفقه والتشريع/جامعة النجاح الوطنية - فلسطين، (2007م).

قائمة المصادر والمراجع

4. محمد صدراتي، سلطة القاضي في تقيد تصرفات المكلفين (الأحوال الشخصية أنموذجاً)، رسالة ماجستير، إشراف: د. غنية كيري / قسم الشريعة والقانون - جامعة الجزائر، (2015م).
 5. محمود نمر النفار، تقيد السلطة التنفيذية في التشريع الإسلامي، رسالة ماجستير، إشراف: د. مازن إسماعيل هنية، كلية الشريعة والقانون/الجامعة الإسلامية-غزة، (1434هـ-2014م).
 6. معتصم عبد الرحمان محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، إشراف: د. حسن سعد عوض خضر، كلية الدراسات العليا للغة والتشريع / جامعة النجاح الوطنية - فلسطين، (2007م).
 7. المنشاري نور الهدى، الخلع -دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، إشراف: د. تشوار الجيلالي، كلية الحقوق /جامعة أبو بكر القايد- تلمسان، (2014م) .
 8. النفيسة عبدالله بن عبد الوهاب، مسؤولية القاضي عن الضرر الناشئ عن التقاضي في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير، إشراف: د. محمد المدني بوساق، قسم العدالة الجنائية / جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض، (1327هـ-2006م).
 9. يحيوي نادية، الصلح وسيلة لتسوية نزاعات العمل وفقا للتشريع الجزائري، رسالة ماجستير، إشراف: د. معاشم نبالي فطة، قسم قانون المسؤولية المهنية/ جامعة مولود معمري - تيزي وزو، (2013م).
- **رسائل الماجستير:**
1. ابتسام محانقي، الطلاق وإشكالاته في ق.أ.ج، إشراف: د. نجيمة رحمانى، مذكرة ماستر، قسم الحقوق /جامعة محمد بوضياف-المسيلة، (2017م).
 2. البشير كوثر، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. بوزيد خالد، قسم القانون الخاص / جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم، (2018م).
 3. بلال فنيش، تعديلات قانون الأسرة الجزائري في الخطبة وعقد الزواج، مذكرة ماستر، إشراف: د. أحمد الزايدي، قسم الحقوق/جامعة محمد بوضياف-مسيلة، (2016م).
 4. تقراج وردة - تغزليت جميلة، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة ماستر، إشراف: د. إقروفة زبيدة، قسم قانون خاص / جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية،(2017م).
 5. تمولت سلوى-بوزورين سعيدة، نشوز الزوجة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، مذكرة ماستر، إشراف: د. تريكي فريد، قسم القانون الخاص/جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية، (2015م).
 6. جرمولي ندى- فلة فريال، قيمة وسائل الإثبات الإجرائية في الإثبات المدني، مذكرة ماستر، إشراف: أ. سرايش زكريا، قسم قانون الخاص / جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، (2017م).
 7. جرمون آسيا-فرجوج وداد، القرابة في ولاية التزوج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات، مذكرة ماستر، إشراف: د. آيت شاوش دليلة، قسم قانون خاص / جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، (2015م).
 8. حسونة بلقاسم، الالتحاق بالوظيفة العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. مرزوقي عبد الحليم، قسم الحقوق/جامعة محمد خيضر-بسكرة،(2013-2014م)
 9. حنان الشريف، التطبيق وفقا لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. عبد الفتاح حمادي، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف- المسيلة، (2017م).

قائمة المصادر والمراجع

10. خبزوي لبندة- موسى كاهنة، السلطة التقديرية عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارهما، مذكرة ماستر إشراف: أ. عيسات اليزيد، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، (2013م).
11. رواط رزيقة، زرارة فاطمة الزهراء، أحكام الخلع في ق.أ.ج.، مذكرة ماستر، إشراف: أ. سواعدي الجبلاي، قسم الحقوق/جامعة الجبلاي بونعامة- خميس مليانة، (2015م).
12. شريف الحسين، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في مجال العقوبة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. عمارة علي، قسم الحقوق / جامعة محمد خيضر - بسكرة، (2018م).
13. شريفي فاطمة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. طيوس فتحي، قسم الحقوق/جامعة الدكتور مولاي طاهر - سعيدة، (2017م).
14. صالحى هاجر، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الطلاق، مذكرة ليسانس، إشراف: أ. صالحى سميرة، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرياح - ورقلة- (2013-2014م).
15. عبدلي نجاه- قادة سليمة، الإثبات عن طريق الشهادة في القانون الجنائي، مذكرة ماستر، إشراف: أ. طباش عز الدين، قسم قانون الخاص/جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، (2013م).
16. عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. أحمد غرابي، قسم الحقوق / جامعة محمد بوضياف- مسيلة، (1436هـ-2015م).
17. بن عيسى نور الهدى، الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: د. نور الدين يوسف، قسم الحقوق / جامعة محمد خيضر - بسكرة، (2018م).
18. غلاب الحسن، الإثبات الجنائي بالقرائن القضائية، مذكرة ماستر، إشراف: أ. عجايي إلياس، قسم الحقوق/ جامعة محمد بوضياف- المسيلة، (2014م).
19. قورادش فاطمة الزهراء، أسباب التطلق وإشكالات إثبات الضرر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. بوسمطة شهرزاد، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر - بسكرة، (2016م).
20. كباب سميرة - مومن الحاج، الطلاق التعسفي في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. بن شويخ رشيد، قسم الحقوق / جامعة الجبلاي بونعامة - خميس مليانة، (2015م).
21. كباب سميرة، مومن الحاج، الطلاق التعسفي في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. بن شويخ رشيد، جامعة الجبلاي بونعامة - خميس مليانة (2015م).
22. كريم هاشم، دور القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مذكرة ماستر، إشراف: أ. محمد فتحي، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر/ بسكرة، (2014-2015).
23. لعلام نجاه، الأهلية في الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. الوافي سعيد، قسم العلوم القانونية / جامعة محمد بوضياف- مسيلة(2016م).
24. لقبال تسعديت، لخبث سهام، الصلح والتحكيم في قضايا الطلاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، مذكرة ماستر، إشراف: د. تريكي فريد، قسم القانون الخاص/جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية، (2016م).
25. محمد قاسمي، التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة - في إطار القانون والفقه والفضاء المقارن-، مذكرة ماستر، إشراف: د. عبد الرزاق أيوب، قسم العلوم القانونية / جامعة ابن زهر - المغرب، (2017م).
26. محمدي نصيرة-يحيواي ياقوت، التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة، مذكرة ماستر، إشراف: د. تريكي فريد، قسم قانون/ جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، (2016م).

قائمة المصادر والمراجع

27. بن مدخن مريم-بركمال سعاد، الإذن القضائي بزواج القصر، مذكرة ماستر، إشراف: أ. لحضيري وريدة، قسم القانون الخاص/جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية، (2017م).
28. مريم سليمان، أحكام الخطبة دراسة فقهية معاصرة، مذكرة ماستر، إشراف: أ. أحمد خويلدي، تخصص الفقه وأصوله / جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي (1436هـ - 2015م).
29. معطى سهام، النشوز، مذكرة ماستر، إشراف د. سعيدي بن يحيى، قسم العلوم والقانون والإدارة / جامعة د. الطاهر مولاي- سعيدي، (2016م).
30. مقران طارق عزيز، إجراءات تنظيم تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية والقوانين الوضعية، مذكرة ماستر، إشراف: أ. بنشوري صالح، قسم الحقوق / جامعة محمد خيضر - بسكرة، (2015م).
31. نذير شطوح، الصلح بين الزوجين في الشريعة والقانون الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. خلف الله ميلود، قسم الحقوق / جامعة محمد خيضر - بسكرة، (2017م).
32. نسيم عبد، الخلع على ضوء الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. صولي زهرة، قسم الحقوق / جامعة محمد خيضر - بسكرة، (2015م).
33. يوسف كهيبة - ولامي ليلي، عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، إشراف: أ. مقتانة مبروكة، قسم القانون الخاص / جامعة عبد الرحمان ميرة -بجاية، (2013م).

تاسعا/ المجالات:

1. زياد خلف عودة، مسؤولية الدولة في التعويض عن أخطاء القضاة، لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية(بحوث القانون)، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي-بغداد، العدد 31، (1-10-2018).
2. عبد المجيد عبد التواب شيحة-شيخة عبد الله مسند، برتراند راسل فيلسوفا ومصالحا ومربيا، حولية كلية التربية / جامعة قطر - العدد 12، (1416هـ-1995م).
3. عقيل عبد الرزاق عفان الحمداني، شروط الاجتهاد في تقليد ولاية القضاء، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، العدد الثالث، المجلد الأول، (2009م).
4. على خالد دببيس- ميثاق طالب غركان، القضاء في القانون والفقه الإسلامي، مجلة أهل البيت عليهم السلام، كربلاء، العدد 14، (د.ت).
5. عمر عباس-جميلة الرفاعي، سلطة القاضي التقديرية في إنشاء عقد الزواج وحله دراسة مقارنة بالقانون الأردني، مجلة الجامعة الأردنية.
6. كريمة محروق، قيود تعدد الزوجات وإشكالاتها قراءة في نصوص القانون واجتهادات المحكمة العليا، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الأخوة منتوري- قسنطينة، العدد 48، (ديسمبر 2017م).

عاشرا / النصوص القانونية والقرارات القضائية:

1. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمنتم لسنة 2012.
2. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، يتضمن قانون المدني الجزائري، المعدل والمنتم بالقانون رقم 05-10 الجريدة الرسمية الصادرة في 20 يونيو 2005.

قائمة المصادر والمراجع

3. الأمر رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21 الصادرة في (17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق لـ 23 أبريل سنة 2008م).
4. الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بأمر رقم 05-02 جريدة رسمية، الصادرة في 27 فبراير 2005.
5. قانون العضوي رقم 04-11 مؤرخ في 21 رجب عام 1425 هـ الموافق لـ 06 سبتمبر سنة 2004م، يتضمن القانون الأساسي للقضاء.
6. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16/03/1999، ملف رقم 216239 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، لسنة 2001، العدد الخاص.
7. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 21/07/1992 ملف رقم 83603، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001 العدد الخاص.
8. قرار المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية، قرار بتاريخ: 27/01/1986 / ملف رقم 39731، مجلة القضاء، عدد 04، 1993.

الحادي عشر / مواقع الانترنت:

➤ ستار تايمز - <http://www.startimes.com>

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الصفحة	المحتوى
	الإهداء
	الشكر والتقدير
أ	مقدمة
ذ	قائمة المختصرات
10	الفصل الأول: ماهية السلطة التقديرية للقاضي في الأحوال الشخصية
11	تمهيد
12	المبحث الأول: تعريف السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية
12	المطلب الأول: مفهوم مصطلحات السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية
12	الفرع الأول: تعريف السلطة والتقدير
15	الفرع الثاني: تعريف القاضي والأحوال الشخصية
19	المطلب الثاني: المفهوم المركب لمصطلح السلطة التقديرية للقاضي
19	الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي
20	الفرع الثاني: تعريف السلطة التقديرية في القانون الجزائري
21	المبحث الثاني: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي
21	المطلب الأول: مشروعية السلطة التقديرية من كتاب الله وسنة النبي صلى الله عليه وسلم وآثار الصحابة رضوان الله عليهم
21	الفرع الأول: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من القرآن الكريم وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم
25	الفرع الثاني: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من آثار الصحابة
28	المطلب الثاني: مشروعية السلطة التقديرية من المعقول والقواعد الفقهية
28	الفرع الأول: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من المعقول

فهرس المحتويات

29	الفرع الثاني: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من القواعد الفقهية
31	المبحث الثالث: شروط القاضي ومصادر أحكام السلطة التقديرية له
31	➤ المطلب الأول: شروط القاضي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
31	الفرع الأول: شروط القاضي في الفقه الإسلامي
36	الفرع الثاني: شروط تعيين القاضي في القانون الجزائري
37	المطلب الثاني: مصادر أحكام السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
37	الفرع الأول: مصادر أحكام القاضي المجتهد في الفقه الإسلامي
44	الفرع الثاني: مصادر أحكام السلطة التقديرية للقاضي في القانون الجزائري
47	الفصل الثاني: سلطة القاضي في بعض مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
48	تمهيد
49	المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في انعقاد الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
50	المطلب الأول: سلطة القاضي التقديرية في التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة وحالات استحقاق مهر المثل
50	الفرع 1: سلطة القاضي في تقدير العوض المترتب عن العدول عن الخطبة
56	الفرع 2: سلطة القاضي في تقدير حالات استحقاق مهر المثل
58	المطلب الثاني: سلطة القاضي التقديرية في الترخيص بزواج القاصر
59	الفرع 1: تحديد سنّ الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
63	الفرع 2: ولاية القاضي لزواج القاصر
64	المطلب الثالث: سلطة القاضي التقديرية في تحديد شروط تعدّد الزوجات ومنح الإذن به
65	الفرع 1: حقيقة التعدّد (تعريفه/ مشروعيته/ الحكمة من تشريعه).
67	الفرع 2: شروط تعدّد الزوجات في الفقه الإسلامي وتقدير القاضي لها في القانون الجزائري

فهرس المحتويات

73	المبحث الثاني: سلطة القاضي التقديرية في انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
74	المطلب الأول: سلطة القاضي التقديرية في النشوز.
74	الفرع 1: تعريف النشوز
75	الفرع 2: النشوز في الفقه الإسلامي وتقدير القاضي له في القانون الجزائري
80	المطلب الثاني: سلطة القاضي التقديرية في الطلاق والخلع
81	الفرع 1: سلطة القاضي التقديرية في الطلاق.
86	الفرع 2: سلطة القاضي التقديرية في الخلع
92	المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق
92	الفرع 1: طلب التطليق للضرر في الفقه الإسلامي
93	الفرع 2: تقدير القاضي لحالات التطليق في القانون الجزائري
103	المبحث الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في بعض الآثار المترتبة عن انعقاد الرابطة الزوجية وانحلالها
103	المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير نفقة الزوجة ونفقة عدّة المطلقة
103	الفرع 1: سلطة القاضي في تقدير نفقة الزوجة
107	الفرع 2: سلطة القاضي في تقدير نفقة المعتدات من الطلاق
109	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع
109	الفرع 1: مقدار عوض الخلع الذي يجوز أخذه وبذله عند الفقهاء
110	الفرع 2: سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع في القانون الجزائري
110	المطلب الثالث: سلطة القاضي في الحضانة
110	الفرع 1: الحضانة في الفقه الإسلامي
114	الفرع 2: سلطة القاضي التقديرية في الحضانة في القانون الجزائري
118	خاتمة
121	الملاحق
129	فهرست الآيات

فهرس المحتويات

134	فهرست الأحاديث
137	فهرست الأعلام
141	قائمة المصادر والمراجع
156	فهرس المحتويات

ملخص البحث

الملخص:

تطرقنا لموضوع السلطة التقديرية للقاضي في الأحوال الشخصية ، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، إذن فللقاضي سلطة في حل النزاعات المطروحة أمامه، والمتعلقة أكثر بالرابطة الزوجية من التعويض عن العدول عن الخطبة والترخيص بزواج القاصر، وشروط تعدد الزوجات ومنح الإذن به، وانحلالها وما يترتب عليه من نشوز، وطلاق، وخلع، وحالات التطليق، والآثار المترتبة عليهما من نفقة وحضانة...، فنجد إلى حد كبير توافق أحكام الشريعة الإسلامية بقواعد القانون الجزائري، إلا أن هذا الأخير سكت عن بعض الأحكام المهمة المتعلقة بأحكام الأسرة، ولم يبين النص الذي يحكم به القاضي، مما يجعله يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، دون تحديد المذهب الفقهي الذي يعتمد عليه، مما يعني مَنَحَه سلطة تقديرية واسعة، وبالإستناد إلى أعراف وتقاليد المنطقة التي يباشر فيها نشاطه.

Abstract:

We considered the theme of discretionary authority of the judge in the field of personal status through a compared juristic study of the Algerian family law. The judge has the authority to solve the put up conflicts that are related to marital association such as : the compensation for turning off engagement liscence , permitting minor marriage , permitting polygamy and its dissolution and all wht may consequent like : recalcitrance , divorce , dislocatin ,cases of divorce and resulting effects as :expense , nursery ...etc. We discover that the islamic law provisions and algerian family law are compatible. However , this last sometimes misses some necessary judgments that are related to family law and in other times it does not show a clear judgement.thus the judge , as he has a large discretionary authority ,relies on the islamic law without announcing to which juristic doctrine he appealed ,taking into account the cuctoms and traditions of the region he works in.