السلطة التقديرية للقاضي في مسألة الترخيص بالتعدد في قانون الأسرة الجزائري.

حفيظة فضلة
أستاذة مساعدة أ
جامعة محمد الشريف مساعدية سوق أهراس

الملخص باللغة العربية.

نظم المشرع الجزائري مسائل الزواج في جملة من نصوص قانون الأسرة، وقد جاءت معظم نصوصه مرنة تاركة المجال مفتوحا للقاضي لإعمال سلطته التقديرية، ففضلا عن سلطته في مسألة الترخيص بالزواج للقصر، فلقد منح المشرع كذلك للقاضي سلطة واسعة في مسألة الترخيص بالتعدد، وهذا ما تضمنته المادة الثامنة من قانون الأسرة التي نصت على جملة من الشروط والضوابط التي يجب على الزوج مراعاتها عند الرغبة في التعدد، وتبقى للقاضي سلطة واسعة في منحه الترخيص أم لا، فعليه أن يكون صائبا ودقيقا في عملية التقدير حتى لا يتعسف في منحه لمن كانت ظروفه وأحواله تستدعي ذلك الترخيص.

ومن هنا جاءت هذه الدراسة لتحديد نطاق ممارسة القاضي لسلطته التقديرية في مسألة تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري.

الكلمات المفتاحية: المبرر الشرعي، العدل بين الزوجات، رخصة بالزواج، سلطة القاضي التقديرية.

Résumé

Le législateur algérien a réglementé les questions du mariage dans un certain nombre de dispositions du code de la famille. La plupart de ses textes sont flexibles, laissant ainsi libre cours au juge d›exercer son pouvoir discrétionnaire. Outre son droit d'accorder son autorisation au mariage des mineurs, Le législateur lui a également donné un large pouvoir. Ce même pouvoir étant aussi d'autoriser la polygamie. Ceci étant prévu dans l›article 8 du code de la famille .

.Pour conclure ,cette étude vise à déterminer l‹étendue du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de polygamie dans le code algérien de la famille.

Mots-clés justificatif légal ,égalité entre les épouses, autorisation de mariage, pouvoir discrétionnaire du juge

المقدمة .

تعدد الزوجات كان النظام السائد قبل الإسلام، فقد كان نظاما راسخا في حياة العرب، وكل بيئات العالم المتحضرة وغير المتحضرة، كان هذا النمط من الزواج يعرف بالفوضى حيث لا يخضع لأي ضابط و لا رقيب، إلى أن سطعت شمس الإسلام إلى الوجود معالجة بذلك تلك الفوضى التي سادت هذا النظام.[1]

أقر الاسلام بتعدد الزوجات و سّيجه بمجموعة من الضوابط والقيود التي تعصم مستعمله من التعسف واشترط العدل والقدرة على الإنفاق وتوعد كل من فرط فيها بالإثم والعقاب الأخروي،[2] لذلك فللشريعة الاسلامية نظرة خاصة في التعدد تفوق نظرة الشرائع القديمة لما اتسمت به من العدالة والموازنة بين الفطرة البشرية وبين ما يجب أن تكون عليه هذه الفطرة.[3]

وبهذا جاءت أغلب التشريعات الأسرية بما فيها قانون الأسرة الجزائري الذي أباح مسألة التعدد وقيده بجملة من الضوابط والإجراءات التي يمكن لها أن تزيل عيوب التعدد، وهذا ما أورده الإصلاح التشريعي و التعديل الأخير بموجب الأمر 05/02 في المادة الثامنة منه، وقد جاءت هذه الأخيرة مرنة تاركة المجال مفتوحا للقاضي من أجل استخدام سلطته التقديرية في منح الترخيص بالتعدد.

وعليه فموضوع السلطة التقديرية للقاضي في الترخيص بالتعدد هو محل هذه الدراسة نظرا لأهميته البالغة وارتباطه الوثيق بالأفراد، وذلك من خلال منح الترخيص بتعدد الزوجات لمن كانت أحواله وظروفه تستدعي ذلك، بهدف التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم.

من هنا يتحدد موضوع بحثي وتبرز لنا الإشكالية التالية:

إلى أي مدى وفقت الإرادة التشريعية الجزائرية في تحديد نطاق السلطة التقديرية للقاضي في مسألة الترخيص بتعدد الزوجات في قانون الأسرة؟

سأحاول الإجابة عن هذه الإشكالية عن طريق تقسيم الدراسة على النحو التالي:

أولا: مفهوم السلطة التقديرية والترخيص.

ثانيا: أساس السلطة التقديرية للقاضي وطبيعتها القانونية.

ثالثا: سلطة القاضي في تقدير المبرر الشرعي.

رابعا: سلطة القاضي في تقدير مدى توافر العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

خامسا: سلطة القاضي في التأكد من موافقة الزوجة السابقة واللاحقة فيما يتعلق بالتعدد.

أولا: مفهوم السلطة التقديرية.

السلطة التقديرية مفهوم مركب من جزئين :

الشطر الأول: السلطة،

و الشطر الثاني: التقديرية.

سوف أحاول بيان مفهوم السلطة التقديرية عن طريق التطرق لمعناها في اللغة، ثم أتعرض إلى مفهوم السلطة التقديرية في

الاصطلاح القانوني، وأخيرا أتناول مفهوم السلطة التقديرية من الناحية الشرعية .

أ/مفهوم السلطة التقديرية في اللغة.

السلطة في اللغة: من سَلِطَ، يَسْلَطُ، سَلاَطَة، و سَلُطَ، و السَّلاَطَة: القهر والحدة، والتَسْلِيطُ: إطلاق السلطان، وقد سلطه الله عليه فتسلط، والاسم سلطة.

والسُّلْطَةُ: التَّسَلُّطُ، والسَّيْطَرَةُ والتَّحَكُّمْ.[4]

فالسّلطة إذن تدل حسب معناها اللغوي على القهر والحدة والسّيطرة والتّحكم.

والتقديرية في اللغة: والتقدير لغة: من قدر يقدر، وبابه نصر وضرب.

والقدر والقُدْرَةُ والمقدار: القوة والقَدْرُ: الغنى واليسار، وهو من ذلك لأن كله قوة، قَدُرَ كل شيء ومِقْدَارُهْ: مِقْيَاسُهْ، وقَدْرَ الشيء بالشيء وقدره: قاسه، والتقدير على وجوه من المعاني:

أولها: التروي والتفكير في تهيئة الأمر وتسويته.

الثاني: تقديره بعلامات يقطعه عليها.

الثالث: أن تنوي أمرا بعقدك، تقول قدرت أمر كذا وكذا أي نويته وعقدت عليه،[5]

فالتقدير حسب معناه اللغوي يدل على القياس والتروي والتفكير في تسوية أمر معين.

وعليه فالسلطة التقديرية هي القدرة على التفكير والتدبر والتسلط في تسوية الأمور وفقا للعقل، أو بمعنى آخر هي التحكم والسيطرة على الأمور بحسب العقل والتفكير.[6]

ب/مفهوم السلطة التقديرية من الناحية القانونية.

السلطة قانونا تعني إخضاع إرادة شخص لإرادة شخص قانوني آخر، فهي إذن علاقة قانونية بين إرادتين إحداهما خاضعة للأخرى التي تتفوق وتنمو عليها.[7]

فالقول بمنح القاضي سلطة معناه منحه ما تفيد كلمة السلطة من القوة والصلاحية، وأن يمكن استعمالها على الشكل الصحيح، وأن ينفذ ثمراتها ولو بالقوة، وأن تكون أحكامه الصادرة عن هذه السلطة لها من الحجية والنفاذ ما يجعلها مفيدة ومستقلة.[8]

لذا يمكن القول أن السّلطة التقديرية قانونا هي صلاحية تمكن صاحبها من إذعان إرادة شخص آخر لإرادته ولو بالقوة.

ج/ مفهوم السلطة التقديرية من الناحية الشرعية.

لم يستخدم الفقهاء في القديم مصطلح السلطة التقديرية للقاضي رغم إنتشاره الكبير عند القانونيين ورغم هذا قالوا به تحت مصطلحات أخرى، وبما استخدموه: رأي القاضي، حكم القاضي، نظر القاضي واجتهاد القاضي، وهذه المصطلحات لما بينهما من تداخلات كبيرة، فإنها تعد وجه لشيء واحد تسمى السلطة التقديرية.[9]

أما عند الفقهاء والمسلمين بصفة خاصة فإن المصطلح لم يستعمل بعينه، إلا أن السلطة عندهم كانت تعني القوة والتمكن من تنفيذ أحكام الله تعالى على وجه الإلزام.[10]

كما يشهد بذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: « فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُونَ فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا»،[11]وكذلك قوله تعالى: « وَلَوْ شَاءَ اللهُ لَسَلَّطَهُمْ عَلَيْكُمْ».[12]

كذلك جاء في السنة النبوية الشريفة ما يفيد في معناه سلطة القاضي التقديرية على أساس أنها نشاط يقوم به القاضي للوصول إلى الحكم(وذلك طبقا لقوله صلى الله عليه وسلم) فعن أم سلمة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله وسلم: « إنكم تختصمون إليَّ ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي على نحو ما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئا فإنما أقطع له قطعة من النار». متفق عليه ،[13] وهذا يعني أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقضي بالاجتهاد بوصفه ذو سلطة.[14]

فالسلطة التقديرية فقها أساسها العمل العقلي والنشاط الذهني بمختلف وجوهه، يقوم بها القاضي إزاء الدعاوى والخصومات التي ترفع إليه، فيقرر فيها حكما من أحكام الشرع إن كان موجودا بعد التأكد من مطابقة الدعوى لشروط الحكم عليها بالنص، أو البحث والاجتهاد بالرأي إذا كان الحكم غير منصوص عليه، هذا مع مراعاة أحوال المتقاضين حين إصدار الحكم.[15]

أما السلطة التقديرية في القانون فهي:» ذلك النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه»[16]

إذن يمكن القول أن السلطة التقديرية للقاضي هي عملية ذهنية يقوم بها القاضي بهدف إيجاد حكم مناسب للدعوى المعروضة عليه.

د/مفهوم الترخيص.

***الترخيص في اللغة.**

ورد تعريف الترخيص في **المعجم الوسيط** فيقال :

رخص له في الأمر: سهله ويسره، ويقال: رخص له كذا،

ورخصه فيه: أذن له فيه بعد النهي عنه.

ترخص في الأمور : أخذ فيها الرخصة.

الرخصة: التسهيل في الأمر والتيسير.

***وفي الشرع :** مايغير من الأمر الأصلي الى يسر وتخفيف.[17]

وهو نفس التعريف الوارد في القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، في أن المقصود

بالترخيص: التسهيل والتيسير في الأمر والإذن بعد النهي عنه.

والرخصة شرعا: حكم شرعي سهل انتقل إليه عن حكم شرعي صعب لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلي(الدسوقي).

أما **اصطلاحا**: الحكم الثابت على خلاف دليل الوجوب، أو الحرمة لعذر(الشوكاني).[18]

لهذا يمكن أن نستنتج أن **الترخيص في اللغة** يفيد التسهيل والتيسير في الأمر.

أما فيما يتعلق **بمسألة الترخيص بالتعدد** يمكن القول بأنها صلاحية منحها المشرّع الجزائري للقاضي وذلك بهدف التيسير على

الناس ودفع الضرر عنهم، لمن كانت أحوالهم وظروفهم تستدعي ذلك الترخيص متى توفرت شروطه من مبرر شرعي وقدرة على توفير العدل بين الزوجات و الشروط الضرورية للحياة الزوجية...

ثانيا: أساس السلطة التقديرية للقاضي وطبيعتها القانونية.

أ/ أساس السلطة التقديرية للقاضي.

لقد اختلفت الآراء الفقهية حول مسألة أساس السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي فهناك من يؤسسها على طبيعة وظيفة القاضي، حيث أن كلا من سلطة الحكم في الدعوى والسلطة التقديرية للقاضي تدخلان ضمن عناصر الوظيفة القضائية، في حين أسسها فريق آخر من الفقهاء على مشكلة النقص في التشريع، حيث مادام التشريع عمل من أعمال الإنسان فكل عمل إنساني حتما يكون مشوبا بالقصور، وهذا القصور لا يمكن للقاضي أن يتذرع به وإلا اعتبر منكرا للعدالة التي تعتبر غاية النظام القانوني، فهذه الغاية يجدها القاضي في القانون ويجدها المتقاضي في القاضي، لذا فالقاضي لا يمكن له أن يتحلل من الفصل في الدعوى بحجة عدم وجود نص قانوني ينطبق على الوقائع المعروضة عليه.[19]

ب/ الطبيعة القانونية للسلطة التقديرية للقاضي.

إن السلطة التقديرية للقاضي هي لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أيا كان موضوع المنازعة، فالسلطة التقديرية هي عمل يقوم به القاضي بهدف تحقيق الغاية الموضوعية من القانون، ومن ثم تعد من صميم عمل القاضي، فأينما وجدت السلطة القضائية أمكن الحديث عن السلطة التقديرية التي يمارس القاضي من خلالها ولاية القضاء.[20]

ومن هنا يمكن القول أن حقيقة العمل التقديري، أو بعبارة أخرى طبيعة السلطة التقديرية للقاضي لا تخلو من كونها:

ضرب من الاجتهاد: أي نوع من الاجتهاد، اجتهاد في فهم النص واجتهاد في تطبيقه، وهي صورة من صور الاجتهاد بالرأي.[21]

والاجتهاد في معنى القضاء يطلق على المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء ما يتعلق بنصوص القانون، أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص.

ولذلك قد يأخذ الاجتهاد شكل التفسير، وذلك في حال غموض النص لأي سبب كان سواء بسبب غموض ألفاظه، أو بسبب خلل في الصياغة أو تضارب في العبارات أو غيره.[22]

ثالثا: سلطة القاضي في تقدير المبرر الشرعي.

عند تصفح قانون الأسرة الجزائري نجد أن المادة الثامنة منه تنص على القيود أو الشروط المتعلقة بالتعدد، حيث جاء فيها:

« يسمح بالزواج بأكثر من زوجة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية».[23]

فالمشرع الجزائري من خلال هذا النص وبمقتضى التعديل الجديد قد سمح بالزواج بأكثر من واحدة (التعدد)، لكنه فرض جملة من الضوابط والإجراءات لا يمكن إبرام الزواج إلا من خلالها وهذه الضوابط هي:

-وجود المبرر الشرعي.

-توفر شروط ونية العدل.

-إخبار الزوجة السابقة واللاحقة وإثبات موافقتهما.

-تقديم طلب الترخيص المسبق بالزواج لرئيس المحكمة الكائن بمكان مسكن الزوجية.[24]

-شرط كون التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة(في حدود أربع زوجات فقط).

اتجه بعض المفكرين إلى المناداة بوضع قيود لتعدد الزوجات منها أن من يرغب في الزواج على امرأته عليه أن يقيم الدليل أمام القضاء على أن زواجه الجديد له مبرر مشروع، ويخضع تقدير هذا المبرر للقضاء، بحيث إذا اقتنع القاضي بما أبداه الرجل من أسباب أذن له في تعدد الزوجات، وإذا لم يقتنع رفض الإذن له بالزواج الجديد.[25]

وفي هذا السياق اتجه المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة الثامنة السابق ذكرها، حيث أنه في واقع الأمر يبدو أن شرط وجود المبرر الشرعي مناسب لإباحة التعدد، غير أن المشرع الجزائري أورد عبارة عامة ولم يحدد المقصود منه لأن المبررات الشرعية كثيرة وتختلف بحسب الوجهة التي ينظر اليها،[26]

كما أنه يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد ماهية المبرر الشرعي ولم يضرب ولو مثالا واحدا لذلك، كما أنه لم يضع أي معيار للتفريق بين المبرر الشرعي وغير الشرعي.[27]

ولقد ألقى مجموعة من الفقهاء عدة اجتهادات في محاولتهم لتفسير هذا المبرر الشرعي الذي أورده المشرع الجزائري مبهما وبحاجة إلى تفسير لتفادي ما قد يقوم من اختلافات متباينة في الأحكام القضائية الصادرة بشأن مفهومه و مضمونه، إذ نجد من الفقهاء من لا يجعل له مفهوما أصلا، ومنهم من لا يكاد يجعل له حدا فيجعل له مدلولا عاما وآخر خاصا، فالعام ما اندرج تحته الأسباب العامة كالرغبة في تكثير النسل، والخاص ما تعلق بشخص الزوج المتعدد أو الحالة التي يعيشها مع زوجته الأولى.[28]

لكن يمكن القول أن المبررات الشرعية المقبولة تتمثل في حالة العقم بموجب خبرة طبية، أو الأمراض المزمنة التي تؤثر على سير الحياة الزوجية، وفي جميع الأحوال فان الأمر متروك لتقدير المحكمة بناء على السلطة التقديرية للقاضي وما يقدم أمامه من ادعاءات.[29]

إن مسألة تقدير المبرر الشرعي ليست بالأمر البسيط أو الهين، لذا لابد على القاضي أن يدقق بحثه لمعرفة الدوافع التي أدت بالزوج إلى الزواج من امرأة أخرى، فقد يكون سببها نزاع عابر بينه وبين زوجته الأولى، وهنا وجب على القاضي القيام بمحاولة الصلح لإصلاح ذات البين وتلطيف الأجواء بين الزوجين بدلا من منح الترخيص أو الإذن على أسباب واهية، لأن هذا الزواج الأخير الذي لم يكن مبني على أسس جدية سيؤدي لا محال إلى العديد من المشاكل، أما إذا تأكد القاضي من جدية الدوافع كمرض زوجته الأولى مرضا يقعدها الفراش لا يستطيع فيه القيام بالواجبات الزوجية أو عقمها وعدم قدرتها على إعطاء حقوقه الشرعية، فمن الأفضل أن يمنح له الترخيص بالزواج بدلا من أن يدفعه إلى تطليق زوجته الأولى، فيطبق أخف الضررين.[30]

رابعا: سلطة القاضي في تقدير مدى توافر العدل بين الزوجات والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

إن العدل الذي أوجبه الإسلام على الرجل الذي يجمع بين أكثر من زوجة إنما هو العدل والمساواة في الإنفاق و الإسكان، والمبيت، وحسن المعاشرة، والقيام بواجبات الزوجة.[31]

والمقصود هو أن يسوي الزوج متعدد الزوجات بينهن في المعاملة الظاهرة في كل ما يمكن المساواة فيه وتكون له القدرة عليه[23] ،كما لا يجب التسوية في الميل القلبي، لأن ذلك ليس من اختيار الإنسان، وإنما هو تابع لحالة طبيعية، أما ماعدا ذلك من إقامة العدل في المبيت وإعطاء كل واحدة نفقتها مثلها بدون جور فانه مستطاع من كل أحد.[33]

ولقد اختلف البعض في فهم العدل المطلوب في التعدد، فمنهم من فهمه المساواة الكاملة بين النساء، ويرجع ذلك إلى اختلافهم في فهم الآية 3- 129 من سورة النساء، **فالآية الأولى** مصداقا لقوله تعالى:»وإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُواْ فِي اليَتَامَى فَانْكِحُواْ مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ»،[34]أما **الآية الثانية**، فقال عزوجل: «وَلَنْ تَسْتَطِيعُواْ أَنْ تَعْدِلُواْ بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلاَ تَمِيلُوا كُلَّ المَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالمُعَلَّقَةِ...»[35]

وتجدر الاشارة الى أنه ليس هناك تعارض بين الآية 03 والآية 129 من سورة النساء، فالمقصود بالعدل في الآية الأولى هو العدل المادي المتمثل في النفقة والكسوة والسكن والمبيت، أما المراد بالعدل في الآية الثانية هو العدل القلبي وهو غير مستطاع وغير مقدور عليه.

لذلك فان العدل المطلوب في التعدد هو العدل المادي فقط، وهو العدل الظاهر والمقدور عليه لقوله صلى الله عليه وسلم:»من كانت له امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل»،[63]وعن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل فيقول:»اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك».[37]

دل الحديث الأول على أنه يجب على الزوج التسوية بين الزوجات ويحرم عليه الميل إلى إحداهن مصداقا لقوله تعالى:»فلا تميلوا كل الميل...»، والمراد بالميل في القسم و الإنفاق لا في المحبة لما عرفت من أنها لا يملكه العبد.[38]

و دل الحديث الثاني على أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يقسم بين نسائه، رغم ثبوت أنه لا يجب القسم عليه صلى الله عليه وسلم، فانه كان يفعل ذلك من حسن عشرته وكمال حسن خلقه وتأليف قلوب نسائه، إلا أنه كان يميل إلى عائشة على بقية نسائه، لأن المحبة والميل القلبي أمر غير مقدور عليه.[39]

وقد نحى المشرع الجزائري في قانون الأسرة نفس المنحى الذي أقرته أحكام الشريعة الاسلامية في مسألة العدل بين الزوجات، وهذا ما نصت عليه المادة الثامنة السابق ذكرها، فالقانون الجزائري اشترط على الزوج المقبل على الزواج من امرأة أخرى اثبات قدرته على تحقيق العدل بين زوجاته، ولكنه لم يوضح الكيفية التي يتأكد بها القاضي من هذا الشرط.

لذا يمكن القول أن شرط تحقيق نية العدل المذكور في نص المادة الثامنة هو أمر داخلي ومستقبلي لا يعلمه إلا الله عزوجل لذلك يصعب معرفة هذه النية وهل على الزوج أن يصرح بأنه ينوي العدل حقيقة؟ مما يصعب المهمة أمام القاضي.

وما يلاحظ هنا أن القانون لم يحدد الطريقة التي يتم بها إثبات نية العدل، وهل تتم شفويا، أم لابد من إفراغها في قالب مكتوب؟[40]

وحتى وان كان شرط العدل أمر داخلي لا يمكن للقاضي الاطلاع عليه، إلا أنه لا يمنع من تدخله قبل منح الترخيص، وذلك بتنبيه الزوج على ضرورة الالتزام بالعدل بين زوجاته والعواقب الناتجة من جراء عدم العدل بينهن، لاسيما فيما يخص إمكانية طلب الزوجة للتطليق وفقا لنص **المادة 53 ف 6**، وكذا التعويضات عن كل الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق بها، إضافة إلى تذكيره بالأحكام الشرعية المتعلقة بالعدل، والجزاء الأخروي المترتب على ذلك.[41]

أما الشرط المتعلق بإثبات الزوج لقدرته على توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية، فانه ومن خلال هذا الشرط تظهر رقابة القاضي على القدرة المالية للزوج، فيمكن التأكد من ذلك عن طريق تقديم الإثباتات اللازمة بذلك كسند الملكية أو عقد إيجار، وكشف الراتب أو السجل التجاري، وحتى من خلال شهادة الشهود إلى غير ذلك من وسائل الإثبات.[42]

فان تحقق القاضي من قدرة الزوج المالية على إعالة زوجتين وما يترتب عنهما من أولاد مستقبلا رخص له بالزواج، وان لم يثبت فان في الترخيص مظنة حصول أضرار ومفاسد شتى، وهو أمر غير جائز ويتنافى مع مشروعية التعدد في حد ذاته.[43]

خامسا: سلطة القاضي في التأكد من موافقة الزوجة السابقة واللاحقة فيما يتعلق بالتعدد.

بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري على تقييد الزواج بامرأة أخرى إلا بشرط أن يكون ضمن ما حددته الشريعة عددا، وبشرط وجود المبرر الشرعي، وشرط توفر العدل، جاءت الفقرة الثانية ونصت على أنه يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها.[44] وبالرجوع لهذا النص يمكن القول أن التعدد موقوف على إخطار الزوج للزوجة السابقة واللاحقة و الحصول على ترخيص من القاضي بعد تأكد هذا الأخير من موافقة الزوجتين مع توفير العدل.[45]

إذ العلم بهذا الزواج أمر وجوبي، حتى لا تفاجئ الزوجة الأولى أو الثانية أو هما معا.

هذا ولم يتطرق القانون إلى الكيفية التي بواسطتها يتم الإخبار هل بشكل شفوي أم برسالة أم تتولى الجهات المراد إبرام العقد أمامها إخبار الزوجين بذلك.[46]

وهذا ما يعاب على قانون الأسرة في هذا المجال، لأن الفقرة الثانية من المادة الثامنة قد علقت رخصة رئيس المحكمة على التحقق من موافقة الزوجتين دون أي توضيح للطريقة أو الوسيلة التي يستطيع رئيس المحكمة بواسطتها من أن يتأكد من ثبوت إخبار الزوجتين وثبوت موافقتهما، فهل يطلب إحضارهما أمامه، أو تكليفها بالحضور لتعلن كل واحدة منها على قبولها للزواج بهذا الرجل[47]

وهل يكتفي بسماعهما شفهيا أم لابد من تحرير محضر بذلك توقعه كل منهما مع القاضي والكاتب؟

هذه الأسئلة لم يجب عليها قانون الأسرة الجزائري، ولا يمكن الإجابة عنها، إلا بعد معرفة مواقف رؤساء المحاكم من تطبيق هذه المادة، وبعد أن ينشأ موقف اجتهادي للمحكمة العليا بشأن ذلك.[48]

لكن ما إذا لو امتنعت الزوجة، وتعسفت في استعمال حقها بدون مبرر شرعي غير الأضرار بالزوج، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وكل الشروط الضرورية لممارسة حق التعدد، فهل يرفض رئيس المحكمة منحه الترخيص بالتعدد أم لا؟

من هنا تتضح كيفية إعمال القاضي لسلطته التقديرية في هذا المجال، لذا يجب أن يكون دقيقا وصائب التقدير بما يتمتع به

من صلاحيات، فعليه أن يوازن بين قيمة المبرر الشرعي و القدرة على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، وبين موافقة الزوجة السابقة حتى يكون قراره عادلا، ومحققا للغاية التي أباح القانون والشرع لأجلها تعدد الزوجات.[49]

وفي هذا الصدد صدرت عدة اجتهادات قضائية فيما يتعلق بمسألة تعدد الزوجات، حيث جاء فيها:

المبدأ:«عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا، طبقا للفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة، ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق.»[50]

من خلال استقراء هذا القرار يتضح أنه جاء مؤكدا لما ورد في الفقرة السادسة من **المادة 53 من قانون الأسرة** التي جاء فيها: « **يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:...**

6-مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه...»

و في هذه الحالة تبين أن الزوج لم يعدل بين الزوجة السابقة و اللاحقة، كما يعتبر ضررا معتبرا شرعا، وبالتالي يجوز للزوجة المتضررة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق من زوجها.

وجاء في قرار آخر لها:

المبدأ: «يعد الهجر في المضجع في حالة تعدد الزوجات، دليلا على انعدام نية العدل، يبرر طلب الزوجة المتضررة التطليق."[15]

يستشف من خلال هذا القرار أنه جاء مفسرا لما ورد في نص المادة 53 في فقرتها السادسة من قانون الأسرة الجزائري، حيث اعتبر أن مسألة هجر الزوج زوجته في المضجع في حالة زواجه بأخرى يعتبر دليلا على انعدام العدل بين الزوجات، وبالتالي يجوز للزوجة المتضررة طلب التطليق من زوجها المتعسف في استعمال حقه في التعدد.

خاتمة.

من خلال ما سبق ذكره نخلص إلى أن المشرع الجزائري منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي في مسألة الترخيص بتعدد الزوجات على غرار الترخيص بالزواج للقصر وسلطته في مجال الولاية وتقدير النفقة والمهر والتعويضات الناتجة عن انحلال الرابطة الزوجية.

فبالنسبة لمسألة الترخيص بالتعدد، يتضح ذلك من خلال نص المادة الثامنة من قانون الأسرة، التي وضعت جملة من القيود والضوابط بقصد إباحة تعدد الزوجات في إطار خاص.

ومن هنا يتضح كيفية إعمال القاضي لسلطته التقديرية، حيث يجب أن يكون تقديره سويا فعليه أن يقوم بموازنة بين المبرر الشرعي والقدرة على توفير الشروط الضرورية من جهة، وبين قبول الزوجتين من جهة ثانية، لكي يكون تقديره سليما وموافقا للهدف من التعدد.

وعليه من خلال بحثي في هذا الموضوع يمكن تسجيل بعض الاقتراحات أو التوصيات أهمها:

أولا: تعديل نص المادة الثامنة من قانون الأسرة المتعلقة بتعدد الزوجات وذلك بواسطة ما يلي:

-تحديد المقصود بالمبرر الشرعي أو ذكر بعض الأمثلة عنه.

-النص على ضرورة توافر شرط العدل المادي بين الزوجات من نفقة ومبيت..الخ، أما العدل المعنوي فيصعب تحقيقه والتأكد

منه.

-توضيح الوسيلة التي يتأكد من خلالها القاضي من إخبار الزوجتين وثبوت موافقتهما.

ثانيا: إعادة صياغة نص المادة 08 مكرر1 وذلك من خلال:

-النص على الجزاء المترتب عن الزواج دون ترخيص من القاضي في حالة ما بعد الدخول.

الهوامش:

1/ مسعود هلالي. **الاطلاق والتقييد في تعدد الزوجات**. دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقوانين الأحوال الشخصية العربية. مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون. كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الاسلامية. جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية. قسنطينة. الجزائر.2007. ص2.

2/ حميد مسرار. (تعدد الزوجات في الفقه الاسلامي- رؤية حقوقية). **مجلة الفقه والقانون**. العدد الثالث. يناير 2013. ص2

3/ يونس شاهين. (النظام القانوني لتعدد الزوجات). **مجلة التشريع والقضاء**. العدد الثاني. السنة الرابعة.2012. ص2.

4/ محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور. **لسان العرب**. ج7.ط5. دار صادر. بيروت. لبنان. 2005. ص 231.

5/محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور. **لسان العرب**.ج12مرجع سبق ذكره.ص 248.

6/هدى دكدوك . **سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة في القانون الوضعي**. مذكرة ماجستير تخصص قانون العقوبات و العلوم الجنائية . كلية الحقوق. جامعة العربي بن مهيدي. أم البواقي.2010 . ص 04.

7/ محمود محمد ناصر بركات.**السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي**.ط1.دار النفائس. عمان. الأردن.2007.ص77

8/ نفس المرجع.ص 78.

9/ نفس المرجع. ص95.

10/ نفس المرجع. ص 77.

11/ سورة النساء: الآية65.

12/سورة النساء: الآية90.

13/ محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني. **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام**. ط1.دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. 2004.ص810.

14/ هدى دكدوك.مرجع سبق ذكره.ص06.

15/ محمد بوكماش. **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**. رسالة دكتوراه. كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية. قسم العلوم الإسلامية. جامعة الحاج لخضر باتنة.الجزائر.2012.ص 39.

16/ نبيل إسماعيل عمر. **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**.(دراسة تحليلية وتطبيقية).دار الجامعة الجديدة .الإسكندرية. مصر.2002.ص77.

17/ إبراهيم أنيس وآخرون. **المعجم الوسيط**. ج1. ط2. دار عارف.1972 . ص336.

18/ سعدي أبو حبيب . **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا**. ط2. دار الفكر.دمشق.سوريا.1988. ص146

19/ سناء قندوز.نجومن..مداخلة حول «حدود إعمال القاضي لسلطته التقديرية».**اليوم الدراسي حول:» السلطة التقديرية للقاضي في شؤون الأسرة».**كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية.يوم 01 ديسمبر2015.ص02.

20/ إبراهيم بن حديد. **السلطة التقديرية للقاضي المدني**.رسالة ماجستير.معهد الحقوق والعلوم الادارية.جامعة الجزائر.1998 . ص6.

21/ ذياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري. (السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية). **مجلة علوم الشريعة والقانون**.المجلد 35. العدد2 . 2008. ص480. .483

22/ حنان براهمي. (اجتهاد القاضي في مجال الحقوق والحريات في ظل الاتفاقيات الدولية**). مجلة الاجتهاد القضائي**. مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع. جامعة محمد خيضر بسكرة. العدد الرابع. ص 328.

23/ قانون رقم 84/11 مؤرخ في09 يونيو سنة1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05/02 المؤرخ في 27 فبراير2005. **(الجريدة الرسمية رقم 24** الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984).

24/ الرشيد بن شويخ. **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**. ط1.دار الخلدونية.القبة.الجزائر.2008.ص112-111-110.

25/ عبد الناصر توفيق العطار. **تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية**. ط1. المكتبة الأزهرية للتراث. القاهرة . مصر.2012. ص 143-144.

26/ الرشيد بن شويخ. مرجع سبق ذكره. ص110.

27/ عبد العزيز سعد. **قانون الأسرة في ثوبه الجديد.** (د.ط).دار هومة.الجزائر.2007. ص86.

28/ جمال عياشي. **قيود تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون**. مذكرة ماجستير فرع القانون الخاص. كلية الحقوق والعلوم الادارية. بن عكنون. الجزائر.2005. ص63.

29/ الرشيد بن شويخ. مرجع سبق ذكره. ص111.

30/ محمد شمروك وآخرون.**السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله**.مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء.الدفعة16.الجزائر.2008.ص06.

31/ مصطفى الخن و مصطفى البغا. **الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي**. المجلد2. ط3. دار القلم. دمشق. سوريا.1998. ص32.

32/حسن حسن منصور. **المحيط في شرح أحكام الاحوال الشخصية**. أحكام عقد الزواج بين آراء الفقهاء وأحكام القضاء. (د.ط). المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر.1998. ص242.

33/ عبد الرحمن الجزيري. **الفقه على المذاهب الأربعة.** الأحوال الشخصية. الجزء 4.دار الفكر.المكتبة التجارية الكبرى. 1969. ص239- 240.

34/سورة النساء: الآية03 .

35/سورة النساء: الآية129.

36/ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني. **سنن أبي داود.كتاب النكاح. باب في القسم بين النساء. الحديث رقم 2133.** (د.ط). بيت الأفكار الدولية. عمان . الأردن. 1999. ص243.

37/ محمد بن اسماعيل الأمير اليمني الصنعاني.مرجع سبق ذكره. ص 592.

38/ نفس المرجع.ص 592.

39/ نفس المرجع. ص 591.

40/ الرشيد بن شويخ. مرجع سبق ذكره. ص 112.

41/ محمد شمروك وآخرون.مرجع سبق ذكره.ص07.

42/ نفس المرجع. الصفحة نفسها.

43/ نفس المرجع. الصفحة نفسها.

44/ عبد العزيز سعد. مرجع سبق ذكره. ص88.

45/ طاهري حسين.**الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري**.ط1.دار الخلدونية.القبة.الجزائر.2009 ص62.

46/ الرشيد بن شويخ . مرجع سبق ذكره. ص112.

47/ عبد العزيز سعد. مرجع سبق ذكره.ص 89.

48/ نفس المرجع . ص 89-88.

49/ محمد شمروك وآخرون.مرجع سبق ذكره.ص07.

50/ م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 356997. **قرار بتاريخ 12/07/2006**/ طاهري حسين.مرجع سبق ذكره. ص510.

51/ م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 480240. **قرار بتاريخ 11/02/2009**.مجلة المحكمة العليا.العدد1. 2009.ص279.

***قائمة المراجع.**

*القرآن الكريم.

أولا: الكتب.

1- محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور. **لسان العرب**. ج7.ط5. دار صادر. بيروت. لبنان. 2005.

2- محمود محمد ناصر بركات.**السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي**.ط1.دار النفائس. عمان. الأردن.2007.

3- محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني. **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام**. ط1.دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. 2004.

4- نبيل إسماعيل عمر. **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**.(دراسة تحليلية وتطبيقية).دار الجامعة الجديدة .الإسكندرية. مصر.2002.

5- ابراهيم أنيس وآخرون. **المعجم الوسيط**. ج1. ط2. دار عارف1972.

6- سعدي أبو حبيب . **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا**. ط2. دار الفكر.دمشق.سوريا.1988.

7- الرشيد بن شويخ. **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**. ط1.دار الخلدونية.القبة.الجزائر.2008.

8- عبد الناصر توفيق العطار. **تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية**. ط1. المكتبة الأزهرية للتراث. القاهرة . مصر.2012.

9- عبد العزيز سعد. **قانون الأسرة في ثوبه الجديد**. (د.ط).دار هومة.الجزائر.2007.

10- مصطفى الخن و مصطفى البغا. **الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي**. المجلد2. ط3. دار القلم. دمشق. سوريا.1998.

11- حسن حسن منصور. **المحيط في شرح أحكام الاحوال الشخصية**. أحكام عقد الزواج بين آراء الفقهاء وأحكام القضاء. (د.ط). المؤسسة -الوطنية للطباعة والنشر.1998.

12- عبد الرحمن الجزيري. **الفقه على المذاهب الأربعة**. الأحوال الشخصية. الجزء 4.دار الفكر.المكتبة التجارية الكبرى. 1969.

13 أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني. **سنن أبي داود**. (د.ط). بيت الأفكار الدولية. عمان . الأردن. 1999.

14- طاهري حسين.**الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري**.ط1.دار الخلدونية.القبة.الجزائر.2009.

ثانيا: المقالات.

1-حميد مسرار. (تعدد الزوجات في الفقه الاسلامي- رؤية حقوقية). **مجلة الفقه والقانون**. العدد الثالث. يناير 2013.

2- يونس شاهين. (النظام القانوني لتعدد الزوجات). **مجلة التشريع والقضاء**. العدد الثاني. السنة الرابعة.2012.

3- ذياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري. (السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية). **مجلة علوم الشريعة والقانون**.المجلد 35. العدد2 . 2008

4- حنان براهمي. (اجتهاد القاضي في مجال الحقوق والحريات في ظل الاتفاقيات الدولية**). مجلة الاجتهاد القضائي**. مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع. جامعة محمد خيضر بسكرة. العدد الرابع.

ثالثا:القوانين.

* قانون رقم 84/11 مؤرخ في09 يونيو سنة1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. (**الجريدة الرسمية** رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984).

رابعا: المذكرات والرسائل والأطروحات.

- مسعود هلالي. **الاطلاق والتقييد في تعدد الزوجات**. دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقوانين الأحوال الشخصية العربية. مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون. كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الاسلامية. جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية. قسنطينة. الجزائر.2007.
- هدى دكدوك . **سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة في القانون الوضعي**. مذكرة ماجستير تخصص قانون العقوبات و العلوم الجنائية . كلية الحقوق. جامعة العربي بن مهيدي. أم البواقي.2010 .
- محمد بوكماش. **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**. رسالة دكتوراه. كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية. قسم العلوم الإسلامية. جامعة الحاج لخضر باتنة.الجزائر.2012.

- جمال عياشي. **قيود تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون**. مذكرة ماجستير فرع القانون الخاص. كلية الحقوق والعلوم الادارية. بن عكنون. الجزائر.2005.
- محمد شمروك وآخرون.**السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله**.مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء.الدفعة16.الجزائر.2008.ص06.
- إبراهيم بن حديد. **السلطة التقديرية للقاضي المدني**.رسالة ماجستير.معهد الحقوق والعلوم الادارية.جامعة الجزائر.1998 .

خامسا: المجلات.

*مجلة المحكمة العليا.العدد 01. سنة 2009.

سادسا : المداخلات.

* سناء قندوز.نجومن.مداخلة حول «حدود إعمال القاضي لسلطته التقديرية»**.اليوم الدراسي حول:» السلطة التقديرية للقاضي في شؤون الأسرة»**.كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية.يوم 01 ديسمبر2015.