المجلد 7/ العدد 1 (2025): ص.ص: 01-31 | ISSN 2710-7914 EISSN 2830-8689 المحلل القانوني

ضوابط السلطة التقديرية لقاضي الأسرة وبعض تطبيقاتها: فك الرابطة الزوجية

Discretionary power controls for family judge and some of its applications: breaking up the marriage relationship

أ.د. زكرياء بن تونس *

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر.

مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص - جامعة الجيلالي بونعامة - خميس مليانة - الجزائر.

z.bentounes@univ-bouira.dz

تاريخ الاستلام: 2025/06/12؛ تاريخ القبول: 2025/07/11؛ تاريخ النشر: 2025/07/23

ملخص.

لقد عمد الإسلام وانطلاقا من السعي إلى تحقيق أحد المقاصد الكبرى له وهي حفظ النسل والعرض، إلى تشريع الزواج الذي اعتبره في حكم الميثاق الغليظ إبرازا لأهميته وإلى ضرورة العمل على عدم نقضه بحال، ولعلمه بأنّ العلاقة الزوجية قد لا يحالفها الحظ في النجاح والاستمرار؛ فقد وضع لها أحكاما أخرى تستدعي المصلحة الشرعية فكّها، وترك لبعضها مجالا واسعا للسلطة التقديرية للقاضي حتى يأخذ الحكم أو القرار المناسب، فهل للاجتهاد المخوّل للقاضي في مثل هذه الحالات ضوابط تحدّد مسار رأيه وتوجهه التوجيه السليم والصحيح؟

لقد أصبح للسلطة التقديرية للقاضي في مسائل حل الخلافات وتقديم البدائل؛ حضورا كبيرا في النزاعات القضائية وبخاصة المتعلّقة بقضايا الأسرة، وجعلها آلية فعّالة في تجاوز العديد من الإكراهات الناجمة عن فك الرابطة الزوجية، كما أنّها ساهمت في إعطاء حلول

* المؤلف المرسل.

واقعية تقلّل من حجم تداعيات ذلك الانفصال على أفراد الأسرة وعلى المجتمع، بما يحقّق التوازن والاستقرار الاجتماعي.

الكلمات المفتاحية: الرابطة الزوجية؛ السلطة التقديرية؛ الأسرة؛ انحلال الزواج؛ القاضي.

Abstract:

Islam has taken and from the pursue to fulfill one of the biggest goals which is the presentation of the offspring, progeny and honour, to legislate and regulate marriage which is considered as the sacred pledge in order to show its importance and the necessity to avoid breaking it, as it is known that sometimes marriage may not succeed and cannot continue therefore, it has given other laws that requires its dissolution and leave legal interest, others to the judge to pronounce the judgement and the right decision. Is the diligence authorized to the judge in these cases controls which determine his opinion path and provide him proper and correct direction?

Judicial discretion has an important and great role especially in the family cases and resolving disputes, and make it an effective process to overcome a lot of constraints caused by the dissolution of the family bond. Moreover it helps to give real solutions that reduce the extent of the repercussions of the separation on the family members and on society. So as to fulfill the social balance and stability.

Key words: Marital bond; discretionary power; family; marriage dissolution - judge

المقدمة:

لقد دع الإسلام إلى الزواج وشجّع عليه باعتباره العامل الأساس في حفظ مقصد النسل والعرض في الإنسانية، وجعله ميثاقا غليظا تنبها لتميّزه عن سائر العقود التي تنظم العلاقة بين الناس، كما ألبس العلاقة الزوجية رباط القوة والمتانة لتصير رابطة ربانية بين روحين وجنسين يسعيان على تقوى من الله إلى العيش في جو تسوده الرحمة وتحميه المودة ليكون محصلة كل هذا رابطة زوجية مباركة تبهج النفوس وتثمر الذرية الصالحة.

إنّ الرابطة الزوجية التي أسّس لها الإسلام لتكون المسار الرباني لتواصل الذكر بالأنثى؛ هي رابطة موضوعة لاستمرار والدوام وقد عمدت الأحكام الشرعية المنظمة لهذه العلاقة مُتَشَوِّفَةً إلى دوامها واستمرارها، فقد جاء التنبيه ابتداء إلى حسن الاختيار قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ ۗ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ ﴿٣٢﴾ ﴾ سورة النور 32 وقال أيضا ﴿ ٱلْخَبِيثَـٰتُ لِلْخَبِيثِينَ وَٱلْخَبِيثُونَ لِلْخَبِيثَـٰتِ ۖ وَٱلطَّيِّبَـٰتُ لِلطَّيِّبِينَ وَٱلطَّيِّبُونَ لِلطَّيِّبَـٰتِ ۚ أُو۟لَـٰٓئِكَ مُبَرَّءُونَ مِمَّا يَقُولُونَ ۖ لَهُم مَّغْفِرَةٌ وَرِزْقٌ كَرِيمٌ ﴿٢٦﴾ ﴾ سورة النور 26 وقال عليه الصلاة والسلام [**إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقة فزوّجوه...**] رواه الترمذي وقال أيضا [**...فارفث بذات الدين تربت يداك**] رواه البخاري ومسلم ، ثم تلا ذلك الدعوة إلى حسن المعاشرة والصبر قال تعالى ﴿ ... وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴿١٩﴾ ﴾ سورة النساء 19، إلى غير ذلك من التوجيهات التي تبرز سعي الإسلام إلى العمل على استمرار الرابطة الزوجية ودوامها، ولكن دون هذا المقصد الأصلي استثناء اقتضت فيه حكمة خالق الأزواج إلى أنّ العلاقة والرابطة قد لا يكون من الحكمة وتحقيق المقصد الأساسي لها دوامها فكان التشريع إلى إمكانية انفكاكها ولكن على هدى من الله كما نشأت، قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ ٱلطَّلَـٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَـٰنٍ ....﴿٢٢٩﴾ ﴾ سورة البقرة 229، فرغم كل الآليات الشرعية (الرجعة، العدّة، الصلح،...إلخ) التي وُضِعَت من أجل أن تتماسك الرابطة الزوجية وتدوم حتى مع وجود الاضطرابات والعوارض، إلاّ أنّ الانفكاك أمر ممكن وإنساني وارد، وباعتبار أن الإسلام دين موضوعي فقد أقرّ بهذه الإمكانية وإن اعتبرها من أبغض الحلال.

إنّ انفكاك الرابطة الزوجية في الإسلام قد يجسده اكتمال الشروط الشرعية الموضوعية لوقوعه (شروط الطلاق أو التطليق أو الخلع)، كما يمكن أن تحققه السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في ظروف معينة من أجل أن يُثبِتَ هذا الانفكاك أو يُنَظِّمَ ما ينتج عنه من آثار وتداعيات، ولأنّ الرابطة الزوجية لا تتوقف آثارها على الزوجين بل تتعادها إلى الغير، ولأنّ العلاقة الزوجية علاقة حساسة للغاية؛ كان لزاما على هذه السلطة التقديرية أن تُضبَطَ وتُحَدَّدَ حدودها حتى لا تأت بعكس المطلوب منها، إذّ أنّها لم توجد إلاّ ليرتفع بها الحرج وتتحقق منها المرونة المطلوبة في التعاطي مع قضايا انفكاك الرابطة

الزوجية التي تعدّ من أكثر الروابط الاجتماعية حساسية وصعوبة في التعامل والمعالجة.

المبحث الأول: مدلول السلطة التقديرية لقاض الأسرة وبعض تطبيقاتها

لم تكن النصوص القانونية عبر تاريخ الإنسانية الطويل كفيلة بالإجابة وتنظيم كل العلاقات البشرية المختلفة وإيجاد الحلول لجميع إشكالاتها وهذا أمر منطقي، إذ لا يمكن لمحدود (النصوص) أن يتحكم في غير محدود (مصالح الناس)، كما أنّه لم يسعفها حتى التفسير الدقيق للنصوص القانونية الموضوعة، بحيث وُجِدَت القراءات المتعدّدة لنفس النص القانوني، ولهذا احتاج القائمون على تطبيق القانون وعلى رأسهم القضاة إلى إعمال فكرهم واجتهادهم في الجواب عن الإشكالات التي لم ترد فيها نصوص أو التي ورد فيها نص ولكن احتاج إلى ترجيح أحد الآراء المفسِّرة أو الشارحة له، وذلك من خلال العديد من الآليات والتي من أبرزها إعطاؤهم السلطة التقديرية في تكييف النصوص وتفسيرها، وبالتالي فالسلطة التقديرية للقاضي تمثّل قدرته على الملائمة بين الظروف والواقعية للحالة المعروضة عليه، والحل الذي يقرّره فيها، فهي في أبسط صورها قدرة على التحرّك بين الاختيارات المتاحة للقاضي قانونا، ومن الخطأ أن تفهم السلطة التقديرية على أنّها حرية تطبيق القاعدة القانونية في أحوال عدم النص التشريعي[1].

المطلب الأول: مدلول السلطة التقديرية لقاضي الأسرة

إن فكرة السلطة التقديرية للقاضي بشكلها المطلق وجدت منذ العصر البدائي، وظلت موجودة في مختلف التشريعات القديمة، بينما اكتنف السلطة التقديرية للقاضي في ظل هذه النُظُم الغموض، نتيجة تداخل الوظيفة القضائية مع الوظيفة التشريعية والتنفيذية أو الإدارية عند إصدار وتفسير القانون أو تنفيذه[2]، بما يعني أنّها من حيث الممارسة قديمة في التطبيق وهذا أمر عادي كما ذكرنا من قبل، فالقاضي مضطر إلى إيجاد الحلول للمشاكل الناجمة عن العلاقات البشرية، وهذه الحال تضطره إلى تقدير الوضع

(1) جواد بولحية، السلطة التقديرية للقاضي الأسري في دعاوى الرابطة الزوجية، مجلة القانون والأعمال الدولية، مختبر البحث قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول – سطات، المملكة المغربية العدد:20، أوت 2020، ص: 289.

(2) اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، ماجستير تخصص: قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بواقي، الجزائر، 2011/2010، ص:26.

والاجتهاد في تفسير النص أو إيجاده، وهذه الوضعية وجدت موقعها في الإسلام من خلال الحديث المعروف والمشهور عن الصحابي الجليل معاذ بن جبل رضي الله عنه لمّا بعثه النبي صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن حتى يعلمهم دينهم ويحكم بينهم بشرع الله فقال [**....أجتهد رأي ولا آلو**][1]، وقد عبّر عنها (السلطة التقديرية) فقهاء الشريعة الإسلامية بالعديد من المصطلحات من مثل حكم القاضي، رأي القاضي، اجتهاد القاضي...وأساسها عندهم العمل العقلي والنشاط الذهني بمختلف وجوهه، يقوم به القاضي إزاء الدعاوى والخصومات التي ترفع إليه، فيقرر فيها حكما من أحكام الشرع إن كام 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[2] وبالتالي فليس الأمر بالجديد.

الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية للقاضي ومشروعيتها

الوصول إلى مدلول السلطة التقديرية للقاضي يمر حتما بتعريفها والوقوف على عناصر التعريف، ثم التعريج على موقف الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري منها.

أولا: التعريف الاصطلاحي للسلطة التقديرية للقاضي.

من المهمّ الوقوف على التعريف الاصطلاحي للسلطة التقديرية من أجل معرفة الحدود التي تتوقف عندها وبالتالي إدراك المجال القانوني الذي تتحرك فيه والمخوّلة لها حتى لا نقع في محذور تجاوز السلطة للمقصود منها.

السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي كما يعرّفها الدكتور محمود محمد ناصر بركات هي: صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها ابتداء من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم

(1) رواه أحمد أبو داود والترمذي.

(2) حفيظة فضلة، السلطة التقديرية للقاضي في مسألة الترخيص بالتعدّد في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، الجزائر، المجلد: 10، العدد: 04، 2017، ص: 217-218.

القضائي...بينما يرى الدكتور نبيل إسماعيل عمر أنّ السلطة التقديرية للقاضي المدني هي: النشاط الذهني الذي يقوم به هذا القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة، يقدّر أنّها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه... بينما يجمل بعض الباحثين تعريفا جامعا بين الفقه والقانون فيقول بأنّ السلطة التقديرية لقاض شؤون الأسرة هي: [مُكنَةٌ قانونية تخوّل لقاض شؤون الأسرة إعمال نشاطه الذهني في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تُدخِل هذا الواقع في إطار قاعدة قانونية معينة تكون صالحة التطبيق على النزاع المطروح، مع مراعاة أحوال المتقاضين، ويخضع القاضي بصدد ذلك للرقابة القضائية][1]، وقال آخر [هي سيادة يتمتع بها القاضي في قضائه، يعتمد فيها على خبرته وتدبره وتفكره، مقترنا ذلك بالنص القانوني المحتمل الذي بين يديه، ليبلغ الأصلح في تحقيق الغاية المطلوبة منه على أتمّ وجه][2]، ويمكن القول بأنّ السلطة التقديرية للقاضي هي لصيقة بممارسة نشاطه القضائي أيّا كان موضوع المنازعة، فالسلطة التقديرية هي عمل يقوم به القاضي بهدف تحقيق الغاية الموضوعة من القانون، ومن ثمّ تُعَدُّ من صميم عمل القاضي، فأينما وُجِدَت السلطة القضائية أمكن الحديث عن السلطة التقديرية التي يمارس القاضي من خلالها ولاية القضاء[3] بما يعني أنّ السلطة التقديرية لها علاقة بقوة الحضور الذهني والاستقراء الجيد للوقائع، أضف إليه القدرة على الربط بين عناصر الواقع والقاعدة القانونية الضابطة له، وهذا يستلزم أن يكون القاضي ذا دُربَةٍ وتجربة عملية كبيرة تسمح له باكتساب تلك المُكنَة والمَلَكَة التي تُمَكِّنُه من توظيف هذه السلطة الممنوحة له بشكل فاعل وموفق لإيجاد الحلول المناسبة لمختلف الإشكالات الواقعة والمتوقعة.

ثانيا: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي شرعا وقانونا.

السلطة التقديرية للقاضي تَستَمِدُ مشروعيتها من الشرع ومن القانون.

(1) اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص: 47 – 50 بتصرف.

(2) عمر لطفي رضوان الهرش، السلطة التقديرية للقاضي في قانون الأحوال الشخصية الأردني المعمول به في الضفة الغربية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، ماجستير- تخصص: القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2020/2019، ص:32.

(3) حفيظة فضلة، مرجع سابق، ص: 219.

1 – شرعا.

تستمد السلطة التقديرية للقاضي مشروعيتها في الإسلام انطلاقا من مشروعية الاجتهاد ثم مشروعية التقدير للقاضي، فالعديد من النصوص الشرعية تبيّن ذلك وتوضحه، أمّا عن مشروعية الاجتهاد فقوله تعالى ﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ فِيهِ غَنَمُ ٱلۡقَوۡمِ وَكُنَّا لِحُكۡمِهِمۡ شَٰهِدِينَ ٧٨ فَفَهَّمۡنَٰهَا سُلَيۡمَٰنَۚ وَكُلًّا ءَاتَيۡنَا حُكۡمٗا وَعِلۡمٗاۚ ...٧٩﴾[1]، فكان حكم سليمان عليه السلام المبني على اجتهاده هو اختيار الله تعالى وهو إقرار له بذلك، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلّم [**إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر**][2]، ومن المعلوم في الإسلام أنّ القاضي يُنَزَّلُ منزلة الحاكم في النيابة عنه في رعاية شؤون الناس، كما أنّ ربط الحكم بالاجتهاد واضح في إقرار النبي صلى الله علية وسلم بذلك، وفي نفس السياق يأت حديث معاذ ابن جبل رضي الله عنه الذي بعثه النبي صلى الله عليه وسلّم إلى أهل اليمن والذي أشرنا إليه سابقا. وأمّا عن مشروعية التقدير للقاضي فمن الكتاب قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ هَدۡيَۢا بَٰلِغَ ٱلۡكَعۡبَةِ ...٩٥﴾[3] فيحكم في جزاء الصيد فقيهان عدلان فينظران إلى أشبه الأشياء به (المَصِيد) من النعم فيحكمان به وهذا نابع من اجتهادهما في المقايسة بين الحيوان المصيد والحيوان المجزئ عنه، كما اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة المتبوعة على مشروعية السلطة التقديرية للقاضي عند عدم وجود النص أو عند وجود نص ظني الدلالة وذلك إقرارهم في فتاويهم بمشروعية الاجتهاد والتقدير[4]، ومن المعقول أنّ النصوص الشرعية محدودة وأمّا وقائع الناس وحوادثهم متجدّدة ومستمرة وغير متناهية ولا يمكن لمحدود أن يتحكم في غير محدود ولذلك أوجدوا القياس وغيره من المصادر التبعية الأخرى (المصلحة المرسلة، الاستصحاب، العرف، ...إلخ) لاستناط الأحكام الشرعية منها بناء على هذا التقدير والاجتهاد.

(1) سورة الأنبياء: 78-79.

(2) رواه البخاري ومسلم.

(3) سورة المائدة: 95.

(4) عمر لطفي رضوان الهرش، مرجع سابق، ص: 34-41 بتصرف.

2 – قانونا.

بعد فترة الاستعمار التي مرّت بها الجزائر وما انجرّ عنها من تبعات، عمل المشرع الجزائري على البدء في الإصلاح القانوني والقضائي إلى أن صدرت التقنينات الوطنية التي تكرس من خلالها توجه المشرّع الجزائري إلى اعتماد السلطة التقديرية بموجب نصوص قانونية تُمنَح للقاضي أثناء ممارسته لوظيفته القضائية مسايرا بذلك ما ذهب إليه الفقه والنظم القانونية الحديثة، فتمّ إدراجها والاعتراف بها في مختلف الفروع القانونية بدرجات متفاوتة، فالمادتين 212 و213 من قانون الإجراءات الجزائية[1] تشير إلى ذلك، والمادة 144 مكرر من قانون العقوبات[2] تُعمِلُ تلك السلطة، والذي يهمنا في هذا المجال هو وجود مثل هذه السلطة التقديرية لدى قاض شؤون الأسرة، فمن خلال قانون الأسرة الجزائري[3] يمكن التماس وبشكل واضح فتح المشرع لقاض شؤون الأسرة بابا واسعا لإعمال سلطته التقديرية أثناء ممارسته لعمله القضائي وهو الأمر الذي نلمسه باستقرائنا لمختلف نصوص قانون الأسرة، حيث نجد أنّه منح دورا إيجابيا فيما يتعلق بانعقاد الزواج وانحلاله، كما خوّله سلطة تقديرية في بحث مدى تعويض الضرر الناتج عن ذلك، ناهيك عن سلطته التقديرية أثناء ممارسته لعمله الولائي الذي يقصد به ما يقوم به القاضي من أعمال غير الفصل في الخصومات وحسم النزاعات كمنح التراخيص بالزواج للقصر، والولاية والوصاية والكفالة، وتوقيع الحجر وفَكِّه...وكذا في عمله الإصلاحي في مسألة الصلح بين الزوجين[4].

إنّ تعاريف السلطة التقديرية التي وقفنا عليها من خلال هذا الفرع تؤكد حضورها في الفقهين الشرعي والقانوني بشكل واضح ممّا يبيّن مكانتها في عمل القضاء، ويظهر أنّ حقيقة العمل التقديري أو بعبارة أخرى طبيعة السلطة التقديرية للقاضي لا تخلو أن تكون ضربا من الاجتهاد في فهم النص وتطبيقه، أو اختيار من بين خيارات تتجاذب الحالة

(1) الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدّل والمتمّم.

(2) الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدّل والمتمّم بالقانون.

(3) القانون 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق 09 يونيو 1984م، المعدّل والمتمّم.

(4) اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص: 36 – 41 بتصرف.

المعروضة عليه كاختيار العقوبة المناسبة، أو حكم من القاضي بناء على قناعته وتقييمه[1] انطلاقا من الخبرة التي يملكها والدُربة التي مارس بها النشاط القضائي.

الفرع الثاني: أهمية السلطة التقديرية والحاجة إليها

في حقيقة الأمر فإنّ فكرة السلطة التقديرية للقاضي يفرض وجودها في واقع التقاضي أمران؛ أولهما أهميتها كفكرة احتاج القانون اعتمادها لأنّها تحقق له الغرض من وجوده ألا وهو تنظيم العلاقات الإنسانية والاجتماعية، وثانيهما الحاجة إليها لتجاوز العديد من الإشكالات القانونية والثغرات التشريعية المصاحبة لأي تشريع وضعي يمتاز بالقصور باعتبار أنّه من وضع البشر.

أولا: أهمية السلطة التقديرية.

إنّ المشرع مهما حرص على وضع القواعد القانونية فإنّه لا يمكنه مواجهة سلوك الأفراد ومتغيرات المجتمع، وهو الأمر الذي تتصدى له فكرة السلطة التقديرية للقاضي من خلال سدّ الثغرات القانونية وتفادي القصور التشريعي وكذا ملاءمة القواعد القانونية للواقع والمستجدات، ومن هنا فالسلطة التقديرية لقاض شؤون الأسرة تكتسي أهمية بالغة لأنّها تضفي على قانون الأسرة طابعه العملي الحيّ، فهي من تُحَدِّدُ أبعاده ومَدَاه وتجعل من قواعده الجامدة حركية وفعالية، خاصة وأنّ الأمور التي يعالجها هذا القانون هي ذات طبيعة شخصية وتمسّ الركن الأساسي في المجتمع وهو الأسرة، وكثيرا هي القواعد التشريعية التي يعود الفضل في وجودها للسلطة التقديرية للقاضي[2]، فالسلطة التقديرية تُكسِبُ القانون مرونة في تطبيق أحكامه، تجعله محيطا شاملا قدر الإمكان لتحقيق الغاية من وضعه، لأنّ القاضي يُطَوِّرُ بها (السلطة التقديرية) القانون تطورا مستمرا ويواجه بها ما تغيّر من ملابسات وأحوال، فهو يفصل في المنازعات بما يتّفق وصحيح القانون دون أن

(1) ذياب عبد الكريم عقل – محمد علي العمري، السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلّد: 35، العدد: 02، الأردن، 2008، ص: 482.

(2) اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص: 57-58.

تصل هذه الحرية إلى حدّ وضع القوانين، بل تكون ضمن حدود وضوابط السلطة التقديرية، مما يطيل في عمر القانون[1].

ثانيا: الحاجة إلى السلطة التقديرية.

هناك حاجة عملية يفرضها واقع فض النزاع المكلّف به القاضي من أجل إعطائه سلطة تسمح له بتفعيل النصوص القانونية وتنفيذها، وبالتالي لابد من الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي في نشاطه القضائي لأنّ ولاية القضاء تستدعي وجود ولاية التقدير التي تُعَدُّ ملازمة للسلطة القضائية والعمل القضائي، كما أنّ هذه السلطة تمارس بموجب القانون وتعمل في إطاره فهي وليدة القانون، وهي ضرورية في كافة الفروع التي تحوي نصوصها قواعد غير آمرة، فلا مِرَاءَ من منح القاضي السلطة التقديرية والاعتراف بها له، وهو الأمر الذي سَلَّمَت به وكَرَّسَتهُ النُظُم الحديثة...كما منح فقهاء الإسلام قديما وحديثا للقاضي سلطة تقديرية في استنباط الأحكام الشرعية والاجتهاد في حل الخصومات في حال غياب النص الشرعي أو أن يكون النص ظني الدلالة[2] واستندوا في ذلك على العديد من النصوص من الكتاب والسنة وفعل الصحابة رضوان الله عليهم[3]، وقد أشرنا إلى ذلك سابقا.

الفرع الثالث: خصائص السلطة التقديرية لقاض الأسرة

تمتلك السلطة التقديرية لقاض الأسرة جملة من الخصائص التي تُمَيِّزُهَا عن غيرها السُلَط التقديرية في المسائل الأخرى ويمكن اختصارها ضمن العناصر التالية على النحو التالي:

أولا: من حيث مجال استعمالها.

فالسلطة التقديرية لقاض الأسرة تتجاوز مستوى فض النزاعات والفصل في

(1) عمر لطفي رضوان الهرش، مرجع سابق، ص: 60.

(2) اسمهان عفيف، نفس المرجع، ص: 30.

(3) من القرآن الكريم قوله تعالى في سورة النساء الآية 59: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ...﴾. ومن أولي الأمر القضاة، وحديث المصطفى صلى الله علية وسلم الذي رواه أبوداود والترمذي من حديث معاذ بن جبل [... **الحمد لله الذي وفّق رسولَ رسولِ الله إلى ما يرضي رسول الله**]، عندما قال معاذ بن جبل [...أجتهد رأي ولا آلو]، ومن فعل الصحابة الرسالة التوجيهية التي أرسلها الفاروق عمر بن الخطاب إلى وليّه أبو موسى الأشعري والمعروفة بـ [دستور القضاء].

الخصومات التي تشترك فيه مع الميدان المختلفة غير القضايا الأسرية باعتبار العمل القضائي البحت؛ إلى مستوى أوسع يتمثل في العمل الإصلاحي حيث أَلزَمَ القانون قاضي شؤون الأسرة بإجراء الصلح في حال الشقاق بين الزوجين والإقدام على الطلاق، مع منحه سلطة واسعة في التقدير وبذل الوسع من أجل التوفيق بين الزوجين، كما يُضَافُ إلى هذا المجال مجال آخر هو المجال الولائي باعتبار أنّ لقاضي الأسرة ولاية واسعة في تقدير توفر المصلحة في حالات الوصاية والكفالة وزواج القصّر.

ثانيا: من حيث خصوصية القضايا الأسرية.

إنّ الطابع الخاص والحسّاس الذي يُميّز العلاقات الأسرية؛ يقتضي التعامل معها بشكل دقيق مختلف عن التعامل مع غيرها من التعاملات المالية والتجارية وغيرها، فالتعامل مع القضايا الأسرية التي تحوي العديد من العلاقات الخاصة يقتضي معرفة وإدراكا جيدا بالمسائل الفقهية والنفسية والاجتماعية حتى يكون تقديره في الاتجاه الصحيح والموائم لطبيعة العلاقة الأسرية، فتجاوز هذا الاعتبار (الخصوصية الأسرية) ينتهي إلى نتائج معاكسة للمطلوب من السلطة التقديرية التي يفترض فيها الحلول المُوَفَّقَة والقاصدة التي تعالج الوضع بشكل إيجابي بما يعود على القضية المطروحة بالمنفعة.

ثالثا: الطابع المركب الذي تمتازبه.

بسبب الطبيعة الخاصة للعلاقات الأسرية كما ذكرنا ذلك سابقا فإنّ قاضي الأسرة أمام وضع مركب يحتاج فيه عند التفسير أو التأويل من أجل إعمال السلطة التقديرية إلى التوفيق بين النص القانوني والواقع بكل ملابساته النفسية والاجتماعية والعرفية من أجل إيجاد حل توافقي يحقق اعتبار الأمرين معا، وهذه خصوصية لا توجد إلاّ في القضايا المرتبطة بالأسرة[1].

المطلب الثاني: تطبيقات السلطة التقديرية في قضايا فك الرابطة الزوجية

تظهر التطبيقات العملية للسلطة التقديرية الممنوحة لقاضي الأسرة في العديد من التطبيقات والإسقاطات الواقعية المتعلقة بفك الرابطة الزوجية والتي يحاول من خلالها

(1) اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص: 53 – 56 بتصرف.

إيجاد الحلول المناسبة التي تتوافق مع روح القانون والطبيعة الخاصة لتلك العلاقات الأسرية.

الفرع الأول: فك الر ابطة الزوجية انطلاقا من تصرف

قد يتم فك الرابطة الزوجية من خلال تصرف قانوني يُستَصحَبُ الفعل فيه بإرادة في إتمامه، وضمن هذا التصرف قد ترد السلطة التقديرية للقاضي بحيث يترك له المجال لتحديد الحكم الموافق والمناسب للقضية المطروحة عليه، والغالب أن يكون الأمر متعلقا بجزئية من جزئيات الموضوع.

أولا: تصرف عدم الإنفاق.

من المعلوم بأنّ النفقة واجبة على الزوج تجاه زوجه شرعا وقانونا، ومن هنا كان عدم الإنفاق سببا في إمكانية طلب التطليق من قبل الزوجة (المادة 1/53 من قانون الأسرة الجزائري)، وعند ورود هذا الأمر تتدخل السلطة التقديرية لتحديد أسباب عدم الإنفاق ومدى شرعيتها، وتتمثل سلطته التقديرية في المسائل التالية:

- تقدير الضرر الواقع على المرأة في إعسار الزوج.
- تقدير حال الزوج من اليسار والإعسار.
- إثبات إعسار الزوج أو امتناعه عن الإنفاق أو سفره دون ترك نفقة الزوجة أو تبرئه منها.
- تقدير المهلة التي تمنح للزوج حتى يقوم بواجب النفقة بمراعاة حاجة المرأة وقدرة صبرها[1].

إنّ تقدير النفقة في القانون الجزائري يخضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص (قاض شؤون الأسرة) على حسب حال الطرفين، وعلى هذا يجب مراعاة الحال المالية للملزم بها وتغير الأسعار في الأسواق وظروف المعيشة وهذا ما نصت عليه المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري [**يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا**

(1) براهامي العيد، سلطة القاضي في التفرقة بين الزوجين بين قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي، دكتوراه، تخصص: الشريعة والقانون، جامعة وهران، الجزائر، 2018/2017، ص:31.

يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم][1]، ويمكن للقاضي الاستعانة بالخبرة لتقدير ذلك، كما سمحت المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري للقاضي الفصل بشكل مستعجل في جميع التدابير المؤقتة المتعلقة بالنفقة، أما عن المهلة فهناك من يرى أن مُدَّةَ عدم الإنفاق التي يجب على الزوجة انتظارها لكي تطلب التطليق هي شهرين، قياسا على المُدَّة التي وردت في المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري والتي تعاقب من امتنع عمدا عن تنفيذ حكم النفقة لمدة تتجاوز شهرين، وما أكد القول بهذه المدة هو قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/11/19[2].

ثانيا: الإيلاء.

والإيلاء حلف الزوج عدم وطأ زوجه أكثر من أربعة أشهر بقصد الإضرار بها وله أحكام شرعية وتفاصيل فقهية، وهو أحد السُبُل التي تُفَكُّ بها الرابطة الزوجية إن استوفى الشروط اللازمة لذلك، وقد ذكره المشرّع الجزائري وإن بشكل غير مباشر كحالة من حالات طلب التطليق من الزوجة انطلاقا من المادة 3/53 من قانون الأسرة.

المجالات المتاحة من حال الإيلاء والتي تسمح بتدخل السلطة التقديرية للقاضي هي:

- إثبات وجود اليمين المصاحب لعدم وطأ الزوجة (إعمال الذهن في تحديد القرائن المثبتة لذلك).
- تقدير الأسباب التي أدّت إلى وجود الإيلاء والتأكد من استوفاء شروطه الشرعية، وعدم وجود مبررات شرعية أو قانونية أدّت إلى ذلك.
- إثبات نية الإضرار بالزوجة من خلال الإيلاء[3].

ثالثا: اللعان.

اللعان اتهام وقذف الرجل زوجه بالزنا، ولخصوصية العلاقة الزوجية اقتضت حكمة

(1) حفيظة فضلة، السلطة التقديرية للقاضي في مسائل النفقة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة الأغواط، الجزائر، المجلد: 08، العدد: 01، 2022، ص: 20.

(2) عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية في قانون الأسرة الجزائري، ماستر حقوق تخصص: أحوال شخصية، جامعة المسيلة، الجزائر، 2016/2015، ص: 27.

(3) براهامي العيد، نفس المرجع، ص:59-60 بتصرف.

الله تعالى عدم اعتماد آلية الاستشهاد (طلب الشهود) على الواقعة واختار آلية التلاعن وهو القسم بالله تعالى بالكيفية الواردة في الآيات 6 - 9 من سورة النور، ومؤدّى التلاعن انفكاك الرابطة الزوجية بشكل نهائي ومؤبد على رأي جمهور الفقهاء، ولم يشر إليه قانون الأسرة إلاّ بشكل عارض في المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري كمانع من الإرث [يمنع من الإرث اللعان والردّة]، وهذا يعني أنّه يعترف به وبالتالي يوجهنا إلى المادة 222 من القانون نفسه لمعرفة أحكامه.

ولأنّ آلية تمامه واضحة في الشرع فإنّ ورود السلطة التقديرية عليه قليل إلاّ في بعض الجزئيات المتعلقة أساسا بوجود اختلاف فقهي في بعض أحكامه، من مثل حضور القاضي مجلس التلاعن والكيفية التي يُلاَعَنُ فيها (جالسا أو قائما) إلى جانب التوقيت المندوب للتلاعن.

رابعا: الخلع.

وهو طلب المرأة من زوجها تطليقها مقابل عوض تدفعه له، وقد أشار إليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 54 [**يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع؛ يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم**] وبالتالي فهو أحد السُبُل الشرعية الممكنة لفكّ الرابطة الزوجية، وكما هو مشار إليه في نص المادة فإنّ السلطة التقديرية للقاضي قد ترد عليه في المسائل التالية:

- التفريق القضائي بين الزوجين من خلال الخلع مرتبط بنص المادة بقرار القاضي.
- تقدير مقابل الخلع راجع للقاضي على ألاّ يتجاوز صداق المثل الذي يقع كذلك تحت تقدير القاضي انطلاقا من العرف السائد.

خامسا: العدول عن الخطبة.

قد يُحدِثُ العدول عن الخطبة ضررا ماديا ومعنويا وهو الأمر الذي أقرّه فقهاء الشريعة الإسلامية وثبَّتَهُ المشرّع الجزائري من خلال نص المادة 03/05 من قانون الأسرة التي تشير إلى التعويض المستحق عن ذلك الضرر، وبما أنّ المادة لا تحدّد بشكل دقيق نوع الضرر الذي يُستَحَقُ به التعويض ولا كيفية استحقاق الطرف المعدول عنه لذلك التعويض، فقد احتاج الأمر إلى تدخل سلطة القاضي التقديرية لتحديد ذلك وذلك من خلال:

- إثبات قيام علاقة الخطبة باعتماد القرائن الدالّة على ذلك من مثل الشهود وغيرها.
- تقدير قيام الضرر والتأكد من عدم وجود مُسَوِّغَات للعدول تؤكد استحقاق التعويض وتُثبِتُ الضرر.
- تقدير الضرر القابل للتعويض من خلال التأكد من استيفاء الشروط اللازمة لاعتبار العدول ضررا (مادي أو معنوي) يستحق التعويض.
- تقدير قيمة التعويض المستحق، ويمكن أن يستعين القاضي بالخبرة بحسب الحال.

سادسا: الطلاق التعسفي.

الطلاق التعسفي هو الطلاق الذي يُوقِعُه الزوج انطلاقا من العصمة التي يملكها في العلاقة الزوجية على زوجه من غير أن يكون لهذا الطلاق مُبَرِّرٌ شرعيٌّ ولذلك سُمِّيَ تعسفا في استعمال حق هو بالأصل للزوج، وإثبات التعسُّف من صلاحيات القضاء، فالقاضي هو الذي يبيّنُ صور التعسُّف من خلال سلطته التقديرية المنوطة له، فإذا طلَّقَ الزوج زَوجَهُ وتبيَّنَ للقاضي أنّه مُتَعَسِّفٌ في طلاقها دونما مبرّرٍ شرعي وتضرّرت الزوجة، جاز للقاضي أن يحكم لها على مُطَلِّقِهَا بتعويضٍ عادلٍ بحسب حالته ودرجة تَعَسُّفِهِ، وتقدير هذا التعويض خاضع لسلطته التقديرية ولا يمكن تقييده أو حصره، وعلى القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار بعض المعطيات، وهي مدخول الزوج وظروف المعيشة وحتى عدد سنوات العشرة الزوجية التي قَضَيَاها معا[1]، وهنا تتدخل السلطة التقديرية لقاضي الأسرة في معالجة طلب فكّ الرابطة الزوجية بهذه الكيفية (غياب المبرر الشرعي) وما قد يترتب عنه من أضرار (المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري) وذلك من خلال:

- تقدير قيام العلاقة الزوجية وإثباتها وبخاصة في حال الزواج العرفي.
- تقدير قيام التعسّف في إيقاع الطلاق بكل الوسائل المتاحة والقرائن المبيّنة.
- تقدير الضرر القابل للتعويض وتحديد الرابطة السببية بينه وبين التعسّف[2].

(1) عزوز هناء، مرجع سابق، ص: 39.

(2) اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص:136-156 بتصرف.

- تقدير قيمة التعويض بما يتناسب والضرر الملحق، وكذا حال الطرفين من اليُسرِ والعُسر، ويمكن الاستعانة بالخبرة لتحديد قيمة التعويض، بالإضافة إلى كيفية تقديم التعويض (كاملا أو مُقَسّطًا)[1].

سابعا: سوء العشرة والضرر.

يدخل في هذا التصرف العديد من الحالات التي تنتهي إلى استحالة استمرار الرابطة الزوجية، ومن ذلك الشقاق المستمر أو النشوز والإعراض أو سوء المعاملة والاعتداء، التي تجعل الحياة الزوجية جحيما لا يطاق...كما تؤدي إلى اهتزاز الأسرة وعدم استقرارها وتتوسع الهوّة بين الزوجين... ويصبح الطلاق العلاج النهائي لإنهاء الشقاق والخلاف بين الزوجين[2] وكل الحالات المذكورة سابقا ينجر عنها ضرر للطرفين وبالتالي احتاج الفصل في مثل هذه القضايا إعمال السلطة التقديرية للقاضي، وهو الأمر الذي عالجته العديد من مواد قانون الأسرة الجزائري (المواد 53، 54، 55، ...إلخ) وتتحدّد السلطة التقديرية لقاضي الأسرة في:

- تقدير التصرف على أنّه سوء عشرة انجرّ عنه ضرر مُحَقَّق.
- تحديد مستوى ونوع الضرر الذي نتج عن سوء المعاشرة المستحق للتعويض.
- تقدير قيمة التعويض المستحق واللازم لجبر الضرر الواقع.

هذه بعض التصرفات التي قد تنهي إلى فك الرابطة الزوجية والتي يحتاج القضاء في بعض تفاصيلها إلى بذل الوسع وإعمال الذهن في تقدير الأصلح من الحلول المعالجة لآثارها وبخاصة ما تعلّق بجبر الضرر الناتج عنها، والمسؤولية بالطبع تقع على عاتق قاض الأسرة الذي لابد أن يكون مُسَلَّحًا بالمعرفة والخبرة الكفيلة بتحقيق المقصود.

الفرع الثاني: فك الرابطة الزوجية لوجود سبب

قد يقع فك الرابطة الزوجية كذلك انطلاقا من وجود أسباب موضوعية تقتض

(1) عمر لطفي رضوان الهرش، مرجع سابق، ص: 245.

(2) عماد شريفي – مبروك المصري، مسائل لم ينص عليها قانون الأسرة الجزائري ودور اجتهادات المحكمة العليا في استكمالها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد: 11، العدد: 01، 2020، ص: 618.

ذلك، وأغلب هذه الأسباب هو في حكم الواقعة القانونية لا التصرف القانوني كما رأينا سابقا، بمعنى أنّها أسباب لا إرادية فيما يخص انفكاك الرابطة الزوجية، ومثل هذه الحالات لا تُعدَمُ فيها السلطة التقديرية للقاضي من أجل تجاوزها وإيجاد الحلول لها.

أولا: الغَيبَة (الغياب).

الغيبة المعتبرة قانونا هي ما حقّقت الشروط المنصوص عليها في المادة 5/53 من قانون الأسرة الجزائري [**الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة**]، فباقتران هذه الشروط تتحقّق الغيبة القانونية التي لها آثار قانونية كذلك، وللعلم فقد أُدرِجَت هذه الشروط في سياق الحديث عن حق الزوجة طلب التطليق من زوجها، وتُعَدُّ الغيبة حالة من حالات الضرر التي تصاب بها الزوجة، فقد يحدث وأن يغيب الزوج عن زوجه مدّة طويلة، ولا يترك لها مالا تنفق منه، فيتركها كالمعلقة لا هي متزوجة ولا هي مطلّقة، وغياب الزوج عن زوجه قد يكون لسبب سليم (السفر من أجل طلب العلم أو التجارة أو العمل) وقد يكون القصد منه إلحاق الضرر بالزوجة بتركها دون مَعِيل[1]، والغائب الذي يقصده المشرع هو الذي نص عليه في المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها [**الغائب هو الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير**][2].

وتتجسد السلطة التقديرية لقاضي الأسرة في الغَيبَة من خلال معيارين؛ موضوعي وشخصي على النحو التالي:

- من الناحية الموضوعية تقدير سبب الغياب (مبرر الغياب، المكان الذي يتواجد فيه، ...إلخ) وهل له مبرر وعذر شرعي مقبول، وكذا تقدير عدم الإنفاق طيلة مدة الغياب.
- من الناحية الشخصية تقدير استقلالية كل حالة عن الأخرى بما يقتض المعالجة المختلفة.

ثانيا: الحبس.

الحبس المفضي إلى فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق هو المستوفي للشروط

(1) حفيظة فضلة، مرجع سابق، ص: 24.

(2) عزوز هناء، مرجع سابق، ص: 30.

التالية:

1. صدور حكم قضائي نهائي.
2. أن يكون الفعل جريمة.
3. أن تكون الجريمة مساسا بشرف الأسرة.
4. أن تكون هناك استحالة لمواصلة العشرة الزوجية.

وتتدخل السلطة التقديرية لقاضي الأسرة في:

- تقدير الظرف المبين لاستحالة العشرة الزوجية.
- تقدير الضرر اللاحق بالزوجة جرّاء الحبس.
- تقدير قيمة التعويض المناسب لجبر الضرر[1].

ثالثا: الفقد.

الفقد حالة تُشبِهُ إلى حدٍّ ما الغَيبَة، فهي غيبة من غير معطيات ومعلومات ثابتة ومُحَقَّقَة، الأمر الذي أشارت إليه المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري [**المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته...**] ولكون الواقعة لها آثارها وتداعياتها على الرابطة الزوجية فقد احتاجت بعض أحكامها إلى سلطة تقديرية تتمثل فيما يلي:

- تقدير حال الغياب والفقد وملابساته (حال الحرب أم حال السِّلم) من خلال البحث والتحري.
- تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات (المدة الزمنية التي سمح بعدها باستصدار حكم الوفاة) من أجل الحكم النهائي المتعلق بالمفقود.

المبحث الثاني: ضوابط السلطة التقديرية لقاض الأسرة

من المهم التنبيه إلى أنّ السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بصفة عامّة ليس مطلقة وشخصية يتصرف فيها وبها بالشكل الذي يريد، وإنّما هي سلطة اقتضتها المصلحة القانونية، بما يعني حاجة القانون إلى اعتمادها في الظروف المطلوبة ووفقا للشروط المعتبرة

(1) براهامي العيد، نفس المرجع، ص:199.

قانونا، وهذا الذي يُحَتِّمُ وضع ضوابط لها حتى تَتَرَسَّمَ لدى القاضي الحدود التي لا يتجاوزها عند إعمال الذهن والبحث عن التقدير المناسب والموائم للقضايا المعروضة عليه.

المطلب الأول: مصادر السلطة التقديرية لقاضي الأسرة وكيفية ممارستها

من المسائل المحدّدة للضوابط؛ الوقوف على المصادر التي يستمد منها القاضي نشاطه التقديري ويرتكز عليها في إعمال الذهن وبذل الوسع لتفعيل النشاط التقديري الذي يحتاجه من أجل إيجاد الحلول للقضايا المعروضة عليه، فهي كل ما يُعِينُ القاضي بصفة نظرية أو عملية، رئيسة أو تابعة في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ابتداء من رفع الدعوى حتى إصدار الحكم فيها وتنفيذه ليصل إلى الغاية المطلوبة من القضاء[1].

الفرع الأول: مصادر السلطة التقديرية لقاضي الأسرة

تتحدّد رشادة السلطة التقديرية للقاضي من خلال إدراكه ومعرفته الجيدة بالمصادر التي يستقي منها هذه السلطة.

أولا: معرفة عناصر النزاع.

لا يمكن القضاء في نزاع أيًّا كان إذا لم يقف القاضي على عناصره بشكل دقيق وسليم ناهيك أن يُوَفَّقَ في سلطته التقديرية إن احتاج إليها، فعناصر النزاع هي المادة الأولية التي تُوَجِّهُ عمل القاضي وتُحَدِّدُ مناط اجتهاده...فمن خلالها يستشف القاضي ما إذا كان مختصا بالنظر في الدعوى وقبول سماعها واختيار الصالح منها... وبالتالي فهذه العناصر ترتبط أوثق الارتباط بالحكم الذي يتوصل إليه... وبناء عليه تكون عناصر النزاع المنبع الأول الذي يستمد منه القاضي سلطته التقديرية لأنّه من خلالها يُحَصِّلُ المعلومات الكافية عن الدعوى، كما تعدُّ أدلة الإثبات مصدرا مهمّا للسلطة التقدير للقاضي باعتبار أنّها تبيّن مدى صحة الادّعاءات المقدّمة من الخصوم، وتُكَوِّنُ قناعة القاضي الشخصية لينتقل بعدها إلى مرحلة بناء الحكم لغويا ومنطقيا[2].

(1) عمر لطفي رضوان الهرش، مرجع سابق، ص: 44.

(2) اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص:61-62 بتصرف.

ثانيا: الارتكاز على القاعدة القانونية[1].

لا ينطلق القاضي في إعمال السلطة التقديرية من فراغ، بل لابد أن تَرتَكِزَ على أساس وقاعدة تُمَكِّنُهُ من السير في الاتجاه الصحيح فيما تعلق بإصدار الحكم الموائم والملائم للقضايا المعروضة عليه، وهذا الأساس هو القاعدة القانونية التي سَيُبَرِّرُ من خلالها الموقف الذي وصلت إليه سلطته التقديرية ويستند عليها حكمه، فهي التي تُحَدِّدُ له حالات ومجالات إعمال نشاطه الذهني، كما يستند إليها في وصف الوقائع وصفا قانونيا من خلال مطابقة الوقائع المادية مع الفرض النموذجي الموجود بالقاعدة القانونية وحل النزاع بتوقيع الحكم القانوني المترتب عن ذلك[2].

ثالثا: الوسائل القانونية المستعان بها.

قد يحتاج القاضي إلى جانب الارتكاز على القاعدة القانونية؛ إلى وسائل يستعين بها من أجل ترشيد السلطة التقديرية وتدعيمها وبخاصة عند غموض النص القانوني أو انعدامه، ويمكن اختصار هذه الوسائل فيما يلي:

- ✓ المبادئ القانونية العامة؛ والتي تمثل قواعد قانونية عامّة تستغرق العديد من المجالات، كالأصول في إدراك الفروع، ومن أمثلة ذلك مبدأ التعويض عن الضرر، ونظرية التعسف في استعمال الحق.
- ✓ المفاهيم القانونية؛ والتي يتوصل إليها بعد تجريد المبادئ والقواعد القانونية من خصوصيتها وإدراج الأفكار الأساسية التي تشترك فيها داخل مجموعات ثم يقوم القاضي باستخدام هذه المفاهيم القانونية من أجل إيجاد الحل القانوني للنزاع المطروح.
- ✓ المعايير القانونية؛ التي تعطي للقاضي فكرة عن السلوك النموذجي الواجب اتخاذه في هذه الحالة والظروف التي تحيط به وبالتالي يرشده إلى الحل (مراعاة الواقع الاجتماعي).
- ✓ القرائن؛ والتي تمثل الدلائل والإشارات التي يستدل بها، وهي قضائية يستخلصها

(1) تمثل القاعدة القانونية النص القانوني المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية وكذا القوانين القانونية غير المكتوبة كالشريعة الإسلامية أو العرف أو القانون الطبيعي.

(2) اسمهان عفيف، نفس المرجع، ص:64.

القاضي من ظروف الدعوى، وموضوعية يستنتجها القاضي بذكائه (انطلاقا من الخبرة والدُربَة) من موضوع الدعوى وظروفها (خاصة بكل دعوى) وهي غير محصورة، بعكس القرائن القانونية التي هي من وضع القانون[1].

✓ سوابق العمل القضائي؛ وهي الأحكام الصادرة عن القضاة السابقين والتي يُمكِنُ للقاضي الاسترشاد بها ضمن الاختصاص المطبق على القانون الذي بين يديه[2]، ويدخل ضمن ذلك الاجتهاد القضائي الصادر عن قضاة المحكمة العليا.

الفرع الثاني: كيفية ممارسة السلطة التقديرية لقاض الأسرة

بعد الوقوف على المصادر التي يَستَلهِمُ منها القاضي سلطته التقديرية، يحتاج بعدها إلى الجسر الذي ينقله من التأصيل إلى التنفيذ بمعنى الممارسة العملية للنشاط التقديري، وهذا الجسر تُحَدِّدُهُ فاعلية الكيفية التي تعتمد في حل الموضوع والتي تحتاج ابتداء إلى دقة وتركيز ومنهجية مضبوطة.

أولا: التقدير الجيد للوقائع.

يحتاج القاضي عند عرض الموضوع إلى استجماع الوقائع المتعلقة به والإحاطة بها بشكل دقيق يتجاوز حدّ الاكتفاء بما يعرضه الخصوم، حتى يتسنى له معرفة حقيقة الحق المتنازع عليه وسببه وأطرافه، وكذا التعرف على طلبات الخصوم وجِدِّيَتَهَا وجِدِّيَة الدفوع لأنّه ملزم بمناقشة كل ذلك ليصل إلى التكييف الذي يراه مناسبا للموضوع، ثم ينتقل بعد ذلك إلى مرحلة إثبات الوقائع من خلال اعتماد الحجج والبيانات والأدلة المدعّمة لأي ادّعاء، وصولا إلى تحديد مركز الوقائع بشكل واضح يسمح له بالانتقال إلى إعمال نشاطه الذهني وتوظيف ملكاته القانونية من أجل استخلاص الوقائع المنتجة في القضية حسب تقديره[3].

ثانيا: البحث عن القانون الملائم

بعد الانتهاء من التقدير الجيد للوقائع ينتقل القاضي إلى البحث عن القانون الملائم الذي يتوافق مع الموضوع المطروح، لأنّ المسألة الواحدة قد تتداخل فيها نصوص تشريعية

(1) اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص:65-66 بتصرف.
(2) عمر لطفي رضوان الهرش، مرجع سابق، ص: 47.
(3) اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص:100-103 بتصرف.

لأكثر من قانون، كما أنّ التفسير للنص المراد تطبيقه قد يحتاج إلى عدّة تأويلات وتفسيرات تحتاج في النهاية إلى اعتماد واحد فيها (الترجيح)، وهنا تقوم السلطة التقديرية للقاضي القائمة على النشاط الذهني له بالدور اللازم لتحقيق ذلك، بمعنى أنّ النشاط الذهني المعتمد طبعا على التجربة هو الذي سيحصل به استعمال القانون المناسب للواقعة المطروحة، وهو ما يُعَبِّرُ عنه بعضهم بالتكييف القانوني الذي يُتَوَصَّلُ به إلى تطبيق القانون الملائم.

ثالثا: اعتماد الوسائل المناسبة

انطلاقا من التقدير الدقيق ثم التكييف القانوني المناسب يتوصل القاضي وباستعمال الوسائل المساعدة إلى الحكم في الواقعة المعروضة عليه، وهذه الوسائل في حقيقة الأمر هي أدوات يقوم القاضي بتوظيفها بالشكل الفعّال إلى المقصود وهو الحكم القريب قدر الإمكان من العدالة واستيفاء الحقوق، ويمكن أن نذكر بعض هذه الوسائل من مثل الاستدلال القضائي (من أجل التأكد من تطابق الواقع والقانون) والقياس القضائي (من أجل تطبيق الأثر القانوني الوارد في القاعدة القانونية) وكذا الجدل والمقارنة والاستنباط وغيرها من أدوات المنطق التي تساعده على بناء الحكم[1].

المطلب الثاني: الرقابة على السلطة التقديرية لقاض الأسرة والقواعد الناظمة لضوابطها

إنّ النشاط التقديري الذي مُنِحَ لقاض الأسرة ليس على إطلاقه، بل هو مقيّدٌ وخاضع للرقابة، فهذا النشاط هو نشاط إنساني وشخصي من قبل القاضي، بما يعني إمكانية الانحراف والخطأ في التقدير الذي يأت بعكس المرغوب فيه والمطلوب منه، كما أنّ ضمان عدم الانحراف متعلّق بتحديد الضوابط المنظمة لهذه السلطة والقواعد التي تنتظم من خلالها.

الفرع الأول: القيود الواردة على النشاط التقديري لقاض الأسرة والرقابة عليه

من المهم الوقوف على القيود التي تكبح جماح السلطة التقديرية للقاضي بغية حمايته وحماية العملية القضائية من الانحراف عن المقصد الذي وُجِدَت من أجله وهي

(1) اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص:106-109 بتصرف.

بهذا الشكل فعل استباقي، كما أنّه وفي نفس السياق يتعيّن تحديد الفعل اللاحق للسلطة التقديرية متمثّلا في آليات الرقابة عليها.

أولا: القيود الواردة على النشاط التقديري لقاضي الأسرة

يحتاج النشاط التقديري للقاضي أن توضع له حدود وقيود تحميه من الانحراف عن تحقيق الحق والعدل المقصود ابتداء منه، وتقه من استغلال هذه السلطة أو استخدامها استخداما خاطئا أو غير مشروع ممّا ينجر عنه آثار سلبية، ويمكن ذكر أهم القيوم الواردة على السلطة التقديرية للقاضي على النحو التالي:

1 – عدم الانحراف عن الغاية التي رسمها القانون.

من المهم معرفة الغاية من وجود القضاء ومنح القاضي السلطة التقديرية؛ فالقاضي إذا ما عُرِضَ عليه نزاع حول مركز قانوني معيّن فهو مطالب بإنزال حكم القانون عليه ورفع التجهيل الذي أحاط بهذه المراكز القانونية، انطلاقا من دراية كافية بالقانون وتجربة في تنفيذه، ولا يتحقق ذلك إلاّ من خلال البحث والاجتهاد في كل مراجل الدعوى، على أنّ هذا النشاط الذي يقوم به القاضي لابد وأن يصدر منه بصفة موضوعية، واضعا بين عينيه المصلحة العامة للمجتمع ومُجتَنِبًا النظر في مصلحته الشخصية، على أن يكون مجال النشاط التقديري محدّدٌ بالنص القانوني، فالسلطة التقديرية مُكنَةٌ مخوّلة بموجب القانون وتمارس في ظلّه[1].

2 – عدم القضاء بعلمه الشخصي.

انطلاقا من القاعدة التي تُقِرُّ بعدم جواز تأسيس القاضي لحكمه إلاّ على وقائع مقدمة ومثبتة بواسطة الخصوم؛ فإنّه يجب على القاضي عند ممارسة سلطته التقديرية الالتزام بما يلي:

- التقيّد بالوقائع المقدّمة من طرف الخصوم.
- الالتزام بالوقائع المقدّمة دون تجاوزها بخلق وقائع جديدة خارجة عن الوقائع المقدّمة.

(1) اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص:120-122 بتصرف.

- التقيّد بالحكم بما طلب منه دون تجاوز ذلك.
- أن يتم استخلاص العناصر المنتجة في الدعوى من ضمن الوقائع والأدلة المقدّمة.

كما أنّ مبدأ حياد القاضي[1] يفرض عليه عدم القضاء بعلمه، غير أنّه وبحكم وظيفته القضائية التي تفرض عليه معرفة القانون وتطبيقه؛ يمكن الاستناد إلى معلومات شخصية تتعلّق بالخصوم أو الدعوى التي يفترض بالجميع العلم بها[2].

3 – التزام القاضي بتسبيب الحكم.

إنّ القصد من التزام القاضي بالتسبيب هو ضرورة قيامه بعرض العناصر القانونية والواقعية التي استند إليها في بناء عقيدته واقتناعه الشخصي في إطار ما تمّ طرحه من طرف الخصوم حيث يُبَيِّنُ من خلاله مدى صحة الاستدلال القانوني والقضائي الذي قام به، وإبراز من خلال عرضه للعناصر التي قادته للخروج بهذه النتيجة القانونية للخصوم ولكل من يطلع على الحكم بهدف الدراسة أو الفحص، بأنّ ما توصل إليه هو أقرب ما يكون إلى الحق ومطابقة الواقع، وهو الأمر الذي دعت إليه المادة 11 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[3][4]، و هذا الالتزام يُعَدُّ بمثابة الضمانة التي تجعل النشاط التقديري بعيدا عن الانحراف الشخصي للقاضي عن المقصود إمّا بالتساهل أو بالتعسّف.

ثانيا: الرقابة على النشاط التقديري لقاض الأسرة.

إذا كانت القيود مسألة استباقية في ترشيد استعمال السلطة التقديرية، فإنّ الرقابة هي الطرف اللاحق لتلكم السلطة، وكلا المسارين يتجهان إلى مقصد واحد هو قيام السلطة التقديرية بالوظيفة المطلوبة منها، وباعتبار أنّ السلطة التقديرية للقاضي هي من أعمال القضاء فمن المؤكد أن الجهة التي يمكن أن تراقب تلكم السلطة هي الجهة العليا هيكليا في سلك القضاء وهي المحكمة العليا التي تعتبر محكمة قانون لا موضوع؛ لأنّها تراقب صحة

(1) ويقصد به الحياد الإيجابي الذي يجتهد فيه القاضي في كشف الغموض الذي يكتنف الوقائع، والذي يدع فيه إلى جلسة الصلح، إلى جانب الاستعانة بالخبرة إذا استدعى الأمر ذلك.

(2) اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص:123-126 بتصرف.

(3) القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق 25 فبراير 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بـ ج ر، ج ج د ش، 17 ربيع الثاني 1429هـ الموافق 23 أبريل 2008م، السنة: 45، العدد: 21.

(4) اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص:127.

الأحكام والإجراءات النهائية التي يتخذها القضاة من جهة مطابقتها للقانون.

تتجلّى رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي التقديرية في مراقبة الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية، وهي لا تنصب على النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي، وإنّما تنصب على مادة هذا النشاط أو مصادره للتأكد من عدم انحراف القاضي عن الغاية التي مُنِحَ لأجلها هذه السلطة والمتمثلة في عدم التعسّف في استعمالها والتقيّد بتطبيق القانون[1]، فالرقابة بهذا المدلول ليست تقييدا لحرية هذا النشاط الذهني الذي يبذله القاضي من أجل التطبيق الصحيح للقانون ومقاصده، وإنّما هو تأطير للحدود التي لا يجب تجاوزها حتى لا تأت السلطة التقديرية بعكس ما هو مرتجى منها، فالتأطير هنا يمثل حماية للقاضي وللقانون وللمجتمع، لأنّه يضمن التطبيق السليم للقانون.

الفرع الثاني: القواعد الناظمة لضوابط السلطة التقديرية لقاضي الأسرة

تحتاج السلطة التقديرية حتى لا تَحِيدَ عن الدور المناط بها أن تُحَدَّدَ لها ضوابط تَرسُمُ لها مجال الحركة (التقدير)، ومثل هذه الضوابط تُأَطِّرُهَا القواعد التالية:

أولا: مراعاة الخصوصية والحساسية التي تميّز العلاقات الأسرية.

تختلف العلاقات الأسرية عن غيرها من العلاقات التي تنتظم بها الحياة الاجتماعية، ويرجع ذلك إلى خصوصية العقد الذي تنشأ به الأسرة ابتداء، هذا العقد الذي جعله الإسلام في مرتبة الميثاق الغليظ وارتبط به أحد أكبر المقاصد الشرعية في الإسلام وهو مقصد حفظ العرض والنسل بصفة أساسية، ولذلك كان الاهتمام به كبيرا شرعت من أجله جميع الخطوات اللازمة لإنشائه وللإبقاء عليه وحتى لإنهائه إذا اقتضت المصلحة الشرعية ذلك.

إنّ الخصوصية والحساسية التي تمتاز بها العلاقات الأسرية لابد وأن توضع في حسبان القاضي عند إعماله لنشاطه الذهني المتعلق بالسلطة التقديرية الممنوحة له من أجل إيجاد الحكم المناسب للموضوع المعروض عليه، وهذا الأمر يتطلب منه سِعَةَ الاطلاع والمعرفة الجيدة لما يميّز هذه العلاقات عن غيرها بما يسمح له بالتوظيف الراشد لتلكم السلطة.

(1) اسمهان عفيف، نفس المرجع، ص:234.

ثانيا: تحقيق المناط (الغرض الأصلي) من النص القانوني

يهدف القاضي في معالجة القضايا إلى إيجاد الحلول التي تحقق العدل واستيفاء الحق بما يحقق مصلحة المتخاصمين ومصلحة المجتمع ومصلحة القضاء في النهاية، فالغرض الأصلي من النص القانوني أيّا كان؛ هو الوصول إلى الحق والحكم بالعدل، وعندها لا تكون للسلطة التقديرية للقاضي أي منزع شخصي أو هوًا ذاتي في السعي إلى تطبيق القانون لأنّ التأثر بهذه الأمور ينتهي إلى الانحراف عن الحق وقد حذّر الله تعالى نبيه داود عليه السلام من ذلك فقال تعالى ﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةٗ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلۡهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمۡ عَذَابٞ شَدِيدُۢ بِمَا نَسُواْ يَوۡمَ ٱلۡحِسَابِ ٢٦ ﴾[1].

ثالثا: تحقيق المقصد من تطبيق النص القانوني

لكل نص قانوني مقصد يبتغيه يمثل في حقيقة الأمر ما يسمى بروح النص الذي يتجاوز الشكلية والسطحية في التعاطي معه، وبالنسبة لقاض الأسرة المُعتَمِدِ على نصوص قانون الأسرة المُستَمَدَّة أساسا من الشريعة الإسلامية، فإنّ القاضي ملزم بمعرفة مقاصد التشريعات التي تنظم الأسرة وبالتالي معرفة مقاصد الشريعة الإسلامية، حتى ينتظم عمله في توظيف السلطة التقديرية بما يتوافق معها، فالمقاصد تتجاوز النصوص وشكليتها إلى الغرض الذي شُرّعِت وهو ما يتوافق وما يبحث عليه القاضي عند توظيف السلطة التقديرية في استجلاب الحكم المناسب.

رابعا: مراعاة العرف في التقدير

الاعتداد بالعرف من الأسس التي تقوم عليها الرؤية المقاصدية التي يُتَعَاطَى فيها مع النصوص المنظمة للعلاقات الأسرية، فللعرف مكانة معتبرة في الأحكام الشرعية، وجُعِلَ أحد المصادر التبعية التي تستنبط منها تلك الأحكام، ولأهميته فقد انتظم عند العلماء في قاعدة فقهية [**العادة محكّمة**] وقد أرشد إليه القرآن بقوله تعالى: ﴿**خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ١٩٩** ﴾[2]، وفي تنظيم العلاقات الأسرية يتطلب من القضاء خبرة واسعة بالبيئة التي يعيش فيها الزوجان وبالمسائل النفسية والدينية والاجتماعية لمختلف

(1) سورة ص: 26.

(2) سورة الأعراف: 199.

طبقات المجتمع[1]، فلا يمكن للقاضي وهو يحكم في العلاقات الاجتماعية أن يتجاوز أهمّ مكوّن لهذه العلاقات ألا وهو العرف، وعندها يجب على القاضي الوقوف في سلطته التقديرية عند الأعراف والعادات المعمول بها والالتزام بما نصت عليه إذا كانت متداولة ومشهورة بين الناس ويبني عليها أحكامه ولا يتعدّاها إن تحققت شروط العرف[2] والتي من أبرزها عدم مخالفة مقتضى الشرع والقانون.

خامسا: مراعاة المآل عند التقدير

من المهم بمكان أن لا ينتهي تفكير القاضي في تطبيق القانون على حرفيته ونصيّته، أو أي يكون الغرض من تقديره هو الانتهاء من الموضوع بشكل من الأشكال، وإنّما عليه أن يراعي المآل الذي سينهي به أثر السلطة التقديرية التي اعتمدها، فليس كل صحيح يصلح أن يقال كما تقول الحكمة، فقد يفتح التعامل مع تطبيق القانون دون مرونة مجالا لمفاسد أعظم من النزاع بحدّ ذاته، فكم من حكم أو قرار قضائي زادت آثاره من تعقيد النزاع أكثر بسبب عدم مراعاة القاضي عند التقدير مآل تطبيق ذلك الحكم أو القرار، فالكثير من القضاة عند إصدارهم للحكم أو القرار لا يفكرون إلاّ في الأثر الآني والأولي لتنفيذ ذلك الحكم متغافلين عن آثاره البعدية والتبعية مما يفرغ السلطة التقديرية والوُسع الذي بُذِلَ من أجلها من محتواها والمقصد الأساسي من اعتمادها وهو الوصول إلى المصلحة العامّة والاستقرار الاجتماعي.

سادسا: مراعاة الوُسع (القدرة على التنفيذ) عند المتقاضين عند التقدير

لم يكن الغرض من وجود القضاء التضييق على الناس وحملهم على ما لا يطيقون، فالغرض الأساس من عملية التقاضي هو ضمان الحقوق واستحقاق أهلها لها، ولذلك وضعت النصوص بالأصل في حدود القدرة البشرية، وهذا الأمر مؤصّلٌ ابتداء في الشريعة الإسلامية التي تقوم أحد قواعدها الكبرى على " **أن لا تكليف إلاّ بمقدور**" انطلاقا من قوله تعالى ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا وُسۡعَهَاۚ لَهَا مَا كَسَبَتۡ وَعَلَيۡهَا مَا ٱكۡتَسَبَتۡۗ...﴿٢٨٦﴾﴾[3]، وحديث

(1) جواد بولحية، مرجع سابق، ص: 306.

(2) عمر لطفي رضوان الهرش، مرجع سابق، ص: 58.

(3) سورة البقرة: 289.

عائشة رضي الله [**كان النبي صلى الله عليه وسلّم إذا أمرهم؛ أمرهم من الأعمال بما يطيقون...**][1] فلم تأت الشريعة ولم يكن من مقاصدها تكليف الناس ما لا يستطيعون بل على العكس من ذلك فالمعلوم من الشرع أنّه حيث وُجِدَت المشقة تبعها التيسير ﴿ فَإِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ۝٥ إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ۝٦ ﴾ [2] ولذلك قَعَّدَ علماء الأصول قاعدة في ذلك مفادها أنّ [**المشقة تَجلُبُ التيسير**]، ومن هنا كان لزاما على قاض الأسرة وهو يعتمد النصوص التشريعية التي مصدرها الشريعة الإسلامية أن يراعي في استعمال سلطته التقديرية اعتبار القدرة والوُسع عند المتخاصمين فلا يكلفهم ما لا يطيقون من الأحكام التي يَتَعَسَّرُ عليهم تنفيذها.

سابعا: اعتماد المرونة في التطبيق عند التقدير

قد تستدعي السلطة التقديرية في السعي إلى حل الإشكال القانوني التعامل مع روح النص لا نَصِيَّتَهُ، وهذا لا يعني تجاوز تطبيق النص القانوني وإنّما الدعوة إلى إعمال المرونة اللازمة في تنفيذه بحيث أنّه يحقق المقصد الأساس من إعمال السلطة التقديرية، فهذه السلطة لم تعط إلاّ لأنّ النص بالأساس لا يجيب بشكل مباشر عن الإشكال القانوني ولذلك تمّ اللجوء إليها، والمرونة بالأصل مطلوبة حتى إذا لم نكن أمام إعمال للسلطة التقديرية لأنّ القانون بالأساس يتعامل مع نَفسٍ بشرية تختلف أحوالها وأوضاعها باختلاف الظروف المحيطة بها، ولذا وُجِدَ في الشرع اعتبار الشبهة في دَرءِ الحدّ مثلا، وفي القانون الظروف المخفّفة للحكم وهكذا، لأنّ المقصود من تطبيق القانون هو الوصول إلى إحقاق الحق والعدل، وهذا قد لا يتحقق في بعض الأحيان بتطبيق النص حرفيا وبخاصة في العلاقات الأسرية.

خاتمة:

لقد أقرّ التنظيم القضائي اعتماد السلطة التقديرية للقاضي كوسيلة للوصول إلى الأحكام القانونية المعتبرة؛ انطلاقا من أهميتها العملية في تسهيل عملية التقاضي بالإضافة إلى الحاجة إليها باعتبار أنّ الاعتماد على النصوص المكتوبة فقط مُوقِعٌ للحرج بسبب

(1) رواه البخاري.

(2) سورة الشرح: 5 - 6.

محدوديتها وعدم محدودية النوازل والمستجدات التي تميّز العلاقات الاجتماعية، وقد حاولنا من خلال هذا المقال الوقوف على مدلول السلطة التقديرية من خلال التعريف و الأهمية والخصائص كمدخل تنظري لنعرج بعد ذلك على أهم التطبيقات المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، لنصل إلى ذكر القواعد التي تندرج من خلالها الضوابط اللازمة لهذه السلطة التقديرية.

ويمكن أن نورد أهم **النتائج** المُتَوَصَّل إليها في هذا البحث على النحو التالي:

1. تستمد السلطة التقديرية لقاضي الأسرة كآلية مساعدة لاستصدار الأحكام القضائية مشروعيتها من مشروعية التصرف (التقدير والاجتهاد) شرعا وقانونا.

2. تظهر أهمية اعتماد السلطة التقديرية في كونها السبيل الأمثل عند عجز النص القانوني الإجابة وحل الإشكال المطروح عليه، فإعمالها هو الذي يسمح بتوظيف النص القانوني بشكل فاعل ومثمر.

3. الحاجة إلى السلطة التقديرية يفرضها الواقع العملي لعملية التقاضي، التي تهدف إلى تنظيم العلاقات الاجتماعية بغرض تحقيق الحق والعدل بين أفراد المجتمع بما يوفر الاستقرار له.

4. تجد السلطة التقديرية لقاضي الأسرة تطبيقاتها في العديد من المسائل المرتبطة بفك الرابطة الزوجية، وقد ساهمت بإيجاد الحلول المناسبة لها انطلاقا من خصوصية وحساسية تلك الرابطة المهمّة.

5. السلطة التقديرية لقاضي الأسرة ليست مطلقة بل هي مقيّدة بالعديد من الضوابط التي تُنَظِّمُهَا من أجل تحقيق المقصد من وجودها، كما أنّ هذه الضوابط تتأطّر ضمن جملة من القواعد الناظمة لها.

كما يمكن أن اقتراح **التوصيات** التالية:

1. رفع مستوى تكوين قاضي الأسرة وبخاصة في مجال علوم الشريعة المتميّزة بسعة الموروث الفقهي الضخم، وكذا في بعض التخصصات ذات الصلة بتلك السلطة من مثل علم النفس وعلم الاجتماع وطرق التواصل؛ حتى تكون سلطة التقدير عند القاضي قائمة على معرفةٍ وعلم بما يسمح لها من أداء الدور المنوط بها.

2. إقامة دورات تدريبية لقضاة الأسرة وبخاصة على مستوى المحكمة العليا من أجل تكوينهم في كيفية استعمال السلطة التقديرية، وتعريفهم بالقواعد الناظمة للضوابط المعتمدة في إعمال السلطة التقديرية.

قائمة المصادروالمراجع

القرآن الكريم.

السنة النبوية.

البحوث العلمية:

1. براهامي العيد، سلطة القاضي في التفرقة بين الزوجين بين قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي، دكتوراه - تخصص: الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2018/2017.

2. اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاض شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، ماجستير، تخصص: قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم بواقي، الجزائر، 2011/2010.

3. عمر لطفي رضوان الهرش، السلطة التقديرية للقاضي في قانون الأحوال الشخصية الأردني المعمول به في الضفة الغربية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، ماجستير، تخصص: القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2020/2019.

4. عزوز هناء، السلطة التقديرية لقاض الأحوال الشخصية في قانون الأسرة الجزائري، ماستر حقوق تخصص: أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، 2016/2015.

المقالات العلمية:

1. جواد بولحية، السلطة التقديرية للقاضي الأسري في دعاوى الرابطة الزوجية، مجلة القانون والأعمال الدولية، مختبر البحث قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول – سطات، المملكة المغربية العدد:20، أوت 2020.

2. حفيظة فضلة، السلطة التقديرية للقاضي في مسألة الترخيص بالتعدّد في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، الجزائر، المجلد: 10، العدد: 04، 2017.

3. حفيظة فضلة، السلطة التقديرية للقاضي في مسائل النفقة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة الأغواط، الجزائر، المجلد: 08، العدد: 01، 2022.

4. ذياب عبد الكريم عقل – محمد علي العمري، السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلّد: 35، العدد: 02، 2008.

5. عماد شريفي – مبروك المصري، مسائل لم ينص عليها قانون الأسرة الجزائري ودور اجتهادات المحكمة العليا في استكمالها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد: 11، العدد: 01، 2020.

التشريعات القانونية:

1. الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق 08 يونيو 1966م المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدّل والمتمّم.

2. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق 08 يونيو 1966م المتضمن قانون العقوبات المعدّل والمتمّم.

3. القانون 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق 09 يونيو 1984م المتضمّن قانون الأسرة، المعدّل والمتمّم.

4. القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق 25 فبراير 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بـ ج ر، ج ج د ش، 17 ربيع الثاني 1429هـ الموافق 23 أبريل 2008م، السنة: 45، العدد: 21.