جـامعة عمار ثليجي بالأغـواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قـــــسم الحقوق

بـــعنوان :

دور قاضي الأحوال الشخصية في المنازعات المتعلقة بشؤون الأسرة

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في القانون

تخصص : قانون الأسرة

من إعداد الطلبة:

* بن الطيرش مخلوف

* شريف عبد المالك

تحت إشراف الأستاذ:

* عبد المالك الدح

لـــجنـــة المنـــاقـــشة

الأستاذ .....بطيمي حسين.....رئيسا

الأستاذ : .....الدح عبد المالك .....مشرفا ومقررا

الأستاذ : .....بوديسة مصطفى.....عضو مناقشا

السنـــة الجامعية : 2018/2017

كلمة شكر وعرفان

أول شكرنا لله سبحانه وتعالى على ما أكرمنا به من نعم ، وعلى تيسيره الدرب وعلى توفيقه لنا فله الحمد والشكر حتى يرضى وله الحمد والشكر بعد الرضي

يشرفنا أن نتقدم في نهاية هذا العمل المتواضع بالشكر والعرفان والثناء الخالص إلى الأستاذ الفاضل الدكتور عبد المالك الدح على تفضله وتواضعه بالإشراف على هذه المذكرة وعلى تحمله عناء هذا البحث ، وعلى التوجيهات والإرشادات فله منا كل التقدير والاحترام وجزاه الله عنا خير الجزاء

ولأعضاء اللجنة المناقشة الذين تكرموا بقراءة هذه المذكرة ، فاقتطعوا بذلك من وقتهم ، بأن تتزين رسالتنا بأسمائهم فجزاهم الله كل الخير

وإلى كل من قدم يد العون من قريب أو من بعيد

إلى الآسرة الجامعية من أساتذة وطاقم إداري جامعة عمار الثليجي الأغواط

مخلوف – عبد المالك

إهداء

بإسم صاحب الهداية والفضل في البداية والنهاية

بإسم الله القادر المقتدر ، من هو ألطف من العباد وأحن من البشر

أهدي ثمرة عملي وجهدي المتواضع

إلى قدوتي الأولى إلى من علمني أن أصمد أمام أمواج الحياة الثائرة

إلى من رفعت رأسي عاليا افتخارا به (أبي العزيز) رحمة الله عليه وطيب الله ثراه وجعل ثواب من انتفع بعملنا هذا في ميزان حسناته

إلى من بحنانها أرتوي وبدفئها احتميت ، وبنورها اهتديت وببصرها افتديت

ولحقها ما وفيت إلى (أمي الغالية) أطال لله في عمرها

إلى رفيقة الدرب (زوجتي) العزيزة

إلى أولادي قرة عيني : محمد ، بشرى ، ناريمان ، سجود

إلى إخوتي وأخواتي ، إلى كل من ساعد بأي وسيلة من قريب أو بعيد على انجاز هذا العمل المتواضع

مخلوف

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من بأتي حبها بعد حب الله عز وجل ورسوله الكريم

والدي الكريمين

إلى من رعاني وسهر على تربيتي إلى من أدين له بالكثير والذي غمرني بدعواته وسقاني

الحب والحنان والدي الغالي

إلى من حملتني وهنا على وهن وسهرت على راحتي وساندتني بدعواتها المتواصلة

(أمي الغالية حفظها الله)

إلى اقرب الناس لقلبي ونفسي إلى من شاركتني حياتي وقاسمتني

الحلوة والمرة (زوجتي الحبيبة)

إلى انسي وبهجتي وقرة عيوني (أولادي) : محمد الأمين ومريم

إلى إخوتي وإلى أخواتي وجميع العائلة و ألأهل والأقارب والأحباب أينما وجدوا

إلى كل من جعل لي في قلبه مكانة

إلى كل من علمني حرفا انتفعت به راجيا من المولى أن يوقفني لما يحبه ويرضاه

عبد المالك

قائمة بأهم المختصرات

ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
ق.م.ج	القانون المدني الجزائري
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ج.ر.ج.ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
غ.أ.ش	غرفة الأحوال الشخصية
ق.ش	قسم شؤون الأسرة
د.ب.ن	دون بلد النشر
د.س.ن	دون سنة النشر
ج	الجزء
ط	الطبعة
ص	الصفحة

المقدمة

مقدمة:

خلق الله تعالى الخلق وجعل بعضهم بحاجة لبعض فكان لابد من التعامل فيما بينهم ونتيجة لهذا التعامل نتج بينهم مسائل بعضها عاد عليهم بالسير والرخاء وبعضها عاد عليهم بالنزاع والاختصام وساهم في انتشار الفوضى والظلم وسيطرة القوي على الضعيف فكان لزما بعد مرور الأزمنة والعصور من وجود جهة يرجع إليها في فصل الخصومات والتصدي لمختلف النزاعات، وهذه الجهات هي المحاكم حيث أنشأت محاكم ووضع لها نظام قانوني يسيرها تتمثل مهمتها الأولى بالنظر والفصل في مختلف الخصومات والنزاعات ويقوم على سير هذه المحاكم قضاة متمكنين وعارفين بالقانون، فكل قاضي له مجال يختص به وارتبط اسمه به فالقاضي الناظر في القضايا الأسرية هو ذلك القاضي الذي ارتبط اسمه بالأسرة ألا وهو قاضي شؤون الأسرة.

حيث أن هذا الأخير له دور كبير وفعال في الحفاظ على كيان الأسرة والتي تعتبر الركيزة الأساسية في تكوين المجتمع وتطوره.

فالدور المنوط بقاضي شؤون الأسرة دور كبير ومتعب، وكون أن الهدف الأساسي له هو المحافظة على تماسك الأسرة وإيجاد الحلول المناسبة لمختلف القضايا المعروضة عليه والعمل قدر المستطاع على المحافظة على العلاقات الأسرية، ولذلك كان لزاما على المشرع الجزائري إعطاء أهمية كبيرة لهذا النوع من القضايا لأنه بصلاح الأسرة يصلح المجتمع ومن أجل تجسيد هذا الهدف وإعماله أعطى لقاضي شؤون الأسرة صلاحيات

واختصاصات واسعة من خلال قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية اللذان جاءت نصوصهما مرنة وتسمح لقاضي شؤون الأسرة لمواجهة أي إشكالات قد تعترضه أثناء أداء الدور المنوط به.

وباستقرائنا لنصوص قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري خول قاضي شؤون الأسرة دورا إيجابيا فيما يتعلق بانعقاد الزواج وانحلاله كما منحه سلطة تقديرية في مجال آثار الزواج والطلاق سلطة تقديرية في تقدير حقوق الأول ناهيك عن سلطة التقديرية أثناء ممارسة عمله الولائي كمنح الترخيص بالزواج للقصر والترخيص بتعدد الزوجات.

وتكمن أهمية هذه الدراسة في عدة نواحي.

عظم شأن قانون شؤون الأسرة وارتباطه الوثيق بكل فرد من أفراد المجتمع، فكل شخص قد يكون أب أو أم أو زوج وإن لم يكن كذلك فهو لا محالة ابن ولقاضي شؤون الأسرة دور كبير في إصلاح الأسرة وبإصلاح الأسرة يصلح المجتمع.

ويهدف هذا البحث إلى إبراز الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في حل المنازعات المعروضة عليه من خلال مجموعة من الصلاحيات أو كله بها المشرع ضمن قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن بين أسباب اختيار الموضوع نذكر منها تراكم القضايا والطلبات التي تنهال يوميا على قسم شؤون الأسرة ويستدعي تدخل القاضي من أجل الفصل فيها وإيجاد الحلول المناسبة لها.

وأيضا الرغبة في معرفة دور قاضي شؤون الأسرة من خلال ما يتمتع به من صلاحيات بموجب قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى جانب العلاقة التي تربط قانون الأسرة بأفراد المجتمع وكل نصوصه تهمنا كأسر من هذا المجتمع.

ومن أهم الصعوبات التي واجهتنا أثناء إعداد هذا البحث هو النقص في المراجع المتخصصة إلى جانب قلة الدراسات التي اهتمت بدراسة دور قاضي شؤون الأسرة حيث أن معظم الدراسات السابقة والتي عثرنا عليها تتكلم عن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

ولقد اعتمدنا في دراستنا على المنهجين الوضعي والتحليلي فالمنهج الوصفي من خلال تحديد مجموعة من المفاهيم وتباين جوانبها من شروط وخصائص أما المنهج التحليلي في تحليل المواد القانونية والوصول إلى الفكرة وتحليلها واستخلاص أهم الأحكام المتعلقة بموضوع البحث وللإلمام بموضوع هذا البحث طرحنا الإشكالية التالية :

-ما هو الدور المنوط لقاضي شؤون الأسرة في المنازعات الأسرية المعروضة عليه ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية :

قسمنا بحثنا إلى فصلين :

تطرقنا في الفصل الأول إلى دور قاضي شؤون الأسرة عند نشوء الرابطة الزوجية وعند انحلالها والذي ينقسم إلى مبحثين .

تناولنا في المبحث الأول : دور قاضي شؤون الأسرة عند نشوء الرابطة الزوجية .

وفي المبحث الثاني : دور قاضي شؤون الأسرة عند انحلال الرابطة الزوجية .

أما الفصل الثاني : فنتناول فيه الدور الاستعجالي لقاضي شؤون الأسرة من خلال معالجة الأوامر الاستعجالية الصادرة عن قاضي شؤون الأسرة في المبحث الأول ، ثم الأوامر على العرائض الصادرة عن قاضي شؤون الأسرة وذلك في المبحث الثاني.

الفصل الأول :

دور قاضي شؤون الأسرة عند نشوء الرابطة الزوجية وعند انحلالها

نظم المشرع الجزائري كل المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق في قانون الأسرة رقم 84/11 الصادر بتاريخ 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 28 فبراير 2005 .

وقد استمد جل احكامه من الشريعة الاسلامية مراعيا في ذلك مستجدات العصر وتطور المجتمع وحدد أحكاما وشروط في عقد الزواج لابد من توافرها في المقدمين عليه وخصص له مقدمات تتفق مع عظمته وقداسته .

كما نظم احكام الطلاق في حالة عدم استقرار الحياة الزوجية بين الزوجية.

ووضع له إجراءات عديدة لابد من توفرها .

ومن هنا فقد منح المشرع الجزائري لقاضي شؤون الاسرة دور في نشوء الرابطة الزوجية وهذا ما سنتناوله في المبحث الاول .

ودور عند انحلال الرابطة الزوجية وهذا ما سنتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الأول : دور قاضي شؤون الأسرة عند نشوء الرابطة الزوجية :

الزواج لغة : هو الازدواج والاقتران والارتباط ومن معانيه التضام والتداخل والجمع والضم [1] ومنه قول الله تعالى : " وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ"[2] أي قرنت بأبدانها وأعمالها وقوله تعالى :" وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ"[3] أي قرناهم بهم ومن هنا شاع لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين الأسرة.[4]

والزوج هو كل واحد معه آخر من جنسه يقال الرجل زوج المرأة وهي زوجه وهذه في اللغة الغالبة التي ورد بها القرآن الكريم لقوله تعالى :" اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ".[5]

كما يطلق عليه لفظ النكاح وهو الأكثر شيوعا في الشريعة والفقه لقوله تعالى :"وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ"[6] وقوله تعالى :" فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ" [7] .

- أما في الاصطلاح الشرعي والقانوني فهو عقد الرجل على المرأة تحل له شرعا بحيث يفيد حل الاستمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع ويجعل لكل منها حقوقا وواجبات على الآخر .

- وقد اختار المشرع الجزائري استعمال لفظ الزواج كعنوان في للباب الأول غير أنه استخدم لفظ النكاح في بعض الفصول كما هو الشأن في الفصل الثالث المتعلق

---

[1] – عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية ، الجزائر ، طبعة أولى ، 2007 ، ص 24.

[2] – سورة التكوير ، الآية 07.

[3] – سورة الدخان الآية ، 54.

[4] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الاول ، أحكام الزواج ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة السادسة ، 2010 ، ص 55.

[5] – سورة البقرة : الآية 35 .

[6] – سورة البقرة ، الأية 233.

[7] – سورة النساء ، الآية 03.

بالنكاح الفاسد والباطل في المواد 32 إلى 35 ق أ و في بعض المواد المادة 1/10 ق أ زمن ثم فإن مدلولها في الاصطلاح الفقهي والقانوني واحد.

- ومنه فالمشرع الجزائري قد عرف عقد الزواج في المادة الرابعة من ق أ ج رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/15 بأنه "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة وعلى الوجه الشرعي ومن اهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب ، وانطلاقا من هذا التعريف الوارد في المادة الرابعة من ق أ ج نستنتج أن المشرع الجزائري يسموا بالزواج عن مجرد عقد يحصل كل طرف على حقوق ومصالح مادية أو منفعية مقابل ما يلتزم به الطرف الآخر بل هو ترابط معنوي بين رجل وامرأة على وجه الدوام لبناء الاسرة وتحمل اعبائها.

وهذه الأسرة تعتبر الوحدة الأساسية التي يتكون منها المجتمع كما يعتبر طريقا منظما للأنسال فهو من أهم العقود في حياة الإنسان ، لهذا السبب خصه المشرع بعناية كبيرة وأحاطه بعناية فائقة في جميع مراحله منذ لحظة التفكير في إنشائه إلى حين إبرامه حيث نظم أحكامه ووضع الأسس التي يقوم عليها فجاءت معظم أحكامه وقواعده مرنة تاركة مجالا خصب لتدخل القاضي من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية حسب ملابسات القضية المعروضة عليه وهذا ما سيتم توضيحه من خلال المطالب التالية ، ففي(المطلب الأول) سنتناول الخطبة ومجال تدخل قاضي شؤون الأسرة أما في (المطلب الثاني) سنتناول الزواج العرفي ودور قاضي شؤون الأسرة في تثبيته أما (المطلب الثالث) فتناول فيه صلاحية قاضي شؤون الأسرة في الترخيص بتعدد الزوجات.

المطلب الأول : الخطبة ومجال تدخل القاضي شؤون الأسرة فيها

لما كان عقد الزواج من أرفع العقود التي يجريها الإنسان في حياته ومن أهم التصرفات ذات الشأن الكبير لما اشتمل عليه من حقوق والتزامات عديدة عظيمة الأثر وطويلة الأمر فقد اختص الشارع عقد الزواج من بين العقود بمقدمات تمهيدية تمهد لإبرام العقد (المادة 05و06 ق أ ج المعدلتين بالأمر 02/05) .

هذه المقدمات تسمى عادة الخطبة أو الوعد بالزواج [1]

فتعرف الخطبة اصطلاحا على أنها طلب الزواج أو إبداء الرغبة في امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية بالتقدم إلى أهلها أو إلى وليها بغية الزواج منها كما عرف المشرع الجزائري الخطبة على أنها وعد بالزواج في المادة الخامسة من ق أ ج وعليه فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقدا ولا زواجا ولا تترتب عليها شيء من الإلزام بإتمام العقد انطلاقا من مبدأ الرضائية أو الحرية في الزواج ولكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عند الخطبة (المادة 2/5 ق أ ج) لأن الأمر لا يعدوا أن يكون وعدا بالزواج.

غير أنه وفي أغلب الأحيان تثور خلافات بين الخاطبين خلال هذه المرحلة دون إتمام العقد تصل إلى أروقة العدالة مما يستدعي تدخل القاضي من أجل فضها وعلى هذا الأساس سيتم إبراز دور قاضي شؤون الأسرة في هذا النوع من النزاعات من خلال التعرض إلى التعويض الذي يقره القاضي نتيجة العدول عن الخطبة وهذا ما سنتعرض له في (الفرع الأول) أما (الفرع الثاني) فسنعالج مصير الهدايا المقدمة خلال فترة الخطوبة وبعد العدل عنها.

---

[1] – بلحاج العربي ، نفس المرجع السابق ، ص 69 .

الفرع الأول : تعويض الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة:

قد يترتب عن العدول عن الخطبة ضرر يلحق أحد الطرفين ماديا أو معنويا وخاصة اذا استمرت الخطبة لمدة طويلة كما لو طالب الخاطب المخطوبة الاستقالة من وظيفتها أو لو طالبته هي بإعداد مسكن في مكان معين هذا فيما يخص الضرر المادي أما المعنوي فهو خيبة الأمل لدى الطرف الآخر أو تأخير زواج المخطوبة وتفويت فرصة خاطب أفضل أو ضياع فرصة الزواج بالكلية دون نسيان ما يمس كرامة الطرف الآخر من إثارة الألسنة بالتجريح والتشهير بسمعة المخطوبة.

- أما موقف المشرع الجزائري فيما يخص مسألة التعويض عن الضرر فقد جاء صريحا حيث نصت المادة 3/05 ق أ ج المعدلة الأمر 02/05 "إ ذا ترتب عنه العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"[1]

- وقد جاء هذا النص عاما ومطلقا معتبرا أن التعويض عن الضرر الناجم عن العدول على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية لأن الخطبة ليست بعقد.[2]

- كما أن المشرع الجزائري منح لقاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية في بحث شروط استحقاق التعويض وتقديره ويقدرها حسبما يقدم أمامه من أدلة في هذا الشأن.[3]

- وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 56097 الصادر بتاريخ 1989/12/25 بالحكم بالتعويض للمخطوبة نتيجة العدول عن الخطبة.

---

[1] – الأمر رقم 2/05 المؤرخ في 18 محرم 1427 هـ الموافق لـ 2005/02/27 والمتضمن قانون الاسرة ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 11/84.

[2] – بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 103.

[3] – بن الشويخ رشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دار الخلدونية ، ط1 ، 2008 ، ص39.

الفرع الثاني : دور القاضي فيما يخص الهدايا المقدمة خلال فترة الخطبة:

قد يصحب الخطبة أن يقدم الخاطب هدايا في فترة الخطبة ، وقد اختلف الفقهاء في حكم الهدايا وإن كان من الناحية الأخلاقية لا ينبغي للإنسان أن ينقض وعده ويرجع في عزمه إلا اذا كان هناك مبررات مقبولة ، فأغلب الفقهاء يرون بوجوب استرداد الهدايا في حالة العدول عن الخطبة فإن كانت قائمة يجب ردها بعينها و ان كانت هالكة ومستهلكة يجب ردها مثلها إن كانت من المثليات أو قيمتها إن كانت من القيمات.[1]

فيرى الحنابلة بأنه لا يجوز الرجوع عن الهبة انطلاقا من أن الوعد لا رجعة فيه ، أما الشافعية يرون أنه يحق للخاطب حق الرجوع في الهدية سواء كان العدول منه أو منها سواء كانت الهدية باقية أم هالكة بشرط أن تكون مقدمة لأجل التزوج بها أو به. أما الحنفية فإنهم يرون أن ما قدمه الخاطب من هدايا يأخذ حكم الهبة والهبة يجوز الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع فإذا أهدى الخاطب ساعة أو خاتم فللخاطب الحق في استردادها لأنه قائم في يدها.

أما المالكية فقد فرقوا بين ما إذا ماكان العدول من الخاطب فلا يسترد شيئا مما أهداه إليها ولو كان موجودا في يدها حتى لا يجتمع عليها ألمان ، الم استرداد الهدايا وألم الإعراض عنها ، وإذا كان العدول من المخطوبة فللخاطب الحق في استرداد ما قدمه إليها ما لم يكن شرط أو عرف لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا .[2]

- أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فقد سار على مذهب الإمام مالك فجاء في المادة 5 ق أ ج فقرة 04 و 05 أنه لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة مالم يستهلك مما

---

[1] – الصادر بتاريخ 1989/12/25 وقد أشار إليه نبيل صقر في قانون الاسرة نصا وفقها وقانونا ، دار الهدى للنشر والتوزيع ، عين مليلة ، الجزائر ، 2006 ، ص ص 15–16.

[2] – بن الشويخ الرشيد ، نفس المرجع السابق ، ص 41.

أهدته له أو قيمته ، وإذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب مالم يستهلك من هدايا أو قيمته ، وهو ما حكمت به المحكمة العليا في قرارها رقم 73919[1] الصادر بتاريخ 1991/02/23 بشأن رفض طلب استرداد الهدايا من الخاطب الذي عدل عن الخطبة.

- وفي هذا الشأن تثار إشكالات متعددة مما يفسح المجال لتدخل قاضي شؤون الأسرة فعبارة ما لم يستهلك التي أوردها المشرع توحي بأن الطرف العادل إذا تصرف في الهدايا بأي شكل من الأشكال الناقلة للملكية كالبيع فلا يردها لأنه لم يعد لها وجود وبالتالي فهي مستهلكة حسبما جاء في هاتين الفقرتين السالفتين الذكر ويرد فقط الموجود ، إذا كان قصد المشرع من وراء ذلك عدم رد الهدايا التي تستهلك بطبيعتها نظرا لقلة قيمتها كل هذا يجعل القاضي يتفحص المعنى الحقيقي الذي قصد المشرع من هاته العبارة واستخلاص القصد السليم الذي يتماشى مع العقل والمنطق ، كما أن المشرع اغفل نقطة مهمة ألا وهي معرفة المتسبب في العدول عن الخطبة فقد يقدم الخاطب هدايا ذات قيمة مهمة مثل سيارة رغبة منه أو بطلب من المخطوبة لكن تلجـــأ هذه الأخيرة بعد ذلك للتحايل لأجل دفع الخاطب للعدول عن الخطبة لذا يبرز الدور الكبير الذي يلعبه القاضي في البحث عن المتسبب الحقيقي في العدول عن الأسباب التي أدت إلى العدول فإن تبين له أن الطرف الأول هو المتسبب في العدول بان غرر الطرف الآخر بان دفعه ذلك على العدول هنا جاز للقاضي الحكم بإرجاع الهدايا ولو كان العدول من الطرف الآخر.[2]

---

[1] – غرفة الاحوال الشخصية ، القرار رقم 73919 الصادر بتاريخ 1991/04/23 ، مجلة قضائية رقم 02 ، سنة 1993 ، وقد أشار إليه نبيل صقر في المرجع السابق ، ص 17.

[2] – شمروك محمد ، محمودي مراد ، غريب عدلان ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله ، مذكرة لنيل اجازة المدر سة العليا للقضاء ، الدفعة السادسة عشر ، الجزائر 2005.–2009 ص42

المطلب الثاني : الزواج العرفي ودور قاضي شؤون الأسرة في إثباته :

انتشرت في الآونة الأخيرة ظاهرة الزواج العرفي واختلفت من مجتمع لآخر وارتبطت بالعادات والتقاليد ، والمجتمع الجزائري كغيره من المجتمعات عرف هذه الظاهرة حيث تعودت الأسرة الجزائرية على إبرام عقود الزواج في شكل عرفي عن طريق إقامة احتفال بسيط يحضره أهل الطرفين وأصدقائهم ووجود إمام ورغم صدور توصيات من مديريات الشؤون الدينية للأئمة تمنعهم من عقود الزواج الدينية (الفاتحة) قبل إبرا عقود الزواج المدنية إلا أن هذه الظاهرة مازالت منتشرة وبكثرة والدليل على ذلك هو العدد الهائل من الطلبات المتراكمة على المحاكم التي تطالب بتثبيت الزواج وتسجيله ونظرا لما ينتج من آثار على هذا النوع من الزواج كونه زواج صحيح مستوفي لجميع اركانه وشروطه ، فلابد من ان نوضح هذا الزواج من خلال تعريفه في(الفرع الأول) أما(الفرع الثاني)فسنعالج حالة نشوب نزاع حول وجوده من عدمه أما في (الفرع الثالث) فسوف نتطرق لدور قاضي شئون الأسرة إثبات واقعة الزواج العرفي .

الفرع الأول : تعريف الزواج العرفي:

يعرف الزواج العرفي بأنه زواج صحيح تم وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية والقانون يتوفر على جميع أركانه وشروطه الشرعية والقانونية غير انه لم يتم شهره وتسجيله بسجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانونا وهي في القانون الجزائري هي ثلاثة أيام تبدأ من تاريخ انعقاد العقد عندما يبرم الزواج داخل التراب الوطني ومدة سنة عندما يبرم الزواج بين الجزائريين المقيمين في بلد أجنبي.[1]

- كما يعرف بأنه عقد نشأ بين رجل وإمرأة وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية وتم الدخول بالزوجة على بيت الزوجية لكن ينقصه التسجيل في سجلات الحالة المدنية

[1] – بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 279

خلال المهلة المحددة قانونا ، وبالتالي فعقد الزواج العرفي عقد تام متوفر على جميع أركانه وشروطه من إيجاب وقبول وصداق معلوم.

الفرع الثاني : حالة النزاع حول وجود واقعة الزواج العرفي :

يثار النزاع حول وجود واقعة الزواج العرفي بين الزوجين أو بين من له مصلحة شرعية أو قانونية فغالبا ما يدعي أحد الزوجين بوجود واقعة الزواج العرفي والآخر ينفي وجوده أو صحته ، وفي هذه الحالة فإن الطريقة الوحيدة لإثبات ما يدعيه أحد طرفي هذا الزواج أو من له مصلحة هو رفع دعوى قضائية أمام الجهات المختصة لتثبيت ادعائه فإن تمكن المدعي على إقامة الدليل على وجود هذا الزواج حكمت المحكمة بوجود هذا الزواج وعندما يصبح الحكم نهائيا يستطيع المعني استخراج نسخة من عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية.[1]

حيث نصت المادة 22 من ق أ ج :"يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي " وكقاعدة عامة ترفع دعوى تثبيت الزواج إلى دائرة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه بموجب الفقرة 02 من المادة 426 من القانون رقم 09/08 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن طريق عريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة من المدعي أو محاميه طبقا لنص المادة الرابعة عشر (14) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، تودع هذه العريضة لدى أمانة ضبط قسم شؤون الأسرة كما يجب أن تتوفر في كل من المدعي والمدعى عليه أهلية وصفة التقاضي وكذا المصلحة القائمة أو المحتملة من أجل مباشرة الدعوى وذلك طبقا لنص المادة 13 من نفس القانون .

---

[1] – والي حورية ، نظم الحالة المدنية في الجزائر ونظم القضاء فيه ، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، دفعة 17 – الجزائر 2006 – 2009 ، ص 42.

الفرع الثالث : دور قاضي شؤون الأسرة في التحقيق حول واقعة الزواج العرفي :

اعتمد القضاء على مجموعة من الإجراءات يتم من خلالها إجراء تحقيق حول إمكانية وجود واقعة الزواج العرفي من عدمها وهذه الإجراءات على العموم هي كالآتي :

أولا: تأكد القاضي في الجلسة من حضور الطرفين والشهود وولي الزوجة ويبدأ التحقيق داخل مكتبه بمساعدة أمين الضبط كما أنه يتأكد من هويتهم من خلال بطاقة التعريف .

ثانيا : يسمع القاضي كل شاهد على حدى بحيث يستفسر حول حضور الشاهد بمجلس العقد فعلا وأنه سمع فقط بواقعة الزواج كما يستفسر حول رضا الزوجة وحول حضور الولي بمجلس العقد أو من تولي تزويج المرأة وأيضا حول قيمة الصداق أو أن كان مؤجلا أو معجلا بالإضافة على مكان وتاريخ إبرام العقد ...الخ.

ثالثا : تدوين هذه التصريحات في محضر مؤرخ وموقع من القاضي وأمين الضبط والشاهد الأول ونفس الأمر ينطبق على الشاهد الثاني بعد ذلك يحدد تاريخ الجلسة ويتطرق للدعوى قصد تقدير أدلة للإثبات المقدمة ويتم إرسال ملف الدعوى إلى النيابة العامة للإطلاع عليها وبعد تأكد القاضي من قيام العلاقة الزوجية بناء على الشروط والأركان الشرعية يقضي بتثبيت الزواج العرفي.

المطلب الثالث : صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في الترخيص بتعدد الزوجات:

ان نظام تعدد الزوجات نظام عرفه الناس خلال القرون الوسطى ونشأ وترعرع في المجتمعات العربية قبل الإسلام وبعده كما نشأ في كثير من المجتمعات الإفريقية والأسيوية حيث عرف في الشريعة الإسلامية التي أقرته بشروط وقيود وهو ما سارت عليه أغلب القوانين الوضعية وعلى غرارها القانون الجزائري وسنحاول في هذا المطلب أن نعرف التعدد وهذا في (الفرع الأول) أما (الفرع الثاني) فسوف نتناول فيه دور القاضي في الإذن به.

الفرع الأول : تعريف التعدد

يعرف التعدد لغة بالعد أي احصاء الشيء وعده ، يعده وتعداد وعده وعدده والعدد ، لقوله تعالى :" وَأَحْصَى كُلَّ شَيْءٍ عَدَدًا" والعديد الكثرة والعدد مقدار ما يعد ومبلغه والجمع أعداد والعدة بجماعة قلت أو كثرت .[1]

وورد مصطلح التعدد في القرآن في الآية الثالثة من سورة النساء في قوله : "فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ" [2]بمعنى إباحة التزوج من امرأتين وثلاثة وأربع فالواو وردت هنا للتخيير.

- ولقد استدل العلماء على اباحة التعدد ومشروعيته من الكتاب والسنة فمن الكتاب قوله تعالى : "فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا "[3]

ومن السنة ما روي عن الحارث بن قيس قوله : " أسلمت عندي ثمان نسوة فجئت النبي وذكرت له ذلك فقال اختر منهن أربعا"[4]

فالتعدد هو العدد المسموح به من الزوجات ولقد وضعت الشريعة الإسلامية نظاما حكيما له بغية المحافظة على الأسرة والمجتمع فاقتصر التعدد على أربع زوجات شرط توفير العدل بينهم و القدرة على الإنفاق عليهن وهو ما سارت عليه مختلف القوانين في الدول العربية والإسلامية على اختلاف مذاهبها ومن بينها قانون الأسرة الجزائري الذي وضع لهذا التعدد قواعد تتوافق مع المبادئ التي رسمتها الشريعة الإسلامية في هذا المجال وذلك من خلال ما جاء في نص المادة الثامنة من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر رقم

---

[1] – إبن منصور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، ص 281–282.

[2] – سورة النساء : الآية 03.

[3] – سورة النساء ، الآية 12.

[4] – ابن ماجة ، سنن ابن ماجة ، كتاب النكاح ، باب الرجل مسلم وله عنده أكثر من أربعة نسوة ، حديث رقم 1952 ،ج2 ، ط01 ، المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت ، 2006 ، ص 338.

02/05 و التي تسمح بتعدد الزوجات في إطار منظم وشروط ومنحت هذه المادة للقاضي سلطة الترخيص للزوج الراغب في التعدد حيث نصت على ما يلي : "يسمح بالزواج بأكثر من امرأة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد مبرر شرعي وتوفرت شروط ونية العدل" ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه "يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل الزواج بها ، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج على رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية".

كما نصت الفقرة الثالثة على أنه يجوز لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية" كما جاء في المادة 08 مكرر على أنه في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

وعليه فإننا من خلال تحليل هذه المادة نستنتج أن كل الشروط التي يشترطها قانون الأسرة الجزائري لإمكانية ممارسة نظام تعدد الزوجات وهي أن يكون التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية. وبعد إثبات وجود المبرر الشرعي وتوفر شروط ونية العدل والحصول على إذن وترخيص من رئيس المحكمة لمكان مسكن أو مقر الزوجية.[1]

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يترك التعدد مطلقا كما سبقت الإشارة إليه وإنما قيده بشروط وفيما يلي سيتم توضيح سلطة القاضي في تقدير هذه القيود والشروط الإذن بالتعدد في هذا الفرع التالي.

[1] – عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجديد في ثوبه الجديد ، أحكام الزواج والطلاق ، بعد التعديل ، دار هومة ، ط4 ، 2013 ، ص 85–86.

الفرع الثاني : دور قاضي شؤون الأسرة في الإذن بالتعدد:

على القاضي وقبل منح الترخيص بالتعدد للشخص الراغب في إعادة الزواج أن يتأكد من توفر الشروط المنصوص عليها في المادة الثامنة السالفة الذكر وهما وجود مبرر شرعي لدى الزوج دفعه للقيام بإعادة الزواج غير أن المشرع لم يحدد المقصود بالمبرر الشرعي كما أنه لم يبين الأسباب التي تندرج ضمن المبررات الشرعية التي تخول للزوج الإقدام على الزواج من إمراة أخرى وبالرجوع على المنشور الوزاري الذي أصدره وزير العدل بتاريخ 1984/12/23 تفسيرا لنص المادة الثامنة قبل تعديلها سنة 2005 بموجب الأمر رقم 02/05 فقد حصر المبرر الشرعي في سببين الأول هو عقم الزوجة والثاني هو إصابتها بمرض العضال الذي لا يسمح لها بالقيام بالالتزامات الزوجية حيث أن هاتين الحالتين وما يماثلهما يعتبران من المبررات الشرعية التي تسمح للزوج أن يعقد زواجا على زوجة ثانية.[1]

وقد أقر فقهاء الشريعة الإسلامية نفس الأسباب التي ذكرها المنشور الوزاري وهي عقم الزوجة أو إصابتها بمرض يطول أو يستحيل منه الشفاء ويمنع المعاشرة الزوجية.

ومهمة تقدير المبرر الشرعي منوطة للقاضي المانح للترخيص لذا وجب عليه التدقيق في معرفة الدوافع التي أدت بالزوج إلى طلب الزواج مرة ثانية وفي حالة تأكد القاضي من جدية الدوافع المقدمة من طرف الزوج سواء عقمها وحرمان الأب من نعمة الأبوة أو إصابتها بمرض يصعب معه القيام بواجباتها الزوجية فهنا وجب على القاضي منح الترخيص بالزواج الثاني بعد توفر الشروط الأخرى.

أما فيما يتعلق بشرط توفير العدل بين الزوجات فهو شرط نأخذ عليه سوء صياغته وإغراقه في بحر الإبهام والغموض وذلك لأن نية العدل أمر داخلي في نفس الإنسان لا

---

[1] – عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 86 .

يعلمها إلا الله ثم إن العدل بين الزوجات هو تصرف مادي يتعلق بالسكن والنفقة والمبيت ويظهر بعد إبرام عقد الزواج الثاني ، أما بالنسبة إلى العدل في العاطفة والميول نحو إحدى الزوجات أكثر من الأخرى فإن الله قد كفانا جدلا في ذلك حين قال : " وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ ".

وما تجدر الإشارة إليه أنه يصعب على القاضي تمحص هذا الشرط كونه أمر مستقبلي ويصعب من مهمته ، كما أن المشرع لا يبين الإجراءات الكفيلة ليتحقق القاضي من توفر هذه الشروط ، فعندما يتأكد القاضي من توفر الشروط المذكورة أعلاه يقوم رئيس المحكمة بالترخيص للزواج الثاني، كما ألزم القانون المقبل على الزواج بضرورة إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بهذا الزواج ولم يتطرق إلى الكيفية التي بواسطتها يتم الإخبار بها .

هل بشكل شفوي أم برسالة أم تتولى الجهات المراد إبرام عقد الزواج أمامها إخبار الزوجين بذلك وهل يتم استدعاء الأطراف للحصول أو التأكد من الموافقة ؟

كما ان مسألة الحصول على الموافقة من طرف الزوجين وخصوصا الزوجة الأولى مسألة نادرة جدا في أن هذه الموافقة تعد مستحيلة في كثير من الأحيان وهذا في اعتقادنا يؤدي إلى في النهاية إلى انتشار ما يسمى بالزواج العرفي في البداية ثم في مرحلة لاحقة يتم تثبيته بحكم قضائي تمهيدا بتسجيله ليصبح أمرا واقعا [1] ، لأنه لايزال يسمح بالزواج خارج الدوائر الرسمية في الجزائر استنادا لما تضمنته المادة 22 ق ا ج فعند التأكد من توفر هذه الشروط جاز لرئيس المحكمة أن يثبت الزواج الثاني .

[1] – بن شويخ الر شيد ،مرجع سابق ، ص 113.

المبحث الثاني : دور قاضي شؤون الاسرة عند انحلال الرابطة الزوجية:

قد يستحيل بقاء الحياة الزوجية بين الزوجين نتيجة مشاكل ومصاعب تكون سببا للشقاق داخل الأسرة وفي هذه الحالة لا يكون أمام الزوجين من حل إلا فك الرابطة الزوجية عن طريق الفرقة أو الطلاق والطلاق معناه أنهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو ضمنيا.

وعرفه فقهاء الحنيفة والحنابلة بأنه رفع قيد النكاح في الحال أو في المال بلفظ مشتق من طلق أو في معناه مما يفيد ذلك صراحة أو دلالة صادرة من الزوج أو ممن يقوم مقامه فيرتفع قيد الطلاق في الحال إذا كان بائنا أو في المال إذا كان الطلاق رجعيا.

وعرفه فقهاء المالكية بانه صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين زيادة على الأولى للتحريم.

كما نصت المادة 47 ق إ ج على أنه" تحل الرابطة الزوجية بأحد الأمرين إما بالوفاة أو بالطلاق" وهذا الأخير هو موضوع دراستنا والطلاق في معناه العام يعرف عدة أشكال تطرقت لها المادة 47 من ذات القانون.

فقد يكون الطلاق بإرادة الزوج المنفرد ة باعتباره من يملك العصمة الزوجية وقد يكون بطلب من الزوجة عن طريق الخلع أو التطليق وفي كل هاته الحالات يكون للقاضي دور في وقوع الطلاق من عدمه كما له دور في إصلاح ذات البين قبل الحكم بالطلاق من خلال إجراء الصلح أو تعيين الحكمين وهو ما نتطرق إليه في (المطلب الأول)، أما في (المطلب الثاني)سنتطرق لدور القاضي في الطلاق التعسفي والنشوز أما (المطلب الثالث) فسنتناول فيه دور القاضي في النزاع حول متاع البيت كأثر من آثار الطلاق وفي (المطلب الرابع) لمنازعات النسب التي تنشأ كأثر من آثار الطلاق.

المطلب الأول : دور القاضي في الصلح والتحكيم:

حفاظا على الأسرة وحماية لها من الآثار التي تنتج عن الطلاق نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 49 ق إ ج المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 على أنه : "لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى " فالصلح إجراء أولي وجوبي يجب على القاضي القيام به قبل البحث في موضوع النزاع وإصدار حكم بشأنه وهذا ما نصت عليه المادة 439 قانون إجراءات المدنية والإدارية حيث نصت :"محاولة الصلح وجوبيه وتتم في جلسة سرية" فالصلح نوعان صلح يقوم به القاضي للتوفيق بين الزوجين وصلح يقوم عليه حكمين يقوم القاضي بتعيينهما.

الفرع الأول : دور القاضي في الصلح:

تنص المادة 49 ق ا ج بأنه : "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى" ويتعين على القاضي تعيين محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين ، تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ، حيث تتم محاولة الصلح وجوبيا وتحت مراقبة القاضي في سرية حسب نص المادة 439 ق إ م إ السالفة الذكر.

والقاضي ملزم بإجراء الصلح بغض النظر عن نتائجه ويتم هذا الصلح بقاعة المشورة وبصفة سرية وتكون محاولات الصلح في تاريخ محدد ويستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا بناء على نص المادة 40 ق إ م أو يمكن حضور أحد أفراد العائلة المشاركة في محاولة الصلح[1] ، وهذا الإجراء استحدث بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[1] – بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ط32 ، منشورات بغدادي ، الجزائر ، ص 209–336.

رقم 08-09 بناء على تدخل لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات حيث استبدل حضور محامي الزوجين بأحد أفراد العائلة نظرا لخصوصية النزاع وسريته ومراعاة تقاليد الأسرة الجزائرية.[1]

كما أنه يمكن للقاضي منح مهلة بالتفكير لإجراء محاولة الصلح مما قد يساعد في تراجع الزوجين عن قرارهما في الطلاق في آخر هذه المهلة والغاية من هذه المهلة هي إعطاء فرصة للزوجين لتمكينهم من إعادة النظر فيما هما مقدمين عليه.

وفي حالة فشل محاولة الصلح في المرة الأولى يمكن للقاضي إجراء محاولة صلح ثانية وثالثة ورابعة شريطة إلا يتجاوز مدة ثلاثة (03) أشهر من تاريخ رفع الدعوى.

وفي حالة تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر ورغم تبليغه شخصيا فإن ذلك يعتبر امتناعا متعمدا ورفضا ضمنيا لمحاولات الصلح [2]

ومثل هذا الوضع يعفي القاضي من الانتظار ويعفيه من تجديد محاولات الصلح وتعتبر محاولات الصلح فاشلة وغير منتجة فيحرر محضرا بفشلها ويشير فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر ويشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى ليصدر فيما بعد حكمه وفقا للإجراءات العادية.

أما في حالة الصلح فلا يبقى أمام القاضي إلا الإشهاد بوقوع الصلح وبتحرير محضر بذلك يوقع عليه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط ويعد محضر الصلح سندا تنفيذيا كما نصت المادة 441 ق إ م إ على أنه :"إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية."

---

[1] – شمروك محمد ، محمودي مراد ، غريب عدلان ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله ، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السادسة عشر ، الجزائر 2005 – 2008 ،ص120.

[2] – عبد العزيز سعد ، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، مرجع سابق ، ص 120.

أما إذا استحكم الشقاق بين الزوجين وبعد فشل محاولة الصلح في معالجة نشوز الزوجة أو حينما يكون الشقاق بسبب من الزوج نفسه فإن القاضي في هذه الحالة مأمور شرعا باللجوء إلى التحكيم الثنائي وهذا ما سنتطرق له في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني : دور القاضي في التحكيم:

قال تعالى : " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا"[1]

وهذا ما نصت عليه المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت على أنه : " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ، ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ، يعين القاضي الحكمين ، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين " ، غير أن قانون الأسرة الجزائري لم يوضح ما اذا كان التعيين كتابيا أو شفهيا وما إذا كانت إجراءات التحكيم يجب القيام بها بعد فشل محاولة الصلح أو أثناء إجراءات الصلح ، كما لم يوضح ماذا يتعين على القاضي القيام به في حالة رفض الزوجين أو أحدهما لمبدأ التحكيم أو في حالة ما إذا لم يعثر القاضي على من يقبل أن يكون حكما من أهل الزوجين أو أهل أحدهما.

وتنحصر مهمة الحكمين في دراسة النزاع القائم وملابساته وتحديد مسؤولية كل من الزوجين ومحاولة إزالة الخلاف بينهما وتقريب وجهات نظرهما واستمالتهما للعدول عن موقفهما وعليهما تقديم تقريرا مفصلا للقاضي في أجل شهرين من من تاريخ تعيينهما ، والتقرير يشمل أهم النتائج التي توصل إليها وعلى الحلول التي تحسم هذا الخلاف ، وفي حالة استحالة تنفيذ مهمتها جاز للقاضي انهاء مهامها وتعيين أخرين بناء على ما يتمتع به من سلطة تقديرية في هذا المجال.

---

[1] – سورة النساء ، الآية 35.

وخلاصة القول أنه اذا توافرت الشروط و الأسباب اللازمة للجوء إلى مبدأ التحكيم فإنه يجب على القاضي المختص بالفصل في موضوع النزاع القائم بين الزوجين انه يؤجل الفصل في الدعوى وأن يعين الحكمين وينظر تقريرهما خلال المدة القانونية المحددة ويوضع نسخة من التقرير في مكتب الضبط تحت تصرف الزوجين ونسخة ثانية توضع بالملف، وإذا كان تقرير الحكمين مثله مثل أي وثيقة أو دليل من أدلة الإثبات التي يمكن ان تساعد القاضي على إصدار حكم سليم عندما يفصل في موضوع النزاع وتخضع لتقديره فإن هذا القاضي غير ملزم بما تضمنه التقرير إذا فشلت إجراءات التحكيم وتصدى للفصل في موضوع الدعوى إما في حالة نجاح إجراءات التحكيم فيثبت ذلك بمحضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن وذلك تطبيقا لنص المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على ما يلي :" إذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن".

المطلب الثاني : دور القاضي في الطلاق التعسفي والنشوز:

وسوف نتطرق في هذا المطلب إلى دور القاضي في الطلاق التعسفي في (الفرع الأول)ثم دور القاضي في النشوز في (الفرع الثاني).

الفرع الأول : دور القاضي في الطلاق التعسفي:

قد يجد الزوج في سلوك زوجته مالا يستطيع البقاء معها على معاشرتها ولذلك أباحت له الطلاق اذا كان السبيل الوحيد لحل المشكلة التي وقع فيها وذلك بعد استنفاذ جميع الوسائل التي تسبق الطلاق عادة وهي الموعظة الحسنة والهجر في المضجع والضرب بغرض التأديب، وإذا تعذرت هذه الأمور ولم يفلح الزوج فيها جميعا أمكن له استعمال حق الطلاق، وعليه فإن الشريعة الإسلامية وان أباحت للزوج هذا الحل فإنها جعلته في

أضيق نطاق وبناء على مبررات مشروعة وإلا اعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه في الطلاق.[1]

والتعسف هو إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير والتعسف هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت تشريعه.

وقد نص المشرع الجزائري على الطلاق التعسفي في المادة : 52 ق أ ج حيث نصت على أنه :"إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "ومن خلال هذه المادة يتضح لنا ان المشرع أوجب التعويض على الطلاق بتوفر شرطين هما :

1-أن تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق .

2-أن يتأكد القاضي من تعرض المطلقة للضرر.

ويشترط توافر العنصرين متلازمين ليكيف الطلاق بانه تعسفي ، والمشرع لم يبين متى يعتبر الطلاق تعسفيا ولم ينص على الحالات التي يكون فيها الزوج متعسفا وتكيف الطلاق بأنه تعسفي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي انطلاقا من الواقع العلمي للمحاكم يمكن أعتبار الأسباب الآتية صورا للتعسف وهي :

إذا كان الطلاق من غير سبب معقول .

- تمسك الزوج بحقه في الطلاق وطلب المطلقة الرجوع إلى بيت الزوجية .
- إذا طلق الزوج زوجته في مرض الموت .

[1] – بن الشويخ الرشيد ، مرجع سابق ، ص 176.

فالقاضي له دور كبير في إثبات التعسف في الطلاق من عدمه فإذا تبين للقاضي تعسف الزوج في طلاقه وتضرر الزوجة من هذا الطلاق جاز له أن يحكم لها بالتعويض بحسب حالة الزوج ودرجة تعسفه.

وعلى القاضي في تقديره للتعويض أن يراعي حالة الزوج الظروف المعيشية.

باستقراء المادة 52 ق أ ج نجد أن المشرع الجزائري لم يبين لنا نوع الضرر الموجب للتعويض هل يشمل على الضرر المعنوي ؟أم يقتصر على الضرر المادي ، غير انه بالرجوع الى الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا تؤكد اتجاه القضاة لتضمين الضرر المعنوي في التعويض عن الطلاق التعسفي وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا ما يلي :

إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة المطلقة متعة تخفيفا لها من الم فراق زوجها وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة ، لذا يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي باسم متعة وآخر كتعويض .[1]

ومما سبق نستنتج أن التعويض المقرر لصالح الزوجة المطلقة تعسفيا في المادة 52 من ق أ ج يشتمل الضرر المعنوي الذي يلحق لا محالة الزوجة من جراء هذا الطلاق أنه ما من قرينة أو دليل يصرف الضرر إلى نوعه المادي أو يقصر التعويض عليه فقط.[2]

الفرع الثاني : دور القاضي عند النشوز:

نصت المادة 55 ق أ ج على أنه " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

---

[1] – المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية بتاريخ ، 8–4–1985 نقلا عن الاستاذ بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري ، ص 191. دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، دار الخلدونية .

[2] – الاستاذ بن زيطة عبد الهادي ، مرجع سابق ، ص 192.

ويلاحظ من خلال هذه المادة أن النشوز يمكن ان يحصل من كلا الزوجين والمشرع الجزائري لم يحدد حالات النشوز ولا تعريفه ، وترك الأمر للقاضي الذي عليه أن يرجع أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق أ ج والنشوز عرفه الفقهاء بأنه "معصية الزوجة لزوجها فيما له عليها مما أوجبه له النكاح".

أما من الناحية القانونية فإن المحاكم عادة لا تعتبر الزوجة أو الزوج في حالة نشوز إلا إذا كان أحد الزوجين خارج البيت ويطلب منها أو منه الرجوع الى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الزوجية خصوصا ولعل من أمثلة النشوز ما يلي :

أولا : حالة نشوز الزوج : يعد الزوج ناشز إذا امتنع عن توفير مسكن مستقل للزوجة بعد الحكم به وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/04/21 حيث اعتبرت فيه الزوج ناشزا بامتناعه عن توفير المسكن المنفرد المحكوم به للزوجة.[1]

ويمكن القول ان الاجتهاد ربط النشوز بالبيت الزوجي سواء تركه وعدم الرجوع إليه أو عدم توفيره ، وللقاضي السلطة التقديرية للقول بتوفر النشوز من عدمه ، لأن الزوجة قد ترفض الرجوع الى البيت الزوجية ولا تعد ناشزا في حالة عدم توفير مسكن مستقل ومراقبة مدى توفير المسكن المستقل ترجع للقاضي ، كما أن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى البيت الزوجية الملائم لا يعد نشوزا في حالة رفض الزوج الحضور شخصيا لإرجاع زوجته وهذا ما أكد القرار الصادر بتاريخ 1998/02/19 .[2]

---

[11] – الاجتهاد القضائي ، غرفة الاحوال الشخصية.

[2] – غرفة الاحوال الشخصية ، الملف رقم 45311 الصادر بتاريخ 1987/02/09 مجلة قضائية رقم 03 سنة 1990 ، وقد أشار إليه نبيل صقر بمرجعه قانون الاسرة نصا وفقها وقضاء ، دار الهدى للنشر والتوزيع ، عين مليلة الجزائر ، 2006 ، ص 2018

ثانيا : حالة نشوز الزوجة :

تكون الزوجة ناشزا إذا امتنعت عن الرجوع للبيت الزوجية بعد صدور حكم نهائي يلزمها بذلك وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار رقم 33762 حيث أقرت أن سقوط النفقة على الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها إلى محل الزوجية وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ الحكم مما يجعلها ناشزا شرط أن يقوم الزوج بالسعي لإرجاعها بعد تبليغها وإمهالها وفي حالة رفضها يحرر المحضر القضائي محضر بذلك.

ونخلص في الأخير أن القاضي المرفوعة أمامه الدعوى هو الذي يحدد مدى توافر حالات النشوز من عدمه بمقتضى ما لديه من سلطة تقديرية فإذا درس القاضي طلب الطلاق بسبب النشوز ورأى أن المدعى عليه سواء أكان زوجا أو زوجة ناشزا حكم بالطلاق وإذا ثبت لديه تضرر طالب الطلاق وحكم له بالتعويض طبقا للمادة 55 ق أ ج.

وتجدر الإشارة على أن المشرع لم يحدد قيمة التعويض مما يعني أنه خاضع كذلك لسلطة القاضي التقديرية.

المطلب الثالث : دور القاضي في التطليق والخلع

يختلف كل من التطليق والخلع عن الطلاق بحيث أن كل من التطليق والخلع يقع بإختيار الزوجة وبطلب منها أما الطلاق فيقع بالإرادة المنفردة للزوج حيث أن الزوجة تقدم طلب التطليق إلى المحكمة بعد توفر مجموعة من الأسباب ثم النص عليها قانونا وهذا ما نتطرق له في (الفرع الأول) أما في (الفرع الثاني) فنتطرق إلى الخلع ودور القاضي فيه كإجراء تقوم به الزوجة لأجل انهاء الرابطة الزوجية.

الفرع الأول : نص المشرع الجزائري على الطلاق بطلب الزوجة أو التطليق بناء على ارادتها المنفردة وانطلاقا من المادتين 48 و 53 من ق أ ج لقد اشترط المشرع الجزائري

في هذا النوع من التطليق أن يتم بطلب من الزوجة وأمام القضاء في المحكمة وقد أوردت المادة 53 من ق أ ج أسباب طلب الزوجة التطليق على سبيل الحصر وهي 101 حالات وهي اسباب مادية في الغالب تتطلب الاثبات لكي يحكم القاضي لها بالطلاق وسنقوم بدراسة هذه الاسباب في النقاط التالية مع محالة تبيان دور القاضي في كل حالة :

أولا : التطليق لعدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج.

الزوج ملزم بالإنفاق على زوجته بمجرد العقد عليها ويتأكد هذا الواجب بالدخول أو بإنتقال الزوجة على بيت الزوجة ويستمر هذا الواجب ما دامت الحياة الزوجية قائمة وما لم تكن الزوجة ناشزا ، ولا يعفي الزوج من الانفاق على زوجته طبقا لنص المادة 01/53 من ق أ ج "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

- عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بوقت اعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78–79–80 من هذا القانون.
- والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري اعطى للقاضي سلطة التفريق بين الزوجين بسبب عجز الزوج وامتناعه عن النفقة فإذا ثبتت لدى القاضي القاضي فإنه لا سلطة تقديرية له في ذلك لأن من واجبه في هذه الحالة أن يوقع التفريق بناء على رغبة الزوجة .
- وبالرجوع على حكم المادة 01/53 من ق أ ج فإنه لا يمكن للزوجة أن تطلب التفريق لعدم الانفاق إلا بعد أن تكون استصدرت حكما بوجوب النفقة وزهذا بمعنى أن الحكم يمثل قاعدة اثبات موضوعية بالنسبة للزوجة.[1]

[1] – شامي أحمد ، السلطات التقديرية لقاضي شئون الاسرة ، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، رسالة ذكتوراه – كلية الحقوق جامعة تلمسان ، 2013 – 2014 ، ص 139.

ثانيا : التفريق للهجر في المضجع

تطرق المشرع الجزائري في المضجع كسبب من الاسباب التي تتيح للمرأة طلب التطليق في الفقرة الثالثة من المادة 53 من ق أ ج ويقصد بالهجدر أن يدير الزوج ظهره ولا يهتم بها الاهتمام المطلوب كزوج أي لا يعالمها في الفراش معاملة الازواج ويشترط أن يدوم هذا الهجر أكثر من أربعة اشهر وأن يكون عمديا مقصودا لذاته نكاية بالزوجة وليس له ما يبرره لا شرعا ولا قانونا.

ونشير في الاخير إلى أن الهجر في المضجع كسبب قانوني من الاسباب التي تمنح للزوجة حق التطليق والذي يشترط أن يكون متعمدا وليس له مبرر شرعي ليس نفسه الهجر الذي ورد في قوله تعالى : " وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ" [1] فهذا الهجر الأخير لا يهدف إلى الاضرار بالزوجة وإنما بتأديبها وهو هجر شرعي ولا يعتبر سببا من أسباب التطليق ويدخل في اطار الحقوق الشرعية للزوج على زوجته ولا يجوز أن يضار شخص بسبب استعمال حقه الشرعي إلا اذا تعسف في استعماله وتجاوز حدود هذا الحق المقرر به.

ويكمن دور قاضي شؤون الاسرة هنا في تحديد ما اذا كان هذا الهجر شرعي أم لا وهل تعسف الزوج في استعمال هذا الحق ؟ أم لا وفقا لما له من سلطة تقديرية في هذا المجال.

ثالثا : التطليق للعيوب التي تحون دون تحقيق الهدف من الزواج

نصت المادة 53 فقرة 02 من قانون الاسرة الجزائري بأن العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج تكون سببا لطلب التطليق وتنقسم العيوب من حيث المنع من البناء بالزوجة إلى قسمين :

- عيوب جنسية كالحب والعنة والخصاء في الرجل والرتق والقرن في المرأة .

---

[1] – الآية 33 من سورة النساء.

- عيوب لا تمنع الدخول ولكنها منفردة بحيث لا يمكن المقام معها بالضرر الجذام والبرص والسل والزهري.

ولم يحدد قانون الاسرة العيوب التي يقصدها بقوله "تحول دون تحقيق الهدف من الزواج" ولعل المعنى تنصرف إلى العيوب التي تمنع التكاثر لأن الهدف من الزواج هو الاحصان وانجاب الذرية وتحقيق السكينة والمودة والرحمة في الاسرة ، انطلاقا من علاقة الزوجين ببعضهما ويشترط من أجل رفع دعوى التطليق للعيب شرطان.

- عدم علم الزوجة بالعيب قبل الزواج.

- عدم رغبة الزوجة بمواصلة الحياة مع زوجها المعيب.

كما بين القضاء أنه في حالة النزاع يلجأ القاضي للخبرة الطبية [1] التي تحدد طبيعة العيب وامكانية برئه وفي هذه الحالة الاخيرة يمنح القاضي مدة سنة للزوج المريض من أجل العلاج وطلب الشفاء وفي نهاية المدة إذا لم يرى القاضي أي تحسن فيحكم عندها بالطلاق.

ويعتبر الطلاق الذي يوقعه القاضي نتيجة العيب طلاقا بائن :

وما ة نلاحظ فإن المشرع الجزائري في تعديل 05-02 قد أحسن عندما أضاف المادة 07 مكرر والتي جاء نصها كما يلي :" يجب على طالبي الزواج ان يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعاض مع الزواج " وذلك منعا لأي مشكل صحي قد يعترضهما أو تعترض أبناءهما ، هذه المشاكل قد تجعلهما يفكراتن في الطلاق.[2]

---

[1] – بن زيطة عبد الهادي ، مرجع سابق ، ص 150.

[2] – بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 128.

رابعا : التفريق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الاسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية :

من بين الحالات التي أجاز فيها القانون للزوجة أن تطلب فيها الحكم بتطليقها هو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 53 ق أ ج والتي جاء فيها "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية .

وانطلاقا من هذا النص فإن المشرع الجزائري يشترط في التطليق في هذه الحالة الشروط التالية:

- صدور حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي به .[1]

وهو ارتكابه لجريمة فيها مساس بشرف الأسرة ولعل المشرع قصد بذلك الجرائم الأخلاقية والماسة بالسمعة والشرف وجرائم السرقة والاختلاس والرشوة ونحوها.

- وفي جميع الأحوال فلا يقضي القاضي بالطلاق بمجرد عقوبة الحبس بل لابد أن تتمسك الزوجة بطلب التطليق بالإضافة إثباتها أن الجريمة مست بكيان الأسرة والسمعة والشرف .[2]

- غير أن المشرع لم يبين العقوبة المقيدة لحرية الزوج واكتفى بأن تكون الجريمة تؤثر على سمعة الأسرة وتستحيل مواصلة العشرة والحياة الزوجية معه وبالتالي حق لها طلب التطليق .

---

[1] – بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الاسرة مقدمة الخطبة الزواج الطلاق الميراث الوصية ، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر ، ط05 ج 1 ، ص 294.

[2] – بن شتوح الرشيد ، شرح قانون الاسرة المعدل مرجع سابق ، ص 199.

وانطلاقا مما سبق جاز لنا استخلاص الشروط الضرورية لكي تستطيع الزوجة طلب التفريق لعقوبة فيها مساس شرف الأسرة وهي كالآتي :

- صدور حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي به .
- أن تكون العقوبة فيها مساس بشرف الأسرة.
- استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية .

وتحديد المقصود بالجريمة التي فيها مساس شرف الأسرة يرجع على السلطة التقديرية للقاضي وعليه أن يعتمد على عادات وتقاليد المجتمع لتحديد مدى مساس هذه الجريمة بشرف الأسرة وتأثيرها على الحياة الزوجية.

خامسا : التطليق للغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة:

حسب نص المادة السالفة الذكر فإنه لكي تستطيع الزوجة أن تطلب التطليق لابد من مرور سنة كاملة على الغياب وأن يكون هذا الغياب غير مبرر ومصحوب بعدم الإنفاق .

والغياب غير المبرر يعني تعمد الإضرار بالزوجة وهو وحده كاف لطلب الطلاق بغض النظر عن الإنفاق.[1]

والتفريق للغيبة طلاق بائن عند مالك وفسخ عند الحنابلة لانه لم يصدر من الزوج والملاحظ من خلال نص المادة 5/53 من ق أ ج أن المشرع اعطى للقاضي سلطة تقديرية في اجابة الزوجة في طلبها ولكن بعد توفر الشروط الآتية :

1-أن تمضي سمنة فأكثر على الغياب : وهذا مستمد من الفقه المالكي الذي جعل الغيبة من سنة على ثلاث سنوات.

[1] – بن شويخ الرشيد ، مرجع سابق ، ص 201.

2-أن يكون الغياب بدون عذر شرعي أما اذا كان الغياب لعذر مقبول كطلب العلم أو ممارسة التجارة فهذا لا يعد سببا لممارسة التطليق.

3-اهمال الزوج لنفقة زوجته بأن لم يترك لها مال تنفقه على نفسها وأولادها والغائب الذي يقصده المشرع هو الذي نص عليه في المادة 110 ق أ ج التي جاء "الغائب هو الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع على محل اقامته أو ادارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير" .

4-وهذه المادة حددت مفهوم الغائب كما أن المادة 112 والمادة 5/53 من نفس القانون خولتا لزوجة الغائب طلب التطليق للغياب من جراء الضرر اللاحق بها اذا توفرت الشروط السابقة فإن كان الغائب في مكان معروف ويمكن وصول الرسائل إليه ضرب له القاضي أجلا وأعذره بالتطليق عليه ان لم يحضر للإقامة مع زوجته أو ينقلها إليه ، فإذا انقضى الاجل ولم يحضر ولم يبدي عذرا مقبولا طلق عنه القاضي بعد تأكده من إصرار الزوجة على طلبها.[1]

أما في حالة فقد لزوج بحيث لا يعرف مكانه ولا يعرف ان كان حيا أو ميتا وتضررت الزوجة من تلك الغيبة جاز لها أن تطلب التطليق من زوجها وقد جعل المشرع للقاضي سلطة تقديرية في ايقاعه من خلال نص المادة 112 ق أ ج حيث جاء فيها " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون"

وقبل الحكم بالتطليق فإنه يجب على القاضي واعمالا لسلطته التقديرية أن يبحث ويتحرك عن الجهة التي فقد فيها الزوج فإذا فقد في جهة آمنة من الكوارث وتغلب فيها السلامة أجل طلبها على مضي أربع سنوات من فقده طبقا لنص المادة 113 ق أ ج والتي جاء

[1] – بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 299.

فيها :" يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي اربع سنوات بعد التحري وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفرض الأمر في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات" .

والملاحظ من خلال هذه المادة أن القانون منح للقاضي سلطة تقدير المدة بعد مضي أربع سنوات اذا يمكن أن يتريث أكثر قبل الحكم بالوفاة .

أما في حالة الظروف الغير عادية للفقدان فللقاضي أن يفرق بينها .

سادسا : التطليق لمخالفة الاحكام الواردة في المادة 08 ق أ ج :

نصت المادة 08 ق أ ج على أنه يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الاسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العمل ويجب على الزوج اخبار الزوجة السابقة قانونا والمرأة التي يقبل على الزواج بها وان يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية .

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد اذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج والمبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية .

والمقصود بذلك هو الزواج بأكثر من واحدة فإذا تزوج الرجل أكثر من زوجة واحدة حسب الضوابط التي نصت عليها المدة الثامنة كان عليه واجب العدل بينهما وفقا ما يتطلبه الشرع والقانون .

فإذا اخل الزوج بهذا الواجب دون عذر مقبول ، جاز للزوجة المتضررة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا .

كذلك اذا لم يحترم الزوج ضوابط التعدد المنصوص عليها في القانون فيجوز للزوجة طلب التطليق .[1]

وتقدير هذه الضوابط والشروط خاضع للسلطة التقديرية للقاضي كما أن المادة 08 مكرر منه قانون الاسرة الجزائري نصت على أحقية الزوجة في المطالبة بالتطليق في حالة التدليس كما أن المادة 19 من ق أ ج تجيز للمرأة طلب التطليق عند مخالفة الزوج لشرط عدم الزواج عليها.

سابعا : التطليق لارتكاب فاحشة مبينة :

لم تحدد هذه الفقرة المقصود بالفاحشة المبينة ونعتقد أنها تنصرف الى الخيانة الزوجية أو الجرائم الاخلاقية أو الفعل المخل بالآداب بصفة خطيرة أو جسيمة في ضوء أحكام الفقه الاسلامي والعرف والضمير الاجتماعي.[2]

وقد وردت في القرآن آيات عديدة تصور الفاحشة منها وله :" وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آَبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً " 3 وقوله أيضا "وقُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ" [4]

كذلك فإن النص لم يتحدث عن النتائج المترتبة عن هذا الفعل وهو يتطلب الأمر صدور حكم بالإدانة أم يكفي اكتشاف المرأة ارتكاب الزوج للفاحشة وخصوصا أنه من الناحية القضائية فإن الزوجة مطالبة بالإثبات .

---

[1] – بن شيخ رشيد ، مرجع سابق ، ص 2004.

[2] – نسرين شرقي وكمال بوفروة ، قانون الأسرة الجزائري دار بلقيس الجزائر ، الطبعة الأولى أكتوبر 2013 ، ص 89.

[3] – سورة آل عمران ، الآية 22.

[4] – سورة الأعراف ، الآية 33.

وفي كلا الحالات يجوز للزوجة ان ترفع الامر للقضاء وتطلب التطليق وللقاضي السلطة التقديرية والموضوعية المطلقة في تحديد مدى تأثير هذا الفعل على استمرار الحياة الزوجية.

ثامنا : التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين :

نصت المادة 08/53 على أحقية الزوجة بالتطليق نظرا للشقاق المستمر بينها وبين زوجها واستفحاله بينهما مدة طويلة تستحيل معه العشرة الزوجية ومعلوم أنه على القاضي قبل الحكم بالطلاق أن يحاول إجراء الصلح بين الزوجين طبقا لنص المادة 49 من قانون الاسرة الجزائري وان عجز عن ذلك الزم بتعيين الحكمين للقيام بإجراءات التحكيم بين الزوجين اللذين يقدمان تقريرهما في أجل شهرين من تعيينهما ، فإن لم يفلح الحكمين في الاصلاح بين الزوجين بعد تقديم تقريرهما وتبين أن لا فائدة ترجى من هذا الصلح قضى القاضي بالطلاق بينهما بناء على تقرير الحكمين والمشرع لم يحدد معيار الضرر بسبب الشقاق الموجب للتطليق ولذا يبقى أمر تحديده خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي .

تاسعا : التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

تناول المشرع الجزائري مسألة الاشتراط في عقد الزواج في المادة 19 ق أ ج والتي نصت " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج او في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ، لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون" يتضح من نص هذه المادة أن المشرع أجاز للزوجين أن يتفقا على كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تكن مخالفة للقانون.

وقد خص بالذكر اشتراط المرأة عدم الزواج عليها وأن لا يمنعها من العمل .

فإذا اشترطت الزوجة شروطا واخل بها الزوج جاز لها إما المطالبة بتنفيذها على الوجه المطلوب واذا لم يحصل الدخول جاز للزوجة المطالبة بفسخ العقد .[1]

ومسألة مخالفة الشرط لمقتضى العقد مسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

عاشرا : التطليق لكل ضرر معتبر شرعا:

لم يحدد المشرع الجزائري أنواع معينة من الضرر فقد جاء النص عاما بحيث يكون الضرر معتبرا شرعا اذا كان يؤدي على النزاع والشقاق بين الزوجين مما يترتب عنه استحالة استمرار الحياة الزوجية .[2]

وعليه فقد ترك المشرع للقاضي سلطة تقدير الضرر في هذا الشأن فيجوز له في حالة ثبوت الضرر الحكم بتطليق الزوجة بالتعويض عن الضرر الذي لحقها سواء أكان ماديا أو معنويا واذا طلبت الزوجة ذلك طبقا لنص المادة 53 مكرر من ق أ ج .

الفرع الثاني : دور القاضي في الخلع

نصت المادة 54 المعدلة من قانون الأسرة على ما يلي "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

- إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ".

والخلع هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كر هت العشرة والعيش مع زوجها ولهذا أجاز لها الشرع الإسلامي أن تفدي نفسها رفعا للحرج الذي أصابها.[1]

---

[1] – شويخ الرشيد ، مرجع سابق ، ص 207.

[2] – سرين شرقي ، وكمال بوفروة ، قانون الاسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 91.

ويختلف الخلع عن التطليق المقرر بالمادة 53 كونه التطليق مبني على أسباب مادية ذكرتها المادة وينبغي على الزوجة إثباتها أمام القاضي حتى يقضي لها بالطلاق زيادة على حقها في طلب التعويض.

أما الخلع المقرر في المادة 54 فيبنى على سبب نفسي وهو الكراهية ولا يتطلب الأمر وجود شقاق بين الزوجين بل يكفي فيه أن لا تجد الزوجة راحتها النفسية والسكنية وهي الهدف الأول من الزواج لقوله تعالى " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"[2]

والخلع يكون دون موافقة الزوج عليه حسب التعديل الجديد بعدما كان يشترط في القانون القديم حصول اتفاق بين الزوجين على الطلاق بواسطة الخلع.كما انه يشترط فى الخلع العوض وهو المقابل المالي الذى يحصل عليه الزوج من زوجته بالاتفاق وفي حالة عدم الاتفاق يتدخل القاضي بفرض قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ومن خلال دراستنا لنص المادة54 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري يتبين لنا الدور الكبير لقاضي شؤون الاسرة في الخلع حيث انه بإمكان الزوجة ان تلجا للقاضي وتطلب الخلع من زوجها وفي حالة رفضه اوطلب مقابل للخلع لاتقدر عليه جاز للقاضي أن يحكم لها بالتطليق من زوجها وبقيمة صداق المثل وقت صدور الحكم كبديل للخلع.

المطلب الرابع : النزاع حول متاع البيت ومجال تدخل القاضي:

يعتبر النزاع في متاع البيت من أهم الآثار التي تحدث بعد حل الرابطة الزوجية وقد يكون النزاع حول متاع البيت في حياة الزوجين أو بعد وفاتهما بين ورثتهما وأما أن يكون في حياة أحدهما وموت الآخر.[3]

---

[1] – بن شويخ الرشيد ، مرجع سابق ، ص 208.

[2] – سورة البقرة الآية 229.

[3] – أحمد محمد علي داود ، مرجع سابق ، ص 359.

والنزاع في متاع البيت هو نزاع حول محتويات منزل الزوجية وما يشمله من أثاث ومفروشات قد يكون الزوج جهز بها بيت الزوجية وقد تكون الزوجة قد جلبتها معها يوم زفافها وعند الطلاق والفراق يصبح كل واحد من الزوجين يزعم أن بعض من أثاث بيت الزوجية ملك له ، وفي الغالب لا يكون بيد أحدهما أو كليهما دليل أو بيان قاطع يقنع القاضي بأن الشيء محل النزاع ملك خاص للزوج أو ملك خاص للزوجة.[1]

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع الجزائري عالج هذه الحالة في المادة 73 من قانون الأسرة حيث نصت على أنه :" اذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال ، والمشتركات بينهما يقسمانها مع اليمين.".

وبتحليل نص هذه المادة بقليل من التبسيط والاختصار هو أن ما يصلح لاستعمال الرجال عادة كأدوات الصيد وأدوات العمل وما هو واجب على الزوج اقتناؤه لتجهيز منزل الزوجية مثل الافرشة ولوازم غرفة الأكل وجهاز التلفزيون وطلبه الزوج, فنازعته فيه الزوجة وأنكرت ملكيته له وزعمت أنها هي المالكة ، وليس لها بينة أو دليل يدعم زعمها فهنا ينظر في هذه الأشياء فإذا كانت تخص الرجال عادة ومن مستلزماتهم يحكم بها للزوج فيحلف اليمين بأنها ملك خاص له ويأخذها وإذا كانت من خصائص النساء عادة او من الأشياء التي جلبتها معها إلى بيت الزوجية وكانت قد اشترتها من مالها الخاص او أنها تشكل جزءا من جهازها الذي حملته معها من بيت أبيها إلى بيت زوجها وليس لها دليل كاف لملكيتها له فإنها تحلف اليمين القانونية وتأخذها[2]

---

[1] –عبد العزيز سعيد ، مرجع سابق ، ص 147.

[2] – عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 149.

ولكي يمكن تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما يجب أن تتوفر عدة شروط تتعلق بمعنى متاع البيت ومن يقع عليه إعداد البيت في الفقه الإسلامي في (الفرع الأول) أما في (الفرع الثاني) فنعالج مجال تدخل القاضي في النزاع حوله.

الفرع الأول : متاع البيت والنزاع فيه في الفقه الإسلامي:

تباينت تعريفات الفقهاء لمتاع البيت فعرفه شلبي بأنه "كل ما يوجد في بيت الزوجية مما ينتفع به في المعيشة سواء كان من الجهاز أو أدوات منزلية جدت بعد الزفاف ".[1]

وقد اختلف الفقهاء في من يقع على عاتقه تأثيث بيت الزوجية على رأيين :

الأول: هو أنه إعداد البيت على الزوج ، لان النفقة بكل أنواعها من مطعم وملبس ومسكن عليه وإعداد البيت من المسكن فكان بمقتضى هذا على الزوج وهذا الرأي قال به الحنفية.

الثاني : الجهاز حق على المرأة فيما قبضته من مهر ، وما تجري به العادة بين أمثالها أي أن الجهاز يجب عليها شرط أن لا يزيد على ما قبضته من مهر إلا إذا كان العرف يوجب الزيادة.[2]

كما أنه قد يختلف الزوجان في أثاث البيت الذي يسكناه أثناء الحياة الزوجية أو بعد حصول الفرقة ، فيدعي كل منهما ملكيته ، فما يصلح الا للرجال فالقول فيه قول الزوج بيمينه ، وما لا يصلح إلا للنساء فالقول فيه للزوجة مع يمينها لأن الظاهر شاهد لها.

أما ما يصلح لكليهما فقد اختلف فيه أئمة المذهب الحنفي إلى رأيين :

---

[1] – محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة ، ط4 ، الدار الجامعية بيوت لبنان ، 1983 ، ص 434.

[2] – محمد أبو زهرة ن محاضرات في عقد الزواج وآثاره (د ط) دار الفكر العربي (د ت ن) ، ص 289.

أولهما : لأبي يوسف وهو أن القول للزوجة في مقدار ما يجهز به مثلها في العادة وما زاد على ذلك يحكم به للزوج ، لأن البيت بيته ويده هي المتصرفة فيه .

ثانيهما : لأبي حنيفة ومحمد وهو أن القول للزوج بيمينه لأنه صاحب البيت ويده صاحبة التصرف فيه .

أما المذهب الجعفري أنه ما يصلح للرجال يكون للزوج مع اليمين إلا أن تقوم البينة أنه للزوجة وما يصلح للنساء يكون للزوجة مع اليمين ما لم تقم البينة أنه للزوج ، أما ما يصلح لكليهما فيقسم بينهما مع يمين كل منهما ، وان حلف أحدهما وامتنع الآخر عن اليمين أعطي المتاع للحالف.[1]

الفرع الثاني : دور القاضي في النزاع حول متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري:

بالرجوع إلى نص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري نجد ان المشرع وضع قاعدة عقلانية يعتمد عليها القاضي أثناء فصله في النزاع القائم بين الزوجين حول ملكية أثاث بيت الزوجية حيث جاء في نص المادة السالفة الذكر أنه إذا حدث نزاع بين الزوجين كان القول للزوج فيما هو معتاد للرجل ما لم تقدم الزوجة بينة تثبت عكس ذلك ، أما المعتاد للنساء فالقول فيه للزوجة مالم يثبت الزوج عكس ذلك أما في حالة النزاع في متاع يحتمل أن يصلح للزوجين وليس لأحدهما أو كليهما بنية على امتلاكه فطبقا للفقرة الثانية من المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري يتقاسمانه مع اليمين.

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة تقديرية في مجال النزاع حول متاع البيت ، حيث منحه سلطة تقدير ما يكون للرجال وما يكون للنساء كما أجاز له الاستعانة بأهل الخبرة ، لتقييم المتاع خاصة إذا كانت المبالغ مرتفعة ، ولا تكفي سلطته التقديرية في تقييمها.

---

[1] – مصطفى سلبي ، المرجع السابق ، ص 436.

المطلب الخامس : منازعات النسب ودور القاضي في ذلك

الأسرة هي الخلية الأساسية في تكوين المجتمع لذا وجب المحافظة على متانتها ووحدتها التي تبنى عن طريق الزواج ، الذي يعتبر وسيلة لتكاثر وإنجاب الأولاد فهؤلاء هم غاية الحياة الزوجية وثمرتها فبهم يستمر الوجود الإنساني إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها لذلك أولتهم الشريعة الإسلامية بعناية كبيرة وخصتهم بجانب بالغ من الاهتمام ، الأمر ذاته جسدته مختلف القوانين والاتفاقيات الدولية التي قررت لهم حقوق تتدرج معهم منذ نشأتهم فتضمن لهم عيشة كريمة ورعاية صالحة ومن أهم هذه الحقوق إلحاق نسب الطفل على والديه حيث نص المشرع الجزائري في ق إ ج 11/84 المادة 40 على طرق إثبات النسب المتعارف عليها عند الفقهاء والتي لا مجال لتدخل القاضي في تقييمها غير أنه واستجابة للتطورات العلمية الحديثة أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب أثناء تعديل ق أ ج بموجب الأمر 05-02 الفقرة الثانية من المادة 40

وقد ورد ذكر الطرق العلمية مطلقا دون ان يحدد نوع بعينه وكون الغالب في هذه الطرق هو البصمة الوراثية وهو ما سنتناوله في (الفرع الأول) ثم نظام تحليل فصائل الدم في (الفرع الثاني)وفي (الفرع الثالث) نتطرق إلى سلطة القاضي في الأخذ بهذه الطرق.

الفرع الأول تعريف البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها :

البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمتين البصمة والوراثية والمقصود بالبصمة لغة هو اثر الختم بالإصبع أما الوراثية فهي مجموعة الصفات الفسيولوجية والتشريحية والعقلية المتشابهة أو المتفرقة بين الافراد الذين تربطهم صلة قرابة والمتوارثة من جيل لآخر.[1]

أولا : تعريف البصمة الوراثية في الاصطلاح العلمي : هي ما يتوارثه الأبناء عن آبائهم من صفات تحدد هويتهم بدقة وتميزهم عن غيرهم فهي الجينات الوراثية التي تدل على

[1] – العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 393.

هوية إنسان بعينه والتي تتحكم في صفات الشخص والتي يختص بها دون سواه ، وهي الوسيلة التي تمتاز بالدقة في التحقيق من النسب البيولوجي والتحقق من الشخصية ولا يمكن للبصمة الوراثية للشخص أن يتشابه فيها مع غيره وهي التي تحدد هوية الشخص عن طريق تحليل جزءا أو أجزاء من الحمض النووي المعروف بـــ أي- دي – أن" ADN " وهي المادة أو الشفرة الوراثية التي يحملها الإنسان بالوراثة عن أبيه وأمه في خليته الجينية.

إذ أن كل شخص يحمل في خليته الجينية 46 كروموزوما يرث نصفها وهي 23 كروموزوما من أبيه و 23 كروموزوما من أمه بواسطة البويضة مما ينشأ عنه كروموزوما خاصا به مع بقاء التشابه معهما في بعض الوجوه العلمية.[1]

ويتم الحصول على البصمة الوراثية من جميع خلايا الجسم البشري "الدم ، المني ، البول ، اللعاب ، العظام " وكمية صغيرة من خلايا الجسم بحجم رأس مسمار تكفي لمعرفة الحمض النووي للإنسان وهي مادة تصمد طويلا أمام عوامل الزمن إذ يمكن الوصول إليها بعد موت الإنسان بسنين .

ثانيا : مجالات الاستفادة من البصمة الوراثية

يرى المختصون في علم الوراثية أنه يمكن استخدام البصمة الوراثية في مجالات كثيرة ترجع في مجملها إلى مجالين رئيسيين هما :

1-المجال الجنائي : وهو مجال واسع يدخل ضمنه الكشف عن هوية المجرمين في حالة ارتكاب جريمة قتل أو اغتصاب ، وفي حالات الاختطاف بأنواعها وفي حالة انتحال شخصيات الآخرين ، ونحو هذه المجالات الجنائية

[1] -العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ن مرجع سابق ن ص 394.

2-مجال النسب : ويندرج تحته إثبات النسب أو نفيه واعتماد الأدلة أو إبطالها والترجيح بينها عند التنازع على المولود ، وفي حالة اختلاط المواليد في المستشفيات وفي حالة الاشتباه في أطفال الأنابيب وغير ذلك .

كما يمكن استخدام البصمة الوراثية في تحديد الشخصية أو نفيها ، كما في تحديد شخصية الأفراد في حالة الجثث ، المشوهة في الحروب والحوادث .

الفرع الثاني : نظام تحليل فصائل الدم

بفضل ما توصل إليه العلم الحديث من حقائق علمية قاطعة تثبت نسب الولد الى أبويه عن طريق فصيلة الدم كون فصيلة الابن لا تخرج عن التركيب الجيني لفصيلة دم الأبوين وعليه سنتناول مفهوم الدم ووظائفه أولا وفصائل الدم ثانيا ودلالة تحليل فصيلة الدم في إثبات النسب ثالثا .

أولا : مفهوم الدم ووظائفه

1-مفهوم الدم : الدم سائل لزج أحمر اللون يملا اللب والأوعية الدموية المتصلة به ، ويقوم هذا السائل بإمداد جميع خلايا وأنسجة الجسم المختلفة بالأكسجين ، وتبلغ كميته في الجسم بمعدل 70 مللتر/ كلغ أي نسبة 13/1 من وزن الجسم ويتركب الدم من العناصر التالية :

أ- البلازما :

وهي عبارة عن سائل القوام لونه أصفر –باهت – تسبح فيه مكونات الدم الأخرى وهو يشكل 55 % من حجم الدم ..[1]

[1] – خليفة الكعبي ، البصمة الوراثية وأثرها على الاحكام الفقهية ، دراسة فقهيو مقارنة ، دار النفائس ، الاردن ، ط 1 ، 2006.

ب- كريات الدم الحمراء :

وهي عبارة عن كريات دائرية الشكل شديدة التميز ولها غشاء خلوي عادي لكن ليس بها أنوية ، ويوجد بها الهيموغلوبين وسيتوبلازم ، وسبب تسميتها بكريات الدم الحمراء ، بدلا من خلايا الدم الحمراء هو عدم احتوائها على النواة وعلى مكونات الخلية الحية .

أ- كريات الدم البيضاء : زهي مجموعة من الخلايا حقيقية النواة و تختلف عن الكريات الحمراء ببعض الصفات كفقدان اللون الأحمر أو أكبر حجمها وقدرتها على الانقسام ، وسميت بهذا الاسم لخلوها من الهيموغلوبين وتعتبر الخلايا البيضاء خلايا دفاعية ، تعمل كخط دفاع في الجسم ، حيث تعمل على قتل المكروبات الداخلة إلى الجسم.

ب- الصفائح الدموية : وهي جسيمات صغيرة جدا غير خلوية ، لعدم وجود نواة في جميع مراحل تكوينها، وهي أجزاء من سيتوبلازم الخلية الموجودة داخل النخاع العظمي ويطلق عليها اسم الخلايا المتجلطة.

2- وظائف الدم :

أ- التنفس : حيث يقوم الدم بنقل الأكسجين من الرئتين إلى الأنسجة بواسطة الهيموغلوبين ويقوم بنقل ثاني أكسيد الكربون من الأنسجة إلى الرئتين لطرحها خارج الجسم .

ب- التغذية : يقوم الدم بنقل وتوزيع المواد الغذائية من الجهاز الهضمي على جميع أنسجة الجسم.

ت- الإخراج : يقوم الدم بتخليص الجسم من المواد السامة والضارة مثل اليلونيا عن طريق الكلية .

ث- التوازن المائي : يقوم الدم بالمحافظة على كمية الماء الموجودة في الجسم وذلك عن طريق إخراج الماء الزائد عبر الكليتين والجلد .

ج-تخلط الدم : يعمل الدم على الوقاية من النزيف بواسطة التجلط فيحافظ على كمية الدم الطبيعية في الجسم.

ح-تنظيم حرارة الجسم ، يساعد الدم في تنظيم درجة حرارة الجسم حيث يشترك مع الجلد في حفظ حرارة الجسم في الدفاع عن نفسه سواء ضد الأجسام الغريبة أو الجراثيم والمكروبات.

ثانيا : فصائل الدم : يقسم الدم إلى أربعة فصائل رئيسية يشترك فيها جميع البشر وهي (A-B-A-B-O) وتتحدد هذه الفصائل بواسطة بعض البروتينات الواقعة على سطح كريات الدم الحمراء ، التي تتحدد بواسطة المعلومات الوراثية المرسلة من قبل أشكال جينية هي : ((A)(B)(O)) .

ويعد كل من الجين (A,B) على الجين (O)

وعليه تتكون التراكيب الوراثية الجينية للفصائل الأربعة

A ، AA أو AO

B ، BB أو BO

AB ، AB

O ، OO

وقد لوحظ أنه اذا تم مزج نوعي مختلفين من الدماء فإنها لا يمتزجان ويمتزج إذا كان من نوع واحد .

واصل هذا انه من المعروف إذا أدخلت مادة بروتينية غريبة إلى دم الإنسان فإن ذلك يثير جهاز المناعة في الجسم ، فيكون ما بعرف الأجساد المضادة "في بلازما الدم" ويطلق على المادة البروتينية التي سببت تكون الأجسام المضادة "الانتيجين" وهي موجودة في كريات الدم الحمراء.

ويوجد في دم الإنسان نوعان رئيسيان من الانتبجينيا : الأول (A) والثاني (B) وقد يوجدان إما مجتمعين معا أو منفردين ، أو لا يوجدان على الإطلاق .

ثالثا : دلالة تحليل فصيلة الدم في اثبات النسب

أثبت العلم بصفة قاطعة أن فصيلة دم الإبن تتأثر بنوع فصيلة دم بيه وأمه سواء كان الأبوين من فصيلة واحدة أو من فصيلتين مختلفتين وكل انسان يرث صفاته من ابيه وأمه من صفة ، واستنادا لهذه القاعدة الوراثية الثابتة ، فإن فصيلة دم الابن لا تتخرج عن تركيب الجيني لفصيلة دم الابوين .

فإذا عرفت فصيلة كل من الأب والآم يمكن معرفة فصيلة دم الابن وكذلك إذا وجدت فصيلة دم الابن وفصيلة دم الأم ، فيمكن معرفة فصيلة دم الأب .[1]

الفرع الثالث : سلطة القاضي في الاخذ بالطرق العلمية لإثبات النسب :

حسب نص المادة 40 ق أ ج فقرة 02 فإنه يجوز للقضاء اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب فالطرق العلمية هي تلك الوسائل القطعية التي يستعين بها القاضي للوصول إلى الحقيقة ، حيث بفضلها ثبت العلاقة اليقينية بين الولد وأبيه غير ان المشرع جعل الامر جوازيا ومطلقا من حيث تقدير القاضي في الأخذ بها من عدمه [2] وانطلاقا من نص

---

[1] – عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي اثبات النسب ، دار العلوم قسم الشريعة الإسلامية ، 2002 ، ص 279.

[2] – قورفة زبيدة ، الاستكشافات الطبية البيولوجية وأثرها على النسب ، ط1 ، الامل للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزئار ، 2012 ص 256.

المدة 144 قانون الإجراءات المدنية [1] والمادة 2/40 من ق أج يتضح لنا أن سلطة القاضي التقديرية في هذا الشأن واسعة من حيث الاعتماد على نتائج الخبرة الطبية واستبعادها ، فتقارير الخبير بعد اجراء التحليل هي تقارير صامتة يتمتع فيها القاضي بحق تقدير نتائجها ، فيأخذ ما هو مجدي ويترك ما يعارض الصواب وتبقى صلاحية تقدير مدى ملائمة الخبرة من عدمها خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي.

[1] – نص المادة 114 ق أ م إ يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة ، القاضي غير ملزم برأي الخبير ، غيرأنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة ".

الفصل الثاني :

دور قاضي شؤون الأسرة في القضاء الاستعجالي

لقد وسع المشرع الجزائري مجال اختصاص قاضي شؤون الأسرة ن فبالإضافة إلى الأعمال القضائية لقاضي شؤون الأسرة أضاف له سلطات أخرى لتشمل أوامر ملزمة تدخل ضمن السلطة الولائية فالأعمال الولائية لقاضي شؤون الأسرة هي وسيلة تحفظية مؤقتة يهدف منها مساعدة صاحب الأمر على تحقيق مصلحة مشروعة دون أن يمس هذا الأجر بأصل الحق المتنازع فيه اذا تحقق القاضي م عنصر الاستعجالي ولضرورة ومنه يتدخل القاضي بمجرد تقديم عريضة متضمنة الطلبات المدعمة بالوثائق والمستندات المؤيدة لها دون الحاجة غلى دعوة الخصم للحضور ولا حتى سماع أقواله.

ومنه تنقسم الأوامر الصادرة عن قاضي شؤون الأسرة إلى نوعين : الأوامر الاستعجالية وسوف نتناولها في **المبحث الأول** والأوامر على العرائض وهي النوع الثاني ونتناولها في **المبحث الثاني.**

المبحث الأول : الأوامر الاستعجالية الصادرة عن قاضي شؤون الأسرة :

لضمان حسن سيرة مرفق القضاء يتطلب إعطاء الخصوم ضمانات ومواعيد مناسبة لثبات ما يدعون حتى لا يلجأ الخصم السيئ النية إلى المماطلة والمراوغة مما ينتج عنه إطالة أمد الفصل في النزاع بحيث يكون هذا التأخير سبب في الإضرار بمصالح المتقاضين خاصة في القضايا التي تتطلب السرعة في الفصل والتي تنطوي على حالة استعجال والتي حباها القانون الجزائري بنظام قضائي له خصوصيات تميزه عن باقي الفروع ألا وهو القضاء الاستعجالي .

وتجدر الإشارة إلى أن الاختصاص التقليدي لقاضي الاستعجال هو النظر في القضايا الاستعجالية التي تطرح في المواد التي يختص فيها قسمه وليس بالضرورة رئيس المحكمة ، بمعنى أن رئيس الجهة القضائية هو الذي يملك سلطة النظر في القضايا الاستعجلية على مختلف أنواعها سواء في مادة شؤون الأسرة أو غيرها وذلك قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتمثل في حذف هذا الاختصاص من يد رئيس المحكمة ومنحه لقاضي الموضوع أي أعطى الصلاحيات للقاضي الذي يرأس القسم ن والإستعجال هو كل ما يطلب من القاضي الفصل فيه دون الخوض في موضوع النزاع وكل مرة يطلب منه اتخاذ تدابير مؤقتة.

وقد جرى الفقه على تعريف الاستعجال بأنه " الخطر المحدق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درءه بالسرعة اللازمة [1]، وتبعا لذلك يتحقق الاستعجال كلما توافر أمر يتضمن خطرا داهما وضررا لا يمكن تلافيه بالالتجاء إلى الإجراءات العادية ، حيث لا تحول دون وقوع هذا الضرر وتتحقق حالة الضرر كلما وجدت ظروف تبنى عن وجود ضرر وشيك الوقوع.

---

[1] – بوقندورة سليمان ، الدعاوي الاستعجالية في النظام القضائي العادي ، مدعم بأحدث الاجتهادات القضائية والآراء الفقهية ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر ، 2017 ،ص 18.

وأيضا عرفه الفقيه القانوني محمد ابراهيم بأنه: " كل ما لا يقبل التأجيل " .

- كما أن القضاء لا يختلف عن الفقه في تحديد مفهوم الاستعجال إذ هو كل خطر يرتب ضررا لا يمكن تداركه في المستقبل ، ولقد أصدرت المحكمة العليا قرارات عديدة في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم وهي تصلح حتى في ظل قانون الإجراءات المدينة والإدارية الساري المفعول منها القرار الصادر بتاريخ 1999/06/08 [1] / عندما ثبت أن قضاة المجلس تمسكوا باختصاصهم الاستعجالي على أساس انعدام سند الإيجار لدى الطاعن فإنه يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما.
- كما أن الأمر الاستعجالي ألا يمس أصل الحق لأنه لا ينظر في جدية التداعي أو موضوعه بل يحافظ على الحالة الظاهرة التي تبينت من خلال وقائع الدعوة بمعنى أن القاضي الإستعجالي لا يجوز أن ينظر في دعوى موضوعها منازعة جدية حول حق يدعيه الخصوم بل هي من اختصاص قاضي الموضوع ، بمعنى أنه لا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة عندما تعرض عليه دعوى بطرد شاغل العقار أن يتطرق إلى نفي أو تأكيد العلاقة الإيجازية إذا ما تمسك به المدعي عليه أو نفي أو تأكيد حق الملكية ، فإذا ثبت من ظاهر المستندات أن المدعى عليه الذي رفعت عليه دعوى بطرده من العقار الذي يشغله بغير حق أو سند ليس مستأجرا أو ليس حق فالقضاء بطرده لا يمس بأصل الحق و بالتالي يحق للمستأجر أن يرفع دعوى أمام قاضي الموضوع للمطالبة بإثبات حقه كمستأجر للعين المتنازع عليها.
- ومنه نستخلص أن الأوامر الاستعجالية يتعين أن لا يكون لها تأثير على الموضوع المتنازع عليه وينبغي أن يكون هدف القضاء المستعجل هو منح تدبير مؤقت لمن تثبت مصلحته ثبوت ظاهريا بحيث لا يجوز لقاضي الأوامر الاستعجالية أن يتطرق لأصل الحق المتنازع عليه كأن يقوم بتعديل التزام احد أطراف العقد أو تحديد مسؤوليته أو تقرير

[1] – المجدلة القضائية 2000 – عدد 01 – ص 1115 واشار إليه بوفندورة سليمان في المرجع السابق ، ص 25.

التعويض الناجم عن الضرر أو البحث عنه مدى صحة العقد أو بطلانه وهذا ما نصت عليه المادة 1/303 ق إ م و إ : على أنه لا يمس الامر الاستعجالي أصل الحق وهو معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن ، كما أنه غير قابل للمعارضة ولا للإعتراض على النفاذ المعجل ".

- وهناك قرارات للمحكمة العليا في هذه النقطة منها ما هو صادر في القضية رقم 102227[1] حيث تبين أن غلق الشركة من طرف الشريك المسير دون موافقة بقية الشركاء وثبوت التعدي يشكل ضررا محدقا ومؤكد يهدد حقوق بقية الشركاء ولما تمسك قضاء المجلس بإختصاصهم في النزاع لتوافر ركن الاستعجال فإنهم يكونون قد طبقوتا القانون تطبيقا سليما.

- كما يكون قاضي الاستعجال مختصا أيضا في المواد التي ينص عليها صراحة على أنها من اختصاصه وفي حالة الفصل في الموضوع يحوز الأمر الصادر حجية الشيء المقضي به وهذا ما نصت عليه المادة 300 ق إ م و إ.

- كما أن الأوامر الاستعجالية لها خصوصيات تميزها عن باقي الاحكام بحيث أنها معجلة النفاذ بقوة القانون وذلك بموجب المادة 303 ق إ م و السالفة الذكر ، كما أن التنفيذ يكون بموجب النسخة الأصلية للأمر حتى قبل تسجيله وهذا ما ذكرته الفقرة الثانية من المادة 303 ق إ م و إ.[2]

- وعليه سيتم التعرض إلى اهم الأوامر الإستعجالية التي يصدرها قاضي شؤون الأسرة وذلك من خلال المطالب التالية : المطلب الأول تناول فيه دور القاضي في الولاية على القاصر ، أما المطلب الثاني فنتطرق فيه إلى دور القاضي في حماية البالغ ناقص

---

[1] – قرار مؤرخ في 1995/10/03 مجلة القضائية سنة 1999 عدد خاص ، ص 331 –431 ، 531 و 631 بين (ع خ – م ش) و (ف.د) أشار إليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء الممارسة القضائية ن النص الكامل القانون رقم 08–09 المؤرخ في 2008/02/25 مدعم للاجتهاد القضائي ، برتي للنشر ، طبعة 2013–2014 ، ص 60.

[2] – بوقندورة سليمان ، المرجع نفسه ، ص 70.

الأهلية أما المطلب الثالث فنتحدث فيه عن دور القاضي في منازعات التركة ونتناول في المطلب الرابع حالة الغياب والفقدان ودور القاضي في ذلك .

المطلب الأول : دور القاضي في إجراءات الولاية

الولاية بكسر الواو لغة هي المحبة والنصرة ومنه قوله سبحانه وتعالى:" وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آَمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ "[1] واستولى عليه غلب عليه وتمكن منه الولي من وليه اذا قام به لقوله تعالى :" اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آَمَنُوا" [2] أما في الاصطلاح الشرعي هي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه أو هي القدرة على انشاء العقد نافذا موقوف على إجازة أحد.[3]

والولاية في الفقه هي القول على الغير شاء أو أبى .[4]

- وللولاية شروط هي :

- العقل : فلا ولاية للمجنون والمعتوه ولأن الولاية لها كمال .
- البلوغ : فلا ولاية للصغير لأنه لا ولاية له على نفسه .
- الإسلام : حينما يكون المولى عليه مسلما ، فالكافر ليس من أهل.
- الولاية لقوله :" وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا" .[5]
- العدالة : وهي شرط في الولي عند الشافعية.
- الذكورة : وهي شرط في الولي عند المالكية والشافعية والحنابلة ، و الحنفية لم يشترطها فيجوز للمرأة البالغة العاقلة أن تكون وليا في الزواج إن انعدمت العصبة.

---

[1] – سورة المائدة ، الأية 56.

[2] – سورة البقرة ، الآية 257.

[3] – بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ، ج1 ، احكام الزواج ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طط 6 ، 2012 ، ص 238.

[4] – أحمد محمد علي داوود ، الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط 1 ، جزء 21 ، عمان ، 2009 – ص 151.

[5] – سورة النساء ، الآية 141.

- الرشد : فلا ولاية لمحجور عليه بسفه وهي معرفة الكفء ومصالح النكاح.[1]

كما يشترط أن يكون أمينا عليه غير مفسد ولا مفرط في رعاية فلا ولاية لغير بالغ ولا لغير عاقل ولا لسفيه لان هؤلاء في حاجة غلى من يتولى رعاية شئونهم فلا يصلحون للولاية على غيرهم ، وإذا كان الولي – أبا غيره – فاسد الاخلاق يخشى منه على خلق الصغير أو على ماله فلا ولاية له عليه وتنتقل الولاية حينئذ إلى الأصلح من العصبات وفق الترتيب اذا كانت الولاية على النفس لأن الأساس في الولاية هي إصلاح حال الصغير فمن فقد الصلح في نفسه لم يكن أهلا لإصلاح غيره ، كما يشترط أن يكون متحدا في الدين مع القصر .[2]

- أما في القانون الجزائري فقد نص في المادة 9 مكرر ق أسرة على أنه :" يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية : أهلية الزواج ، الصداق ، الولي ، الشاهدان ، وانعدام الموانع الشرعية للزواج" .كما جاء في المادة 11 ق أ المعدلة بأنه "تعقد المرأة الراشدة زوجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره". كما ورد في المادة 11 ق أ في فقرتها الثانية "دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له" ، وجاءت المادة (33 /ف 2 م ق أ) المعدلة بأمر 5 التي تقضي بأنه : إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، ويثبت بعد الدخول صداق المثل ، وعليه يتبين لنا من هذه النصوص أن الولاية شرط صحة في عقد الزواج وأنه يفسد بإنعدامها في بعض الأحوال (مادة 33 ق أ ج) ولها أيضا جانب شكلي موضوعي على اشتراط الولي لمباشرة العقد (م 13 ق أ المعدلة) ولها أيضا جانب شكلي حيث

---

[1] –أحمد محمد علي داوود ، مرجع سابق ، ص ص 174–146.

[2] – نبيل صقر ، ق أ ج نصا وفقها وتطبيقا ، مرجع سابق ، ص 290.

يفرض القانون حضور الولي والشاهدين لسماع الإيجاب والقبول من الزوجين(م 9 و 10 ق أ).

- هذا ولا يمكن للولي أن يجبر المرأة على التزوج (م 13 ق أ المعدلة) كما أن المشرع الغى بمقتضى الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المادة 12 التي كانت تنص على ولاية الاجبار لا بالنسبة للصغار فحسب بل حتى للفتاة البكر حيث أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا [1] ، وقد اشارت المحكمة العليا إلى أن الولاية المقررة على المرأة في الزواج هي ولاية اختيار لا جبر فيها تمارسها حسب اختيارها مصلحتها (م 11 / 1 ق أ ، المعدلة) أما القاصر التي لم تصل إلى سن الزواج وهو 19 سنة وهو نفس الوقت سن الرشد القانوني (م 40 ف ، مدني) فتخضع لمقتضيات المواد 2/7 – 2/11 – 13 ق أ ج.[2]
- والولاية بصفة عامة تنقسم غلى ثلاث أقسام : ولاية عن النفس وولاية عن المال وولاية عليهما معا ، وعليه سوف نقسم مطلبنا هذا إلى ثلاث فروع نتناول في (الفرع الأول) الولاية عن نفس القاصر ودور القاضي فيها وفي (الفرع الثاني) الولاية على أموال القاصر ودور القاضي فيها وفي (الفرع الثالث) نوضح دور القاضي في تعيين وصي على القاصر .

الفرع الأول : الولاية عن نفس القاصر ودور القاضي فيها

- الولاية هي القدرة على إنشاء العقد نافذا وهي قسمان : ولاية قاصرة وولاية متعدية ، والولاية القاصرة هي قدرة العاقد على انشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه ، والولاية المتعدية هي قدرته على انشاء العقد الخاص بإقامة من الشارع.

---

[1] – نبيل صقر ، مرجع سابق ، ص 290.

[2] – بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 237.

- والولاية المتعدية قسمان : ولاية على المال وولاية على النفس وهذه الأخيرة هي القدرة على انشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة إلى اجازة أحد.[1]
- وهي أيضا تشمل كل ما يحتاج إليه القاصر من عناية ورعاية من ذلك :

1-التأديب والتهذيب وتعويده على الاخلاق الحسنة وابعاده عن رفاق السوء و مواطن الفساد .

2-رعاية صحته ونموه الجسمي وحمايته من الأمراض وعلاجه منها.

3-تعليمه وتثقيفه في المدارس التي تتولى ذلك على أحسن وجه.

4-توجيهه إلى حرفة بها معيشته كي لا يكون عالة على المجتمع.

5-الإشراف على زواجه واختيار ما يسعد بها وتسعد به .

وهذه الولاية تكون للأب ثم للجد العصبي ثم لأقاربه من العصبات.[2]

والولاية في الزواج هي السلطة أو الصلاحية القانونية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض زواج المولى عليها وتولي إبرام العقد عليها.[3] ، ويقيم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين ولاية إجبار وولاية اختيار ، أما ولاية الإجبار هي ولاية كاملة فهي ولاية الأب أو الجد أو المقربون على الفتاة البكر والصغير المجنون وفيها يستبد بإنشاء العقد على المولى عليه ولا يشاركه أحد لعدم توفر في المولى عليها شرط العقل والبلوغ في أهلية الزواج أما ولاية الاختيار وتسمى بالمشاركة لإشتراك إرادتها مع إرادة وليها في الاختيار ويتولى هو الصيغة وهي تثبت للولي على البالغة العاقلة وذلك لأن جمهور الفقهاء يرون أنه ليس لها أن تنفرد في انشاء عقد زواجها بل يشاركها وليها في اختيار الزوج بعد استشارته حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد والأعراف ، ويرى فقهاء الشريعة انه يشترط الولي في زواج البكر البالغة لكي يصح زواجها وهو رأي

---

[1] – الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2005 ، ص 107.

[2] نبيل صقر ، مرجع سابق ، ص ص 289-290.

[3] – بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 238.

جمهور الفقهاء فلا يصح العقد بدونه ودليلهم في ذلك قوله تعالى : " فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ" [1] ، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم :"لا نكاح إلا بولي "[2] وقوله صلى الله عليه وسلم :" لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج نفسها " [3] ، أما المالكية فحكم الولي هو شرط واجب فلا تعقد المرأة النكاح على نفسها ولا على غيرها بكرا كانت أم ثيب أذن لها وليها أم لم يأذن ، فإذا وقع فسخ قبل الدخول وبعده ، أما الشافعية فلا يصح النكاح إلا بولي ، فإن عقدت المرأة فلا يصح فلا تزوج المرأة نفسها أي لا تملك مباشرة ذلك بحال لا بإذن ولا بغير إذن ولا تزوج المرأة غيرها بوكالة ودليلهم قوله تعالى :" وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ"[4] ومن السنة عن ابن عباس قال رسول الله عليه وسلم :" الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها واذنها صمتها" [5] ، أي أن الولي أحق بالبكر وان كانت بالغة أما عند الحنابلة فلا نكاح إلا بولي سواء زوجت نفسها او زجت غيرها أو وكلت إمرأة غير وليها في التزويج فلا يصح النكاح لعدم وجود شرطه وذلك لنقص عقلها وسرعة انخداعها .[6]

أما الحنفية لم تشترط الولي في نكاح البالغة العاقلة فيجوز للمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها وأن تتوكل على الغير ، ولكن لو زوجت نفسها لغير كفئ جاز للولي الاعتراض ، فالولي يستأذنها ولا يجبرها ، واذا زوجها بدون إذنها كان العقد موقوفا على رضاها وموافقتها ومن المستحب أن تفوض وليها لتزويجها.

ودليلهم في ذلك قوله تعالى : " فإن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"[7] ، فلم تذكر شرط الولي ، ومن السنة على ابن هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

---

[1] – سورة البقرة ، الآية : 232.

[2] – رواه أحمد والأربعة وبن المديني والترمذي وابن حيان .

[3] – رواه بن ماجة .

[4] – سورة النور ، الآية 32 .

[5] – رواه الجماعة .

[6] – أحمد محمد علي داود ، المرجع نفسه ، ص ص 151–152.

[7] – سورة البقرة ، لاآية 230.

"لا تنكح الأيم حتى تستامر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا يا رسول الله وكيف اذنها قال أن تسكت "[1] .

أما الولاية في زواج الصغير والصغيرة دون البلوغ فيجوز للأب أو وصيه حال عدم وجود الأب أو الجد ويلزم الصغير البكر النكاح إذا زوجهما أبوهما سخطوا أو رضوا وإذا انعدم الولي زوجه الحاكم ، أما الولاية في زواج الثيب الصغيرة فالحنفية والمالكية يقولون بأنه يجوز نكاحها جبرا إذا زوجها الولي ، أما الشافعية فإن كانت ثيب صغيرة لم يجز تزويجها حتى تبلغ وتؤذن أما الولاية في زواج الثيب البالغة و العاقلة فلا يشترط وليها لعدم الصغر ولعدم البكارة والجنون وهذا ما نصت عليه المادة 13 قانون الأحوال الشخصية الأردني : لا يشترط موافقة الولي في زواج الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر 18 عام ".

اتفق الفقهاء على أن ولاية الإجبار على المجنون والمعتوه متى تثبت الولاية من الأولياء سواء كان أب أو جد أو غيرهما بكرا أو ثيب وعليه ضعف العقل أما فيما يخص زواج السفيه فالمالكية تقول أنه إذا تزوج بغير إذن وليه أمضاه وإن كان سدادا وإلا رده ، أما الشافعية فرأيهم أنه من حجر عليه لسفه لا يستقل بنكاح إلا بإذن وليه [2] ، أما الولاية فالقانون الجزائري فقد عرفها قانون الاسرة الجزائري في المواد من 87 إلى 91 والقاعدة العامة تضمنها المادة 81 من ق أ ج ، التي تنص بأنه : من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي او وصيي أو مقدم[3] .

وقد نصت المادة 87 من ق أ ج المعدلة بالأمر 05-02 : يكون الاب ولي على أولاده القصر ، وبعد وفاته تحل الام محله قانونا وفي حالة غياب الاب أو حصول مانع له تحل

---

[1] – متفق عليه .

[2] – أحمد محمد علي داود ، المرجع نفسه ، ص 173.

[3] – بوقندورة سليمان ، المرجع بفسه ، 230.

الام محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد ، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن اسندت له حضانة الاولاد .[1]

وإذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة ، وهذا طبقا للمادة 90 ق أ ج ، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 187692[2] حيث أنه منح الحمكم بالولاية لغير الام دون اثبات تعارض مصالح بين القاصر والولي وهذا مخالف للمادة 90 من ق أ ج.

ومن الناحية الإجرائية فقد نظم قانون إ م و إ : الولاية على نفس القاصر في المواد 453 إلى 463 ق إ م و إ حيث يتم ايداع عريضة يقدم طلب انهاء ممارسة الولاية على القاصر او سحبها المؤقت من قبل أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو من قبل كل من يهمه الأمر أو له مصلحة في ذلك كأقارب القاصر مثلا بدعوى استعجاليه [3] حسب نص المادة 453 ق إ م و إ ، ويقدم الطلب إلى المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مقر ممارسة الولاية ، وذلك حسب نص المادة 462 ق إ م و إ وهنا يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الولدين أو ممثل النيابة العامة أو من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد اقارب القاصر وحسب المادة 454 القيام بما يلي :

1-سماع الأب وألام وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه .

2-سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك .

3-الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي .

وينظر في الطلبات ويفصل فيها في غرفة المشورة بعد سماع ممثل النيابة العامة ومحامي الخصوم في ملاحظاتهم عند الاقتضاء حسب الفقرة الرابعة من المادة 463 ق إ

---

[1] – المادة 87 قبل التعديل : "يكون الأب ولي على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الام محله قانونا ."

[2] – قرار رقم 187692 الصادر بتاريخ 1997/12/23 ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، ص 53 ، أشار إليه أحمد لعور ونبيل صقر في كتاب الدليل القانوني للأسرة ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، عين مليلة ، 2007 ، ص 100.

[3] – بوقندورة سليمان ، المرجع نفسه ، ص 231.

م و إ : يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين ومدى ملاءمته على ممارسة الولاية وذلك وفقا لسلطته التقديرية كما للقاضي أن يقوم بأمرين هما :

1-الأمر بإنهاء ممارسة الولاية على القاصر وسحبها المؤقت : ويتم التبليغ الرسمي للأمر الاستعجالي وفقا لأحكام المادة 453 ق إ م و إ من طرف الخصم الذي يهمه التعجيل إلى باقي الخصوم خلال 30 يوما من تاريخ النطق بالحكم تحت طائلة سقوط الأمر ويكون الأمر قابلا للاستئناف من قبل الخصوم في أجل 15 يوم من تاريخ التبليغ الرسمي ، ومن قبل النيابة العامة خلال نفس المدة من تاريخ صدور الحكم وينظر في الاستئناف ويفصل فيه في غرفة المشورة في آجال معقولة[1].

وعلى أساس النتائج المتوصل إليها من المعلومات المتحصل عليها أن يسند مؤقتا حضانة القاصر لأحد الأبوين وإذا تعذر ذلك تسند لأحد الأشخاص المبينين في قانون الأسرة [2] ، كما يمكن للقاضي ومراعاة لمصلحة القاصر أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية ويفصل فيه بموجب أمر استعجالي يتخذ الأمر تلقائيا من طرف القاضي أو بطلب من الولي أو القاصر المميز [3] أو ممثل النيابة العامة أو كل شخص تتوفر فيه صفة لحماية القاصر الذي قد يكون من الأقارب كالجد أو الجدة وذلك بموجب المادة 40 ق إ م و إ .

2-الأمر بإلغاء تدابير الإنهاء أو السحب المؤقت : يجوز للقاضي إلغاء تدابير الإنهاء أو السحب المؤقت للحقوق المرتبطة بممارسة الولاية كليا أو جزئيا بطلب من والد القاصر المسقطة عنه الولاية ويقدم الطلب المشار إليه آنفا إلى المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مقر ممارسة الولاية وهذا ما اشارت إليه المادتين 461 و 462 ق إ م و إ كما يتلقى القاضي في الجلسة تصريحات القاصر وتصريحات وليه وأمه أو الحاضنين أو

---

[1] – بوقندورة سليمان ، مرجع سابق ، ص 232 .

[2] – حسب المادة 64 ق أ ج فالام أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة للام ثم الجدة للأب ثم الخالة ثم العمة ثم الاقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك .

[3] – سن التمييز 13 سنة حسب المادة 42 ف الاخيرة من ق م ج .

أي شخص آخر يكون سماعه مفيدا ويمكن اعفاء القاصر من الحضور ، كما يقدم محاموا الاطراف ملاحظاتهم عند الاقتضاء وينظر ويفصل في الطلب بغرفة المشورة بعد تقديم طلبات ممثل النيابة العامة وأيضا يكون الامر الفاصل في الطلب قابلا للإستئناف من قبل الخصوم في أجل 15 يوم من تاريخ التبليغ الرسمي [1].

الفرع الثاني : الولاية على أموال القاصر ودور القاضي فيها

الولاية على الأموال هي الإشراف على شؤون القاصر المالية بحفظ ماله وتنميته واستيفاء حقوقه والأنفاق عليه بما تقتضيه مصلحته وحاجاته وهذه الولاية تكون للأب ثم الجد العصبي عند عدم وجود الأب وليس لغيرهما من الاقرباء هذه الولاية إلا بإختيار منهما أو من القاضي [2] ، وإذا كان الاب أو الجد راشدا غير مبذر ولا معروف بسوء التبذير كان له أن يتصرف في مال ولده القاصر مثلما يتصرف في ماله من بيع وشراء وايجار ....إلخ ، إلا التبرعات فليس له ذلك لأن ولايته عليه هي حفظ ماله وفي التبرع ضياع لماله ، وقد جرى الخلاف على رهن الأب مال ولده لدين أبيه وحول جواز آداء الأب دينه من مال ولده فقيل أنه يجوز اذا لم يكن هناك ضرر .

كما أن الولاية على المال هي القدرة على انشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها[3]، وفي القانون الجزائري فقد نصت المادة 88 ق أ ج على أنه : على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضات القانون العام وعليه ان يستأذن القاضي في التصرفات الآتية :

- بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة .
- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة .

---

[1] – بوقندورة سليمان ، المرجع نفسه ، ص ص 232–233.

[2] – نبيل صقر ، المرجع نفسه ، ص 290.

[3] – الإمام أبو زهرة ، المرجع نفسه ، ص 107.

- ايجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات او تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد .

ومن الناحية الاجرائية فقد وضحت المادة 474 ق إ م و إ فيما يخص المنازعات المتعلقة بالولاية فترفع الدعاوى أو المنازعات أمام قاضي شؤون الاسرة وفي حالة الاستعجال يفصل في الدعوى وفقا للإجراءات الاستعجالية ويكون الحكم صادر من المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية على أموال القصر المادة 464 من ق إ م و إ ويمكن للقاضي مراقبة الولاية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة أومن أي شخص له مصلحة في حماية القاصر مادة 465 ق ا م و إ ويكون هذا الحكم قابل لطرق النقض كما يقوم القاضي بإدارة أموال القاصر في حالة وفاة الوالدين ، كما ترفع جميع المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية وادارتها امام القاضي وذلك بأمر ولائي حسب النصوص المنصوص عليها قانونا المادة 480 ق إ م و إ ، كما ترفع المنازعات المتعلقة بتصرفات القاصر بعد بلوغه سن التمييز أمام قاضي شؤون الأسرة [1].

ولابد أن نميز بين حالتين في حالة المنازعة على أموال القاصر وليس على تصرفاته النافعة له أو الضارة له أو الدائرة بين النفع والضرر .

أولا : الفصل في منازعة بحكم : ترفع المنازعات المتعلقة بأموال القاصر أمام قاضي شؤون الأسرة التي يصدر فيها حكما قابلا لطر ق الطعن سواء العادية في آجالها (المعارضة والاستئناف) المقررة قانونا والموقفة للتنفيذ أو غير العادية (الطعن بالنقض و إلتماس إعادة النظر) والتي ليست لها أثر موقف.

ثانيا : الفصل في المنازعات بأمر استعجالي : وفي حالة الاستعجال الذي يخضع تقديره للقاضي أي بأمر استعجالي يرتب كل آثاره القانونية من النفاذ المعجل بقوة القانون وعير قابل للمعارضة ولاعتراض على النفاذ المعجل.

---

[1] – بوقدورة سليمان ، مرجع سابق ، ص ص 236–237.

- ونستخلص مما سبق أن ذكره أن الولاية شرعت في الاسلام حفظا على حقوق العاجزين عن التصرف بسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها ورعاية لمصالحهم وشؤونهم حتى لا تضيع ولا تهدر ، وذلك أن الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة ومن عجز عن رعاية مصلحته اقام له الشارع من يتولى أمره ويحقق له النفع ويدفع عنه الضرر .[1]
- كما تسقط الولاية بانتهاء وظيفة الولي إما بعجزه أو موته أو بالحجر عليه أو بإسقاط الولاية عنه حسب نص المادة 91 ق أ ج.

الفرع الثالث : دور القاضي بتعيين وصي على القاصر

أحكام الوصاية منصوص عليها في المواد 92 إلى 98 ق أ و الوصي تقول "أوصيت فلان" أي أعطيته حق التصرف بعد موتك فيما كان لك من حق تتصرف فيه كقضاء الديون ورد الودائع واستردادها ، والوصي قسمان : الوصي المختار وهو الذي يعهد إليه الأب أو الجد بالإشراف على أموال أولاده أو أحفاده ووصي القاضي هو الذي ينصبه القاضي للإشراف على التركة والأولاد[2] .

فيجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر اذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبتت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية واذا تعدد الاوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم ببلوغه سن الرشد ولم يحجر عليه وكامل الأهلية طبقا للمادة .... من ق مدني .

- وهناك شروط تشترط في الوصي وهي :
  - الإسلام : فلابد من وصيته أن يكون مسلما لأن الإيصاء كالولاية فيجب أن يكون الخلق من جنس السلف .

---

[1] – عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق ، ص 54.

[2] – نبيل صقر ، المرجع نفسه ، ص 295.

- البلوغ : وهو شرط في جميع التصرفات فإن غير البالغ لا يهتدي إلى وجوه المنفعة فكيف يوكل إليه أمر النظر في شؤون اليتامى وتنمية أموالهم وحفظها والإشراف على انفاقها.

العقل : فالمجنون لا يهتدي إلى التصرف النافع بحق نفسه فكيف يوكل إليه التصرف في شؤون غيره.

العدالة : والأصل اشترطها في الشهادة لقوله تعالى :" وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ"[1] لان الشهادة ولاية فلابد فيها من وجود الصدق والاستقامة [2] ن كما يشترط فيه أن يكون قادرا أمينا حسن التصرف وهذا ما نصت عليه المادة 93 ق أ ، وإذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة فللقاضي عزله.

ويجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها (م 94 ق أ) وللوصي نفس سلطة الولي في التصرف بأن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضات القانون العام وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات المتعلقة بأموال القاصر من بيع العقار وقسمته ورهنه وبيع المنقولات وايجار عقارات القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات وغيرها، وتنتهي مهنة الوصي بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته أو بلوغ القاصر سن الرشد وما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه ، وكذلك بإنتهاء المهام التي اقيم الوصي من أجلها ، وبقبول عذره في التخلي عن مهمته كما تنتهي بعزله على طلب من له مصلحة اذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر ويكون مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره ، وعلى الوصي إذا انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهدته أن يقدم

---

[1] – سورة الطلاق ، الآية 02.

[2] – نبيل صقر ، المرجع نفسه ، ص 296.

حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر إذا رشد أو إلى ورثته ويقدم صورة عن الحساب إلى القاضي في أجل شهرين.[1]

- وتنص المادة 472 ق إ م و إ بأنه يخطر القاضي من قبل الوصي أو ممثل النيابة العامة أو القاصر الذي بلغ سن التمييز او كل شخص تهمه مصلحة القاصر بتثبيت الوصاية أو رفضها بعد وفاة الأب ، وفي حالة الرفض يعين القاضي مقدما (وفقا لأحكام المادة 471 ق إ م و إ بأن يعين القاضي المقدم بموجب أمر ولائي بعد التأكد من رضائه) أو يتخذ جميع الاجراءات التحفظية في انتظار تعيين المقدم كما يجوز للقاضي وضع القاصر تحت وصاية الوصي المختار عندما تتوافر فيه الشروط المقررة قانونا.

- ويفصل القاضي في جميع المنازعات الخاصة بتعيين الوصي بواسطة امر أمر استعجالي قابل لجميع طرق الطعن العادية ما عدا المعارضة لأن الامر الاستعجالي غير قابل للمعارضة ولا للإعتراض على النفاذ المعجل.

أما اذا قصر الوصي في اداء مهامه فيتخذ القاضي جميع الاجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي .

وكذلك من بين صلاحيات قاضي شؤون الأسرة أن يعين مقدم من بين أقارب القاصر وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر

يختاره طبقا للمادة 469 ق إ م و إ والتي تقابلها المادة 99 ق أ والتي تنص على أنه :" المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب احد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة" ، كما أنه يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام فالمقدم كالوصي المختار يتصرف في كل ما

[1] – بوقندور سليمان ، المرجع نفسه ، ص ص 234–235.

كان نفعا محضا للقاصرين ويقوم بالإشراف على شؤونهم ويعمل على حفظ أموالهم وتنميتها [1] وأهلا لذلك وقادرا على حماية مصالحهم ، ويعين القاضي المقدم بموجب أمر ولائي بعد التأكد من رضائه وعليه أن يقدم عرضا دوريا عن إدارة أموال القاصر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة ن كما يمكن للقاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه إذا لم يكن للمحجوز عليه ولي أو وصي ، وهذا الحكم بالحجز قابل لكل طرق الطعن .

المطلب الثاني : سلطة القاضي في حماية البالغ ناقص الأهلية

إضافة إلى الصلاحيات المقررة لقاضي شؤون الأسرة في الاهتمام وحماية مصالح القصر أولى له المشرع صلاحيات أخرى تخص حماية البالغ ناقص الأهلية وذلك لعجزهم العقلي الذي يمنعهم من التصرف في أموالهم وشؤونهم .

- والدعاوى المتعلقة بحماية البالغ ناقص الاهلية لم ينص القانون عليها صراحة على أنها دعوى استعجالية لكنها شبيهة بها من حيث الأمر الصادر بشأنها واجل استئنافه ويكون دور القاضي في هذه الدعوى هو الحجر في قانون الاسرة والتقديم في ق إ م و غ وهذا يدعونا إلى التمييز بينهما نظرا للإرتباط بينهما والتفريق بين الحكم والأمر الصادر بشأنها وعليه سوف نقسم مطلبنا هذا غلى فرعين (الفرع الأول) تناول فيه التقديم والحجر وقانون الأسرة و (الفرع الثاني) التقديم في الاجراءات المدنية والإدارية .[2]

---

[1] – نبيل صقر ، مرجع سابق ، ص 307.

[2] – بوقندورة سليمان ، المرجع نفسه ، ص 237.

الفرع الأول : التقديم والحجر في قانون الاسرة

البالغ ناقص الأهلية هو كل شخص بلغ سن الرشد 19 سنة كاملة وفقا للمادة 40 ق م لكن طرأ على أهليته مانع من موانع الأهلية ، ولقد عرفت المادة 101 ق أ على أنه من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه وطرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه وطبقا للمادة 102 ق أ يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة.

والحجر معناه منع التصرف أي أن العقود لا تنشأ نافذة عليها أحكامها التي رتبها الشارع وكذلك سائر التصرفات ن وسبب الحجر ضعف في تقدير المحجور عليه إما لسفه أسو عته أو جنون أو أضافت كتب الفقه الصغير ذي الغفلة و المدين وفيهم خلاف.[1] فالقانون الجزائري نص في المادة 101 ق أ ثلاث حالات للحجر وهي الجنون وهو مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها ويصحبه اضطراب غالبا أما السفيه فهو من لا يحسن القيام على شؤون ماله وتدبيره وينفقه في غير موضع الإنفاق ن أما العته فهو مرض يمنع العقل من الإدراك الأمور إدراكا صحيحا .[2]

- أما التقديم فحسب نص المادة 99 ق أ فالمقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصا بناء على طلب أحد الأقارب ممن له مصلحة أو من النيابة العامة ن ويقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لأحكامه وبعد سماع أهل الخبرة من القاضي في إثبات أسباب الحجر يصدر القاضي حكما ويكون هذا الحكم قابل لكل طرق الطعن ويعين في نفس الحكم مقدما لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه إذا لم يكن للمحجور عليه ولي أو وصي طبقا للمادة 104 ق أ .

---

[1] – الإمام أبو زهرة ، المرجع نفسه ، ص 433.

[2] –الإمام أبو زهرة ، المرجع نفسه ، ص ص 441–442.

- ولقد قرر المشرع الجزائري الحجر لحماية البالغين ناقصي الأهلية بموجبه تغل أيديهم عن التصرف في أموالهم فتكون تصرفاتهم باطلة بعد الحكم وقبله وحتى يرفع الحجر عليهم إذا زالت أسبابه وبناء على طلب المحجور عليه.

- وتجدر الإشارة إلى أن الحكم المقرر للحجر له حجيته المطلقة اتجاه الكافة بالرغم وأنه قابل للمراجعة من حيث تعديله ورفعه بموجب أمر استعجالي ويبلغ إلى المعني والمعارض عن طريق المحضر القضائي بدون رسوم ويكون هذا الأمر قابل للاستئناف في اجل 15 يوم من يوم تاريخ تبليغه بالنسبة للمعني ومن يوم صدوره بالنسبة للنيابة العامة ، كما يتم نشرها في إحدى الصحف المحلية الوطنية اليومية لإعلام الغير بها ويؤشر على هامش عقد الميلاد بمنطوق الأمر.

الفرع الثاني : التقديم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

نظم قانون إ م و إ الإجراءات المتعلقة بافتتاحه وتعديله وكذا رفعه في المواد من 481 إلى 489 ق إ م و إ حيث يؤول الاختصاص لقاضي شؤون الأسرة التي يتم إخطاره بموجب عريضة تتضمن المعلومات اللازمة عن الأسباب ومبررات الطلب أي إثبات حالة السفه أسو العته أو الجنون عن طريق إرفاق الطلب بملف طبي كامل للمعني بالأمر.

- ولقد استوجب المشرع تعيين محام وحضوره إلى جانب الشخص المعين لتمكينه من الدفاع عن حقوقه وإذا لم يكن الشخص المبين في العريضة مهام يعين له القاضي محام تلقائيا.[1]

ويمكن للقاضي تلقي تصريحات المعني بحضور محاميه والأشخاص المعنيين وإذا رأى ضرورة تلقي تصريحاته بحضور الطبيب المعالج وممثل النيابة العامة وهذا طبقا للمادة 484 ق إ م و إ.

---

[1] – بوقندورة سليمان ، المرجع نفسه ن ص 239.

- ويمكن للقاضي قبل اتخاذ القرار أن يأمر بخبرة طبية لتحديد الحالة الصحية للمعني وذلك بأمر ولائي وبمجرد إيداع الخبرة عند الاقتضاء ينظر ويفصل في القضية بغرفة المشورة ، كما يمكن أيضا تلقي أراء أعضاء العائلة قبل الفصل في الطلب المقدم إليه طبقا للمادة 486 ق إ م و.

- ويتم التبليغ الرسمي للأمر الذي يصرح بافتتاح التقديم أو برفض الطلب بتسخير من النيابة العامة عن طريق المحضر القضائي بدون مصاريف ولا رسوم إلى الشخص المعني وإلى من قدم الطلب ويرفع استئناف في أجل 15 يوم ويسري هذا الأجل اتجاه الأطراف إبتداءا من تاريخ التبليغ الرسمي ويسري ابتداء من تاريخ النطق به بالنسبة للنيابة العامة كما يؤشر على هامش عقد الميلاد للمعني في سجلات الحالة المدنية بمنطوق القرار وذلك بأمر من النيابة العامة.

- وفي الأخير نستنتج أن الحكم في قانون الأسرة والأمر بافتتاح التقديم كلاهما يتعلق بالبالغ ناقص الأهلية وكلاهما يكون بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة وكلاهما يستعين القاضي بأهل الخبرة من الأطباء لتحديد الحالة الصحية للمعني والحكم بالحجر هو واجب النشر للإعلام ويؤشر عليه على هامش عقد الميلاد ويعد هذا التأشير إشهارا.

كما نلاحظ أن المشرع لم يتكلم عن الحجر في ق إ م و إ بل أشار ضمنيا في العنوان حماية البالغ ناقص الأهلية وصرح بعبارة افتتاح التقديم عن ناقص الأهلية فمنطوق الحكم لا يعقل أن يكون مزيجا من الحكم بالحجر والأمر بافتتاح التقديم لأنه يطرح إشكالا في طرق تبليغه وكذلك لاختلاف طرق الطعن ، فالحكم قابل لكل طرق الطعن في الآجال العادية بينما الأمر يكون استئنافه في أجل 15 يوم ، فبالرجوع إلى الأحكام التي تنظم تنازع القوانين في المادة 02 من القانون المدني في فقرته الثانية.

والتي نصت على الإلغاء الضمني اذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع القانون القديم وعليه فالقواعد الإجرائية في ق إ م و إ : الغت ضمنيا القواعد الاجرائية في قانون الاسرة لأن قانون الاجراءات المدنية صدر في 2008 ودخل حيز التنفيذ في 2009 ، بينما ق أسرة صدر في 1984 ن وعليه فالقاضي مجبر على التصريح بتوافر أسباب الحجر للمعني بأنه مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات بعد رشده فيحجر عليه ويأمر بافتتاح التقديم ويعين الطالب مقدما لرعاية شؤون المحجور عليه وتسيير أموره.[1]

المطلب الثالث : دور القاضي في منازعات التركة

نظم ق أ أحكام التركة من المواد 180 إلى 183 ق أ حيث أنه بمجرد وفاة الشخص تؤول أملاكه غلى ورثته إذا لم يوجد ذو فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام فإن لم يوجد آلت إلى الخزينة العامة ، بعد تصفيتها من مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع والديون الثابتة في ذمة المتوفى وأيضا تنفيذ الوصية إن وجدت (م 180 ق أ) بعد ذلك يشرع الورثة في تقسيم التركة كل حسب نصيبه ، كما يراعي في قسمة التركة أحكام المادتين 109 ق أ فيما يتعلق بالمفقود حيث أنه يتسلم ما استحقه من ميراث والمادة 173 ق أ فيما يخص الحمل حيث تنص على أنه : يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة اذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها" وكذا مراعاة ما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة وفي حالة وجود قاصر من بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضائية وهذا ما نصت عليه المادة 181 ق أ ، أي يتم طرق باب القضاء بخصوص قسمة التركة وتوزيعها إذا ثار نزاع بين الورثة .

[1] – بوقندورة سليمان ، المرجع نفسه ، ص ص 241–242.

كما أنه في حالة عدم وجود ولي او وصي يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة وتعيين مقدم ولرئيس المحكمة أن يقرر وضع الأختام وايداع النقود والاشياء ذات القيمة وأن يفصل في الطلب ويجب ان تتبع الإجراءات المستعجلة في قسمة التركات فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل في موضوعها وطرق الطعن في أحكامها بمعنى أن الفصل في قسمة التركة يكون بدعوى الإستعجالية يراعى فيها تقصير مواعيد التكليف بالحضور والفصل فيها في أقرب الآجال بأمر إستعجالي غير قابل للمعارضة ولا للإعتراض على النفاذ المعجل.[1]

- كما نظمت أحكام الدعاوى المتعلقة بالتركة في ق إ م و إ في المادتين 498 و 499 ق إ م و إ حيث يؤول الإختصاص فيها إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفي حتى وإن وجدت ببعض أملاك التركة خارج دائرة الاختصاص الاقليمي لهذه المحكمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، كما يجوز لقاضي شؤون الاسرة عن طريق الاستعجال أن يتخذ جميع التدابير التحفظية لا سيما الأمر بوضع الأمر بوضع الاختام أو تعيين حارس قضائي لإدارة أموال المتوفي إلى غاية تصفية التركة ، وهذا ما نصت عليه المادة 499 ق إ م و إ ، وعليه سوف نتعرض إلى اهم التدابير التي يتخذها القاضي في هذا النوع من الدعاوى وذلك بتقسيم مطلبنا هذا إلى فرعين نتناول في (الفرع الأول) وضع الاختام ورفعها وفي (الفرع الثاني) بتعيين الحارس القضائي للتركة .

الفرع الأول: وضع الأختام ورفعها

إن التدابير التحفظية التي كانت من صلاحية رئيس المحكمة حسب نص المادة 182 ق أ ، وهي وضع الأختام وإيداع النقود والأشياء ذات القيمة أصبحت من صلاحيات رئيس

[1] – بوقندورة سليمان ، المرجع نفسه ، ص 244.

قسم شؤون الأسرة عملا بقاعدة الإلغاء الضمني للقواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون الأسرة بقانون لاحق وهو ق إ م و إ.

كما يعتبر وضع الأختام ورفعها من التدابير الوقتية التي يلجا إليها القاضي للمحافظة على الأموال والمستندات وذلك في حالة وجود نزاع بين الورثة حول تقسيم التركة وذلك بموجب دعوى استعجالية يرفعها الطالب الذي له مصلحة والذي يمثل بقية الورثة ، كما انه يعين الاملاك التي هي محل هذا الطلب وموقعها ومنه يقوم القاضي بوضع الأختام على هذه الممتلكات إذا توافرت في الدعوى عنصر الاستعجال والضرورة القصوى .

كما يمكن للقاضي أن يرفع الأختام واذا رأى أنه لا مبرر لها أي بزوال اسبابها التي أدت إلى وضعها مع تحققه إما مؤقتا أو نهائيا حتى يتمكن باقي الورثة من الاطلاع على الأموال الخاصة و المستندات الخاصة بالمتوفي وإعادة وضعها مرة أخرى .

الفرع الثاني : تعيين حارس قضائي

إن ق إ م و إ صرح بأن التدابير التحفظية السالفة بما فيها تعيين حارس قضائي تكون عن طريق الإستعجال وتبقى بذلك القاعدة الإجرائية المنصوص عليها في قانون الأسرة فيما يتعلق بإتباع الإجراءات الاستعجالة في قسمة التركات طبقا للمادة 183 ق أ فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل في موضوعها وطرق الطعن في أحكامها لأنه لا يوجد إلغاء ضمني لهذه القاعدة الإجرائية .

ولقد نص المشرع الجزائري على الحراسة في القانون المدني من المواد 602 إلى 611 ق م ج حيث نصت المادة 604 على أنه : " تجوز الحراسة القضائية على الاموال المشتركة في حالة شغور الإدارة أو قيام نزاع بين الشركاء إذا تبين أن الحراسة هي الوسيلة الضرورة لحفظ الحقوق لذوي الشأن " ويقوم القاضي بتعيين الحارس وفقا للمادة 605 ق م ، كما يحدد الحكم القاضي بالحراسة على الحارس من التزامات وماله من

حقوق وسلطة ولا يجوز له أن يتصرف في هذه الاموال إلا برضا ذوي الشأن جميعا أو بترخيص من القاضي والذي يلزمه بإتخاذ دفاتر موقع عليها من طرفه طبقا للمادة 610 ق م [1].

- وعليه فالأصل في الحراسة القضائية هو أن يعهد القاضي للحارس بإدارة الأموال الموضوعة تحت حراسته (في أعمال الإدارة) إلى غاية انتهاء دواعي النزاع وهي السبب الذي بموجبه فرضت هذه الحراسة ، كما تنتهي الحراسة باتفاق ذوي الشأن جميعا أو بحكم القضاء وعلى الحارس حينئذ أن يرد الشيء المعهود إليه حراسته إلى من يختاره ذو الشأن أو من يعينه القاضي طبقا للمادة 611 ق م.

- ومنه نستخلص أنه من بين التدابير التي يقوم قاضي شؤون الاسرة لحل نزاع متعلق بالتركة هو أن يأمر بتعيين حارس قضائي بموجب أمر استعجالي إلى حين الفصل في موضوع الدعوى الأصلي.

المطلب الرابع : حالة الغياب والفقدان ودور القاضي في ذلك

تناولت هاتين الحالتين المواد 109 إلى 115 ق أ ج بحيث : ينظر قسم شؤون الاسرة على الخصوص في عدة دعاوى منها الدعاوى المتعلقة بالغياب والفقدان وهذا ما نصت عليه الفقرة الاخيرة من المادة 423 ق إ م و إ حيث يشمل دور القاضي في اصدار حكم الفقد أو موت المفقود وهذا ما سنتناوله في (الفرع الاول) بعنوان دور القاضي في حالة الفقدان وأيضا له سلطة انهاء الرابطة الزوجية في حالة الغياب وهذا ما سنتناوله في (الفرع الثاني) بعنوان سلطة القاضي في حالة الغياب.

[1] – القانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 المتضمن القانون المدني ، ص ص 116–117.

الفرع الأول : حالة الفقدان

المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ، ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم وهذا ما نصت عليه المادة 109 ق أ ج ويتمثل دور القاضي في اصدار حكم الفقد أو الحكم بموت المفقود بحيث على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب او غيرهم لتسيير أموال المفقود وتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من ق أ . المتعلقة بالتقديم (تعيين مقدم) وهذا ما نصت عليه المادة 111 ق أ وإذا صدر القاضي حكما بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية يجب عليه مراعاة عدة تدابير وهي التحري ومضي أربع (04) سنوات ، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الامر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي 04 سنوات وهذا وفقا للمادة 113 ق أ ، كما يصدر الحكم بالفقدان أو بموت المفقود بناء على طلب الورثة أو من له مصلحة أو من النيابة العامة ، كما أنه لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته ، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقى عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها حسب نص المادة 115 ق أ ج .

الفرع الثاني : حالة الغياب

والغياب يقصد به الغياب المنقطع والذي لا يعرف له خبر [1]والغائب هو الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة حتى يتمكن باقي الورثة من الإطلاع على الأموال

- عن سنة ، تسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر المفقود ، ولقد إختلف الفقهاء حول الغياب فذهب الحنيفة والشافعية أنه لا يحق للزوجة طلب التفريق للغيبة لعدم وجودها يصلح سببا للتفريق ، وذهب المالكية أن القاضي له أن يفر ق بين الزوجين إذا غاب الزوج عن زوجته غيبة تضرر منها وقدروا الغيبة بسنة إلى

[1] – لحسن بن شيخ أث موليا – بحوث في القانون – دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع ، الجزائر ، 200 ، ص 78.

ثلاث سنوات أما الحنابلة ففرقوا بين الغياب بعذر أو الغياب بلا عذر ، فإذا كان لعذر لم يفرق واذا كان بغير عذر فرق لأن هذا التطليق لضررها ببعده عنها بلا عذر وليس لعدم ما تنفق منه ، والتفريق للغيبة طلاق بائن عند المالكية ، وفسخ عند الحنابلة لانه لم يصدر من الزوج.

- و التفريق للتضرر من الغياب هو جريمة دينية بإهمالها وتركها تعيش من غير عشير يؤنسها وتركها تقيم في مكان بعيد قد يضر بها وبسمعتها وفي الإسلام قاعدة لاضرر ولا ضرار "[1] ، والغيبة تقتضي أن يكون في بلد آخر غير الذي تقيم فيه ، فإن كان في البلد الذي تقيم فيه وتركها هذه المدة أو نحوها فهو هجر فيه أذى ، فالقاضي إذا كان بإمكان وصول الرسائل إليه يضرب له أجلا وأعذره بان يطلقها إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبدي عذرا مقبولا [2] فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة وإن لم يمكن وصول الرسائل إليه طلقها القاضي عليه بلا اعذار وضرب الاجل.
- وعليه اذا غاب الزوج غيبة طويلة دون عذر شرعي يمكن للزوجة أن تطلب التطليق سواء كان الغياب معلوما أو مجهولا وهذا ما نصت عليه المادة 112 ق أ ج على أنه "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 ق أ "بحيث تنص هذه الأخيرة على أنه : يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر لا نفقة.
- وعليه فالقاضي يصدر حكم بالتطليق إذا توافرت شروط وهي :
- أن تمضي سنة فأكثر على الغياب.
- أن يكون الغياب بدون عذر شرعي :
- إهمال الزوج لنفقة زوجته بأن لا يترك لها مال نفقة على نفسها أو أولادها.

---

[1] – الإمام أبو زهرة ، المرجع نفسه ، ص 367.

[2] – العذر المقبول والسفر للتجارة أو سفارة أو طلب علم أو نحو ذلك ولا يمكنه فيه أن يضم أهله إليه :

وعليه إذا توافرت هذه الشروط قام القاضي بتطليقها ، وقبل الحكم بالتطليق فإنه يجب على القاضي وإعمالا لسلطته التقديرية بأن يبحث عن الجهة التي فقد فيها الزوج فإذا كانت من جهة آمنة من الكوارث أجل طلبها إلى مضي أربع (04) سنوات من فقده طبقا للمادة 113 ق أ السالفة الذكر تريثا منه قبل الحكم بالوفاة .

ولكن حبذا أن المشرع لم يحيل المادة 112 ق أ إلى الفقرة الخامسة من المادة 53 ق أ بل كان عليه تمديد مدة أطول لسنتين على الأقل لكون المفقود لا تعلم حياته من موته وذلك زيادة في التحري في التحري والبحث عن الزوج علما أنه لا يحكم بموته إلا بعد مرور أربع سنوات من تاريخ الفقدان ، فكان عليه بدلا من أن يقول "لزوجته المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق " أن يقول "لزوجة الغائب أن تطلب الطلاق " بناء على القرة 5 من المادة 53 ق أ ".

- أما القانون المقارن فإن جل التشريعات اعتمدت التطليق للغياب منها القانون المغربي نص في المادة 104 منه على أنه :" إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة للزوجة طلب التطليق " وتتاكد المحكمة من هذه الغيبة ومكانها ومدتها بكل الوسائل ، والقانون المصري نص على المادة 12 منه " اذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز للقاضي أن يطلقها طلاقا بائنا اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق عليه " والقانون السوري نص في المادة 110 أنه اذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة سجن بأكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أن تطلب من القاضي التفريق ، وهذا التفريق هو طلاق رجعي فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها .
- يعاب على المشرع الجزائري في الفقرة 5 من المادة 53 أنه ربط الغياب الغير مبرر مصحوبا بالنفقة ،

- وهنا يدعو للتساؤل حول مدى جواز طلب الطلاق إذا وجدت الحالة الأولى دون الثانية أي الغياب المبرر دون الامتناع عن النفقة[1]

المبحث الثاني : الأوامر على العرائض الصادرة عن قاضي شؤون الأسرة

لا تقتصر السلطة الولائية لقاضي شؤون الأسرة في إصدار الأوامر الاستعجالية وانما تتعدى ذلك لتشمل نوعا آخر من الأوامر وهي تتمثل في الاوامر على العرائض التي لا حصر لها وهي احدى الصور التي تتمثل فيها السلطة الولائية للقاضي فالقاضي حينما يصدر امرا على عريضة يمارس سلطة ولائية لا قضائية حيث يتدخل القاضي لرفع عقبة وضعها القانون أمام الافراد تجعل ارادتهم قاصرة عن إحداث آثار قانونية معينة فتكون اما بصدد مركز ولائي أو مركز أو حق مراقب يحتاج انشاءه أو حمايته إلى تدخل القضاء ، وهدفها هو الوصاية القانونية على المصالح الفردية ، فهي مجرد إذن من القضاء يمنح لطالبه من أجل القيام بعمل أو إجراء قانوني معين دون سماع أقوال الخصم وبغير علمه أي دون إتباع الإجراءات العادية لرفع الدعوى ، والأوامر على العرائض لا تعدوا أن تكون سبلا يتخذها القاضي لأداء رسالته فمن حقه أن يستبدل وسيلة بوسيلة اخرى بحيث أن العمل الولائي لا يتمتع بالحجية ويجوز للقاضي العدول عنه أو الرجوع فيه .

- والأمر على عريضة في ق إ م و إ أمر مؤقت يصدر دون حضور الخصم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وذلك للمحافظة على الحقوق الفردية أو الكشف عنها دون المساس بأصلها ، وتقدم العريضة على نسختين ويجب أن تكون معللة وتتضمن الإشارة غلى الوثائق المحتج بها اذا كانت العريضة مقدمة بشأن خصومه قائمة فيجب ذكر المحكمة المعروضة أمامها الخصومة ، ويكون الأمر على العريضة مسببا وقابلا للتنفيذ وبناء التي النسخة الأصلية (وليس في حاجة غلى

[1] – بن الشويخ الرشيد ، مرجع سابق ، ص 202.

نسخة تنفيذية) ويسقط كل أمر على العريضة ولا يكون له أثر إذا لم ينفذ خلال ثلاث (03) أشهر من تاريخ صدوره.[1]

وفي حالة الاستجابة إلى الطلب يمكن الرجوع إلى القاضي الذي أصدره للتراجع عنه أو تعديله وفي حالة عدم الاستجابة غلى الطلب يكون الأمر بالرفض قابلا للاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي خلال 15 يوم من تاريخ أمر بالرفض وتقدم الطلبات الرامية إلى إثبات حالة أو توجيه إنذار أو إجراء استجواب إلى رئيس الجهة القضائية المختصة ليفصل فيها في أجل 03 أيام من تاريخ إيداع الطلب.

- ومن أهم الأوامر على العرائض هي إجراءات الكفالة والترخيص والترشيد وأيضا التدابير المؤقتة المنصوص عليها في المادة 57 مكرر ق أ ج .

وعليه سوف نقسم مبحثنا هذا إلى ثلاث مطالب نتناول في (المطلب الأول) الكفالة وفي (المطلب الثاني) الترخيص والترشيد ــ وفي (المطلب الثالث) التدابير المنصوص عليها في المادة 57 مكرر ق أ ج.

المطلب الأول : الكفالة ودور القاضي فيها

الكفالة بصفة عامة هي عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام واذا لم يفي به المدين نفسه وهذا ما نصت عليه المادة 644 ق مدني : والكفالة يختلف مفهومها في قانون الاسرة وللتوضيح أكثر نقسم مطلبنا هذا إلى فرعين نتناول في (الفرع الأول) الكفالة واجراءاتها أما في (الفرع الثاني) نتناول دور القاضي في الكفالة .

[1] – بوقندورة سليمان ، المرجع نفسه ، ص 326.

الفرع الأول : الكفالة وإجراءاتها

تنص المادة 116 ق أ على أن الكفالة هي التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي ، كما يجب أن تكون أمام المحكمة أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان ، فالكفالة تخول للكافل الولاية القانونية وتكون له جميع المنح العائلية والمدرسية التي يتمتع بها الولد الأصلي ، كما أنه يتكفل بإدارة أموال المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو هبة لصالح الولد المكفول.

كما يشترط في الكافل ان يكون مسلما عاقلا اهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته وقد يكون الولد المكفول معلوم النسب أو مجهول النسب كما يجب أن يحتفظ المكفول بنسبه الاصلي ان كان معلوم النسب وان كان مجهول النسب فقد حرمت الشريعة الاسلامية تبنيه وسار على منهاجها المشرع الجزائري في نص المادة 46 ق أ بأنه يمنع التبني شرعا وقانونا ، والحكمة من هذا المنع هي عدم اختلاط الانساب والمحافظة على هذه الفئة الهشة من المجتمع وهم اطفال حتى لا يصبح لكل من هب ودب ان يتبنى طفل.

- كما يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث واذا تبرع بما زاد عن الثلث فلا يصح إلا اذا أجازه الورثة طبقا للمادة 123 ق أ ج ، ومنه اذا طلب الأبوان الحقيقيان أسو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما يخير الولد بالإلتحاق بهما اذا بلغ سن التمييز وان لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول لأن سماع راي الولد المميز اجراء جوهري يجب اجراؤه قبل الحكم وهنا ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 71801 فيما فيما يخص بعودة الولد المكفول حيث اسندت كفالة البنت دون سماع رأيها وتخييرها

بين البقاء عند مربيها أو الذهاب لوالدها رغم انها تجاوزت سن التمييز يعتبر خرقا للقانون واستحق قرارهم النقض.[1]

- كما أن إجراء طلب الكفالة يتم بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الاسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة وهذا طبقا للمادة 492 ق إ م و إ ، وأيضا يتم اجراء التخلي عن الكفالة أمام الجهة التي اقرت الكفالة وان يكون بعلم النيابة العامة وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة ان التزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية مثل دار الطفولة وغيرها .

الفرع الثاني : دور القاضي في الكفالة

لقد نظم المشرع الجزائري الكفالة وأحكامها في قانون الأسرة واجراءاتها في قانون اجراءات مدنية وإدارية من المواد 492 إلى 497 ق إ م و إ ، حيث يقدم طلب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة ومنه يتأكد القاضي من شروط الكافل المذكورة في المادة 118 ق أ ج ثم يقوم بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه وتربيته ، ويتم النظر في الطلب في غرفة المشورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة وفقا لنص المادة 494 ق إ م و إ ، ويفصل القاضي في طلب الكفالة بعد دراستها بموجب امر ولائي طبقا لنص المادة 493 ق إ م و إ.

- ولكن يتصادف وأن يتوفى الكفيل فما مصير المكفول حينئذ هل يعود لأبويه أم يترك الأمر للقضاء ؟ وقد أجابت عن هذا التساؤل المادة 497 ق إ م و إ : أنه عند وفاة الكافل يتعين على ورثته أخبار قاضي شؤون الأسرة الذي امر بالكفالة وبدون تأخير لأن مصلحة الولد لا تسمح بذلك فقد يتضرر من جراء التأخير ومنه يتعين على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر لسماعهم حول الابقاء على

[1] – ملف رقم 71801 الصادر بتاريخ 1991/05/21 اشار إليه نبيل صقر مرجع السابق قانون الاسرة نصا وفقها وتطبيقا ، ص 314.

الكفالة ، فإن وافقوا على الابقاء عليها يعين القاضي أحد الورثة كافلا إذا توافرت فيه شروط الكافل من أن يكون مسلما وعاقلا وأهلا للقيام بشؤون المكفول والقدرة على الرعاية المنصوص عليها في المادة 118 ق أ ج ، وفي حالة الرفض ينهي القاضي الكفالة حسب نفس الإشكال المقرر لمنحها حسب نص المادة 125 ق أ ج وان يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة ويكون بعلم النيابة العامة ومنه يسند القاضي أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية كما ذكرنا سابقا وأما أن يعاد الولد لأبويه أو أحدهما مع مراعاة للمادة 124 ق أ ومراعاة مصلحة المكفول .

المطب الثاني : دور القاضي في الترخيص والترشيد

يندرج الترخيص والترشيد ضمن الأعمال الولائية لقاضي شؤون الأسرة حيث يتكفل بمنح الترخيص المنصوص عليه في المادة 479 ق إ م و إ ببعض تصرفات الولي مقيدا بذلك سلطة الولي حماية أموال القاصر ، إضافة إلى تحويل القاضي مهمة ترشيد القاصر وفقا للمادة 480 ق إ م و إ من أجل الزواج .

وعليه سوف نقسم مطلبنا هذا إلى فرعين نتناول في (الفرع الأول) الترخيص في التصرف في أموال القاصر وفي (الفرع الثاني) الترشيد لزواج القاصر .

الفرع الأول : الترخيص وإجراءاته

حرص المشرع الجزائري على حماية أموال القاصر فأوجب تعيين نائب شرعي يدير شؤون أمواله وقرر أنه من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عليه قانونا ولي أو وصي طبقا للمادة 81 ق أ ج ، وعلى هذا الاخير أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام الذي يقوم بمهمته على أكمل وجه ومتحملا المسؤولية بحرص وامانة ولكن القاضي لم يترك له مطلق الحرية في تصرفه فأوجب عليه نظام الرقابة حماية الأموال

القصر من خلال فرض قيود قانونية لعدم ضمان خروج النائب عن الغاية التي عين من أجلها .

حيث عليه أن يستأذن القاضي في بعض التصرفات وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 88 ق أ ج ، وهذه التصرفات هي :

1-بيع العقار وقسمته ورهنه واجراء المصالحة .

2-استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة .

3-إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد .

4-وعليه فهذه التصرفات تستدعي استصدار إذن من القاضي للقيا م بها من طرف النائب وهذا ما صرحت به المادة 479 ق أ ج حيث أنه " يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا والمتعلق ببعض تصرفات الولي من قبل قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على عريضة " فهذه التصرفات يصدر بشأنها أمر على عريضة يتضمن الترخيص القضائي للولي من أجل التصرف في مال القاصر غير أنه في حالة رفض الطلب يمكن للولي استئناف أمر الرفض أمام جهة الاستئناف .

5-وإذا رأى القاضي تعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر يعين متصرفا خاص تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة طبقا للمادة 90 ق أ ج .

الفرع الثاني : ترشيد القاصر للزواج

نص المشرع الجزائري في المادة 480 ق إ م و إ على أنه يقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا " والترشيد هنا من أجل الزواج وفق اركان وشروط نصت عليها المادتين 9 ق أ ج و 9 مكرر ق أ ج حيث

تنص المادة 9 ق أ أنه ينعقد الزواج بتبادل رضى الزوجين وأشارت المادة 9 مكرر ق أ أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الأتية : أهلية الزواج والصداق والولي ، شاهدان وانعدام الموانع الشرعية للزوج ، ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية بصفة عامة ضمن القانون المدين هو حيث أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الاهلية أو فاقدها وبحكم القانون وتسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الاهلية أو ناقصيها قواعد الاهلية المنصوص عليها في قانون الاسرة ، وهذا ما نصت عليه المادتين 78 و 79 ق م ج .

أما اهلية الزواج فقد تناولتها المادة 7 ق أ ج ، حيث أنها تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة قدرة الطرفين على الزواج ، ويلاحظ على هذه المادة أنها ساوت بين الرجل والمرأة في السن المقررة للزواج وعلى خلاف ما تضمنته قبل تعديلها .[1].

- لكن هناك استثناء جاءت به هذه المادة أي المادة السابعة هو امكانية ابرام عقد الزواج دون السن القانوني وذلك بموجب رخصة يمنحها القاضي فبمقتضاها يرشد القاصر قانونا فيمكنه على اثر ذلك من ابرام عقد الزواج وتكون له أيضا بموجب ذلك أهلية التقاضي يكسبها الزوج القاصر فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 7 ق أ ج كما أن المشرع قيد القاضي في سلطة منح الترخيص وذلك بتوفر شرطين هما المصلحة والضرورة وعليه أن يتأكد منها ويكون حذرا في تقديرهما إضافة إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد الاجراءات الواجب اتباعها والوثائق اللازمة تقديم طلب تقديم طلب منح الترخيص بالزواج لكن ما جرت عليه العادة أن يقدم الولي طلب إلى

[1] – نصت المادة السابعة قبل تعديلها :" تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة " .

قاضي شؤون الأسرة يكون موقعا ومؤرخا مع ذكر الأسباب والمبررات التي دفعته لتقديم هذا الطلب مرفقا بشهادة ميلاد الطرفين اللذين يرغبان في الزواج إضافة غلى وصل تسديد الرسوم القضائية وإرفاق هذا الطلب بشهادة طبية تثبت خلوهما من مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا قد يتعارض مع هدف الزواج والمتمثلة في نتائج الفحص قبل الزواج من خلال استماع كلا الطرفين في آن واحد للنتائج وبعد تأكد الموثق أو ضابط الحالة المدنية من عملها بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منها وهذا ما أكدت عليه المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 154/06 [1] ويقوم بالتأشير عليها في عقد الزواج.

- وعليه وبعد تأكد القاضي من كل الوثائق يقضي بترشيد القاصر للزواج بناءا عليه سلطته التقديرية .

المطلب الثالث : دور القاضي في التدابير المنصوص عليها في المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 57 مكرر ق أ ج [2] أنه يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على العريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن" وعليه فعلى القاضي أن يصد أمر عريضة بموجب دعوى استعجاليه في تدابير ضرورية وهي غالبا ما تكون ناتجة عن نزاع قام بين الزوجين ألا وهو الطلاق حيث تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف ما عدا جوانبها المادية وتكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف وهذا ما نصت عليه المادة 57 ق أ ج ، وعليه سوف نتناول دور القاضي في

---

[1] – المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 2006/05/19 الذي يحدد الشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون 11/84 المتضمن قانون الاسرة الجزائري.

[2] – التي تقابلها المادة 242 من قانون المدين الفرنسي .

سلطاته في هذه التدابير من خلال الفروع الأربعة التالية نتناول في (الفرع الأول) النفقة المؤقتة و في (الفرع الثاني) الحضانة المؤقتة أما (الفرع الثالث) حق الزيارة المؤقتة وفي (الفرع الرابع) المسكن .

الفرع الأول : النفقة المؤقتة

- النفقة لغة هي نفق الشيء نفقا : نفذ والإنفاق هو بذل المال ونحوه في وجوه الخير [1] ، بمعنى الإخراج والذهاب وهي في الاصطلاح الشرعي ما يصرف الزواج على زوجته ، أولاده وأقاربه من طعام وكسوة وعلاج وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزواج.[2]

- ويرجع سبب النفقة إلى أحد السببين هما الزواج والقرابة ومن أضاف سبب آخر هو الملكية [3] ، فنفقة الزوج تجب على زوجها بمقتضى الزوجية ونفقة القريب على قريب بسبب الرحم المحرومين الواصلة بينهما ونفقة العبد على سيده بسبب الملكية.

- وقد ثبت وجوب النفقة بالكتاب والسنة لقوله تعالى : " وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"[4] وقوله تعالى أيضا :" لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آَتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آَتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا" [5] أما من الحديث فقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع :" اتقو الله في النساء فإنهم عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله لكم عليهن أن يوطئن فراشكم أحدا تكرهونه ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن

---

[1] – أحمد محدي علي داود ، المرجع نفسه ، ص 364.

[2] – العربي بلحاج ، المرجع نفسه ، ص 340.

[3] – أشار إليها الإمام أبو زهرة في مرجع نفسه ، ص 230.

[4] – سورة البقرة ، الاية ، 233.

[5] – سورة الطلاق ، الأية 07.

بالمعروف" رواه الإمام مسلم والسبب في وجوب النفقة الزوجية هو العقد الصحيح بشرط وجود الاقتباس أو الاستعداد له والعقد الفاسد لا يوجب النفقة فقط.[1]

- وتقدير النفقة يكون بقسمان وجوب تمكين وجوب وتمليك ، فوجوب التمكين بأن يعد لها النفقة بأنواعها الثلاث ويقدم لها الطعام الذي تحتاج إليه والكسوة التي تليق بها ويعد المسكن الذي تسكنه فإن لم يكن انتقل إلى وجوب التمليك وهو أن يقدر مقدارا من المال يكفي لطعامها وكسوتها ومسكنها.

- واتفق الفقهاء على أنه يشترط لوجوب نفقة الزوجة على زوجها أن يكون عقد الزواج صحيحا شرعا وتسليم المرأة نفسها إلى الزوج وقت وجوب التسليم وأن تكون كبيرة يمكن وطؤها [2]

- كما أن هناك من لا تجب نفقتها من الزوجات وهي المرأة المعقود عليها بعقد باطل أو فاسد المرأة ، الصغيرة التي لا يستمتع بها والناشز والزوجة المحترفة التي تكون خارج البيت نهارا وتعود إلى منزل زوجها ليلا ، فإن منعها من الخروج و امتثلت لأمره لها النفقة فإن لم تمتثل لأمره سقطت نفقته ، والزوجة المسافرة للحج والمحبوسة والمغصوبة والمرتدة .

- اما المالكية فقد اشترطت لوجوب النفقة شروطا قبل الدخول وشروطا بعد الدخول ، فالشروط قبل الدخول هي أربعة : التمكين من الدخول ، وان تكون الزوجة مطبقة الوطئ وأن يكون الزوج بالغا وان لا يكون أحد الزوجين مشرفا على الموت عند الدعوى إلى الدخول.

---

[1] – الإمام ابو زهرة ، المرجع نفسه ، ص 231.

[2] – أحمد محمد علي داود ، المرجع نفسه ، ص 368.

أما الشروط بعد الدخول في إثبات : أن يكون الزوج موسرا أو لا تفوت الزوجة على زوجها حق الاحتباس بدون مسوغ شرعي [1] ، والنفقة أنواع نجد النفقة الزوجية وهي واجبة وفق أحكام الشريعة مقابل احتباس الرجل للمرأة وهو حق الزوجة وهي واجبة وفق أحكام الشريعة مقابل احتباس الرجل للمرأة وهو حق للزوجة على زوجها بمقتضى العقد وتجب على الزوجة حتى ولو كانت الزوجة غنية في غير حاجة للنفقة [2].

وبالإضافة إلى ذلك نجد نفقة الأقارب بحكم القرابة ونفقة الفروع وهم الأولاد الواجب نفقتهم وهم الأولاد مباشرة وأولاد الأولاد أي الفروع وإن نزلوا فعلى الجد نفقة أحفاده لأن الولد يشمل الولد المباشر وما تفرع منه.[3]

- وللإشارة إذا طلق الزوج زوجته تستحق النفقة وتسمى بنفقة المعتدة وهي واجبة على الزوج مادامت في منزل الزوجية وهي نفقة يراعى فيها حال الزوج يسارا وإعسارا بشرط عدم خروجها من منزلها.
- إلى جانب ذلك نجد نفقة المتعة وهي تعويض عن الضرر المعنوي الذي أصاب الزوجة بعد الفرقة بينهما من الثياب التي تلبسها المرأة عادة أو ما يعادلها من المال أو أي عوض آخر مودة لأهل بيته وصلتهم ولكي يزيل البعض بسبب الطلاق.[4]
- أما في القانون المقارن فقد نص القانون المصري في المادة 1/16 على وجوب نفقة الزوجة من زوجها ونص أيضا القانون المغربي في المادة 194 منه على وجوب النفقة للزوجة بمجرد البناء والتي تقابلها المادة 55 من القانون الإماراتي ،

---

[1] – عبد القادر بن حرز الله ، المرجع نفسه ، ص 378.

[2] – لوعيل محمد لمين ، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة ، بوزريعة ، الجزائر ، طبعة 2004 ، ص 70.

[3] – عبد القادر بن حرز الله ، المرجع نفسه ، ص 390.

[4] – بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ،ـــ دار الخلدونة ، القبة ، الجزائر ، 2007 ، ص 153

في حين نجد أن القانون التونسي ألزم الزوجة على الإنفاق على أسرتها إن كان لها مال تنفق منه وهو مخالف للقوانين الأخرى وللشريعة الإسلامية التي بينت أنه لا يكون إلا في حالة إعسار الزوج أو فقدانه أو وفاته .[1]

- أما في القانون الجزائري فقد نظم المشرع الجزائري أحكام النفقة من المواد 74 إلى 80 ق أ ج.

وتعتبر دعاوى النفقة من أكثر الدعاوى انتشارا في القضاء وأكثر شيوعا نتيجة كثرة نسب الطلاق في مجتمعنا وإذا كان من العلوم بداهة أن إجراءات دعوى الطلاق وإجراءات الصلح ستطول وان الزوجة قد تكون لجأت إلى أهلها بعد النزاع وأثناء مرحلة والإجراءات تحتاج إلى مبلغ من المال لتنفقه على نفسها وأطفالها ومنه تلجأ للقضاء في الأمور المستعجلة بقصد استصدار أمر على ذيل العريضة يتضمن القضاء لها ولأولادها بمبلغ من المال ريثما يصدر حكم قضائي في موضوع دعوى الطلاق.[2]

وتسمى بالنفقة المؤقتة والنفقة المقصودة في هذا الصدد هي تلك الناشئة عن فكر الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عنها طبقا للمادة 75 ق أ ج التي جاء فيها ما يلي : " تجب تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بهار أو دعوتها إليه ببينة سواء كان الزوج مسرا أو معسرا مادام عقد الزواج قائما ، ومن هذا يفرض المشرع الجزائري على الزوج النفقة الشرعية حسب وسعه على الزوجة طبقا للمادة 74 ق أ السالفة الذكر والمادة 36 ق أ ج .

والنفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضرورات في العرف والعادة وذلك طبقا للمادة 78 ق أ ج وتعداد هذه العناصر جاءت على سبيل المثال لا الحصر بدليل ان المشرع قد قرر أنه يمكن أن يضاف إليها كل شيء يعتبر

---

[1] – بن الشويخ الرشيد ، مرجع سابق، ص 147.

[2] – عبد العزيز سعد ، قانون الاسرة الجزائري يف ثوبه الجديد ، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، دار هومة ، ط 4 ، الجزائر ، 2007 ، ص 156.

ضروريا في عرف الناس وعاداتهم بما في ذلك المستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة كمصاريف المدرسة وتعليم الأولاد [1] ، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 55116[2] حيث أن القضاة حكموا للزوجة بكامل صداقها بالإضافة إلى نفقة العدة ونفقة الإهمال.

- وكذلك تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فإذا كان ذكرا فإلى سن الرشد وأما إذا كانت أنثى فإلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب وهذا ما أشارت إليه المادة 75 ق إ ج وإذا كان الأب عاجزا تجب النفقة على الأم إن كانت قادرة على ذلك ، فنفقة الولد لا تجب إلا مع الفقر لأنها من باب المواساة ، وعليه وبالمفهوم المخالف لنص المادة 75 ق إ ج فإن نفقة الفروع تسقط في الحالات التالية :
- بلوغ الذكر سن الرشد وقدرته على الكسب.
- الدخول بالأنثى أي زواج البنت .
- وجود مال للأبناء بميراث أو هبة أو الكسب من عمل لهم ولو قبل بلوغ السن أو الشرط المسقط للنفقة بمعنى الرشد أو الدخول بالأنثى ، ويلاحظ أن المشرع لم يحدد في المادة 75 ق أ ج مدة الدراسة على خلاف المشرع المغربي الذي حددها بـــ 25 سنة في المادة 198 من المدونة المغربية [3] ، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 494366 [4] ، أنه من المقرر قانوني أنه لا يحق للأم بعد انتهاء حضانة ابنتها ببلوغها سن الرشد مطالبة والدها بالنفقة مطالبة والدها في النفقة عنها إلا بوكالة منها .

---

[1] – بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 346.

[2] – الصادر بتاريخ 1989/10/02 ، القضية بين (ب ب) ضد (ب خ) .

[3] – نسرين شرقي ، كمال بوقرة ، قانون الأسرة الجزائري ، دار بلقيس للنشر ، ط 1 ، الجزائر ، 2013 ص 120.

[4] – ملف رقم 494366 الصادر بتاريخ 2009/05/13 ، مجلة المحكمة العليا ، سنة 2009 ، عدد 01 ، ص 290.

- كما تقضي المادة 77 ق أ ج على أنه " تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث " بمعنى أن المشرع مثلما أو جب نفقة الآباء على الأبناء فقد أوجب في المقابل نفقة الأبناء على الآباء وهذا في حال عجز الوالدين وعدم قدرتهم أو عدم كفاية حاجاتهم أو كبرهم أيضا ، وذلك حسب يسر الأبناء ودرجة القرابة في الإرث فالأبناء أولى بالنفقة من الأحفاد على الوالدان إلا في حال عجزهم فتنتقل النفقة إلى هؤلاء الأحفاد.
- ولكن غالبا ما نجد الأبناء يهملون أولياءهم عند الكبر بل صاروا يرسلونهم إلى مراكز العجزة ويتملصون من مسؤولياتهم ، ومن هذا المنطق كان على المشرع الجزائري أن يضيف فقرة في النص تحمل الأولاد أو الفروع المسؤولية التقصيرية اتجاه والديهم في حالة تقصيرهم وفقا للمادة 124 ق م :" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان في حدوثه بالتعويض" ومصداقا لقوله تعالى تعالى : فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا (23) وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ".[1] حتى يتم تحقيق الحماية الشكلية للأبوين وبحفظ كرامتهما.[2]

ومنه نستخلص أن دعاوى النفقة تتعدد وتختلف حسب نوع الطلب ومن أهمها دعوى النفقة الزوجية والتي تشمل نفقة العدة والإهمال فكل هذه الدعاوى تدخل ضمن الإختصاص الاستعجالي لقضي شؤون الأسرة ، فبمجرد تقديم عريضة تتضمن طلب النفقة ينظر فيه مؤقتا إلى غاية الفصل في الموضوع الأصلي للدعوى وهو الطلاق ، أي ان الزوجة طالبة النفقة أن تقدم طلبا بذلك ضمن عريضة مبررة وموقعة منها أو من محاميها إلى أمانة ضبط المحكمة المختصة التي يوجد مسكنها بدائرة اختصاص هذه المحكمة وليس إلى

---

[1] – سورة الاسراء الآية 23 .

[2] – بن الشويخ الرشيد ، مرجع سابق ، ص 157.

أمانة ضبط المحكمة المختصة التي يوجد مسكنها بدارة اختصاص هذه المحكمة وليس إلى أمانة الضبط بالمحكمة التي يوجد بدائرتها موطن المدعى عليه وذلك تطبيقا للمادة 6/8 ق إ م وعليه يكون دور القاضي هنا هو التحقق من جدية قيام دعوى الطلاق ومن مبررات الطلب واستفاء للشروط القانونية ومنه يصدر أمر استعجالي تجاه الزوج بأن يقدم مبلغا ماليا كنفقة مؤقتة لها أو لها ولأولادها تستمر إلى غاية صور الحكم بالطلاق وإذا طالت إجراءات الطلاق والصلح فللقاضي أن يعيد النظر في قيمة النفقة إما بعد تعديلها أو إلغائها.[1]

غير انه و في الغالب أن يتقاعس الزوج عن دفع مستحقات النفقة التي تعد حق المطلقة وأولادها القصر مما ينجم عنه ضياع للحقوق وكون النفقة ذات طبيعة استعجاليه فقد تم إنشاء صندوق النفقة [2] وهو صندوق خاص ممول من طرف الدولة يوضع تحت تصرف جهة معينة لتغطية مثل هذه القضايا في المجتمع لعدم ضياع الأسرة بكاملها بسبب الفقر والحاجة والصندوق يدفع النفقة للزوجة عند امتناع الأب عن ذلك لأي سبب من الأسباب رغم يسره أو لعسره أو عدم معرفة محل الإقامة ، وكذا المرأة المطلقة والتي صدر في حقها حكم نهائي بالطلاق تستفيد من هذا الصندوق.

كما أنه مهمة القاضي مراعاة في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعيشة ولا يراجع تقديره إلا قبل مضي سنة من الحكم وهناك هي إذا غاب الزوج عن الزوجة وكان له مال ظاهر من جنس النفقة من كالنقود والحبوب مودع عند احد أو دين عليه واقر المودع أو المديون بالمال وبالزوجة وكان القاضي يعلم بذلك فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب.[3]

---

[1] – عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 156–157.

[2] – بموجب القانونرقم 01/15 المؤخ في 2015/01/04.

[3] – أحمد محمد علي داود ، مرجع سابق ، ص 397.

الفرع الثاني : الحضانة المؤقتة

الحضانة لغة هي الضم إلى الجنب وشرعا فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا وهي حق للأم ثم لمحارمه من النساء ، فهناك حديث أن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم قالت يا رسول الله قالت له : هذا ابني كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وان اباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال رسول الله (ص) "وأنت أحق بهم ما لم تتزوجي"[1] ويشترط في الحضانة أن تكون حرة بالغة عاقلة لأن الأمة لا تفرغ لخدمة الطفل والصغيرة لا تستطيع القيام بشؤون نفسها ، كما يشترط أن تكون قادرة على إدارة شؤونه وأن تكون أمنة عليه فتكون أمينة على نفسه وأدبه وخلقه كما يجب أن لا تكون مرتدة ، وغير متزوجة بغير ذي رحم محرم لأنها تكون قد أمسكت عند اجني عنه فيتعرض للأذى.

- كما يجب على الحاضنة أجرة إن لم تكن الزوجية قائمة بينهما وبين ابى الولد وإذا كانت لا تملك مسكنا تسكنه فعلى من تجب عليه نفقة الصغير إعداد المسكن أو إعطائها بدل المسكن وان كانت الحاضنة غير الأم فليس لها أن تنتقل إلى بلدها أو بلد لم يكن عقد زواجها فيه ، وليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ، كما أنه ليس له أن يسقط حق ألام في الحضانة أن يمنعها من رؤية ولدها، وتنتهي الحضانة ببلوغ الولد السن الذي يستغني فيه عن النساء والصغيرة تنتهي بالبلوغ الطبيعي وللإشارة فقد وسع الفقهاء في معنى الحضانة فعرفوها بأنها القيام على أمور من لا يستقل بأمور نفسه فيدخل في ذلك المريض والمقعد والمجنون والمعتوه ولو كان كبيرا .[2]

---

[1] – الإمام أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 404 .

[2] – نسرين شريقي وكمال بوفرفورة ، المرجع السابق، ص 103.

- فهي نوع من ولاية وسلطة والإناث أليق بها لأنهن اشفق وأهدى إلى التربيته وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال و اذا بلغ سن معينة كان الحق في تربيته الرجل لأنه أقدر على حمايته وصيانته من النساء.[1]
- ولقد عرفها المالكية بأنها : الحضانة هي حفظ الولد في بيته وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه أي في طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه ، ونصيب الأم في هذه الحضانة أعظم كثيرا من الأب بل تكاد تنفرد بها دونه عن رضا منه وقبول وكما يشترط في صاحب هذا الحق زيادة أنها إمرأة ان تكون قريبة من الطفل وذات رحم محرم منه كالأم والخالة والعمة وأن لا تكون متزوجة بأجنبي على الصغير وأن لا تعيش في مسكن من يبغضه ولو كان قريبا له وإضافة إلى ذلك أن لا تكون مرتدة.[2]
- ولقد نظم المشرع الجزائري موضوع الحضانة في قانون الأسرة المواد من 62 إلى 72 حيث أنه أعطى الأولوية للأم وللأقارب من جهة الأم ثم للأب وأقاربه وهو ترتيب ليس إلزامي بل يراعي مصلحة المحضون دائما ، كما حدد مدة انتهائها وحالات سقوطها واستعادتها وهي مسائل تهدف إلى حماية المحضون دائما ، كما حدد مدة انتهائها وحالات سقوطها واستعادتها وهي مسائل تهدف لحماية المحضون ، حيث نصت المادة 62 ق أ : ان الحضانة في رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة خلقا و بما أن تقديم النساء هي قاعدة شرعية تقتضيها طبيعة الحياة في المراحل الأولى من حياة الطفل حيث أنه في المادة 64 ق أ ج قبل التعديل أعطى الأولوية للأم ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم الأقربون درجة لكن بعد التعديل الجديد إعادة ترتيب المسألة على

---

[1] – عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق ، ص 356.

[2] – نبيل صقر ، مرجع سابق ، ص 44.

النحو التالي ، الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لاب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة .

- والملاحظة أن إعطاء الحضانة للجدات يفيد كثيرا أن الكفل تعود على العيش معها ولذلك تقدم الجدة لأم ولأب على الخالة لخبرتها.
- وكما قررت المادة 65 ق أ ج مدة الحضانة حيث تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغ 10 سنوات والأنثى ببلوغ سن الزواج أي 19 سنة كما نص على إمكانية تمديدها إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة إما لم تتزوج بعد والحكم بإنتهاء الحضانة مبني على مصلحة المحضون[1] والسبب في انتهاء حضانة النساء متى بلغ الصغير هذا السن لأنه يحتاج غلى التخلق بأخلاق الرجال والأخذ بأسباب العلم والأب أقدر من الأم على ذلك ، أما البنت فتحتاج إلى معرفة آداب النساء والعمل في المنزل والتدريب على مهمتاه ف المنزل النساء أقدر على ذلك من الرجال.[2]

وتسقط الحضانة عند المالكية بأربعة أسباب هي : سفر الحاضن سفر نقله وانقطاع إلى مكان بعيد وضرر في بدن الحاضن كالجنون الجذام والبرص إضافة إلى الفسق أو قلة الدين و أيضا تزوج الحاضنة ودخولها ، وكذا تسقط الحضانة عند الشافعية والحنابلة بالكفر.[3]

أما في القانون الجزائري فقد نصت المواد 66–67–68 ق أ ج على ذلك بأنه تسقط حقق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل وفقا للمادة 66 ق أ ج ، أما المادة 67 ق أ ج تنص على أنه تسقط الحضانة باختلاف أحد الشرط المذكورة في المادة 62 ق أ ج السالفة الذكر التي تشترط أن يكون الحاضن أهلا لذلك ، وأن المشرع لما استعمل كلمة أهلا فهي تفتح المجال لشروط كثيرة وهي القدرة والبلوغ والعقل والخلو من الإمراض

---

[1] – بن السيوخ الرشيد ، مرجع سابق ، ص 255.

[2] – نبيل صقر ، المرجع نفسه ن ص 252.

[3] – عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق ، ص 360.

المعدية وإلامانة والصلاح كما يجب أن يكون سكن الحاضن قريب من ولي المحضون إلا استثناء بناء على رخصة القاضي كما يشترط أن تكون الجدة أو الخالة الحاضنتين أن لا تسكنا مع أم المحضون والمتزوجة بغير قريب محرم للمحضون.[1]

كما أشارت الفقرة 02 من المادة 67 على أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة.[2]

كما أن الحضانة تسقط على من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها وهذا وفق المادة 68 ق أ ج ، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 33636 الصادر بتاريخ 1984/06/25[3] حيث قررت سقوط حق الجدة لام بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة فضلا عن كونها تسكن مع أبنتها أم البنت المحضونة.

وعليه تتمثل سلطات قاضي شؤون الأسرة في منح ممارسة للحضانة المؤقتة قبل النقط بالطلا أو توابعه أو حتى بعد الطلاق نتيجة تدهور حالة الأطفال من أجل حمايتهم وذلك بموجب أمر استعجالي وفقا للمادة 183 ق إ م بمعنى أنه إذا كان احد الزوجين فقد أقام دعوى الطلاق أمام المحكمة المختصة وفقا للأوضاع القانونية وكان للزوجين ولد في سن الحضانة فإن الفصل في إسناد حق الحضانة اثناء فترة ما بعد رفع الدعوى وقبل النطق بالحكم في الطلاق فيجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يصدر أمر استعجالي بإسناد حق الحضانة إلى الأم والأب أو غيرها لان مصلحة الطفل لا تحتمل التأخير[4] ، خاصة إذا كان طفل رضيع ورفض أبوه تسليمه لامه ، وإسناد الحضانة هو إجراء مؤقت إلى من يراه القاضي أهلا لذلك في انتظار الفصل في موضوع الدعوى التي غالبا ما تطول ، حتى

---

[1] – نسرين شريقي وكمال بوفروة ، مرجع سابق ، ص 104.

[2] هذا الحكم استحدث بموجب التعديل الجديد لقانون الأسرة وفق الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قرارها الصادر في 2000/07/18.

[3] – مجلة قضائية رقم 3 سنة 1989.

[4] – عبد العزيز سعيد ، مرجع سابق ، ص 157.

يتمكن القاضي من تكوين قناعة وتقدير مصلحة المحضون تقدير سليم وجب عليه اللجوء إلى عدة أساليب هي التدقيق والمعاينة والاستماع إلى أفراد العائلة والاستعانة بالخبراء حيث أنه يجمع المعومات من جميع أطراف النزاع وتحديد أيهم أصلح لرعاية مصلحة المحضون وإذا استلزم الأمر تعيين خبير يعينه وفي الغالب يكون مرشد اجتماعي ومنه ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 153640[1] المؤرخ في 1997/02/18 حيث من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون ومراعاة لتقرير المرشد الاجتماعي التي تؤكد أن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية قد طبقوا القانون .[2]

وأيضا قد يكون غير إلزامي تعيين خبير وهو ما جاء في الملف رقم 650014 بتاريخ 2011/10/13 [3] والقضية بين (ش ف) ضد (ب ن) بحضور النيابة العامة التي قررت أن القاضي غير ملزم باللجوء إلى الاستعانة بمساعدة اجتماعية لتقدير مصلحة المحضون.[4]

وفي بعض الأحيان يتوفى الأب والحضانة تكون مسندة للأم فإذا تزوجت الأم الحاضنة بغير قريب يسقط حقها في الحضانة وهنا يتضرر المحضون فلا يمكن أن يعاقب بزواج أمه فيبتعد عنها كما لا يمكن معاقبة الأم بمنعها من الزواج ثانية خاصة إذا كانت متمسكة بحضانة ولدها فهنا يتجلى دور القاضي في إبقاء الحضانة للأم شريطة أن يتعهد من يريد الزواج بها بشكل رسمي أمام القضاء على رعاية الصغير رعاية الأب لابنه أي الرجل الحريص وهذا لحماية وتحقيق الاستقرار النفسي والأخلاقي للطفل المحضون.[5]

---

[1] – مجلة المحكمة العليا ، سنة 2012 العدد 01 ، ص 313.

[2] –اشار إليه نبيل صقر ، مرجع سابق ، ص 253.

[3] – مجلة المحكمة العليا سنة 2012 ، العدد 01 ، ص 313.

[4] – شريقي نسرين وكمال بوفروة ، مرجع سابق ، ص 107.

[5] – بن الشويح الرشيد ، مرجع سابق ، ص 262.

- كما للقاضي أن يمدد في مدة الحضانة مدة أخرى ولو إلى السن الرشد المدني إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك إذا انتهت الحضانة عند أمه ويرفض العودة إلى حضانة أبيه .

الفرع الثالث : حق الزيارة المؤقتة

يعتبر حق الزيادة من الأمور التي تكتسي أهمية بالغة لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل المحضون وتجعله مرتبطا بأبويه لأن حق الزيارة كثرا ما يسيء الأبوية استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف حاد وكلام كثير يذهب ضحيته الأطفال ، فإذا أسندت الحضانة للأم نجدها كثيرا ما تتعسف في منع الأب من زيارة أبنائه بصورة اعتيادية وحتى تحريضهم عليه ونقل معلومات خاصة ومشينة عنه فيأخذون صورة مشينة عن أبيهم والعكس إذا كانت الحضانة مسندة للأب.[1]

والقانون قد رتب مواعيد الزيارة فتكون في العطل والأعياد إلا أنه لم يوسع في مفهوم الزيارة لتشمل وقت قصير أو طويل كالعطل الفصلية أو السنوية حتى يستطيع الطفل العيش مع أبويه بصورة يجعله لا يعلم أنهما مطلقين مادام صغيرا على الأقل حتى لا تتدهور نفسيته .

وهناك حالات قد يتعذر الأب زيارة أبناءه كل أسبوع أو كل شهر فقد يكون مسافرا في مهمة أو انشغاله بمشاكل الحياة وظروفها أو الانتقال للعمل في مكان بعيد عن سكن الصغار المحضونين وبالتالي يطلب الأب نقلهم إليه للاطمئنان على أحوالهم وهذا غالبا ما ترفضه الأم بسبب أن الحكم القضائي لم ينص عليه .

وقد تحدث المشرع الجزائري صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة 64 ق أ ج على انه على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيادة ومثال ذلك انه : عندما

---

[1] – بن الشويخ الرشيد ، مرجع سابق ، ص 258.

يحكم بإسناد الحضانة للأم يحكم بق الزيارة للأب من أجل تمكينه من رؤية ابنه المحضون تلقائيا حتى ولول لم يطلب منه ذلك لأنه حقه الشرعي ، كما يحدد الأماكن ووقت زيادة الطفل في نفس الحكم ، وهذا النوع من الدعاوى هو ضمن الدعاوى الاستعجالية بصفة مؤقتة تمنح للطرف الذي لم تسند إليه الحضانة وغالبا ما تكون تابعة لدعاوى أصلية وهي دعوى الطلاق التي تطول إجراءاتها مما يحول دون رؤية الآباء لأبنائهم.

وقبل إضافة المادة 57 مكرر ق أ ج كان قضاة المحاكم بعد أن يحكموا بالطلاق يحكموا مباشرة بحق الزيادة وذلك تطبيقا للمادة 64 ق أ ج أما اليوم وبعد هذا التعديل فقد أصبح من حق أي واحد يستحق الحضانة بما فيهم الأب والأم أن يتقدم بطلب في شكل عريضة كتابية مسببة وموقعة يودعها لدى أمانة الضبط بعد تأكد القاضي من صحة الإدعاء والاستنباط عنصر الاستعجال من وقائع القضية فإنه يصدر أمر على عريضة يمنح من خلاله للمدعي حق الزيادة المؤقتة للأبناء القصر مع تحديد أيام الزيارة وأوقاتها.

في ختام حديثنا عن حق الزيارة فهناك اتفاقية ثنائية بين الجزائر وفرنسا لمعالجة الآثار السلبية للزواج المختلط [1] ، حيث نصت المادة 1/6 منه على : أن يتعهد المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة للأزواج والذين هن في حالة انفصال داخل حدود أحد البلدين أما الفقرة الثانية (المادة 2/6) : أن يمنح حق الزيارة في كل حكم يتضمن حضانة تصدره إحدى الجهات القضائية التابعية لأحد المتعاقدين أما المادة السابعة منها فقد نصت على : أن الحاضن الذي يرفض حق ممارسة الزيادة بتعريض للعقاب الخاص بجريمة عدم تسليم طفل.[2]

---

[1] – المرسوم رقم 144/88 سنة 1988.

[2] – عبد العزيز بن السعيد ، مرجع سابق ، ص158–159.

الفرع الرابع : حق المسكن المؤقت

لما كانت إجراءات دعوى الطلاق إجراءات مطولة تتخللها محاولة الصلح التي تأخذ وقت غير قليل فمن الممكن أن تهجر الزوجة مقر الزوجية قبل انتهاء عدتها وهذا السائد عرفا حيث أنه من المقرر أن تبقى في مسكن الزوجية طيلة فترة العدة حتى وإن حدث نزاع بينهما فلا يجوز للزوج إخراج زوجته أو مطلقته أثناء العدة فقد يراجعها في تلك المدة عملا لقوله تعالى :" يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ "[1] لكن قلنا غالبا ما تخرج إلى بيت أهلها فتحتاج في هذه الفترة إلى مسكن يأويها أو مع أولادها أثناء فترة طلبها للحكم لها بالطلاق أو التطليق.

- وإعداد مسكن هو من حقوق الزوجة ويشترط فيه أن يكون مناسبا لحال الزوج المالية وكامل المرافق والأدوات اللازمة لشؤون المنزل ويكون آمنا تأمن الزوجة على نفسها وأولادها ومالها أي ليس في مكان منعزل.

- وعليه ووفقا للمادة 75 ق أ ج : فعلى الزوج أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وان تعذر عليه فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحضانة في بيت الزوجة حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن.[2]

وفي الحالة التي يطردها الزوج من بيت الزوجية مخرجا إياها بالقوة ولا يكون لها مأوى تلجا إليه مع أبنائها وهو أمر مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية إلا في حالة الفاحشة المبينة وهذا ما نصت عليه المادة 61 ق أ ج ، ففي هذه الحالة يكون هناك خطر لها ولأبنائها المحضونين وبالتالي يتوافر كل من الخطر الحال وحالة الضرورة تجيز للمطلقة التظلم أمام القضاء ألاستعجالي من أجل إصدار أمر بإرجاعها إلى مسكن الزوجية أو الحصول على مسكن مؤقت وهنا يتعين على طالبي المسكن المؤقت وغالبا ما يكون هو

---

[1] – سورة الطلاق ، آية 1.

[2] – بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 364.

الزوجة أن يقدم طلبا في شكل عريضة مسببة وموقعة وذلك إلى كتابة الضبط بالمحكمة التي توجد بدائرة اختصاصها موطن أو مقر الزوجة وذلك تبعا لتقديم عريضة إقامة دعوى الطلاق مباشرة وقبل إجراء محاولة الصلح وتتجلى مهمة القاضي في هذا الشأن أن يتحقق ويتأكد من مبررات الأمر بالسكن المنفصل ومن قيام دعوى الطلاق ثم يصدر أمرا استعجالي مؤقتا بذلك يجوز تعديله أو إلغاؤه كلما أدعت الضرورة إلى ذلك [1] ن كما بينت المادة 72 ق أ وحسمت مصير الزوجة المطلقة الحاضنة والتي تنص عل ما يلي ك في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن ، وهي من حالات الاستعجال التي يفصل فيها القاضي بموجب أمر على عريضة ن وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 184972 [2] ، والتي قررت نفاذ حق السكن الممنوح للحضانة ، إذا كان المسكن مؤجر من قبل الزوج وتفاديا لما قد يقع من مشاكل للزوجة الحاضنة في مواجهة الزوج المطلق من جهة وصاحب البيت من جهة أخرى ((المؤجر) يستوجب أن يقدم الزوج المطلق ضمانات كافية تنفيذ التزامه الخاص بسكنى المحضون إلى حين انتهاء مدة الحضانة.

---

[1] – عبد العزيز سعيد ، مرجع سابق ، ص 156.

[2] – غرفة الاحوال الشخصية ، المجلة القضائية ، 2001– العدد 1 ، ص 155 ، وأشار إليه بلحاج العربي.

الخاتمة

الخاتمة :

وفي الأخير نستخلص أن قاضي شؤون الأسرة له دور حساس ومهم من خلال السعي إلى إبقاء الأسر قائمة ومتماسكة ، ويعتبر هو الأهم على مستوى الجهات القضائية وذلك بارتكازه على جملة من الصلاحيات التي وضعها المشرع تحت سلطته ، فالمشرع لا يملك الدراية الكافية لكل الحالات التي تعرض على القضاء عموما وقاضي شؤون الأسرة خصوصا ، لذا كانت جل النصوص القانونية مرنة تسمح للقاضي بمواجهة ظروف وملابسات تطبيقه فلم يقيده بل ترك له المجال واسعا لتسيير أحكام القانون ، وجعلها متوافقة مع مقتضيات كل قضية من اجل إيجاد الحلول المناسبة لمختلف القضايا المعروضة عليه .

كما يجب على القاضي التروي في إصدار الأحكام عن طريق البحث والتدقيق في ملابسات وخبايا كل قضية حتى يكون حكمه عادلا سواء في تلك القضايا المتعلقة بانعقاد الرابطة الزوجية والمتمثلة في المنازعات الناشئة عن الخطبة كالتعويض عن الضرر الناجم على العدول عنها ومصير الهدايا وكذا في الترخيص بتعدد الزوجات وأيضا في حالة إثبات الزواج العرفي ، كما ألزم المشرع قاضي شؤون الأسرة في عدم التسرع بإصدار الحكم بالطلاق إلا بعد إجراءات الصلح لتجنب هدم الأسرة وتفاديا لإطالة أمد النزاع ، وللإسراع في إجراءات الدعوى أوكل المشرع له صلاحية إصدار الأوامر الاستعجالية بعد أن كانت حكرا على رئيس الجهة القضائية وهي عبارة عن إجراء سريع يهدف للحفاظ على الحقوق المتنازع حولها والتي لا تقبل الانتظار وبالأخص التي تحدث عنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث قرر الحماية لصالح فئة من أفراد المجتمع وهم القصر وناقصي الأهلية ، فنص من خلال هذه الأوامر على ضرورة حمايتهم في النفس والمال ، وتدبير شؤونهم والتحري عن وضعهم كما كان للتركة نصيب

من حماية القاضي عن طريق اتخاذ تدابير وإجراءات واستمرار الرقابة عليهم إلى حين زوال اسباب اتخاذها.

كما لقاضي شؤون الاسرة صلاحية إصدار الأوامر على عرائض التي تعتبر مجرد إذن من القضاء بإتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي خصوصا فيما يتعلق بموضوع النفقة والحضانة والزيارة والمسكن وأيضا موضوع الكفالة .

ومن خلال ما تم عرضه في هذه الدراسة حول دور القاضي شؤون الأسرة نجد أن له سلطة مطلقة في بعض المجالات ومقيدة في بعضها ومن أهم النتائج المتوصل إليها هي :

- ان قانون الاسرة منح للقاضي سلطة مطلقة في مختلف المسائل المتعلقة بد الرابطة الزوجية وانحلالها.
- أن سلطة القاضي تظهر جليا في قانون الاسرة في المواضيع التي لا يكون فيها نص قانوني يوجه القاضي إلى طرق حل النزاع المعروض عليه.
- نص المشرع في 2002 ق أ ، أنه كل مالم يرد النص عليه يرجع لأحكام الشريعة دون أن يحدد القاضي مذهب معين يرجع إليه ، مما يعني منحه سلطة مطلقة في الاخذ في أي مذهب من المذاهب الفقهية طالما كان ذلك يحقق مصلحة المتقاضي

وفي الختام هناك مجموعة من التوصيات نراها ضرورية هي :

- اعادة نظر شاملة في أحكام قانون الأسرة الجزائري تجعلها أكثر وضوحا وشمولا منها اعادة النظر في الفقرة الخامسة من المادة 05 ق أ ج ، وذلك بإلزام القاضي بالحكم بالتعويض إذا ثبت لديه ضرر عن العدول عن الخطبة واعادة صياغتها ، فبدل كلمة : جاز الحكم له بالتعويض " توضع مكانها حكم القاضي بالتعويض " .

- احالة قاضي شؤون الاسرة في حالة عدم وجود النص التشريعي إلى مذهب محدد من مذاهب الشريعة ، خاصة المالكية لان المشرع الجزائري يأخذ به وذلك لتسهيل المهمة على القاضي وعدم تضارب واختلاف الأحكام القضائية .

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

- يجب على المشرع الجزائري أن يضع بين يدي قاضي شؤون الاسرة المعايير الموضوعية والضوابط التي يعتمد عليها في تقدير التعويض وذلك بتحديد أسس تقدير التعويض في حالة العدول عن الخطبة أو حالة التعويض عن الطلاق التعسفي ، وذلك لضمان حقوق المتخاصمين من جهة ولفتح الباب واسعا لرقابة المحكمة العليا في ذلك من جهة أخرى.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا : المصادر

القرآن الكريم :

الكتب :

1- الإمام أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2005.

2- ابن المنظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، د ت.

3- ابن ماجة ، سنن بن ماجة ، كتاب النكاح ، باب الرجل المسلم ، المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت ، 2006 .

4- أحمد محمد علي داوود ، الأحوال الشخصية ، ج 1 و 2 ، ط 1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2008 .

5- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قا نون الاسرة الجزائري ، وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ج 1 ، ط 6 ، 2010 .

6- بن الشويخ الرشيد ، شرح قانون الاسرة الجزائري ، المعدل ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية ، القبة القديمة ، الجزائر ، 2008 .

7- بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، القبة القديمة ، الجزائر ، 2007 .

8- بوقندورة سليمان ، الدعاوى الاستعجالية في النظام القضائي العادي ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2017 .

9- بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية ، ط 2 ، منشورات بغدادي ، الجزائر .

10- خليفة الكعبي ، البصمة الوراثية واثرها على الاحكام الفقهية ، دراسة فقهية مقارنة ، دار النفائس ، الاردن ، ط1 ، 2006.

11- عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في احكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية ، القبة القديمة ، الجزائر ، 2007.

12- عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، احكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، دار هومة للنشر والتوزيع ، ط 4 ، الجزائر ، 2013.

13- عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي ، اثبات النسب ، دار العلوم قسم الشريعة الاسلامية ، 2002.

14- قورفة زبيدة ، الإستكشافات الطبية والبيولوجية واثرها على النسب ، الأمل للطباعة والنشر والتوجيه ، ط 1 ، الجزائر ، 2012.

15- لوعيل محمد لمين ، الاحكام الاجرائية والموضوعية لشؤون الاسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي ، دار هومة للنشر والتوزيع ، ط 2 ، الجزائر ، 2012.

16- لوعيل محمد لمين ، المركز القانوني للمرأة في ق أ ج ، دار هومة ، بوزريعة ، الجزائر ، 2004.

17- لحسن بن الشيخ أث موليا ، بحوث في القانون دار هومة الجزائر ، 2005 .

18- محمد مصطفى شلبي ، أحكام الاسرة في الاسلام ، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية ، ط 4 ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان ، 1983.

19- محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره دون طبع ودون تاريخ نشر

20- نبيل صقر ، قانون الاسرة نصا وفقها وتطبيقا ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، عين مليلة الجزائر ، 2006.

21- نسرين شريقي ، وكمال بوفرورة ، قانون الاسرة الجزائري ، دار بلقيس ، الدار البيضاء ، الجزائر ، 2013.

ثالثا : المذكرات الجامعية

22- شمروك محمد ، محمودي مراد ، غربي عدلان ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في الزواج وانحلاله ، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء ، دفعة 16 ، الجزائر ، 2005-2008.

23- الشامي أحمد ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة ، دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية ، رسالة دكتوراه ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2013 – 2014 .

24- والي حورية ، ، نظم الحالة المدنية في الجزائر ودور القاضي فيه ، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء ، دفعة 17 ، الجزائر ، 2006-2009.

رابعا : المقالات

25- طيب لوح ، اشكالية تطبيق بعض احكام قانون الاسرة في غياب الحماية القانونية الجزائية ، مجلة قضائية ، العدد 03 ، سنة 2000.

خامسا : القوانين

26- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 والمتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 .

27- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية .

28- القانون رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 .

29- المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 2006/05/19 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون 11/84 المتضمن ق أ ج

سادسا : المجلات القضائية

30- المجلة القضائية ، عدد 01 ، سنة 2000.

31- المجلة القضائية ، عدد 03 ، سنة 2000.

32- المجلة القضائية ، عدد خاص ، 1999.

الفهرس

الفهـــرس

الموضوع	الصفحة
كلمة شكر وعرفان	
اهداءات	
مقدمة	1
الفصل الأول: دور قاضي شؤون الأسرة عند نشوء الرابطة الزوجية وعند انحلالها	
المبحث الأول: دور قاضي شؤون الأسرة عند نشوء الرابطة الزوجية	7
المطلب الأول: الخطبة ومجال تدخل قاضي شؤون الأسرة فيها	9
الفرع الأول: تعويض الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة	10
الفرع الثاني: دور القاضي فيما يخص الهدايا المقدمة خلال فترة الخطبة	11
المطلب الثاني: الزواج العرفي ودور قاضي شؤون الأسرة في إثباته	13
الفرع الأول: تعريف الزواج العرفي	14
الفرع الثاني: حالة النزاع حول وجود واقعة الزواج العرفي	14
الفرع الثالث: دور قاضي شؤون الأسرة في التحقيق حول واقعة الزواج العرفي	15
المطلب الثالث: صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في الترخيص بتعدد الزوجات	16
الفرع الأول: تعريف التعدد	16
الفرع الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في الإذن بالتعدد	18

المطلب الأول: دور القاضي في الصلح والتحكيم	22
الفرع الأول: دور القاضي في الصلح	22
الفرع الثاني: دور القاضي في التحكيم	24
الفرع الأول: دور القاضي في الطلاق التعسفي	26
الفرع الثاني: دور القاضي عند النشوز	28
المطلب الثالث: دور القاضي في التطليق والخلع	30
الفرع الأول: نص المشرع الجزائري على الطلاق	30
الفرع الثاني: دور القاضي في الخلع	41
المطلب الرابع: النزاع حول متاع البيت ومجال تدخل القاضي	42
الفرع الأول: متاع البيت والنزاع فيه في الفقه الإسلامي	44
الفرع الثاني: دور القاضي في النزاع حول متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري	45
المطلب الخامس: منازعات النسب ودور القاضي في ذلك	46
الفرع الأول: تعريف البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها	47
الفرع الثاني: نظام تحليل فصائل الدم	48
الفرع الثالث: سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية لإثبات النسب	52
الفصل الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في القضاء الاستعجالي	
المبحث الأول: الأوامر الاستعجالية الصادرة عن قاضي شؤون الأسرة	56
المطلب الأول: دور القاضي في إجراءات الولاية	59

الفرع الأول: الولاية عن نفس القاصر ودور القاضي فيها	62
الفرع الثاني: الولاية على أموال القاصر ودور القاضي فيها	68
الفرع الثالث: دور القاضي بتعيين وصي على القاصر	70
المطلب الثاني: سلطة القاضي في حماية البالغ ناقص الأهلية	73
الفرع الأول: التقديم والحجر في قانون الأسرة	74
الفرع الثاني: التقديم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية	75
المطلب الثالث: دور القاضي في منازعات التركة	78
الفرع الأول: وضع الأختام ورفعها	79
الفرع الثاني: تعيين حارس قضائي	80
المطلب الرابع: حالة الغياب والفقدان ودور القاضي في ذلك	81
الفرع الأول:حالة الفقدان	82
الفرع الثاني: حالة الغياب	82
المبحث الثاني: الأوامر على العرائض الصادرة عن قاضي شؤون الأسرة	86
المطلب الأول: الكفالة ودور القاضي فيها	87
الفرع الأول: الكفالة وإجراءاتها	88
الفرع الثاني: دور القاضي في الكفالة	89
المطلب الثاني: دور القاضي في الترخيص والترشيد	90
الفرع الأول: الترخيص وإجراءاته	91

الفرع الثاني: ترشيد القاصر للزواج	92
المطلب الثالث: دور القاضي في التدابير المنصوص عليها في المادة 57 مكرر من قانون الأسرة	94
الفرع الأول: النفقة المؤقتة	95
الفرع الثاني: الحضانة المؤقتة	102
الفرع الثالث: حق الزيارة المؤقتة	108
الفرع الرابع: حق المسكن المؤقت	110
الخاتمة	113
قائمة المراجع والمصادر	117