وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الإخوة منتوري قسنطينة01
كلية الحقوق

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ل م د في القانون الخاص تخصص قانون الأسرة
الموسومة بـ:

الحماية القضائية للأسرة
(الزواج والطلاق)

إعداد الطالبة:
عبدالدايم هاجر

إشـــراف الدكتور:
مرمون موسى

لجنة المناقشة

لقب واسم الأستاذ	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د. بن حملة سامي	أستاذ التعليم العالي	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة01	رئيسا
د. مرمون موسى	أستاذ محاظر "أ"	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة01	مشرفا ومقررا
د. بن شعبان محمد الصالح	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة01	عضوا مناقشا
د. سعدي عبد الحليم	أستاذ محاضر"أ"	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة01	عضوا مناقشا
د. كلو هشام	أستاذ محاضر"أ"	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة01	عضوا مناقشا
د. مخالفة كريم	أستاذ محاضر"أ"	جامعة عبد الرحمن ميرة- بجاية	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿قَالُواْ سُبۡحَٰنَكَ لَا عِلۡمَ لَنَآ إِلَّا مَا عَلَّمۡتَنَآۖ إِنَّكَ أَنتَ ٱلۡعَلِيمُ ٱلۡحَكِيمُ﴾

"صدق الله العظيم".

[البقرة: 32]

كلمة شكر وتقرير

الواجب يقضي بإسناد الفضل لأهله والجميل لذويه لذا أتوجه بعظيم الامتنان وعميق الشكر والعرفان إلى:

أستاذي الدكتور مرمون موسى الذي شرفني بقبوله الإشراف على هذه الأطروحة؛ وتتبع معي البحث منذ أن كان مجرد أفكار متناثرة لغاية أن غدا بفضل الله أطروحة تامة مكتملة، وإني لأعد إشرافه منة من الله ومفخرة أظل أعتز بها ما حييت؛ وإني لأعلم من نفسي العجز عن مكافأة فضله فكان خير المعلم ونعم الأستاذ له مني جزيل الشكر ووافر التقدير والاحترام وأسأل الله تعالى أن يجعله ذخرا للعلم ويجازيه عني خير الجزاء.

كما أتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى السادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة وقراءة هذه الأطروحة

ومنهم أستاذي الأستاذ الدكتور بن حملة سامي من جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 01 الذي يرجع له الفضل في تكويني، كما أشكره كذلك على قبوله ترأس لجنة المناقشة رغم انشغالاته وما قدمه من نصائح علمية كثيرة وتوجيهات وملاحظات وكذا توجيهات والتشجيعات؛ أسأل الله أن يجعله ذخرا للعلم وجزاه الله خيرا.

والشكر موصول كذلك إلى الأستاذ الكريم، الدكتور بن شعبان محمد الصالح على مجهوداته التي بدلها لتقييم هذا العمل.

كما أتقدم بشكري الجزيل كذلك إلى الأستاذ الفاضل، الدكتور سعدي عبد الحليم على مجهوداته التي بدلها لتقييم هذا العمل.

كما أشكر الدكتور كلو هشام على مجهوداته التي بدلها لتقييم هذا العمل.

وكذلك الأستاذ الفاضل الدكتور مخالفة كريم من جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية الذي أشكره على ما بذله من جهد لتقييم هذا العمل وكذلك مشقة السفر.

فجزاكم الله خيرا، وأدامكم ذخرا لخدمة العلم والوطن

هاجر عبد الرايم

الإهداي

إلى:

- القدوة الذي غرس في نفسي الطموح وحب الرفعة والذي علمني أن الأعمال الكبيرة لا تتم إلا بالصبر والعزيمة والإصرار، إلى من لم يقصص جناحي وعلمي أن أطير والدي الحبيب أهديه ثمرة من ثمار غرسه؛ وأدعو الله أن يحفظه ويديمه تاج على رؤوسنا.
- إلى والدتي العزيزة حفظها الله ورعاها وأمد في عمرها وجزاها عني خير الجزاء على صبرها ودعائها لي عن ظهر غيب مما كان له الأثر الكبير في تسيير أموري كلها.
- كما أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع كذلك إلى أخي قرة عيني وأخواتي ضوء حياتي ورفيقات دربي وإلى الكتاكيت الصغار وإلى جميع أفراد أسرتي.
- إلى نصفي الثاني وتوأم روحي حفظك الله ورعاك.

والى كل من قدم لي يد العون والمساعدة أهدي إليهم جميعا هذا الجهد المتواضع.

هاجر عبد الرايم

قائمة بعض المختصرات في الأطروحة

ق.ج.م: قانون الحالة المدنية.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.م.ج: قانون المدني الجزائري.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والادراية.

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري.

ج.ر.س: الجريدة الرسمية.

ح: حديث.

د: دستور.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

م: مادة.

م.ع: المحكمة العليا.

ن.ش: النشرة القضائية.

ق.أ.ش امراتي: قانون الأحوال الشخصية الامراتي.

م.أ.التونسية: مجلة الأسرة التونسية.

م.أ. المغربية: مدونة الأسرة المغربية.

د.ن: دون طبعة.

ط: طبعة

مقدمة

إنّ الجهاز القضائي هو الدعامة القانونية للحفاظ على حقوق الفرد وتثبيتها، فقد يخلّف في بعض الأحيان الخوف في نفوس الأفراد، فالكثير منهم لا يستهوون القضاء ويتجنبون الوقوع في السلوكيات التي تؤدي بهم إلى مواجهة الجهة القضائية من جهة، وعبء المصاريف التي تقع على عاتقهم طول مدة الإجراءات من جهة ثانية؛ إلاّ أنه في بعض الأحيان قد تستدعي الحاجة إلى الولوج للنظام القضائي عند نشوب نزاعات وخلافات قائمة تحتاج بالضرورة الفصل فيها وضمان حقوق جميع الأطراف بالتزام العدل ومراعاة الصالح العام، حيث جعل لمنصب القضاء أهمية كبرى، ذلك لعظمة الدور الذي يقوم به القاضي ألا وهو تحقيق العدالة، وقد أمر الله عز وجلّ بالعدالة القضائية في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿**وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ**[1]﴾ .

يعتبر القضاء مرفقا مهما من مرافق العدل يستمد ضرورته من ضرورة وجود الدولة، إذ أنه لا يمكن للأطراف والأفراد اقتضاء حقهم بأنفسهم بعد أن كفلتهم الدولة حصرا بتنظيم قضائي وقانوني تنظمه وتشرف عليه من أجل تقرير حقوقهم وحمايتها على النحو الذي يقره القانون؛ والقاضي هو الشخص الذي أناطت به الدولة مهمة تطبيق القانون وتحقيق العدل والفصل في النزاعات.

إنّ مجالات القانون مختلفة، هناك ما يتعلق بالحياة المدنية، والاجتماعية وما يتعلق بالجانب الإداري، وكذا الجانب الجزائي، ومنها ما يتعلق بمجال الأسرة وهو موضوع بحثنا؛ اذْ أنّ أهم دور منّه القانون لقاضي شؤون الأسرة هو ضمان الحماية اللازمة للأسرة؛ والحماية المقصودة في هذا الجانب، هي الحماية القضائية للأسرة، بمعنى تدخل القاضي في مسائل الأسرة من خلال إعمال دوره الإيجابي في الحماية والحفاظ على كيان الأسرة، ذلك أنّ الأسرة هي الخلية الأولى في بناء المجتمع، والمجال الحيوي الذي يتلقى فيه الفرد مبادئ دروس الحياة، فهي وحدة مصغرة عن المجتمع وهي المخزون الاستراتيجي الذي به تقوى الأمة، وهي الحلقة الوسطى بين الفرد والمجتمع؛ وعليه، عند قيام العلاقة الزوجية بين الطرفين أو عند الطلاق يتعين مجال تدخل القاضي لحمايتها والمحافظة عليها قدر المستطاع.

ومما لاشك فيه أن وظيفة القاضي فيها جانب اجتماعي كبير، بحيث أن قانون الأسرة قد وسّع من تدخل القاضي بإيجاد الحل المناسب باختلاف الظروف والملابسات مما يقتضي حسن التتبع لتلك

[1] سورة النساء، الأية 58.

المستجدات والتغيرات في جميع مراحلها وباختلاف سرعتها وإسعافها بحلول مناسبة لكل عارض قد يشوب استقرار الأسرة ويهدد مصلحتها.

والقاضي وإن لم يكن مشرّعا، فإنه يلعب أيضا دورا مهما أثناء ممارسته لعمله القضائي، مما يمكنّه من جعل أحكام القانون متماشية مع مقتضيات الظروف؛ وهو الأمر الذي نلتمسه باستقرائنا لمختلف النصوص التي تأتي صياغتها القانونية كما يلي "**يمكن، يحق، يتعين، للقاضي أن....**"، كما تتمتع سلطة القاضي بالطابع المقيد وليس بالسلطة المطلقة، لأنه لا يجب على القاضي أن يتخذ أي قرار على هواه أو الحكم به بغير الوقوف على الأسسّ الخاصة، ونظرا للترجيح إلاّ أنّه يجب العمل بموجب اعتقاده شريطة أن لا يخرج على غاية القانون، وعلى هذا الأساس نصت المادة 08 في فقراها الأولى من القانون العضوي04-11 الذي يتضمن القانون الأساسي للقضاء والذي جاء فيه:" **ذلك أنه يجب على القاضي أن يصدر أحكامه طبقا للمبادئ الشرعية والمساواة ولا يخضع في ذلك إلا للقانون..**" .

وتماشيا مع ما تم ذكره فانّ السلطة التقديرية كانت ولا تزال لازما من لوازم الوظيفة القضائية وقائما جنبا على جنب مع السلطة القضائية والتي يتعين على القاضي التقدير قبل القضاء، فهي جوهر الاجتهاد القضائي.

<u>أولا-أهمية الموضوع:</u> وانطلاقا من الأهمية التي تكتسيها هذه الدراسة.

1. المكانة التي أعطاها الإسلام للأسرة، فهي اللبنة الأساسية التي يعتمد عليها صلاح المجتمعات وقيامها.

2. كونها تسلّط الضوء على أهم الأدوار التي يتخذها القاضي لحماية الأسرة سواء ما يتعلق منها بالجانب النظري أو العملي، كما أنها تمس العديد من القضايا والإشكالات الواقعية والقانونية معا.

3. ما يعتري الأسرة المسلمة من عوامل أدت إلى ارتفاع نسبة الطلاق، بما ينذر ناقوس الخطر على الأسرة ومكوناتها، ويؤثر بشكل عميق وفاعل على الأبناء بصفة خاصة، وعلى التماسك الاجتماعي بصفة عامة.

ثانيا-أهداف الدراسة:

أ-توضيح الطرق التي يعتمد عليها قاضي شؤون الأسرة في حماية الأسرة من خلال السلطة التقديرية المخولة إليهم لحل النزاعات المطروحة أمامه وإبراز مختلف الامتيازات التي يتمتع بها لمحاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين أو بحماية الأولاد في حالة الطلاق.

ب-توضيح مجال وضوابط سلطة القاضي في مختلف مواضيع الزواج والطلاق (كتقدير التعويض مثلا..) بالرغم من أن قانون الأسرة لم يتطرق إليه، ومن خلاله سوف نعتمد على ما هو معمول به في الأحكام والقرارات والاجتهادات القضائية.

ج-توضيح المعايير والأسس التي يستند عليها القاضي في حماية الأسرة وذلك من خلال تحليل النصوص القضائية وقرارات واجتهادات المحكمة العليا.

د-إبراز موقف الاجتهادات القضائية في مختلف مواضيع الزواج والطلاق، وتبيان مدى تماشيها مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

هـ- والهدف الأسمى والأبرز هو السعي لتعميم الفائدة العلمية وخدمة البحث العلمي.

ثالثا- أسباب اختيار الموضوع: تتمثل في أسباب موضوعية وأخرى ذاتية:

1.الأسباب الموضوعية: من بين الأسباب الموضوعية لدراسة موضوع الحماية القضائية للأسرة -الزواج والطلاق- مايلي:

أ-نقص المراجع في هذا المجال فالدراسات القانونية الجزائرية المتخصصة التي تناولت الحماية القضائية للأسرة (الزواج والطلاق) معظمها جاءت عامة تتحدث عن مسائل الزواج والطلاق دون تبين وتوضح الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في حل النزاعات القائمة بين الزوجين من جهة وتوضيح أهم الاجتهادات القضائية التي تخص هاته المسائل من جهة أخرى.

إنّ معظم الدراسات التي طرحت في مواضيع الزواج والطلاق جاءت بصفة عامة، حيث أنها لم تعالج بصفة خاصة الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في مجال حل النزاعات القائمة بين الزوجين بدءا من فترة الخطوبة وصولا إلى مرحلة الطلاق. وإن وجدت فانها جاءت على شكل أجزاء متناثرة وغير معمقة، وإن هذه الدراسات لم تعط الاهتمام اللازم للتطبيقات التشريعية والقضائية بحيث

أنها لم تتطرق لأهم الإشكالات والتساؤلات القانونية المتعلقة بالحماية القضائية للأسرة على الخصوص، وهو ما يقتضي البحث في الدور الايجابي للقاضي لحماية الأسرة قدر المستطاع، وايجاد الحلول المناسبة، وتطورها مع التطورات التي تطرأ على المجتمع اضافة الى تغير العادات الخاصة بالمجتمع.

ب-تقديم دراسة يستفيد منها القضاة والمحامون على الصعيد العملي وكذا الباحثون، كما أنها جاءت مراعية لمختلف التعديلات والتحديثات التي أدخلت على العديد من القوانين ذات الصلة بالحماية القضائية للأسرة.

ج-كذلك بيان مدى مساهمة قرارات المحكمة العليا التي تمثل مبادئ قضائية يمكن الرجوع إليها في حل منازعات الأسرة وسد الفجوات التشريعية.

2. الأسباب الذاتية: ترجع الأسباب الذاتية لاختيار موضوع الحماية القضائية للأسرة (الزواج والطلاق) الى ما يلي:

أ-اهتمام الباحثة بحماية الأسرة والرغبة الذاتية الملحة في البحث في مجال الأسرة والدور الذي يلعبه القاضي من خلال تدخله في حل المنازعات القائمة داخل الأسر. وكما نعلم أننا في زمن كثر فيه تشتت الأسر وضياع حقوق كل من الزوجين والطفل سواء كانت في مرحلة بناء الأسرة، أو عند انحلالها وهذا ما يستدعي البحث والتعمق وطرح الإشكالات اللازمة لمنح الحماية اللازمة والكاملة داخل الأسرة الواحدة؛ كما أننا سنبين السبل التي يعتمد عليها القاضي وكيفية تدخله في معالجة معظم الجزئيات التي سنثيرها باعتماد ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قراراتها، وكذا ما ذهب إليه فقهاء القانون والفقه الإسلامي.

ب-من بين الأسباب الذاتية كذلك اتساع الموضوع وتشعبه، وخصوصيته تفرض البحث عن اتجاهات جديدة حيث إنّ الحماية القضائية للأسرة لم تعد تستوعب الاتجاهات القديمة نظرا لتطور المجتمع وتطور النزاعات المطروحة والتي تستلزم الحداثة لحماية الأسرة.

ج-الرغبة في انجاز أطروحة دكتوراه في قانون الأسرة، فبعد التشاور مع الدكتور مرمون موسى المشرف على هذه الدراسة التي نالت من طرفه التشجيع والمساندة في اختياري لموضوع الحماية القضائية للأسرة (الزواج والطلاق) والتي كانت في البداية عبارة عن أفكار متناثرة لغاية أن غذت

بفضل الله أطروحة تامة مكتملة وموضوع تم طرحه سنة 2016.

د-المساهمة في إثراء المكتبة القانونية الجزائرية في مجال الأسرة حتى يتسنى لأهل الاختصاص الولوج إليها.

رابعا-الدراسات السابقة:

عند شروعنا في البحث والخوض في غماره ومن خلال اطلاعنا المتواضع على جل الدراسات ذات الصلة فإننا لم نجد من خلال بحثنا والذي دام (4) أربع سنوات متتالية دراسة مشابهة لنفس عنوان الموضوع الذي تناولته الحماية القضائية للأسرة- الزواج والطلاق-، إلاّ أنه في مطلع سنة 2020 تم العثور على مقال علمي للأستاذ عيادة الحسين تحت عنوان الحماية القضائية للأسرة عبر النفقة الزوجية والذي جاء في عشرة صفحات ضمن المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية.

وعليه يمكن القول أن موضوع دراستي للحماية القضائية للأسرة -الزواج والطلاق- هي دراسة بحثية قانونية مستجدة باعتبار أنها أول دراسة تمت تحت هذا العنوان بخلاف الدراسات التي عالجت بعض الرسائل الجامعية موضوع "السلطة التقديرية للقاضي" وأغلب تلك الدراسات قدمت كرسائل ماجستير أو دكتوراه في مختلف الجامعات من بينها :

-أطروحة دكتوراه من شامي أحمد، تحت عنوان السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، سنة 2014.

- ايت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2014.

-خالد داودي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، الطبعة الأولى، دار الإعصار العلمي، سنة 1439هـ 2018م.

حيث كانت عبارة عن مراجع أساسية ونقطة انطلاق إلاّ أنها لم تأت مفصلة بل جاءت عامة، فعولجت هذه الدراسات بشكل مختلف، بحيث جاءت أطروحة الدكتوراه لشامي أحمد عبارة عن دراسة مقارنة بين مختلف القوانين الوضعية وأحكام الشريعة الإسلامية، أما المقال العلمي جاء ليتناول جزئية

مصغرة يلتمسان في نقطة مشتركة وهي النفقة الزوجية من خلال تقديم اجتهادات قضائية تخدم الموضوع إلاّ أن الاختلاف يكمن في كيفية تحليل هذه الاجتهادات والتي جاءت مختلفة، والطرح المقدم لكل من الباحثين وكذا التقسيم ورؤية واتجاه كل باحث على حدة، كما أنّ دراستنا جاءت متخصصة ومقتضبة بعض الشيء هذا ما يجعل موضوع بحثنا بجوانبه المختلفة جديدا يحتاج للتعمق أكثر والإثراء ومواكبة العصرنة والتطور الحديث وإيجاد حلول مناسبة.

خامسا–صعوبات الدراسة: تتمثل في صعوبات موضوعية وصعوبات ذاتية:

1–كثرة جزئيات البحث وتعقد الموضوع في بعض جوانبه، شح وقلة الدراسات القانونية المتخصصة والكتب المهتمة بدراسة الحماية القضائية للأسرة (الزواج والطلاق). وان وجدت نجد أنها جاءت متفرقة في جزئيات متعددة من تلك الكتب؛ مع أن هاته الجزئيات المتناولة جاءت بأكثر من طريقة مما جعل الباحثة تعيد النظر وتضيف كل ما هو مستحدث دون المساس بهيكلة الدراسة.

2–عدم وجود حلول آليات يستند عليها القضاء من أجل الوصول إلى الغاية المنشودة وهي حماية الأسرة والمحافظة على استقرارها مما استدعى منا تبني فكرة للوصول لآليات مستحدثة تساعد على وضع حد لهذه النزاعات من خلال التحليل والاستنباط والإسقاط لمختلف القوانين الداخلية منها والخارجية كقانون الإجراءات المدنية والإدارية وأحكام الشريعة إضافة إلى ذلك قوانين الأحوال الشخصية الأردنية والمدونة المغربية.

سادسا– الإشكالية:

انّ المشرع الجزائري قد فتح لقاضي شؤون الأسرة بابا واسعا لإعمال دوره الايجابي أثناء ممارسته لعمله القضائي وهو الأمر الذي نلتمسه باستقرائنا لجلّ نصوص قانون الأسرة الجزائري حيث نجد المشرع الجزائري خول له دورا إيجابيا فيما يتعلق بإنعقاد الزواج والطلاق، ناهيك عن تدخله أثناء ممارسته لعمله الولائي والذي يقصد به قيام القاضي بأعمال غير الفصل في الخصومات وحسم النزاع فقط؛ وعلى هذا الأساس، **ما مدى نجاعة وقدرة القضاء الجزائري في تحقيق واتخاذ الحلول المناسبة لضمان الحماية القضائية للأسرة؟**

إن هذه الإشكالية الرئسية تقودنا إلى طرح التساؤلات الفرعية التالية:

- فيما يتجلى الدور الإصلاحي للقضاء في الحفاظ على وحدة الأسرة من خلال إتخاده للدور

الحمائي في إضفاء الحماية الخاصة بزواج القاصر ومع تواكب تحديات التطور التكنولوجي لاسيما في مجالي عقد زواج القاصر والتعدد؟

- كيف يساهم القضاء في تفعيل أليات الصلح على ضوء قانون الأسرة الجزائري؟ وهل جاء القضاء الأسري مسايرا لقانون الأسرة والمستجدات الحديثة؟
- وفيما يتجلى الدور الرقابي للقضاء في حماية الطرف الضعيف داخل الأسرة؟ وماهي حدود إستخدامه لهذه السلطة؟
- ماهو الأساس القانوني في تقدير التعويض فيما بين الزوجين لاسيما في مرحلة الخطوبة وعند الطلاق؟ وماهي المعايير المعتمدة لتحديد ذلك؟
- فيما يتجلى الدور الوقائي والرقابي للقضاء في الحفاظ على حقوق الأبناء؟
- وكيف يمارس القاضي دوره الوقائي في حماية نسب الطفل؟ وما مدى فعالية هذا الدور في مسائل نفي النسب بالطرق التقليدية والحديثة؟
- وماهو الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في حل النزاعات المتعلقة بالحضانة؟

سابعا-منهجية الدراسة: للإجابة على الإشكالية الأساسية للدراسة وتساؤلاتها الفرعية اتبعت منهجا مركبا يتضمن عدة مناهج، وهي كما يلي:

1-المنهج الوصفي التحليلي بغرض وصف وتحليل النصوص القانونية وتفصيلها مستعينة في ذلك في بعض الأحيان بالفقه والاجتهادات القضائية، نظرا للتماثل في أغلب الأحيان سواء من حيث الصياغة أو من حيث المضمون وعمق ما ذهب إليه قانون الأسرة والفقه الإسلامي ومواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون العقوبات وكذا القانون المدني؛ المتعلقة بدور القاضي عند الزواج والطلاق من خلال هاته النصوص ومناقشتها وبيان الأساس الذي بنيت عليه من أجل الوصول إلى الغاية.

2-المنهج المقارن والذي جاء خصيصا للمقارنة بين أراء الفقهاء ونصوص قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، والقوانين المقارنة منها القانون التونسي والاماراتي والمغربي والمصري والتي استدعت إليه الحاجة لتوضيح ومقارنة أهم الفجوات التي أغفل عليها المشرع الجزائري.

3-أضف إلى ذلك المنهج الاستقرائي بحيث قمت بجمع المادة العلمية وجمع وتحصيل كل ما له صلة بأبواب الأطروحة من النواحي الآتية:

- الناحية العملية والتطبيقية باعتبارها الأصل.
- الناحية الفقهية الشرعية باعتبارها الضابط والميزان.
- الناحية القانونية باعتبارها حيز التطبيق والممارسة.
- الناحية العلمية والطبية باعتبارها التطور والحداثة.

كما وقد اعتمدت في جمع المادة العلمية لهذه الدراسة على العديد من المصادر والمراجع والمؤلفات المتخصصة في قانون الأسرة، وعلى مجموعة من البحوث والدراسات العلمية التي تناولت جزء من الدراسة، كما جاءت هذه الدراسة تحتوي على مجموعة من النصوص المقارنة والتي لها صلة وثيقة بموضوع الدراسة، كما تم الاعتماد على قوانين مقارنة للدول الأجنبية كمدونة الأسرة المغربية، والمدونة التونسية، وكذا قانون الأحوال الشخصية الامراتي والمصرية.

وتم الرجوع الى أحكام وقرارات واجتهادات قضائية؛ كما اعتمدت في بحثي هذا على بعض الكتب الفقهية القديمة والمستحدثة المختلفة، كتاب الأحوال الشخصية للأستاذ أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، بيروت، دار الفكر، سنة 1957؛ وهبة الزحلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 1985؛ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي (بابن رشيد الحفيد)، بدية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان؛ ابن العربي المالكي، أحكام القران، القسم الأول، طبعة الثالثة، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 2003.

كما اطلعت على العديد من الدراسات والبحوث والمقالات والمداخلات المعاصرة التي عنيت ببسط جوانب من هذا الموضوع سواء بشكل مباشر أو بشكل يختم بعض جوانب الموضوع.

ثامنا-تقسيم الدراسة: تضمنت خطة البحث مقدمة، وبابين، ثم خاتمة.

الباب الأول: تضمن الدور الإصلاحي للقضاء في الحفاظ على وحدة الأسرة وقد قسم هذا الباب إلى فصلين؛ جاء الفصل الأول حول الدور الحمائي للقضاء من خلال الأذون القضائية والذي قسم إلى مبحثين؛ تضمن المبحث الأول الأذون الخاصة بحماية القصر من خلال الترخيص له بالزواج

دون السن القانونية، وكذا الأذون القضائية الخاصة بالتصرف في أموال القاصر؛ وفي مبحثه الثاني تم معالجة الإذن القضائي المتعلق بعقد الزواج مبينين من خلاله الإذن القضائي بتعدد الزوجات والإشكالات العملية الناجمة عن تقييد هذا التعدد مدعمينها باجتهادات قضائية وأراء فقهية وأخرى قانونية؛ لننتقل بعد ذلك إلى الأذون القضائية الخاصة بالتوكيل في الزواج بالرغم من أن قانون الأسرة 02-05 قد ألغى التوكيل بالزواج والطلاق عند أخر تعديل إلا أنّ دراستنا هذه جاءت لتضفي أهمية على هذا الموضوع من خلال تقديم بعض الشروحات والاقتراحات التي قد تعيد العمل به وفق ضوابط معينة والدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في مثل هاته الحالات.

أما الفصل الثاني، حمل عنوان الدور الإصلاحي للقضاء على ضوء قانون الأسرة الجزائري والذي ينقسم إلى مبحثين؛ جاء المبحث الأول ليعالج دور قاضي شؤون الأسرة في تفعيل آلية الصلح، أما المبحث الثاني فقد تضمن طريقا بديلا لتسوية النزاعات القائمة بين الزوجين من خلال تفعيل آلية التحكيم وهي ما تعرف بمساهمة الحكمين والقاضي للفصل في النزاع؛ وعلى الرغم من وجود سُبُلِيْن لمحاولة الإصلاح بين الزوجين والحفاظ على وحدة الأسرة إلاّ أنه في المقابل يوجد أيضا طريق ثالث من خلاله يمكن التوصل لحلول بديلة تساعد على وضع حدّ لمثل هذه المنازعات من خلال تفعيل آلية الوساطة الأسرية والدور الذي يلعبه القاضي باعتبار أن هذه الآلية هي آلية مستحدثة وبديلة للإصلاح الأسري.

خصص الباب الثاني للدور الرقابي للقضاء في حماية الطرف الضعيف داخل الأسرة والذي تضمن بدوره فصلين حيث جاء الفصل الأول معنونا بدور القضاء في تقدير التعويض بين الزوجين؛ فجاء المبحث الأول مخصصا لدور القاضي في التعويض عند العدول عن الخطبة ثم عرجنا إلى تقدير القاضي للتعويض عند الطلاق مبينين من خلاله صور الطلاق، بينما تم التطرق أيضا في المبحث الثاني على نفقة المطلقة ونصيبها في ممتلكات الأسرة من خلال إثبات حقها من ملكية متاع البيت وحقها من ثروة الأسرة؛ والذي جاء معنونا بدور القاضي في حماية الحقوق المالية للمطلقة.

أما الفصل الثاني منه تم التطرق إلى الدور الوقائي للقضاء في الحفاظ على حقوق الأبناء، وعالجنا في المبحث الأول الدور الوقائي للقضاء في حماية نسب الابن ونفيه، والمبحث الثاني تمحور حول الدور الوقائي للقضاء في الحضانة من خلال المراقبة القضائية على إسنادها وإسقاطها والدور الذي يلعبه القاضي في تقدير الحقوق المالية الخاصة بالمحضون والمرتبطة بالحضانة باعتبار أن مصلحة المحضون وحماية حقوقه من صلاحيات قاضي شؤون الأسرة.

الباب الأول

الدور الإصلاحي للقضاء في الحفاظ على وحدة الأسرة.

تكتسي الحماية والصلح في التشريع والنظام القضائي أهمية بالغة، وذلك من خلال الفصل في النزاعات المطروحة أمامه والتي تنتهي في الغالب بحلول ودية إيجابية، يحافظ القضاء من خلالها على العلاقات الاجتماعية والعائلية، ومن أبرز صلاحيات المحكمة تدخلها في القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة لكونها تكتسي طابعا خاصا وتتعلق بعلاقات ذات حساسية وخصوصية.

ومن خلال هذا الدور يتجلى قوة التدخل القضائي في جميع مجالات شؤون الأسرة وخاصة النزاعات القائمة بين الزوجين، وهذا فيه تعبير إيجابي لتوجه المشرع الجزائري نحو التركيز على حماية الأسرة، فالهدف منها ليس التعسير على الأشخاص بل التأكد من المقومات الأساسية لبناء أسرة متينة ومستقرة باعتبارها الخلية الأولى والنواة الأساسية في المجتمع، فمنها ينطلق الأولاد الى المجتمع، والذين يصبحون يوما ما أزواجا، لذلك خول المشرع للقاضي دورا فعالا في حماية الأسرة من خلال ممارسته لعمله الولائي والذي يختلف نوعا ما عن الدور الذي يقوم به عادة، كالفصل في الخصومات وحسم النزاعات.

كما خول المشرع للقاضي دورا ايجابيا من خلال ممارسته لعمله الاصلاحي لما له من أهمية في الحفاظ على وحدة الأسرة وخصوصيتها وقديسية أسرارها مصداقا لقوله تعالى: **﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴿١٠﴾﴾**[1]، وبما أن الدستور[2]الجزائري قد نص في المادة 71 "**تحظى الأسرة بحماية الدولة**"؛ وتجسيدا لذلك فإنّ المشرعّ الجزائري في قانون الاجراءات المدنية والإدارية وقانون الأسرة ضمن نصوصا قانونية للمحافظة على كيان الأسرة واستقرارها؛ وإيمانا بأهمية الدور الإصلاحي والذي يتضمن بذاته مختلف الوسائل البديلة للإصلاح سعيا منه لحل الخلافات الأسرية. فقد اهتم المشرع اهتماما بالغا بمختلف الآليات حيث نظم البعض منها في العديد من قوانينه وأغفل عن الباقي الأخر وقد استدعت الضرورة إيجاد واستحداث آليات بديلة وحلول وابتداع مبادرات اجتماعية للحيلولة دون تفاقم المشكلات الزوجية. خاصة إذا تركت دون علاج ناجع لها.

وعلى هذا الأساس لابد من وضع رؤية مستقبلية لإصلاح الأسر والمحافظة على الرابطة الزوجية وضمان عدم تفاقم حالات الانفصال. وتطبيقا لهذا أكدّ المشرعّ على وجوبية الصلح في قضايا شؤون

---

[1] سورة الحجرات، الأية 10.

[2] مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أوّل نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية، العدد 82، بتاريخ 30 ديسمبر 2020، ص17.

الأسرة، خصوصا المتعلقة بدعاوى انحلال الرابطة الزوجية، حيث سن له إجراءات مفصلة من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تمارس تحت إشراف القضاء، وعليه يمكن طرح التساؤل الأتي: ماهي الاليات التي اعتمد عليها قاضي شؤون الأسرة في اصلاح الأسر؟ وما الدور الذي يلعبه القاضي من خلال ممارسته لعمله الولائي والذي يختلف نوعا ما عن الدور الذي يقوم به في حسم النزاعات؟

الفصل الأول:

الدور الحمائي للقضاء من خلال الأذون القضائية

إنّ الهدف من الإذن القضائي ليس هو التعسير على الأشخاص بل التأكد من المقومات الأساسية لبناء أسرة متينة ومستقرة باعتبارها الخلية الأولى والنواة الأساسية في المجتمع، لذلك خول المشرع للقاضي دورا فعالا في حماية الأسرة من خلال إصدار الأذون القضائية لعقد الزواج. ومن هذا المنطلق ارتأينا معالجة هاته الأذون القضائية من ناحيتين؛ حيث قسمنا هذا الفصل الى مبحثين، فتناولنا في المبحث الأول الأذون القضائية الخاصة بحماية القاصر من حيث الترخيص له بالزواج دون السن القانونية وتقيده بشروط وأحكام وكذلك سلطة القاضي في ممارسة الولاية على القاصر على ضوء المستجدات الحديثة من جهة، والرقابة على أمواله من خلال حصول الولي على إذن قضائي في التصرف في أموال القاصر، إذ يباشر الولي أعماله بشرط أن تكون هذه التصرفات في مصلحة القاصر وتحت رقابة القاضي ليكون هذا الأخير على علم بأغلب المعاملات التي تمس أموال القاصر، ويقدر ما فيها من صلاح له كما خصص المبحث الثاني لمعالجة الأذون القضائية الخاصة بعقد الزواج. فقد يتبادر إلى ذهن القارئ بعض الإشكالات منها: هل توجد أذون قضائية أخرى غير الإذن بالترخيص بزواج القاصر؟ من خلال بحثنا وتعمقنا في هذا المجال يمكن الإجابة بأن هناك حالات أخرى لا ينعقد فيها الزواج إلا باستصدار ترخيص وإذن من قاضي شؤون الأسرة، وعليه وللإجابة لابد من تبيين أهم الأذون القضائية التي تساعد إنّ صح التعبير بإبرام عقد الزواج.

المبحث الأول: الأذون القضائية الخاصة بحماية القاصر

يعد الزواج من أقدس الروابط الاجتماعية؛ اذ يتطلب الإقدام نحوه خطوة تستلزم درجة من الوعي والإدراك لحجم المسؤولية التي تنشأ عنه، وهو ما أشار اليه المشرع الجزائري كقاعدة عامة في نص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري يوضح من خلاله سن الرشد القانوني للزواج، وكما هو معلوم أنّ لك قاعدة استثناء، وهذه القاعدة أورد عليها المشرع إستثناء وظفه لمصلحة القاصر وجعل القاضي رقيبا على تقرير ذلك من خلال الدور الذي خوله اياه المشرع والمتمثل في الترخيص القضائي، وهو ما سنبينه في هذا المبحث

والذي قسم الى مطلبين يتضمن المطلب الأول الاذن القضائي بترخيص سن الزواج، أما المطلب الثاني الاذن القضائي بالاصرف في أموال القاصر.

المطلب الأول: الإذن القضائي بترخيص سن زواج القصر

لم يتعارض قانون الأسرة الجزائري فيما يخص تعريف الولاية وأقسامها، حيث تتقسم الولاية إلى ثلاثة أقسام ألا وهي الولاية على المال، والولاية على النفس، والولاية على النفس والمال معا، وموضوع دراستنا هو الولاية على النفس وبالتحديد ولاية التزويج والتي تنقسم بدورها إلى ولاية قاصرة التي تثبت للرجل البالغ، والى ولاية متعدية التي تثبت على ناقصي الأهلية وعديمها، وعلى المرأة حيث لا يمكن لها مباشرة عقد زواجها بنفسها، وتكون الولاية للأقرب حسب الترتيب المنصوص عليه في قانون الأسرة. لكن يبقى التساؤل المطروح كيف للقاضي أن يرخص بالزواج دون السن القانونية المنصوص عليها في قانون الأسرة والتي قدرت بـ 19سنة؟

الفرع الأول: الإذن بالزواج دون السن القانونية

للقاضي دور كبير في إنشاء عقد الزواج وهذا ما أوجبه عليه القانون لما حدد أهلية الزواج بسن معينة، ومنح للقاضي دورا هاما في إنشاء هذا العقد خاصة عند عدم بلوغ أهلية أحد المتعاقدين أو الاثنين معا، ووجود مصلحة في هذا الزواج، هنا يبرز دور القاضي سواء في منح الترخيص بالزواج أو الرفض، وعليه سنتطرق إلى دور القاضي في تحديد سن الزواج مبينين من خلاله مفهوم أهلية الزواج (الفقرة الأولى) وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج دون السن القانونية (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: دور القاضي في تحديد سن الزواج والإعفاء منه.

إن عقد الزواج من أعظم العقود وأجلها، كونه يتعلق بشخصية الإنسان، كما هو الطريق الوحيد المشروع لبناء أسرة أساسها المودة والرحمة، فعقد الزواج مركب إضافي من كلمتين عقد، والزواج، ولتعريفه هذا المركب وجب تعريف ما تركب عنه لغة واصطلاحا وذلك فيما يلي:

العقد في اللغة: الشد والربط، وهو نقيض الحل[1]، ولذلك قيل: عقد وانعقد النكاح بين الزوجين.

كما أنه إلزام على سبيل الأحكام، وعقد بالتخفيف حلف، وبالتشديد مبالغة في اليمين نحو: **الله لااله إلاّ هو**"، وقيل العقد: الجمع بين أطراف الشيء وربطها وضده الحل، ويطلق بمعنى أحكام الشيء وتقويته[2].

أما الزواج في اللغة ويقصد به النكاح وهو البضع، ويجري نكح أيضا مجرى التزويج، وامرأة ناكح أي ذات زوج، يدل على مقارنة شيء لشيء، ومنه قوله تعالى: ﴿**وَزَوَّجْنَٰهُم بِحُورٍ عِينٍ (٢٠)**﴾[3]، جاء في لسان العرب "إن أصل النكاح في كلام العرب الوطء، وقيل للتزوج نكاح لأنه سبب للوطء المباح، ولا يعرف شيء من ذكر النكاح في كتاب الله تعالى إلاّ على معنى التزويج[4].

أما العقد في الاصطلاح: وهو المعنى العام بحيث يتناول كل تصرف يفيد التزاما، سواء تم هذا التصرف برضا طرف واحد، أو كان لا ينعقد إلا بتوافق إرادتين، فنراهم يطلقون اسم العقد على الوقف، والطلاق، والإبراء، وغيرها مما يتم بإرادة واحدة، كما يطلقونه على ما لا يتم بإرادتين، كالبيع، والزواج. وكما عرفته مجلة الأحكام العدلية هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله.

أما في القانون فقد جاء في نص المادة 54 من القانون المدني والتي عرفت العقد بأنه اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"[5]، وعليه نستطيع تعريف العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني[6].

---

[1] ابن منظور، أبو جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، لبنان، المجلد الثالث، سنة 1990، ص 290.

[2] أسامة ديب مسعود، الإكراه في عقد النكاح دراسة مقارنة بين المذهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية، عمان، دار الثقافة، سنة 2011، ص 48.

[3] سورة الطور، اية 20.

[4] ابن منظور، أبو جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، نفس المرجع، ص 291.

[5] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني.

[6] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طلعة جديدة مزيدة ومنقعة، دار الهدى عين مليلة، ص39.

كما اختلف الفقهاء في إعطاء تعريف اصطلاحي لعقد الزواج فقد عرفه العلماء المعاصرون بتعريفات منها تعريف الإمام محمد أبو زهرة بقوله: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكل منهما من حقوق وما عليه من واجبات"[1]. أما بدران أبو العينين بدران فقد عرفه بقوله " عقد وضعه الشارع ليفيد ملك استمتاع الرجل بالمرأة قصدا"[2]، أما الدكتور محمد حسين أبو يحي فقد عرفه بقوله،" هو عقد بين رجل وامرأة تجوز له شرعا لتحقيق مقاصده المرجوة منه– ومنها التحصين والإنجاب– وبيان ما يتولد عنه من حقوق وواجبات"[3].

وعليه وبعد تعريفنا لعقد الزواج لابد من تسليط الضوء على الدور الذي يلعبه القاضي في تحقيق والتأكد من أهلية الأزواج وقت العقد ذلك أن وجود الشخصية القانونية يفرض معها وجود إرادة لدى صاحبها، فقد يكون الشخص أهلا لمباشرة حقوقه وأداء واجباته وقد لا يكون أهلا لذلك فالشخصية القانونية هي الصلاحية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات، وهذه الصلاحية تكمن في اكتساب الحقوق إذ يعبر عنها بالأهلية الكاملة التي يبلغها الإنسان بعد المرور بمراحل في حياته، حتى يصل إلى مرحلة اكتمال أهليته، لكي تصبح تصرفاته صحيحة ونافذة، وله الحق في إنشاء جميع تصرفاته القانونية ومنها إنشاء العقد، واكتساب الحقوق، وتحمل الالتزامات، ولما كان عقد الزواج من العقود التي تتطلب توفر كامل الأهلية وجب على المشرع تنظيمها كما أولى لها الفقه الإسلامي أهمية كبيرة.

فعرفت الأهلية لغة: من الفعل أهل يقال فلان أهل لكذا، أي أنه يستوجب ذلك الأمر ويستحقه، ومنه قوله تعالى: ﴿**هُوَ أَهْلُ ٱلتَّقْوَىٰ وَأَهْلُ ٱلْمَغْفِرَةِ (٥٦)**﴾[4]، أي أن الله هو المستحق أن يبقى والجدير لغفران الذنوب. ولهذا يشترط في كل من يتحمل المسؤولية أن يكون ذا أهلية، أي أن تكون لديه القدرة

---

[1]أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، بيروت، دار الفكر، سنة 1957، ص 19.

[2]بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون، الطبعة الثالثة، الاسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، سنة 1998، ص30.

[3]أبو يحي، محمد حسن، أحكام الزواج في الشريعة الاسلامية، الطبعة الأولى، عمان المركز العربي للخدمات الطلابية، سنة 1998، ص18.

[4]سورة المدثر، الأية 56.

والصلاحية والكفاءة[1].

يقصد بالأهلية صلاح الشخص، لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية[2]، ومن هذا التعريف يبين أن الأهلية تنقسم إلى نوعين، أهلية الوجوب وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، كما عرفة أيضا "بصلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه"[3] كما أن هذه الأخيرة تنقسم بدورها إلى نوعان أهلية وجوب ناقصة وأهلية وجوب كاملة. والنوع الثاني ألا وهو أهلية أداء، وهي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا أو أن تحمله التزامات على وجه يعتد به قانونا[4] غير أننا لن نتعرض لأهلية الوجوب باعتبار أن هذه الأخيرة ليست محور دراستنا فنحن بصدد معالجة أهلية الأداء لا أهلية الوجوب.

سبق القول إن أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، ومناط أهلية الأداء هو التمييز، فإذا كان الشخص فاقد التمييز تماما تكون أهليته معدومة[5]، وإذا كان غير مستكمل للتمييز يكون ناقص الأهلية ولا يكون كامل الأهلية[6]، إلا إذا استكمل جميع عناصر التمييز والتقدير[7]،فمتى توافرت للشخص الأهلية الكاملة "بأن يكون بالغا، عاقلا، خاليا من الموانع الشرعية."

---

[1]ابن منظور جمال الدين محمد ابن منظور، أبو جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، المرجع السابق، ص 291، 292.

[2]اسحاق ابراهيم منصور، نظرية القانون والحق وتطبيقاته في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعة، الطبعة 10، سنة 2008، ص227،228.

[3]البخاري لعلاء الدين عبد العزيز أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتاب الاسلامي، القاهرة، الجزء الرابع، ص 237.

[4]نبيل ابراهيم سعد وأخرون، المدخل الى القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، منسورات الحلبي، سنة 2004، ص156.

[5]خضزاوي لهادي، الأهلية كشرط لإبرام عقد الزواج حسب أخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات، عدد 22، سنة 2012، ص184،185.

[6]الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2008، ص 239.

[7]محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، ص 152.

كان صالحا لمباشرة كافة العقود، ومن بينها عقد الزواج[1].

أوضحنا أن مناط أهلية الأداء هو الإدراك، والتمييز الذي يتوقف على السن لذا تختلف أهلية الأداء[2]، تبعا لذلك. ويمر الإنسان بأدوار أربعة أساسية تبدأ بالولادة وتنتهي بالوفاة، تتفاوت فيها أهلية أدائه، بين العدم والكمال، وتتمثل هاته الأدوار في:

-**الدور الأول:** طور الجنين فتثبت له فيها أهلية وجوب ناقصة، ولكن ليس له أهلية أداء، أي عديم الأداء أصلا[3].

-**الدور الثاني:** طور الصبا (الصبي غير مميز) وهذا الدور يبدأ من الولادة وينتهي ببلوغ الصبي سن الثالثة عشر من عمره، وهي سن التمييز وذلك طبقا للقانون المدني الجزائري حسب نص المادة 42 من القانون المدني" **لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون، يعتبر غير مميز ولم يبلغ ثلاث عشرة سنة**". كما قد نصت المادة 82 من قانون الأسرة "**من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفانه باطلة**". وعلى ذلك تكون تصرفات غير المميز أو فاقد الأهلية باطلة[4]، والبطلان هنا مطلق وهو من النظام العام ويجوز التمسك به ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، ويثيره القاضي من تلقاء نفسه، وله عند الاقتضاء الاستعانة بالخبرة الطبية[5].

-**الدور الثالث:** طور التمييز ويبدأ هذا الدور من بلوغ الصبي سن الثالثة عشر من عمره حتى يبلغ سن الرشد وهو تسعة عشر سنة كاملة حسب نص المادة 40 من القانون المدني[6]، وتثبت له أهلية أداء ناقصة حسب نص المادة 43 من القانون المدني" كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"،

---

[1] جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، سنة 1993، ص 12.

[2] محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، دار العلوم للنشر والتوزيع، ص 150.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 154.

[4] خضزاوي لهادي، الأهلية كشرط لإبرام عقد الزواج حسب أخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 186.

[5] لحسين بن شيخ أث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2013، ص 86.

[6] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 155.

كما جاء في نص المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له...، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء"، فأهلية الصبي المميز تقضي بصحة تصرفاته إذا كانت نافعة له نفعا محضا وبطلانها بطلانا مطلقا إذا كانت ضارة ضررا محضا، وبطلانا نسبيا إذا كانت دائرة بين النفع والضرر. ثم بين المشرع الجزائري من خلال المادة 44 الأحكام التي يجب أن يخضع لها فاقد الأهلية وهي أحكام الولاية التي نضمها قانون الأسرة الجزائري[1]؛ كما أن هذا الدور يعرف بسن المراهقة التي هي الفترة السابقة لسن البلوغ[2].

-**الدور الرابع:** طور البلوغ ويبدأ هذا الدور ببلوغ سن الرشد حسب القانون المدني هو تسعة عشر سنة كاملة، وإنما يشترط أن يبلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية.

ولقد نصت المادة 86 من قانون الأسرة" من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40من القانون المدني" **من خلال نص هذه المادة نجد أنها تحيلنا الى نص المادة 40 من القانون المدني والتي جاء فيها** " كل شخص يلغ سن الرشد ومتمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تحدده بتسع عشرة (19) سنة كاملة"، والمقصود أنه كل من بلغ سن الرشد له أهلية الأداء أو التصرف بشرط أنه لم تصبه أي آفة بحيث تكون أهليته كاملة، بحيث يستطيع مباشرة جميع تصرفاته القانونية[3].

غير أنه قبل تعديل قانون الأسرة رقم 84-11 جاء في نص المادة 07على اكتمال أهلية الزواج للزواج بـ 21 سنة والمرأة بـ 18 سنة، وكان هذا المعيار منتقد باعتبار أن التشريع الجزائري تعارض

---

[1]لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2004، ص 43 و44.

[2]نجمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الاسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومة، طبعة الثالثة منقحة ومزيدة، سنة 2018، ص300.

[3]لحسين بن الشبخ أث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، المرجع السابق، ص 91.

في احتساب سن الرشد والأهلية[1]، فالمرأة التي تعتبر كاملة الأهلية بتمام 18 سنة في قانون الأسرة هي قاصر بموجب أحكام المادة 40، من القانون المدني الذي يحدد سن الرشد بتمام 19 سنة لكل من الرجل والمرأة وكلاهما قاصر بموجب أحكام الجنسية القديم، الذي كان يحدد قبل تعديل السن 21 سنة للجنسين[2] وفي الجزائي سن اكتمال الأهلية والمسؤولية الجزائية هو 18 سنة للرجل والمرأة والتي تضع الشخص موضع المسؤولية جزائيا عن أفعاله الضارة بغيره وتحدد لذلك سن الثامن عشر من العمر وفقا لأحكام مواد من 47 إلى 51 من قانون العقوبات[3]، وفي جرائم الإرهاب 16 سنة، وهذه تعتبر فوضى في النصوص، ومثل أهلية الشخص لممارسة أعماله التجارية وفقا لأحكام المادتين 5 و6 من قانون التجاري[4].

وعليه فإنّ الإصلاح التشريعي يقتضي توحيد سن الرشد لكل من الرجل والمرأة محددة بـ 19سنة، ووجه الترجيح أن أحكام الاتفاقيات الدولية لحقوق الطفل، والتي صادقت عليها الجزائر تجعل سن الطفولة يمتد إلى 18 سنة، وبالتالي فانّ سن 19 سنة يعتبر سن رشد، وليس من بلغ هذا السن بطفل وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري أولا، ووفقا للاتجاه الدولي والمعايير الدولية الجديدة[5].

إلاّ أنه بعد تعديل قانون الأسرة بأمر رئاسي رقم 05-02 والتي جاءت وعدلت نص المادة 07 من نفس القانون " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج ...." نجد أن النص الجديد قام بالتوحيد بين الرجل والمرأة بخصوص الأهلية وهي بلوغ 19 سنة

---

[1] غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليطلة، الجزائر، الطبعة 01، سنة 2011، ص24.

[2] دزيري خليل، دور القاضي فب انعقاد الزواج وانحلاله، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، سنة 2014،2015، ص 17.

[3] وعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، سنة 2006، ص 42.

[4] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري مدعمة بالاجتهادات القضائية، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 1996، ص 92.

[5] دزيري خليل، دور القاضي في انعقاد الزواج وانحلاله، نفس المرجع، ص 18.

كاملة، والتي أصبحت مطابقة للأهلية المدنية المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني[1]، كما منحت أيضا نص المادة 07 المذكورة أعلاه ترشيد القاصر للزواج رجلا كان أو امرأة بقوة القانون، وله أن يباشر تصرفاته القانونية من حقوق والتزامات، بحيث يكون ولي نفسه فتعيين ترشيده بقوة القانون بالزواج وإنْ كان سنه يقل عن السن القانونية إذ لا يعقل أن ينمح للقاصر إذنا بالزواج ثم لا يمنح أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج [2].

الفقرة الثانية- الإذن القضائي بالزواج دون السن القانوني

كما سبق ذكره لإبرام عقد الزواج لابد من تمام الأهلية فإنّ المشرع لما اشترط سنا معينة من أجل انعقاده راعى وضعية بعض الأشخاص وحالتهم فحدد سن الزواج بـ 19 سنة كاملة إلا أنه لم يعامل كل الأشخاص بنفس المعاملة حيث أنه خوّل للقاضي سلطة الإعفاء من السن المحدد للزواج اذا تبين له أنّ الزواج الذي يراد إبرامه فيه مصلحة لأحد الزوجين أو كلاهما[3]، و أن هناك ضرورة تتطلب النزول عن سن الزواج، المشرع قد يفضل معيار الأهلية القانونية المعترف بها قانونيا للأفراد لممارسة حقوقهم بدلا من المعيار الفيزيولوجي المفترض أنْ تصل المرأة إلى سن معينة حيث يتم توحيد الحد الأدنى للسن[4]. فخوّل للقاضي أن يمنح بناء على دوافع قوية الإذن بالزواج قبل اكتمال السن القانوني[5]، وأنّ هذا الأخير يمكن أن ينخفض بشكل استثنائي فقد أدرج المشرع في المادة 07 الفقرة الثانية من قانون الأسرة والتي تنص: "... **وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة**

---

[1] لحسين بن الشيخ أث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، المرجع السابق، ص 20.

[2] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، سنة 2008، ص 61. دزيري خليل، دور القاضي في انعقاد الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص 19.

[3] عيسى حداد، بطلان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة عنابة، الجزائر، سنة 1990، 1991، ص170.

[4] مرافعة ضد زواج الأطفال في الجزائر 2016، مؤسسة من أجل المساواة، حقوق التأليف والنشر، سنة 2016، ص 17. تاريخ 2018/12/29، على الساعة 15سا و35 د، عبر الموقع:
https://www.ciddef-dz.com/pdf/autres-publications/Plaidoyer_MariageEnfants_ar.pdf

[5] تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجله الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، سنة 2017، ص 53.

متى تأكد من قدرة الطرفين على الزواج".

ويتعين على القاضي قبل أن يمنح الإذن بالزواج دون السن القانونية أن يعلق هذا الإذن على مبررين أن تكون هناك مصلحة أو ضرورة، ولأن الأصل في الخروج عن السن المحددة قانونا للزواج هو لتحقيق مصلحة مستعجلة[1]، ومنه يجب أن يتأكد من قدرة الطرفين على احتمال تكاليف الزواج. والمصلحة يمكن أن تتصورها في الفتاة اليتيمة التي تقدم لها شخص لطلب الزواج وعمرها 18 سنة فللقاضي أن يمنح لها الإذن كذلك من باب المصلحة[2] وهي خوفا من الوقوع في الزنا إذا لم يتم الترخيص لكل من الفتاة والفتى بالزواج.

لكن هذه المادة تثير أيضا مسألة ما إذا كان هناك سن أدنى لا يمكن الترخيص للزواج بالقاصرة عندها، وكما هو معلوم فإنّ في الجزائر السن الأدنى القانونية للقدرة العقلية هي سن التمييز التي حددت في القانون المدني بـ 13 سنة ومنه هل من الممكن أن يرخص لعقد الزواج قبل هذا السن أي سن التمييز؟[3]

لم يحدد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 07 من قانون الأسرة الحد الأدنى في منح الترخيص بالزواج أو الحد الذي لا يجب النزول عنه، بل ترك ذلك لسلطة القاضي [4]، وعليه فعلى الذين يرغبون في الزواج قبل السن القانونية المطلوبة منهم القيام بإجراءات اللازمة لذلك فان القاضي هو الجهة القضائية الوحيدة المخولة بالترخيص في جميع القضايا المتعلقة منها بالزواج، وبالتالي للحصول على الترخيص من القاضي لابد من تقديم طلب مكتوب من ولي أو القاصر إلى رئيس المحكمة يشمل على عنوان الطالب وأسباب الترشيد والضرورة التي إقتضته وتاريخ الدخول بالزوجة والذي لا يزيد على ثلاثة أشهر من تاريخ الحصول على ترخيص بالزواج وتقديم شهادة طبية من طبيب محلف[5] يثبت

---

[1] بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، الجزء الأول، الطلعة 06، سنة 2010، بدوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص 120.

[2] خضزاوي لهادي، الأهلية كشرط لإبرام عقد الزواج حسب أخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 186.

[3] مرافعة ضد زواج الأطفال في الجزائر، المرجع السابق، ص18

[4] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة 2012، المرجع السابق، ص 121.

[5] جرادات أحمد علي، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الولاية، والوصاية، سنة 2012، ص 140.

السلامة العقلية والقدرة البدنية والصحية ومؤكدة بصورة شمسية للقاصر ثم يليه حضور القاصر شخصيا أمام رئيس المحكمة بغرض التحقيق من القاصر بذاته ومدى موافقته على الزواج كما لابد من حضور كل من الزوجين أمام القاضي للتحقق من قدرتهما الجسدية والعقلية على الزواج.

بعدها يقوم رئيس المحكمة بدراسة الطلب اذ يستلزم عليه التحقق من رضا الفتاة القاصر لأن المادة 13 من قانون الأسرة تمنع الولي أو أب الفتاة أو شخص أخر أن يرغم القاصر على الزواج وكذا لا يمكن تزويجها دون موافقتها[1] والتحقيق في الأسباب واستطلاع رأي وكيل الجمهورية لدى نفس المحكمة، فان اتضح له جدية الأسباب المقدمة وتحقق من القدرة المادية والجسدية للزوجين يصدر أمر بالإعفاء من سن الزواج[2]، وبالتالي يمنح الأطراف ترخيص بالزواج دون السن القانونية. لكن يبقى التساؤل المطروح حول حكم الزواج الذي يتم دون ترخيص ودون بلوغ السن القانونية للزواج؟ وكيف يمكن للقاضي التحقق من نضج الزوجة القاصرة مستقبلا؟

تضاربت أراء الفقه الجزائرية في هذه المسألة إلى رأيين نظرا لعدم وجود موقف محدد من طرف المشرع الجزائري، حيث ذهب الرأي الأول إلى أن المشرع الجزائري قد جاء في هذه المادة بتحديد سن الزواج ولكن لم يعط لهذا التحديد القيمة القانونية اللازمة له بحيث أنه لم يسلط جزاء عند مخالفته؛ وبالرجوع الى نص المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري والتي تجيز الزواج العرفي وتمكن الطرفين من تسجيل العقد بحكم أمام القضاء في حالة توفر شروط وأركان الزواج المتفق عليهم شرعا وقانونا. وعلى هذا الأساس يتم العقد شرعا قبل اكتمال السن المستلزمة وبعد مضي مدة من العقد الشرعي يقومون بطلب تسجيله قضائيا أمام المحكمة بعد بلوغ الفتى أو الفتاة السن القانونية[3]، أما الرأي الثاني فيرى أن المشرع الجزائري أعطى لذلك التحديد القيمة اللازمة له وذلك بواسطة قانون 1963/06/29 إذ أن قانون الأسرة في صياغته الأصلية او التي طرأت عليها التعديلات قد اكتفى فيه المشرع بتحديد

---

[1] مرافعة ضد زواج الأطفال في الجزائر، المرجع السابق، ص19

[2] خضزاوي لهادي، الأهلية كشرط لإبرام عقد الزواج حسب أخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 189.

[3] محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأساسية في الأحوال الشخصية، الجزء الأول في الخطبة والزواج، طبعة الأولى، ص 62.

سن الزواج والتي ألغي بموجبها المادة 01 من 1963، أما المواد الأخرى الواردة في قانون 1963 لا زالت سارية المفعول[1].

وباستقراء الرأيين فإننا ننتقد الرأي الأول إذ لا يمكن أن يأتي المشرع بنص قانوني دون أن يقابله الجزاء إذ أن من خصائص القاعدة القانونية نجد الخاصية الألزم وهذه الأخيرة مقترنة بالجزاء.

أما الرأي الثاني وبالرجوع إلى نص المادة 02 الفقرة الثانية من القانون المدني نجدها تنص على أنه " وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذ تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم".

نستنتج من هذا النص أنه إذا ما نظم المشرع موضوع جديد سبق وأن نظمه من قبل فهذا يكون إلغاء ضمني بالنسبة للقانون القديم ومن ثم يعتبر قانون 1963/06/29 ملغيا بمقتضى هذا النص ولا يمكن الارتكاز على قواعده المنظمة للجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج، وما يؤكد ذلك هو أن الأساس القانوني الذي اعتمد عند وضعه لقانون 1963 يختلف على الأساس القانوني الذي ترمي إليه المادة 07 وهو ما يؤكد التعديل الذي مس المادة.

أما قانونا نستنتج من المواد القانونية لاسيما المواد 04، 07، و09 و33 من قانون الأسرة الجزائري، أن الزواج لا يتم إلا برضا الزوجين وأن هذا الأخير لا يكون صحيحا إلا إذا كان صاحبه مكتمل الأهلية أي 19 سنة كاملة إلا إذا كان غير صحيح، وبما أن عقد الزواج من العقود الدائرة بين النفع والضرر فنطبق عليه ما جاء في المادة 83 قانون المدني[2]، ومن ثم اذا كان الشخص بالغا 13 سنة من عمره ولم يبلغ سن الرشد فزواجه يعتبر متوقفا على ارادة الولي، فلو تزوج دون أن يكمل 13 سنة من عمره ولم يبلغ سن الرشد فزواجه باطل بطلانا مطلقا.

---

[1] سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 95 و97.

[2] نصت المادة 83 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم جاء فيها " يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و82 ما لم يقض القانون بغير ذلك."

وأهم ما يميز هذا العقد هو أن المشرع نص صراحة على أن العقد لا يعد صحيحا إذا كان المعني لا يتوافر على سن الزواج المقررة في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، الا بعد الحصول على اذن قضائي، ومن ثم فان موافقة الولي غير كافية في مثل هذا العقد بل يجب اذن القاضي والا كان العقد فاسدا، ويشترط أن يكون هذا الأذن سابقا للعقد.

وأمام هذا النزاع القانوني فيما يتعلق توقيع الجزاء على من يتزوج دون سن القانونية لاسيما إذا علمنا أن سن الزواج من النظام العام، فانه يتعين على المشرع الجزائري أن يأتي بنصوص صريحة تبين الحكم الواجب تطبيقه في حالة انتفاء السن المقررة في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري.

وبخصوص الموثق أو ضابط الحالة المدنية اللذان قد يحرران عقد الزواج دون رخصة والتي ينعدم معها السن القانوني فانه يتعرض للعقوبة هذا ما نصت عليه المادة 77 من قانون الحالة المدنية[1]" يعاقب القاضي الشرعي الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 441 الجزء الأول من قانون العقوبات".

وعليه يعاقب ضابط الحالة المدنية أو القاضي الشرعي (الموثق) الذي لم يطبق الإجراءات المقررة في هذا الفصل بغرامة لا يمكن أن تتجاوز 200دج بموجب حكم صادر عن المحكمة الناظرة في المسائل المدنية"[2].وكما أن النيابة العامة لا يمكنها متابعة ولي الأمر أو الزوج الذي يتزوج دون السن القانوني لمعاقبته وفرض الجزاء المناسب وذلك راجع لتوجه كل من الزوج القاصر[3] أو ولي أمره إلى طريق أخر لانعقاد هذا الزواج وهو ما يطلق عليه " بالزواج العرفي"؛ ويعرف بأنه زواج غير مسجل في عقد رسمي؛ فيعتبر هذا الأخير حيلة من ضمن الحيل التي يتخذها معظم الأفراد للهروب من استصدار رخص زواج القاصر، غير أنهم في المقابل[4] قد ينتج عن الزواج العرفي أبناء والذي لا يزال

---

[1] الأمر رقم 20-70 يتعلق بالحالة المدنية الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 27 فيفري 1970 ومعدل ومتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014 الجريدة الرسمية رقم 49 المؤرخة في 20 أوت 2014.

[2] أمر رقم 07-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، المعدل والمتمم بالقانون 14-08 المؤرخ في 08أوت 2014 المتضمن قانون بالحالة المدنية.

[3] خضزاوي لهادي، الأهلية كشرط لإبرام عقد الزواج حسب أخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 184.

[4] عيسى حداد، بطلان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 171.

فيه أحد الزوجين أو كلاهما ناقص الأهلية إلا أن الحاجة تستدعي تسجيل الأبناء مما يدفع الزوج إلى تسجيل الزواج عن طريق القضاء وفقا لنص المادة 22 من ق.أ ويتم معه تسجيل الطفل عند خروجه للدنيا حيا وإعطائه اسما ونسبا وإلا أصبح ابن زنا.

وتجدر الملاحظة أنه ورد استثناء في نص المادة 07 الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي" **يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثار عقد الزواج من حقوق والتزامات**".

نستخلص أن المشرع نص على ترشيد القاصر بقوة القانون وبالتالي، إمكانية مباشرة الزوج القاصر لحقه في التقاضي طالبا أو مطلوبا (مدعي أو مدعى عليه) مباشرة فيما يتعلق بهذا الحق بآثار المترتبة عن عقد الزواج. فالمشرع بترشيده للزواج القاصر يكون قد أنهى مسألة كانت قائمة في صفوف رجال القانون على مدى الفقه القانوني والاجتهاد القضائي.

نستخلص مما سبق أن المشرع الجزائري لم يوفق في نص هذه المادة اذ نتج عن هذه الأخيرة عدة إشكالات مما يؤخذ عليه عدة نقائص سنتناول بعض منها:

إن المشرع من خلال نصه على نص المادة 07 نجد أنه لم يحدد القاضي المختص بمنح الإذن بالزواج، ذلك أن المادة 07 فقرة الأولى جاءت عامة ولم تحدد صراحة من هو القاضي المختص بسلطة الترخيص أيرجع الفصل هنا إلى قاضي شؤون الأسرة أو إلى رئيس المحكمة؟ غير أن الواقع العملي يمنح الاختصاص لرئيس المحكمة ضمن ما يعرف بالسلطة أو الأوامر الولائية[1].

غير أن المصلحة الفعلية لطفل تقتضي أن يوكل الأمر لقاضي شؤون الأسرة، لدرايته وخبرته في هذا المجال بحكم احتكاكه يوميا بمسائل حالة الأشخاص لاسيما الزواج والطلاق، فحماية حق القاصر والأسرة معا تقتضيان أن يكون مانح الإذن مطلعا على كل المعطيات المتصلة والمحددة لشخصية

[1] خالد داودي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، الطبعة الأولى، دار الإعصار العلمي، سنة 1439هـ 2018م، ص 26.

القاصر المقبل على الزواج[1].

الملاحظة الثانية: يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد السن الأدنى في حالة الترخيص بزواج القاصر، وترك لسلطة القاضي الواسعة و التي قد تؤدي إلى حالة زواج الصغار لأن المادة 222 من قانون الأسرة تحيل القاضي عند انتفاء النص التشريعي إلى أحكام الشريعة الإسلامية، كما أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على منع زواج القصر الذين دون سن البلوغ المتفق عليه[2]، كعبد الرحمن لبن شيرمة وعثمان البتي وأبو بكر الصم، بينما ذهب جمهور الفقهاء الى القول بصحة زواج الصغار ممن دون سن البلوغ، وكل فريق أدلته وحججه[3]، وهذا ما يجعل الاذن بالزواج يخضع لثقافة القاضي من الناحية الدينية دون قيد ولا شرط وهذا العكس ما ذهب اليه المشرع السوري الذي حدد للقاضي السن الأدنى لمنح الترخيص قبل التعديل في نص المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية السوري حيث نصت على أنه "**إذا ادعى المراهق إكمال البلوغ بعد إكمال الخامسة عشر أو المراهقة الثالثة عشر، وطلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهم واحتمال جسميهما**" أما بعد التعديل الذي طرأ على قانون الأحوال الشخصية السوري والذي عدل بالقانون رقم 04 سنة2019 نجد أن المشرع السوري قد ادرج المادة 1 من نفس القانون الى التعديل حيث حدف واستبعد السن الأدنى لمنح الترخيص فأصبحت المادة 18 من هذا القانون تنص على أنه " **اذا ادعى المراهق أو المراهقة البلوغ بعد اكمال الخامسة عشرة وطلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهم واحتمال جسميهما**"[4].

---

[1] تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الاذن بالزواج، مداخلة لملتقى تحت عنوان حماية الطفولة، منشور قي المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 41، سنة 2000، ص 22.

[2] أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الأندلسي ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقاصد، الجزء الأول والثاني، دار الفكر، مكتلة الخانجي، ص4 و5.

[3] وهبة الزحلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، الطبعة خاصة، الجزائر، سنة 1992، ص 179. خالد داودي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص 27.

[4] القانون رقم 4 لعام 2019 المعدل بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953، بوابة الحكومة الالكترونية السورية، يوم 2020/01/10، على الساعة 16:46:

http://www.egov.sy/law/ar/294/0/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86+%D8%B1%D9%82%D9%85+4+%D9%84%D8%B9%D8%A7%D9%85+2019+%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D8%B6%D9%8A+%D8%A8%D8%AA%D8%B9%D8%AF%D9%8A%D9%84+%D8%A8%D8%B9%D8%B6+%D9%85%D9%88

وحسب رأينا فان مصلحة الأطراف والمجتمع تقتضي بعدم تخويل القاصر حق الزواج إلا عند بلوغه سن معينة نتأكد من خلالها على القدرة الجسمية على التبعات التي يفرضها عليه الزواج وكذا التمتع بقدر كاف من التمييز حتى يتمكن من إدراك نتائج وعواقب ما هو مقبل عليه[1].

من حيث المعيار الذي تحدد به المصلحة أو الضرورة: فتبدوا أهمية هذا الشرط واضحة إذ يحول دون التحايل الذي يحتمل أن يقوم به بعض الأشخاص[2]، فالمصلحة والضرورة ركيزة أساسية بالغة الأهمية أرسيت عليها أحكام الترخيص بالزواج، إلا أن المشرع لم يفصل في المعايير التي تساعد القاضي في تحديد المصلحة أو الضرورة، كما أنه لم يذكر المعايير الذي يمكن الاعتماد لتحديدهما، وترك المجال في ذلك لدور القاضي وما يمكن قوله أن المصلحة والضرورة معيار[3] نسبي يتغير بتغير الزمان والمكان والأشخاص والظروف والأحوال، وعلى القاضي أن يدرس القضايا المطروحة عليه، وأن يكون حذرا في تقدير المصلحة التي هي مناط الترخيص وألا يعطي هذا الترخيص إلا إذا توافرت الشروط اللازمة، كما لا يصح له بالمقابل أن يتعسف في استعمال سلطته ما دام الإذن لا يمس بمصالح المجتمع ومصالح أطراف أنفسهم[4].

ولعل قصد المشرع من عدم تحديد المعيار هو أن مفهوم المصلحة أو الضرورة نسبي يتغير حسب الأزمنة وحسب المجتمعات والحالات الخاصة، وعليه يتعين على القاضي أن يحسن تقدير المصلحة التي هي مناط الترخيص وألا يعطي هذا الأذن إلا إذا توافرت الشروط المستلزمة، كما لا

%D8%A7%D8%AF+%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86+%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%AD%D9%88%D8%A7%D9%84+%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%AE%D8%B5%D9%8A%D8%A9+%D8%A7%D9%84%D8%B5%D8%A7%D8%AF%D8%B1+%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B1%D8%B3%D9%88%D9%85+%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B4%D8%B1%D9%8A%D8%B9%D9%8A+%D8%B1%D9%82%D9%85+59+%D9%84%D8%B9%D8%A7%D9%85+1953%D9%88%D8%AA%D8%B9%D8%AF%D9%8A%D9%84%D8%A7%D8%AA%D9%87

[1] خالد دوادي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، الطبعة الأولى، دار الإعصار العلمي، سمة 2018، ص 27.

[2] تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 55.

[3] زهور الحر، زواج القاصرة بين القانون والواقع، العدد 01، دفاتر الحكامة، المغرب، سنة 2015، ص 36، 37.

[4] تشوار جيلالي، سن الزواجين الاذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 37، سنة 1999، ص 79.

يصح بالمقابل أن يتعسف في استعمال سلطته، ومنه يمنح الإذن للفتاة التي تخشى على نفسها الوقوع في الفاحشة والحرام لو لم تتزوج وتقدم رجل للزواج بها أو الفتاة اليتيمة التي ليس لها ولي يؤويها، فعلى القاضي أن يسمح لها بذلك وإلا كانت وبالا وخسارة على المجتمع[1]. وتبقى الإشكالية تدور حول الفتاة ضحية الاغتصاب هل تدخل فيما يسمى بالمصلحة أو الضرورة؟ ومثال ذلك ما نصت عليه المادة326 من قانون العقوبات[2]– حالة خطف القصر والاعتداء عليها– فهذه الحالة تدخل ضمن المصلحة والضرورة متى رضيت الفتاة الضحية فيما بعد الزواج بالجاني[3]، وهذا على خلاف البعض الذين يذهبون الى أنه احتراما للمبادئ القانونية والأحكام الشرعية فالإجابة تكون بالنفي، اذ لا يمكن اعفاء الجاني من العقوبة المقترفة على الفتاة التي وقع عليها الاغتصاب من السن القانونية للزواج، خاصة وأن الواقع العملي يؤكد أن مثل هذا الزواج سيكون صوريا هدفه تغطية الفضيحة بالنسبة للفتاة وإفلات الجاني من العقاب وعليه جاء قرار المحكمة العليا بأن ابعاد القاصرة واغتصابها وفقا لنص المادة 336 و337 من قانون العقوبات يعد جرما ويعاقب الجاني"[4].

كما أن الترخيص بالزواج في مثل هذه الحالة يفتقر لركن الرضا لأن المقبل على الزواج شخص في الغالب غير راض به. كما يلاحظ أن المادة لم تنص على اعتبار اذن الولي من عدمه عند

---

[1] تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 54

[2] المادة 326 من قانون العقوبات جاء فيها" كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل الثامن عشرة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من سنة الى خمس سنوات وبغرامة من 500 الى 2000دينار."

[3] في مثل هاته الحالة والتي تتوجب حماية الطرف الضعيف وكذلك حماية الأسرة من العار الذي قد يصيب ابنتهم جراء الاختطاف والاغتصاب فان المشرع الجزائري عالج هذه المسألة لمصلحة الطفل وخاصة اذا كان هذا الطفل فتاة فانه حسب نص المادة 326 من قانون العقوبات بقوم القاضي بإصدار حكم على الجاني بالزواج على المجني عليها وهي الفتاة التي تم اغتصابها بحيث يجب أن لا تكون معارضة على ارادة الأولياء وذلك من أجل حماية الفتاة وتجنب العار الذي ستتعرض اليه في المجتمع المحافظ، غير أنه في حالة وجود الفتاة حامل هنا القاضي لا ينشأ السؤال حتى ويقترح الزواج لمصلحة الطفلة المغتصبة. أنظر:

–Salima Tlemçani , article sur le journal, El watan, On ne comprend pas ce retour au mariage précoce, 25 février 2017, p 05

-Salima Tlemçani, Mariage des mineures en Algérie, déni et souffrances muettes, article sur le journal el watan, 25 février 2017, p 05

[4] االمحكمة العليا، لاجتهاد القضائي للغرفة الجنائية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، سنة 2019، ص 165.

ترخيص القاضي للزواج بالنسبة للقاصر[1].

فرأى البعض أنه يلاحظ في هذا المقام أن السماح بالزواج دون السن القانونية عن طريق القضاء لا يعني استقلاله بإرادته وحده في عقد الزواج إذا كان دون سن الرشد المالي أبا أو جدا عصيبا فان كان ولي المال غيرهما يشترط مع ذلك موافقة القاضي[2].

النقد الرابع- تعليق الاذن على شهادة طبية: ان المشرع الجزائري حسن ما فعل في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 فالمادة السابعة من قانون الأسرة أضافت شرطا جوهريا كان حلقة مفقودة في قانون الأسرة 84-11 والمتمثل في قدرة الطرفين على الزواج وذلك بتعليق الترخيص بزواج القصر على شهادة طبية وهذا حتى يتأكد القاضي من قدرة الطرفين على الزواج، وبهذا الشرط أصبح من الواجب على القاضي اللجوء الى أهل الخبرة لمعرفة ما اذا كان القاصر المقبل على الزواج أهلا لذلك أم لا، وأن لا يكتفي عند منحه للترخيص بسلطة القاضي[3].

وفيما يخص مخالفة وتجاوز سن أهلية الزواج، باعتبار أن المادة 07 المعدلة بالأمر رقم 05-02 قد اشترطت لتوفر أهلية الفتى والفتاة للزواج وجوب بلوغ سن التاسعة عشر من العمر. وأنها منحت رئيس المحكمة صلاحية الترخيص أو الاذن بالزواج قبل بلوغ هذه السن لمصلحة أو لضرورة متى تأكد من توفر قدرة الطرفين على الزواج. فماذا يمكن أن يترتب لو أن هذا الفتى[4] أو هذه الفتاة أو كلاهما خالف هذا النص وتجاوزه فأبرم عقد زواج بدون رخصة أو برخصة مزورة؟

يمكن القول بأن قانون الأسرة الجزائري لم ينص صراحة ولا ضمنا على مخالفة سن أهلية الزواج. وعقد أي زواج قبل بلوغ السن المحددة، التي هي 19 سنة لكل من الفتى والفتاة. وذلك على عكس القانون رقم 224-63 الصادر خلال 29 يونيو سنة 1963 الذي نصت فيه المادة الأولى (01) في

---

[1] عبد الله المستاري، الحماية القانونية للأطفال القاصرين من خلال جريمة التغرير بقاصرة والحالات التي ترد عليه، محكمة الاستئناف، عدد 05، الرباط، مطبعة الأمنية، سنة 2012، ص 38، 39.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 118.

[3] خالد دوادي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، ص 28.

[4] خضزاوي لهادي، الأهلية كشرط لإبرام عقد الزواج حسب أخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 187.

الفقرة الأولى منه على أنه لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة. ولا للمرأة التي لم تبلغ 16 سنة أن يعقدا زوجا. ونص في المادة الثانية (02) على معاقبة كل من ضابط الحالة المدنية أو القاضي (الموثق). والزوج وممثليهما الذين لم يراعوا شرط السن القانونية. ثم نص في المادة 03 على أن كل زواج جاء مخالفا لأحكام المادة الأولى يكون باطلا، ما لم يلحقه دخول حسب ما جاء في نص المادة 33 فقرة الثانية[1]، ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصيا، أو من النيابة العامة، أو ممن له مصلحة فيه، ولكن لا يجوز الطعن في العقد إذا بلغ الزوجان السن القانونية أو حملت الزوجة التي لم تبلغ سن أهلية الزواج. لهذا يرى الأستاذ عبد العزيز سعد "أنه مادام قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم 224-63 ولم يتضمن مؤيدات جديدة فانه يبقى قابلا للتطبيق على كل من يخالف سن أهلية الزواج"[2]. إلا أن نظرة الدكتور تشوار جيلالي معاكسة بحيث أنه لم يجاريه في هذه النتيجة بقوله أن الأحكام الواردة في قانون 1963 والتي لم يعالجها قانون الأسرة تبقى سارية المفعول، وعند ذلك يجب على القاضي الجزائري أن يستند إليها في حكمه، كما أن دكتور تشوار جيلالي لم ينكر باعتبار أنه أعدل الحلول وأقلها عيبا من الناحية العملية (لا القانونية)، لأن القاعدة العامة تقتضي بمجرد إصدار قانون جديد ينظم موضوعا سبق أن نظمه تشريع قديم، فان هذا التشريع الأخير يلغى ضمنيا إلغاء كليا حتى ولو لم يتم التعارض في بعض أحكامه مع القانون الجديد.

بالإضافة كما يقول الدكتور تشوار جيلالي، أن الأمر الذي يبرز إلغاء قانون رقم 224-63 لسنة كاملة، أن التعارض لم يقع بصدد حكم تفصيلي منه، ولكنه وقع بصدد المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه هذا القانون[3].

---

[1] جاء في نص المادة 33 فقرة 02 على ما يلي:" ان تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه ...يثبت بعد الدخول بصداق المثل" أي يمكن أن يتم على أساس الزواج المغفل تسجيله وبعد مضي مدة من العقد الشرعي يقومون بطلب تسجيله قضائيا أمام المحكمة بعد بلوغ كل من الفتى والفتاة السن القانونية كما جاء في نص المادة 22 من قانون الأسرة " في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثالثة معدلة، دار هومه، سنة 2018، ص 26.

[3] تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 60،61.

نعم، حسب النتيجة التي توصلنا إليها نجد أن الدكتور تشوار جيلالي قد وفق من خلال تحليله لهذه النظرية باعتبار أنه في حالة قيام المشرع في إعادة تنظيم قانون جديد يمس ويتدارك تنظيم نفس الموضوع من خلال هذا التعديل، ويقصد المشرع من خلال تعديله لتنظيم نفس القانون بقانون جديد فانه يفيد بصفة مباشرة عدوله عن التشريع القديم بأكمله بحيث يكون الإلغاء ضمنيا وهذا ما نصت عليه المادة 02 الفقرة الثانية من القانون المدني والتي جاء فيها " قد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم".

إن المشرع الجزائري بتقييده لزواج القصر أي لناقصي الأهلية لا يتم الا بإذن القضاء ولم يوقعه على إذن الولي وإجازته يكون قد اعتبر أن أحكام الأهلية من النظام العام والتي تمس مصلحة الفرد والجماعة معا.

وللإحاطة أكثر فان المشرع الجزائري سمح بالنزول عن هذا السن حماية لناقص الأهلية، وأوقف ذلك على الحصول على الإذن القضائي حيث أن المشرع الجزائري مقتنع بأن زواج القاصر لا يمكن استئصاله بصفة نهائية، وفي المقابل يمكن العمل على تضيق نطاقه عن طريق الإذن القضائي السابق حتى يبقى القاصر تحت رقابة القضاء وحمايته.

أما ما يخص كيفية تحقق القاضي من نضج الزوجة القاصرة، فان فكرة أن الطفل قادر على الزواج عندما يصل لسن النضج غير صحيحة لأن الطفل لم يكمل تطوره بعد وهذا ما اتجهت إليه جمعة حقوق الطفل والتي قضت بأن التطور الجسماني للطفل لا يعني النضج، وخصوصا عندما لم يكتمل بعد النمو الاجتماعي والعقلي[1]. ومنه لابد من وضع حد أدنى للسن الذي يحظر إصدار رخصة زواج من طفل.

وعليه لابد من تعديل قانون الأسرة تعديلا يقتضي إضافة نص قانوني ينص صراحة على بطلان الزواج الذي تم إبرامه بدون إذن قضائي من قبل شخص لم تتوفر فيه سن المحدد قانونا، ومع

[1] مرافعة ضد زواج الأطفال في الجزائر، المرجع السابق، ص19

تعليق منح الإذن على شهادة طبية تثبت قدرة المقبل على الزواج نفسيا ومعنويا وجسميا والقدرة على تحمل تكاليف الزواج وبيان حالات الإجازة إذا اقتضت مصلحة القاصر ذلك.

كما أنه في الأخير نصل إلى أنه قد تدفع ظروف الشخص إلى الزواج دون السن القانونية، هذا ما دفع بالمشرع إلى منح القاضي سلطة تقديرية في شأن هذه التفرقة الناتجة عن اختلاف ظروف وأحوال الناس ومكنه بمقتضاها وبناء على دوافع قوية منح الإذن بالزواج حتى قبل اكتمال السن المقررة قانونا بموجب نص المادة 07 الفقرة الأولى التي تنص:" وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة". ولعل حكمة المشرع في إقرار هذا الاستثناء هو حماية القاصر، وكذا المحافظة على رضائية العقد، فالزواج يقوم على التراضي والاختيار الحر للمتعاقدين، وفقا للإجراءات القانونية، وهي أمور لا تتحقق إلا مع توافر الأهلية الكاملة وقت إبرام العقد[1].

الفرع الثاني: دور القاضي في ممارسة الولاية على القاصر على ضوء المستجدات الحديثة

جاءت الدراسة في هذا الفرع تتضمن أهم الإشكالات التي لم يعرها المشرع اهتماما بالغا ومن خلال استقرائنا لنصوص المواد السابقة وتطرقنا لمختلف المراجع فقد استنتجنا أن الولاية في عقد الزواج من المواضيع التي كانت محل جدل كبير على مستوى الفقه الإسلامي، وقد عرفت وبضغط كبير من بعض الجمعيات النسائية بالخصوص، تعديلا في إطار التغيير الذي عرفه قانون الأسرة، اذ كان الولي ركن من أركان الزواج الا أنه أصبح شرط من شروطه هذا من جهة ومن جهة ثانية كان الولي هو من يزوج أبنته أو من هي في ولايته غير أن الموازين انقلبت فأصبح المرأة الراشدة تزوج نفسها بنفسها أو باختيارها أي شخص تراه مناسبا، وفي خالة انعدام هذا الأخير القاضي يكون ولي لمن لا ولي له، فجاء في نص المادة 11 من قانون الأسرة "أن للمرأة الراشدة أن تعقد زواجها لحضور أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره.

[1] محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/02/21، ملف رقم 255711، مجلة قضائية، سنة 2002، العدد 02، ص 425، 426.

دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي لمن لا ولي له." وبالنسبة للمرأة القاصرة وهي محور دراستنا أي تلك التي لم تبلغ سن الرشد والذي قدر بـ 19 سنة، فإنها لا تتزوج إلا بواسطة الولي وهو الأب أو أحد الأقارب الأولين، والقاضي هو الولي في حالة انعدام هذا الأخير(الفقرة الأولى)، وعليه فان الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة هو دور حمائي بالنسبة للقاصر سواء كان تزويجها بالطرق التقليدية من خلال ممارسته لسلطته الولائية، أو كان تزويجها بالطرق الحديثة كالزواج الالكتروني باعتبار أن هذا النوع من الزواج يكون بصفة جديدة ومغايرة، غير أنه يبقى لقاضي شؤون الأسرة مبتغى وغاية وهدف واحد وهو حماية القاصر من الزواج الالكتروني وممارسته سلطته الولائية.(الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: الدور الولائي للقاضي في زواج القاصر تقليديا

من حيث المعلوم أن الولاية تقسم الى ولاية إجبارية واختيارية، فالمشرع الجزائري لم يتطرق إليها صراحة، بل يفهم من خلال شرح مواده.

ولاية الإجبار هي الولاية الكاملة التي تخول للولي أن يقوم بإنشاء عقد الزواج بدون أن يشاركه أحد[1] بموجبها يكون له أن يجبر المولى عليه على الزواج من غير موافقته ورضاه، تثبت هذه الولاية على الصغير والصغيرة[2]، ودليل ذلك ما روته عائشة رضي الله عنها بقولها:" تزوجني رسول الله ﷺ لست سنين وبنى بي وأنا تسع سنين". ويكون لصاحب هذه الولاية تولى عقد النكاح عن المرأة من باب المحافظة على محاسن العادات، وصيانة المرأة عن حضور هذا العقد بمحضر من الرجال مما يمنع حياء المرأة لصونها[3].

---

[1]زوبير بولعواد، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفهما في الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية، الجزائر، سنة 2003، 2004، ص 17

[2]غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، المرجع السابق، ص 29.

[3]أسامة ذيب مسعود، الاكراه في عقد النكاح دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، سنة 2011، ص 102.

ولاية الاختيار، أو كما يسميها الحنفية بولاية الاستحباب أو ندب وتفيد أن نكاح الولي المولى عليها إنما تكون بعد أخذ إذنها، أي لا ينعقد زواج الولي إلا بعد أخذ إذن البنت، ودليل ذلك عم ابن عباس، أن الرسول ﷺ قال:" الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صمتها". وفي قوله أيضا:" لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن"، قالوا يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: " أن تسكت".

فولاية الاختيار لا جبر فيها، فهي تقييت على المرأة البالغة العاقلة، فالخيار لها غير أنه يستحسن أن تأخذ رأي وليها، وان يقوم هو بتولي عقد زواجها، حتى لا يشك في أخلاقها وتوصف بالخارجة عن العادات والتقاليد[1]

إن المشرع الجزائري قبل التعديل نص في المادة 09 من القانون رقم 84-11 على أنه" **يتم عقد الزواج برضا الزوجين وولي الزوجة، وشاهدين وصداق**"، وبمفهوم هذه المادة أن الولي ركن من أركان عقد الزواج، فلا يتم زواج المرأة إلا بوليها[2]، وبالرجوع إلى نص المادة 12 و13 من نفس القانون، حيث جاء في نص المادة 12 "**لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع، فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون.**"

غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت"، وما يمكن ملاحظته في هذه المادة أن المشرع قد فرق بين المرأة الثيب والبكر، حيث قام المشرع بإخراج الثيب من ولاية الإجبار ولها أن تتزوج بمن رغبت به ورأت أنه أصلح لها، أما فيما يخص البكر فقد أخضعها لولاية الإجبار.

وبعدما كان المشرع الجزائري قبل التعديل بأخذ بالمذهب المالكي[3] فيما يخص إخضاع المرأة سواء

---

[1] العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء 01، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005، ص 119

[2] علي مصطفى علي، إشتراط الولاية في النكاح، مجلة المعيار، العدد 34، سنة 2013، ص 14.

[3] عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء 04، دار الفكر، لبنان، سنة 2008، ص 30.

كانت بكرا أو قاصرة أو بالغة لولاية الإجبار، فبصدور الأمر رقم 05-02 قام بتعديل للمواد 11 و13 من القانون رقم 48-11 نلاحظ أنه مال نحو المذهب الحنفي الذي حصر ولاية الإجبار على الصغار فقط[1].

فالمشرع الجزائري نص في المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " **تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص أخر تختاره، دون الإخلال بالمادة 07 من هذا القانون، بتولي زواج القصر أولياؤهم وهو الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له**".

فرق المشرع هنا بين المرأة الراشدة والتي يبلغ سنها 19 سنة والقاصر التي يقل عمرها عن ذلك[2]:

بالنسبة للمرأة البالغة، لا يعتبر الولي شرطا في الزواج، بل حضوره رمزي، ولها أن تختار وليها بكل حرية، ما بين أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص أخر ولو كان غير قريب لها وإذا كانت المرأة قاصرة ورخص لها القاضي بالزواج حسب نص المادة 07 سابقة الذكر، فإنها لا تكون في حكم البالغة بسبب ذلك، بل يتولى زواجها وليها طبقا للفقرة الثانية من المادة 11 أعلاه.

وبالنسبة للمرأة القاصرة وهي محور دراستنا أي تلك التي لم تبلغ سن الرشد والذي قدر بـ 19 سنة، فإنها لا تتزوج إلا بواسطة الولي وهو الأب أو أحد الأقارب الأولين، والقاضي هو الولي في حالة انعدام هذا الأخير، وتطبق الفقرة الثانية للمادة 11 من قانون الأسرة إذ كنا بصدد زواج عرفي أيضا ذلك أنه في حالة الزواج الرسمي فان القاصرة تحتاج الى ترخيص من القاضي ويتولى زواجها[3].

ومن خلال نص المادة 11 الفقرة الثانية بقولها "... **والقاضي ولي من لا ولي له** " يمكن طرح التساؤل هل على القاضي أن يحل محل الولي؟ وكما هو معروف يعتبر القاضي في الواقع هو الذي ينظم المحادثات، وهو الذي يتفاوض مع الأباء ان وجدوا على ابرام هذا العقد ومنه فان القاضي يتولى زواجها في حالة غياب أحد أفرادها أو جلهم.

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع السابق، ص 123.

[2] علي مصطفى علي، إشتراط الولاية في النكاح، المرجع السابق، ص 11.

[3] لحسين بن الشيخ أث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، المرجع السابق، ص 29.

الفقرة الثانية: الدور الولائي للقاضي في زواج القاصر الكترونيا

تطرقنا فيما سبق إلى تعريف الزواج لغة واصطلاحا وقانونا، كما تناولنا مختلف الشروط والأحكام وكذا مشروعية الزواج من الناحية القانونية والفقهية، وما تم الإجماع عليه من قبل مجموعة من فقهاء الشريعة الإسلامية، غير أننا في هذه الجزئية سنتطرق إلى الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة لحماية القاصر ناقص الأهلية من الزواج الالكتروني ولكن بصفة جديدة ومغايرة لأننا نعلم جيدا بعد هذا التطور الذي مس مجتمعنا بالتكنولوجيا هائلة وسريعة ونخص بالذكر وسائل الاتصال الحديثة ورغم انتشارها في مجتمعاتنا إلا أنها قد تسبب في بعض الأحيان أضرار وخيمة قد تمس كيان المجتمع بصفة عامة والأسرة بصفة خاصة، والتي ينبغي على المشرع الجزائري الالتفات لها ووضع قوانين تقيدها ذلك من أجل حماية هذه الفئة الضعيفة.

وباعتبار أن للزواج الإلكتروني سلبيات كما تطرقنا فيما سبق، له أيضا بعض الايجابيات ومن ضمن هذه الإيجابيات أنه يمنع زواج القصر. وهنا نطرح سؤال كيف للزواج الالكتروني أن يحمي القاصر في عقد زواجه ذلك أن الزواج الكتروني يتم عبر وسائل الاتصال الحديثة والسريعة والغير محمية والتي ليس لها ضوابط تحكمها؟

إن لقيام الرابطة الزوجية تستلزم توفر شروط وأركان ليقوم على أساسها عقد الزواج[1] وهذا ما نصت عليه المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، وقبل التعديل الذي أدخل بموجب القانون رقم 05-02 في نص المادة 07 " **تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة**". وبموجب التعديل الجديد سوى القانون في سن الزواج بين المرأة والرجل بحيث نصت المادة 07 المعدلة" **تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام سن 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين**

[1] Nadia Ait Zia, les algériennes, citoyenne en devnir, édition, le fennec, casablanca,2000, p198.

-كما وأن من مزايا العقود الإلكترونية هي تقليص لدور الورق مقارنة الى العقود المتعامل بها في الوقت الحالي؛ أنظر:

-Royaume du papeir « l'administration et nouvelle téchnologie de l'information, étude du conseil d'etat, la documentation francaise, n°4851, 1988, p11.

على الزواج"، إذا و التي تقر بأنه في حالة ما إذا لم يبلغ الرجل والمرأة سن 19 سنة كاملة فانه لا يجوز لضابط الحالة المدنية ولا للموثق إبرام عقد الزواج، دون أن يكون قد قدم ترخيص بذلك من القاضي المختص والذي يراعي في ذلك قدرة الطرفين على الزواج ومصلحتهما[1]، وعلى هذا الأساس أجاز قانون الأسرة الترخيص للقصر بالزواج قبل تمام الأهلية، فالأصل أن الترخيص يصدره القاضي المختص بناءا على طلب يقدمه ولي القاصر بعد إثبات المصلحة والقدرة على الزواج. وقد يتبادر إلى أذهانها بعض الأسئلة والتي تتلخص في: هل يجوز للقاصر أن يتزوج زواج الكتروني؟ ومن يرخص ذلك؟ وكيف يتم هذا الزواج وما هو حكمه؟ وللإجابة لابد أولا أن نعرج بتقديم تعرف للزواج الالكتروني بعد تعريفنا لعقد الزواج التقليدي.

يعرف الزواج الالكتروني بأنه زواج يتم بين أفراد أسرة هدفه بناء أسرة على وجه سليم[2]، بحيث يختلف هذا النوع من الزواج أنه يتم الكترونيا، أي عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، فان إبرام عقد الزواج الالكتروني بدوره يثير إشكالات عديدة على مستوى تنفيذ هذا الزواج[3]، وهو الشيء الذي طرح أمامنا صعوبات تتعلق بالوفاء للزواج الالكتروني، وضرورة حمايته لإشاعة الثقة بين أفراد الأسرة في هذا العالم الافتراضي، ورغم تمرد عقد الزواج الالكتروني على نظرية عقد الزواج التقليدي، الا أننا نبقى على ثوابت العقد التقليدي، فان هذا الزواج يتم عبر المراسلات على الدعامة الورقية، أو التليفون، أو التليكس والفاكس، أو البريد الالكترون[4]ي أو وسائل التواصل الاجتماعي (الفايسبوك، ايموا، واتساب .....) بحيث يستطيع الطرف الأخر التحاور بصفة فورية ودون وجود عوائق[5].

---

[1] يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، الطبعة الثالثة، دار هومه، سنة 2011، ص 15.

[2] Nourdine saadi, La femme et la loi en Algérie, collection dirgee par fatima mernissi bouchene, 1992, p48.

[3] صالحي سمية، الوسائل المستحدثة ودورها في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة دكتوراه، جامعة الأمير عبدالقادر قسنطينة، سنة 2017، ص30.

[4] Michelle jean, Baptiste, créer et exploiter un commere éléctronique, édition litec, paris, 1998, p98.

[5] محمد نجيب عوضين، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة (دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني)، دار النهصة العربية، مصر، سنة 2006، ص 189.

إذا كانت النظرية العامة للعقد تستلزم أن تكون الإرادة التعاقدية للزواج صادرة من شخص كامل الأهلية فقد لاحظ جورج ريبرت(Georges Ripert) في أواسط القرن الماضي أن هناك مستجدات تطال حياة الانسان، فدعى إلى ضرورة التطرق إليها عبر تكييف الأفكار والمشاعر والعلاقات بين الأفراد بشكل يساير هذا التطور، وسبب ذلك هو ثورة التكنولوجيا والمعلوماتيات بصفة عامة[1]؛ الا أننا نرى أن عالم الانترنيت شبكة مفتوحة تتم عن طريق شبكة عالمية كوسيلة اتصال عن بعد[2].

فعقد الزواج الالكتروني يبرم بإلتقاء الإيجاب والقبول[3]، ولا يقوم صحيحا إلا إذا صدر من طرفين أهلين لذلك، وتوفر فيهما شروط الزواج، ولابد من وجود رضا غير معيب[4]، بحيث يمكن أن يصدر الموجب اجابه، فيسمعه القابل فيصدر قبوله [5]ولابد أن تكون المحادثة مباشرة بين الطرفين أي في مجلس واحد[6] وأقرب مسألة لها هي مسألة البيع بالمناداة وهي كما ذكر النووي "لو تناديا وهما متباعدان وتبايعا صح البيع بلا خلاف"[7] وهذه النظرية تكون شفاهتا وقد أجازها كل ما العلماء المعاصرين وهبة الزحيلي، محمد عقلة، ابراهيم الدبو[8]، كما أجزو بعض العلماء المعاصرين كذلك عقد الزواج بالوسائل الالكترونية والتي تكون صورة وشفاهة ويقع عليها نفس الشروط السابقة، أما من بين

---

[1] Coudol thierry-pitte, l'échange de donnés informatisées EDI, Garette du palais, n° 05, 1991, p09

[2]عبد الله الكرجي، صليحة حاجي، التعاقد الرقمي ونظم الحماية الالكترونية، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية، سنة 2015، المغرب، الرباط، ص 30،31.

[3] Alain Bensoussans, le commerce éléctronique, éd, hermes, 1998, p 26, 27.

[4] Alain Bensoussans, internnet, Aspects juridique, éd, hremes, paris, 1996, p79.

[5] Ali becheneb, le droit algérien des contrats, données fondamentales, editions ajed, réghaia, algérie, 2011, p77-783

[6]القرار الثاني والخمسون بشأن إجراء العقود بالات الاتصال الحديثة، الصادر في الدورة السادسة للمؤتمر المنعقد بجدة، المملكة العربية السعودية، من 17-23 شعبان 1410ه الموافق 14-20 آذار مارس 1990م، مجلة المجمع الفقهي، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، العدد السادس، الجزء الثاني، 1410ه، 1990م، يوم 2020/02/10، على الساعة 21:38 الموقع http://http//www.fiqhacademy.org.sa

[7] موقع الراشدون، فتوى حكم الزواج عبى الأنترنت، يوم 2020/02/10، الموقع https://www.islammessage.com

[8]وهبه الزحيلي، حكم اجراء العقود بالات الاتصال الحديثة، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، عدد 06، المرجع السابق، ص 668.

المانعين القرضاوي خوفا على هيبة الزواج وقدوسيته[1] كما أيده بعض مفتي جمهورية المصرية واعتبره باطل لما فيه من احتمال التزوير[2]، وأمام صعوبة التعرف على الطرف الأخر في العالم الافتراضي الغير مرئي، فان العديد من الإشكالات المتعلقة بالإرادة و الأهلية تثور، خاصة إذا أبرم عقد الزواج من قبل ناقص الأهلية وهنا يكمن دور قاضي شؤون الأسرة في حماية القاصر المقبل على الزواج بوسائل الاتصال الحديثة، وكما هو معلوم حسب ما نصت به المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة أنه يجوز زواج القصر بإذن القاضي، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، إلا أنه عند تطبيق هذه المادة في زواج القصر الكترونيا نجد أن المشرع الجزائري لم يخصها بأي مادة ولم يعالجها كما فعل بالنسبة للعقود التجارية والمدنية ومن خلالها يمكن استنباط أحكامها وإسقاطها على عقد الزواج شريطة تقييده بإحكام الشريعة الإسلامية[3] ذلك أن عقد الزواج هو عقد احتفالي يستند على أركان وينعقد بشروط فجاء في نص المادة 09 مكرر أن اركان العقد تقتصر على الرضا وفيما عدا ذلك يعتبر من الشروط وهي الأهلية والصداق والولي والشاهدين وانعدم الموانع الشرعية للزواج كما نصت المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري أن الزواج لا ينعقد الا بالإيجاب والقبول وأن يكونا هذين الأخيران في مجلس واحد[4]، وبإسقاط هاته الشروط على العقد الالكتروني أو المعاملات الالكترونية نجد قانون المعاملات الالكترونية الأردني يجيز للأطراف أن الرسائل المستحدثة التي يتم انشاؤها أو ارسالها أو استلامها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة عن طري البريد الالكتروني[5]، أو التلكس هي رسائل أصلية

---

[1]وهبه الزحيلي، حكم اجراء العقود بالات الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص 867، لاحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 146.

[2]أيمن يعد سليم، التوقيع الالكتروني، دار النهضة العاربية، القاهرة، سنة 2004، ص 82؛ زينة حسين، مشروعية ابرام عقد الزواج عبر الانترنت، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد 03، الاصدر 14، سنة 2012، ص 227.

[3]ان عقد الزواج يختلف تماما عن باقي العقود المنية منها والتجارية لما له من شروط وأركان خاصة به، فعقد الزواج هو رابطة مقدسة فقد عنيت به الشريعة الإسلامية عناية بالغة واهتمت بإنشائه على أسس سليمة تصمن استمراره وتحقق أهدافه، أما العقد المنصوص في القانون المدني المادة 54 " العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص أخرين للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل"

[4]لحسين بن شيخ أث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، المرجع السابق، ص 26.

[5]صالحي سمية، الوسائل المستحدثة ودورها في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 40.

كافية للتعبير عن الارادة ويمكن اعتبارها رسائل ذات أثر قانوني[1]، الا أنه ينعدم أثرها اذا كانت ناقصة أو مشوشة أو مغلوطة، أو في حالة انعقاد العقد وهذا راجع لسبب تقني ينقطع فيه الاتصال ولو لمدة قصيرة أثناء الإرسال فهو كاف لإحداث الشك في سلامة العقد[2]. كما أنه بنفي عقد الزواج الكترونيا في حالة لم تتوفر الشروط المنصوص عليها سابقا.

بالرجوع الى نص المادة 222 من قانون الأسرة والتي جاء فيها" كل ما لم يرد النص في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الاسلامية".

وعلى هذا الأساس يمكن القول في هذا المجال ان دور القاضي هو دور حمائي بالنسبة للقاصرة التي أرغمة سواء من ولي أمرها أو ممن تؤول حضانتها اليه بتزويجها دون ارادتها وذلك بلجوء هذا الأخير للحيل والتهرب من نص المادة 07 المعدلة في قانون الأسرة فانه يلجئ الى عقد الزواج هاته القاصرة عبر وسائل الاتصال الحديثة ويطبق كل من نص المادة 09 و09 مكرر مع اغفال نص المادة 07 المذكورة سابق وهي استصدار ترخيص من القاضي فيقوم بتزويجها بوجود شاهدين وحضوره هو باعتباره ولي أمرها فينعقد عقد الزواج الكترونيا عبر وسائل الاتصال الحديثة مما بصدر منهما الايجاب والقبول في مجلس العقد مع سماع الايجاب والقبول الصادرين فبطبيعة الحال فان عقد الزواج هنا يتم بين الطريفين ونصبح أمام زواج عرفي أي زواج مغفل التسجيل حسب قانون الأسرة الجزائري، الا أننا في الحقيقة نكون أمام زواج عبر وسائل الكترونيا والقاضي لا يمكنه التعرف عليه لعدم وجوده في قانون الأسرة.

وبما أننا بصدد زواج الكتروني فان تسجيله يتم عبر وسائل الاتصال الحديثة سواء بالكتابة أو

---

[1] خالد محمود طلال حمادنة، عقد الزواج يالكتابة عن طريق الأنترنت، دراسة فقهية قانونية، ط1، سنة 2002، ص 83،84.

[2] عبد الله الكرجي، صليحة حاجي، التعاقد الرقمي ونظم الحماية الالكترونية، الطبعة الأولى، المرجع السابق، ص 43،44.

برموز، وتوقيعه يكون الكترونيا[1]، كما هو سار في المعاملات التجارية والعقود المدنية الإلكترونية[2]، ومنه لحماية القاصرة لابد من انشاء داخل المحاكم قاعات الكترونية مخصصة لعقد الزواج لإضفاء الرسمية أو رابط مخصص لانعقاد الزواج الالكتروني يخضع فيه المشرع أهل الاختصاص (مختصين وقضاة أو ضابط الحالة المدنية المتمكنون من الاعلام الألي) للتحكم بهذا الموقع بحيث يحتوي هذا الأخير على وثائق عقد الزواج المطلوبة والتي يتم صبها في الخانات الخاصة بها والمتمثلة في الهوية وشهادة الميلاد وجنسية الطرفين وغيرها من وثائق عقد الزواج بحيث تكون في خانة مخصصة له، وخانة ثانية تحتوي على الصداق وكذلك وجود صور طبق الأصل ممسوح بالماسح الضوئي وتدرج في الخانة الخاصة لتأكيد الإيجاب والقبول، وخانة أخرى تتضمن إدراج السن الخاص بالزواج وقت إبرامه، وخانة أخرى خاصة بموافقة ولي الزوجة والتي تستلزمه إدراج اسمه ومعلوماته الشخصية يؤكد من خلالها قبوله وموافقته على تزويج ابنته[3]. هذا ما يسمى بإعداد رابط الزواج الكترونيا. ان هاته الأخيرة تكون ضرورة وإجبارية لتأكيد معلومات الطرفين التي توضح لنا تلقائيا في حالة وجود خرق للقوانين فإنها تلغي الملف ولا تتنقل إلى المرحلة الموالية المتمثلة في مرحلة تأكيد –وهي توثيقه–هذا العقد[4].

وعلى هذا الأساس نلتمس علاقة وطيدة فيما بين الرابط المخصص لانعقاد الزواج الكترونيا والسلطة

---

[1]التوقيع الالكتروني: هو مجموعة من بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسائل معطيات مضافة البها أو مرتبطة بها منطقيا، تستخدم لتحديد شخصية الموقع بالنسبة الر رسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في الرسالة، أنظر: عبد الله الكرجي، صليحة حاجي، الاثبات الرقمي، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية، سنة 2015، ص 08

[2] Pierre Deprez, vincent fauchaux « loi, contrats et usages du mulitimedia » édition, dixit, 1997, p125.

[3]تقع نفس الشروط والأركان الخاصة بزواج القاصر تقليديا على الزواج الإلكتروني، اذ نأخذ نصوص المواد 9 و10 و11 و13 من قانون الأسرة الجزائري ونسقطه على الزواج الالكتروني لعدم وجود نصوص تعالجه من جهة، وباعتبار أن عقد الزواج مهما تطور وتغيرت صيغة انعقاده الا أنه يبقى متمسك بشروطه وأركانه وصيغته من جهة ثانية، وعلى هذا الأساس وباعتبار أننا نعيش في عالم العصرنة والتكنولوجيا السريعة التي تمس مجتمعنا والتي تقتضي ضرورة مسايرته وقراءته وإيجاد حلول أولية لمعالجته في حالة استدعت الحاجة لذلك فانه حسب نظري ليس من البعيد والمستحيل أن نصل لمثل هاته المستجدات وهي انعقاد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة والتي تجب على المشرع النظر اليها وعلى القاضي أن يحمي هذا النوع من الزواج باعتبار أن له سلطة تقديرية واسعة من خلال السلطة المخولة اليه من طرف المشرع .

[4]وتسمى أيضا بشهادة المصادقة الالكترونية: وهي رسالة بيانات أو أية وثيقة أخرى تأكد الارتباط بين الموقع وبينات انشاء التوقيع، أنظر: الكرجس عبد الله، صليحة حاجي، الاثبات الرقمي، المرجع السابق، ص 09.

المخولة للقاضي بالترخيص لزواج القاصر بحيث نجد أنهما يشتركان في نقطة وحيدة وهي حماية القاصر سواء كان الكترونيا أو تقليديا والتي تنبه القاضي المختص أو أهل الاختصاص بالزواج الالكتروني عند ادراج الاسم الكامل وبطاقة هويته فان النظام من تلقاء نفسه يلغي ابرام عقد زواج باعتباره ناقص أهلية أي قاصر، مما يستدعي الطرفين باللجوء الى القاضي لاستصدار ترخيص بالزواج.

وفي الختام يمكن القول بأنه لا يمكن لأي عمل قانوني أن يتم الا بالسلطة القضائية كالختم الذي يضع على الترخيص[1]، وفي حالة ما اذا كان هذا الزواج عبر وسائل الكترونيا وجب على أهل الاختصاص تفعيل أقسام أو قاعات الأنترنت داخل المحاكم بحيث تكون مخصصة لزواج وخاصة لزواج القاصر[2]، وعليه حبذا لو أن المشرع الجزائري يضع نصوص قانونية خاصة بالزواج الالكتروني باعتبار أن الفقه الإسلامي أجازه واعتبره عقد زواج صحيح.

الفقرة الثالثة: الدور الولائي للقاضي في حماية المكفول

المشرع الجزائري لا يجيز نظام التبني، ولكنه في المقابل يقر بنظام الكفالة والذي نظمه في المواد من 116 الى 125 قانون الأسرة الجزائري.

والكفالة هي التزام على وجه التبرع للعناية بولد فاصر من نفقة وتربية ورعاية، فقد دعت الشريعة الإسلامية للكفالة مصدقا لقوله ﷺ:" **أنا و كافل اليتيم كهاتين في الجنة**"

والكفالة حسب المشرع الجزائري تتم بعقد شرعي أمام المحكمة أو الموثق، ويستوي أن يكون الولد المكفول نجهول النسب أو معلوم، ويحتفظ بنسبه الأصلي اذا كان معلوم النسب، أما اذا كان مجهول النسب فتطبق أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية[3].

---

[1] ادريس النوازلي، جريمة النصب المعلوماتي قانونا، واقعا، وقضاء، الطبعة الأولى، المطلعة والوراقة الوطنية، سنة 2015، مراكش ص 187.

[2] المادة 11 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري والتي يمكن اسقاطها حسب رأي بتفعيل قسم أو قاعات أنترنيت داخل المحاكم مخصصة لزواج القصر الكترونيا.

[3] المادة 64 تنص: يختار الأسماء الأب أو الأم أو في حالة وجودهما المصرح يجب أن تكون الأسماء أسماء جزائرية ويجوز أن يكون غير ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين معتنقين ديانة غير الديانة الإسلامية.
تمنع جميع الأسماء غير المخصصة في الاستعمال أو العادة.

كما صدر مرسوم تنفيذي مؤرخ في 8 أوت 2020[1] يتمم ويعدل المرسوم التنفيذي المؤرخ في 3 جوان 1971؛ أهم ما جاء في المادة 1 مكرر أنه يمكن لشخص الذي كفل قانونا طفلا مجهول النسب من الأب، أن يقدم باسن خذا الطفل ولفائدته الى وكيل الجمهورية لمكان اقامتة أو لمكان ميلاد الطفل، طلب تغيير اللقب العائلي للطفل ومطابقته مع لقبه.

كما تضمنت نفي المادة أنه عندما تكون أم الطفل معلومة وعلى قيد الحياة فانه يجب أن يرفق الطلب بموافتها المقدمة في شكل عقد رسمي. وفي حالة تعذر ذلك يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص، لمطابقة اللقب العائلي للطفل مع لقب الكافل، بناءا على طلب هذا الأخير الذي يرفق به تصريحا شرفيا في شكل عقد رسمي يثرح فيه تحت مسؤوليته، أن كل المساعي التي قام بها للاتصال بالأم بقيت دون جدوى.

ويشير المرسوم الى أنه وعقب استيفاء المراحل القانونية، أي نشر طلب تغيير اللقب وانتهاء مهلة الاعتراضات المتعلقة بهذا التغيير (ستة أشهر) وعر الملف على لجنة خاصة، يغير اللقب العائلي للمكفول بموجب أمر من رئيس محكمة مكان ميلاد الطفل المكفول[2].

وعلى هذا الأساس، تبتدئ هذه الحماية انطلاقا من الجهة المختصة بإسناد كفالة الطفل، حيث أعطى المشرع الجزائري أمر هذا الاختصاص الى القاضي المكلف بشؤون الأسرة. باعتبار أنه أفضل رقيب على مصالح الطفل المكفول وحفظ حقوقه.

ان منح اختصاص اسناد الكفالة الى القاضي، والتي تكمن في اثار التي تترتب عن اسناد هذه الكفالة خاصة في علاقة الكافل بالطفل المكفول، بالإضافة الى ذاك فان القاضي هو الذي يتولى مهمة رعاية شؤون القصر اليتامى، ويمارس الولاية على الأطفال المهملين طبقا لما ورد في نص

يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء الى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم بنسب لهم المصرح أية أسماء، يعبن الطفل بمجموعة نت الأسماء يتخذ أخرها كلقب عائلي، أنظر الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 ياعلق بالحالة المدتية، جريدة رسمية 21 نؤرخة في 27-02-1970.

[1] مرسوم تنفيذي مؤرخ في 8 أوت 2020 يتمم ويعدل المرسوم التنفيذي 3جوان 1971 الناعلق بتغير الاسم، الجريدة الرسمية، العدد47.

[2] يوم 2020/12/21، https://www.radioalgerie.dz/news/ar/article/20200821/198101.html

المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص " يجب **أن تكون الكفالة أمم المحكمة أو أمام موثق...**"، ويترتب عن الأمر المتعلق بإسناد كفالة الطفل المهمل تتبع ومراقبة شؤون الطفل المكفول في مدى وقاء الكافل بالتزامه[1]، فتعتبر هذه الصلاحية القضائية من الضرورات الأساسية[2]، حيث ان هذه المراقبة تشكل اجراء وقائيا يحمي الطفل المكفول من كل ما قد يمس به سواء كان مصدرها الغير أو الكافل نفسه، وذلك لما لوحظ في الواقع من أوضاع مزرية لأطفال أسندت كفالتهم الى أشخاص لم تتم مراقبتهم ولا متابعة تنفيذهم لالتزاماتهم المترتبة عن إسنادهم الكفالة، فتمارس هذه الأخيرة بمرحلتين: ففي المرحلة الأولية للإجراءات يقوم الأبوين بالتعبير عن إرادتهما واعلان موافقتها عن الكفالة وهذا يتم بمقتضى تصريح من نفس الأبوين. أمام الموثق أو القاضي الموجود بموطن[3] أو اقامة الموافق على الكفالة أو أمام مسؤولية البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج وهذا طبقا لنص المادة 117 من قانون الأسرة المذكورة سابقا، كما تنص المادة 116 من نفس القانون " **الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية ...**". كما جاء في قرار المحكمة العليا بـ" يجب على الكافل القيام بالإنفاق على الطفل المكفول وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره وليا قانونيا، ما لم يثبت قانونا تخليه عن الكفالة، وفي قضية الحال طالبت الحاضنة من الكافل الإنفاق على المكفول وقضاة الموضوع رفضوا طلبها على أساس أنها هي الحاضنة (بعد افتراق الأبوين) وأن النفقة تكون على الأب، فقضت المحكمة العليا بنقض قرارهم على أساس أحكام المادة 116 من قانون الأسرة[4]، ويكمن دور القاضي بالتأكد من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل، وعند الاقتضاء يأمر بإجراء تحقيق كما باستطاعته الأمر بجميع التدابير المفيدة للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول

---

[1] أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الاسكندرية، سنة 2010، ص 219.

[2] بالحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة، وفق أخر تعديلات مدعما بالإجتهادات القضائية، المرجع السابق، 242.

[3] محمد عبد الواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة والقانون، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، سمة 1991، ص 67،68.

[4] المحكمة العليا صادرة عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2006/12/13 فصلا بالطعن رقم 369032، المجلة القضائية، العدد02، سنة 2007، ص 443.

والانفاق عليه وتربيته[1].

أما المرحلة الثانية فتتمثل في تثبيت الكفالة من القضاء، هنا يرفع الطلب بموجب عريضة تقدم من الكافل الى القاضي ويرفق اليها نسخة من التصريح بموافقة أبوي الولد المكفول، والقاضي المختص محليا هو الذي يوجد بموطن صاحب الطلب، أما إذا كان صاحب الطلب خارج الجزائر يرفع الطلب الى القاضي الذي بموطن المكفول.

فدور القاضي هنا يتصل فقط بالوظيفة الولائية[2] ووفقا لما جاءت به المادة 495 من قانون الإجراءات المدنية والادارية فان[3] فان مهمة القاضي تتصب أساسا على التحقق من توفر الشروط المطلوبة قانونا في قيام الكفالة لطالبه وفي حالة انعدام أحد الشروط فان الطلب بالتكفل يرفض، وعليه جاء المحكمة العليا لتأكد بقرارها أن"**المبدأ: رفض دعوى الغاء كفالة البنت غير المميزة، بناء على التحقيق الاجتماعي الذي أكد عدم أهلية الأم من الناحية المادية والاجتماعية والتربوية، يدخل في السلطة التقديرية للقضاة، مع مراعاة مصلحة البنت المكفولة**"[4].

أما اذا كانت جميع الشروط متوفرة فان الأمر الذي يصدره القاضي غير قابل للطعن ويسلم نسخة منه الى ضابط الحالة المدنية ليتم تسجيله على هامش شهادة ميلاد الولد المكفول[5].

يلاحظ من نص المادة 124 من قانون الأسرة وقرار المحكمة العليا[6]، أنه في حالة ما اذا طلب أحد الأبوين عودة المكفول الى ولايتهم، يحق للولد الاختيار اما بالقبول والالتحاق بهما عند بلوغه سن التمييز، أما في حالة ما اذا لم يبلغ سن التميز بعد هنا لا يصح التحاق المكفول الى كافليه الا بعد

---

[1] المادة 495 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[2] المادة 493 من قانون الاجراءات المدنية والادارية تنص " يفصل القاضي في طلب الكفالة بأمر ولائي"

[3] المادة 494 من قانون الاجراءات المدنية والادارية

[4] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 1110035، بتاريخ 2017/10/04، مجلة المحكمة العليا،العدد 02، سنة 2017، ص81، 85.

[5] الغوثي بن محلة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الساحة المركزية بن عكنون الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، ص 172.

[6] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث ملف رقم 1202787- بتاريخ 2018/06/06، مجلة المحكمة العليا، العدد01، سنة 2018، ص 80.

اذن القاضي والذي بدوره يراعي مصلحة المكفول.

ان التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة القضائية ويتم في حالة تخلي الكافل على الكفالة اذا طرأ طارئ يجعله غير قادر على التكفل بالطفل ماديا أو معنويا ويقدم الطلب امام الجهة القضائية التي منحت له الكفالة، وتكون الجهة القضائية مختصة حتى ولو كانت الكفالة صادرة عن الموثق، وهذا بعد تقديم النيابة العامة لملاحظاتها والتماساتها، فيصدر القاضي حكما بالإشهاد للكافل بالتخلي عن الكفالة أو بإنهائها بطلب من الكافل ويقوم بإسنادها الى أي شخص يختاره يعينه مقدما له، وعند الاقتضاء الى المؤسسة المختصة في رعاية الأطفال[1].

كما يلاحظ بعد صدور قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، لم تعد الكفالة تنتقل الى الورثة بقوة القانون في حالة الوفاة، اذ يجب على الورثة اخبار القاضي دون تأخير بوفاة مورثهم الكافل، ويقوم القاضي بتعيين أحد الورثة كافلا في حالة التزام الورثة بالإبقاء على الكفالة، وفي حالة الرفض يقوم بإنهائها، وهذا ما نصت عليه المادة 497 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

وما يلاحظ بأن نص المادة 497 سالفة الذكر لم يذكر مصير المكفول في حالة انهاء القاضي للكفالة، لكن ذلك لا يمنع من الرجوع الى القواعد العامة في رعاية المكفولين، وهذا بإسناد الكفالة الى المؤسسة المختصة في اعادة الرعاية[2].

كذلك من مهام قاضي شؤون الأسرة الترخيص بتغير لقب المكفول وفقا لما جاء به أخر تعديل لسنة 2020 في نص المادة 1 مكرر المذكورة سابقا لمطابقة اللقب العائلي للطفل مع لقب الكافل، بناءا على طلب هذا الأخير الذي يرفق به تصريحا شرفيا في شكل عقد رسمي يشرح فيه تحت مسؤوليته، أن كل المساعي التي قام بها للاتصال بالأم بقيت دون جدوى.

---

[1] لحسين بن الشيخ اث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، المرجع السابق، ص 113.

[2] المادة 496 من قانون الاجراءات المدنية والادارية لتي تخص دعوى الغاء الكفالة أو التخلي عنها.

المطلب الثاني: الاذن القضائي بالتصرف في أموال القاصر

يجب على الولي[1] بالحصول على الاذن من المحكمة لمباشرة بعض التصرفات والأعمال التي تكون في مصلحة القاصر، وبالتالي أعطى للقاضي حق رقابة هذه الأعمال والتصرفات حتى يكون هذا الأخير على علم بأغلب المعاملات التي تمس أموال القاصر، ويقدر ما فيها من صلاح له، فلا ينفرد النائب الشرعي بتسييرها بعيد عن العين التي تراقبه، وتمنع أن تسول له نفسه التلاعب واختلاس أموال القاصر، أو تبذيرها بإهماله وسوء تسييره.

ان البحث في موضوع الاذن في التصرفات، كوسيلة يراقب بها القاضي أعمال الولي ويحمي عن طريقها أموال القاصر، فيستلزم معرفة التصرفات التي يستوجب فيها القانون إذنا قضائيا وهذا ما سأتناوله مع تبيان دور قاضي شؤون الأسرة في تقييد تصرفات الولي على أموال القاصر. (الفرع الأول)

[1] عرفت الولاية عند مجمع الفقهاء أنها القدرة على انشاء العقود والتصرفات نافذة من غير توقف على اجازة أحد. كما عرفت بانها القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على اجازة أحد، ويسمى متولي العقد (الولي) لقوله تعالى: " ... **فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ 282**" البقرة. أو هي عبارة عن سلطة تجعل لمن تثبت له القدرة على انشاء التصرفات والعقود وتنفيذها، فإنها متعلقة بشئونه كتزويجه نفسه أو التصرف في ماله فهي الولاية القاصرة، وان كانت متعلقة بشؤون غيره كأن يزوج ابنته أو حفيدته أو يتصرف في ماله وأولاده فهي الولاية المتعدية، والولاية المتعدية نوعان:

-**الولاية على النفس:** وهي التي تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأموال المتعلقة بشخص المولى عليه كالتربية والتعليم والتزويج، فالولي له الحق في انشاء عقد زواج المولى عليه وتنفيذه، وهذه كولاية الأخ الشقيق على أخته فاقدة الأهلية أو ناقصتها في التزويج، لذا لم يوجد الأب أو الجد أو جد أحدهما مع عدم أهليته للولاية.

-**ولاية المال:** وهي التي تجعل لصاحبها القدرة على انشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها، أي هي الولاية على المال فقط فتكون في المسائل المالية الخاصة بأموال المولى عليه، وتجعل لمن له القدرة على انشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالأموال النافذة، كولاية الموصي على الموصي عليه. **أنظر:** عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، طبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، سنة 2012، ص 151 الى 153.

-تحدث الفقهاء عن شروط لصحة الولاية لنكاح المرأة، ومرجع هذه الشروط هي العدالة واقامة التشريع. أنظر محمد حاج عيسى، المستجدات المعاصرة في الولاية على المرأة في النكاح- دراسة فقهية مقاصدية، الملتقى الدولي الثاني في المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، يومي 24 و25 أكتوبر 2018، بالوادي، الجزائر، ص 1275 الى 1277.

الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في تقييد تصرفات الولي على أموال القاصر

لقد فرق فقهاء الشريعة الإسلامية في مجال سلطة النائب عن القاصر في مجال الولاية على المال، بين ولاية الأب والجد وولاية الوصي المختار وولاية وصي القاضي أي المقدم، حيث لم يجعلوهم على نفس الصعيد من حيث قوة الولاية ومدى ومقدار صلاحيتهم تبعا لقرب كل منهم للقاصر ومدى اعتبار الشفقة عليه[1]، استنادا الى قوله تعالى: ﴿**وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ**﴾[2].

أما القانون الجزائري ساوى بين النواب القانونيين على القاصر حينما جعل الوصي والمقدم تماما مثل الولي الذي هو الأب والأم، حيث جاء بخصوص الوصي نص المادة 95 من قانون الأسرة على ما يلي:" للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88،89، 90"، وبخصوص المقدم نجد أن المادة 100 من نفس القانون قد نصت أنه " يقوم المقدم مقام الوصي وبخصوص الوصي فانه يخضع لنفس الأحكام"، وبذلك لا فرق بين الولي ووصي ومقدم في القانون الجزائري.

رغم ذلك فان المشرع الجزائري وضع قيودا على الولي والوصي والقيم في المادة 88 من قانون الأسرة التي تخص تصرفات الولي حينما أوجبت عليه التصرف في أموال القصر تصرف الرجل الحريص وليس الرجل العادي وجعلته مسؤولا عن ذلك وفق مقتضيات القانون العام، وهو ما ينطبق على الوصي والمقدم[3]، كما أوضحت نص هذه المادة مجموعة من التصرفات المقيدة بوجوب الحصول على اذن من القاضي، هذا الأخير يتوجب عليه التحقق من وجود الضرورة والمصلحة من وراء هذه التصرفات وله ان لاحظ تعارضها بين مصلحة الولي والقاصر أن يعين متصرفا خاصا[4].

---

[1] ساري عطية سالم شايب، سلطة الولي والوصي في التصرف في أموال القاصر ومحاسبتها، بحث مقدم الى مؤتمر القضائي الشرعي الأول، المنعقد يوم 03 الى 05 سبتمبر 2007 بدائرة قاضي القضاة، المملكة الأردنية، ص 06.

[2] سورة الاسراء، الأية 34.

[3] أث ملويا لحسين بن الشيخ، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص304.

[4] المادتين 89 و90 من قانون الأسرة الجزائري.

الفقرة الأولى: تقييد القاضي تصرفات الولي في الأعمال الإدارة

أجار الفقهاء للأب كل التصرفات التي تحفظ مال ابنه وتصونه، فأجيز له استئجار حارس للأموال وتكون الأجرة من مال القاصر، فان قصر في واجب الحفظ تلف المال أو تضرر وجب عليه ضمان التعويض المناسب[1]. وتتمثل تصرفات الولي في نطاق أعمال الادارة في ثلاثة تصرفات والمتمثلة في اقراض مال القاصر أو الاقتراض، المساهمة في شركة، ايجار عقار القاصر.

في البداية سنتطرق الى الاقتراض أو الاقراض أولا، لأن الحكمة من اشتراط الاذن في مثل هذا العمل هي التأكد من حاجة القاصر للاقتراض، أو أن الاقراض لا يؤدي بماله الى الضياع، كأن يقدم الى شخص مأمون لا يماطل في رده، وغير معرض للإفلاس[2]، كما أن اقراض مال الصغير فيه تعطيل لهذا المال، لبقائه بدون استثمار، لذا فان تصرف الولي ممنوع من هذين التصرفين الا إذا أذن له قاضي شؤون الأسرة[3]. وبديهي أن الاقراض يكون بمقابل، فاذا كان الاقراض بدون فائدة، فانه يعتبر تبرعا[4]، ومنه لا يجوز للأب أن يقرض مال بغير فائدة[5].

– **المساهمة في الشركة:** يجب لصحة الشركة أن يكون الشريك أهلا لإبرام عقد الشركة، وأهلية الشركة هي أهلية التزام، فلا تكفي أهلية الارادة، لأن الشريك يلتزم بعقد الشركة ويلتزم بديونها في ماله الخاص.

فالصبي غير المميز، وعديم التمييز بوجه عام كالمجنون والمعتوه، ليسوا أهلا لأن يكونوا شركاء،

---

[1] أحمد الحجي الكردي، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 86.

[2] رمضان أبو السعود، العقود المسامات عقد الايجار، الأحكام العامة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 1999، ص212.

[3] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2004، ص 35.

[4] التبرعات: ويدخل ضمن عقود التبرعات في التشريع الجزائري الهبة، الوصية، الوقف، وهناك تصرفات أخرى تعتبر تبرعا وهي القرض والصدقة والكفالة[4]، وقد أجمع الفقهاء على عدم جوازها من مال القاصر وفي حال وقوعها تعتبر باطلة، وحتى في حال صدرت من القاصر المميز أيا كانت سنه ولو زاد على الثامنة عشر وكان مأذونا له في التجارة فهو غير أهل لأن يهب ولا يملك أهلية التبرع. أنظر: محمد باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، سنة 2009، ص03.

[5] ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، دار الفكر الجامعي، مصر، سمة 2004، ص 241.

ويكون عقد الشركة في هذه الحالة باطلا. ولكن يجوز للولي أن يشارك بماله، ويكون ذلك من قبيل استثمار هذا المال، ولكن يجب الحصول على اذن المحكمة[1]، وقد نصت المادة 88 الفقرة 03 من قانون الأسرة، على أنه يستأذن الولي القاضي في المساهمة في الشركة، وذلك بالحصول على الترخيص قضائي ولا بد أن يكون صادر عن قاضي الأسرة[2]، دون تحديد نوع الشركة أهي شركة خاصة أم شركة أموال، أم شركة مختلطة، وهنا نجد أنفسنا ضمن بعض المشكلات القانونية والتي تتمثل في حالة قيام الولي باستثمار أموال القاصر بالمساهمة في شركة بحيث بكون هذه الشركة شركة تضامن فالسؤال المثار هنا هل للقاصر نفس خصائص الشركاء المتضامنين، فيكتسب صفة التاجر بانضمامه للشركة[3]، ويكون مسؤولا عن ديونها مسؤولية شخصية تضامنية في جميع أمواله، ويشهر افلاسه مثل بقية الشركاء اذا ما أفلست الشركة؟ كل هذه الأحكام تؤدي بلا سك الى الاضرار بمصلحة القاصر، ومنه يتضح بأن هناك استثناء على مبدأ إمكانية الولي باستثمار أموال القاصر بالمساهمة في الشركة مهما كانت طبيعتها، بشرط ألا تكون تلك المساهمة منصبة على شركة أشخاص، كشركة التضامن، لأن هذه الأخيرة تكسب كافة الشركاء صفة التاجر، وان القاصر لا يمكنه اكتساب صفة التاجر لعدم اكتمال الأهلية لديه كما أن هذا النوع من الشركات يجعل الشركاء مسؤولين مسؤولية تامة وشخصية على ديوان الشركة تجاه الغير، وبالتالي قد تلحق أضرار بأموال القاصر[4].

- **إيجار العقار**: يجوز لولي القاصر بتأجير عقار مملوك للقاصر، بشرط ألا تزيد مدة الإيجار عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة من بلوغه سن الرشد، وفي نفس السياق سار عليه القانون المدني في نص المادة 468[5] في صياغة عامة والتي تؤكد ما نصت عليه المادة 88 من قانون

---

[1]عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، العقود التي تقع على الملكية (الهبة والوصية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 1998، ص 250،251.

[2]لحسين بن الشيخ اث ملويا، قانون الأسرة، نصا وشرحا، دراسة تفسيرية، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، قسنطينة، الجزائر، سنة 2014، ص 94.

[3]عمورة عمار، شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، سنة 2010، ص 188.

[4]عمور عمار، شرح القانون التجاري الجزائري، طبعة منقعة ومصححة، دار المعرفة، الجزائر، سنة 2010، ص 189.

[5]جاءت نص المادة 468:" لا يجوز لمن لا يملك الا حق القيام بأعمال الادارة أن يعقد ايجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

إذا عقد الايجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة الى ثلاث سنوات".

الأسرة، والمقصود من نص المادة أن الولاية تنتهي ببلوغ القاصر سن الرشد، وقد يرى القاصر حينئذ التصرف في عقاره بطريقة مختلفة، فيكون الإيجار تقييدا لإرادته، ويكون للمحكمة منح الإذن إذا رأت في ذلك مصلحة القاصر.

وما تجدر الإشارة إليه أنه حتى في حالة عدم ذكر المشرع الجزائري لإيجار المحلات التجارية[1]، فانه تخضع لحكم هذه الفقرة ما دام أن المشرع ذكر صفة " العقار" بصفة عامة، وهذا لا يثير أي إشكال عمليا، ذلك أن إيجار المحل التجاري من التصرفات القانونية الهامة التي ترد على المحل التجاري[2]، إذ أن تأجير المحل التجاري قد يمثل الوسيلة المثلى لاستغلال محل ال بالميراث أو الوصية الى القاصر، فبدلا من أن تتم تصفية التجارة يمكن تأجير المحل التجاري[3].

الفقرة الثانية: تقييد القاضي للولي في أعمال التصرف

يقصد بالتصرف هو استخدام المالك للشيء على النحو ينفذ سلطانه عليه كليا أو جزئيا فيستأثر على كيان الشيء ووجوده[4]، فأعمال التصرف هنا تقابل أعمال الإرادة فيما يتعلق بالاستغلال، ومن ثم يكون العنصر الثالث لحق الملكية هو التصرف، فيجوز للمالك أن يتصرف في ملكه بجميع أنواع التصرفات، بالبيع أو الهيئة أو الشركة أو القرض أو غير ذلك من التصرفات الناقلة للملكية، ونقل الملكية على هذا الوجه هو أوسع ضروب التصرف الذي يستطيع المالك أن يقوم بها، فانه إذا نقل الملكية لا يستبقي من ملكه شيئا، ويصبح غيره المالك، وقد يتقاضى مقابلا لذلك كما في البيع والشركة

---

[1] يقصد بعقد الايجار التجاري: هو الانتفاع بالمكان المستأجر لمزاولة التجارة بموجب عقد ايجار، ويخضع للأحكام العامة للعقود المنصوص عليها في القانون المدني، ولأحكام خاصة نص عليها القانون التجاري والتي تتمثل في وجود عقار أو محل، أن يكون الايجار من أجل ممارسة التجارة، وأن العقد نحدد المدة، أنظر: عمورة عمار، العقود والمحل التجاري، دار الخلدونية، الجزائر، ص 215 و222.

[2] نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، سنة 2011، ص 127.

[3] مقدم مبروك، المحل التجاري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر سنة 2008، ص 88.

[4] حميد بن شنيتي، نظرية الالتزامات، نظرية الحق، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة حسناوي مراد، الجزائر، سنة 2014، ص 54.

والقرض[1]، وقد لا يتقاضى مقابلا كما في الهبة، كذلك يجوز للمالك دون أن ينقل الملكية كلها أو بعضها، أن ينقل عنصرا أو أكثر من عناصر الملكية مع استبقاء الملكية بعد استبعاد هذا العنصر[2].

ولقد ذكر المشرع الجزائري في المادة 88 من قانون الأسرة في كل من الفقرة الأولى والثانية، أعمال التصرف التي على الولي القانوني أن يستأذن القاضي فيها، والتي تتمثل في: بيع العقار ورهنه وقسمته، إجراء المصالحة، بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

-**بيع العقار ورهنه وقسمته:** تعتبر التصرفات التي تقع على العقار من أخطر التصرفات التي يقوم بها النائب الشرعي، نظرا لأهمية الثروة العقارية في مجتمعنا، لذا قيدها المشرع الجزائري بضرورة الحصول على إذن القاضي في التصرفات الواردة على العقار، سواء تعلق الأمر ببيع العقار، أو رهنه، أو قسمته في حال وجود القاصر بين الشركاء[3].

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى المقايضة، والتي هي بدورها عمل من أعمال التصرف يبرم لاستغلال رأس المال[4]، ومع ذلك فانه يجب إخضاع مقايضة العقار بمال أو عقار أخر إلى إذن القاضي، وهذا نظرا لاتحاد العلة والسبب من اشتراطه في البيع، وهذا ما نصت عليه المادة 425 من قانون المدني: " تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي يسمح به طبيعة المقايضة"[5]. ومنه نستنتج أنه لا بد للمشرع الجزائري أن يستدرك ويقيد مقايضة العقار بلاذن القضائي.

فالقاعدة هي أن الولي يقوم على رعاية أموال القاصر[6]، وأن له نظر لافتراض وفرة الشفقة فيه

---

[1]نالدية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري المرجع السابق، ص 191.

[2]عقيلة بلقاسم، رقابة القاضي على تصرفات الولي الشرعي في أموال القاصر في التشريع الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، المجلد08، العدد02، سنة 2020، ص199،200.

[3]قرار المحكمة العليا بتاريخ 1988/12/19 تحت رقم 51282، مجلة المحكمة العليا، عدد الثاني، سنة 1991/ص68.

[4]حمدي باشى عمر، القضاء المدني، طبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، سنة 2009، ص127

[5]علاوة بوتغرار، التصرف في أنوال القاصر، مجلة الموثق، عدد الثالث، الجزائر، سنة 1998، ص 13.

[6]نصت المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشأن تكفل القاضي بالسهر على حماية مصالح القصر مدد المشرع الحماية لتشمل البالغين ناقصي الأهلية هم أشخاص يتمتعون بأهلية أداء كاملة غير أنها تأثرت بعارض من عوارضها أو مانع من موانعها وعوارض الأهلية منها ما يؤثر في إدراكه وتمييزه فيؤدي إلى إعدامه مثل الجموم والعته، ومنها ما يضاعف الادراك والتمييز مثل السفه والغفلة. وتختلف عوارض الأهلية عن موانع الأهلية في أن المانع يكون الشخص فيها كامل الأهلية والادراك والتمييز لكم هناك مانع يحول بينه وبين امكانية مباشرة تصرفاته القانونية أو الاستقلال بمباشرتها مثل السجين الغيبة العاهة العجز. أنظر أبوزيد رشدي شحاتة، الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، دار الوفاء، الإسكندرية، طبعة 1، سنة 2008، ص 624 و625.

إدارتها والتصرف فيها، إن المشرع الجزائري حدد مهمة ببيع العقار بحيث يجب على القاضي مراعاتها أثناء منح الإذن المتعلق بهذا التصرف، وذلك من خلال نص المادة 89 قانون الأسرة سالفة الذكر، والتي جاء فيها بأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني، فلا يكفي أن يحصل النائب على الإذن ببيع العقار فقط[1]، أي نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع حدا أدنى لقيمة العقار التي تتخذ كمعيار لضرورة أخذ الإذن من عدمه،وهو تدبير أخر لحماية الأملاك العقارية للقاصر وذلك لما في المزاد من ضمانات لازمة لحماية مصلحة القاصر على اعتبار أن القاضي هو من يقوم بالبيع.

كذلك الشأن بالنسبة لقسمة العقار، إذ لا بد على النائب الشرعي للقاصر الحصول على إذن من رئيس المحكمة من جهة، ومن جهة أخرى وطبقا للمادة 181 من قانون الأسرة يجب أن تكوم القسمة عن طريق القضاء، وبالتالي فانه لا يسوغ القيام بالقسمة الاتفاقية[2]، وهذا يعتبر مظهرا من مظاهر حماية مال القاصر تجنبا لأي إجحاف في حقه أو إنقاص فيه، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا حيث أنه:" من المقرر قانونا أن تقسيم عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي، ومن المقرر أيضا أن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى متى كان ذلك لازما، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذين المبدأ سن يعد مخطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت في – قضية الحال– أن الطاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقار القاصر وفي رفع الدعوى وأن قضاة المجلس بتأييدهم للحكم القاضي بصحة تلك الإجراءات خرقوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"[3]. ومنه فإذا حصل اتفاق بين الولي وباقي الورثة على قسمة عقار مملوك على الشيوع فانه يجب على الولي الحصول على إذن من المحكمة، بشرط أن تكون القسمة غير ضارة بمصلحة القاصر تجنبا لأي إجحاف بحقه، فتأذن المحكمة مبدئيا للممثل

[1] عقيلة بلقاسم، رقابة القاضي على تصرفات الولي الشرعي في أموال القاصر في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 202.

[2] عقيلة بلقاسم، رقابة القاضي على تصرفات الولي الشرعي في أموال القاصر في التشريع الجزائري، نفس المرجع، ص 202، 203.

[3] المحكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، بتاريخ 1988/12/19، ملف رقم 51282، مجلة قضائية، عدد الثاني، سمة 1991، ص 63.

القانوني للقاصر[1] بمباشرة إعداد مشروع قسمة مع الشركاء بواسطة خبير عقاري معتمد، وبعد انجاز هذا المشروع يعرض على المحكمة العليا بمصادقة عليه اذا رأست أنه يكفي حماية للقاصر الشريك، وتمنح الإذن للممثل القانوني ليتم إفراغ تقرير القسمة في عقد رسمي أمام الموثق، أما في حال عدم توصل الولي لاتفاق مع بقية الشركاء على إجراء القسمة، أو أراد الخروج من حالة الشيوع الاختياري، فله اللجوء مباشرة إلى القضاء لطلب إجراء القسمة بواسطة خبير عقاري معتمد.

وفي حالة إثبات الخبير تعذر قسمة العقار، فان المحكمة تأمر بالبيع في إطار دعوى القسمة، ففي هذه الحالة قد تتصادم مصالح الورثة الذين يطلبون باقتصار المزايدة عليهم فقط طبقا للمادة 728 من قانون المدني الجزائري، ومصالح القاصر التي تستدعي البيع بالمزاد العلني[2] طبقا للمادة 89 من قانون الأسرة، إلا أنه يجب مراعاة مصلحة القاصر بدرجة أولى كونه الطرف الأضعف فلا تقتصر المزايدة على الشركاء فقط دون المادة 89 من قانون الأسرة نص خاص، والخاص يقيد العام. ولضمان حماية أنجع لأموال القاصر فقد أوجب المشرع أن تكون القسمة أمام القضاء[3] طبقا لنص المادة 181 من قانون الأسرة سابقة الذكر، وجاء في قرار المحكمة العليا:" ... **فير أنه في حالة وجود قصر كما هو الحال في القضية، فلا بد على قضاة الموضوع من احترام متطلبات المادة 181 من قانون الأسرة التي تقتضي على أنه في حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء، وذلك لضمان عدم الإجحاف بحق القاصر حيث أن القسمة المنوه عنها بالتراضي لم تقع تحت إشراف العدالة ودفاع النيابة.... ولم تحترم المادة 181 من قانون الأسرة والمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية** "[4].

---

[1] علواش هشام، سلطة القاضي في حماية أموال القاصر، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية، ماجستير، أحوال شخصية، جامعة الأمير عبدالقادر، قسنطينة، سنة 2008، ص 160.

[2] سميحة حنان خوادجية، بيع عقار القاصر بالمزاد العلني في القانون الجزائري، مجلة الشريعة والإقتصاد، العدد 12، سنة 2017، ص 150، 151.

[3] عليواش هشام، سلطة القاضي في حماية أموال القاصر، نفس المرجع، ص 163.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1992/12/22، ملف رقم 84559، مجلة قضائية، عدد الأول، سنة 1995، ص 110.

إن رهن العقار هو حق عيني ينشأ بموجب عقد رسمي، ويتقرر ضمانا للوفاء بدين سابق، وهذا الحق يتقرر على عقار مملوك للمدين أو لشخص أخر وهو الكفيل العيني، وبموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار متقدما على الدائنين العاديين أو التالين له في المرتبة. لذلك يعد الرهن من الإجراءات التي ترد على العقار ولأهمية وحساسية هذا الأخير فقد كلفه المشرع بضمان خاص إذا ما تعلق بعقار القاصر، ويتمثل هذا في إذن القاضي وذلك بالنظر إلى أن الرهن من أعمال التصرف التي يقوم بها الولي في أموال القاصر[1]، والتي قد تؤدي إلى الإضرار بمال هذا الأخير أو تعريضه للخطر، لما فيه من تعطيل لمنفعة المال على أساس حق المرتهن بالحبس لحين تسديد الولي الدين، وقد يطول حق الحبس بحال عجز الولي عن سداد الدين في ميعاده، ولهذا كان على القاضي مانح الإذن التأكد من قيام حالة الضرورة والمصلحة[2] التي تنص عليها المادة 89 من قانون الأسرة الجزائري، وكذلك إمكانية سداد الدين لاحقا. غير أن نص المادة 88 من نفس القانون لم يوضح ما إذا كان هذا الدين المضمون برهن على الولي أم على القاصر، وانما جاء النص عاما، فبمجرد رهن عقار القاصر أيا كان السبب وجب على الولي استئذان القاضي[3].

وكذلك الشأن بالنسبة للمصالحة والتي تتم عن طريق إبرام عقد الصلح والذي عرفته المادة 459 من قانون المدني " عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"، وهنا تظهر خطورة عملية المصالحة التي يقوم بها النائب، بحيث أن هذا التنازل قد يلحق ضررا بمصالح القاصر، ومن هذا الباب اشترط المشرع وجوب حصول النائب على إذن من القاضي لإجرائها. وما يمكن ملاحظته أن المشرع لم يوضح إذا ما كانت المصالحة المقيدة بوجوب الحصول على الإذن متعلقة بعقار مملوك للقاصر أو منقول، ورغم إدراج المشرع الحديث عن المنقولات في فقرة خاصة، إلا أن المصالحة التي قصدها المشرع متعلقة بالمنقولات ذات الأهمية الخاصة أيضا، وهو السبب الذي جعل المسرع إلى ضرورة خضوع المصالحة في العقار إلى

[1] علاوة بوتقرار، التصرف في أموال القاصر، المرجع السابق، ص 24

[2] سميحة حنلن خوادجية، بيع عقار القاصر بالمزاد العلني في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 153،154.

[3] غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، سنة 2015، ص 200.

الإذن القضائي باعتباره حامي لحقوق هذه الفئة الضعيفة، فما دام أن المصالحة في المنقول تلحق ضرر أكيدا بالقاصر فإنها بالضرورة تخضع لهذا الإجراء.

أما بالنسبة للمنقولات ذات الأهمية الخاصة[1]، نجد أن المشرع الجزائري بم يحدد معيارا لتقدير أهمية المنقول، مما يعني معه أن النائب الشرعي مضطر لطلب الإذن في بيع كل منقول مملوك للقاصر، ويرجع للقاضي تحديد مدى أهميته. ومنه تتضح أهمية الضمانة التي أقرها المشرع بالنسبة للقاصر، إذ أن تصرفات النائب القانوني على أموال القاصر نكون من المفروض خاضعة إلى رقابة قاضي شؤون الأسرة، من خلال وجوب حصول النائب القانوني على إذن بالتصرف، يمنحه القاضي بعد تحقق مصلحة القاصر في مباشرة التصرف القانوني[2].

وما تجدر الإشارة إليه أن التصرفات المقيدة بإذن من القاضي والمنصوص عليها في المادة 88 من قانون الأسرة لم ترد على سبيل الحصر، وإنما ورودها جاء على سبيل المثال، بحيث استطاع المشرع أن يلم بأخطر التصرفات التي ترد على المال القاصر والشائعة في المعاملات بين الأفراد، إلا أنه كثيرا ما تطرح على قاضي شؤون الأسرة تصرفات يقرر بشأنها ضرورة الحصول على إذن قضائي[3].

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على أعمال الولي

نصت المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري على شرط عام، موضوعي يحكم تصرفات الولي على أموال من هم تحت ولايته، وهو التزامه في تصرفاته، بمثابة تصرفات الرجل الحريص، وعليه

---

[1] ان مصطلح المنقولات ذات الأهمية الخاصة هو مصطلح مطاط وفضفاض بامتياز، ويكتنفه المثير من الغموض، فالمنقولات ذات الأهمية التي يقصدها المشرع في نص المادة غير محددة بدقة ولا يوجد معايير ولا ضوابط لتقدير ما إذا كان المنقول ذو أهمية خاصة أم لا. أنظر: عبد الحفيظ بكيس، الوصاية في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، جامعة الجزائر، سنة 2015، ص 84 و85.

[2] عبد الحفيظ بكيس، المرجع السابق، ص 86.

[3] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، سنة 2008 ص 250 و 251.

–محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، طلعة جديدة، عين مليلة، الجزائر، سنة 2011، ص148 و149.

فهذا يحول دون التبذير بأنوال القاصر، فنظام الولاية قد بني على أساس كسب المصلحة ودرء المفسدة عن المولى عليه، فإذا تصرف الولي بما ينافي هذه المصلحة عن عمد أو إهمال، يكون قد أخل بالتزاماته الشرعية والقانونية، فيترتب على الإخلال جزاءين يكون للقاضي توقيعهما، وذلك من خلال تطرقنا إلى جزاء تجاوز الولي حدود سلطته والدور الذي يلعبه القاضي في حالة تجاوز الولي لسلطته.

لم يتناول المشرع الجزائري على الجزاء المفروض على قيام الولي بتصرفات مخالفة لنظام الولاية، ومن بينها التصرفات الضارة بالقاصر، وكذا التصرفات التي تكون بدون إذن القاضي.

بدءا سنتطرق إلى **حكم التصرفات الضارة ضررا محضا**، وهي التصرفات التي يترتب عليها افتقار ذمة الشخص دون أن يحصل على مقابل لذلك[1]، فيخرج من ذمته مال دون أن يدخل فيها مقابل له، ومثال ذلك الهبة بالنسبة للواهب والإبراء بالنسبة للدائن. فالتصرف الضار الذي يقوم به القاصر يعد باطلا حتى ولو أجازه ممثله الشرعي، لعدم صحة إجازته، وعليه فانه لا يتصور صحته لو كان هذا التصرف الضار للقاصر صادرا من الممثل الشرعي، ولهذا لا يجوز للولي التبرع بمال القاصر المشمول بولايته مهما كان سبب هذا التصرف، وهذا على خلاف المشرع المصري الذي أجاز للولي التبرع من مال القاصر لأداء واجب عائلي أو إنساني في المادة 05 من قانون الولاية على المال المصري، وذلك مصدقا لقوله تعالى: **﴿مَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾**[2].

أما الفقه الإسلامي فقد منع هو الأخر بالإجماع تصرفات الولي الضارة بالقاصر عملا بقوله تعالى: **﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾**[3] وقوله أيضا: **﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا (١٠) ﴾**[4].

كما أن المشرع الجزائري لم يحدد القاضي المختص بمنح الإذن في القواعد الموضوعية المتعلقة

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 1998، ص 294.

[2] سورة النساء، الأية 06.

[3] سورة الأنعام، الأية 152.

[4] سورة النساء، الأية 10.

بقانون الأسرة بحيث جاء بمصطلح القاضي دون أن يحدد طبيعته، والقاضي بمثل هذه الحالات يكون أمام معاملات تقتضي الدقة، أما نظرية الفرنسي فقد فصل في فصل في مسألة الاختصاص بدقة، حيث أخضع مثل هذه الأمور لقاضي الولاية، وهو قاضي بالمحاكم الابتدائية الصغرى يعينه الرئيس الأول للمحكمة الاستئنافية من جهة، وقاضي يفصل في المنازعات الناجمة عن ممارسة السلطة الأبوية، وهو قاضي بالمحكمة الابتدائية الكبرى يعينه كذلك الرئيس الأول للمحكمة الاستئنافية من جهة أخرى. ومن هذا المنطلق هل يتم اللجوء في الجزائر إلى قاضي شؤون الأسرة، باعتباره يسهر على حماية أموال القاصر طبقا للمادة 424 قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، وهو الأجدر بمنح الإذن من غيره، أم إلى رئيس المحكمة باعتبار الإذن يدخل ضمن الأعمال الولاية التي تختص بها؟

إلا أنه باستقراء المادة 479 قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أنه " يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا، والمتعلق ببعض تصرفات الولي، من قبل قاضي شؤون الأسرة، بموجب أمر على عريضة"، وبالتالي قاضي شؤون الأسرة هو المختص. وعلى العموم يفترض في تصرفات الولي أن تكون في مصلحة القاصر سواء كانت ضمن سلطاته أو خارجها، وحماية للقاصر يستحسن ألا تتخذ هذه التصرفات في حق القاصر إلا بعد إقرارها ممن يملك هذا الحق، أي سواء من المحكمة أو القاصر عند بلوغه سن الرشد، وهذا هو المنطق غير المشرع الجزائري لم ينص على جزاء محدد لهذه الحالة بل اكتفى بحصر الحالات المستوجبة لإذن القاضي، يتبعه في ذلك القانون المدني الجزائري الذي لم يقم بتحديد الجزاء في حالة تجاوز النائب حدود نيابته، بالمادة 74 من القانون المدني الجزائري[2]، ومن خلال هذه المادة يتضح أن أي تصرف يقوم به النائب لابد أن يكون في الحدود التي رسمها الأصيل للنائب وبحسب الاتفاق المبرم بينهما[3]، بحيث إذا تجاوز النائب

---

[1] تنص المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القاصر".

[2] تنص المادة 74 من قانون المدني الجزائري:" إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل".

[3] يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الميسر للتوزيع والنشر، سنة 2011، 46، 47.

حدود نيابته لا ينتج أثاره في مال أو ذمة القاصر، أي لا يكون نافذا في حقه، كما أن أثاره لن تمتد إلى ذمة الولي، لأن طرفيه قصدا أن تسري هذه الآثار في ذمة القاصر وليس في ذمة من أبرم التصرف نيابة عنه[1]. أما المادة 77 من قانون المدني تنص على أنه: "**لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص أخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخلفه مما بقضي به القانون وقواعد التجارة**". فالمشرع رغم رفضه تعاقد الشخص مع نفسه بسبب ما يترتب عنه من تعارض المصالح الا أنه اعترف للأصيل بإجازة، وعليه إذا صدر تصرف من شخص له ولاية على مال القاصر غير أنه تجاوز فيه حدود هذه الولاية، كالولي الذي يبيع مال القاصر دون استئذان المحكمة، أو باع بأقل من الثمن المحدد بقرار المحكمة[2]، فان هذا التصرف بحسب القواعد العامة لا يعتبر نافذا في حق القاصر، لكن في حالة ما إذا تم إقراره من طرف المحكمة أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد فانه يصبح نافذا من يوم الإقرار[3]. فبالتالي كل عقد متعلق بأملاك القاصر لابد أن يوافق عليه القاضي المختص بهذا الشأن وإلا أصبح عقدا مخالفا للقانون وهو عقد باطل ولو ترتب على هذا البطلان أضرار فيتحملها المسبب في إبرام ذلك العقد المخالف للقانون.

وهنا نتساءل على الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في حالة تجاوز الولي لسلطته، باعتبار أن الأصل في الحرص على مصالح الأولاد جلبة فطرية في الأبوين، لكن لكل أصل استثناء فيمكن أي يسيء الولي بتهمته فيشكل مصدر تهديد بسبب الإهمال أو تغليب المصالح، فتنتفي العلة من الولاية بإساءة الولي استعمال سلطته، أو إهمالها بإخلال بواجبه مما ينتج قيام مسؤوليته.

---

[1] عمرو عيسى الفقي، الولاية على المال القاصر. نظم الولاية، حدود الولاية على المال، الإجراءات الخاصة بالولاية على المال، المكتب الفني للموسوعات القانونية، مصر، سنة 1998، ص 108.

[2] معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، منشأة المعارف الاسكندرية، الجزء الثالث، الطبعة السابعة، سنة 1997، ص 1483،1482.

[3] أحمد لعور، نبيل صقر، القانون المدني نصا وتطبيقا كبقا لأحدث التعديلات بالقانون 07-05، دار الهدى، عين مليلة، سنة 2007، ص51، 52..

وهذه المسؤولية بالنسبة للولي الأصلي هي مسؤولية تقصيرية[1]، ولم يحاسبه المشرع فيها عن الخطأ الجسيم الذي يرتكبه الرجل المهمل فقط، بل يحاسبه حتى عن الخطأ اليسير الذي يقع من الرجل العادي وهذا ما تنص عليه المادة88 من قانون الأسرة والتي جاء فيها:" **على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام...**". ومن خلال نص المادة نستنتج أنه يترتب عن إخلال النائب الشرعي سواء كان أبا أو أما بواجبه وقيام مسؤوليته جزاءان يكون للقاضي توقيعهما.

فأول جزاء قد يترب على النائب في حالة تجاوز حدود سلطته على أموال القاصر هو العزل[2]، والمقصود منها هي عزل النائب الشرعي أو سلب ولايته أيا كان التعبير فالمعنى واحد[3]، فإذا ثبت تقصير من يتولى حدود ولايته في أداء مهامه المنوط به حينها يتعين على القاضي اتخاذ أي إجراء وقتي بغرض الحفاظ على مصالح القاصر وذلك بموجب أمر ولائي[4]، وهو ما يفهم من نص المادة 473 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية :" **إذا قصر الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه، يتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي**". وعليه فان طلب العزل يكون من كل من له مصلحة في حماية القاصر متى أثبت أن الولي يعرض بتصرفاته مصالح القاصر للخطر.

فالمحكمة من حقها ومن سلطتها أن تراقب تصرفات الولي في مال القاصر المشمول بولايته ومدى ما يبذله من رعاية في إدارتها، ولها أن تقدر ما إذا كان بقاؤها في يد الولي يشكل خطرا على مصالح القاصر من عدمه إضافة[5].

---

[1]كمال صالح البنا، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، القاهرة، مصر، سنة 1982، ص15.

[2]أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، القاهرة الحديثة، سنة 1992، ص 1543.

[3]أحمد لعور، نبيل صقر، القانون المدني نصا وتطبيقا كبقا لأحدث التعديلات بالقاتون 07-05، المرجع السابق، ص51.

[4]سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بنصه وشرحه والتعليق عليه وتطبيقه، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، سنة 2011، ص 648.

[5]عبد التواب معوض، موسوعة الأحوال الشخصية، منشأة التعارف، الطبعة السادسة، الجزء الثالث، الإسكندرية، سنة 1995، ص 1503.

كما يعتبر التعويض هو ثاني جزاء قد يترتب على الولي الذي تجاوز حدود سلطته في الولاية على أموال القاصر، فبمجرد قيام مسؤولية الولي نتيجة تصرفاته التي مست مصالح القاصر، يكون ملزما بتعويض هذا الأخير عن خسارته، ولكن لما كان الأصل في النائب الشرعي أنه يفترض فيه الأمانة[1]، فهو لا يضمن إلا ما ضاع من أموال القاصر نتيجة الإهمال بحفظها، أما ما ضاع من أموال القاصر بسبب أجنبي خارج عن إرادته فلا ضمان عليه.

كما أوقع الفقه الإسلامي وكذا القوانين العربية على عاتق الولي، التزامات أمام القاضي أثناء ممارسته لمهمته (مسؤولية مدنية)، وهي تمكن هذا الأخير من مراقبة الولي مراقبة مستمرة يضمن بها القانون عدم استغلاله لأموال القاصر بسبب مركزه، أو سواء تدبيره لهذه الأموال وإهمال مصالحه، وكذا تسهيل تقدير مدى مسؤوليته عن الأضرار التي يلحقها بالقاصر وأمواله[2]، وتتمثل هذه الالتزامات في:

-تحرير قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يؤول إليه، وإيداع هذه القائمة لدى المحكمة التي يقع بدائرتها موطنه، في أجل يحدده القانون من بدء النيابة أو من أيلولة المال للقاصر.

-إلزام الولي بتقديم حساب عن ريع مال القاصر في مدة معينة من كل سنة، حسب كل قانون[3].

في حين أن المشرع الجزائري أهمل ذلك، فلم يحدد أي التزام من هذا النوع قد يقع على عاتق الولي، عند انتهاء مهامه والتي جاءت بها المادة 97 من قانون الأسرة والمتمثلة في انتهاء مهامه وذلك بتسليم الأموال التي في عهدته ويقدم حسابات بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، وأن يقدم صورة إلى القضاء[4]، ومنه فان هذا الالتزام يقع على الولي ويجب عليه أن يتحمل المسؤولية المدنية عما قد يلحق القاصر من أضرار، ذلك أن نظام

---

[1] علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر. الجزائر، سنة 2013، ص 149، 150.

[2] جميلة مسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، سنة 2006/200، ص 67.

[3] سالم بن حميد بن محمد الصوافي، الولاية على أموال القاصر مقارنة بقانون الأحوال الشخصية العماني والفقه دراسة فقهية قانونية مقارنة، الطبعة الأولى، المجلد الأول، مركو الغندور للنسر، سنة 2009، ص 194.

[4] عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة، الأبيار، الجزائر، سنة 2011، ص 239 و240.

النيابة الشرعية يبنى على أساس حماية مصالح القاصر المالية، فإذا تصرف النائب بما ينافي هذه المصلحة عن عند أو إهمال، يكون قد أخل بواجبه الشرعي والقانوني فألزمت المادة 88 من قانون الأسرة الولي أن يكون حريصا في تصرفه، وإلا كان مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، وان طبيعة المسؤولية المدنية التي تقع على عاتق الولي فمصدرها يكمن بإخلال الولي لالتزام أقره القانون على عاتقه، فالجلي بالذكر أنه يطلب من الولي ببذل عناية الرجل الحريص أي أن الولي يسأل عن الخطأ البسيط وليس الجسيم فقط ذلك بحكم القرابة التي تربطه بالقاصر، فتجعل المفترض فيه أن يخاف على مصالح هذا القاصر كما يخاف على مصالحه الشخصية.

مع العلم أن المنازعات المتعلقة بالولاية على أموال القاصر ترفع أمام قاضي شؤون الأسرة، وفي حالة الاستعجال يفصل في الدعوى وفقا للإجراءات المستعجلة، وتكون الأحكام الصادرة منها قابلة للطعن.

أما المنازعات المتعلقة بتصرفات القاصر بعد بلوغه سن التمييز ترفع أمام قاضي شؤون الأسرة من خلال نص المواد 454، 476و 478 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وللقاضي أن يأمر بترشيد القاصر بموجب أمر ولائي ضمن الشروط المنصوص عنها في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، والمواد 479 و480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثالث: الإذن بتوقيع الشهادات الادارية الخاصة بالقاصر

هناك حالات تتعرض لها بعض الأسر أثر غياب الأب سواء كان هذا الأخير في حالة فقدان أو في حالة إهمال لأسرته وعدم المبالاة، فنجد حالة فقدان تواجه صعوبات خاصة، فيما يتعلق باستخراج شهادات ادارية ذات طابع المدرسي، أو الاجتماعي خاصة المتعلقة بأبنائهما مما يجعلها تلجأ للقضاء الاستعجالي لاستصدار أوامر وأحكام تسمح لها بتوقيع تلك الشهادات وتسليمها[1].

حيث نص المشرع الجزائري في هذه الحالة في المادة 63 من قانون الأسرة مع العلم أن هذه المادة ملغاة بموجب الأمر رقم 02/05 والتي تنص على أنه " في حالة اهمال العائلة من طرف الأب

[1] يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2011، ص 58.

أو فقدانه يجوز للقاضي قبل أن يقدر حكمه أن يسمح للأمر بناءا على طلبها بتوقيع كل شهادة ادارية ذات طابع مدرسي أو اجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب الوطني"[1].

عند قراءتنا لهذه المادة تبين أنها تنطوي على أكثر من تأويل. فبالنسبة للاحتمال الأول هو كون طلب الحصول على اذن يقدم كطلب لدعوى أصلية، وأن قاضي شؤون الأسرة يصدر أمرا يسمح فيه الأمر بتوقيع وتسليم الشهادات الادارية، والمقصود هنا بقاضي شؤون الأسرة، الذي يقصل طبقا للإجراءات القضايا المستعجلة في أي تدبير مؤقت وهذا بموجب أمر على ذيل عريضة من المدعي ويكون للأمر الصادر مشمولا بالنفاذ المعجل بقوة القانون طبقا للمادة 311 فقرة الثانية من قانون الاجراءات المدنية والادارية والتي تنص:" يجب أن يكون الأمر على عريضة مسببا، ويكون قابلا للتنفيذ بناء على النسخة الأصلية"[2].

وحاليا وخاصة بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، فانه يمكن للأم أن تلجأ الى قاضي شؤون الأسرة وتستصدر أمرا على ذيل عريضة بقضي لها بتوقيع الشهادات الادارية باعتبار أن هذه المسألة من مسائل الاستعجال والتي تتطلب اتخاذ تدابير مؤقتة ومستعجلة بشأنها ويصدر القاضي أمر على وجه الاستعجال[3].

[1] المادة 63 من قانون الأسرة الجزائري ملغاة.

[2] لحسين بن الشيخ اث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما بالاجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 سنة 2014، دار هومة، الطبعة الثالثة، الجزائر، سنة 2015، ص 196.

[3] يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 59.

المبحث الثاني: الأذون القضائية الخاصة بعقد الزواج.

اعتبر المشرع الجزائري الزواج من المسائل التي تقتضي أن يتمتع فيه الراغب بأهلية كاملة، وأن الولي في عقد الزواج في حالة وجوبه يعتبر شرط من شروطه، ولكن رغم ذلك يجوز للقاضي منح ترخيص بالزواج دون السن المحددة وفقا لما تم التطرق إليه سابقا والذي أطلق عليه بالأذون القضائية الخاصة بالقاصر، في المقابل توجد هناك أذون أخرى يجيز فيها قاضي شؤون الأسرة منح الترخيص للراغبين في التعدد من خلال إعمال سلطته في تقدير القيود الموضوعية والشكلية لتعدد الزوجات، وان هذه الأخيرة تعتبر من المسائل الشائكة التي أثارت جدالا كبيرا وما زالت تمس حقوق المرأة في الدول الإسلامية وفي الجزائر على الخصوص مما تستدعي الضرورة تسليط الضوء عليها وتبيان دور القاضي فيها، وعليه ما هو الدور الذي يتخذه قاضي شؤون الأسرة للترخيص بالتعدد من خلال النظر إلى الحدود المباحة شرعا والقيود المقررة في ظل قانون الأسرة الجزائري؟ وهل يجوز كذلك للقاضي الترخيص بالأذون القضائية للتوكيل في الزواج وفقا لما جاء به التعديل الأخير في قانون الأسرة الجزائري؟

المطلب الأول: الإذن القضائي بالترخيص في تعدد الزوجات.

إن موضوع تعدد الزوجات في الجزائر وبقية الدول العربية والإسلامية، لا تحكمه النصوص العامة في الشريعة الإسلامية فحسب، بل يخضع كثيرا من حيث الواقع إلى العادات والأعراف والتقاليد، كما أن مسايرة التطور ومواكبة العصرنة وانضمام كل الدول الإسلامية إلى الأمم المتحدة وفروعها المتخصصة وإبرامها للاتفاقيات الدولية، أدت بها إلى وجوب إدخال عقد الزواج ضمن هذه الاتفاقيات، للحفاظ على حقوق الإنسان وحقوق المرأة على الخصوص، والتعهد بالالتزام بتلك المعاهدات والاتفاقيات دفع البعض منها إلى إعادة النظر في قوانينها الداخلية وخاصة قانون الأسرة من خلال محاولة إدخال التعديلات اللازمة لمنع الإجحاف بحقوق المرأة[1]، ومن بين التعديلات التي

[1] طالبت بعض المنظمات والجمعيات المدافعة عن حقوق المرأة والمطالبة بمساواتها مع الرجل، في المجتمع الجزائري، وبإلغاء تعدد الزوجات على اعتباره مهينا لكرامة المرأة، من جهة، ومن جهة أخرى لكونه مخالفا لمبدأ المساواة بين الجنسين الذي أقره الدستور الجزائري، والمواثيق الدولية التي انضمت اليها الجزائر، وهذا ما دفع المشرع الجزائري الى

مستها تقييد التعدد وضبطه بشروط وإخضاعه لرقابة القضاء، وذلك بالنص على ضرورة استصدار رخصة مسبقة من القاضي في حالة التعدد.

الفرع الأول: تقييد تعدد الزوجات

بعد الانتقادات والاحتجاجات الصادرة عن المنظمات والجمعيات النسوية التي وجهت لقانون الأسرة الجزائري الصادر في 1984 من قبل الرافضين للمادة 08 من قانون الأسرة باعتبارها تبيح التعدد وتهدر حقوق المرأة أو الزوجة، جاء على هذا الأساس التعديل الجديد لقانون الأسرة الصادر

بالأمر 05-02 يقيد تعدد الزوجات ويضعه وفق ضوابط تقييده، وفي المقابل نجد أن هذا التعديل جاء مخالف لروح الشريعة الإسلامية فمس ما أحلته الشريعة للرجل في التعدد في حدود أربع نسوة، مع القدرة على الإنفاق والعدل المادي. ولكم يبقى التساؤل المطروح كيف يمكن لقاضي شؤون الأسرة تقدير هذا التقييد؟

الفقرة الأولى: دور القاضي في تقدير المبرر الشرعي

تنص المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى على ما يلي:" يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي..." وتنص نفس المادة في فقرتها الثالثة على إثبات المبرر الشرعي:" يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي..".

من خلال نص المادة يعتبر المبرر الشرعي هو المعيار المرن والشخصي والواسع، كأن يكون من باب التمثيل عقم الزوجة الأولى، ورغبة زوجها في الإنجاب، مع تعلق كل واحد منهما بالأخر، أو مرضها وعدم قدرتها على القيام بشؤون البيت، كما قد تصبح المرأة غير صالحة للاختلاط الجنسي

تعديل قانون الأسرة 11-84.وقد قبلت الدولة ممثلة في الوزيرة المكلفة بالأسرة سنة 1996، وتم تنظيم لقاء مع حركة النساء، وبعد ثلاثة أيام عمل، تم التبني المشترك لبعض التوصيات المتمثلة فيما يلي:

-حظر الولي بالنسبة للمرأة الراشدة، موافقة بأهليتها لتسيير أنوالها طبقا للمادة 40 من قانون المدني.

-حظر تعدد الزوجات، بتفسير الأية القرآنية المنظمة له والضيق من نطاقه، بهدف توطيد الخلية الأسرية.

- الغاء الطلاق بالإرادة المنفردة، والذي يهدد أمن الأسرة.

لإصابتها بمرض من الأمراض التي يتعذر معها على الرجل معاشرها أو يعيش معها على الوجه الطبيعي، فيضطر إلى الزواج بثانية أو الثالثة مع إبقاء الأولى في عصمته[1]، ويرى من الوفاء ألا يتركها فريسة للحياة السيئة، وأن يبقيها تحت رعايته ويشملها بالعطف والرعاية، فيكون من الحكمة ألا تمنعه من التزويج من غيرها، كما قد يستولي الحب على قلب الزوج فيهيم بامرأة غير زوجته حبا، بحيث يصعب عليهما التخلي عن بعضهما، فيكون من المصلحة أن يباح لهذا الرجل التزوج بهذه المرأة، مع الإبقاء على زوجته حتى لا يقعان في الفاحشة المحرمة[2]، وذلك ما يصنفه الكثير من الفقه بالأسباب الخاصة للتعدد[3].

وقد حدد المنشور الوزاري رقم 102/84 الصادر بتاريخ 1984/12/23 المبرر القانوني في حالتين[4]:

-إذا كانت الزوجة مريضة مرضا مزمنا اقعدها عن واجبات الزوجية وأفقدها وظيفة الأمومة[5].

---

[1]عبد الغزيز يوسف عبد المقصود، تعدد الزوجات بين اليهودية والنصرانية والاسلامية (دراسة مقارنة نقدية) الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 2010، ص 192.

[2]بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، لبنان، سنة 1967، ص130.

عيسات اليزيد، تعدد الزوجات بين القيد والاطلاق في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مقال منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد الأول، سنة 2018، ص448.

[4]بن عومر محمد الصالح، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري عبى ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 02، سنة 2012، ص39.

[5]عبد الرحمن، فضل تعدد الزوجات، الطبعة الأولى، دار المنار بالخرج، دار الحميصي للنشر والتوزيع، الرياض، سنة 1991، ص 34. أنظر: ادريس الفاخوري، تعدد الزوجات بين النص القانوني وواقع العمل القضائي، تعليق على محكمة النقض الصادر بتاريخ 2015/06/23، في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/276، مقال منشور في الموقع:
https://www.maroclaw.com/%D8%A5%D8%AF%D8%B1%D9%8A%D8%B3-%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%A7%D8%AE%D9%88%D8%B1%D9%8A-%D8%AA%D8%B9%D8%AF%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%B2%D9%88%D8%AC%D8%A7%D8%AA-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%B5-%D8%A7/?fbclid=IwAR3CdosW5Wdh-3XB6BPa4kHOwS3Rrf1w6_bZHCgYAHnu_fg_zO54a8wV23s

ومما جاء في المنشور المذكور "أن على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من وجود المبرر الشرعي ولا يكتفي فيه بالمشافهة أو القرار. بل لا بد من شهادة طبيب اختصاصي يثبت ذلك فان لم يثبت هذا، رفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية ابرام هذا العقد".

-عندما تكون الزوجة عقيما لا تلد والزوج مولع بالذرية، ذلك أن حب البنين من مقاصد الزواج، أو عند كثرة سفر الزوج ونخص بالذكر رجال الأعمال الذين ينتقلون بكثرة بين بلدان العالم وفي غالب الأحيان تستغرق اقامتهم شهورا، زد على ذلك أن معظمهم لا يصطحبون زوجاتهم ولا أولادهم كما أنهم لا يستطيعون العيش بمفردهم بالإضافة إلى عدم قدرتهم وصبرهم من فتنة النساء – إلا من رحم ربي- ولا سيما أمام الإغراءات الكثيرة والمتاحة في تلك البلاد[1].

وعلى هذا الأساس، فان تقدير القاضي للمبرر الشرعي ليس بالأمر اليسير لذا وجب على القاضي أن يكون حكيما وواسع الأفق لمعرفة الدوافع التي أدت بالزوج إلى الزواج من امرأة ثانية، فقد يكون هذا النزاع عابر بينه وبين زوجته الأولى، وهنا القاضي يحاول بحكمته إصلاح ذات البين وتلطيف الأجواء بين الزوجين بدلا من منح ترخيص بالزواج على أساس دوافع واهية لأن هذا الزواج الأخير والذي لم يكن مبنيا على أسس جدية سيؤدي لا محال إلى العديد من المشاكل، أما إذا تأكد القاضي من جدية دوافع الزوج كمرض أو عقم الزوجة أو حتى عدم قدرتها على إعطاء الزوج حقوقه الشرعية، فهنا يسهل إثابته، فمن الأفضل أن يمنح له الترخيص بالزواج من امرأة ثانية خصوصا إذا تأكد من موافقة الزوجة[2]. غير أنه في بعض الأحيان قد يكون المبرر الشرعي معنويا ذاتيا نفسيا يصعب كثيرا التأكد وجوده من عدمه، فالنفوس جنود مجندة ما تعارف منها تألف وما تنافر منها اختلف كما يقال، وبالتالي فان القاضي قد يكتفي بما يدلي به الزوج، وبعدها يقدر الوضع ويقيم ويقرر.

[1] راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الاسلام وخصومه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2010، ص 252.
[2] كشيور محمد، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، عقد الزواج وأثاره، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، سنة 2009، ص 291، أنظر عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 88.

الفقرة الثانية: دور القاضي في التحقق من وجود نية العدل

من خلال استطلاعنا على نص المادة السالف الذكر[1] من العبارة الأخيرة التي نجد بأنها تشترط لإمكانية وجواز عقد زواج ثاني في ظل زواج قائم مع امرأة سابقة توفر "شروط ونية العدل".

لكن ورغم أننا نأخذ على هذا الشرط سوء صياغته، وإغراقه في بحر الإبهام والغموض، فإننا مع ذلك لا نتردد في أن نقول إنه لا يصلح ليكون شرطا مانعا لتعدد الزوجات[2]. ذلك لأن نية العدل[3] أمر داخلي في نفس الإنسان لا يعلمها إلا الله، إن الله أباح اعدد الزوجات وقيده بأربع نساء ولكن جعل شرط أساسي وهو العدل بينهن[4]، ثم أن العدل بين الزوجات هو تصرف مادي يتعلق بالمسكن وبالنفقة وبالمبيت ويظهر بعد قيام الحياة الزوجية الثنائية، وليس قبلها ولا قبل إبرام عقد الزواج، وهو ما يشجعنا على الاعتقاد بأن شرط توفر نية العدل كشرط مسبق لإبرام عقد الزواج شرط في غير مكانه، ولا نستطيع التسليم به، كقيد على الزواج الثاني، لأن ما لا يمكن إثبات وجوده ماديا قبل العقد لا يمكن التسلم بأنه قيد لإبرام العقد.

---

[1] المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[2] C.f. Mohzmmed salah bey, le droi de la famille et le dualisme, reveue algerienne des siences juridiques economiques et politiques, n° 03, 1997, p240.

[3] **يعرف العدل** لغة بأنه كل ما استقام من الأمور، وهو ضد الجور والعدل هو من أعظم وأجل الصفات وليس أدل على ذلك من أن الله تعالى جعله أحد أسمائه، والعدل كصفة بشربة يجب أن يتحلى يه الناس وفي شتى أوضاعهم ومراكزهم، فقد أمر الله تعالى به الناس جميعا حينما قال:" ۞**إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ**" سورة النحل الآية 90، فالعدل مطلوب في القاضي لقوله تعالى:" **وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ**" سورة النساء الآية 58، ومطلوب في الشاهد لقوله تعالى:" **وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ**" سورة الطلاق الاية 02، وهو مطلوب في رب الأسرة مع أولاده، وفي الزوج مع زوجته، قال تعالى:" **وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ**" سورة النساء الاية 19، وأهم مظاهر هذا المعروف هو العدل والإحسان للزوجة، وهذا العدل كما هو مطلوب مم الزوج مع زوجته الواحدة فهو مطلوب أيضا ومأمور به من باب أولى في الزوج عند تعدد زوجاته.

كما أنه يطلق عليه مجموعة من الفقهاء " القسم" بفتح القاف وسكون السين، والمقصود به التسوية بين الزوجات في المبيت، وهو موع من أنواع العدل. أنظر: ليث ابراهيم محمد السبعاوي، نظام تعدد الزوجات – دراسة مقارنة– رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، مصر، سنة 2012، ص149 الى 152.

[4] أحمد الحصين، لماذا الهجوم على تعدد الزوجات، الطبعة الأولى، دار الضياء للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض، سنة 1990، ص 18.

إلا أن للعدل ضوابط يتعين على الزوج مراعاتها لتحقيق العدالة بين الزوجات، وقد فصل أئمة الفقه ورجال القانون هذه الضوابط، حرصا منهم على حفظ العشرة بين الزوجين واستمرارها؛ وأهمها هي العبرة بصفة الزوجية لا بصفات الزوجة، فالعدل بين الزوجات واجب على كل زوج بالغ، ذلك أن صلة الرجل بكل واحده منهم هي صلة الزوجية وعلى هذا الأساس لا تفضيل لبكر على ثيب بين الزوجات، ولا قديمة على جديدة، ولا لجديدة على قديمة، ولا لشابة على عجوز، ولا لجميلة على قبيحة، فكل سواء في حقوق الزواج طالما هم زوجات رجل واحد، كما يجب على الزوج أيضا التسوية في معاملة زوجاته، فيلتزم الزوج بمعاشرة زوجاته، بحيث يساوي بينهن في المعاملة، فهي أولى مظاهر هذا المعروف، فلا يجوز له أن يكون عند احداهن بشوشا ضاحكا وعند الأخرى فضا غليظا، فلابد أن يساوي بين الزوجات وخاصة في ظاهرة العقاب اذا أخطأت احداهن خطا الأخرى، فيجب عليه التسوية في عقابهن، فاذا اتبع الزوج منهج القران في العقاب فانه يبدأ بالوعظ ثم الهجر في الفراش ثم ينتهي بالضرب غير مبرح[1].كما قد كلف الشرع الزوج بالإنفاق على الزوجة وكسوتها[2] بقدر مساو لغيرها من زوجات نفس الرجل[3]، ويجوز أن تكون لكل زوجة نفقة شخصية لمأكلها وملبسها بقدر مساو للأخريات فكانت المساواة بينهن أمر نابعا من صلة الزوجية، فلا يحق للزوج أن ينقص من نفقة إحدى زوجاته بدعوى أنها غنية لها مورد من الرزق ما لم تكن راضية بذلك ولبس للرجل أن يقضي لإحدى زوجاته حاجيتها دون الأخريات[4]. واتفق العلماء على أن الزوج مكلف بأن يوفر لكل زوجة مسكنا مستقلا بمرافقة لها ولأولادها، فلكل امرأة لها الحق في مسكن مستقل يكفي الضرائر شرا كثيرا تتولد شرارته عند مخالطة إحداهن الأخرى أو سوء معاملة الزوج، أو اشتعال نار الغيرة بين الزوجات، علما أن الزوج لا

---

[1]لقوله تعالى: ﴿**وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ**﴾"، سورة النساء الأية 34.

[2]ان النفقة ومشتملاتها هي من واجب الزوج تجاه زوجاته وهو الأمر المعروف في نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها:" تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها، أو دعوتها اليه ببينة مع مراعاة المواد78، 79، و80من هذا القانون" والنفقة عادة تشمل الغداء والكساء والعلاج والسكن وما يعتبر من ضروريات المادة 78 من قانون الأسرة، غير أنها تحدد بقدر استطاعة الزوج، غير أن غياب القدرة على الانفاق يجعل طلب الترخيص لتعدد الزوجات مرفوضا لأن العدد مع وجود الفقر المدقع يكون ظلما وغير مقبول.

[3]ليث ابراهيم محمد السبعاوي، نظام تعدد الزوجات، المرجع السابق، ص 158 الى 160.

[4]ليث ابراهيم محمد السبعاوي، نظام تعدد الزوجات، نفس المرجع، ص178 و179.

يكلف بغير ما يستطيع، وعليه فان الزوج لا يكلف إلا ما يستطيع ولو كانت كل حجرة مستقلة عن الأخرى بمرافقها، كما لا يجوز للزوج أن يخرج زوجته من المسكن الذي هيأه لها بغير رضاها، إلا إذا أصبح هذا المسكن غير شرعي، بأن خاف على زوجته أو على أولاده الفتنة فيه، وفي هذه الحالة يوفر سكن أخر للزوجة. كما يجوز للزوجة أن تمنع أو تطرد ضرتها (الزوجة الجديدة) من مسكنها ولو حتى لمجرد الزيارة لذا كان ذلك مؤديا لمشاعرها[1]، وكذلك تمنعها من السكن معها في منزل مرافقة مشتركة.

وخلاصة القول في هذا المجال هو أن قوله تعالى: ﴿**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً**﴾[2] من خلال الأية فإنها لا تدل دلالة قاطعة على أن نية العدل قيد أو شرط لتعدد الزوجات مع العلم أن الصيغة التي جاءت عليها الأية لا يفهم منها أنها تتضمن أمرا واضحا أو نهيا صريحا. باعتبار أن الخوف من عدم العدل المذكور فيها قد يتحقق أثره في الواقع وقد لا يتحقق، لذلك فان ما يشك في إثباته وتحققه لا يمكن جعله شرطا أو قيدا لما هو جائز شرعا وواقع فعلا.

ومن خلال نص المادة 08 سالفة الذكر فانه من خلالها لا يطرح إشكال كبيرا في إثبات توفر نية عدل الزوج بين زوجاته إلا بناءا على الوضعية الاقتصادية للزوج الراغب في التعدد ويتم هذا بالإثبات بشهادة تثبت دخل الزوج أو رقم معاملاته التجارية أو حجم ممتلكاته العقارية أو رصيده في البنك، فاذا تم العثور على القدرة على العدل من أمور الواقع التي يخضع تقديرها لرئيس المحكمة والتي يجب أن يراعى فيها ظروف الزمان والمكان أثناء ذلك التقدير، فان تأكد من قدرة الزوج المادية كان له أن يرخص له بالتعدد إذا توافرت كل شروطه[3]

ان الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة يكمن بالتأكد من قدرة الزوج على توفير نية العدل بين زوجاته، لأن القاضي لا يعرف مدى استعداد الرجل للعدل ان عدد، والقاضي مجال تدخله عند في

---

[1] عبد الناصر توفيق العطار. تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والثقافية، غزة، السنة الرابعة، الكتاب السابع والأربعون، سنة 1973، ص 218 و222.

[2] سورة النساء، الأية 03. **اصطلاحا:** هو قسمة الزوج بيتوتة بالتسوية بين النساء، أو هو توزيع الزمان على زوجاته ان كن اثنتين فأكثر. أنظر: راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الاسلام والخصومة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، سنة 2010، ص 116.

[3] الكشبور محمد، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 292.

إثبات هذه الضرورة[1]، كما يستطيع القاضي أن يتأكد بسؤال عن قدرته المالية، ومعرفة دخله وإيرادها فإذا أتبث على قدرة الإنفاق على زوجته وأولادهما لم يكن هنالك مانع[2]، وقد نص عليه وزير العدل السابق حافظ الأختام الطيب لوح في المنشور الوزاري، أن إثبات نية العدل هو من صلاحيات القاضي وحده، وفق ظروف وملابسات الدعوى.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها "**عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا، طبقا للفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة، ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق**[3]".

وقد ذهبت المحكمة العليا في قرار لها أن الهجر في المضجع، في حالة تعدد الزوجات، دليلا على انعدام نية العدل يبرر طلب الزوجة المتضررة التطليق[4].

الفقرة الثالثة: استصدار ترخيص الزواج من القاضي ووجوب اخبارهما

إن شرط إعلام الزوجتين – الزوجة السابقة أو الزيجات السابقات، والمخطوبة اللاحقة– في ظاهره قد راعى فيه المشرع شعور كل من الزوجة السابقة واللاحقة في شأن إقدام الزوج على الجمع بينهما[5]، فقد أورد المشرع الجزائري شرطا أخر واضحا من نص المادة 08 فقرة الثانية وهو ضرورة إخبار

---

[1]عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الاسلام– مشكلات الأسرة–، الجزء 06، مكتبة وهبة، القاهرة، سنة 2006، ص 85.

[2]الشيخ مصطفى السياعي، المرأة بين الفقه والقانون، الطبعة السابعة، المملكة العربية السعودية، دار الوراق للنشر والتوزيع، الرياض، ص 93.

[3]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 356997، قرار بتاريخ 2006/07/12، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2006، ص 441.

[4]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 480240، بتاريخ 2009/02/11، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2009، ص282.

[5]صالح بوبشيش، أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري، دارسة تحليلية نقدية في ضوء الشريعة الاسلامية، واقع التطبيق في المجتمع الجزائري، ص 139. الموقع: المنصة الأرضية للمجالات العلمية.

الزوجة السابقة التي هي في عصمته برغبته في الزواج بالثانية[1]، كما يجب أن يحيط علما المرأة الثانية التي ينوي العقد عليها بوجود ضرة لها، فمن الضروري إخبارهما معا وإخبارهن عند التعدد، وإذا لم يفعل ذلك فان المشرع الجزائري قد جعل ذلك سببا يسمح من خلاله للزوجة السابقة وكذا اللاحقة بطلب التطليق من القاضي بناءا على غش وتدليس[2] الزوج لهما أو لإحداهما وبالتالي يفقد الزوج الزوجة الأولى إذا لم ترضى هي الأخرى بأن يشاركها غيرها من النسوة في زوجها والمشرع بهذا يهدف إلى تقييد التعدد حتى لا تهضم حقوق الزوجات عند تعددهن، فواقعة التدليس يجب إثباتها بشروطها الثلاثة المتمثلة في استعمال طرق احتيالية، وأن تدفع المتعاقد الأخر– الزوج– أو عالما به[3] ذلك ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 8 مكرر من قانون الأسرة " **حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق**" كما جاء في القانون المدني في نص المادة 86 لقوله: "**يجوز ابطال العقد التدليس اذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة اذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة**"، فهذه المادة تنطبق تماما على واقعة إخفاء الزواج على إحدى الزوجتين أو كلتيهما[4]، كما نصت المادة 87 من نفس القانون على أنه "**اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الاخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم، بهذا التدليس**".

---

[1]علم الزوج السابقة لا يكفي بل تجب موافقتها وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2005/01/19، قبل تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05–02، فصلا في الطعن رقم 334060، منشور بالمجلة القضائية، العدد الأول سنة 2005، ص 325، وقد جاء فيه " لا يكفي لرفض دعوى التطليق من أجل الضرر علم الزوجة السابقة بزواج زوجها من امرأة أخرى، وبجب اثبات رضاها بهذا الزواج".

[2]التدليس هو ايقاع المتعاقدين في غلط يدفعه الى التعاقد، بفضي الى عدم صحة رضاه، لأنه ترتب على الحيل المستعملة فلولاها لما رضى المدلس عليه بالتعاقد، فالتدليس له عنصرين: الأول موضوعي وهذا باستعمال الطرق الاحتيالية وعنصر نفسي وهو دفع المتعاقد على التعاقد. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ص 319.

[3]محمد حسين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، سنة 1988، ص 46.

[4]عيسات اليزيد، تعدد الزوجات بين التقييد والاطلاق في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص451.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث بتاريخ 2014/01/16 يقضي بأن :" **المبدأ: استقر الاجتهاد القضائي لغرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على جواز إثبات القضاة الزواج الثاني، حتى ولو كان عرفيا، بجميع طرق الإثبات. الاقرار القضائي من وسائل الإثبات وحجة قاطعة على المقر**"[1].

ومنه لابد من إخبار وإعلام كل من الزوجة السابقة واللاحقة إن حضرت أمام القاضي برغبة الزوج في إبرام عقد الزواج بقناعة ويسجل في السجل الخاص بطلبات التعدد رضى كل منهما أو اعتراض الزوجة السابقة ليكون ذاك حجة يرجع إليه عند التنازع، فقد تضمن المنشور الوزاري الصادر بتاريخ 1985/08/22 حالتي الرضا والعلم من الزوجتين لكن دائما تحت سلطات القاضي وصلاحياته[2].

كما أن نص المادة 8 مكرر 1 من ق.أ تأكد أنه في حالة عدم استصدار ترخيص من القاضي وفقا للشروط فان العقد الجديد مآله الفسخ قبل الدخول.

أما في الحالة التي يتعذر فيها على الزوجة السابقة الحضور أمام القاضي لسبب جدي، يجوز للقاضي أن يتنازل عن صلاحياته بهذا الصدد إلى ضابط عمومي (المحضر القضائي)، بموجب أمر على ذيل العريضة، ويكتفي بذلك عند الفصل في طلب الترخيص بالزواج بالمحضر الذي يحرره هذا الضابط، الا أن الإعفاء من الحضور أمام رئيس المحكمة ونذب ضابط عمومي يجب أن يكون استثنائيا إذا اقتضت اليه الضرورة القصوى، ذلك أن الأصل أن بتأكد رئيس المحكمة من الموافقة بحضور من يعينه الأمر شخصيا لما في ذلك من ضمانات كافية للتعبير الحر عن الإرادة؛ لكن يبقى التساؤل المطروح في حالة ما اذا تعسفت المرأة في استعمال حقها وألدت رفضها بدون مبرر شرعي سواء كان الدافع الإضرار بالزوج أو بسبب الغيرة العمياء التي لحقت بها، وفي المقابل نجد الزوج قد

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأسرة والمواريث، بتاريخ 2014/01/16، رقم 0881943، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 2014، ص 332.

[2] بن عومر محمد الصالح، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير، المرجع السابق، ص 40.

أثبت مبرره الشرعي وقدرته المالية وكل الشروط الضرورية واللازمة للتعدد، فهل يمتنع رئيس المحكمة عن منحه الترخيص بالزواج أم لا؟ ومنه نرى من الضروري منح الترخيص لزواج في هذه الحالة مع إعمال القاضي لسلطته، بحيث يكون القاضي دقيقا وصائب التقدير اذا رفضت إحداهما الزواج عليها خصوصا الزوجة الأولى ومدى مطابقة رفضها لأحكام العدل، والمصلحة العامة للمجتمع ومصلحة الأسرة. فعلى القاضي أن يوازن بين قيمة المبرر الشرعي والقدرة على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، وبين موافقة الزوجة السابقة حتى يكون قراره عادلا ومحققا للغاية التي أباح القانون والشرع لأجلها تعدد الزوجات[1].

وبالرجوع الى نص المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري المذكورة سابقا في فقرتها الثالثة، نجد أنها اشترطت بمنح الترخيص بموافقة الزوجة السابقة، والمرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها، وذلك بحضور كل منهما شخصيا أمام القاضي، واستفسار كل واحد منهما بوضوح وعلى انفراد وأن يتأكد من الموافقة الصريحة والتلقائية النابعة من إرادة [2]حرة لا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة، ويجب أن يحرر ذلك في محضر يوقعه القاضي والمعنيين وأمين الضبط الذي يتعين عليه حضور هذا التحقيق.

كما أضاف المشرع الجزائري في المادة 8 مكرر 1 حلا قانونيا لحالة الزواج الخفي والذي عادة ما يكون عرفيا، بحيث يقدم الزوج ويتزوج بزوجة ثانية أو ثالثة أو رابعة دون وجود ترخيص من القاضي المطلوب قانونيا، أي أن الزوج عند إقباله في التعدد لم يقم باستصدار ترخيص قضائي يبرر فيه سبب زواجه وفقا لنص المادة 8 أعلاه[3] ربما غاية الزوج من عدم استصدار الترخيص وتوجهه إلى الزواج

---

[1] جاء في قرار مجمع البحوث الاسلامية في مؤتمره الثاني في القاهرة سنة 1965 في بستان تعدد الزوجات ومدى مشروعية اشتراط اذن القاضي لإباحة تعدد الزوجات، يقرر المؤتمر أن التعدد مباح بصريح نصوص القران الكريم وبالقيود الواردة فيه، وأن ممارسة هذا الحق متروك الى تقدير الزوج، ولا يحتاج في ذلك الى اذن القاضي.

[2] نجيمي جمال، فانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، على ضوء أحكام الشريعة الاسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومه، سنة 2018، ص42.

[3] لحسين بن الشيخ اث ملويا، قانون الأسرة، نصا وشرحا، الجزء الأول، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2014، ص25.

العرفي هو حيلة منه لتفادي إخبار الزوج الأولى[1] خوفا من طلبها الخلع مثلا، إلا أن هذا الفعل يبقى حيلة من الحيل وليس بالحل الأنسب له وعليه فان اتخاذ الزوج لمثل هاته الحيل قد تؤدي به لا محال إلى فسخ عقد الزواج الجديد قبل الدخول، وقد علق الشيخ الإمام أبو زهرة أن الأخذ بالفسخ قبل الدخول فيه فائدة[2]، فنلاحظ أن المشرع وان كان قد ذكر لهذه الحالة الأولى حلا فانه لم يحدد ما إذا كان الفسخ يكون بطلب ذوات الشأن أي الزوجات المعنيات بالأمر، أم يكون بحكم القانون، وبالتالي تدخل النيابة العامة كطرف أصيل في جميع القضايا الأسرية، حسب نص المادة 3مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

ان الزوج الذي لم يستصدر الترخيص المطلوب قانونا يعد مخالفا بسلوكه هذا القانون، بحيث أن نوع الفسخ في هذه الحالة هو فسخ قانوني، ما دام لم يتوفر شرط قانوني لحالة تعدد الزوجات، ومتعلق بالأحوال الشخصية، وهناك الفسخ ألاتفاقي والقضائي طبقا في عموم العقود الملزم للجانبين[3].

كما يثور أيضا تساؤل في الحالة إتمام الزواج الجديد وتم الدخول والبناء فما الحل وما هي الإجراءات اللازم اتخاذها في مثل هاته الحالة؟ هل يفسخ العقد هنا أيضا، واذا تم فسخه فأكيد لابد من قيام أثاره من عدة وثبوت النسب وغير ذلك، أم يترك الأمر للزوجات بحيث يمكن لهن أيضا طلب التطليق للضرر الناتج عن التعدد، والذي يصنف ضمن ضرر معتبر شرعا ومن ضمن الأسباب المذكورة في المادة 8 مكرر1 والمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري والتي يجيز فيها للقاضي الاستجابة لطلب التطليق.

-التأكد من توفر الأسباب المدعمة لطلب التطليق.

-التأكد من تمسك الزوجة بفك الرابطة الزوجية بناءا على تلك الأسباب والظروف.

---

[1] نجيمي جمال، فانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، دار هومه، سنة 2018، ص43.

[2] نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، سنة 200، ص 114-115.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص698. عيسات اليزيد، المرجع السابق، ص451.

ويمكن للقاضي اتخاذ التدابير الملائمة، بما في ذلك الأمر بالتحقيق، والخبرة الطبية، والانتقال للمعاينة تطبيقا لما هو وارد في المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، وتكمن أهمية هذا الحكم في التأكد من صحة دعوى الزوجة، قبل الحكم بالطلاق لأن هذا الأخير ليس بالأمر الهين[2]، وبالتالي فلا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي والتي سنتطرق إليها بالتفصيل فيما بعد.

تأكيد لما سبق جاء قرار المحكمة العليا مسايرا فنص" حيث أن المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري تعطي الحق للزوجة- السابقة في طلب التطليق، عندما لا يخطرها الزوج بالزواج الجديد، وفي حالة عدم رضاها يمكنها أن تلجأ الى القضاء للمطالبة بالتطليق. وان قضاة الاستئناف بقضائهم لعدم الاستجابة لطلب الطاعنة التطليق، يكونوا قد خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية، وكذا المادة السالفة الذكر من مما يستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"[3].

وبخصوص هذه النقطة الأخيرة فان المشرع الجزائري لما أجاز للمرأة المتضررة من الزواج الثاني أن ترفع أمرها إلى القاضي وتطلب التطليق دفعا للضرر الحال- ضرر التعدد-، فانه كان بإمكانه أن يعمل على تمكين المرأة من تفادي الوقوع في هذا الصدد إطلاقا عن طريق تعديل نص المادة 19 قانون الأسرة الجزائري، والتي تبيح الاشتراط في عقد الزواج، وعبارتها:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون".

فالمشرع أطلق هذه الحرية ولم يقيدها كما أنه لم يبين هذه الشروط ولا أثارها، لكن حسب تطلعنا

---

[1]نص المادة451 "يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة.

ويفصل في مدى تأسيس الطلب، اخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها.

يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة، لا سيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الانتقال للمعاينة، يتعين على القاضي تسبيب الاجراء المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية.

يعاين القاضي أبضا ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة."

[2]عيسات اليزيد، المرجع السابق، ص 451.

[3]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 122443، المجلة القضائية، عدد 55، سنة 1999، ص171.

فحبذا لو أن المشرع جارى في ذلك ما ذهب إليه فقهاء الأحناف والحنابلة من إباحة الاشتراط وترتيب أثار الشرط في العقد، واعتبر ذلك مخرجا مناسبا للزوجة لتفادي ضرر إدخال ضرة عليها[1].

الفرع الثاني: إشكالات العملية الناجمة عن تقييد تعدد الزوجات

نصت المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على منع التعدد في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها، أي إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين وجبت مراعاته على أنه يشترط أن يكون ذلك الشرط عند الانكار مسجلا في وثيقة العقد[2]، ومنه نستنتج أن المنع في هذه الحالة يكون مؤبدا حسب منطوق المادة المذكورة. السؤال الذي يطرح هو ما حكم الحالة التي بعدد فيها الزوج بطريقة أو بأخرى رغم توفر شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها؟ اذ هنا نكون بصدد إشكالية، فقد استخلصت محكمة التعقيب التونسية من خلال الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية أن قاضي الزجر يكون من اختصاصه البث بحكم واحد في الدعوى العامة، وكذا في إطار الدعوى المدنية التابعة في بطلان الزواج الثاني[3]. بهدف وضع حد له مادام ناتجا عن جريمة[4]. ومادام أن تعدد الزوجات يشكل اخلالا بالنظام العام، وبالتالي يمكن لقاضي الموضوع إذا حكم بإدانة مرتكب الجريمة أن يصرح ولو تلقائيا ببطلان الزواج الثاني مادام يشكل جريمة مستمرة يجب وضع حد لها. هذا إذا لم يقدم طلب البطلان من النيابة العامة أو من طرف المتضرر إذا تنصب كمطالب بالحق المدني[5].

---

[1] صالح بوبشبش، أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 151.

[2] عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، السنة الرابعة، الكتاب السابع والأربعون، سنة 1982، ص 274. أنظر: محمد بن محمد شتا أبو سعد، اعدد الزوجات اعجاز تشريعي يوقف المد الاستشرافي، دي، دط،ص-83 و84

[3] قرار نعقيبي جزائي، عدد 3468، صادر بتاريخ 28 ديسمبر 1968، النشرة، ق.ج، سنة 1968، ص 143.

[4] قرار تعقيبي جزائي، عدد 3619، صادر بتاريخ 28 أبريل 1965، النشرة، ق.ج، سنة 1965، ص143.

-أشار الى هذين القرارين محمود حسن، التجربة التونسية في مادة الأحوال الشخصية، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 50، سنة 2004، ص 47.

الا أن العميد Bernard durand يرى أن الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية ليس فيه ما يستوجب الحكم ببطلان الزواج الثاني.

Bernard Durand, Droit musulman, droit succesanal, paris, litec, 1994, n 96, p41

[5] محمود حسن، التجربة التونسية في مادة الأحوال الشخصية، مرجع السابق، ص 47.

وإذا كانت المادة الثامنة من قانون الأسرة قد شملت عمدا على تكديس مجموعة من الشروط التعجيزية بغرض منع ممارسة نظام تعدد الزوجات دون أن تشمل على قدر من الشجاعة الكافية لتحريم تعدد الزوجات بشكل واضح وصريح مثل ما اشتملت عليه الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية المذكورة سابقا، ومن خلال استقراءنا للمادة 08 مكرر والمادة 08 مكرر 1 المتممتين للمادة 08 نجد أن الأولى تنص على أنه في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق. ونجد أن الثانية تنص على أن الزواج الجديد يفسخ قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 المذكورة أعلاه.

فمن خلال محاولة تحليل هاتين المادتين وشرحهما شرحا مبسطا ومختصرا يتبين لنا أن قانون الأسرة الجزائري قد فرض جزاء صريحا على مخالفة القانون فيما يتعلق بعدم اخبار الزوجة الأولى بأنه مقبل على الزواج بامرأة ثانية وبعدم اخبار المرأة المقبل على الزواج بها بأنه متزوج مع غيرها زواجا مزال قائما لم ينفصم. ويتمثل هذا الجزاء ليس في معاقبة الزوج المخالف عقوبة جزائية. ولكن في منع كل واحدة من الزوجة السابقة واللاحقة حق رفع دعوى مدنية أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة التي يوجد موطن الزوج ضمن دائرة اختصاصها لتطلب الحكم بالتطليق إذا كان الزوج قد أبرم عقد زواج ثاني من امرأة ثانية وأخفى على كل واحدة منهما وضعيته. وان اية واحدة منهما لم تكن قد رضيت بهذا الزواج. وذلك لأنه يمكن أن نستنتج عن طريق المفهوم المخالف أنه إذا كان الزوج قد أبرم عقد زواجه الثاني باستعمال الغش أو التدليس ومع ذلك رضيت احدى الزوجتين أو كلاهما بالأمر الواقع. ولا يجوز لأية زوجة منهما بعد مرور مدة من الزمن أن تطلب التطليق[1].

أما في حالة ما إذا ابرم الزوج عقد الزواج الجديد بمخالفة شرط اخبار الزوجتين مع توفر ترخيص مسبق من رئيس المحكمة لمسكن الزوجية. لكن إذا كان قانون الأسرة يشترط لجواز ابرام عقد الزواج بامرأة ثانية. وجوب الحصول على رخصة من رئيس المحكمة وأن الرجل المتزوج ابرم عقد الزواج أخر قبل أن يحصل على هذه الرخصة أو حصل على رخصة مزورة فان الجزاء الذي يفرضه القانون في

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 94

مثل هذه الحالة مت الجائز القول إنه جزاء أشد قساوة من الجزاء المطلوب لعدم إخبار الزوجتين ذلك أنه إذا استطاع الرجل المتزوج زواجا قائما أن يبرم عقد زواج مع امرأة ثانية دون أن يكون قد سبق وحصل على رخصة بذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 من قانون الأسرة. ولا سيما الفقرة الأخيرة منها فان جزاء مخالفة القانون في هذه الحالة سيكون هو فسخ عقد الزواج الثاني الذي يكون قد وقع إبرامه وعقده بدون رخصة في حالة ما قبل الدخول.

أما ما يمكن لفت الانتباه إليه في هذا المجال فهو أنه وان كان الجزائريون وضعوا قانون الأسرة المعدل قد حددوا موقفهم من جزاء إبرام عقد بامرأة ثانية. وقرروا وجوب فسخه قبل الدخول فإنهم قد استنكفوا سهوا أو عمدا. عن تحديد موقفهم من هذا الجزاء بعد الدخول، كما أنهم قد أهملوا دون مبرر أن يحددوا وصف الشخص الذي سيكون من حقه أو من صلاحيته طلب الحكم بالفسخ، ولا من هي الجهة القضائية التي يمكن أن يكون من اختصاصها أن تتلقى طلب الفسخ والفصل فيه. وهو ما يشكل نقصا في ضرورة اشتمال القانون على وسائل تطبيقه تطبيقا سليما معتبرا واضحا وصريحا[1].

ومن خلال شرحنا لجل النقاط التي قدمناها سابقا بخصوص عدم إخبار الزوج كل من الزوجة السابقة واللاحقة بأنه مقبل على الزواج وكذا في حالة عدم وجود ترخيص وأن هذا الزوج أتم عقد الزواج قبل حصوله، هنا نجد أنفسنا ضمن الزواج الغير مسجل، أي أنه بهذا المنطلق يلجأ الرجل إلى التعدد غير مكتوب، والذي لا يمكن معرفته ولا ضبطه ولا الاطلاع عليه، أو معاقبة مرتكبيه هذا من جهة، مع العلم بأن المشرع الجزائري نص على ضرورة كتابة عقد الزواج، من خلال نص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، باشتراطه لإبرام عقد الزواج أمام الموظف المؤهل قانونا أو الموثق. غير أنه يختلف عقد الزواج الغير مسجل عن ذاك المسجل وتختلف فيه التسميات والأنواع تبعا لها، فمنه ما هو عرفي منه وما هو مدني، فالمشرع يأخذ بالعقد الشرعي، أما القانون فانه يأخذ بالعقد المدني، ومنه هذا الزوج بطبيعة الحال سيسلك الزوج مسلك الزواج مغفل التسجيل، ويجعل زواج الفاتحة شرعيا لأن هذا الأخير يشمل على كل أركان وشروط عقد الزواج وما يتخلف فيه سوى العقد.

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 95.

فمن الزيجات ما لا يتم إبرامه بمعية الموظف المؤهل، ولكن المقنن أقر بصحتها لتفادي التصادم مع مبادئ الشريعة الإسلامية السمحة وهو الأمر البين في نص المادة 22 من القانون المعدل والمتمم، اذ جاءت تنص بما يلي:" **يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي**"[1]، فمدة إثبات عقد الزواج بأثر رجعي تبقى مفتوحة لاستصدار حكم يثبت الزواج المباشر سابقا، ولقد أقرت المحكمة العليا صحة عقد الزواج المبرم مغفلا الكتابة حين إبرامه لما احتوى على الشروط والأركان الشرعية في قرارات عدة[2].

وقد جاء في احدى قراراتها ما يلي:" متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة، فان القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاءا موفقا للشرع والقانون"[3]. وجاء أيضا في قرار المحكمة العليا: "متى كان من المقرر شرعا أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا على أركان مبينة بوضوح، ويقول ابن زيد القيرواني في رسالته: لا نكاح الا بولي وصداق وشاهدي عدل، وأيضا لا يزوج البنت أب ولا غيره إلا برضاها وتأذن بالقول، ومن ثم فان القضاة بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعدا خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف ومن جديد قضوا بصحة الزواج بين الطاعنين اعتمادا على تصريحات شهود لا يتبين منها توافر هذه الأركان فإنهم بهذا القضاء خالفوا أحكام الشرع"[4]، ومن هذا فانه يوجد طريقا اخر لإثبات عقد الزواج إذا استطاعا الزوجين تأكيد الأركان وإحضار شاهدي العقد، بأن يتوجها إلى الموثق لتحرير إقرار بزواج لهما معا[5].

---

[1] جمال عياشي، تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2002- 2003، ص 194.

[2] المادة 22 من القانون رقم 48-11، المرجع السابق.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 58224 مؤرخ في 1989/12/25، مجلة قضائية، العدد 04، سنة 1991، ص 110.

[4] قرار المحكمة العليا الصادر، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 1984/09/24 فصلا في الطعن رقم 34438، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 1990، ص 64.

[5] جمال عياشي، تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 196.

ونجد أنفسنا ضمن إشكال حول ما اذا اقبل الزوج للتعدد في الزواج دون اخبار الزوجة السابقة واللاحقة برغبته بالزواج للمرة الثانية أو الثالثة، اذ أنه يسلك في هذه الحالة فانه مسلك مغاير وهو مشابه نوعا ما للزواج المغفل تسجيله إلا أن هذا الاتجاه من زاوية أخرى جاء معاصر لواقعنا ألمعاشي والمرتبط بالتطور التكنولوجي الذي مس مجتمعنا في هذه الأونة الأخيرة فيلجأ الزوج مستغلا هذا التطور من أجل الوصول إلى غايته المنشودة، فنكون بصدد الزواج الالكتروني أو زواج بالوسائل الالكترونية، والتي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة[1] بحيث ينعقد عقد الزواج بين الطرفين وبتوفر الشروط الخاصة بهذا العقد الزواج وتماشيا مع ما تم ذكلره نكون بصدد زواج اختل فيه عنصر الرسمية، والذي يستلزم إثباته من باستصدار حكم قضائي عن قاضي شؤون الأسرة أو أوامر صادرة عن رئيس المحكمة، وذلك بعد التأكد من توفر أركان الزواج وشروطه، وهذا يتم بطلب من الزوجين أو من أحدهما، أو بطلب من النيابة العامة، ولكون الزوج من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وهي من النظام العام، أوجب المشرع أن يتم تسجيل حكم أو أمر تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة بأن ترسل هذه الأخيرة نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية تأمره فيها بالتسجيل تنفيذا لما جاء في الحكم أو الأمر مع التنويه بأن هذا الأخير قابل للطعن فيه بالاستئناف[2]. وكذا الشأن بالنسبة للزواج الإلكتروني[3] والذي لابد أولا من أن يثبت أمام القضاء سواء كان بطلب من الزوجة أو الزوج، ففي هاته الحالة يثبت هذا الأخير بالإشهاد[4]، والمقصود منه هو حضور الشاهدين مع الزوجين في مجلس العقد[5] للتأكد من صحة العقد وسماع كل من الإيجاب والقبول والذي يتم عبر وسائل الاتصال

---

[1] Pierre Deprez, vincent Fauchaux, lois, contrats et usages du multimedia, dition, Dixit, 1997, p125.

[2] لحسن بن الشيخ اث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، المرجع السابق، ص 38.

[3] سماح عبد الواحد، التهامي، التعاقد عبئ الانترنت،التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، مصر، ص 531، 532.

[4] محمد أبو الزهرة، الملكية والنظرية العقد في الشريعة الإسلامية . دار الفكر العربي، ص 198؛ أنظر: الدسوقي، الشرح الكبير، ج2، دار المعارف المصرية، ط2، ص236.

[5] مجلس العقد هو مركب اضافي من لفظين هما مجلس وعقد ولتعريف هذا المركب وجب تعريف ما تركب منه.

–العقد في اللغة هو الشد والربط، وهو نقيض الحل، ولذلك قيل عقد وانعقد النكاح بين الزوجين، ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، طبقة الأولى، لينان، سنة

الحديثة السمعية أو السمعية البصرية، كما له أن يثبت كذلك بالمحررات الالكترونية والمقصود بالمحرر هنا ليس تبادل عبارات صيغة عقد الزواج كما هو في عقد البيع، بل المقصود هو المثبت للإيجاب فقط والتوقيع الرقمي[1] كذلك لإثبات صحة هذا الزواج أمام قاضي شؤون الأسرة.

وبعد تعرضنا لجل الاستثناءات والحالات التي يمكن قد يتطرق إليها الزوج بغية الوصول الى مبتغاه، وكما هو معروف في حالة ابرام الزوج لعقد ثاني والذي يكون مخالف لشرط المبرر، فان هذا العقد لا يعتبر عقدا باطلا ما دام لا يوجد نص صريح ببطلانه، فيمتنع رئيس المحكمة من منح

1990، المجلد الثالث، ص 296. وعرف في الاصطلاح بأنه ارتباط العقد هو ارتباط ايجاب بقبول، في حين عرف بأنه لا ينعقد حتى يتم حقيقته في الوجود بالإيجاب والقبول.

–أما المجلس في اللغة هو من الفعل جلس، وهو موضع أو مكان الجلوس، تخصصه طائفة من الناس للنظر فيما يناط بها من أعمال، ومنه مجلس الشعب ومجلس العموم، مجلس الأعيان، أنظر: ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، الجزء8، باب الجيم مادة جلس، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، سنة 1990، ص 657، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة 04، مصر، سنة 2004، ص 130. وقد ورد ذكر المجلس في القران الكريم في قوله تعالى: **﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قِيلَ لَكُمۡ تَفَسَّحُواْ فِي ٱلۡمَجَٰلِسِ فَٱفۡسَحُواْ يَفۡسَحِ ٱللَّهُ لَكُمۡ﴾** سورة المجادلة الأية 11.

–ويعرف مجلس العقد اصطلاحا بأنه يأخذ صورتين: المجلس الحقيقي والمجلس الحكمي، اختلفت الأراء و الاتجاهات في تعريف المجلس الحقيقي، فعرفه أصحاب التجاه الأول والثاني تعريفا قاصرا. فقد اكتفوا بأحد أركانه فقط وأغفلوا الركن الاخر، فالاتجاه الأول صور مجلس العقد على الركن المادي فقط (المكان) متجاهلا بذلك الركن المعنوي (الزمان)، أما الاتجاه الثاني فهو الصورة العكسية للاتجاه الأول، اذ صور مجلس العقد على الركن المعنوي فقط (الزمان) ولم يذكر المكان، أما الاتجاه الثالث فقد جرد مجلس العقد من هذين الركنين معا، أي أن هذه التعاريف تغلب في مجملها النزعة المادية دون الموضوعية حين اهتمت في تعريفه بأطراف العقد أو ظروفه دون جوهره ألا وهي الصيغة (الايجاب و القبول). **أنظر**: الشافعي، جابر عبد الهادي سالم، مجلس العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2001، ص 95 الى 98، ابراهيم، باسم محمد سرحان، مجلس عقد البيع بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير، قسم الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، سنة 2006، ص 46 الى 48، أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2008،ص24 و25، مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2011، ص 68. الابراهيم، محمد عقلة، حكم اجراء العقود بوسائل الاتصال الحديقة، مجلة الشريعة والدراسات الاسلامية، العدد05، السنة الثالثة، جامعة الكويت، سنة 1986، ص 102، حجازي، مندى عبد الله محمود، التعبير بالإرادة عن طريق الانترنت واثبات التعاقد الالكتروني وفقا لقواعد الفقه الاسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، طبعة الأولى، الاسكندرية، سنة 2010.

[1] اسماح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، المرجع السايق، ص 541،540،539.

الترخيص، وبالتالي امتناع كل من الموثق وضابط الحالة المدنية عن تحرير عقد الزواج[1].

ان الاعتراف بالزواج مغفل التسجيل والزواج الالكتروني من شأنه أن يفقد نص المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري كل أهميتها والذي ينبغي على قضاة المحكمة العليا إعادة النظر في هذا الاجتهاد، انطلاقا من أن الزواج المنصوص عليه في المادة 6 الفقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري، هو زواج شرعي لكن تنقصه الشكلية الرسمية المنصوص عليها قانونا وهو أمر أدى ببعض الأفراد في مجتمعنا إلى تحكيم الأهواء خلافا للنص، والإساءة إلى استعمال حق التعدد وبالتالي إهمال أو تضييع الحقوق القانونية والشرعية للمرأة والأولاد[2].

المطلب الثاني: الإذن القضائي بالتوكيل في الزواج.

الأصل أن العقود تباشر من قبل أصحابها، غير أن كلا من الفقه والقانون متفق على جواز التوكيل في إبرام العقود بصفة عامة، وعقد الزواج هو من العقود التي تقبل الإنابة على رأي الجمهور، فإذا كان الشخص يملك حق مباشرة هذا العقد بنفسه لكونه مستكملا للشروط الواجب توفرها في التعاقد، فان له أن يوكل غيره لتولي إنشائه بدلا عنه. أما في حالة ما إذا كان الشخص لا يملك التصرف بنفسه لافتقاره إلى أهلية التصرف، أو لانعدام موجب الولاية، فليس له أن يوكل غيره فيه لأن فاقد الشيء لا يعطيه[3].

وعلى هذا الأساس، تطرح فكرة دور قاضي شؤون الأسرة في منح الإذن بالتوكيل في الزواج والتي أثارت خلافا كبير بين علماء الشرع والقانون لاسيما بعد التعديل الأخير الذي جاء به القانون رقم 84-11 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، ذلك باعتبار أن هذا الطرح مهم جدا لمصلحة الأسرة، والذي استوجب علينا الإشارة إليه موضحين أهمية التوكيل بالنسبة لعقد الزواج من جهة وابراز الإشكالات التي تعرض إليها القضاة بسبب الإلغاء الذي جاء بموجبه هذا التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري،

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 96.

[2] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2012، ص 253.

[3] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الايلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، سنة 1983، ص 327.

ومن خلال فكرتنا هذه ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، بحيث كان لابد لنا أن نعرج أولا في تعريف الوكالة مع تبيان موقف الفقه الإسلامي من الوكالة في الزواج وذكر أنواعها(الفرع الأول)، ثم ننتقل إلى البحث عن أسباب إلغاء المادة 20من قانون الأسرة بدل من تعديلها ودور القاضي في الفصل في المنازعات المطروحة أمامه(الفرع الثاني)

الفرع الأول: مفهوم الوكالة في عقد الزواج

بداية لابد علينا من تقديم تعريف للوكالة حسب ما جاء به الفقه الإسلامي مبينين فيه حجبتها والاختلاف الواقع عليها، كما نشير أيضا في هذا الفرع إلى التعريف القانوني للوكالة مع ذكر أنواعها بالاتفاق بما جاء به المذاهب الأربعة.

الفقرة الأولى: تعريف الوكالة فقها وقانونا

لغة: جاء في لسان العرب أن الوكالة هي اسم مصدر من التوكيل، وتصح بفتح الواو وكسرها ولها في اللغة عدة معاني منها:

-**القيام بأمر الغير:** قال ابن منظور ووكيل الرجل الذي يقوم بأمره وسمي وكيلا، لأن موكله قد وكل اليه القيام بأمر فهو موكول إليه الأمر[1].

-**الوكالة:** قال ابن منظور أن الوكيل هو المقيم بأرزاق العباد، وحقيقته أنه يستقل بأمر الموكول له[2]، وجاء في قوله تعالى: ﴿ **أَلَّا تَتَّخِذُواْ مِن دُونِي وَكِيلا** ﴿٢﴾ ﴾[3].

-**التفويض:** التفويض إلى الشخص وإسناد الأمور إليه فيما يراه الموكل له، في إصلاح مزرعته.. في تربية أولاده، في أي شيء من الأمور التي يحتاج إليها الإنسان. كأن يقول شخص وكلت أمري إلى الله، أي فوضته إليه.

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الثالثة، الجزء 15، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ص272.

[2] المرجع نفسه، ص 272.

[3] سورة الاسراء، الأية 02.

أما **تعرف الوكالة اصطلاحا** إذ جاء فيها معاني كثيرة سنعرض أهمها:

-**فقها:** اتفق الفقهاء المسلمون على تعريف واحد للوكالة، وهو إنابة الغير في إجراء التصرف، إلا أنهم اختلفوا في تحديد أبعاد هذه النيابة[1].

-**اصطلاحا:** بقصد بها التفويض والاعتماد، ولكن بقيود تجعله أخص من المدلول اللغوي، فتعرف اصطلاحا بأنها إقامة الشخص غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له معلوم قابل للنيابة، والوكالة هي إنابة شخص جائز التصرف لغيره في تنفيذ أمر من الأمور المعتبرة القابلة للوكالة.

-**شرعا:** الوكالة جائزة في الكتاب والسنة والإجماع، إذ نأخذ ذلك من قوله تعالى: ﴿**فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ فَلۡيَنظُرۡ أَيُّهَآ أَزۡكَىٰ طَعَامٗا فَلۡيَأۡتِكُم بِرِزۡقٖ مِّنۡهُ وَلۡيَتَلَطَّفۡ وَلَا يُشۡعِرَنَّ بِكُمۡ أَحَدًا (١٩)**﴾ [2]، والمقصود من الآية الكريمة أن أهل الكهف وكلوا واحدا منهم في شراء ما يحتاجون اليه من طعام، وفي هذا جواز الوكالة. وقوله تعالى أيضا: ﴿**وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا (٣٥)**﴾[3]، والمقصود منها أنه في حالة الشقاق بين الزوجين وطالت خصومتهما، أمر الله تعالى أن يبعثوا حكمين، شخصا صالحا من أهل الرجل وشخصا صالحا من أهل المرأة ويفعلان ما فيه المصلحة من التفريق أو التوفيق بينهما، وأن الحكمين وكيلان بناءا على الرأي القائل بأن الحكم وكيل عن الزوجين[4].

---

[1]نقوم بتوضيح ما اختف عنه الفقهاء في تعريف الوكالة: – عرف الحنفية "بأنها عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم"، أنظر: محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 2007، ص 36.، أما الشافعية فعرفها " بأنها تفويض شخص لغيره فيما يفعله عنه حال حياته مما يقبل النيابة شرعا"، أنظر: الخطيب الشربيني الشافعي، نهاية المحتاج الى شرح المناهج، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ص 14. أما الحنابلة فقد عرفوا الوكالة بأنها " استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة"، أنظر: منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار الكتاب العربي، بيروت، سنة 1996، ص 305. أما المالكية فعرفوها " بأنها نيابة ذي حق غير أمر ولا عبادة لغيره فيه غير مشروط بموته"، أنظر: محمد رضا عبد الجبار العاني، المرجع السابق، ص 37.

[2]سورة الكهف، الأية 19.

[3]سورة النساء، الأية 35.

[4]نفسسير القران الكريم، المرجع السابق.

كما جاء عن أبي رافع ﷺ قال: "تزوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو حلال، وبنى بها وهو حلال، وكنت أنا الرسول بينهما"، المقصود من الحديث يدل على جواز التوكيل في عقد النكاح من قبل الزوج، وظهر ذلك من فعل الرسول ﷺ حيث جعل أبا رافع وكيلا عنه في الزواج من ميمونة في الحج، وهو حلال[1].

عن عرون بن الزبير، عن أم حبيبة، رضي الله عنهما، أنها كانت عند ابن جحش فهلم عنها، وكان فيمن هاجر الى أرض الحبشة، فزوجها النجاشي –رسول الله ﷺ– وهي عندهم، والمقصود من هذا الحديث أن الرسول ﷺ عقد قرانه على أم حبيبة بنت أبي سفيان من خلال توكيل النجاشي في تزويجه اياها وهي في أرض الحبشة بعد أن توفي زوجها، وفي هذا دلالة على جواز أن يوكل الزوج غيره في النكاح، فان كان فعل ذلك بأمر النبي ﷺ –أي النجاشي– فهو وكيله، وان كان فعله بغير أمره فقد أجاز النبي ﷺ عقده، والاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة[2].

وعليه جاء في كتاب ابن قدامة أنه قال بأن الزواج يشبه عقد المعاوضة من قبل الزوج والزوجة، حيث ان الرجل يقدم المهر في مقابل حل الاستمتاع من الزوجة، وبما أن عقود المعاوضة كالبيع مثلا جاز فيها التوكيل، فقد أجازوا التوكيل في عقد الزواج للرجل قياسا"[3]

وعليه يمكن القول ان عقد الزواج كباقي العقود يقبل النيابة عن الغير، وبما أنه كذلك تصح فيه الوكالة والناظر في كتب الفقه يرى أن الفقهاء ذكروا أحكام الوكالة في الزواج باعتبار أن التوكيل فيه شيء معروف مسلم فيه، الا أنهم اختلفوا في تفاصيل هذه الوكالة.

كما جاء أيضا تعريف الوكالة في القانون الجزائري في نص المادة 571 من القانون المدني" أنها

---

[1]محمد عوني محمد الطويل، الوكالة في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، رسالة استكمال لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، بكلية الدراسات العليا في جامعة الخليل، سنة 1436هـ، 2015م، ص 71.

[2]المرجع نفسه.

[3]ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبدالله المقدسي، المغني على المختصر أبي القاسم عمر بن الحسين بت عبدالله، طبعة جديدة، الجزء 02بالأفوفست، بيروت، دار الكتاب العربي، سنة 1983، ص 201.

عقد بمقتضاه يفوض شخص شخص أخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"، نستشف من خلال نص هذه المادة أن المشرع جاء في صدر التعريف بمصطلح يفوض شخص (الموكل) الى شخص أخر(الوكيل) للقيم بعمل والذي يقصد به أن الموكل يفوض الوكيل للقيام بعمل شيء لحسابه وباسمه[1].

الفقرة الثانية: أنواع الوكالة في عقد الزواج

تنقسم الوكالة في الزواج حسب الفقه الإسلامي إلى نوعين:

-**الوكالة المطلقة:** وهي الحرية، أي أنها لم تقيد بأية تقييد، والذي يتعلق إما بالتصرف أو بالزمن[2]، وهذه الوكالة لها صورتين: تتمثل الصورة الأولى عند اختلاط الوكالة المطلقة بالوكالة العامة، فالموكل يصرح بالإذن العام للوكيل، أما الصورة الثانية، فهي تحدد الموكل نوع التصرف الذي يمكن للوكيل أن يقوم به، مع العلم أن الوكيل لا يقيد لا في مكانه ولا زمانه، ومن لا يتعامل معه أيضا، ولهذا تختلط الوكالة المطلقة بالوكالة الخاصة[3].

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الوكالة المطلقة في الزواج بأنها توكيل التفويض، اذ لم يقيد الموكل بأوصاف معينة مثل امرأة معينة، أو المهر معين، فقد اختلف العلماء فيها في قولين: القول الأول[4]: يرى الحنفية أن للوكيل أن يزوجه بأية امرأة كانت ولو غير كفء له سواء كانت هذه الزوجة سليمة أم معيبة، تكافئه أو لا، وبأي مهر دون التقيد بعرف أو عادة، مراعاة لعبارة الموكل ولفظه، أي أن يوكل في تزويجه دون أن يذكر امرأة بعينها، ولا أوصافها خاصة، ولا أسرة معينة ولا مهر، ولا شيئا على الإطلاق

---

[1] حسن قاسم، مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء وتطور عقد الوكالة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2011، ص 10.

[2] أنور الطلبة، المنور في شرح القانون المدني، اسجار، الأماكن، العارية، الوكالة، الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية، سنة 2006، ص 228.

[3] عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة المقاولة، الوكالة، الكفالة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2009، ص 153.

[4] محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، سنة 1971، ص 159، 160.

ومثال ذلك: أن يقول له وكلتك في تزويجي[1]، ففي هذه الحالة إذا قام الوكيل باختبار زوجة مناسبة لموكله من حيث الكفاءة والمهر، والأوصاف المرعية في الزوجة، كان العقد نافذا ولاشك.

وعن الاتجاه الثاني، يرى المالكية والشافعية والحنابلة، أنه يتقيد الوكيل بالمتعارف عليه استحيانا، لأن الإطلاق مقيد عرفا وعادة بالكفء وبالمهر المألوف، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا[2]. وبه قال صاحبا أبي حنيفة[3]، والمالكية، فاذا اختار الوكيل الزوج الكفء الملائم، والسليم من العيوب، وبمهر لا غبن فيه، كان الزوج نافذا على الموكل. ولم يصح العقد عند الشافعية[4]، والحنابلة[5].

أما في حالة ما إذا زوجه أو زوجها من عمياء أو أعمى، أو مجنون، أو بمهر مصحوب بغبن فاحش فقد اختلف فيه الفقهاء، فعمد المالكية وصاحبي أبي حنيفة يتوقف العقد على إجازة الموكل له، لما فيه من الافتيات[6] والتعدي، وان كانت الوكالة مطلقة، إلا أن هذا الإطلاق ليس مفتوحا على مصراعيه، بل إن الوكالة وان صدرت مطلقة في عبارتها، فإنها مقيدة ضمنا بما يجري عليه العرف، فقد تعارف الناس على أن من يستعين بغيره في الزواج إنما يفعل ذلك من أجل أن يساعده في اختيار الزوجة المناسبة. ولهذا وجب عند المالكية أن يعين الوكيل الزوج الأخر قبل العقد، وان لم يعينه فللموكل الخيار في الإجازة والرد، لاختلاف أغراض النساء في أعيان الرجل وأغراض الرجال في أعين النساء[7].

أما ما جاء به كل من المذهب الشافعي والحنبلي أنهم أبطلوا العقد[8] .

---

[1]أنور الطلبة، في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 228، 229.

[2]محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، شمس الدين، المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل،الجزء السابع،الطبعة الثالثة، دار الفكر، سنة 1992، ص 180.

[3]محمد بن حمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخي، المبسوط، الجزء 19،دار المعارفة، بيروت، سنة، 1993. ص 117 أبوبكر بم مسعود بن أحمد الكساني الحنفي، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطيعة الثانية، دار الكتب العلمية،الجزء 06، سنة 1986، ص 26.

[4]عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، يوم 2020/01/13، على الساعة 20:35، الموقع: #http://islamport.com/w/fqh/Web/2793/1540.htm

[5]ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء 07، ص 34.

[6]المقصود بالافتيات بأن افتعال من الفوت، وهو السبق الى الشيء دون استشارة صاحبة، والقيام بفعله دون أمره" أنظر، ابن منظور لسان العرب، المرجع السابق، ص 865.

[7]وهبة الزحيلي، الفقه وأدلته، الجزء السابع، الطبعة الثانية، مطبعة دار الفكر، دمشق، سنة 1985، ص 222، 223.

[8]المرجع نفسه، ص 223.

غير أن الاختلاف في التوكيل جاء في صحة توكيل المرأة، وعليه قد اختلف الفقهاء في صحة توكيل المرأة البالغة في تزويج نفسها[1]، حسب اختلافهم في انعقاد الزواج، فقال أبه حنيفة: يصح منها التوكيل كما يصح من الرجل إذ من حقها أن تنشئ العقد. وما دام ذلك حقا من حقوقها، فمن حقها توكيل عنها من يقوم بإنشائه[2].

أما جمهور العلماء فأنهم قالوا: إن وليها الحق في أن يعقد عليها من غير توكيل منها؛ وان كان لابد من اعتبار رضاها كما تقدم[3].

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن الوكالة المطلقة حسب فقهاء الشريعة الإسلامية ومختلف دول العربية أنها وكالة مطلقة إلا أن هذا الإطلاق ليس مفتوحا على مصراعيه، بل إن الوكالة وان صدرت مطلقة في عبارتها، فإنها مقيدة ضمنا بما يجري عليه العرف، التي لا يعيِّن الموكل فيها صفات ولا مهرًا ولا امرأة بعينها، وهنا يتقيّد الوكيل بالمتعارف عليه، فيختار له مَنْ هي كفء له، ويعيِّن مهرًا معقولاً متعارفًا لا مبالغة فيه، فإن فعل غير ذلك توقف الزواج على إجازة الموكل. كما تجب الإشارة بأن الوكيل لا يطالب في الزوج بحقوق عقد الزواج كأداء المهر أو زفاف المرأة إلى زوجها أو النفقة عليها أو غير ذلك، لأن الوكيل ما هو إلا نائب ومعبر عن رغبة الموكل.

-**الوكالة المقيدة:** هي أن يُقَيَّد الموكِّل الوكيل بأوصاف معينة فيمن يختارها له، كأن يذكر له أوصاف خاصة فيمن يرغب في الزواج منها[4]، أو يحدد أسرة بعينها يختار الوكيل إحدى بناتها، أو يحدد مهرٍ معيّن، أو أن يجعل له شروطا في المرأة التي يريد أن ينكحها؛ وفى هذه الحالة يجب على الوكيل أن يلتزم في إبرام عقد الزواج بما ذكره الموكل[5]، فإذا التزم بهذه القيود كان العقد صحيحا نافذا،

---

[1] عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص 28.

[2] محمد بن حمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخي، المبسوط، المرجع السابق، ص 117، 118.

[3] عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص 28،29

[4] الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، الجزء 6، ص 29، أنظر: الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، الحطاب، الجزء 7، ص 180.

[5] محمد عوني محمد الطويل، الوكالة في مسائل الأحوال الشخصية دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لاستكمال لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، بكلية الدراسات العليا، في جامعة الخليل، سنة 2015، ص 48.

أما إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته المقيدة يعتبر عقد الزواج موقوفا إجازة الموكل[1]، بحيث أن العقد لا يبطل، فان أجازه التزم به وإلا فلا يلزمه العقد في شيء، سواء كان زوجا أم زوجة أم وليا، إلا أن رأى خلاف ذلك، فانه أن يلتزم بالعقد.

وفي هذا الخصوص أجاز فقهاء المذاهب الأربعة بالاتفاق، غير أنهم اختلفوا فيما إذا خالف الوكيل تلك التصرفات أو تلك الشروط، فيرى المالكية[2] والحنفية بتوقف نفاذ العقد على إجازة الموكل، لأن الوكيل يصبح بمخالفة ما في الوكالة فضوليا، وعقد الفضولي موقوف عند المذهب الملكي والحنفي على إذن صاحب الشأن فيه. أما المذهب الشافعي اعتبر هذا العقد باطل، لأن عقد الفضولي عندهم باطل لا ينعقد في سائر عقود النكاح وغيره[3].

ما يمكن إضافته وحسب رأي الشخصي فنحن نميل إلى ما ذهب إليه الجمهور باعتبار أن العرف في الوكالة المطلقة لأن الموكل وان أطلق في الوكالة إلا أن ذلك لا يعني أنه يرضى بوقوع الضرر عليه، إذ لابد من تقييد هذا الإطلاق، كأن يزوجه امرأة مجنونة أو امرأة في مهرها غبن فاحش فيه ضرر على الموكل، وعلى هذا الأساس يمكن تقيدها ضمنيا بما يجري عليه العرف.

إذا من خلال ما تقدم يمكن القول بأن فقهاء الشريعة قد أجازوا التصرف لمن يصلح أن يقوم بذلك العمل، وهكذا التوكيل في عقد النكاح لمن يصلح لذلك كالرجل دون المرأة، فالمرأة حسب رأيهم لا توكل في إجراء عقد النكاح؛ لأنها لا يصح أن تكون ولية فيه، لا يصلح أن تزوج نفسها ولا غيرها، فإذا وكل من ينوب عنه في إجراء عقد النكاح؛ كالولي يوكل، أو في قبول النكاح؛ كالزوج يوكل، لا بأس بذلك، أو المرأة يوكل أخاها، أو يوكل أجنبيًا يزوج بنته لا بأس به إذا كان الوكيل صالحًا لذلك، وهكذا الزوج يوكل من يقبل عنه النكاح، لا بأس بذلك أيضا، وهكذا في جميع المسائل التي تدخلها النيابة يجوز أن يوكل الإنسان من جائز التصرف الرشيد لمن يصلح تصرفه في مثل هذا الأمر.

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 223.

[2] عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، شهاب الدين المالكي، ارشاد السالك الى أشرف المسالك في الفقه الامام مالك، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ص 80.

[3] شمس الدين الشيخ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي الشرح الكبير، الجزء 2، دار إحياء الكتب العربية، ص 232،233.

الفرع الثاني: دور قاضي الأسرة في منح الاذن بالتوكيل في الزواج

التوكيل في عقد الزواج من عقود المعاوضة، بحيث يقوم المخول له بتوكيل الغير لنقل إرادته المجسدة في الصيغة إلى مجلس العقد؛ والأصل أن العقود تباشر من قبل أصحابها، وحسب ما جاء في نص المادة 04 من قانون الأسرة" **الزواج هو عقد احتفائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة..** "، ومن هذا المنطلق يمكن القول بأن التراضي يقوم باتجاه إرادة الطرفين فبرضاهما يتم عقد الزواج، وعقد الزواج هو من العقود التي تقبل الإنابة عند رأي الجمهور، فإذا كان الشخص يملك حق مباشرة هذا العقد بنفسه لكونه مستكملا للشروط الواجب توفرها في العاقد، فان له أن يوكل غيره لتولي إنشائه بدلا عنه. أما إذا كان الشخص لا يملك التصرف بنفسه لافتقاره إلى أهلية التصرف، أو لانعدام موجب الولاية، فليس له أن يوكل غيره فيه لأن فاقد الشيء لا يعطيه[1].

نصت المادة 571 من القانون المدني " **الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا أخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه**"، والمقصود أن القاعدة العامة في الوكالة أن من ملك تصرفا كان له أن يوكل به غيره، بحيث يكون تصرف الوكيل كتصرف الموكل، وبالرجوع إلى نص المادة 20 التي كانت تنص قبل التعديل على أنه " يصح **أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة**"، نجد أن نص المادة السابق جاءت موافقة لمبادئ الشريعة الإسلامية وكما تم توضيحه سابقا، والعجيب في الأمر أن نص المادة 20 من قانون الأسرة ملغاة[2] بدل التعديل؟ [3]، مع أنه كان من الأصح أن تضيف إليها مواد توضحها وتلغي اللبس عنها.

---

[1]محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الايلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، سنة 1983، ص 327.

[2]الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة قد الغى في مادته 18 المادة 20 السالفة الذكر وبالتالي يمنع ابرام عقد الزواج بالوكالة أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق فأصبح حضور الزوجين اجباري لابرام عقد الزواج.

[3]فيصل بلحاج، التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بالفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، من المادة 01 الى المادة 13 نموذجا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، سنة 14433هـ، 1434هـ، 2012م، 2013م، ص 380، 381.

ومن خلال بحثنا في موضوع الحماية القضائية للأسرة عامة ومنح الأذون القضائية للزواج باعتبارها فرع من فروع دراستنا وجدنا إشكالات كبيرة قد تقع على مصلحة الأسرة، ومن خلال رؤيتي لهاته الجزئية أجد أنه كان من أصح لو أن تعديل جاء فيه بعض النصوص التي تعالج الوكالة في الزواج، كإضافة نصوص تضبطه وتبين من خلالها شروط التوكيل وتقسيماته في عقد الزواج دون الطلاق ذلك أن التوكيل في الزواج فقها لا يأتي إلا لذي العذر الشرعي، كالغائب الذي بتعسر حضوره مجلس العقد لبعد مكان وجوده[1]، كما أن هذا التعديل كان لابد عليه أن يستطع بدور القاضي في مسائل التوكيل بالزواج من خلال منح الترخيص بالتوكيل للزوج في هذا العقد باعتبار أنه كان سيكون للقاضي دور هام في مراقبته على الوكالة في الزواج، وذلك من خلال تقديره لوثيقة التوكيل بالزواج ما إذا كانت قد استجمعت الشروط التي حددها القانون، بحيث أنه سيملك سلطة تقديرية مهمة في هذا المقام تخول له حق رفض التوكيل في الزواج متى تبين له اختلال أي شرط من شروطها[2].

فقد أخذ به المشرع التونسي من خلال استقرائنا للفصل 09 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية " **للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما، وأن يوكلا من شاء. وللولي حق التوكيل أيضا**"

أما القانون المغاربي فجاء في المادة 17 من مدونة الأسرة " **يتم عقد الزواج بحضور أطرافه، غير أنه يمكن التوكيل على ابرامه، بإذن من قاضي الأسرة، المكلف بالزواج وفق الشروط الآتية:**

1-وجود ظروف خاصة، لا يتأتي معها للموكل أن يقوم بإبرام عقد الزواج بنفسه،

2-تحرير وكالة عقد الزواج في ورقة رسمية أو عرفية، مصادق على توقيع الموكل فيها..."[3].

---

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2008.، ص51.

[2] عبد الخالق أحمدون، مدونة الأسرة على ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، الزواج، سنة 2015، ص 294، 295

[3] القانون رقم15.102 الرامي الى تعديل المادة 16 من القانون رقم 03-70 مدونة الأسرة، الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 2.16.1 بتاريخ فاتح ربيع الأخر 1437(12 يناير 2016)، الجريدة الرسمية عدد 6433 بتاريخ 14 ربيع الأخر 1437(25 يناير 2016) ص420.

ونجد كذلك أن قانون الأحوال الشخصية الأردني لم ينص على هذه المسألة، وبناء عليه فانه بنص المادة 183 والتي تحيله إلى الأخذ بمذهب أبي حنيفة في حالة عدم وجود النص على مسألة معينة في القانون، وعليه جاء فيه بأنه لا يجوز في الوكالة في النكاح إضافة العقد إلى الوكيل بل لابد من إضافته إلى الموكل[1].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لابد من طرح السؤال التالي: هل بإفراغ قانون الأسرة من الوكالة فيه فائدة للزوجين، أو مصلحة تعود على الأسرة؟ وعلى أي حجية اعتمدوا عليها في حرمان الزوج من التوكيل؟ فقد يعرض على الرجل –الذي له الولاية المطلقة على نفسه بالتوكيل مادام بالغا راشدا– ما يمنعه من حضور عقده كأن يكون في بلد أجنبي بعيد كل البعد عن البلد الذي يتم فيه ابرام العقد، فيكلف من ينوب عنه فيرفض القاضي أو الموثق أو العامل في الحالة المدنية ابرام عقد الزواج الا بحضور المكلف، ففي هذا احراج شديد وتضييق على الناس في أمور معاشهم[2].

ما يمكن ملاحظته بإلغاء نص المادة 20 من قانون الأسرة المعدل والمتمم للأمر 05-02، نجد أن هذا الالغاء أوجد فراغا قانونيا في مسألة التوكيل، وقد تعرض على القضاة– لا محالة– ومنه يكون الغاء النص القانوني دون اصدار حكم يمنع التوكيل، فلا يجدون فيها نصا مسطرا، فيضطرون بموجب السلطة المخولة لهم الالتجاء الى أحكام الشريعة الاسلامية وفق نص المادة 222 من ق.أ والتي تجيز العمل بالوكالة في عقد الزواج اتفاقا، ولو كان ذلك بشروط، وهنا يقف القضاة حائرين – وحق لهم ذلك–.

ومن نتائج هذا الخلط أن قرارات المحاكم ستختلف في مسألة التوكيل، لأن القاضي له الحرية التامة في أخذ القرار الذي يراه صائبا وفي الأخير يقع تضارب، وهذا يعتبر من سلبيات التقنين.

---

[1] محمد عوني محمد الطويل، الوكالة في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، رسالة استكمال لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، بكلية الدراسات العليا في جامعة الخليل، سنة 1436هـ، 2015م، ص 75.

[2] فيصل بلحاج، التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بالفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، من المادة 01 الى المادة 13 نموذجا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، سنة 14433هـ، 1434هـ، 2012م، 2013م، ص 381.

يرى الأستاذ فيصل بلحاج من أسباب الغاء نص المادة 20 من قانون الأسرة الجزائري هي توقيع الجزائر على اتفاقية سيداو CEDAW أو اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[1]، وجاءت بفكرة تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في جميع الميادين وعلى هذا الأساس تم تفسير نص المادة 20 من قانون الأسرة لوجود تميز الرجل على المرأة، وان هذه الاتفاقية دائما حاضرة في هدم أحكام الشريعة. أو لسبب أخر والذي يكمن في أن المشرع الجزائري كانت غايته من الغاء المادة 20 مكرر لكي يقيد المرأة الراشدة والذي من خلال التعديل قد ألغى الولاية على تزويجها، فان الرجوع الى نظام الجبر لا محل له في قانون الأسرة الجزائري لأنه لا قبل التعديل ولا بعده وجد هذا النظام حتى يقال إن حرمان المرأة من التوكيل هو طريق الى الرجوع الى نظام الجبر.

في الأخير ما يمكن استنتاجه أن الأصل في العقود تباشر من قبل أصحابها، غير أن كلا من الفقه والقانون متفق على جواز التوكيل في ابرام العقود بصفة عامة، وباعتبار أن عقد الزواج هو من العقود التي تقبل الانابة على رأي الجمهور، فاذا كان الشخص يملك حق مباشرة هذا العقد بنفسه لكونه مستكملا للشروط الواجب توفرها في العاقد، أي له الولاية المطلقة على نفسه بالتوكيل مادام بالغا راشدا،إذا له أن يوكل غيره لتولي انشائه بدلا عنه. أما إذا كان الشخص لا يملك التصرف بنفسه لافتقاره الى أهلية التصرف، أو لانعدام موجب الولاية، فليس له أن يوكل غيره فيه لأن فاقد الشيء لا يعطيه[2].

---

[1] صدرت اتفاقية سيداو بتاريخ 18 ديسمبر سنة 1979، وجاءت بفكرة تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في جميع الميادين من سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية ومدنية، وقد صادقت عليها ست عشرة دولة اسلامية منها الأردن، الجزائر، جزر القمر، العراق، الكويت، المغرب، موريتانيا، توني، لبيا، لبنان، مصر، اليمن، جيبوتي، السعودية، البحرين، سورية، غير أن هذه الدول الاسلامية اشتركت في التحفظ على ست مواد هي كل من 2، 7، 9، 15، 16، 29، ذلك أنها منصوص معارضة للشريعة الاسلامية ومخالفة للقوانين الداخلية.

غير أن لهذه الاتفاقية عكس ما يبدوا عليها فإنها ألغت الولاية في الزواج على المرأة الراشدة وألغت حق الزوج في الطاعة في القانون الجزائري، وهذا مخالف تماما لمل جاء به ديننا الحنيف، ان بنود هده الاتفاقية تدعي في واجهتها حماية حقوق وواجبات المرأة، والعكس صحيح بل ان هذه الاتفاقية جاءت لتهدم وتحطم وتدل المرأة المسلمة، فديننا الحنيف قد أعلى مكانة المرأة منذ 14 قرنا من الزمن.

[2] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الايلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، سنة 1983، ص327.

وعلى هذا الأساس، طرحت فكرة دور قاضي شؤون الأسرة في منح الاذن بالتوكيل في الزواج والتي أثارت خلافا كبير بين علماء الشرع والقانون لاسيما بعد التعديل الأخير الذي جاء به القانون رقم 84-11 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، ذلك باعتبار أن هذا الطرح مهم جدا لمصلحة الأسرة، وبغض النظر عن الأسباب التي دفعت بالمشرع الجزائري الى الغائها. كان أولى على المشرع الجزائري أن يضيف مواد تمسح عنها اللبس والابهام كأن يجعل للقاضي شؤون الأسرة الرخصة في الإذن لتوكيل في عقد الزواج، بحيث يكون للقاضي دور هام في مراقبة الوكالة في الزواج، وذلك من خلال تقديره لوثيقة التوكيل بالزواج ما إذا كانت قد استجمعت الشروط التي حددها القانون، بحيث أنه كان للقاضي فرصة في امتلاك سلطة تقديرية أخرى مهمة في هذا المقام تخول له حق ترخيص أو رفض التوكيل في الزواج متى تبين له اختلال أي شرط من شروطها.

الفصل الثاني:

الدور الإصلاحي للقضاء على ضوء قانون الأسرة

أصبحت الأسرة اليوم تتعرض لعوامل أدت بها الى زيادة ارتفاع نسبة الطلاق، واالى زيادة الشقاق والنزاع، بما ينذر طاقوس الخطر، ويؤثر بشكل عميق وفعال على الأولاد بصفة خاصة، وعلى التماسك الاجتماعي بصفة عامة؛ ونظرا لارتباط القضايا المتعلقة بالأسرة بجوانب أسرية وإنسانية حميمية، فقد نظم قانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراءات الصلح حيث وسع مجالاته ونص على إلزامية الصلح حفاظا على كيان الأسرة، اذ نجد أن المشرع الجزائري أعطى لقاضي شؤون الأسرة دورا هاما وفعال لمحاولات الإصلاح بين الزوجين عند وجود شقاق ونزاع محتدم، غير أن المشرع الجزائري لم يبين الطرق والوسائل التي يتم بها هذا الإصلاح. فخول للقاضي دورا إيجابيا لإصلاح ذات البين بين الزوجين من خلال تفعيله للطرق والوسائل الازمة. وهذا كله متوقف على شخصية ومؤهلات القاضي لإعماله بهاته الوسائل.

رغم أن المشرع الجزائري توسع في اجراءات الصلح في الكثير من القضايا المتعلقة بالأسرة فانه يلاحظ من الناحية العملية أن هاته القضايا والتي تنتهي بالصلح تعد قليلة جدا؛ لأسباب قد تعود على القانون وأخرى على القضاء.

وفي ظل هذه الحقائق تأتي هذه الدراسة لتبين القواعد والأسس الشرعية والتدابير الوقائية والعلاجية المستنبطة من التشريع الاسلامي والقانون الوضعي، من أجل الوصول الى الوسائل الكفيلة بتفعيل ألية الصلح والتوجه الى الوسائل البديلة والتي تساعد من الحد في انتشار ظاهرة تفكك الأسر وتحقيق الصلح بين الزوجين وحماية وصيانة الأسرة والابقاء على كيانها المتين . وعليه نطرح التساؤل الأتي: ماهو الدور الذي يتخده القاضي في تفعيل ألية الصلح؟

المبحث الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في تفعيل آلية الصلح.

سار القضاء الجزائري من جانبه ومند القدم على اعتماد الصلح وسيلة لتسوية المنازعات والخصومات، وهو نفس التوجيه الذي كرسه المشرع الجزائري، حيث عمل على تقنينه وتنظيمه بمقتضى نصوص قانونية موضوعية اجرائية، وتزداد أهمية اللجوء الى الصلح حينما يتعلق الأمر بالمنازعات الأسرية، لكونها تكتسي طابعا خاصا، كونها تتعلق بعلاقات ذات حساسية خصوصية.

وهذا ما جعل المشرع الجزائري يؤكد على وجوبية الصلح[1] في القضايا الأسرية، خصوصا المتعلقة بدعاوى انحلال الرابطة الزوجية والتي تتم تحت اشراف القضاة، ومما لاشك فيه، أن تسوية هذه المنازعات عن طريق الصلح سيساهم لا محالة في الحفاظ على تماسك الأسر واستقرارها، وبالتالي الحد من التفكك الأسري غير أن نجاح الصلح في مجال الأسرة يظل رهينا بالتطبيق السليم لنصوص القانونية من قبل الفاعلين في الحقل القضائي.

ومن هذا المنطلق يقتضي تقسيم هذا المطلب الى فرعين لمعالجة دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية ثم خصصت في المطلب الثاني لتحديد اجراءات محاولة الصلح في ظل الممارسة القضائية.

المطلب الأول: دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية

للقاضي دور مهم في اجراء الصلح بين الزوجين، فالقاضي يبذل قصار جهده ويستعمل السلطة المخولة له من أجل اصلاح فيما بين الزوجين، وذلك يتجلى من خلال البحث عن الأسباب التي دفعت بالزوجين الى طلب الفرقة، وبمعرفة هذه الأخيرة يستطيع القاضي حماية من خلال إعمال دوره

---

[1] ان اجراء الصلح بين الطرفين، أقرته مبادئ الشريعة الاسلامية، وشرعته بنص الكتاب والسنة باعتبارها القانون الواجب التطبيق في هذا الصدد.

–الكتاب: قال تعالى:" لا خير في كثير من نجواهم الا من أمر بصدقة أو معروف أو اصلاح بين الناس 114" النساء، وقال تعالى:" ان يريد اصلاحا يوفق الله بينهما 35" النساء.

–السنة النبوية ما رواه أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: " الصلح جائز بين المسلمين" وزاده أحمد: " الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا"، **أنظر:** عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة، من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة، الأبيار، الجزائر، سنة 2011، ص 156 و157.

الايجابي في المحافظة على استقرار علاقة الزوجين والأسرة معا، ومن أجل تحقيق هذا الصلح فقد ألزم المشرع الجزائري القاضي بإجراء عدة محاولات للصلح طبقا لما نصت عليه المادة 49 فقرة 01 من قانون الأسرة "**لا يثبت الطلاق الا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى**".

تعد محاولة الصلح مسألة ضرورية ومهمة وجوهرية وعليه أكد المشرع في قانون الأسرة من خلال نص المادة 49 وكذا قانون الاجراءات المدنية والادارية في المادة 439[1] أن محاولة الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية، وفي هذا الصدد يختلف دور قاضي شؤون الأسرة أثناء قيامه بمحاولة الصلح عن باقي القضاة كقاضي التجاري وغيرهم؛ فقاضي شؤوون الأسرة يتقيد بشروط خاصة بحكم أن الصلح هو من أهم المراحل التي يجب أن تمر بها الرابطة الزوجية قبل انحلالها، ولأهميتها في حماية الأسرة جعل المشرع الجزائر محاولة الصلح وجوبية وعلى القاضي القيام بها في مختلف صور فك الرابطة الزوجية، اذ يبدل هذا الأخير كل مجهوداته لتقريب وجهات النظر ومحاولة الإصلاح بين الطرفين ووضع حلول وتدابير وقائية للحد من التنازع والتنافر بين الزوجين من جهة والحفاظ على الأسرة والأولاد من جهة أخرى.

الفرع الأولى: دور القاضي في الصلح عند الطلاق بناءا على ارادة أحد الزوجين

الأصل أم جوهر عقد الزواج يكمن في تكوين أسرة أساسها دوام العشرة بين الزوجين، الا أن هذه الرابطة الزوجية قد تعتريها بعض العراقيل والمشاكل التي تهز كيانها، وتحول دون تحقيق الهدف الأسمى منها، فأصبحت هذه الرابطة مصدر قلق وشقاق مستمر بين الزوجين، قد تؤدي في الأخير الى انقلاب الموازين والانتقال من حياة النعيم الى الجحيم، لذا شرع الله انحلال الرابطة الزوجية فقد

[1] قانون الاجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المرجع السابق.

المادة 439 من قانون الاجراءات المدنية " محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية ومن هنا يمكن القول بأن اجراء الصلح في مادة الطلاق هو أن القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة اقناع الزوج للتراجع عن طلبه في الطلاق. أنظر: أحمد شامى، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، المرجع السابق، ص 268.

نص المشرع الجزائري بموجب الأمر 05-02من قانون الأسرة في نص المادة 47 أن الرابطة الزوجية تنحل بالطلاق أو الوفاة.

وعليه فان وسائل انحلال الرابطة الزوجية تختلف باختلاف الشخص المراد انهائها سواء كانت بإرادة الزوج وهذا ما يعرف بالطلاق بالإرادة المنفردة أو بإرادة الزوجة وهو ما يطلق عليه بالتطليق. وعليه حفاظا على الأسرة، شرع نظام الصلح لما كانت محاولة الصلح مبدأ أساسيا وجوهريا في قضايا الطلاق لغرض معالجة النزاع بالطريق الودي لكونه أصل في مبادئ الشريعة الاسلامية لقوله تعالى: ﴿**إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا**﴾[1]، كذلك من شأن الصلح الحد من حالات الطلاق اذا تم حسم النزاع القائم بين الزوجين[2] ومنه فان المشرع الجزائري في نص المادة 439[3] قانون الإجراءات المدنية والإدارية حرص أشد الحرص على دور القاضي في اجراء المحاولة عند تحديد تاريخ اجراء محاولة الصلح سواء في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة أو في حالة التطليق[4] .

ان للقاضي دور مهم في اجراء الصلح [5]بين الزوجين، فاذا تقدم الزوج بالعريضة طلاق فان

---

[1]سورة النساء، الأية 35.

[2]أبو هشهش محمود أحمد، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان الأردن، سنة 2010، طبعة الأولى، ص 141، 142.

[3]تنص المادة 439 من قانون الاجراءات المدنية والادارية: " محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية".

[4]عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، الأبيار، الجزائر، سنة 2011، ص 154.

[5]يعرف القانون الفرنسي الصلح:" الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا مستقبلا"، وعرفه القانون المصري كذلك "بأنه عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه"، **أنظر**: محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، الصلح، الهبة، القرض والدخل الدائم، العارية، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، القاهرة1970، وعرفه المذهب الحنفي بأنه "عقد وضع لرفع المنازعة أو عقد وضع لرفع المنازعة بالتراضي"، كما عرفه المذهب الملكي بانه «انتقال عن حق لرفع نزاع أو خوف وقوعه"، والمذهب الشافعي:" بأنه قطع النزاع-لغة- وعقد مخصوص يحصل به ذلك شرعا"، أما المذهب الشافعي عرفه بأنه معاقدة يتوصل اليها الى موافقة بين المتخاصمين"، أنظر: شيماء محمد سعيد خضر البدراني، أحكام عقد الصلح، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الاسلامية، الطبعة 01، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2003، ص21و22. وجاء في نختار الصحاح أن الصلح من الصلاح ضد الفساد، والصلاح بالكسر مصدر المصالحة، والاسم الصلح يذكر الصلح يذكر ويؤنث، وقد اصطلحا وتصالحا واصطلحا بتشديد الصاد، والصلاح ضد الافساد والاستصلاح، وجاء في لسان العرب أصلح الشيء بعد فساده، أقامه وأصلح الدابة أحسن اليها فصلحت، وقد أصلحوا وصالحوا وتصالحوا وصالحوا، مشددة الصاد، وقوم صلوح: منصحون. أنظر: ابن منظور، لسان العرب، تحقيق: عبد

القاضي يبذل جهده ويستعمل السلطة المخولة له من أجل الصلح بين الزوجين، وذلك يتجلى من خلال البحث عن الأسباب التي دفعت بالزوجين الى طلب الفرقة، اذ بمعرفة هذه الأخيرة يستطيع القاضي حماية الأسرة بإعمال دوره الايجابي في الحفاظ على استقرار علاقة الزوجين والأسرة معا، ومن أجل تحقيق هذا الصلح فقد ألزم المشرع الجزائري القاضي بإجراء عدة محاولات طبقا لما نصت عليه المادة 49 في فقرتها 01 من قانون الأسرة "**لا يثبت الطلاق الا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى**". ومن خلال استقرائنا لنص هذه المادة والتي تحتوي بدورها على عدة أحكام تبين من خلالها أن الطلاق لا يقع الا بمرعيا لهذه الأحكام والتي تتمثل في:

الله علي الكبير واخرون، دار المعارف، الجزء الرابع، ص 2479، مادة الصلح. رضا أحمد، معجم متن اللغة، دار مكتلة حياة، بيروت، سنة 1958، جزء الثالث، ص 478. ولقوله تعالى:" انما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين أخويكم" سورة الحجرات، الأية 10، وقوله تعالى" لا خير في كثير من نجواهم الا من أمر بصدقة أو معروف أو اصلاح بين الناس ومن يفعل ذلك ابتغاء مرضات الله فسوف نؤتيه أجرا عظيما"، سورة النساء، الأية 114. وقوله تعالى" فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم وأطبعوا الله ورسوله ان كنتم مؤمنين"، سورة الأنفال، الأية 01. وقوله تعالى: ﴿**ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم أن تلروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس والله سميع عليم**﴾، سورة البقرة، الاية24.

عرف فقهاء الشريعة الاسلامية الصلح بعدة تعريفات فذهب فقهاء المالكية: فقد عرفوا الصلح بأنه " انتقال عن حق أو دعوى لعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه"، أنظر: الخرشي محمد بن عبد الله بن علي، شرح الخرشي على مختصر سدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوى، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، سنة 2006، طبعة الأولى، الجزء03، ص267، عليش محمد، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار صادر، الجزء 03، ص 200.وقد عرفه الحنفية لأنه عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما، أنظر: الزليعي فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب الاسلامي، الطبعة الثانية، الجزء 05، ص 29، 30و 31. أما الشافعية فقد عرفه بأنه " عقد يحصل به قطع النزاع" الشربيني محمد الخطيب، مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت، الجزء الثاني، ص 177.أما الحنابلة فقد عرفوه على أنه معاقدة يتوصل بها الى الاصلاح بين المتخاصمين، أنظر ابن قدامة عبد الرحمن بن محمد أبو الفرج، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، الجزء 05، ص 02.

–ومن خلال التعاريف المقدمة نستخلص أن لعقد الصلح ثالثة عناصر وهما وجود نزاع قائم حال أو محتمل، توافر نية حسم النزاع لدى طرفي العقد، نزول كل من الطرفين عن حقوق متقابلة، أنظر: ابراهيم سيد أحمد، عقد الصلح فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، دار شتلت للنشر والبرمجيات، مصر، الامارات، سنة 2012، ص 09، 10. وكما جاء عن الدكتور رمضان خضر سالم شمس الدين بحيث عرف عقد الصلح تعريفا جامعا مانعا بقوله" عقد يتم بين طرفين متخاصمين بنية حسم نزاع قائم أو محتمل، بأن ينزا كل منهما على وجه التقابل عن ادعائه أو جزء منه، فيرفع النزاع وتنقطع الخصومة" أنظر: شمس الدين خضر سالم رمضان، عقد الصلح في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة القاهرة، سنة 2008، ص 46.

– ثبوت الطلاق لا يكون الا بحكم يصدره قاضي شؤون الأسرة، فهذه قاعدة إجرائية واضحة الدلالة، حيث نصت المادة 49 سالفة الذكر على عدم وقوع من حيث الشكل القانوني الا اذا جاء مراعيا لأحكام الصلح، ومن خلال نص هذه المادة نستشف أن المشرع الجزائري قد ألغى ضمنيا الطلاق العرفي.

–وقوع الطلاق تحت طائلة البطلان إذا لم تسبقه محاولات عدة للصلح بين الزوجين من طرف قاضي شؤون الأسرة، فالصلح اجراء وجوبي[1]، ولا يجوز للقاضي التغاضي عنه[2].

اذا ومن خلال نص المادتين 49 قانون الأسرة ونص المادة 739 من قانون الاجراءات المدنية والادارية نجد تأكيد من المشرع بالقيام بعدة محاولات صلح؛ وان هذا التأكيد انما هو يعني الوجوب كما جاءت به نص المادة 439 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، والغرض من وجوبية محاولات الصلح في كلى المادتين هو تمكين القاضي من اجرائها ومنعه من التملص على أساس عدم وجود نص يفرض عليه القيام باجرائها.[3]

غير أنه ما يلاحظ على نص المادة 439 قانون الاجراءات المدتية والادارية، أن مضمونها لم يرتب جزاء على عدم القيام بها، في حين يفسر أغلب القانونيين أن تخلف هذا الاجراء يؤدي الى تشوه صحة الحكم.

وهنا نجد أن سوء فهم نصوص القانون تخلق في المسألة الواحدة تناقضا، والسبب الرئيسي راجع لعدم التفرقة في القواعد القانونية، اذ تستدعي الضرورة وجوب معرفة وتفريق متى تكون القاعدة القانونية ملزمة، ومتى لا تتضمن جزاء يوقع عند مخالفتها سواء كانت القاعدة الأمرة قاعدة موضوعية أو قاعدة اجرائية. وعليه فان كل من المادتين 49 ق.أ والمادة 439 ق.ا.م.ا هما قاعدتان أمرتان

---

[1] المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 75141، بتاريخ 1991/06/18، المجلة القضائية، العدد01، سنة 1993، ص 63.

[3] لمطاعي نور الدين، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، سنة 2012، 2013.

كونهما يتضمنان صياغة الوجوب، بالرغم من أنهمنا من القواعد الأمرة زد على ذلك غياب عنصر الجزاء بحيث نجد أن المشرع الجزائري لم يضف الجزاء المادي عند مخالفة هذا الاجراء بالرغم من أنه هو الذي يحدد القواعد التي هي من النظام العام والتي يترتب على مخالفتها جزاء، والى جانب المشرع يوجد أيضا القاضي الذي يحدد اعمال هذه القاعدة أو عدم اعمالها فيعرقل هذا الأخير حسن سير العدالة كون مصدر النظام العام هو القانون أو القضاء من جهة، ومن جهة ثانية صياغة الوجوب لا تقيد بطلان العمل الاجرائي في حالة تخلف الصلح نظرا لأن البطلان له ضوابط[1].

ان محاولات الصلح وما تواجهه من اختلاف في أراء الفقهية والقانونية والأحكام القضائية وكذا سوء فهم وسوء التفسير في نصوصها الا أنها تبقى مرحلة مهمة من مراحل اجراءات الصلح بين الطرفين لمكانتها داخل الأسرة، فكما هو معلوم أن دور القاضي فيه جانب اجتماعي كبير وأن دوره يقتصر على حماية الأسرة والحفاظ عليها واقارب أفكارها ومنعها من التفكك والتشتت. بالرغم من علمنا بأن مخالفة هذه المرحلة وعدم اجراء الصلح لا يفيد ببطلان الحكم بالطلاق الذي أوقعه الزوج، فهو ليس من اجراءات الطلاق وانما هو مرحلة لاحقة له.

وبناءا على ذلك من خلال تتبعنا لهذه الدراسة على الصعيد العملي والعلمي، اتضح لنا بأن هناك دعوى رفعت من قبل الزوج أمام المحاكم القضائية والتي نلتمس منها بعض الاشكالات ترتبط معظمها بوقت ايقاع الطلاق والذي ينتج عنه من اشكالات مستقبلية فقد تتعارض هذه الأخيرة مع عدة الطلاق، لأنه وفي بعض الحالات تكون متقدمة عنها وفي البعض الأخر تكون متأخرة وهنا يكمن دور قاضي شؤون الأسرة في طرحه لعدة تساؤلات عند أول جلسة صلح يجريها بين الزوجين، هل الزوج أوقع الطلاق قبل اللجوء الى القضاء أي قبل رفع الدعوى القضائية؟ أو تم بالتاريخ الموافق لرفعها؟ أم بتاريخ لاحق لرفع دعوى الطلاق؟[2]

---

[1] بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، سنة 2012 ص444، **أنظر** فاظل أحمد، الدور الايجابي للقضاء في الدعاوى المدنية، دراسة تحليلية للدور الايجابي للقضاء المدني في مجال الخبرة القضائية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2012، 2013، ص 213.

[2] محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 22و 23و24.

الحالة الأولى-ايقاع الطلاق قبل رفع الدعوى القضائية ما يلاحظ في التطبيقات القضائية، وهو أنه في كثير من الحالات، نجد أن الزوج يوقع الطلاق بإرادته المنفردة قبل أن يرفع دعوى قضائية طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، والذي جاء فيه هذا النص قصد اثبات الطلاق وهنا نميز بين وضعين حالة انقضاء العدة كليا، وحالة انقضاء جزء منها، بحيث يقوم القاضي بتحري لتحديد ما هو التاريخ الذي يعتد به لحساب العدة وما علاقة ذلك بمدة اجراء الصلح ولا سيما أن العدة حق من حقوق الله تعالى وأن القضاء أقرنها بنظام العام، وبالتالي يجب على القاضي مراعات مسألة العدة وهو في صدد اجراء الصلح.

ان المشرع الجزائري يقر ويعترف بوجود الطلاق الرجعي و أن هذا الطلاق يقع بمجرد تصريح الزوج به، وفي ذلك يقول الأستاذ "الهاشمي هودي" رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بالجزائر" مادام الزوج هو الطي يملك العصمة الزوجية فان له الحق في انشاء الطلاق للحديث الشريف:" الطلاق لمن أخذ بالسياق""[1]، لا يجوز للقاضي أن يحل محله في اصداره للطلاق، واذا تصورنا ذلك نكون أمام طلاق بيد القاضي[2]، لا طلاق بيد الزوج.

تنص المادة 58 من قانون الأسرة بأنه" **تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق** "، فالزوج هو الذي يصرح بالطلاق، وعليه فدور القاضي يكمن في تسجيل ارادة الزوج وليس له الحق في رفضها[3]. وهذا ما جاءت به المحكمة العليا لتأكد من خلال هذا القرار: "**من المقرر شرعا وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه فاذا كان هذا هو الرأي قان انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق يلزم من صدر منه الطلاق، أي بمجرد تلفظه بالطلاق وهذا إلزام مؤداه ابتداء الميعاد من وقت الطلاق ولا يتوقف بحكم يصدر من**

---

[1] الهاشمي هويدي، الاجتهاد الفضائي، عدد خاص، دار النشر، الجزائر، سنة 2001 ص 21.

[2] دهب العديد من القانونين أن الطلاق لا يقع الا لدى المحكمة، الا أن هذا القول لا ينطبق الا على قانون التونسي والذي ينص في الفصل 30 من مجلة الأحوال الشخصية: " لا يقع الطلاق الا لدى المحكمة ". ان طبيعة الطلاق تكون كاشفة لا منشأة فطلاق يكون بيد الزوج لا غيره.

[3] الهاشمي هويدي، الاجتهاد الفضائي، عدد خاص، نفس المرجع، ص 22.21

القاضي".[1]وعليه فان طبيعة الحكم هو حكم كاشف ذلك أن الدور الذي يقوم به القاضي هو تسجيل وتثبيت حكم الطلاق الناشئ عن إرادة الزوج.

الحالة الثانية-إيقاع الطلاق بتاريخ موافق لرفع الدعوى أن يرفع الزوج دعوى أمام القاضي يطلب فيها الطلاق بتاريخ موافق لدعوى أو بتاريخ لاحق لدفع دعوى الطلاق، فالقاضي بعد محاولة الصلح وحسب نص المادة 50 من قانون الأسرة المذكور سابقا أنه:" من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم يحتاج الى عقد جديد"، والمقصود من هذه المادة عند استحالة كل محاولات الصلح وفسل القاضي في ذلك فانه يقضي بالطلاق مستجيبا للزوج في طلبه، فان هذا الحكم هو بمثابة الطلاق البائن.

ما يمكن ملاحظته من نص المادتين 49 و58 من نفس القانون أن مدة الصلح مطابقة تماما لعدة الطلاق الرجعي سواء من حيث مدة كل منهما، أو من حيث تاريخ بداية سريان حساب مدة كل منهما، المحددة بثلاثة 03 أشهر ولم يحددها بمدة تقل أو تزيد عن ذلك، عملا بالقاعدة العامة التي تتضمنها المادة 49 السالفة الذكر، انه لا يعقل أن يجري قاضي شؤون الأسرة الصلح والذي يهدف من وراءه اقناع الزوج بضرورة استعمال حق الرجعة، الا اذا تم ذلك خلال مدة عدة طلاق رجعي، وهذا لا يتأتى الا اذا تم خلال مدة المحددة للصلح، لذا منع المشرع القاضي صراحة بموجب المادة 49 سالفة الذكر من اجراء الصلح بعد انتهاء و انقضاء المدة المقررة و المحددة له، ويتضح ذلك من عبارة "**دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى**"، و عليه فان المشرع الجزائري قد قيد القاضي بمدة اجراء الصلح اذا عليه أن يلتزم بها لكي يتسنى للزوج استعمال حق الرجعة بدون حاجة الى ابرام عقد جديد أثناء محاولة الصلح هذا من جهة ومن جهة أخرى فان الحكم الذي سوف يصدر بعد انقضاء فترة الصلح سيكون الطلاق فيه بائن بينونة صغرى، لكي لا يتعدى علي حق الزوج من جهة ومن جهة أخرى حتى لا يتسبب في خلق وضعية محرجة[2].

---

[1]أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ص 106.

[2]بن صبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 98. 101.

وفي كل الأحوال وعند التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يقوم القاضي بالاستماع الى كل زوج على انفراد ثم معا، ويمكن بناءا على طلب أحد الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح[1]، حسب ما جاءت به نص المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يحضر أمين الضبط كذلك جلسات الصلح إضافة الى القاضي والزوجين، فهو يساعد القاضي من خلال تدوين ما يأمره به في المحضر المخصص لذلك، كما يلتزم بالحياد المطلق والسرية التامة فيما يجري بين الزوجين والقاضي لكون جلسات الصلح تتميز بالسرية[2].

غير أنه وأثناء فترة الصلح بحيث يقوم الزوج بالتصريح أمام الزوجة والقاضي والكاتب وأمين الضبط عن حل الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، طبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة "**مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، بحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بارادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون**"، بحيث يكون تاريخ تصريح الزوج بالطلاق لاحق لتاريخ رفع الدعوى القضائية أمام قاضي شؤون الأسرة أثناء جلسة الصلح، فيكون موافق لزمن بداية إجراءات محاولة الصلح[3].

زيادة عن الحالات السابقة والتي صادفت الجانب العملي هناك حالات أخرى نجد فيها أن الزوج قد تلفظ بطلاق مرتين بإرادته المنفردة وقام بإرجاع الزوجة أثناء عدتها والتي تقدر ب3 أشهر من تاريخ التلفظ به من طرف امام مسجد، الا أنه وبعد مرور مدة قام الزوج بتكرار لفظ الطلاق للمرة الثالثة وهذا ما الزمه باللجوء الى القضاء، ففي هذه المرحلة عند تدخل القاضي لإصلاح ذات البين بين الزوجين في المدة المقررة يتصادف بأن الزوج قد طلق الزوجة للمرة الثالثة، فس هذه الحالة يقوم قاضي شؤون الأسرة ومن خلال السلطة المخولة له بإيقاف الصلح والحكم بالطلاق لإرادة الزوج، اذ

---

[1] لحسن بن الشيخ اث ملويا، المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، سنة 2005، ص236.

[2] عبد الرحمان بربارة، شرخ قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2009، ص 336.

[3] لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة 2006، ص 88 و89.

يجد هذا الأخير نفسه بصدد الطلاق البائن بينونة كبرى[1].

والجدير بالذكر أن قرار المحكمة العليا جاء ليثبت صحة العمل القضائي والذي جاء موافقا للقانون والشرع معا، وفي هذا الصدد نلتمس قرار عن المحكمة العليا الصادر 1998/02/17 وقرر المبدأ الاتي:" **من المقرر شرعا أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية الا بعد أن تتزوج غيره وتتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوجة أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاث، فانهم لم يخرقوا أحكام المادة 57 من قانون الأسرة وطبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين التصريح برفض الطعن**"[2].

وما يمكن ملاحظته أن دور القاضي هنا يكمن في ضبط ارادة المتصالحين التي وان لم تكن مطابقة لقواعد العدالة والإنصاف الا أنها يجب أن تكون غير مخالفة للنظام العام، وعلى هذا الأساس لابد على القاضي أن يجري جلسات الصلح الا في الإطار المسموح به وقانونا[3].

ومن بين كذلك القضايا التي صادفت القضاة والتي تأخذ بصورة شادة هي كيفية احتساب مدة الصلح للمرأة الحامل. كما وهو معلوم أن محاولات الصلح التي يجريها القاضي لابد أن لاتتجاوز ثلاثة (3) أشهر من ايقاع الطلاق حسب نص المادة 49 من قانون الأسرة، وفي المقابل نجد أن المشرع الجزائري قد حدد لنا حساب مدة العدة 58 من نفس القانون بالنسبة للمطلقة المدخول بها غير الحامل وقدرتها بثلاثة (3)أشهر في نص المادة 58 من نفس القانون والتي جاءت متوازنة مع مدة الصلح، كما جاءت المادة 60 من قانون الأسرة تثبت لنا أن عدة الحامل تبدأ عند وضع حملها، وحددت أقصى مدة بعشرة أشهر (10) من تاريخ الطلاق.

---

[1] جاء في نص المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري أنه " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية الا بعد أن تتزوج غيره وتطلق أو يموت عنها عند البناء.

[2] المحكمة غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 176551، مؤرخ في 2012/04/12، المجلة القضائية، 2000، عدد01، ص 171الى 173.

[3] بوذريعات محمد، الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح، من أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، يومي 6 و7 ماي، منشور في السلسلة الخاصة بالملتقيات والندوات، عدد03، الجزائر، سنة 2014، ص98.

بناءا عما سبق كيف يستطيع القاضي أن يلائم بين نصوص المواد 49 و60 و59 من قانون الأسرة، وبالرجوع كذلك الى نص المادة 442 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، نجد المشرع الجزائري قد أعطى للقاضي السلطة في منح الزوجين مهلة اجراء محاولة صلح جديدة والتي حددت ب ثلاثة (3) أشهر كأقصى مدة. وعليه وفي مثل هذه الحالات يجد القاضي نفسه أمام احتمالين[1]:

- **الاحتمال الأول:** أن يكون الصلح خلال مدة الحمل، بمعنى أن الصلح يتم خلال مدة العدة وفي هذه الحالة يعد رجعية بعد طلاق الزوج لها.

- **الاحتمال الثاني:** أن يكون الصلح بعد وضع الحمل أي أنه إذا تم الصلح بعد انتهاء العدة فالزوج يحتاج إلى عقد جديد بالرغم من أنه لا يوجد حكم طلاق صادر من المحكمة كما قضت بذلك المادة 50من قانون الأسرة.

ان الأمر يبقى مفتوح على احتمال أخر: يتعلق بعدم نجاح جلسة الصلح وصدور حكم يثبت طلاق الزوجة الحامل والتي لا تزال في عدتها فجلسة الصلح بهذه الطريقة تطبيقا لنص المادة 50 من قانون الأسرة تحرم على الزوجين الرجعة ويلزمهما بإبرام عقد جديد في حين يجد الزوجين نفسيهما غير ملزمان بذلك طالما أن العدة لم تنته[2].

كما وقد نتصادف به في بعض الحالات أن المطلقة الحامل لا تصرح بحماها عند الحكم بالطلاق وبعد مرور خمسة (5) أشهر من الحكم تضع المطلقة حملها، اذ أن هذه الأخيرة لا تمتنع من استحقاق حملها لإثبات النسب كما أن عدم اقرار المطلقة بحملها لا يعد حجة أمام المطلق لحرمانه منه وفقا لنص المادة 42 من قانون الأسرة والتي حددت بأقل مدة ستة (6) أشهر كما وجاءت المادة 43 من نفس القانون تأكد بنسب الطفل لوالده في مدة قدرها عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق.

---

[1] بن صبري عبد الحكيم، المرجع السابق، 108.

[2] نوي عبد النور، طبيعة الصلح ودور القاضي في ملائمة النصوص القانونية للأحكام الشرعية، من أعمال الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، يومي 04و 05 ماي، ص 375.

وعلى هذا الأساس جاء قرار المحكمة العليا وجاء في قرار المحكمة العليا يقضي بأن:" **عدم تصريح الزوجة بالحمل عند الحكم بالطلاق، لا يعد حجة تجاه المطلق لحرمانها من حقوقها، ومادام أن الطاعنة وضعت حملها بعد خمسة أشهر من صدور الحكم بالطلاق، فإنها تستحق نفقة الحمل لإثبات النسب، ولأن الحمل يصعب اكتشافه في الشهرين الأولين له**"[1].

وما يمكن استنتاجه أن لقاضي شؤون الأسرة دور فعال وايجابي في اصلاح ذات البين بين الزوجين في حالة ما اذا طلب الزوج بإرادته ودون ضغط عليه برفع دعوى الطلاق، فعلى القاضي اتخاده لكل التدابير التي يراها لازمة في ذلك، من بين الملاحظات التي أثارت انتباهي أن الزوج في بعص الأحيان يقوم بإلقاء الطلاق قبل اللجوء الى القضاء وبعد مرور فترة زمنية يلجئ الزوج برفع دعوى الطلاق، وعليه فان هذه الأخيرة قد تشكل فرق كبير بين مبادئ الشريعة والقضاء ذلك باعتبار أن القضاء يباشر بإجراءات الصلح من تاريخ أول يوم رفعت أمامه دعوى الطلاق غير أن الزوج قد تلفظ بها قبل اللجوء اليه، وكما هو معاوم أن مدة عدة الطلاق الرجعي تقدر ب3 أشهر من تاريخ رفع الدعوى وأن محاولات الصلح حددت بثلاثة (3) أشهر من تاريخ رفغ الدعوى، اذن ومن خلال ما سبق فإننا نجد أنفسنا في اشكال كبير بين الشريعة الإسلامية والقضاء في احتساب العدة من جهة واجراء محاولات الصلح من جهة أخرى، فتعتبر الزوجة مطلقة شرعا –بينونة صغرى– وزوجته قانونا. والعكس صحيح إذا تلفظ الزوج بطلاق بتاريخ لاحق لرفع الدعوى. وحسب رأيي الشخصي فإنني أجد أن القاضي لابد له أن يتفطن لهذه الإشكالية باعتبار أن المشرع قد أعطى له الصلاحية التامة في اعمال سلطته التقديرية لحل النزاع المطروح أمامه بأي طريقة كانت وعليه لابد له وأن يتخذ أول اجراء وهو أن يسأل عن فترة إيقاع الطلاق لكي لا يقع في الشبهات.

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 254080، مؤرخ في 2001/02/21، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 2002، ص 444 وما بعدها.

الفرع الثاني: دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالتراضي بين الزوجين

نظرا لخصوصية العلاقات الأسرية ولحساسية القضايا المرتبطة بها، فان المشرع الجزائري وسعيا منه للحفاظ على استقرار الأسرة التي يتهدد كيانها بظاهرة انحلال الرابطة الزوجية، عمل على استحداث أحكام خاصة بالطلاق بالتراضي استجابة لرغبة الزوجين اللذين لا يودان اشهار أسباب النزاع بينهما عن طريق اجراءات قضائية قد تطول، بحيث جعل المشرع إجراءات الطلاق وجميع الخطوات المتطلبة قانونا تحت رقابة القاضي الذي يملك سلطات واسعة في ذلك، ليتدخل من أجل القيام بالدور القانوني والاجتماعي المتاح له من خلال نصوص قانونية والتي قام المشرع الجزائري بإدراجها بإجراءات وأحكام خاصة بهذا الطلاق نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، والتي يجب على القاضي مراعاتها بدء بمراقبة القاضي للعريضة ومدى قبولها، ثم الامتثال امامه، وعليه بالاستماع الى كل منهما على انفراد ثم مجتمعين معا، ليتأكد من رضائهما الرامي للطلاق، وذلك بإعمال حنكته وبراعته حتى يتجلى الامر بوضوح[2].

وعليه جاء قرار المحكمة العليا يقضي:" **المبدأ: للطلاق بالتراضي أحكام خاصة يجب مراعاتها من طرف القاضي ويجب عليه التأكد من قبول العريضة المشتركة وبعد ذلك الاستماع الى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما ان كان ذلك ممكننا وحيث يتبين من الحكم محل الطعن بالنقض أن المحكمة لم تتأكد من كل ذلك وأشارت الى أنها سمعت لاصلاح ذات البين في جلسة 21 أكتوبر 2009 الا أم محاولتها باءت بالفشل بسبب تمسك المطعون ضده بفك الرابطة الزوجية بالتراضي لاستحالة العشرة الزوجية وغياب الطاعنة عن جلسة الصلح**" [3]

---

[1] خص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية اجراءان وأحكام خاصة بالطلاق بالتراضي من خلال نصوص النواد القانونية من المادة 427 الى غاية نص المادة 437.

[2] علي بن عوالي، الصلح ودوره غي استقرار الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، سنة 2011، 2012، ص 192.

[3] يعقوب عبد الرزاق، قضاء المحكمة العليا في مادة شرون الأسرة مرفق بشرح لبعض المواد،دار الهدى للطباعة والنشر، جوان 2018، ص 82.

وعليه ما يمكن ملاحظته في هذا الصدد أن الطلاق بالتراضي يعتبر صلحا بحد ذاته بين الزوجين لكونهما اتفقا على الطلاق بمحض ارادتهما، ورضاهما تحت كامل وعيهما وقواهما العقلية، الا أن هذا لا يمنع القاضي من السعي الى الصلح بين الزوجين وذلك من خلال اعمال سلطته التقديرية المخولة له [1]من أجل اجماع وإصلاح ذات البين على أساس الرحمة والمودة وحماية الأسرة من التفكك.

الفرع الثالث: دور القاضي عند طلب الخلع من الزوجة

جاء في قرار للمحكمة العليا: " المبدأ: القضاء بالتطليق خلعا بدون إجراء محاولة الصلح بين طرفي النزاع مخالف لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة"[2]، وجاء أيضا في قضاء المحكمة العليا أيضا "**.... إضافة الى أن محاولة الصلح لا تعبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق انما محاولة الصلح المذكورة بالمادة 49 من قانون الأسرة ما هي الا موعظة..**"[3]، ونرى أن المقصود من هذين الاجتهادين، أن إجراءات الصلح ليس بلإجراء الجوهري، غير أن اجراءات الصلح تعتبر وسيلة من الوسائل التي تسعى لحل الخلافات الأسرية نظرا لطبيعة العلاقة التي تربط مكونات الأسرة والتي تتجلى في الحفاظ على تماسك الأسرة واستقرارها في أداء دورها الأساسي والذي يكمن في بناء أفراد مجتمع، وتزداد أهمية اللجوء الى جلسات الصلح كونها تكتسي طابعا خاصا في العلاقات ذات الحساسية وخصوصية بين الزوجين والأبناء، وعليه ينبغي أن يكون لقاضي شؤون الأسرة دورا إيجابي في معالجة كل حالة بحكمة وتبصر، سيما أن المشرع أعطى له تلك الإمكانية أثناء محاولة الصلح الواجبة قانونا[4].

---

[1]جاء في نص المادة 432 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في حالة ما اذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو اذا ظهرة عليه اختلال في قدرته الذهنية و التي تمنعه من التعبير عن ارادته فيجوز للقاضي أثناء جلسة الصلح بإجراء خبرة طبية بغرض التحقق من سلامته العقلية وهو ما توضحه المادة 425 من نفس القانون.

[2]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، فصلا في الطعن رقم 477546، بتاريخ 2013/025/09، المجلة القضائية، الغدد 2، سنة 2009، ص 279

[3]محكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، مجلة المحكمة العلبا، عدد خاص، سنة 2001، ص100

[4]خياط محمد، المستجدات الواردة في قانون الأسرة، مداخلة ألقيت بمجلس قضاء سعيدة في إطار التكوين المحلي المستمر الخاص بالقضاة، محكمة المشرية، السنة القضائية 2008-2009، ص 13.

فمحاولة الصلح بطبيعة الحال الغاية منها معرفة المشاكل التي تحول دون استمرار الحياة الزوجية، ومحاولة حلها وتقريب وجهات نظر الطرفان واصلاح ذات البين بينهما، لاعادة بناء اسرتهما التي تعتبر خلية من خلايا المجتمع الأمر الذي يتطلب حضور الطرفان، ولو أن اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا، قد استقر على أن حضور طالب فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع لمحاولة الصلح، كاف لاحترام الاجراء[1].

فدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في هذه الحالة يكمن بتأكده عند قيامه بجلسة الصلح أن الزوجة متأكدة ومصممة على طلب الخلع وغير مترددة، وباعتبار أن دور القاضي هو دور إصلاحي حمائي للأسرة فيجب عليه قبل الحكم بالخلع أن يقوم بمبادرة أخير باعتبار أن له الصلاحيات والسلطة التقديرية المطلقة في دعاوى الصلح بأن يرسل القاضي حكمين حتى يحاولا اقناع الزوجين بما هو خير لهما. فاذا تمكن القاضي من التوصل الى الصلح فلابد عليه أن يعد محضر يبين فيه مساعي ونتائج الصلح. غير أنه قد لا تكلل محاولات الصلح دائما بالنجاح، مما يعني فشل القاضي في الإصلاح بين الزوجين نتيجة تمسك الزوجة بالخلع، فيباشر مناقشة الزوجين بدل الخلع وأثار فك الرابطة الزوجية، ويعتبر بدل الخلع عنصر جوهري في دعوى الخلع، وبعد تيقن القاضي من فشل محاولات الصلح وتمسك الزوجة بطلبها والذي ليس للزوج حق الاعتراض على طلبها ولا تشترط موافقته حيث جاء قرار المحكمة العليا "**.. ومن ثم فان عدم موافقة الطاعن على الخلع الذي تطالب به المطعون ضده، وعلى المقابل المالي المقترح من قبلها، لا يحرمها من مخالعة نفسها ولا تحرمها أحكام الشريعة الإسلامية ولا القانون من ذلك، مثلما يعتقد الطاعن خطأ..**"[2]، بل له فقط حق المناقشة في بدل الخلع[3].

وفي الأخير ما يمكن اضافته أنه تطبق على دعوى الخلع نفس أحكام محاولات الصلح الواردة في المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من حيث المدة المقررة كما وأن جلسات الصلح في

---

[1] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0964769، مؤرخ في 2014/07/10 غير منشور.

[2] صدور قرار من المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المؤرخ في 1996/07/30، المجلة القضائية، عدد01، سنة 1999، ص 120.

[3] بن الشيخ اث ملويا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 427.

دعاوى الخلع تكون سرية، أما في ما يخص حضور أحد أطراف العائلة فهو جائز ان اقتضى الأمر ذلك، كما للقاضي أيضا أن يمنح الزوجين مهلة تفكير لإجراء الصلح في المدة المقررة اذا التمس من أحدهما قبول فكرة الرجوع غير هذا لا يستطيع القاضي جبر كل من الزوجين على حضور جلسات الصلح اذا امتناعا عن ذلك[1].

المطلب الثاني: دور القاضي في مباشرة اجراءات الصلح

عالج المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة على امكانية الصلح في قضايا شؤون الأسرة، ونظرا لأهمية الاجراءات ومساهمتها الفعالة في القضاء على الشقاق بين الزوجين وامكانية الصلح بينهما، فقد خص اجراءات وقواعد منها موضوعية وشكلية، وللإحاطة جيدا بإجراءات وقواعد الصلح في التطبيق القضائي الأسري ودور القاضي فيها لا بد من التطرق الى الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح الفقرة الأولى، وكذا الشروط الشكلية لانعقاد وسير جلسة الصلح الفقرة الثانية.

الفرع الأولى: الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح.

تتمثل الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح، في ضرورة رفع الدعوى التي يكون موضوعها فك الرابطة الزوجية أي لابد من اجراء جلسة الصلح عند وجود نزاع[2]، وطبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة يحل عقد الزواج بالطلاق والذي يتم بجميع صور فك الرابطة الزوجية والتي أطلق عليها المشرع الجزائري بتسمية الطريق العام لفك الرابطة الزوجية، ومادام حق فك الرابطة الزوجية ثابت للزوجين معا، فان ممارسته يجب أن تتم عن طريق التوجيه للقضاء وتسجيل الدعوى القضائية بذلك[3]، حيث تعتبر هذه الأخيرة الوسيلة الاجرائية الوحيدة التي يمكن من خلالها التعبير عن

---

[1] اذ تطبق أحكام الصلح الواردة في المادة 439 زما يليها من قانون الاجراءات المدنية والادارية، ومن بينها أنه اذا لم يتمكن أحد الزوجين من الحضور الى جلسة الصلح بأن حصل له أمر أو حادث أو سجن أو لبعد المسافة، القاضي يمكنه تحديد جلسة صلح أخرى، كما أن باستطاعته التنقل لسماع الزوج في مكان تواجده الى المستشفى أو يسند هذه المهمة الى قاض أخر في اطار انابة قضائية.

[2] شيماء محمد خضر البدراني، أحكام عقد الصلح، المرجع السابق، ص24و 25.

[3] الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، دراسة تأصيلية وتحليلية لدور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الازازيطة، الاسكندرية، سنة 2001، ص 291،290.

الارادة في هذا الاطار من الناحية القانونية، باعتبار الدعوى أصلا سلطة الشخص التي يخولها له النظام القانوني في اللجوء الى الجهات القضائية لغرض حماية حقه[1]. وبهذا يعرض الحق في فك الرابطة الزوجية على القضاء حتى يتسنى لقاضي شؤون الأسرة المختص بالصلح بين الزوجين، ومحاولة منه لحل الجماع وتفادي انحلال وفصم علاقة الزوجية فشرط وجود دعوى طلاق معروضة على القضاء هو شرط موضوعي لعقد جلسة الصلح بين الزوجين[2].

والشرط الثاني والمتمثل في أطراف جلسة الصلح، فهو غني عن البيان أن أحد أهم الأشخاص الرئيسية في جلسة محاولة الصلح هما طرفيها المعنيين مباشرة بها وهما الزوجان، غير أنه عند عرض الطلب على القضاة، يوجد أشخاص أخرين وهم القاضي المكلف بشؤون الأسرة الذي يجري محاولة الصلح وأمين الضبط، وبذلك يتحدد أشخاص جلسة محاولة الصلح في ثلاثة أطراف هم: الزوجين، القاضي، أمين الضبط.

ان محل الصلح بين الزوجين هي العلاقة الزوجية القائمة بينهما، وهو الشرط الموضوعي الأخير لإجراء محاولة الصلح لضرورة قيام العلاقة الزوجية، فلا صلح في غياب هذه الرابطة وعليه شرط الزواج هو الركن الأساسي لمحاولة الصلح، وعقد الزواج الرسمي هو وسيلة والتي يمكن من خلالها اثبات الصفة في ذلك، فلا يكون الا بناء على عقد زواج صحيح ولازم[3]، ولا يشترط حصول دخول حقيقي في الزواج حتى يتمكن من اجراء الصلح.

ومن ضمن الاشكالات المثارة والتي لم يوضحها المشرع الجزائري وأخذ بما ذهب اليه المالكية فيما يتعلق اجراء الصلح قبل الدخول عند وقوع الشقاق وعدم الوفاق بين الزوجين فجاء في مدونة

---

[1] الغثوني بن محلة، القانون القضائي الجزائري، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص227.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 232.

[3] زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق، دراسة للنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2006، 2007، ص 101.

الامام مالك:" المرأة ممن لم يدخل بها يجري أمرها مع الحكمين مجرى المدخول بها"[1]، أي أن حدوث الخصام بين الزوجين قد يكون حتى قبل الدخول وهو أمر متصور ومحتمل جدا، ولهذا يصح اجراء الصلح من طرف القاضي متى رفع اليه النزاع، فالعبرة بوجود عقد الزواج في ملف الدعوى، وهو ما يكريه قضاء المحكمة العليا[2].

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لسير جلسة الصلح

لم يبين المشرع في قانون الأسرة اجراءات عقد وسير جلسة محاولة الصلح أمام القضاء، فلم يضع طريقة أو كيفية معينة في ذلك[3]، الا أن المشرع تدارك ذلك من خلال قانون الاجراءات المدنية والادارية بحيث جاء بإجراءات وشروط خاصة وتتمثل في ضرورة التأكد من هوية الطرفين بإضافة الى ضرورة سماع كلا الزوجين، كما أنه يلزم أن تعقد جلسة الصلح سرية، وقيام القاضي بعدة محاولات صلح وذلك بعد حضور الأطراف الى الجلسة وغيرها من الشروط التي سنتطرق اليها.

الفقرة الأولى: ضرورة التأكد من هوية الطرفين

ان المعمول به في ساحة القضاء في جلسة العلنية بعدما ينطق القاضي بالقضايا المفصول فيها والتي كانت محل النظر، ينادي على القضايا المجدولة، ينادي على رقم القضية وكذا أطرافها ثم يدعوا الأطراف الى اجراء محاولة الصلح بعد رفع الجلسة العلنية، وذلك باستدعائهما الى مكتبه بواسطة أمين الضبط لحضور جلسة الصلح، تتم جلسة الصلح في مكتب القاضي أو قاعة المداولات. و أي مكان

---

[1] الامام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء الثاني، كناب الصلح، ص 374 وما يليها يوم 2018/04/03، على الساعة 12، أنظر الموقع
http://ia800208.us.archive.org/35/items/almodawana-alkobra/Modawanh_04.pdf

[2] ورد في أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي:" لكن حيث أنه قد استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة...، فيما يخص وجوب اجراء محاولة الصلح، وقد ثبت من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده حضر جلستي الصلح وتمسك بفك الرابطة الزوجية القائمة بينه وبين الطاعنة، قبل البناء، ولا استحالة اتمام مراسيم الزواج....، وعليه فان هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه" أنظر: المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0902780، مؤرخ في 2014/05/15، غير منشور.

[3] سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص26.

بالمحكمة بحيث يكون مخصص لإجراء محاولة الصلح، كما تجدر الاشارة من التأكد من هوية الزوجين من طرف القاضي وان كان القانون لم ينص على ذلك، فلابد أن يتأكد من توفر الصفة لديهم[1]، لأنه في عدم التأكد من هوية أحد الزوجين قد يدفع بأحد الزوجين الى احضار شخص غير زوجه، وكثير ما وردت على القاضي مسألة عدم امتلاك أحد الزوجين لبطاقة تعريف وطنية أو أي وثيقة تفيد الهوية مرفقة بالصورة الشخصية للشخص، ليجد القاضي نفسه بين الشك القائم حول حقيقة هوية الزوج أو تحويل النزاع الى مسألة اثبات هوية الشخص[2]، وعليه يستلزم على القاضي التأكد من هوية الطرفين حتى ولو نطلب الأمر تأجيل الفصل في القضية ليقوم الشخص باستخراج بطاقة هويته أو تقديم بما يفيد حقيقة هويته[3].

الفقرة الثانية: مباشرة القاضي للصلح بين الزوجين بسماعهما

قبل الولوج كيفية اجراء الصلح بين الزوجين أولا لابد من توضيح نقطة وهي أن المشرع الجزائري قد خول للمحكمة صلاحيات مهمة بخصوص تفعيل اجراءات الصلح بين الزوجين من خلال قانون الأسرة وقانون الاجراءات المدنية والادارية، الا أن هذه الاجراءات لا تكتمل الا اذا تمت برضى الزوجين نظرا لكون الصلح يرتكز على أساسين: ارادة أطراف النزاع واقرار المشرع لهذه الارادة.

فالصلح باعتبار الغاية منه رفع النزاع وقطع الخصومة بين المتخاصمين يتوقف برضا الزوجين، فان عنصر التراضي فيه ضروري ولازم، شأنه في ذلك شأن باقي العقود المدنية الأخرى، مما يجعل منه نموذجا لتطبيق بعض القواعد المرتبطة بنظرية العقد عليه بحيث اذا شابه عيب من عيوب الارادة

---

[1] بوذريعات محمد، الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح، من أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، يومي 06،07 ماي، منشورة في السلسلة الخاصة بالملتقيات والندوات، غدد 03، الجزائر، سنة 2014، ص 95.

[2] هناك بعض النسوة تعرضن لعمليات تغرير فاحش نجمت عنها مضار جسام قد يعسر اصلاحها فالذي يحصل في هذا الصدد أن من الأزواج تقدم بطلب الحكم بالطلاق وأحظر لجلسة محاولة الصلح امرأة غير زوجته المعنية بالأمر وتأتي له بهذه الوسيلة بغية الحصول على الاتفاق على الطلاق والتنازل عن الحقوق التي كفلها القانون للزوجة، أنظر: خالد داوادي، المرجع السابق، ص 40.

[3] بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، سنة 2012، ص 443.

كاكراه أو تدليس، يمكن نقضه من طرف الشخص المتضرر وفقا للقواعد القانونية المقررة لكل عيب من هذه العيوب.

ومن مضاهر رضائية اجراء الصلح بين الزوجين، أن المحكمة لا يمكنها أن تباشر محاولات الصلح الا بعد استشارتهما وموافقتهما وتأكدهما من ذلك. كما وأنه ليس هناك في القانون ما يقيد اشتراط القاضي حضور طالب الطلاق شخصيا دون أي استثناء والذي يكون مخالفا للقانون[1].

نص المشرع الجزائري على إجراءات الصلح في نص المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية والادارية على أنه:" **في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي لكل زوج على انفراد ثم معا...**"

يقوم القاضي باستقبال المدعي بمكتبه وبعد أن يتأكد من هويته يستمع اليه على انفراد حيث يستفسر عن السبب الذي دفعه للطلاق، اذ يقوم القاضي بإعمال حنكته وبراعته في الحوار حتي يتجلى الأمر بوضوح، اذ قد يستخرج حقيقة المشكلة الحاصلة بينهما من خلال إذلال أحد الطرفين بها، أو أن يتنازل أحد أو كل من الطرفين عن جزء من ادعائه، بمعنى أن تكون التضحية من كلى أو أحد الزوجين[2]، ويقوم القاضي من خلال المناقشة التوفيق بين الطرفين وتقريب أفكارهم وأرائهم بأسلوب لين يتضمن النصح والوعظ، ثم يتم سماع الطرف الثاني المدعى عليه، ويستفسر القاضي منه عن السبب الحقيقي الذي جعل المدعي يطلب الطلاق، حيث يتقصى نيتهما ورغبتهما في الطلاق أو تمسكهما بالعودة الى منزل الزوجية.

تدون بعد ذلك كل الطلبات على المحضر بحيث يتمكن القاضي من وضع يده على صلب المشكل ليتمكن من القيام بالصلح على خير وجه، ثم ينادي القاضي على الزوج أو الطرف الذي تم سماعه أولا أين يتقصى القاضي عن بعض الأمور الغامضة أو التصريحات المتناقضة دون اجراء

---

[1] نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري، دليل القاضي والمحامي، مادة مادة على ضوء أحكام الشريعة الاسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومه، طبعة سنة 2018، ص 158.

[2] شيماء محمد سعيد خضر البدراني، أحكام عقد الصلح، المرجع السابق، ص 28و 29.

مواجهة بينهما[1].

لا ينبغي السير في الدعوى – كما هو جار في بعض المحاكم– من تبادل المذكرات بين الأطراف ثم عقد محاولة الصلح، لأن المنطق يقضي بأن تكون محاولة الصلح هي أولى الاجراءات، على اعتبار أنه إذا تم الصلح بين الزوجين فلا حاجة في السير في الدعوى، وانتظار مذكرات الأطراف وإبراز دفوعهما في الموضوع، فقد يتفادى كل ذلك عند نجاح مساعي الصلح بينهما، وعليه يتعين على القاضي النظر في قضايا الأحوال الشخصية وفي دعاوى الطلاق بأن يعرض الصلح على الزوجين في أول مرحلة من مراحل الدعوى[2].

الفقرة الثالثة: سرية جلسة الصلح

نصت المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والادارية بأن " **محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية**"، ان الهدف الأسمى من خلال نص هذه المادة ومن خلال ما جاء به المشرع الجزائري هي حماية الأسرة والحفاظ على قديسية أسرارها من خلال التستر على مجريات جلسات الصلح فالغاية الأساسية من اجراء محاولات الصلح معرفة أسباب النزاع من خلال اعمال القاضي لدوره الإصلاحي والتي تجرى أمامه وفي مسمعه والتي تكون خارج قاعة الجلسات، وبحضور الزوجين شخصيا دون ممثليهما أو محاميهما[3].

يرى البعض أن السرية في جلسات الصلح أن لا تحضر النيابة العامة الا أنها في نفس الوقت طبقا للمادة 3مكرر من قانون الأسرة، وفي خصم جواز حضور أحد أطراف عائلة الزوجين لمساعدة القاضي

---

[1]بن صبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص222. بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الاجراءات المدنية الجديد، مداخلة ألقيت في إطار التكوين المحلي المستمر الخاص بالقضاة، مجلس قضاء ورقلة سنة 2010، ص 10، عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالثة، الأبيار، الجزائر، سنة2011، ص 153.

[2]زيدان عبد النور، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الاجراءات المدنية الجديد، مداخلة ألقيت في إطار التكوين المحلي المستمر الخاص بالقضاة، مجلس قضاء ورقلة سنة 2010، ص 108. أنظر: أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري، طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، المرجع السابق، ص 268.

[3]الغوثي بن محلة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005، ص 116.

على اجراء الصلح، غير أن هناك من يرى لأنه لا يوجد ما يمنع حضور النيابة العامة جلسة الصلح طالما أنها طرف أصلي فلا مجال للحديث عن السرية اذا تعلق الأمر بالطلب الأصلي في النزاع، كما يمكن للقاضي أن يتخذ كل الاجراءات التي يراها مناسبة بما في ذلك الاستماع الى الشهود وكل من يرى فيهم فائدة في الاستماع اليهم بمن فيهم المساعدات الاجتماعية والأطباء النفسانيين وغيرهم[1].

الفقرة الرابعة: عدد محاولات الصلح

من خلال الفقرة 01 من المادة 49 من قانون الأسرة بأنه:" **لا يثبت الطلاق الا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى**"، والفقرة 01 من المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" **في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح، يستمع القاضي الى كل زوج على انفراد**"[2]، فرض المشرع الجزائري على القاضي اجراء عدة محاولات صلح دون أن يحدد عددها[3]، على أن لا تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى وكذلك جاء نص المادة 442 الفقرة 02 من قانون الاجراءات المدنية، وتخضع محاولة الصلح وعددها للسلطة القاضي، حيث نجد قرار المحكمة العليا الصادرة بتاريخ 2012/10/11 جاء بما يلي:" لكن حيث أن تقدير عدد جلسات الصلح يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا"[4]، في قرار أخر جاء:" **لكن حيث أن قاضي الدرجة الأولى أشار**

---

[1]أكديد محمد، الطلاق في قانون الأسرة: اليات واجراءات قانونية لضمان حقوق المرأة، مدونة الأسرة، أية حقوق للمرأة، أشغال الندوة الوطنية 26-27 نوفمبر 2004، جمعية مبادرات لحماية حقوق النساء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، سنة 2006، الطبعة الأولى، ص80.

[2]مرسوم تنفيذي رقم 09-100 مؤرخ في 10 مارس 2009، قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ، الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (جريدة رسمية مؤرخ في 2008/04/23).

[3]عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري مدعمة بالاجتهادات القضائية، الطبعة 03، دار هومة، سنة 1996، ص346.

[4]المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 813976، مؤرخ في 2012/10/11 غير منشور، ونجد قرار اخر قضى بما يلي: " لكن حيث أنه بالرجوع الى حكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة الصلح بين الزوجين وعقد لذلك جلسة بتاريخ 2008/11/30، تمسك فيها الزوجان بمطالبهما وبالتالي فان الاجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة تم استنفاده ولا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد

في الحكم المنتقد وأنه لم يوفق لإصرار الزوج على الطلاق، وهذا بفيد أنه قدر أن لا فائدة من اعادة المحاولة، مما يتعين رفض الوجه المثار لعدم التأسيس..."[1]، وجاء في قرار أخر صادر بتاريخ 2014/07/10، والذي قضى بما يلي:" **لكن حيث أن العبرة بإجراء محاولة الصلح باعتباره اجراء جوهري وجوبي وفقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 439 من قانون الاجراءات المدنية والادارية لا بعدد المرات لأن تكرار المحاولة يخضع لتقدير القاضي متى لاحظ وجود رغبة في الصلح عند الزوجين، وفي حالة انعدام الرغبة واصرار الزوجين أو أحدهما على حل الرابطة الزوجية لا يمنع من الاكتفاء بمرة واحدة"**[2].

وفي هذا يقول السرخي " القاضي...أن يرد الخصوم ليصلحوا.. ولا يفعله الا مرة أو مرتين لما في الاطالة من الاضرار بمن ثبت الاستحقاق له في تأخير حقه ولأن ذلك يجر اليه تهمة الميل... الى أحد الخصوم وعبى القاضي أن يتحرز عن ذلك بما يقدر عليه"[3].

وعلى هذا الأساس، لا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة إذا اقتنع القاضي بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى[4]. وعليه ترى اللجنة التي وضعت مشروع التعديل أن فترة الصلح لا يجب أن تتجاوز ثلاثة أشهر من باب مراعاة فترة العدة[5]، الا أن هذا الاجراء يبقى يغاب على مدة الصلح لعدم تقيد ذلك بمدة عدة الشريعة، كالمرأة الحامل والتي سبق التفصيل فيها، وأنواع الطلاق كالطلاق البائن

جلسات صلح أخرى مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض..."، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، قرار رقم 620084 مؤرخ في 2011/04/14، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2012، ص 299الى 302.

[1]المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0694187، مؤرخ في 2012/09/13، غير منشور.

[2]المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0801583، مؤرخ في 2014/07/10، غير منشور، وفي قرار أخر فيه نص على ما يلي:" أما بخصوص اجراء محاولة الصلح واحدة فان العبرة بقيام المحكمة بالإجراء الجوهري الوجوبي المنصوص عليها في المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 439 من قانون الاجراءات المدنية والادارية لا بعدد المرات لأن التكرار بخضع الى سلطة القاضي.." المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث قرار رقم 0977377، نؤرخ في 2014/07/10، غير منشور.

[3]سرسخي شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت لبنان، الجزء 20، سنة 1986، ص 136

[4]جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومة، سنة 2018، ص 159.

[5]سليمان ولد خسان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، الجزائر، دار طليطلة، سنة 2010، ص10.

بينونة كبرى.[1]

ويتعين على القاضي اعداد محضر يبين فيه مساعي ونتائج اجراءات الصلح وإذا كانت نتائج إيجابية يذكر في المحضر النتائج التي وقع التصالح بشأنها وان كانت سلبية يذكر أن محاولات الصلح باءت بالفشل ويوقعه أمين الضبط والزوجين.

الفقرة الخامسة: مدى جواز الوكالة في الصلح بين الزوجين

نعرج في البداية الى المقصود بالوكالة، فيقصد بالوكالة أو النيابة تسليم وتفويض التصرف للغير، بمعنى حلول ارادة النائب محل ارادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الارادة لشخص الأصيل[2]، كما لو كانت الارادة قد صدرت منه هو، وطبقا للقواعد العامة يمكن التوكيل في اجراء الصلح بشرط أن يكون توكيل بموجب وكالة خاصة[3].

غير أنه أثير نقاش حاد على المستوى العملي حول ما إذا كان من حق الزوجين توكيل غيرهما لحضور اجراءات الصلح قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية، وذلك بسبب اختلاف العمل القضائي،

---

[1] سليمان ولد خسان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 124.

[2] صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص138 و139 و140.

[3] في هذا المجال يفرق شراح القانون بين الوكالة بالتقاضي والوكالة بالخصومة، الأولى نوع من التمثيل الاجرائي أما الثانية تمثل فني للخصم، يقتضي كذلك التمييز بين نوعين من الوكالة، وكالة عامة والتي تكون الانابة في التصرف القانوني بشكل عام، بحيث يعطي الموكل للوكيل الصلاحية التامة للتصرف في جميع حقوقه المتصلة بأعمال الادارة.
أما الوكالة الخاصة فهي الانابة في تصرف معين لذاته يكون محلها عملا محددا من أعمال الادارة، وكما أن التوكيل بالخصومة يختلف عن التوكيل بالحضور حيث أن الوكالة بالخصومة تخول للوكيل مباشرة كافة الأعمال الاجرائية داخل الخصومة القضائية نيابة عن الخصم، في حين التوكيل بالحضور يتمثل في حضور الوكيل أمام المحكمة نيابة عن موكله حتى لا يعد غائبا من الناحية القانونية، أنظر: فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1989، ص 240. وهو ما أجاء في أحد قرارات المحكمة العليا:" حيث انه يتبين بالرجوع الى الحكم المطعون فيه أن المحكمة حاولت الصلح بين الطرفين، الا أنهما لم يحضرا وحيث ان اجتهاد المحكمة العليا استقر على وجوب حضور طالب الطلاق أو التطليق أو الخلع لجلسة الصلح، لأن هناك فرقا بين التوكيل في رفع دعوى الخلع وبين حضور المطعون ضدها دون حضورها لجلسة الصلح، فانه بذلك قد خالف المادة 49 من قانون الأسرة"، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0585865، مؤرخ 2010/12/09، غير منشور.

بحيث أن هذا الموضوع يتجاذب اتجاهان مختلفان، فالأول لا يشترط حضور الزوجين بأنفسهم[1]، ويدعو الى مشروعية الوكالة في اجراء الصلح بين الزوجين قبل الطلاق[2]، بينما يرى أصحاب الاتجاه الثاني والذي يجد تطبيقا واسعا على المستوى العملي أن الصلح بين الزوجين مسألة شخصية ولا محل للوكالة بينهما[3].

وعلى هذه الأساس وحسب وجهة نظرنا فإننا نؤيد الاتجاه الثاني وهو القرار الصائب لأنه بحضور الزوجين[4] يستطيع القاضي بالتعرف على حقيقة النزاع القائم بين الزوجين، كما أن الحضور يساعد القاضي على استرشاد بالتفسيرات التي قد يبديها الطرفان والتي لها أهمية في العملية الصلحية من جهة، ومن جهة أخرى باعتبار أن الصلح في حد ذاته يقتضي بتنازلات يقبلها الطرفان ففي حالة وجود وكلاء نجد أن الوكيل لا يمكنه التعهد بأي شيء أو اتخاد قرار حتى يرجع الى موكله وبالتالي تؤخر القضية في كل مرة حتى ولو كان الأمر في أتفه الأسباب.

---

[1] الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، دراسة تأصيلية وتحليلية لدور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الازازيطة، الاسكندرية، سنة 2001، ص298.

[2] يرى أث ملويا بان الوكالة تجوز في كل التصرفات القانونية بما في ذلك الأعمال الاجرائية، وعلى ذلك تجوز الوكالة في رفع الدعوى وفي الخصومة، وما تتصل بذلك من اجراءات في مادة شؤون الأسرة اذ قام الزوج أو الزوجة بتحرير وكالة لشخص أخر، وقد تكون للمحامي بغية رفع دعوى الطلاق أو التطبيق أو الخلع، الى متابعة الاجراءات الى غاية صدور الحكم، فبالتالي ان مهمته تضم جميع الاجراءات من رفع الدعوى الى غاية صدور الحكم، فان مهمته تضم جميع الاجراءات الى غاية صدور الحكم، وبما فيذلك حضور الجلسات وتقديم مذكرات وتمثيل الموكل أثناء جلسة الصلح والتحدث باسمه، أنظر: بن الشيخ أث ملويا، رسالة في الطلاق الخلع، دراسة فقهية قانونية وقضائية ومقارنة، سلسلة دراسات قانونية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، سنة 2013، ص159.

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص346 و347.

[4] المادة 2/49 تنص:" يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين"، قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 382976، مؤرخ في 2007/06/13، غير منشور، والذي جاء فيه:".. حيث متى تقدم الطاعن بواسطة محاميه بدعوى الطلاق فان أحكام المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري توجب عليه بالحضور لجلسة الصلح، وعن اصراره على الطلاق دوم حضوره لجلسة الصلح والاكتفاء بموكله غير قانوني مما يتعين نقض الحكم محل الطعن...".

كما جاء أيضا في قرار المحكمة العليا، عرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 0798882، مؤرخ في 2013/05/09، مجلة المحكمة العليا، العدد01، سنة 2013، ص286، والذي جاء فيه:" المبدأ: استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية شخصيا محاولات الصلح".

واسنادا على هذا جاء قرار المحكمة العليا بتاريخ 2013/05/09: " **المبدأ: اساقرار اجتهلد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية شخصيا جلسات محاولة الصلح**"[1].

الفرع الثالث: تحرير محضر بمساعي الصلح ونتائجه

بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة49 السالفة الذكر على أن الطلاق لا يثبت الا بحكم قضائي[2] نصت الفقرة الثانية منها على أنه يتعين على القاضي اعداد محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، وعليه فقد اعتبر المشرع اثبات الصلح بين الزوجين أمرا مهما وضروريا ولا يأتي ذلك الا بموجب محضر يحرر في الحال من أمين الضبط تحت اشراف القاضي[3] سواء كانت هذه النتائج ايجابية أو سلبية، فاذا كانت ايجابية يذكر في المحضر الأمور التي وقع التصالح بشأنها. وان كانت سلبية يذكر أن محاولات الصلح فشلت. ويمكن أن يشير الى أسباب فشلها، وبعد تحرير المحضر من طرف الكاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من

[1] محكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار بتاريخ 2013/05/09، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2013، ص 286.

[2] لا بد من الاشارة الى المعارضة التي لاقتها المادة 49 معدلة من طرف كثير من الناس لسوء فهمهم لها، فقالوا كيف لا يثبت الطلاق الا بحكم؟ بينما الصحيح عندهم أن الطلاق يثبت بمجرد تلفظ الزوج به دون حاجة الى حكم القاضي وبالتالي اعتبروا هذه المادة مخالفة لأحكام الشريعة الاسلامية، والحقيقة أنه لا يوجد أي اشكال اذ أن القاعدة " لا يثبت الطلاق الا بحكم" كانت موجودة قبل تعديل المادة 49 وتم الابقاء عليها بعد التعديل، فهل غفل عنها منتقدوها فلم يروها الا بعد تعديلها، ومنه فان لبس لهذه المادة أي مخالفة للشريعة الاسلامية، لأن فقه القانون بفرق بين الأحكام القضائية الكاشفة للطلاق، والأحكام القضائية المنشئة له، ففي الأول دور القاضي كاشف لإرادة الزوج صاحب العصمة الذي ينطق بالطلاق ولا يملك القاضي الا تثبيت هذه الارادة بحكم قضائي، ويكون حكم القاضي كاشفا في قضايا طلاق الزوج وفي الخلع وفي اللعان وفي الطلاق بالتراضي، فجميع أنواع الطلاق الارادي حكم القاضي فيها كاشف، أما حكم القضائي المنشئ فيكون في حالات الطلاق التي لم يتلفظ به الزوج كالتطليق أو التفريق القضائي التنازعي، أنظر: أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 270و 271.

[3] عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، المرجع السابق، ص154.

القاضي وأمين الضبط والزوجين[1]، ويودع بأمانة الضبط فيعد هذا المحضر سندا تنفيذيا، أما في حالة عدم الصلح أو خلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى، وأثناء اجراء الصلح يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما اتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدابير المؤقتة وهذا اعمالا وتكريسا بالمادة 444 من قانون الاجراءات المدنية والادارية[2]، وعليه فلقد جوز المشرع للقاضي في حالة ضهور واقعة جديدة، وحسب الظروف، أن يلغى أو يعدل أو يتمم التدابير المؤقتة التي أمر بها ما لم يتم الفصل في الموضوع، حيث أن هذا الأمر غير قابل لأي طعن وهذا ما أيدته المادة 445 من قانون الاجراءات المدنية والادارية[3].

ومن خلال كل ما تقدم يمكننا القول أن دور القاضي في مرحلة الصلح واسعة جدا فعليه أن يبدل قصار جهده لتقريب وجهات النظر بين الزوجين ومحاولة وضع حد للتنازع الحاصل بينهما، وبالتالي يحافظ على الأسرة ويحد من حالات الطلاق، كما لا بد من الاشارة الى أن اصدار الحكم بالطلاق مباشرة دون المرور باجراءات محاولة الصلح يعيب الحكم بمخالفة القانون. ويعرضه للنقض والالغاء كلما وقع. الطعن فيه أمام المحكمة العليا.

وفي كل الأحوال فان نهاية النزاع أو الشقاق الواقع بين الزوجين يكون على يد القاضي، إذا وصل اليه، وذاك اما أن ينهيه بالصلح بينهما، بإزالة أسباب الخلاف والشقاق ما استطاع لذلك سبيلا اعمالا للسلطة المخول له شرعا وقانونا، وهو الأفضل والأصلح، والأعظم أجرا، واما أن ينهيه بإصدار حكم بالطلاق أو التطليق أو الخلع، وذلك عند استحالة الجمع والصلح بينهما[4].

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، سلسلة تبسيط القوانين– 5–، الطبعة الرابعة، دار هومه، سنة 2013، ص 120، أنظر: بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الاجراءات المدونة والادارية، منشورات بغدادي، الجزائر، سنة 2009، الطبعة الأولى، ص 337.

[2] نصت المادة 444 من قانون الاجراءات المدنية والادارية" يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما اتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدابير المؤقتة.

[3] عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، المرجع السابق، ص 154.

[4] علي بن عوالي، الصلح ودوه في استقرار الأسرة، المرجع السابق، ص196

خلاصة لما تقدم ان الدور الاصلاحي الذي يكتسيه قاضي شؤون الأسرة في إصلاح الأسر هو من أهم الأدوار التي يتخذها في سبيل المحافظة على كيان الأسرة لما له من قديسية ومكانة من جهة واحيائها ومنعها من التفكك والتشتت من جهة أخرى؛ غير أن الواقع العملي يثبت محدودية هذا الدور بما كشفته المحاكم اليوم في القضايا المتعلقة بالطلاق والتي هي في زيادة ملحوظة بما ينذر طاقوس الخطر؛ ومن بين الأسباب أنهم اعتبروا جلسات الصلح سبب من أسباب ذلك أن جلسات الصلح اليوم أصبحت إجراء روتيني وشكلي والدليل على ذلك ارتفاع معدلات الطلاق بنسب رهيبة، وهذا ناتج عن عراقيل قانونية ومؤسساتية سواء منها القضائية والغير قضائية؛ ومن بين هذا العراقيل عدم وجود قضاة متخصصين بشؤون الأسرة؛ من الأمور كذلك التي تحول دون نجاح محاولات الصلح إسناد مهمة القيام بالصلح لقاضي الحكم، حيث يقوم نفس القاضي بعملية التصالح ومتابعة القضية لإصدار حكم فيها، بحيث نجد أن قانون الأسرة كرس نفس المبدأ وأسند في كل مواده التي أوجبت فيها سلوك إجراء الصلح ممارسة المساعي الصلح لقاضي الأسرة الذي هو قاض الحكم، وهذا من شأنه أن يعطل من إجراءات الصلح وينقص من فعاليتها. فإسناد الصلح لقاضي ذو اختصاص مزدوج يؤدي إلى نتائج سلبية وبالتالي عدم نجاحه، كما وقد يتخلى عن الدور الرئيسي الذي أسند اليه من تقريب وجهات النظر وأفكارهم الى الاكتفاء بالإشارة إلى مقتضيات الصلح بمجرد الإشارة العابرة كإجراء روتيني، لدى أصبح من الضروري البحث عن وسائل ناجعة لترميم الصلح، والاعتماد على أجهزة أخرى لتفعيل ألية الصلح.

المبحث الثاني: تعزيز آليات قضائية للحافظ على الأسرة

ان المشرع الجزائري خول لقاضي شؤون الأسرة دورا ايجابيا لقيامه بجميع محاولات الإصلاح بين الزوجين عند وجود شقاق ونزاع محتدم، غير أن المشرع الجزائري لم يبين الطرق والوسائل التي يتم بها هذا الاصلاح وعليه وبالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري المنصوص عليها في المادة 56 بقوله " **اذا 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".

كما أضافت المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه:" **يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها**"، والمادة 446 من نفس القانون تنص " **اذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة**".

وعلى هذا الأساس ارتأينا معالجة دراستنا هذه من خلال العروج لوسيلتين أو ان صح التعبير آليتين قانونيتين تساعد قاضي شؤون الأسرة في حل الخلاف القائم بين الزوجين من خلال تفعيلهما وكذا يبرز من خلالهما الدور الايجابي للقاضي في حماية الأسرة عامة وإصلاح ذات البين خاصة وعليه يطرح التساؤل الأتي ما هما الآليتين التي يعتمد عليهما القاضي لتفعيل آلية الصلح بين الزوجين؟

المطلب الأول: التحكيم القضائي ودوره في حماية الأسرة.

عدة أسباب تجعلنا نتريث قليلا أمام البحث في مشكلة زارت أروقة كافة المجتمعات، وهي مشكلة الخلافات التي تدور حول علاقة كيان الأسرة وكيفية التعامل معها بالطرق الفعالة، واعادة رسم الحلول والآليات التي تساعد على وضح الحد لمثل هاته النزاعات. فهناك نسبة الطلاق المتزايدة في كافة المجتمعات بالإضافة إلى المشكلات الزوجية المتصاعدة، والحالات الحرجة للعديد من الأسر والتي

أدت بها للانفصال، ناهيك عن التراكمات الكثيرة من التوتر التي تدور في صمت بين الأزواج مما تستدعي التوقف بشكل ضروري وإيجاد الآليات والحلول التي تساعد في الحفاظ على وحدة الأسرة.

ومما هو متعارف عليه في الغالب، أن الخصوم يرفعون دعواهم أمام الجهات القضائية لفض النزاع، رغم وجود طرق أخرى لتسوية الخلافات وبعد مفاوضات بين الأطراف بقبول التنازل من جانب كل منهم عن بعض بإجراء التحكيم، ومن بين هذه الخلافات، الخصومة التي تنشأ بين الزوجين وما تنتجه من اثار سلبية وأضرار جسيمة على الفرد بصفة خاصة، وعلى الأسرة والمجتمع بصفة عامة.

الفرع الأولى: تعريف التحكيم ومشروعيته

تحكم المعاملات بين الناس قواعد وضوابط، تحدد طبيعة العلاقة بين الأفراد وتوضح حقوق وواجبات كل فرد. الا أنه في بعض الأحيان يحدث تعد على حقوق الاخرين لظهور النزعة الذاتية، فينشب الخلاف والنزاع ويتمسك كل طرف برأيه الذي يرى أنه الصواب، فتنشأ بذلك الخصومة بين الزوجين يوصلهم الى أروقة المحاكم والتي تستدعي تدخل ألية ثانية بعد اجراء محاولة الصلح، تذ تستوجب هذه الألية تدخل الأطراف لحل مثل هاته الاشكالات والوصول بها قدلر الامكان الى حلول ودية تقرب من خلالها وجهات النظر وعليه ماهي هاته الألية التي يتخذها القضاء لمحاولة الوصول الى حل ودي يحفظ من خلاله كيان ووحدة الأسرة؟

الفقرة الأولى: تعريف التحكيم

لغة يراد من كلمة تحكيم عدة معان منها: يقال حاكمه الى الحاكم: إذا دعاه وخاصمه. ويقال حكمه في الأمر: إذا أمره أن يحكم فاحتكم. ويقال تحكم: أي جاز فيه حكمه، والاسم منه: الأحكومة والحكومة. والحكم: من أسماء الله تعالى. المحكم: (بفتح الكاف وكسرها) المنصف من نفسه، يقال رجل محكم: أي مجرب منسوب الى الحكمة[1].

والحكم: القضاء، وأصله: المنع، يقال: حكمت عليه بكذا: إذا منعته من خلافه، فلم يقدر على

[1] ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص114.

الخروج من ذلك، وحكمت بين القوم: فصلت بينهم، فأنا حاكم، وحكمت الرجل: فوضت الحكم اليه، وتحكم في كذا: فعل ما اراه، وأحكمت الشيء: أتقنته[1].

ويعرف التحكيم في الاصطلاح بأنه تولي الخصمين حاكما يحكم بينهما، والخصمان هما الفرقان المتخاصمان، والمراد بالحاكم: هو ما يعم الواحد والمتعدد[2].

يلاحظ أن التحكيم في المعنى اللغوي يرجع الى تفويض المرء الأمر لغيره من أجل فض النزاع القائم بينه وبين خصمه، ويسمى الشخص الذي يتولى الفصل في المنازعة بينهما حكما أو محكما، ودور القاضي يكمن في حسم النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم[3].

لم يعطي الفقه تعريفا للتحكيم بين الزوجين، وانما ما قام به هو تعريفه بعدة تعاريف عانة وهذه الاخيرة في مجملها قريبة من التعريف اللغوي، بأنه تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الأخر[4].

ذهب المذهب المالكي بتعريفه للتحكيم بأنه الخصمين إذا حكم بينهما شخصا وارتضياه لأن يحكم بينهما جاز في المال وما في معناه[5]. أما الشافعية فذهبوا بأنه اتخاذ الخصمين رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه[6].

---

[1]أحمد محمود أبو هشهش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، سنة 2010، ص147.

[2]نضال جبر البلوي، التحكيم في الشريعة الاسلامية، تعريفه، أهميته، دليل مشروعيته، ماهيته، أركانه، القانون المطبق على ضوء النزاع، حكم التحكيم، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، سنة 2012، ص 32.

[3]محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم، وتمييزه عن غيره– الصلح، الوكالة، الخبرة، المكتب العربي الحديث، الاسكندرية، سنة 2009، ص 239.

[4]ابن نجيم المصري الحمفي، شرح البحر الرائق، الجزء 07، الطبعة 02، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1413هـ، ص 24. أنظر الموقع:http://wakfya.com/book.php?bid=5012

[5]برهان اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء 01، دار عالم الكتب والنشر والتوزيع، الرياض، سنة 2003، ص 62. أنظر الموقع:
http://ia801704.us.archive.org/22itrms/tabsirathoukam/tabsirathoukam01.pdf

[6]يحي بن شرف النووي، مناهج الطالبين وعمدة المفتين، طبعة 01، دار المناهج للنشر والتوزيع، بيروت، سنة 2005، ص 456. أنظر الموقع: https://archive.org/strem/fp7036/6703633#page/n0mode/2upوأنظر: نضال جبر البلوي، التحكيم في الشريعة الاسلامية، ص 33 و34.

عند دراسة التعاريف لدى علماء المذاهب الأربعة، نلاحظ أنه رغم اختلاف الصيغ، الا أن جميعها يؤدي معنى واحد، كما نجدها تتضمن المعنى اللغوي للتحكيم.

عرف التحكيم قانونيا وبالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف التحكيم ولو تعريفا بسيطا كطريق لحل النزاع بين الزوجين المتخاصمين، وكذا في القوانين الأخرى كالقانون المدني باعتباره الشريعة العامة ولا في قانون الاجراءات المدنية والادارية كونه القانون الاجرائي على عكس ما قام به في تعريف الصلح، وان ما قام به هو النص على ضرورة تعيين حكمين في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وهذا ضمن المادة 56 من نفس القانون[1].

الا أنه بالرجوع الى المادة 222 من نفس القانون نجد أن هذه الأخيرة تحيلنا الى الشريعة الاسلامية فيما لم يرد النص عليه في هذا القانون.

الفقرة الثانية: مشروعية التحكيم

تعتبر الشريعة الاسلامية شاملة، وتنظم كل قضايا الحياة في تعاليمها وأنظمتها، لذا نجدها لم تغفل عن القضاء عموما وعن التحكيم خصوصا، وانما شرعت الأحكام اللازمة لإيجاد نظامه في المجالات التي يمكن أن تحسم فيها المنازعات بأقصر الطرق وأيسرها، دون الرجوع الى القضاء الذي تمتد اجراءاته وتطول في فض المنازعات[2].

أولا– ان التحكيم مشروع، وقد ثبت التعامل به في زمن النبوة وثبتت هذه المشروعية بالقران والسنة والاجماع؛ بدأ بمشروعية التحكيم من القرآن لقوله تعالى:**﴿إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾**[3] .

---

[1] قانون رقم 84–11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الاسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] رشيد شحاتة أبو زيد، الاجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، دار الوفاء لدنيا الطباعة، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص 323 و324.

[3] سورة النساء، الأية 35.

في الأية أمر صريح على بعث الحكمين في حالة الخوق من وقوع الشقاق بين الزوجين وهذا الشقاق قد يؤدي في غالب الأحيان الى الفراق[1]، فاذا كان في نفسية هذين الأخيرين رغبة حقيقية في الاصلاح، وكان الغضب فقط هو الذي يحجب هذه الرغبة فانه بمساعدة الرغبة القوية في نفس الحكمين يقدر الله الصلاح والتوفيق بينهما[2].

فيظهر لنا من خلال هذه الأية الكريمة نص من الله تبارك وتعالى على جواز مشروعية التحكيم في حق الزوجين؛ قوله تعالى أيضا: ﴿**فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا۟ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا**﴾[3]. في هذه الأية قسم من الله تعالى بنفسه الكريمة أن هؤلاء لا يؤمنون بك حقيقة حتى يجعلوك حكما فيما اختلط بينهم من أمورهم، اذن فهي تدل على أن القضاء منوط بصاحب الاختصاص في صدر الدولة الاسلامية وهو الرسول ﷺ وأن ما ينطبق على أي نزاع لابد أن يكون بالذات ودوم غيرها أحكام الشريعة الاسلامية المتمثلة في القران والسنة النبوية في ذلك الوقت[4].

ان مشروعية التحكيم من السنة النبوية بحيث أنها تعد المصدر الثاني من مصادر التشريع الاسلامي بإجماع الأمة لقوله تعالى: ﴿**وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ**﴾[5].

وعليه ومما سبق سنعرض بعض الأمثلة عن القضايا التي حكم فيها الرسول عليه الصلاة والسلام من الخصومات:

---

[1] نخبة من العلماء، التفسير الميسر، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف الجزء الخامس، ص 84، أنظر الموقع، يوم 2017/03/06، 02سا و45د:

https://publications-img.qurancomplex.gov.sa/?p=139&imagewidth=550&mushaf_gotopageno=%D8%A3

[2] سيد قطب، في ضلال القران، الجزء05، دار الشروق لنشر والتوزيع، سنة 2005، ص 656.

[3] سورة النساء، الاية65.

[4] نظال جبر البلوي، التحكيم في الشريعة الاسلامية ونظام التحكيم السعودي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2012، ص 44و 45.

[5] سورة الحشر، الآية 07.

-تحكيم رسول الله ﷺ سعد بن معاذ ﷺ في بني قريظة، حيث روي عن أبي سعيد الخدري ﷺ قال: نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ فأرسل النبي ﷺ الى سعد فأتى على حمار، فلما دنا من المسجد قال للأنصار: قوموا الي سيدكم أو خيركم، فقال: هؤلاء نزلوا على حكمك، قال: قضيت بحكم الله، وربما قال: بحكم الملك[1]، ان هذه الحادثة فيها دليل على جواز التحكيم في أمور المسلمين ومهمتهم العظام، وقد أجمع المسلمون عليه، ولم يخالف فيه الا الخوارج، فانهم أنكروا على علي ﷺ التحكيم، وأقام الحجة عليهم، وفيه جواز مصالحة أهل قرية أو حصن، على حكم حاكم مسلم، عدل، صالح للحكم، أمين على هذا الأمر، وعليه الحكم بما فيه مصلحة للمسلمين، واذا حكم بشيء لزم حكمه، ولا يجوز للإلمام و لا لهم الرجوع عنه، ولهم الرجوع قبل الحكم والله أعلم[2].

-عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان بيني وبين النبيﷺ كلام، فقال: أجعل بيني وبينك عمر؟ فقلت: لا، فقال: أجعل بيني وبينك أباك؟فقالت:نعم[3].ومنه نستنتج أن في عرض النبيﷺ على زوجه تحكيم أبي بكر ﷺ دليل على جواز التحكيم.

فمن خلال ما سبق ذكره من الأحاديث، تبين لنا مشروعية التحكيم وذلك لفعل رسول الله ﷺ الذي يعد المصدر الثاني للتشريع بعد القران الكريم[4].

ما تقدم ذكره بمشروعية التحكيم بالكتاب والسنة فقد ثبت أيضا بأن الصحابة رضوان الله تعالى عليهم قد مارسوه في تطبيقات الأحكام وقد أجمعت الأمة على قيام به[5]،فقد كان الصحابة مجمعين

---

[1]يحي بن الشريف النووي، شرح صحيح مسلم، الجزء 12، طبعة 01، المطبعة المصرية بالأزهر، سنة 1930، ص 92و93.

[2]عبد الله البخاري الجعفي، الجزء05، رقم الحديث 4121، الجامع المسند المختصر من سنن الرسول عليه الصلاة والسلام، ص112.

[3]محمد بن يوسف الصالحي الشامي، سبل الهدى والرشاد، في سيرة خير العباد، الجزء11، ص 173.

[4]بن شهرة طيب، التحكيم ودوره في تسوية منازعات الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2008، ص09.

[5]حسن زياد بن عيسى، التحكيم في الفقه الاسلامي ومدى تطبيقه في قانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة ماجستير، كلية أصول الدين الجامعية، جامعة البلقاء التطبيقية، الأردن، سنة 2006، ص 30.

على جواز التحكيم، لأن ذاك وقع لجمع منهم، ولم ينكر مع اشتهاره فكان اجماعا[1].

فقد وردت روايات متعددة من صور التحكيم عند الصحابة ﷺ مثبتة في كتب الحديث والسيرة مما يدل على اجماع الصحابة على مشروعيته والعمل به كوسيلة لفض الخلافات في مختلف القضايا وأنواع الخصومات[2].

ومنه انعقد الأجماع على جوازه ومشروعية العمل به من عصر الرسول ﷺ الى يومنا هذا[3].

أما عن مشروعية التحكيم في قانون الأسرة الجزائري المنصوص عليها في المادة56 من القانون سالف الذكر على ما يلي:" **إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوقيف بينهما.**

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

من خلال نص هذه المادة، يبين لنا أن المشرع الجزائري نص هو الأخر على جواز ومشروعية التحكيم بين الزوجين في حالة اشتداد النزاع بينهما بسبب الشقاق المستمر، ولم يستطع كلاهما أن يثبت الضرر الذي ألحقه به الطرف الأخر، لهذا أوجب المشرع على القاضي أن يبعث حكمين للتوفيق بينهما.

كما أضافت المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه:" يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"، كما منح للقاضي أيضا سلطة تعيين حكمين لمحاولة الاصلاح في حالة ما إذا لم يثبت ضررا أثناء الخصومة وذلك حسب مقتضيات قانون الأسرة وهذا ما قضت به المادة 446 من نفس القانون.

---

[1] قدري محمود محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار الصميعي، الرياض، سنة 2009، ص 59،60، أنظر الموقع يوم 2017/03/10، 03سا.

https://books-library.online/free-457919217-download

[2] حسن زياد بن عيسى، المرجع السابق، ص 30.

[3] رشدي شحاتة أبوزيد، الاجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، دار الوفاء للطباعة والنشر، الاسكندرية، سنة 2008، ص324.

ومما سبق ذكره من النصوص القانونية الواردة في كل من قانون الأسرة الجزائري وكذا قانون الاجراءات المدنية والإدارية فإنها تؤكد على مشروعية وجواز الأخذ بالتحكيم في قضايا ما قبل الحكم بالطلاق.

الفرع الثانية: دور القاضي ومساهمة الحكمين في اصلاح الزوجين

تعرضنا فيما سبق الى مفهوم التحكيم وذلك بتبيان أهم التعريفات الواردة بشأنه من اللغوية،الفقهية وكذا القانونية، كما استخلصنا من القرآن الكريم ومن السنة النبوية الشريفة والنصوص القانونية مدى مشروعيته وكذا نطاق تطبيقه.

وسأحاول من خلال هذه الفقرة قدر الإمكان التركيز على جل الإشكالات التي يتعرض إليها كل من الحكمين والقاضي من أجل الوصول إلى إصلاح ذات البين والتوفيق بين الزوجين وعلى هذا الأساس ماهي أسباب اللجوء الى الحكمين وكيف يتم تعيينهما؟.

الفقرة الأولى: أسباب اللجوء الى الحكمين وشروط تعيينهما.

أشار المشرع الجزائري الى التحكيم في مادة وحيدة وهي المادة 56 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها:" **إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما**".

ومن استقراء نص هذه المادة يتضح أن المشرع أخذ بفكرة الشقاق كسبب من أسباب اللجوء الى التحكيم، كما اعتبره سببا من أسباب التي تجيز للزوجة المطالبة بالتطليق وجاء ذلك ضمن المادة 2/53 من نفس القانون والتي أضافها المشرع ضمن تعديل 2005، وبالتالي يفهم من هذا أن اشتداد الخصام المنصوص عليه في المادة 56 السالفة الذكر هو نفس الشقاق المستمر بين الزوجين الوارد ذكره ضمن المادة 8/53 المذكورة سابقا[1]، فإذا كانت الإساءة أو الضرر غير معروفي المصدر فكل من الزوجين ينسب للطرف الأخر الضرر والإساءة، لذا فانه يجب على القاضي قبل الشروع في دراسة

[1] ايت شاوش دليلة، انهاء الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2014، ص 250و 251.

موضوع النزاع ومباشرة الفصل فيه[1] لابد أن يبذل جهده في استئصال جذور الخلاف، فان لم يفلح في ذلك لجأ القاضي ببعث الحكمين –حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة[2]– باستسقاء أسباب الخلاف بين الزوجين لتولي مهمة الإصلاح والتوفيق بين الزوجين[3].

أما فيما يخص شروط تعيين الحكمين [4]على ضوء قانون الأسرة الجزائري نجد أن هذا الأخير جاء موافقا لرأي المالكية كون الحكمين لا يكونان الا من الأهل، الا إذا تعذر ذلك[5]، وهذا ما نصت عليه المادة 56الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري[6].

غير أنه أغفل النص على ذكر الشروط الأخرى والتي لها أهمية بالغة بالنسبة للشخص المكلف بالتحكيم وكذا بالنسبة للزوجين، وفي حالة غياب هذه الشروط وبالرجوع الى نص المادة 222 من قانون الأسرة فإنها تحيلنا الى الشريعة الاسلامية ومنها يتم استنباط هذه الشروط.

وعل هذا الأساس، يجب أن تتوفر في المحكم مجموعة من الشروط التي من شأنها تأهيله لأداء وظيفة التحكيم بين الزوجين على أحسن وجه، وتتمثل هذه الشروط المتفق عليها جمهور الفقهاء[7].

أ–الاسلام: لا يصح أن يكون الحكمان أو أحدهما كافرا فلا ولاية للكافر على المسلم[8]، لقوله

---

[1]خالد دوادي، المرجع السابق، ص 41و 42.

[2]عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص347.

[3]محمد القاسمي، الاليات المرصدة لاصلاح ذات البين بين الزوجين وفقا لأحكام المدونة وبعض الأنظمة المقارنة، مقال منشور، يوم 2017/03/11، غبى الساعة 04سا و10د، أنظر الموقع :
https://drive.google.com/file/d/1y6qMMWM8qgGQgGbUoVKjn3hcjTMI95p2/view?fbclid=IwAR0GPxX7f7twNv24JLMWx-HN-ie86QAIDewpth5YtcdErwKjlTMNGfQ59LE

[4]عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، الاسكندرية، سنة 2003، ص 24.

[5]عبد المومن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ص122.

[6]المادة 56 الفقرة02 جاءت تنص: " . يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتها في أجل شهرين"

[7]شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معاني ألفاظ المناهج، الجزء الثالث، دار المعرفة، بيروت، سنة 1998، ص 345 و346، أنظر الموقع: www.feqhup.com/uploads/13282008393.pdf

[8]رشدي شحاته أبو زيد، الاجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 339.

تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾[1].

ب-التكليف: يشترط في المحكم أن يكون مكلفا ومناطه البلوغ والعقل كما ورد في الحديث عن الرسول ﷺ:" رفع القلم عن ثلاثة: النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل"[2]،لذلك لا يجوز تحكيم الصبي ولا المجنون أو المعتوه، فيشترط أن يكون الحكم أهلا للشهادة كما هو مشروط في القاضي ويكون حائزا للشروط الواجب توفرها فيه[3].

ت-العدالة: لا يصح حكم غير عادل، سواء حكم بطلاق أو البقاء أو بمال في الخلع، لأن تحكيم غير العادل غرر، لما فيه من جهل بما يؤول اليه الحكم.

وان التحكيم وان كان جوازيا واختياريا في المواد المدنية كقاعدة عامة والثابت في نص المادة 56 من قانون الأسرة أنه وجوبي والزامي في مسائل الأحوال الشخصية ولا سيما ما يتعلق منها بدعاوى الطلاق والرجوع الى بيت الزوجية، وذلك في كل حالة يشتد فيها الخصام ويبلغ النزاع بين الزوجين دروته ولا يثبت وجود أي ضرر يمكن أن يلحق أحدهما من جراء ذلك، وعليه فاذا توفر شرط اشتداد الخصام وشرط عدم ثبوت الضرر لاحدهما[4] فانه يجب على القاضي قبل الشروع في دراسة موضوع النزاع ومباشرة الفصل فيه أن يعمل على اصلاح ذات البين بطريق حكيم[5].

---

[1]سورة النساء، الآية 141.

[2]جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، طبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، سنة 1401هـ، ص 16.

[3]أحمد محمود أبو هشهش، المرجع السابق، ص 153.

[4]محمد أحمد القضاة، التحكيم في الشقاق بين الزوجين، مجلة دراسات الجامعة الأردنية عمان، الأردن، المجلد 18 أ، العدد الرابع، سنة 1991، ص 08.

[5]عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 347، اصلاح ذات البين: ان أول مهمة للحكمين أن يقوم بإصلاح بين الزوجين، وحتى يتمكنا من الاصلاح بينهما فان الأمر يتطلب منهما البحث عن أسباب الشقاق القائم بين الزوجين، وفي السبل الكفيلة لإنهاء الشقاق وازالة أسبابه، فمعرفة أسباب الشقاق بين الزوجين مهم جدا للوصول الى حل واصلاح بين الزوجين، كما أن الفائدة في بعث الحكمين أن يخلو كل واحد منهما بصاحبه ويستكشف حقيقة الحال، ليعرف ان كان له رغبة في الاقامة على النكاح، أو في المفارقة، ثم يجتمع الحكمان فيفعلان ما هو الصواب من ايقاع الطلاق أو الخلع، أنظر: أحمد محمود أبوهشهش، الصلح وتطبيقاته، المرجع السابق، ص158 و159.

بعد معالجتنا لهاته الشروط الواجب توافرها في الحكمين، نجد أن قانون الأسرة لم يوضح بجلاء ما اذا كان تعيين الحكميين يكون كتابيا أو شفاهيا، وما اذا كانت اجراءات التحكيم يجب القيام بها بعد فشل محاولة الصلح أو أثناء اجراءات محاولة الصلح وهو ما كرست العمل به اجراء [1]نص المادة 446 من قانون الاجراءات المدنية والادارية[2]، كما لم يوضع أيضا ماذا سيتعين على القاضي أن يفعله في حالة ما اذا رفض الزوجان أو أحدهما مبدأ التحكيم، أو في حالة ما اذا لم يعثر من يقبل أن يكون حكما من أهلي الزوجين أو من أهالي أحدهما[3]، وحول ما اذا كان يشترط في الحكمين أن يكونا من أهل الزوجين فقط .

أما بالنسبة الى مهمة الحكمين فان المشرع الجزائري لم ينص عليها، وما قام به فقط هو النص على ضرورة تعيين حكمين في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وذلك ضمن المادة 56 من قانون الأسرة،أما ما تعلق بالمادة 447 من قانون الاجراءات المدنية والادارية فقد نصت بـ" يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من صعوبات أثناء تنفيذ مهمتهما" والمقصود منه أن الحكمين يطلعان القاضي بما يعترضهما من اشكالات أثناء تنفيذ المهمة[4]، كما أن مهمة الحكمين هي مهمة محددة من طرف القاضي فتنحصر في دراسة أسباب النزاع القائم بين الزوجين وملابساته[5]، وكذا تحديد مسؤولية كل

---

[1]عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، المرجع السابق، ص 155.

[2]المادة 446 من قانون الاجراءات المدنية والادارية تنص:" اذا بم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة "، وما يمكن ملاحظته من نص هنه المادة أنها جاءت مخالفة لنص المادة 56 من قانون الأسرة، حيث اعتبر اللجوء الى التحكيم جوازي وهو ما يعاب على هذا النص، مما يفتح المجال الى القاضي للتغاضي عن اجرائه لذات السبب (الجواز)، وبالتالي فيراد النص على هذا النحو قد لا يؤدي الغرض الذي أنشئ من أجله التحكيم، كما يمكن ملاحظة أن هناك تنافض بين القانون الموضوعي والقانون الاجرائي مما قد يؤدي الى عدم تطبيق اجراء التحكيم في حالة عدم نجاح الصلح بين الزوجين.

[3]عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 347.

[4]عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة، من منضور الفقه والتشريع والقضاء، المرجع السابق، ص 155.

[5]جاء في حيثيات قرار المحكمة العليا:"أن قاضي الموضوع قضى بالتطليق اعتمادا على الشقاق المستمر وطول أمد النزاع واستحكام الخلاف تأسيسا على المادة 53 الفقرة 8 من قانون الأسرة مستعملا في ذلك سلطة التقديرية المخولة له قانونا بما له من ولاية في فحص النزاع وتقدير الضرر الذي تنتفي معه تحقق الحكمة والغرض من استمرار العلاقة الزوجية في ظل دوام العشرة مستدلا على ذلك بأسباب كافية وواضحة"، أنظر: نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي و المحامي، مادة مادة على ضوء أحكام الشريعة الاسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومه، الطبعة الثالثة، سنة 2018، ص 207.

منهما في محاولة ازالة الخلاف والصلح والتوفيق بينهما بكل الوسائل والطرق الممكنة شرعا، بما في ذلك سماع الزوجين وتوضيحات الجيران والأقارب[1]، سواء توصل الحكمين الى ايجاد عامل مشترك لحسم النزاع أو لم يتوصلا اليه [2]، فانه يجب عليهما أن يقدما تقرير الى القاضي في أجل مدته شهرين من تاريخ تعيينهما، وان هذا الأخير يثبت في محضر ويصادق عليه القاضي بأمر غير قابل لأي طعن وهذا ما أكدته المادة 448 من القانون أعلاه بـ" : **يعاين الصلح اذا تم من طرف الحكمين بواسطة محضر، ويقوم القاضي بالمصادقة على اتفاق الطرفين بموجب أمر غير قابل لأي طعن**"، غير أن الأمر الذي أنيط بالحكمين في هذه المهمة يكمن أساسا في الاصلاح بين الزوجين[3]. كما تجدر الاشارة أنه يجوز للقاضي انهاء مهمة الحكمين اذا تبين للقاضي صعوبة تنفيذ المهمة، ويعيد القضية للجلسة لاستمرار في الخصومة[4].

الفقرة الثانية: سلطة تعيين الحكمين

اختلف الفقهاء في المكلف ببعث الحكمين على عدة أقوال، وذلك لما ورد في الأية 35 من سورة النساء في عبارة " **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ**".

القول الأول: ذهب أصحابه الى القول بأن الأمر في قوله تعالى: ' فابعثوا" موجه الى سلطان الذي يترافع الزوجان اليه وهو قول جمهور المالكية والشافعية، والحنابلة[5] وهو قول سعيد بن جبير، فقد روي عنه أنه قال في المختلعة: يعظها فان انتهت وال هجرها، فان انتهت والا ضربها، فاذا انتهت والا رفع أمرها الى السلطان، فيبعث حكما من أهله وحكما من أهلها[6].

---

[1] ا عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، للمرجع نفسه، ص 348.

[2] لحسين بن الشيخ اث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2013، ص 71.

[3] عبد المومن بالباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ص 757.

[4] لحسين بن الشيخ اث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص71.

[5] محمد بن ادريس الشافعي، الأم، الجزء السادس، دار الشعب، مصر، المنصورة، سنة 2001، ص 299 و300.

[6] قحطان عبد الرحمان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الفرقان، الأردن، سنة 2002، ص 435.

ومجمل القول أن المكلف شرعا بإرسال الحكمين للإصلاح بين الزوجين هو سلطان باعتباره القائم على مصالح الأمة.

القول الثاني: ذهب أصحابه الى أن الأمر موجه الى الزوجين، قال أبن العربي في تفسير هذه الأية: أن السدي قال يخاطب الرجل والمرأة إذا ضربها فشاقته، تقول المرأة لحكمها: قد وليتك أمري وحالي كذا، وبعث الرجل حكما من أهله ويقول له: حالي كذا، قال ابن عباس، ومال اليه الشافعي[1].

القول الثالث: يرى أن المأمور ببعث الحكمين هم أهل الزوجين، وهو قول بعض المالكية بحجة أن الخطاب في الأية يجوز أن يكون للزوجين أو أوليائهما أو للحاكم[2].

القول الرابع: يرى بأن المكلف ببعث الحكمين هو كل واحد من صالحي الأمة، وهو قول الرازي ومن حججهم أن لفظ خفتم موجه للجميع وليس مخصص لفئة معينة فللصالحين أن يبعثوا حكنا من أهله للإصلاح[3].

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائر يتم تعيين الحكمين بواسطة القاضي[4]، اذ يعتبر بأنه المكلف بتعيين الحكمين، وقد ورد ذلك في نص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري: "حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة"، فالمختص بتعيينهما هو القاضي المطروح أمامه النزاع سواء كان ذلك من تلقاء نفسه أو بناء على طلبي واختيار الزوجين[5]، فيجب عليه أن يراعي قرابتهم من هذين الأخيرين بحيث يعين واحد من بين أهل الزوجة، كأن يكون عمها أو خالها، ويعين القاضي من بين أهل الزوج

---

[1] ابن العربي المالكي، أحكام القران، القسم الأول، طبعة الثالثة، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 2003، ص 538.

[2] الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، الجزء الثالث، بيروت، سنة 2009، ص 336.

[3] فخر الدين الرازي، التغيير الكبير ومفتاح الغيب، الجزء العاشر، دار الفكر، بيروت، سنة 1981، ص 92.

[4] محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم، وتميزه عن غيره، المرجع السابق، ص 32.

[5] جاء في قرار المحكمة العليا " أن القاضي غير ملزم بتعيين الحكمين في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وثبوت الضرر"،**أنظر**:قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2011/04/14، فصلا في الطعن رقن 620084، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 2012، ص299.

كأن يكون أخوه أو جده، ولا يجوز للقاضي أن يعين شخصا ليست له صفة القرابة أو المصاهرة الشرعية مع أحدهما[1].

وتجدر الاشارة أن تعيين الحكمين لا يكون عادة الا عندما ترفع الزوجة دعوى ضد زوجها وتزعم أنه أتى من الأعمال والتصرفات ما يضرها، وتجيز لها طلب التطليق ثم تعجز عن اثبات الضرر بالوسائل القانونية المتعلقة بالإثبات ويعجز القاضي عن اثبات الضرر بالوسائل القانونية المتعلقة بالإثبات ويعجز القاضي عن اصلاح ذات البين، والمقصود أن تعيين الحكمين لا يكون الا بعد تأكد القاضي من فشل مساعيه في الصلح واشتداد الخصام بين الزوجين وعدم ثبوت الضرر[2].وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا ان المجلس القضائي لما قضى بالطلاق، دون مراعاة أحكام المواد 49-55-56، يكون لقضائه كما فعل، خالف القانون وتجاوز اختصاصه"[3]

استخلصنا أن المشرع الجزائري نص على اجراءات التحكيم في المادة 56 من قانون الأسرة ولكن بصفة وجيزة حيث نص على وجوب تعيين الحكمين إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين، ولكن أشار اليها في قانون الاجراءات المدنية والادارية في المقتضيات التالية:

المادة 446: إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة.

المادة 447: يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من صعوبات أثناء تنفيذ مهمتهما.

المادة 448: يعاين الصلح إذا تم من طرف الحكمين بواسطة محضر، ويقوم القاضي بالمصادقة على اتفاق الطرفين بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ص 348.

[2] خالد داوادي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص 43.

[3] محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ، 1989/12/25، ملف رقم 75812أ، المجلة القضائية، عدد3، سنة 1991، ص71.

المادة 449: يجوز للقاضي انهاء مهام الحكمين تلقائيا، إذا تبينت له صعوبة تتفيد المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية الى الجلسة وتستمر الخصومة[1].

الفقرة الثالثة: رقابة المحكمة العليا بالنسبة للتحكيم

اعتبارا من أن المحكمة العليا محكمة قانون، لا محكمة موضوع، فهي لا تنظر في المسائل الواقعية مما تتطلب رقابتها على قاضي الموضوع فيما يتعلق بالتحكيم اذ تحدد حسب طبيعة القانونية[2]، للتحكيم وعليه فان السؤال الذي يقتضي طرحه في هذا الصدد هل التحكيم من مسائل القانون التي يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا، أم أنه من مسائل الواقع، التي تترك لسلطة لقاضي الموضوع؟

ان رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع فيما يتعلق بالتحكيم، تتحدد حسب الطبيعة القانونية للتحكيم، لكون أن التحكيم هو اجراء من اجراءات التحقيق التي تقوم بها المحكمة للفصل في النزاع، شأنه شأن باقي الأدلة الخاصة بإجراءات التحقيق، وما هو معلوم في هذا الصدد، أن الدليل له جانب موضوعي، أي قاعدة موضوعية تحكم الدليل نفسه، وجانب اجرائي أي قواعد اجرائية تحكم كيفية تطبيق الدليل[3]، فكذلك التحكيم له جانب موضوعي، مما يستلزم أن هناك قاعدة موضوعية تحكم مبدأ التحكيم نفسه، وهي قاعدة وجوب حكمين عند انعدام الصلح، وعدم اثبات الضرر، أو تكرار الدعوى، والتي فصلناها في ما سبق.

وعليه فانه في حالة خرق قاضي الموضوع لمبدأ التحكيم، أي أن تكون هناك دعوى ثانية مرفوعة من أحد الزوجين بموضوع التفريق للضرر، ولم يثبت الضرر للمرة الثانية كذلك، وقامت المحكمة برفض الدعوى ثانية، لعدم الاثبات، فهنا تتجلى رقابة المحكمة العليا، حيث تكون عن طريق مخالفة

---

[1] لحسين بن الشيخ اث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، المرجع السابق، ص71.

[2] عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع القضائي، المرجع السابق، ص 160.

[3] المرجع نفسه، ص 160 و 161.

القاعدة الجوهرية في اجراء أو اغفال للأشكال الجوهرية طبقا للمادة 358 الفقرتين الأولى والثانية من أوجه الطعن من قانون الاجراءات المدنية والادارية[1].

وما تم التوصل اليه في الأخير أن هناك اهمال شديد لجل الاجراءات المتعلقة بالتحكيم بين الزوجين ويتبين من خلال تخصيص المشرع مادة يتيمة بشأن هذا الاجراء والتي تلزم القاضي بتعيين حكمين دون أن تضع الية واحدة لتفعيل العمل به، كالنص مثلا على الاجراءات الواجب اتباعها بنوع من التفصيل وكذا جعله وجوبيا مثله مثل الصلح، حيث أنه بعد اجرائنا لمقابلة شخصية مع أحد قضاة قسم شؤون الأسرة بمحكمة قسنطينة، اتضح لنا أنه شخصيا لم يقم بهذا الاجراء ونادرا ما يتم اللجوء اليه.وكما نعلم أن سلطة القاضي في ابطال حكم التحكيم هي سلطة خطيرة لأن أعمال تلك السلطة يعني انهيار مشروع التحكيم[2]، وهذا ما أدى بقضاة شؤون الأسرة الاكتفاء بإجراء الصلح الذي يعد اجراء وجوبيا في كل دعاوى فك الرابطة الزوجية قبل الفصل في الموضوع.

كل هذا يدفعني الى القول بوجوب تدخل المشرع لإزالة الغموض واعادة الحياة لهذه المادة.

فيما يخص مساعي الحكمين في الصلح واختلافهما نجد أن بعد ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 49 من قانون الأسرة على أن الطلاق لا يثبت الا بحكم قضائي. ونصت الفقرة الثانية على أن الطلاق لا يقع الا تبعا لعدة محاولات للصلح كذلك نصت المادة 448من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه إذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت في محضر ويصادق عليه القاضي بموجب امر غير قابل لاي طعن، كما جاء في نص المادة 56 من قانون الأسرة ينص على أنه في حالة عدم توصل الحكمان الى ايجاد حل للنزاع وجب على القاضي المختص بالفصل فيه. وكما نصت المادة 449 من قانون الاجراءات المدنية والادارية في حالة تبين صعوبة التحكيم بقوم القاضي بإنهاء مهام الحكمين ويعيد القضية الى الجلسة وتستمر الخصومة، وبالرجوع الى نص المادة 49 الفقرة الثالثة من قانون الأسرة التي نصت على وجوب أن تسجيل أحكام الطلاق في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

---

[1] عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 162.

[2] عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم الدولة العربية، المرجع السابق، ص 33.

لذلك يمكن القول أنه بعد أن كان واجب تسجيل حكم الطلاق في سجلات الحالة المدنية ضمن وثيقة عقد الزواج. وضمن وثيقة الميلاد لكل واحد من الزوجين طبقا لأحكام المادة 58 من قانون الحالة المدنية بسعي من رئيس كتاب الضبط لدى المحكمة التي أصدرت حكم الطلاق. وبناءا على طلب المحكوم له فان المادة 49 المعدلة والمتممة قد كلفت وكيل الجمهورية ممثل النيابة العامة على مستوى المحكمة بوجوب القيام بالاتصال بضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها ابرام وتسجيل عقد الزواج. ليطلب منه تقييد منطوق حكم الطلاق في سجل عقد زواج المعنيين. بعد أن يكون قد أرفق بطلبه نسخة من الحكم بالطلاق.

لكن إذا كان الحكم بالطلاق لا يقبل الطعن بالاستئناف ويقبل الطعن فيه بالنقض فان ممثل النيابة العامة لا يجوز له أن يطلب من ضابط الحالة المدنية تسجيل حكم الطلاق على هامش عقد الزواج وعقد ميلاد كل من الزوجين المطلقين الا بعد أن يكون حكم الطلاق قد وقع الفصل فيه من المحكمة العليا وبعد أن يصبح حكما نهائيا[1].

المطلب الثاني: الوساطة الأسرية كألية بديلة للإصلاح الأسري

لطالما شكل الحديث عن الوسائل البديلة لحل النزاعات الواقع على المجتمع بصفة عامة وعلى الأسرة بصفة خاصة، فإننا اليوم نلجأ الى الية أو وسيلة بديلة لحل النزاعات، فهي ليست بالجديدة وان اعمالنا أو تطرقنا الى هذه الألية جاءت لحماية الأسرة والحفاظ على كيانها واستقرارها والبعد عن تفككها وضياعها وشتاتها، ان هذه الوسيلة البديلة لتسوية المنازعات ليست الية جديدة وانما هي قديمة قدم البشرية وكانت حاضرة وفعالة لدى كل المجتمعات، لكن الجديد هو ضرورتها في وقت يحتاج اليها الجميع على مختلف الأصعدة والمجالات،هذه الضرورة أفرزتها المعضلة التي يواجهها القضاء الرسمي في مختلف الأنظمة القضائية عبر العالم تتجلى في تراكم أعداد هائلة من القضايا بسبب التأخير في اصدار الأحكام والبطء في حسم النزاعات.

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 121.

وعليه فان اللجوء للوسائل البديلة يزداد أهمية متى تعلق الأمر بالمنازعات الأسرية، ذلك من أجل معالجة الكم الهائل من النزاعات المعروضة على القضاء من جهة، واصلاح وتأهيل كيان الأسرة من جهة ثانية[1]، هذا ما يدفعنا و يشجعنا الى التنديد بتبني فكرة انشاء مؤسسة الوساطة الأسرية، فهي أصبحت مطلب ملح وضروري وبديل حضاري لحل مشاكل الأسرية وذلك لعدة إعتبارات كعدم نجاعة الطرق القضائية في إطار قانون الأسرة 11 /84 المعدل و متمم بالأمر 05/02 في الحد من تزايد في حدة المشاكل الأسرية، وبالتالي تفعيل الوساطة الأسرية يحتاج إلى إطار قانوني ينظم الوساطة الأسرية ويستحضر بالخصوص ممارسي هده الوساطة من مختصين في الدين، خبراء وعلماء الاجتماع وعلم النفس ومساعدون ومساعدات من أهل الاختصاص، وكذا جمعيات المجتمع المدني، بالإضافة للمجالس العلمية في الجامعات كلها عوامل تساعد على نجاعة هذه الوسيلة لحل النزاعات الأسرية.

وعليه فقد نص المشرع الجزائري في ظل قانون الاجراءات المدنية والادارية للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 الى الوساطة كألية مستحدثة من أجل تبني سياسة اجرائية تقوم على المصالحة بين الطرفي عقد الزواج عندما تتعرض الأسرة الى ما يهدد كيانها ويعرضها للخطر. بالإضافة الى الدور الذي يقوم به حاليا الوسيط الاجتماعي الذي حدد مهامه المرسوم التنفيذي 09-353 المؤرخ في 8 نوفمبر 2009، المتعلق بالقانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإرادة المكلفة بالتضامن الوطني.

وعلى هذا الأساس سنتناول في الفرع الأول على ماهية الوساطة الأسرية مبينين من خلاله تعريف الوساطة وذكر خصائصها وأنواعها كما سنتطرق أيضا الى تميزها عن الوسائل البديلة الأخرى التي تم التطرق اليها سابقا[2]، وفي الفرع الثاني الحديث عن التجارب الدولية في ميدان الوساطة الأسرية من

---

[1] سنوسي علي، الشغور القانوني في اجراءات المادة الأسرية، دراسة موضوعية اجرائية للوساطة التصالحية في قضاياالنزاعات الأسرية على ضوء القانونين (05-09)و(08-09)، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 12، العدد 02 (العدد التسلسلي20)، أكتوبر 2019، ص 66.

[2] الوسائل البديلة الأخرى نقصد بها الصلحوالتحكيم القضائي والتي قد تم تناولها في المبحث الأول من الفصل الأول عن الباب الأول، أما التحكيم تم التطرق اليه في المبحث الثاني للفصل الأول من الباب الأول.

خلال تبيان واقع الوساطة في القوانين المقارنة في الفقرة الأولى، أما الفقرة الثانية فجاءت تتحدث عن مكانة الوساطة في التشريع الجزائري ودور القاضي فيها.

الفرع الأول: ماهية الوساطة الأسرية.

تعد الوساطة وسيلة بديلة لحل النزاعات، والية يلجأ اليها لفض النزاع عند نشوئه. فاكتسبت الوساطة أهمية بارزة في مختلف الأنظمة القضائية عبر العالم طيلة العقود الأخيرة، خاصة بعد أن قصرت هذه الأنظمة عن الاستجابة لمتطلبات المتقاضين، ونيل ثقتهم، من خلال تحقيق السرعة والفعالية والإنصاف عند اصدار الأحكام والقرارات القضائية. وهو الأمر الذي يشجع على اعتماد الوساطة كألية بديلة لحل النزاعات المدنية بصفة عامة، والخلافات الأسرية على وجه الخصوص، نظرا لفعاليتها في تخفيف العبء على القضاء الأسري. وذلك من خلال اعمال القاضي لسلطته التقديرية قبل الفصل في الدعوى أن يقوم أولا باتخاذ أول اجراء وهو تفعيل الوساطة الأسرية والتي سنقوم بتوضيحها في هذا الفرع في فقرتيه.

الفقرة الأولى: تعريف الوساطة الأسرية وأنواعها.

أولا وبدأ لا بد من تعريف الوساطة لكي نتمكن من الخوض في خصائصها وأنواعها، ولهذا ارتأينا أن نقدم شرح مفصل عن الوساطة الأسرية، فكما هو موضح أن الوساطة هي أليات قديمة متجددة وحتى ولو كانت معروفة غير أنها لم تستعمل، ونظرا لما تأذيه من دوراصلاحي في حل النزاعات الأسرية، فهي من حيث تأسيسها القانوني ليست بديلا عن القضاء ولا بمنافسة له، بل جاءت لتكمله وتساعده للوصول الى المبتغى المنشود وهو حماية الأسرة، وعليه يمكن وضع لها تسمية بديلة عن الوساطة الأسرية بمصطلح الوساطة التصالحية، فهي جاءت لتدمج بين النظام القانوني والنظام الاجتماعي معا[1].

[1] علي سنوسي، المرجع السابق، ص 69.

تعرف الوساطة لغة بأنها مأخوذة من كلمة وسط، ووسط الشيء وأوسطه: أعدله، ويقال أيضا شيء وسط أي بين الجيد والرديء. وفلان وسيط في قومه إذا كان أوسطهم نسبا وأرفقهم مجدا[1].

ويقصد بها أيضا أنها مأخوذة من الوسط وهو ما بين طرفي الشيء والمعتدل من كل شيء وقوله تعالى: ﴿**وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَٰكُم أُمَّةً وَسَطًا**﴾[2].

والوساطة هي عمل الوسيط وهي مشتقة من كلمة وسط التي تدل في اللغة على الشيء الواقع بين الطرفين[3]. كما قد جاء في لسان العرب حول معنى هذه الكلمة ما يلي " الوسط قد يأتي صفة وان كان أصله أن يكون اسما لقوله تعالى في الأية 143 من سورة البقرة، أي عدلا فهذا تفسير الوسيط هو اسم بين طرفي الشيء أما الوسط يكون السين فهو ظرف لا اسم على وزن نظيره في المعنى وهو "بين"[4].

أما اصطلاحا فهي تعني اجراء قانوني يقوم بموجبه شخص من الغير محايد من أصحاب الكفاءة والنزاهة بتوظيف مهاراته في ادارة المفاوضات السرية لمساعدة أطراف النزاع على تقريب وجهات نظرهم وتسوية نزاعاتهم بشكل ودي قائم على التوافق والتراضي بعيدا عن اجراءات التقاضي.

أما فيما يخص التشريع الجزائري فانه لم يعرف اجراء الوساطة مثل التشريع الفرنسي الذي تركه الى الفقه، وقد عرفت AnnetteBridouxالوساطة بأنها " عملية ادارية وسرية لحل النزاعات عن طريق لجوء الأطراف الى شخص من الغير كفء، حيادي ومستقل، والذي يساعهم على التوصل الى اتفاق مقبول من كل طرف [5].

---

[1]ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، المجلد الخامس عشر حرف الواو، دار صادر، بيروت، الطبعة 06، سنة 2008، ص 210.

[2]سورة البقرة الأية 143.

[3]ساجية بوزنة، الوساطة في ضل قانون الاجراءات المدنية والادارية، مذكرة ماجستيرفي القانون، القانون العام، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان عبيدا، بجاية، سنة 2011، 2012، ص 14.

[4]ساجية بوزنة، الوساطة في ضل قانون الاجراءات المدنية والادارية، المرجع السابق، ص 15.

[5] Annette Bridoux,les écrits en médiation selon le code judiciaire, édition larcier, bruxelles, 2011, p 21.

وفي تعريف أخر فالوساطة "هي طريقة لحل النزاعات يقوم فيها طرف ثالث محايد يسمى الوسيط يسهل المفاوضات بين الأطراف لمساعدتهم في التوصل الى اتفاقية تسوية مقبولة بينهم".

وقد عرفها أخرون بأنها " أسلوب من أساليب الحلول البديلة لفض النزاعات تقوم على توفير ملتقى للأطراف المتنازعة للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر، بمساعدة شخص محايد وذلك لمحاولة التوصل الى حل ودي يقبله أطراف النزاع"[1].

كذلك عرفت الوساطة على أنها "احدى الطرق الفعالة لفض النزاعات بعيدا عن عملية التقاضي وذلك من خلال اجراءات سرية تكفل الخصوصية بين أطراف النزاع من خلال استخدام وسائل وفنون مستحدثة في المفاوضات، بغية الوصول الى تسوية ودية مرضية للأطراف"[2].

كما عرفت أيضا "على أنها نوع من التوفيق أو شكل من الأشكال التي يتم بها التوفيق بين الخصوم، به يتدخل شخص يسمى الوسيط ليقرب وجهات نظر الخصوم بعد سماعهما ويقترح بعض الحلول ويعرضها عليهم، فان وافقوا حرروا بها محضرا رسميا ووقعوا عليه جميعا، وان رفضوا ينتهي الأمر وتتجرد هذه المقترحات من كل قيمة"[3].

كما عرفها أخرون بأن "الوساطة هي اجراء هيكلي أين يشارك الوسيط الأطراف من أجل الوصول الى اتفاق تفاوضي، والوساطة عادة ما تكون اختيارية تنتهي بتوقيع اتفاق يحدد التصرفات المستقبلية للأطراف، والوسيط يلجأ الى العديد من الوسائل والتقنيات من أجل مساعدة الأطراف لإيجاد اتفاق، لكن ليس له سلطة القرار"[4].

---

[1] دليلة جلول، الوساطة القضائية في القضايا المدنية والادارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2012، ص 21.

[2] علي عيساني، الاظلم والصلح في المنازعات الادارية، مذكرة ماجستير في قانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2007، ص 71.

[3] صديق سهام، الطرق البديلة لحل النزاعات الادارية، مذكرة ماجستير في القانون العام، قسم الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2013، ص 46.

[4] عيساوي عزالدين، محاضرات في الطرق البديلة لتسوية النزاعات،جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون الأعمال، سنة 2015-2016، ص 07، على الرابط، يوم 2020/04/07، على الساعة 17 و54دقيقة.

بالرجوع الى المشرع الجزائري نجد أنه لم يعطي تعريف خاص للوساطة الأسرية أو التصالحية الا أنه وبالرجوع الى قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، نجد أنه ينص على الوساطة في الفصل الثاني من المادة 994 الى 1005 من نفس القانون، وعليه لابد من اللجوء الى التعريفات الفقهية في القوانين المقارنة، حتى ولو اختلفت التعريفات الفقهية للوساطة الأسرية من حيث الموضوع الا أنها تحتفظ بجوهر الوساطة، فعرفت "الوساطة الأسرية هي عملية بناء أو اعادة بناء الروابط العائلية بين الأفراد بتدخل شخص ثالث هو الوسيط، الذي لا يملك سلطة اتخاد القرار، وذلك عن طريق تنظيم اجتماعات سرية، لإدارة الصراع بين أطراف الخصومة قصد ايجاد حل ودي للخلاف، يرضي جميع الأطراف من خلال الحوارات المستمرة الدائرة بينهم بمساعدة هذا الأخير – الوسيط-". أو بتعريف أخر " الوساطة الأسرية هي وقت الاستماع والتفاوض وتبادل الحوارات التي تمكن بتدخل شخص ثالث، مؤهل نزيه ومحايد هو وسيط الأسرة من استعادة التواصل وخلق مناخ من الثقة بين الأفراد للوصول الى اتفاق حول خلافاتهم الأسرية ومعالجة القضايا المتصلة بنزاعاتهم الشخصية مع الأخذ بعين الاعتبار الاحتياجات الحقيقية لجميع الأطراف بمن فيهم الأطفال".

وعلى هذا الأساس تعتبر الوساطة الأسرية بأنها وسيلة لتفعيل الية الصلح في النزاعات الأسرية تتم تحت اشراف القضاء، من خلال اجراءات سرية وسريعة يقوم بها طرف ثالث أجنبي عن النزاع ومحايد بحيث أنه لا يملك أي سلطة للتحكم في النزاع الا ما يرتضيه الأطراف – وهو ما يعرف بالوسيط- فدوره يكمن في تقريب وجهات النظر بين أطراف النزاع بغية الوصول للتسوية للنزاع بحيث تكون مرضية لجميع الأطراف.

كما تعتبر الأسرة نظاما اجتماعيا متكاملا مع باقي أنظمة المجتمع الأخرى التعليمية والاقتصادية، كما أنها الوسط الطبيعي الذي ينشأ فيه الطفل ويتلقى المبادئ والقيم الاجتماعية التي نوجه سلوكه في المجتمع فهي الدعامة والإطار الذي ستلقى فيه الانسان أولى دروس الحياة الاجتماعية.

---

https://elearning.univ-bejaia.dz/pluginfile.php/249416/mod_resource/content/0/Cours_Aissaoui%20Azedine_%D9%85%D8%AD%D8%A7%D8%B6%D8%B1%D8%A7%D8%AA%20%D9%81%D9%8A%20%D8%A7%D9%84%D8%B7%D8%B1%D9%82%20%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%AF%D9%8A%D9%84%D8%A9%20%D9%84%D8%AA%D8%B3%D9%88%D9%8A%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%B2%D8%A7%D8%B9%D8%A7%D8%AA.pdf

فالملاحظة اليوم هو أن معظم الأسر أصبحت تعرف العديد من المشاكل نتيجة للتطور والتغير الاجتماعي الحاصل في المجتمعات، اذ يعتبر التفكك الأسري أحد أهم المشاكل التي تعاني منها جميع المجتمعات بما في ذلك المجتمع الجزائري.

ومن هنا جاء التفكير في اليات تساعد الأسرة على استرداد دورها في بناء المجتمع على أساس ثابتة يكتنفها الحوار البناء، والتشارك الايجابي، والحفاظ على تحقيق الوحدة والتماسك والاستقرار وتدبير النزاعات بين افرادها بطرق سلمية.

اذا تبرز الوساطة الأسرية كأبرز السبل والوسائل التي تحد من تفكك الأسر وتكمن مبرراتها في:

-محدودية التكاليف مقارنة مع كلفة التقاضي أو التحكيم.

-تحقيق مكاسب مشتركة لطرفي النزاع.

-المرونة لعدم وجود اجراءات وقواعد مرسومة محددة.

-المحافظة على العلاقات الودية بين الخصوم.

-حلول خلاقة وابداعية لحل النزاعات

-توفير ملتقى لأطراف النزاع قبل بدء المحاكمة

-عدم تحمل أي نوع من أنواع المخاطرة

-تنفيذ اتفاقية التسوية رضائي لأنها من صنع أطراف النزاع.

من خلال توسعنا في تعريف الوساطة الأسرية الاصلاحية، فانه يتبادر في دهننا السؤال التالي هل الوساطة الأسرية تكون تحت اشراف القاضي أي أن القاضي هو الطرف الثالث، أم أنها تكون اتفاقية بحيث تقع باتفاق الأطراف في اختيار الوسيط وتكون بعيدة عن قاضي شؤون الأسرة؟

وللإجابة عن هذا التساؤل لابد من توضيح أنواع الوساطة والتي تنقسم بحد ذاتها الى نوعين لحل النزاعات الأسرية الى وساطة أسرية اتفاقية وأخرى وساطة أسرية قضائية.

الوساطة الأسرية الاتفاقية وهي التي يتفق عليها الطرفان دون أن يكون هناك أي نزاع معروض بينهما على المحكمة، ومن خلالها يسعيان بمحض إرادتهما، إلى الوصول إلى اتفاق لتسوية خلافاتهما العائلية بمساعدة وسيط الأسرة، الذي يشرف على عملية حل النزاع دون أن تكون له الصلاحية لصنع القرار، وتكون هذه القناعة باللجوء إلى الوساطة الأسرية وليدة الإرادة للأطراف المتنازعة، لذلك فهي تبقى اختيارية وطوعية ملزمة، ويتم اختيار الوسيط الأسري في الوساطة الاتفاقية[1]، بناء على رضا الطرفين المشترك، واعتمادا على ما يتمتع به الوسيط من قيم ومؤهلات عملية وعلمية، تؤهله للقيام بفتح الحوار بين الطرفين، وتهيئ أجواء التواصل، وسب التفاهم التي تساعدهما على تغيير التصورات، واستعراض المقترحات الممكنة، والبدائل للوصول إلى أنسب نقطة تفاهم، في المستوى الذي تلتقي فيه مصالحهما، والانتهاء إلى قرار يضع للنزاع بينهما ثم صياغته والمصادقة عليه.[2]

أما الوساطة الأسرية القضائية هي تلك الوساطة التي تمارس بإشراف من القضاء وتوجيه وتتطلب بالضرورة وجود نزاع معروض أمام هذا الأخير، وفي هذا الإطار نميز بين حالتين أو نوعين من الوساطة الأسرية القضائية، فهي إما أن تباشر من طرف قاض من القضاة المكلفين بمثل هاته القضايا اذ يطلق عليه تسمية "القاضي الوسيط"، وإما أن يقوم بها وسيط محترف تعينه المحكمة المعروض عليها النزاع من ضمن قائمة الوسطاء المعتمدين لديها، والذي يكون في غالب الأمر من دوي الخبرة في الميدان القانوني كقاض متقاعد أو محام أو خبير[3]ويمكن أن يكون الوسيط مؤسسة مختصة في الوساطة كمكتب للدراسات والاستشارات القانونية أو جمعية مهنية أو شركات متخصصة في الوساطة الأسرية، في هذا الإطار نجد بعض المحاكم الأجنبية كالأمريكية منها أو البريطانية

---

[1] احمد الفقيه، مداخلة تحت عنوان "قراءة في مشروع قانون الوساطة بالمغرب، الندوة الجهوية الحادية عشر "الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى"، قصر المؤتمرات بالعيون، يومي 01 و02 نوفمبر 2007، مطبعة الأمنية الرباط، ص452

[2] احمد الفقيه، مداخلة تحت عنوان "قراءة في مشروع قانون الوساطة بالمغرب، نفس المرجع، ص452.

[3] زهور الحر، مداخلة تحت عنوان الصلح والوساطة الاسرية في القانون المغاربي والقانون المقارن، الندوة الجهوية الحادية عشر "الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى"، المرجع السابق، ص127.

يمارس لديها وسطاء معينون بصفة منتظمة كما نجد وسطاء يعملون بمراكز ومعاهد متخصصة في الوساطة قد تستعين بهم هذه المحاكم في القيام بالوساطة[1].

وعليه، فإن دور القاضي الوسيط لا يمكن أن يكون خصما وحكما في نفس الوقت، وإنما تبقى مهمته تقريب وجهات النظر بين الأطراف من جهة، وتدبير الخلاف بشكل ودي ومقبول من جهة أخرى، إذا أن الوسيط لا يملك أية سلطة في ذلك، لأن القضاء هو الموكول له بالبث في النزاع الأسري حالة فشل الوسيط في مهامه، مما يوضح وبشكل جلي أن تدخل القضاء في هذا الصدد يتم على مستويين مستوى يقوم فيه بدور وقائي تحفظي على سلامة الإجراءات القانونية، ومستوى ثان يمكن في الأمر باتخاذ إجراءات إدارية قضائية للوصول إلى حل النزاع بمساعدة وسيط الأسرة[2]

الفقرة الثانية: خصائص الوساطة الأسرية وتميزها عن الوسائل البديلة الأخرى.

تعتبر الوساطة الأسرية الية جديدة لحل النزاعات القائمة بين الزوجين وعلى هذا الأساس فهي تتميز بجملة من الخصائص يمكن اجمالها فيما يلي:

–تتميز الوساطة الأسرية عن المفاهيم المشابهة لها في عدم ارتباطها بأصول محاكمات وشكليات طويلة معقدة بل انها وسيلة سهلة ومرنة تهدف للوصول الى نتائج منصفة للنزاع وترضى جميع الأطراف حيث سيقون على حالتهم الطبيعية من الرضا والاطمئنان ومن المحتمل جدا أن تستمر العلاقات بينهما وذلك لفضل الوسيط الذي يساعدهم على التركيز على مصالحهم المشتركة. ومن خصائص الوساطة أيضا أنها تتضمن نصيبا من السرية اذ أن الوسيط يتمتع بصلاحيات واسعة أثناء القيام بمهمته في البحث عن حل للنزاع المعروض عليه، وهذا ما يبرر تقييده بالمحافظة على السر

[1] بنسالم وديجا، مداخلة تحت عنوان الوساطة كوسيلة من وسائل البديلة لفض المنازعات، الندوة الجهوية الحادية عشر " الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى"، المرجع السابق، ص 41.

[2] محمد الفلاقي، الصلح والطرق البديلة لتسوية النزاعات الاسرية، رسالة الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، سنة 2007، 2008، ص 88.

المهني حيث يتم جميع المراحل المتعلقة بالوساطة بسرية تامة ومطلقة وعليه لا يجوز الكشف عنها أو الاحتجاج بها[1].

-السرعة واختصار الوقت، يلعب عامل الوقت الذي يتطلبه ايجاد الحل النهائي لأي نزاع دورا هاما في تحديد مدى نجاعة وفعالية النظام القضائي أو الوسيلة البديلة للتسوية الودية، حيث باتت السرعة تشكل سمة من سمات العصر الحديث ولا شك أن العدالة البطيئة هي انكار للعدالة لذلك نجد أن عملية الوساطة تخدم وبشكل كبير هذا الاتجاه ويظهر في سرعة تسوية النزاعات والتي تعتبر خاصية ايجابية في الوساطة الأسرية والتي تدفع الأطراف لاختيارها[2].

-استمرار العلاقات الودية بين أطراف النزاع وتعتبر هذه الخاصية مهمة تتميز بها الوساطة حيث أنه توفر للمتخاصمين الفرصة لاقتناء وعرض وجهات النظر ومحاولة ازالة الاشكالات بين الأطراف والتوصل لحل يرضي الأطراف عن طريق تقريب وجهات النظر المتباعدة والخروج بمصالحة تزيل كافة الخلافات خلافا للقضاء الذي يفصل في نهاية الدعوى بانتصار طرف وخسارة الأخر بصدور قرار متولد عن قناعة ورؤية المحكمة بالنزاع مما يؤدي لفقدان العلاقات الودية بين الأطراف وتولد التشاحن والبغضاء[3].

كذلك من خصائص الوساطة الأسرية هي انخفاض التكلفة، فالملاحظ في الدعاوى المقدمة للجهة القضائية فيها ارتفاع مستمر لكل من أتعاب المحامي، والمحضر القضائي، وأجور باقي مساعدي القضاء، ولهذا أصبح من الضروري البحث عن وسيلة أخرى أقل تكلفة لمواجهة كلفة الخدمات القضائية، وهو ما تحققه الوساطة الأسرية في حل النزاعات المقدمة لها والتي لا تستوفي أية رسوم عنها لفائدة الدولة، كما أن بعض الأنظمة القضائية في مختلف الدول العربية والغربية توفر خدمات هذه

---

[1] بتشيم بوجمعة، النظام القانوني للوساطة القانونية، الدراسة في القانون المقارن، مذكرة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، سنة 2011، 2012، ص 26. 27.

[2] عروة عبد الكريم، الطرق البديلة لحل النزاعات القضائية (الصلح والوساطة القانونية)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 2012، ص 87.

[3] المرجع نفسه، ص 87،88.

الوسيلة بالمجان في مجال النزاعات الأسرية، وذلك بهدف الحفاظ على كيان الأسرة وضمان استقرارها.

وتعتبر المرونة أيضا من ضمن أهم الخصائص التي تتميز بها الوساطة الأسرية، بحيث أن هذه الأخيرة تتجلى في حرية اختيار الوسطاء من طرف الأشخاص المعنين بالنزاع، فكما تم توضيحه في تعريف الوساطة الأسرية أن الوسيط الأسري لا يتقيد بأية شكليات، ولا أية وسائل اثبات معينة، ومفهوم كذلك أنه كلما كان الوسيط حرا من القيود والاجراءات كلما كان بإمكانه الوصول الى حلول توفيقية تحظى برضا الأطراف.

–وفي الأخير لابد من اضافة خاصية أخيرة حسب رأينا والتي تعتبر أساسية للوصول الى الغاية المنشودة من هذه النزاعات القائمة بين الزوجين، فكما هو معلوم أنه لابد في أي قضية أو نزاع كان لابد من حضور الطرفين، والوساطة الأسرية كذلك تتطلب الحضور الشخصي لأطراف النزاع ومشاركتهم في كافة أطوار الاجراءات، فـان هذا الحضور يتـيح امكانية حصر النزاع في أضيق الحدود أولا، وكذا فرصة تقديم عروض وتنازلات متبادلة، وهو الشيء الذي يمهد الطريق الى الوصول الى حل يرضي الأطراف جميعا.

وخلاصة القول لقيام الوساطة الأسرية لابد من توفر جملة من خصائص فهي الركائز التي تقوى بها هذه الوساطة والتي بدورها تمكن القاضي للتوصل لحلول لحماية والحفاظ على الأسرة بصفة عامة وعلى الأسرة الجزائرية بصفة خاصة. والقاضي وهو يقوم بعملية الاصلاح بين الزوجين له أن يتخذ كل الاجراءات التي يراها مناسبة للتوصل الى الحل. ولهذا لابد من تبيان ما يميز الوساطة الأسرية باعتبارها وسيلة من وسائل فض المنازعات الأسرية عن غيرها من الوسائل الأخرى مثل الصلح والتحكيم القضائي وذلك على النحو التالي:

تتميز الوساطة الأسرية على التحكيم بأن:

–مهمة الوسيط تختلف عن مهمة المحكم فمهمة الوسيط لا تتجاوز تقريب وجهات النظر واتخاد

كافة الإجراءات التي تكفل ذلك، إضافة أن رأي الوسيط غير ملزم للأطراف[1] وليس له سلطة عليهم وان وجدت هذه السلطة فهي أدبية تتجسد في حث المتنازعين على قبول اقتراحاته وتوصياته التي تشكل مدخلا وسبيلا لحل النزاع القائم. كما أن جلسات الوساطة تكون في سرية ويلتزم جميع الأطراف بالحفاظ على السرية ومن ثم لا يمكن استعمال ما راج فيها أو التمسك بتصريحات أو عروض أو تنازل أي طرف فيها إذا ما انتهت مساعي الوساطة بالفشل ورفع النزاع للمحكمة. أما في حالة فشل الحكمين في مسعى الصلح وجب تضمين ذلك في تقرير مع تبيان مسؤولية كل واحد من الزوجين فيما وقع من شقاق مع تحديد أوجه هذه المسؤولية.

-ان الحكمان يكونان من أهل الزوجين، بمعنى حكم من أهل الزوج وحكم من لأهل الزوجة[2]، وذلك من أجل محاولة الاصلاح بين الزوجين، بخلاف الوساطة الأسرية الذي يعين باتفاق الأطراف ويكون هذا الوسيط محايد أي أن لا صلة له لا بالزوج ولا بالزوجة.

أما عن أوجه التشابه بين الوساطة الأسرية والتحكيم تجد أن:

-التحكيم لا يتقيد بالجوانب القانونية ولكنه يناقش الوقائع والجوانب الاجتماعية وحتى الانسانية المرتبطة بالنزاع والأثار المترتبة عليها. ونفس الأمر ينطبق على الوسيط الأسري الذي يملك حرية كبيرة في مناقشة الطرفين.

-في حالة نجاح الحكمان في مسعاهما الرامي الى اصلاح بين الزوجين وجب اثبات ذلك في محضر ويصادق عليه القاضي على وقوع الصلح بين الطرفين بموجب امر غير قابل لاي طعن.[3]

-تتفق الوساطة مع الحكمين في أن كليهما يسعيان الى بدل الجهد الكبير من أجل اصلاح ذات البين بين الطرفين بأي وسيلة يريانها مفيدة.

---

[1] احمد الفقيه، مداخلة تحت عنوان "قراءة في مشروع قانون الوساطة بالمغرب، المرجع السابق، ص453.

[2] جاءت المادة 446 من ف.ا.م.ا والمادة 56 من قانون الأسرة تنص"..... يعين القاضي حكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"

[3] المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

هذا فيما يخص التحكيم الأن ننتقل الى ألية أخرى وذلك من خلال تبيان أوجه الاختلاف والتشابه بين الصلح الأسري والوساطة الأسرية:

يختلف الصلح عن الوساطة الأسرية في أن الوساطة تعد وسيلة لنظر حل المنازعات الجماعية حيث تقوم على أساس اختيار شخص حيادي عن الزوجين يتصف بالكفاءة ليقوم بدور إصلاحي وتوافق النظريات لكلى الطرفين، غير أن الوسيط ليس مكلف بحسم النزاع وليس لتوصيته سوى إضافة قيمة أدبية محضة، أما الصلح فانه يعد وسيلة لرفع النزاع وقطع الخصومة بالتراضي طرفي الخصومة دون حاجة الى تدخل شخص[1].

-يقوم القاضي بإجراء الصلح وفق ضوابط وقيود واجراءات من أجل التوفيق بين الزوجين ووضع الحد لنزاعهما وحماتهما، بينما عند اجراء الوساطة الأسرية بقوم الوسيط بعمله وهو متحرر من كل القيود التي من شأنها أن تعرقل وصوله الى الصلح.

-الأسرار التي تتم في الوساطة لا يحتج بها أمام المحكمة عند فشل الوساطة، بينما في الصلح من الصعب التستر عن المعلومات التي وقف عليها عند الاصلاح[2].

يكمن التشابه بين الصلح باعتباره وسيلة قضائية بفك النزاعات الأسرية عن الية الوساطة الأسرية أنه، تتشابه الوساطة مع الصلح في أن كلاهما من الوسائل البديلة لحل النزاعات.

-يكمن تشابه الوساطة مع الصلح في كون الشخص الذي يقوم بالصلح أو الوساطة لا يملك أية سلطة في اتخاذ القرار.

-ان الوساطة تجوز في كل ما يجوز فيه الصلح وما لا يجوز الصلح لا يمكن أن يكون محلا للوساطة.

---

[1] عبد المنعم أحمد سلطان عيد، وسائل فض المنازعات في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 22.

[2] أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2010، ص 268، 269.

الفرع الثاني: دور القاضي في الوساطة الأسرية لحل النزاعات العائلية.

ان معظم الأسر اليوم أصبحت تواجه العديد من التغيرات والنزاعات التي قد تؤدي الى التفكك الأسري، فقد اتسعت الوسائل البديلة لتصبح الوساطة الأسرية وسيلة من وسائل لتسوية نزاعات كالصلح والتحكيم أيضا، فقد نص عليهما المشرع الجزائري في قانون 05-02، كما جاء بذكرهما الشرع الحكيم في قوله تعالى: ﴿**إِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضٗا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحٗا وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ**﴾[1] .

وعليه فان الوساطة الأسرية هي الية ناتجة عن حل النزاعات القائمة داخل الأسر، وقد استنبطت هذه الأخيرة من القيم الدينية والاجتماعية للمجتمع، وعلى سبيل المثال تأخد احدى الزوايا الموجودة منذ القدم في زوايا بمنطقة ميزاب، اذ تعتبر هذه الزاوية واحدة من أهم الزوي التي يتم فيها استعمال الوساطة الاصلاحية، كذلك تعرف بعض تجمعات بمنطقة القبائل ومنطقة عين الدفلى من ضمن المناطق التي يتم فيها استعمال هاته الألية.

ما يمكن توضيحه أن الية الوساطة الأسرية كانت موجودة وجود القدم ولازالت كذلك خاصة في المناطق المعروفة بالأعراش فهم دائما يستبعدون تماما الولوج الى المحاكم وطرح اشكالاتهم الا عند الضرورة المحتدمة؛ فيختارون ما يعرف بالوساطة الأسرية العائلية أو مجلس العائلة كطريق بديل لحل معظم اشكالاتهم ومن بين هذه الاشكالات النزاعات الأسرية والتي يتم عرضها على أمين الجماعة فيقوم هذا الأخير بحل النزعات المطروحة أمامه وديا.

وانطلاقا مما سبق أرتأينا الأخذ بالوساطة الأسرية وادراجها داخل القضاء مستقبلا بصفة غير مباشرة تفيد الأسرة من جهة وتحافظ عليها وتحفظ أسرارها وتقرب وجهاتها من جهة ثانية.

غير أنه وبالرجوع الى قانون الأسرة الجزائر نجده قد نص على الصلح والتحكيم ولم ينص على الوساطة الأسرية، بخلاف قانون الاجراءات المدنية والإدارية، الذي عدده فنص في المواد ما بين 994 الى 1005 وعليه يطرح التساؤل الأتي: كيف تعامل بعض الدول مع واقع الوساطة الأسرية؟

[1] سورة النساء الأية 128.

الفقرة الأولى: واقع الوساطة في القوانين المقارنة.

ان الحديث عن وسائل فض النزعات الأسرية يعد من الموضوعات الهامة، ذلك لما تكتسيه من أهمية تفوق غيره من الموضوعات لأنه يمس أهم شريحة في المجتمع وهي الأسرة التي تحتاج الى من يضع حلولا لمشاكلها تيسيرا وحفاظا عليها، مقارنة بغيرها من فئات المجتمع الأخرى والتي يكثر البحث في وضع الحلول لمشاكلها في سرية وسرعة، ويتناسون الأسرة التي تشكل بناء مجتمع بأكمله. فنظرا لكثرة القضايا التي تعج بها ساحات المحاكم في مجال المنازعات الأسرية والتي تنتظر دورها من خلال طريق طويل وهي التي تعبر عن واقع عملي كثرت فيه الخلافات الزوجية وكثر فيه اللجوء للقضاء لإنهائها[1]، وعلى سبيل المثال نجد أن معظم الدول العربية قد أخذت بالوساطة الأسرية وهذا ما سنقوم بتبيانه من خلال عرض بعض التجارب لمختلف الدول.

تتميز التجربة المصرية بتنصيص القانون 10^{2}، المحدث لمحاكم الأسرة المصرية، على انشاء مكاتب لتسوية النزاعات بدائرة اختصاص كل محكمة. وتستصدر وزارة العدل قرارات بتشكيل هذه المكاتب ومقر عملها، واجراءات تقديم طلبات التسوية اليها وتحديد جلستها والإجراءات المتبعة للقيام لمهامها. ونظرا لأهمية هذه الوسيلة في حل النزاعات الأسرية، ارتأى المشرع المصري إلزام الأطراف المتنازعة باللجوء الى مكتب التسوية أولا، قبل اللجوء الى عرض النزاع على المحاكم. وان هذا الاجراء يتم دون أداء الرسوم أي تكون بالمجان. ومع أن التشريع المصري قد أخذ بمبادئ الوساطة الأسرية، الا أنه لم يرسم مذهبه هذا بإصدار قانون خاص بالموضوع، مكتفيا بطريقة غير مباشرة في تنزيل الية الوساطة الأسرية، بخلاف التشريعات التي اختارت التقنين المباشر لهذه النظم. كما تتميز التجربة المصرية بتركيز السياسية الاجتماعية في مجال الأسرة على منظور رعائي حمائي تنموي شامل ومتكامل لجميع أفرادها (الطفل والشباب وكبار السن)، وهو ما يجعل الأنشطة المساعدة في تمكين

[1] عبد المنعم أحمد سلطان عيد، وسائل فض المنازعات في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 03.

[2] قانون الأحوال الشخصية المصري الصادر سنة 1920 المعدل والمتمم بالقانون رقم 100 لسنة 2000.

الأسرة تقوم على تقديم كافة أنواع الرعاية المتكاملة[1].

ان واقع الوساطة الأسرية في ماليزيا هي أشهر تجربة على المستوى العالمي باعتبارها صاحبة التجربة الأكثر لفتا للنظر والتي نجحت في خفض نسبة الطلاق العالية، لكن المتأمل لنسب الطلاق يري وجود اختلاف بين نسب الطلاق عند المسلمين والذي بقى ثابتا، في حين أن نسبة الطلاق عند الغير مسلمين زادت، وهذا راجع الى الى أن الحكومة الماليزية قد قامت بتحسين برنامج التعليم قبل الزواج في جميع أرجاء ماليزيا، وجعلته الزاميا في الولايات الاسلامية في حين أنها جعلت هذه البراكج غير الزامية للولايات غير المسلمة[2].

أما عن التجربة القطرية[3]في الوساطة والاصلاح الأسري، فتتميز باعتماد مفهوم خاص يستمد دلالته ومضمونه من الموروث الثقافي والأعراف الاجتماعية للمجتمع القطري. وترتكز التجربة القطرية في مفهومها للإصلاح الأسري على ثلاث عمليات فرعية، وهي "عملية الاصلاح" و "عملية الوساطة" و"عملية الصلح". وتتوفر التجربة القطرية على جهاز للوساطة الأسرية يسمى مركز الاستشارات العائلية. وهو مركز لا يقتصر على التعامل مع الأسرة داخل الحدث، أي أثناء النزاع، بل يتعامل معها في ثلاث محطات من خلال أقسام مختصة. أما من الناحية القانونية، فتأخذ قطر بمبدأ اجبارية الوساطة الأسرية، بحيث أنه قبل النظر في المشكلة الأسرية من طرف المحاكم يتم تحويلها بشكل أجباري الى مركز الاستشارات العائلية لمحاولة الصلح. كما تتميز بإرساء شراكة مؤسساتية بين المركز ومحكمة الأسرة تضمن توصل مركز الاستشارات العائلية بملفات حالات النزاع أو حالات طلاق، وذلك من أجل القيام بمحاولة الصلح أو الاتفاق على كيفية تدبير الطلاق، وإعداد تقرير وإرسالها للمحكمة. بوجود عقد اتفاقي بين المركز والمجلس الأعلى للقضاء بهذا الشأن.

---

[1] المؤتمر الدولي حول الوساطة الأسرية ودورها في الاستقرار الأسري، يومي 7-8 دجنبر 2015، المملكة المغربية، ص 88.89

[2] زينب زكرياء معابدة، الاصلاح الأسلاري بين الزوجين في الشريعة الاسلامية، دار النفائس للنشر والتوزبع، الطبعة الأولى، سنة 2015، ص 237،238، 239.

[3] المؤتمر الدولي حول الوساطة الأسرية ودورها في الاستقرار الأسري، نفس المرجع، ص89.

أما عن التجربة الأردنية فقد اعتمدت الأردن على مفهوم الارشاد والصلح الأسريين بالمحاكم الشرعية بدلا من الوساطة الأسرية. وقد تطور هذا المفهوم بفضل برنامج التكوين في مجال الارشاد الأسري الذي انطلق على مستوى البكالوريا سنة 1972، اضافة الى وجود ثلاثة برامج على مستوى الدكتوراه. وتتميز التجربة الأردنية بفتح التكوين في هذا المجال حتى على مستوى الجامعي. كما توفر الأردن مؤسسات وطنية تشرف على تقديم خدمات الوساطة، كالمجلس الوطني لشؤون الأسرة، ومركز العمل الاجتماعي. وتتوفر التجربة الأردنية على استراتيجية وطنية للإرشاد الأسري منذ عام 2009[1]، وبرنامج وطني للتدريب بهدف تأهيل استشاريين في مجالات الأسرة. أما فيما يخص التشريعات، هناك تشريع ينظم الارشاد الأسري بالأردن، الى جانب التكوين المتخصص في المجال. فجاءت نص المادة 5 من قانون الصحة العامة المؤقت رقم 54 لعام 2002 نحدد مهنة المرشد الأسري، وبالتالي تندرج مهنة الارشاد الأسري ضمن المهن الصحية التي تتطلب ترخيصا لممارستها[2].

أما التجربة السعودية تتميز بعرض الوساطة الأسرية في مركزين أحدهما أهلي وهو مركز التنمية الأسرية بالدمام وأطلقوا عليه اسم "مشروع تيسير الزواج" كما أنه يعمل ضمن ثلاثة مسارات، المسار الوقائي، والمسار التنموي، والعلاجي؛ ومن أبرز أهدافه[3]:

-نشر الوعي الاجتماعي في مجال التعامل الأسري بكل علاقاته.

-معالجة الخلافات الأسرية قبل وصولها الى المحاكم الشرعية.

-تعميق العلاقات الأسرية بين أفراد الأسرة الواحدة.

والمركز الثاني هو مركز حكومي يطلق عليه تسمية "مركز المودة الاجتماعي"هو تابع للجمعية الخيرية لمساعدة الشباب على الزواج فرع وزارة الشؤون الاجتماعية بمحافظة جدة من أجل تحقيق سعادة الأسرة؛ ويقسم المركز الى ثلاث مراكز: قسم الدراسات والتطور، قسم الاصلاح والتوجيه

[1] قانون الأحوال الشخصية الأردني، رقم 26 الصادر سنة 2010.

[2] المؤتمر الدولي حول الوساطة الأسرية ودورها في الاستقرار الأسري، يومي 7-8 ديسمبر 2015، المملكة المغربية، ص90.

[3] زينب زكرياء معابدة، الاصلاح الأسلاري بين الزوجين في الشريعة الاسلامية، المرجع السابق،ص254.

الأسري، وقسم الدورات التدريبية؛ كذلك من أهم وابرز مميزات الوساطة الأسرية في السعودية استغلال التقنية الحديثة فيما يعود على المجتمع بالخير. فمركز المودة الاجتماعي يقدم خدمة جوال الذي يقدم رسائل مجانية في مجالات أبرزها "رسائل وجدانية" رومنسية مجانية، رسائل في العتاب والمصالحة، رسائل أحكام عامة للمتزوجين، رسائل في مهارات حل الخلافات الزوجية، رسائل في الصحة الأسرية، الرسائل الاعلانية والدعائية؛ وعليه بعتبر وجود موقع الكتروني مميز تتضح فيه لدى المتصفح نوع الاستشارة المرغوب الاستفادة منها،بالاضافة الى تقديم المزيد من النجاح في حياة الأزواج الأسرية[1].

أما عن التجربة التونسية فلقد اعتمدت تونس كذلك بمصطلح " المصالحة العائلية" عوض عن "الوساطة الأسرية"، والتي تعتبر وسيلة بديلة لتدبير النزاعات أو مكملة لقضاء الأسرة. وهي الية تراعي اعادة بناء العلاقات والروابط العائلية، وتجنب العوائق المترتبة عن احتمال تفكك الأسرة. ويمكن أن تكون المصالحة العائلية طوعية، كما يمكن أن تكون مأذون بها من طرف القاضي الذي يبني قراره النهائي بناءا على تقرير الوسيط[2]. أما من الناحية التشريعية، فقد نص القانون التونسي في مجلة الأحوال الشخصية الصادرة سنة 1956 على المصالحة العائلية في حالات الطلاق فقط. وتم بموجب الفصل 32 من نفس المجلة[3]، احداث تخصص قضائي يتمثل في قاضي الأسرة الذي يحاول اجراء الصلح بين الأزواج قبل صدور أي حكم. وفي سنة 2010 تم تعديل عدد 50 المؤرخ في 1 نوفمبر 2010 المتعلق بـ "اقرار مؤسسة المصالح العائلي في نزاعات الحالة الشخصية" في إطار تعزيز اليات حماية الأسرة، وذلك عبر تعديل الفصلين عن طريق اضافة فقرتين جديدتين بإحداث مؤسسة المصالح العائلية، التي تخول لقاضي الأسرة الاستعانة بمصالح عائلي، كما أن هذه المصالحة العائلية تتم أو

---

[1] زينب زكرياء معابدة، الاصلاح الأسري بين الزوجين في الشريعة الاسلامية، المرجع السابق، ص256، 257، 258، 259.

[2] مليكة الورغي، الوساطة كوسيلة بديلة لحل النزاعات العائلية، المؤتمر الدولي حول الوساطة الأسرية ودورها في الاستقرار الأسري، يومي 7-8 دجنبر 2015، المملكة المغربية، ص 92

[3] مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الصادرة بتاريخ 1956/08/17 المنشورة بالرائد الرسمي التونسي، عدد 66، ونقح بالقانون المنشور بتاريخ لسنة 07 جويلية 2003، الصادر عن ج.ر، سنة 2003، عدد 51.

تجرى ان صح التعبير في المحاكم اذ أنها غير مستقلة بذاتها [1].

أما عن تجربة دولة الامارات العربية فلقد اعتمدت دولة الامارات على مصطلح "الارشاد الأسري" تتميز هذه التجربة بعدد من العناصر الابتكارية ساعدت على اغناء أفراد الأسرة من اللجوء الى التقاضي[2] وتوفير الوقت والجهد عليهم بابرام اتفاقيات قابلة للتنفيذ الفوري، اضافة الى الاتصال المباشر بالمتخاضمين دون وساطة ممثليهم القانونيين ضمانا لسرعة الاصلاح بينهم واصلاح الخلافات الزوجية قبل الطلاق[3]، ويكون حل النزاعات على مستوى مكاتب الاصلاح الأسري التابعة لها.

ويأتي دور مكاتب الاصلاح الأسري في العمل على زيلدة تبصر الفرد ومحاولة تعديل مشاعره وأفكاره نحو ذاته والأخرين، وذلك من خلال تعزيز دوره في المجتمع وتنمية وارساء دعائم الأسرة المتماسكة السعيدة في ظل القيم والظواهر الاجتماعية مثل "التفكك الأسري، الخلافات الزوجية"[4]. وعليه جاءت المادة 16 من قانون الأحول الشخصية الامراتي في فقرتها الأولى: " لا تقبل الدعوى أمام المحكمة في مسائل الأحوال الشخصية، الا بعد عرضها على لجنة التوجيه الأسري...."[5]، واذا تم الصلح بين الأطراف أمام لجنة التوجيه الأسري، أثبت هذا الصلح في محضر يوقع عليه الأطراف وعضو اللجنة المختص ويعتمد هذا المحضر من قاضي مختص ويكون له قوة السند التنفيذي ولا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن الا اذا خالف أحكام هذا القانون، وفقا للائحة التنفيذية المنظمة لعمل جنة التوجيه الأسري.

---

[1] مليكة الورغي، الوساطة كوسيلة بديلة لحل النزاعات العائلية، المؤتمر الدولي حول الوساطة الأسرية ودورها في الاستقرار الأسري، المرجع السابق، 126.

[2] ا خليفة محمد المحرزي،المجلس الاستشاري للأسرة، تجربة دولة الامارات العربية في الارشاد الأسري، يوم 2020/12/18، موقع:

https://uafcc.com/%D8%AA%D8%AC%D8%B1%D8%A8%D8%A9-%D8%AF%D9%88%D9%84%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%85%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D8%A8%D9%8A%D8%A9-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B1%D8%B4%D8%A7

[3] دائرة القضاء، التوجيه الأسري، يوم 2020/12/18، على الساعة 22سا أنظر الموقع:
https://www.adjd.gov.ae/AR/Pages/Family-guidance.aspx

[4] مراكز التنمية الأسرية بالشارقة، يوم 2020/12/19 على الساعة 00 سا، أنظر الموقع: www.fdc-shj.ae

[5] المادة 16 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، القانون الانحادي رقم 28 لسنة 2005م والقوانين واللوائح والأنظمة المنعلقة به وفقا لأحدث التعديلات.

الفقرة الثانية: مكانة الوساطة في التشريع الجزائري.

أجاز المشرع لقاضي شؤون الأسرة في نطاق الصلاحيات التي يتمتع بها اختيار الاجراء المناسب للخصومات الأسرية وطريقة معالجتها، حيث أن دور القاضي لم يعد يقتصر على الاجراءات التقليدية التي كانت في الغالب تتجه الى الألية القضائية الروتينية، وما يصاحبها من تعقيدات اجرائية ،لى حين صدور الحكم القضائي الذي يراه مناسبا، لكن اليوم أصبح بإمكان القاضي الأسري عندما يتعلق الأمر ببعض الخصومات الأسرية، وبعض النزاعات المحددة وقبل أي مباشرة قضائية أن يسلك أي اجراء بديليرى فيه صلاحا للأسرة فيكون مبادرة منه أو بطلب من أطراف الخصومة الأسرية أنفسهم بقصد الصلح[1].

من خلال نصوص مواد القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والادارية الجزائري والتس جعلت اجراء الوساطة عمل اجباري على القضاء عرضه في جميع الخصومات والتي تكتسي الطابع الاسلامي من منطلق أنها تعد شكلا من أشكال الية الصلح تحت شرط يخضع لسلطة القاضي المختص اشرافا وتنفيذا؛ الا أن نصوص مواد قانون الاجراءات المدنية والادارية قد استثنت منه قانون الأسرة والقضايا العمالية وكل مامن شأنه أن يمس النظام العام.

وباستحداث القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالمتضامن الوطني ضمن المرسوم التنفيذي 353-09، المؤرخ في 08 نوفمبر 2009، المتعلق برتبة الوسيط الاجتماعي الذي حدد له مهاما ترتبط بالوساطة الأسرية واشترط أن يكون له تكوين متخصص. وحسب المادة 129 من هذا المرسوم " يقوم الوسطاء الاجتماعيون بتدخلات وقائية واجتماعيون بتدخلات وقائية واجتماعية لدى الأشخاص أو العائلات الذين يعانون من صعوبات، ويشجعون اندماجهم الاجتماعي والعائلي والمهني.

ويكلفون بهذه الصفة، على الخصوص بما يأتي:

---

[1] سنوسي علي، الشغور القانوني في إجراءات المادة الأسرية، دراسة موضوعية اجرائية للوساطة التصالحية في قضايا النزاعات الأسرية على ضوء القانونين (05-09)و(08-09)، المرجع السابق، ص79.

-ارشاد وتوجيه العائلات في وضع صعب ومرافقتهم اجتماعيا.

-المساهمة في الحفاظ على الروابط العائلية والاجتماعية والتضامنية وتعزيزها بين الأشخاص المتكفل بهم ووسطهم العائلي والاجتماعي واعادة بنائها.

-مساعدة العائلات في وضع صعب في تسوية المشاكل اليومية واعادة الثقة والاتصال فيما بينها، ودعم وضيفة القرابة.

-المساهمة في كل نشاط من شأنه الوقاية من الصعوبات الاجتماعية ومعالجتها. [1]

ان عدم نجاعة نظام الصلح القضائي في تسوية النزاعات الأسرية دفع بوزارة التضامن الوطني والأسرة في الجزائرية الى التفكير في استحداث هيئة وطنية للوساطة الأسرية وفقا لما جاء به الأستاذ عبد الحفيظ مبلاط أن وزارة التضامن الوطني والأسرة الجزائري أعلنت نهاية سنة 2011، عن استحداث هيئة وطنية للوساطة الأسرية في أفق 2012، تتمثل مهمتها في تسوية النزاعات واقامة الصلح بين الأشخاص الموجودين في حالة خلاف، لاسيما بين أفراد الأسرة. وتكمن أهمية استحداث مثل هذه الهيئة، حسب تصريحات وزير التضامن الوطني والأسرة السابق، السيد سعيد بركات، في الأثار الايجابية التي ستعود على المجتمع والمهنيين والأسر والجهات القضائية. غير أنه، ورغم مرور أكثر من ستة سنوات عن الموعد الذي كان مقرر لظهور هذه الهيئة، فان مشروع مرسوم استحداث هذه الهيئة لم يخرج للعلن، رغم أن الوساطة كإجراء قانوني بديل جاء بها ونص عليها قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري في مواده 994 الى 1005 منه [2]؛ وخلال اشرافه على افتتاح أشغال يوم دراسي حول الوساطة الأسرية، كما جاء به الأستاذ عبد الحفيظ مبلاط والتي نظمنه وزترة التضامن الوطني، أعلن الوزير الأسبق عن الرتبة الجديدة للوسيط، كخطوة أولية نحو تفعيل المرسوم

[1] المادة 129 من المرسوم التنفيذي 09-353، المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1430 الموافق 08 نوفمبر 2009، يتضمن القانون الأساس الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالتضامن الوطني، الجريدة الرسمية، العدد64، ص 23.

[2] عبد الحفيظ مبلاط، الوساطة في الجزائر بين الموروث الثقافي والواقع والأفاق، المؤتمر الدولي الوساطة الأسرية ودورها في الاستقرار الأسري، المرجع السابق، ص 139.

الذي –كان في تلك الأونة– يجري التحضير له لتحديد ضوابط الوساطة الأسرية والتي ستخرج النزاعات الأسرية بموجبها من أروقة المحاكم، ليتم اسنادها للمجتمع بصفة رسمية[1].

فالملاحظة اليوم هو أن معظم الأسر أصبحت تعرف العديد من المشاكل نتيجة للتطور والتغير الاجتماعي الحاصل في المجتمعات، اذ يعتبر التفكك الأسري أحد أهم المشاكل التي تعاني منها جميع المجتمعات بما في ذلك المجتمع الجزائري. ومن هنا جاء التفكير في آليات تساعد الأسرة على استرداد دورها في بناء المجتمع على أسس ثابتة يكتنفها الحوار البناء، والتشارك الايجابي، والحفاظ على تحقيق الوحدة والتماسك والاستقرار وتدبير النزاعات بين إفرادها بطرق سلمية. وفي هذا السياق نأخذ كمثال ولاية عين الدفلى التي قامت بمبادرة منها في فتح مكتب لحل لنزاعات الاجتماعية وقامت من خلاله بإدراج الوساطة الأسرية وتفعيلها كآلية لفك النزاعات الأسرية بمختلف مجالاتها.

وعموما وحسب رأي فان اعتماد الوساطة بشأن النزاعات الأسرية ينبغي أن يراعي خصوصية نظام الأسرة الذي ينبغي أن يقوم على مبدأ أساسي وهو الاستمرارية، التي تم اغفالها في ظل نظام التقاضي الأسري، لذا يبدوا أنه من المناسب دعمها لتماسك الأسرة واعتماد الوساطة بشأنها وبشكل متسع، وذلك بالعمل مبدئيا على تحديد القضايا التي ينبغي أن تخضع لإجبارية الوساطة، والقضايا التي يملك الأطراف فيها حرية التصرف والتي يمكن إجراء الوساطة بشأنها، ثم تلك التي ترتبط بالنظام العام والتي لا يمكن إجراء أي وساطة بشأنها، دون إغفال فرض رقابة قضائية صارمة من أجل ضبط مجال ممارستها.

وعليه ومن بين القضايا التي لا ينبغي إخضاعها للوساطة الأسرية باعتبار أن فيها مساس للنظام العام والتي يمكن أن نعددها في ثلاث مواضيع، أولها النفقة ثم الحضانة وكذلك النسب، ومنه تعتبر هذه المواضيع من المواضيع الحساسة التي فيها مساس بحقوق الأطفال بحيث أن هذه الأخيرة تخضع

[1] كما أضاف الوزير أن الوصول الى انشاء وساطة أسرية تستدعي تكوبين الحقوقيين اجتماعيا ونفسيا لأداء هذا الدور الذب يحاتج الى نقاش واثراء من طرف أصحاب القرار في المجتمع ممن يتعين عليهم التمعن في مستقبل المجتمع باعتبار أن الأسرة هي الخلية الأساسية؛ كما يوضح أن دور الوسيط الأسري هو النسيق الذي بسمح بتوصل المتخاصمين الى حلول تلفائيا، بما يكفل الحد من الأفات الاجتماعية، خاصة الطلاق، المرجع نفسه، ص 140.

لأحكام القضاة ولما لها من ارتباط وثيق بالنظام العام فلا يمكن تصور الوساطة بشأنهم، أي لا يمكن الاتفاق على خلاف ما قرره حكم قضائي، كأن يتم الاتفاق مثلا على منع أو إسقاط الحضانة نهائيا، مع العلم أن الأحكام الصادرة من قاضي شؤون الأسرة جاءت وأعطت حق الزيارة لغير الحاضن، وعليه لا يمكن الاتفاق على مخالفة هذه الأخيرة نظرا لكونها من النظام العام، كما وأنه بجهة معاكسة يمكن الاتفاق على تنظيم أوقات الزيارة مثلا، وكذلك نجد أنفسنا خاضعين لنفس الإشكال بالنسبة لموضوع النفقة والنسب ومنه لا يمكن إخضاع الوساطة في كل هاته الحالات لأن فيها مساس بالنظام العام.

وحسب رأي الشخصي وبالرجوع إلى نص المواد نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم القاضي على عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، غير أنه استثني قضايا شؤون الأسرة، وكانت حجته في هذا الاستثناء هي عدم المساس بالنظام العام. حسب رأي شخصي ومن خلال نص المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية وكما هو معلوم لكل قاعدة استثناء، يمكن من خلال نص هاته المادة إضافة فقرة تستثنى من خلالها الحالات التي يمكن إخضاعها ضمن الوساطة الأسرية، اذ يمكن تعداد هذه القضايا دون المساس بالنظام العام بحيث تكون متناسبة مع مقتضيات قانون الأسرة الجزائري.

وعلى هذا الأساس، فان الاستثناء يكون منصوص الا على القضايا التي تحتاج بدورها الى اصلاح والتي تساعد الأسرة في استدراك الرابطة الزوجية واعادتها الى ما كانت عليه قبل نشوب أي نزاع داخلها، وعليه يأتي هذا الاستثناء ليمس أهم المراحل التي يجب أن تمر بها الرابطة الزوجية قبل انحلالها ولأهميتها في حماية الأسرة؛ وعليه فالمسائل التي ينبغي اعمال الوساطة الأسرية والتي تقوم على مساعدة أطراف النزاع والوصول بهم الى حل ودي يرضي الطرفين، خاصة في ظل تراجع الدور الاصلاحي للمحكمة على هذا المستوى والذي يوضح بحد ذاته ضعف وفشل الواقع العملي في تسوية النزاع بين الزوجين واصلاح ذات البين[1].

[1] تنامت ظاهرة الطلاق في الجزائر والتي تتجه بشكل تصاعدي سنويامما دق ناقوس الخطر من تأثير الأسرة المفككة على مستقبل الجزائري، فقد تصاعدت نسب الطلاق اذ انتقلت من 54 ألفا و826 سنة 2012، إلى 54ألفا و985 في سنة 2013، و 57ألفا و461 سنة 2014، و65ألفا سنة 2015، وسجلت 70 ألف حالة سنة 2016 وهذه السنة تعتبر من الأعداد الكبرى في حالات الطلاق، كما أنها كشفت الدالية غنية وزيرة التضامن الجزائرية حالا الطلاق خلال

كذلك من ضمن القضايا التي تحتاج فيها الوساطة بخلاف الصلح دعاوى الرجوع إلى بيت الزوجية، اذ يعتبر هذا الاخير الفضاء الطبيعي الذي يمارس فيه الزوجان الحقوق والواجبات المتبادلة المنصوص عليها من المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري[1]، إلا أنه في بعض الأحيان يصبح هذا البيت [2]مكانا للخلافات والشقاق ومشاحنات، مما يدفع بأحد طرفيه إلى طرد الأخر أو الخروج من البيت، دون مراعاة ظروف الأطفال وتأثيرهم[3].

أكيد ان مثل هذه القضايا تحتاج فعلا الى تفعيل وتطبيق الوساطة تفاديا للوصول الى مجموعة من اشكالات العملية والتطبيقية في سبيل التوفيق بين مقاصد الشريعة وخصوصية الأسرة والقائمة على أساس التوافق والتراضي .

عام 2017 والذي وصل الى 65 ألفا و637 حالة، فيما سجلت سنة 2018 أكثر من 68 ألف حالة، هذا ما جعل الجزائر تحتل المرتبة 8 عربيا و73 عالميا، أنظر: سناء بلال، قنبلة اجتماعية تهدد حصانة الأسر الجزائرية 70 الف حالة طلاق في الجزائر في أقل من سنة، جريدة الحوار، 2019/12/09، 16سا و38د على الرابط
https://www.elhiwardz.com/national/160408/

إن هاته الأرقام تأكد الضغط الكبير على المحاكم كما أنها تأكد فشل هذه الأخيرة، ومنه لابد من الولوج إلى آلية جديدة آلية تساعد الأسر من التفكك وتنقدها من الدمار، وعليه لابد من الاتجاه إلى الوساطة الأسرية لكونها تنصب على علاقات إنسانية يغلب فيها الجانب الثقافي والاجتماعي على الجانب القانوني.كما أن الوساطة الأسرية إحدى وسائل تخفيف العبء عن كاهل الأجهزة القضائية في جانب من المنازعات الأسرية البسيطة، ومن ثم فإنها تعد من بدائل اللجوء إلى متاهات القضاء

[1]المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري ينص " يجب على الزوجين:

1-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

2-المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.

3-التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

4-التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

5-حسن معاملة كل منهما لأبوي الأخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.

6-المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.

7-زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعرف."

[2]فواز لجلط، اشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة شؤون الأسرة، ملتقى وطني بعنوان حماية الأسرة في التشريع الجزائري، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فلرس، المدية، يومي 04 و05 نوفمبر 2015، ص 03.

[3]عادل حاميدي، الدليل الفقهي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الدار البيضاء، سنة 2016، ص 287 و288.

كما يمكن ضم النزاعات المالية القائمة بين الزوجين مع استثناءات القضايا السابقة لاعمال الية الوساطة الأسرية فبدلا من اللجوء الى القضاء وتأثر العلاقة الزوجية نتيجة هذا الخلاف المالي الذي قد يؤدي الى انحلال الرابطة الزوجية، فمن المناسب في هذه الحالة الاعتماد على الوساطة الأسرية من أجل حل هذا النزاع وتجاوزه، فلعل الاعتماد على الوساطة في هذا الصدد من شأنه أن يحفظ للزوجين الحياة الزوجية واستقرارها وحمايتها من الضياع.

وفي الأخير ما يمكن استخلاصه أن الوساطة الأسرية وكما تم عرضها أنها الية ليست بحديثة الوجود وان استحداث لمثل هذه الألية جاءت مخصصة لحماية الأسرة والحفاظ علي استقرارها ذلك من خلال اداركها من طرف المشرع الجزائري وتخويلها الى قاضي شؤون الأسرة واعطاء كامل الصلاحيات لتفعيلها عند الحاجة. ومن القضايا التيتحفظ هذه الالية استقرار الأسرة قضايا الصلح بين الزوجين في المرحلة التي تسبق حكم الطلاق؛ والتي ينجلى دور القاضي في مثل هاته المسائل بتوجيه القضايا التي تحتاج بدورها الى وساطة الى أقسام تتبع هيكلية المحاكم القضائية وتتدرج ضمن نطاق عمل ادارة قسم شؤون الأسرة، موجودة سواء داخل المحكمة أو خارجها بمساعدة من طرف وسطاء قانونيين ذو كفاءة عالية كقضاة متقاعدين سابقين وخبراء تم تعيينهم كوسطاء قضائيين، أو الى مكاتب متخصصة للنظر في المشاكل الزوجية الذي يتألف من أخصائي اجتماعي ونفسي وقانوني؛ بحيث يقوم هذا الوسيط بدراسة ملف النزاع ويقوم بتقريب وجهات النظر بين الزوجين بغية الوصول الى حل ودي يرضي الطرفين أو وضع حد لهذه الوساطة كلما ظهرت لديه مؤشرات توحي بعدم جدوى الوسيلة في تسوية النزاع، فالدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة هو دور اصلاحي تحفظي على حماية واستقرار الأسر والحفاظ عليها من التشتت و الضياع.

لابد من التأكيد على القضايا التي تحتاج الى الوساطة الأسرية والتي سبق التفصيل فيها، ويستثنى من ذلك، مسائل الوصية والارث وما في حكمها، والدعوى المستعجلة والوقتية، والأوامر المستعجلة والوقتية في النفقة والحضانة والوصاية والدعاوى التي لا يكون الصلح فيها كدعاوى اثبات الزواج والطلاق، واثبات النسب.

وعليه حبذا لو أن المشرع الجزائري يتبني فكرة الوساطة الأسرية ويضمها الى وسائل الاصلاح الأسري باعتبارها ألية من الية حل النزاعات الأسرية التي تساعد على الحفاظ على كيان الأسرة.

الباب الثاني:

الدور الرقابي للقضاء في حماية الطرف الضعيف في الأسرة .

ان صلاحيات قاضي شؤون الأسرة لا تقف عند محدودية تنظيم مسطرة الصلح فحسب، بل تذهب بها الى أبعد الحدود من أجل حماية الطرف الضعيف في الأسرة من حيث مركزه القانوني، فالمقصود بالطرف الضعيف والذي قد يكون كل من الخاطب أو المخطوبة أو كان زوجا أو زوجة أو حتى الأبناء. ولهذا أعطيت الصلاحية لقاضي شؤون الأسرة على إتخاد الدور اللازم لحماية الزوجة والأبناء في حالة عرض النزاع بين الزوجين وحفظ حقوقهم ومنعها من الضياع ولهذا أعطى المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة دور ايجابي في إعمال سلطته لحماية الطرف الضعيف في الأسرة، ذلك بعتبار أن قضايا شؤون الأسرة تعكس بصفة عامة دعاوى العدول عن الخطبة والطلاق والتطليق على الخصوص وضعا نفسيا واجتماعيا معقدا للمخطوبة وللزوجة والأطفال، وهي وضعية تتسم بالتصعيد وهذا ما جعل بالقاضي إلى التصدي لهذه الظاهرة والمحافظة قدر الإمكان على حقوق كل من الزوجة و الأبناء.

ولهذا ارتأينا معالجة الدور الرقابي للقضاء في حماية الطرف الضعيف داخل الأسرة مبينين فيه الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة لحماية حقوق الزوجين عند فك الرابطة الزوجية من خلال إعمال سلطته القضائية في منازعات الخطبة وتقديره للضرر الذي أصاب به الطرف الضعيف أثناء العدول عن الخطبة وتعويض الضرر الناجم عن فك الرابطة الزوجية من خلال وضع رقابة قضائية تقديرية لتعويض الزوجين من جهة؛ وكذلك الرقابية على حفاظ حقوق الأبناء خوفا من الضياع من خلال الدور الايجابي للقاضي في إعمال سلطته التقديرية في مسائل النسب من إثبات ونفي؛ وعلى هذا الأساس كيف لقاضي شؤون الأسرة تكريس كل من دوره الرقابي التعويضي فيما بين الزوجين تارة واستعماله للدور الوقائي حفاظا على حقوق الأبناء تارة أخرى؟

الفصل الأول:

الرقابة القضائية التقديرية للتعويض بين الزوجين

لا تزال منازعات شؤون الأسرة تشكل النصيب الأوفر من المنازعات المطروحة أمام الجهات القضائية، بفعل أن الزواج هو عقد الحياة الإنسانية الأبدية وهو البدرة الأساسية لتكوين الأسرة والمجتمع لأن الإنسان في الأصل يتزوج مرة واحدة لما كان عقد الزواج ينصب بالدرجة الأولى على الإنسان إلا أن هذا الزواج قد يتحول من نعمة إلى نقمة فيؤدي بالزوجين إلى فك الرابطة الزوجية بينهما، ولما كان لهذا خطر على حقوق الزوجين ولما له من أهمية فان الشارع الحكيم والمشرع الجزائري مهد له بمجموعة من القوانين خول للقاضي فيها حق حماية الزوجين لحقوقهم أثناء قيام الرابطة الزوجية وبعدها من خلال تفعيل دوره الايجابي من تقدير وتعويض الضرر الناتج عن تفكك العلاقة الزوجية، وعليه جاءت دراستنا تتمحور حول حماية حقوق الزوجين بعد فك الرابطة الزوجية وعند العدول عن الخطبة؛ وعلى هذا الأساس ما هو الدور الذي يلعبه قاضي شون الأسرة في حماية الطرف الضعيف من خلال تقدير الضرر وتعويضه في حالة العدول عن الخطبة وأثناء وبعد الطلاق؟

المبحث الأول: دور القاضي في تقدير وتعويض الضرر الناتج عن الخطبة والطلاق

الخطبة هي وعد رجل للمرأة بالزواج وتتحقق بتعبير طرفيها بأي وسيلة كانت سواء كانت مستحدثة أو متعارف عليها تفيد الوعد بالزواج[1]، ومنه فان الوعد بالزواج غايته تعارف كل منهما على الأخر معرفة جيدة والقصد منها أيضا أن يتأكد كل واحد منهما بميله للأخر، وأن يتعرف كل واحد منهما على سيرة واستقامة الطرف الأخر، وبناءا على ما تحقق لهما من خلال ذلك التعارف اما أن يقدمان على الزواج أو يعدلى عنه[2]، اذ يعتبر الطرفان في فترة خطبة الى حين الاشهاد على عقد الزواج، فيخضع هذا الأخير لمبدأ حرية الزواج.

ان الفقه الاسلامي والتشريع القانوني أعطى للطرفين كامل الحرية في إبرام عقد الزواج من عدمه، ولهذا أجاز المشرع الجزائري لكل من الطرفين حق العدول عنه، غير أنه في المقابل قد ينشأ عن هذا العدول ضررا يصيب أحد الرفين أو ان صح التعبير أحد المخطوبين لمل يستلزم تدخل قاضي شؤون الأسرة من خلال ابراز دوره الايجابي في حل النزاع القائم بين المخطوبين وعليه يطرح التساؤل الأتي كيف لقاضي شؤون الأسرة الفضل في النزاع القائم أثناء فترة الخطبة وتقدير تعويض الضرر المترتب عن الخطبة وعند الطلاق؟ .

---

[1] المادة 05 الفقرة 01 من قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] حساين عبود، بعض مشكلات انتهاء الخطبة بدون زواج، مجلة محكمة، العدد الرابع، يونيو، سنة 2008، ص 184

المطلب الأول: سلطة القاضي في حل المنازعات القائمة أثناء فترة الخطبة

اعتاد الناس في الغالب أن يعقدوا في معاملاتهم المالية عقودا دون أن يلجؤوا الى مقدمات تستغرق أمدا طويلا أو تتطلب تكاليف كبيرة، غير أن عقد الزواج نظرا لخطورة أثاره وكثرة تكاليفه وطول أمده لا يقدمون على انجازه الا بعد ترو وتدبر وقطع مراحل تمهيدية تسبق عقد الزواج والتي سميت بمقدمات الزواج منها الخطبة.

واذا كانت الخطبة من مقدمات الزواج كما سبق الإشارة اليه، فهي لا تعتبر زواجا شرعيا فهي مجرد وعد بالزواج لا يرقى إلى درجة العقد ولا بترتب عنها أي أثر من أثار الزواج، وعليه فانه يجوز العدول عنها والتراجع عن متابعة السير فيها في أية مرحلة كانت، وفق لما نصت عليه المادة 5 في فقرتها 2 من قانون الأسرة الجزائري؛ ما يمكن توضيحه عن هذا العدول أنه يخلف أثار تتجلى في ثلاثة مسائل: تعويض الضرر المترتب عن العدول، مصير الهدايا المقدمة من الخاطب الى المخطوبة، وكذا المهر المدفوع سابقا.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة

ان الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في مجال العدول عن الخطبة هو دور رقابي من جهة وحمائي من جهة أخرى باعتبار أن هناك عدول من طرف وتضرر من طرف ثاني الا أنه في الأساس فان كلى الطرفين متضررين جراء هذا الفسخ غبر أن الطرف الثاني– سواء كان الخاطب أو المخطوبة– يكون أكثر تضرر من الطرف الأول وعليه أعطى المشرع الجزائري السلطة التقديرية للقاضي في مراقبة مجريات القضية وتتبعها للوصول في الأخير الى الحكم الأصلح وحماية المتضرر والحفاظ على حقوقه وهنا يتجلى الدور الرقابي للقضاء في حماية حقوق المخطوبين.

الفقرة الأولى: تعريف التعويض

لم تذكر كتب الفقه القديمة لفظ التعويض بعينه ولكنها استعملت ألفاظ أخرى مثل" الضمان" فاختلفوا في استعماله، فبعض الفقهاء استعمله في المعنى نفسه الذي يقصد من لفظ التعويض، وبعضهم جعله شاملا للتعويض وغيره ما لكفالة.

وقد وردت عبارات كثيرة عند ابن قيم الجوزية– رحمه الله– تحدد تعريف التعويض في اصطلاح الفقهاء، كقوله:" ...تغريم الجاني نظير ما أتلفه"[1].

[1] علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، طبعة الثانية، دار الكتاب، بيروت، سنة 2014، ص 168

وجاء تعرفه أيضا عند الفقهاء المعاصرين، باعتبار أن مصطلح التعويض هو مصطلح حديث، فلابد من الاحاطة بمعناه حتى تتضح حدوده بدقة.

من هذه التعاريف قولهم:" هو جبر الضرر الذي يلحق المصاب"[1].

وعرفه أخر بقوله:" هو تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ"[2].

وقيل أيضا:" التعويض هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره من نفس أو مال أو شرف"[3].

ان هذا التعريف الراجح الأصح والأولى حسب رأي الشخصي، لأنه ذكر أن التعويض مال يعطى للمتضرر عن الضرر الذي لحق به، إذ أن الدكتور محمد شتلتوت ذكر أنواع الضرر الواجب فيها التعويض.

والجدير بالذكر أننا لم نجد في أغلب النصوص القانونية تعريفا للتعويض، وانما أشارت تلك النصوص اليه كجزاء للمسؤولية سواء كانت عقدية أم تقصيرية وطريق احتياطي لتنفيذ الالتزام.

أما فقهاء القانون فقد ذكروا تعاريف عديدة للتعويض تقوم على أساس النظر اليه من زاوية معينة[4]، فثمة من حدده بأنه" مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان يحصل عليها الدائن لو نفذ التزامه على النحو الذي يقضي به مبدأ حسن النية والثقة المتبادلة بين الناس"[5].

الفقرة الثانية: الأساس القانوني للتعويض

ان الغاية من التعويض هي جبر الضرر ومحو اثار الخطأ[6]، ولا يعد التعويض عقوبة ولا حتى نوعا من أنواعها ومن ثم فان العبرة في تقدير التعويض تكون بمقدار الضرر وليس بدرجة الخطأ[7].

---

[1] سيد أمين، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، القاهرة، سنة 2009، ص115.

[2] وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ص 87.

[3] محمود شلتوت، المسؤولية المدنية والجنائية، دار الشروق، بيروت، ص 35.

[4] باوني محمد، الخطبة المقترنة بالفاتحة وحكمها شرعا وقانونا، مجلة الأمير عبدالقادر للعلوم الإسلامية، العدد 15، ص 61، 62.

[5] حسن على الذنون، النظرية العامة للالتزامات، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2004، ص 348.

[6] Marcel planiol et george Ripert, traité pratique de droit civil Français, tv les obligation, paris librairie générale de droit et de jurisprudene, 2d, 1952, p745.

[7] Nammour(f), sevrine cabillac (R), leuyer (H) , droit des obligation, droit francais droit libanais, 1er édrition, delat , 2006, p 385.

وبناء عليه فان وظيفة التعويض لا علاقة لها بردع المخطئ ولا شأن لها أيضا بردع الغير وحماية المجتمع، كل ما في الأمر أننا بصدد جبر للضرر أو محو أثار الخطأ، فان العقوبة وان كانت تسقط بوفاة المتهم ولا تنفذ على ورثته، فان التعويض لا يسقط بوفاة المحكوم قبل أدائه وانما يبقى قائما ويجوز التنفيذ به على تركته.

إذا ما ثبت مسؤولية المدعى عليه محدث الضرر، فانه يترتب عليه التزاما بقضي بتعويض كل الضرر المباشر الذي تسبب فيه بخطئه. والتعويض بهذا المفهوم لا يثير صعوبة ما من جهة وجوبه، لكن الذي يحتاج الى نوع من التفريد والبيان هو تقدير التعويض.

أشارت المادة 132 من القانون المدني الجزائري الى طريقة التعويض بنصها على أنه" بعين القاضي التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مسقطا، كما بصح أن يكون ابرادا مرتبا، ويجوز في هتين الحالتين الزام المدين بأن يقدم تأمينا ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناءا على طلب المضرور. أن يأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه، أو أن بحكم ذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الاعانات تتصل بالعمل غير المشروع"[1]، والذي يستفاد من هذا النص أن التعويض اما أن يكون عينيا وهو أفضل طرق التعويض اذ يؤدي الى اصلاح الضرر اصلاحا تاما، وذلك بإعادة الحال الى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار، والقاضي ليس ملزما أن يحكم بالتنفيذ العيني، ولكن يتعين عليه أن بقضي به اذا كان ممكننا، وطالب به الدائن ومثال ذلك الى ما تطرقنا اليه سابقا في حالة عدول الخاطبة فإنها تستلزم برد الهدايا المقدمة لها ما لم تهلك فهنا تنطبق عليها صورة التعويض العيني، والمقصود منه أن للخاطب أن يبدأ بالمطالبة بأيهما حسبما يشاء وعلى ما يراه أنفع له[2].

ويمكن أن يكون التعويض بمقابل مالي اي يكون نقديا، فيعتبر التعويض النقدي نوعا ما من أنواع التعويض بمقايل وهو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، وبتمثل في المبلغ المالي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر المادي أو الأدبي الذي لحق بالمضرور، وهو الأصل الذي نصت عليه المادة 132من قانون المدني الجزائري في فقرتها 02 بقولها: "**وبقدر التعويض بالنقد**".

وطبقا للمادة 132 سالفة الذكر فانه يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، فيجوز أن

---

[1] القانون رقم 07-05، المرجع السابق.

[2] العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 366

يكون التعويض مبلغا نقديا يعطي دفعه واحدة هو الأصل، وبصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون ايرادا مرتبا لمدى الحياة حسب تقدير القاضي، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الاعانات تتصل بالعمل غير المشروع.

يكمن معيار تقدير التعويض في تحقيق الضرر في الحال أو المآل، ذلك أن الضرر المحقق وقوعه في المستقبل بمنزلة الضرر المحقق وقوعه في الماضي، وعلى هذا إذا انتفى الضرر انتفى الضمان، ولا مجال عندئذ للتعويض لأن التعويض لا يتحقق الا في ضرر محقق أما الضرر المحتمل فلا تعويض عنه، وهذا ما نصت عليه المادة 131 من القانون المدني على ما يلي:" **يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعات الظروف الملابسة فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق غي أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير**". وطبقا لنص هذه المادة نجد أن القاضي هو الذي بقدر التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور وعليه في هذا الصدد مراعاة الظروف الملابسة، أما بالنسبة لتقدير الضرر فهو يقدر على قدر الضرر الذي أصاب المضرور، فيجب ألا يتجاوز التعويض مقدار الضرر، أي بمعني أنه لا يجب أن يكون هناك تناسب بين التعويض والضرر، وألا يثري المضرور على حساب المسئول، كما أنه لا يجب أن يجمع المضرور بين تعويضيين عن ضرر واحد[1].

ولكي يتمكن القاضي من تقدير حقيقي وسليم لجميع الأضرار فانه بإمكانه الاستعانة بخبير في بعض المسائل التي تحتاج إلى ذلك، وقد قررت المحكمة العليا بأنه يمكن الاستعانة بخبير لحساب التعويض، وهذا أمر جوازي[2]، غير أن تحديد التعويض يجب ألا يعارض الخبرة في حالة وجودها[3].

وفي الأخير يمكن القول إنه متى قامت المسؤولية التقصيرية ألزم طالب الضرر بالتعويض استقل قضاة الموضوع بتقدير الموضوع بتقدير التعويض الذي سجي على المسئول دفعه للمضرور وبالإضافة الى تحديد طريقة التعويض التي يرونها لازمة لجبر الضرر ماديا كان أو معنويا. وعليه،

---

[1] المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1984/11/08، تحت رقم 3400 وكذلك حكم المحكمة العليا في 1983/04/27 رقم الملف 27998، أنظر العربي بالحاج، مرجع السابق، ص 370.

[2] المحكمة العليا، بتاريخ 1983/03/26، النشرة القضائية، 1985. عدد4، ص50.

[3] المحكمة العليا، تاريخ 1983/05/11، النشرة القضائية، العدد 04، سنة 1985، ص 54.

فان تقدير التعويض يخضع للسلطة التقديرية[1] لقضاة الموضوع التي خولها لهم القانون دون معقب عليهم في ذلك من المحكمة العليا[2]، غير أن عدم الاشارة من طرف قضاة الموضوع الى مراعاتهم الظروف الملابسة للضحية، وقيامهم بتحديد الخسارة، يجعل قرارهم غير سليم ويعرض للنقض[3]. وان كان تقدير التعويض يخضع لسلطة القاضي الموضوع فهذا لا يعني أن محكمة الموضوع لا تخضع مطلقا لرقابة المحكمة النقض اذ يجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض، حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتقدير، ذلك أن عناصر تقدير الضرر هي التي تدخل في تقدير التعويض وهي مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا[4].

في الأخير نستخلص أنه ومن بين صور التعويض والذي يتماشى في حد ذاته مع موضوعنا هذا الا وهو التعويض النقدي، الأصل أن يكون التعويض نقديا أي مبلغ من النقود يدفعه المسئول الى المضرور لجبر الضرر الذي سببه له. واذا كان التعويض نقديا فقد يأخذ صورة مبلغ من النقود ويعطي للمضرور دفعة واحدة، وقد يأخذ صورة مبلغ يقسط على عدد معين من الأقساط، ووان السلطة التقديرية للقاضي في تقدير التعويض عن الضرر بفرضها الواقع العملي حيث أن تعدد القضايا وتعقيدات الحياة يوجبها أن تترك لمحاكم الموضوع مثل هذه السلطة، غير أنه بالتدقيق في هذه السلطة نجد أنها ليست مطلقة، بل يرد عليها بعض القيود التي تختلف في مداها من نظام الى أخر[5]، والقاضي لا يخضع الى السلطة التقديرية الواسعة في جميع الحالات، بل يملك السلطة في مجال اختبار الطريقة الأفضل لمعالجة الحالة المعروضة أمامه.

الفرع الثاني: تقدير القاضي للأضرار المترتبة عن العدول عن الخطبة

بعد أن تعرضنا للحديث في الفرع الأول عن تعريف التعويض عن أضرار العدول عن الخطبة وحكمها في الشريعة، وبينا اختلاف كلمة الفقهاء وخاصة المحدثين منهم في هذه المسألة بين معارض

---

[1] Viveyg, traité de droit civil, les obligations, la responsabilité effets, paris, 1988, p89

[2] المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1985/03/06، ملف رقم 3434 المجلة القضائية، العدد02، سنة 1992، غير منشورة، ص 14.

[3] المحكمة العليا، غرفة المدنية، بتاريخ 1985/05/08، ملف رقم 9439، المجلة القضائية، سنة 1989، العدد03، ص 34.

[4] المحكمة العليا بتاريخ 1986/11/18، ملف رقم 46297، أنظر: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 272.

[5] ابراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، ستة 1995، ص267، 269

للتعويض ومؤيد له. يجدر بنا أن نتعرض لحكم التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة بدءا في قانون الأسرة الجزائري وانتهاء بسلطة القاضي في تعويض ضرر العدول.

الفقرة الأولى: سلطة القاضي في تعويض الأضرار المترتبة عن العدول عن الخطبة

ان العدول عن الخطبة حق مشروع للطرفين، الا أنه قد يساء استعماله، كأن يعدل أحد الطرفين عن الخطبة دون سبب معقول، أو بقصد الحاق الضرر بالطرف الأخر،كأن يكون العدول من طرف الخاطب بعد فترة خطوبة طويلة،فيفوت عليها فرصت الزواج من رجل اخر، أو يفوت عليها فرصة لاستكمال الدراسة، او العمل استجابة لطلبه علاوة على ما قد يصيبها من أضرار،كما قد يكون العدول من قبل المخطوبة، فتضيع عليه أموالا باهظة أنفقتها في تجهيز المنزل،وقد يصيبه ضرر معنوي فتتأثر سمعته وتتعرض للأذى والسوء، فيصيح عرضة لكلام الناس،فيبتعدون عن تزويجه[1].

اضافة الى أن مجرد العدول عن الخطبة يسبب أضرارا معنوية ولو من باب خدش الشعور وما تلومه الألسنة عن أسباب العدول مما قد يؤذي سمعة المعدول عنه ويعرضه لكثير من الاشاعات ويفتح باب التأويلات والظنون السيئة فيه[2] وبالرجوع الى نص المادة 05من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها 02 نصت على أنه:"**إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز له الحكم بالتعويض.**"

ومن خلال هذه الفقرة نلاحظ أن المشرع لم يبين بدقة سبب حدوث الضرر الموجب للتعويض أهو الضرر الناجم عن مجرد العدول أم هو الضرر الناجم عن تغرير أحد الطرفين؟

وهنا يبرز مجال اعمال القاضي دوره لإيجاد حل للضرر من عدمه لمعرفة الأسس التي يستند عليها قاضي شؤون الأسرة في تقدير وجود الضرر من عدمه ولمعرفة الأسس التي يستند عليها قاضي شؤون الأسرة في تقدير وجود الضرر ثم تحديد مقدار التعويض وعليه أولا لابد من الرجوع الى أراء الفقهية التي تناولت التعويض.

يرى أغلب الفقهاء أن التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة يكون نتيجة بما صاحبه العدول لأفعال محدثة لأضرار مادية، أو معنوية بالطرف المعدول عنه، وتكون اما أجنبية عن الخطبة أو

---

[1] جميل فخري محمد جانم – مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون –الطبعة الأولى 2009 – ص 241.

[2] سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة– دورية المعيار– جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة الجزائر، العدد9، سنة2004، ص 1.

ناتجة عنها. بالنسبة للأضرار الأجنبية فهي محل اتفاق فقهي على استحقاق المضرور للتعويض، أما الأضرار الناتجة عن التصرفات الغير الأجنبية فهي محل خلاف فقهي من مؤيد الى عارض[1].

-الضرر المادي: اختلف الفقهاء [2]حول التعويض عن الأضرار المادية حيث نجد أن الرأي الأول: فيرى أصحاب هذا الرأي أن التعويض المترتب عن مجرد العدول لا يستوجب التعويض لأن الخطبة وعد بالزواج غير ملزم من حيث الوفاء[3]، لأن الفعل المشروع يرفع عن صاحبه الضمان وبالتالي لا يستوجب على العادل التعويض عن الضرر.

الرأي الثاني: يرى هذا الاتجاه أن التعويض عن الخطبة يتحقق إذا قام العادل بأفعال مستقلة ألحقت أضرار للمعدول عنه، وعليه هذه الأضرار تستوجب التعويض طبقا لقواعد المسؤولية المدنية عن الأفعال الخاطئة[4].

يقول الأستاذ السنهوري في هذا الصدد أن انحراف الخطيب في فسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي مثل الظروف الخارجية والمحاطة للخطيب فعليه فسخ الخطبة خطأ يستوجب عليه المسؤولية التقصيرية[5].

ليتحقق التعويض فلابد من توفر الخصائص التالية:

- الخطبة ليست بعقد ملزم.
- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبب موجب للتعويض.
- إذا اقترنت بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرر بأحد الخاطبين جاز الحكم بالتعويض[6].

-**الضرر المعنوي**: هو ذلك الضرر الذي يصيب الشخص في ماله بل يصيبه في شرفه ويضر بسمعته واعتباره بين الناس بسبب العدول عن الخطبة فتكون نتيجة الالام والأحزان التي تبعث القلق والاضطراب النفسي[7].

---

[1] أبو زهرة، محاضرات في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 60.

[2] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 24.

[3] عمر عيسى الفقهي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الجزء 01، المرجع السابق، ص 30.

[4] محمد حدة، سلسلة فقه الأسرة- الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالأحكام والقرارات القضائية-، الجزء الأول، الطبعة 2، الجزائر، سنة 1994، ص 74-66.

[5] السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- مصادر الالتزام، طبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2000، ص865

[6] العمروسي أنور، الموسوعة الوفية في شرح القانون المدني، سنة 2015، ص 67.

[7] أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الاسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 1997، ص 72.

ويرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن العدول عن الخطبة لا يكون سببا الا في التعويض عن الضرر المادي، أما الضرر الأدبي فانه لا يعوض الا إذا سبقه استغواء مصحوب بخديعة أو غش أو ضغط أدبي[1].

ولقد نص المشرع الجزائري صراحة على التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية من خلال نص المادة 5 في فقرتها 02[2]من الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة التي تنص على أنه: "**إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم به بالتعويض**"[3]، ومنه وجب على القاضي أن يحكم بالتعويض، وإذا لم يحكم بالتعويض قانه يعتبر مخالف للقانون. هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/12/25 جاء فيه"... **من المقرر أيضا أنه اذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرقين جاز الحكم بالتعويض ومن ثمة فان القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون...**"[4].

وأساس الحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة هو التعسف في استعمال الحق وهذا ما أخذ به المالكية والحنابلة[5]، وليس مجرد العدول الذي هو حق للطرف العادل، فالقاضي يبحث عن سبب الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة، والمقصود منه إذا كان هذا الضرر ناشئا عن مجرد الخطبة والعدول عنها فلا تعويض للطرف الذي يدعي الضرر، أما اذا كان سبب الضرر هو فعل أحد الطرفين فالقاضي يحكم بالتعويض وما عليه الا يدقق بحثه في أسباب العدول وتقدير جديتها من عدمه[6].

ويبدو أن الاجتهاد القضائي في الجزائر متفق مع ما استقر عليه قضاء محكمة النقض

---

[1]عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 865.

[2]قانون الأسرة الجزائري لم يجعل التعويض عن الأضرار الناشئة عن العدول واجبا، وانما جعله جائزا، لأنه ليس معقول أن كل عدول عن الخطبة يصاحبه ضرر، فالقانون كقاعدة عامة أباح العدول، فهو حق للطرفين غير أنه جعل التعويض عن الضرر الذي ينتج عن استعمال هذا الحق استثناء أو جائزا. وما يمكنني قوله إن قانون الأسرة الجزائري عندما نص على التعويض عن الضرر المادي والمعنوي معا فهو حقق نتيجتين، هما: أنه ساير العصر وأعطى حكما ظلت الشريعة في عهودها الأولى مستغنية عنه لنزاهة تصرفات الأولين. أنه سد الفراغ الذي كان موجود في القانون المدني الذي لم ينص على التعويض عن الضرر المعنوي.

[3]الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[4]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1989/12/25، ملف رقم 56097، المجلة القضائية، لسنة 1992، العدد الرابع، ص 102.

[5]وهبة الزحلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، طبعة خاصة، بالجزائر، سنة 1992، ص 27.

[6]خالد دودي، المرجع السابق، ص 20.

المصرية والتي أقرت في سنة 1930 أنه لا يترتب على العدول عن الخطبة أية مسؤولية، سواء كان هذا العدول مسند الى مبرر شرعي أو بدونه، غير أنه إذا لازم هذا العدول أفعال مستقلة وخارجية، وألحقت أضرار مادية أو معنوية بأحد الأطراف، فان الأضرار وجب عليها التعويض ذلك أنها ناجمة عن أفعال ضارة، وكذلك الخاطب أو المخطوبة يعتبران موعودان فاذا ما تسبب أحدهما بالعدول، فانه قد ألحق ضررا للموعود له مما يستوجب عن ذلك التعويض[1]. ومنه ومن خلال هذا الأخير وبالرجوع الى نص المادة 5 فقرة 02 يفهم بأن التعويض يكون نتيجة ما صاحب العدول من أفعال أحدثت أضرار مادية ومعنوية بالمعدول عنه، أي أن هذه الأضرار قد تكون ناتجة عن تصرفات غير أجنبية عن الخطبة وقد تكون ناتجة عن تصرفات أجنبية عنها:

الأضرار التي تنتج عن تصرفات أجنبية عن الخطبة، فالمضرور منها يستحق التعويض، وذلك كأن ينسب لأحد الطرفين الى الأخر احدى الأفعال التي تعتبر قذفا أو افشاء سرا من أسراره وما اليه.

أما الأضرار التي تنتج عن تصرفات غير أجنبية[2] عن الخطبة والعدول عنها والتي اختلف الفقهاء حول استحقاقها التعويض وكان للطرف العادل دخل فيه فإنها تعوض، وأما الأضرار الناشئة عن مجرد الخطبة والعدول من غير دخل من جانب العادل لا تعوض.

ولكي يحصل التعويض لابد من توافر الشروط التالية:

-ألا يكون لمن عدل مبرر ينزع عن أفعاله صفة السلوك الخاطئ المعتبر أساسا للتعويض. وذلك كأن يتوفى أحد الخطيبين فيصبح تنفيذ الزواج مستحيلا، ولا دخل لإرادة الطرف الباقي على قيد الحياة في عدم تنفيذه، كذلك أيضا اكتشاف مانع من موانع الزواج كان مجهولا قبل الخطبة، وأيضا تغير حياة أحد الطرفين تغيرا كبيرا عما كان أثناء الخطبة، لفعلة شنيعة كدخوله السجن مثلا نتيجة ارتكاب جريمة قتل أو سرقة أو غيرها.

-أن تكون للعادل يد في احداث الضرر الحاصل للمعدول عنه، وذلك كالأمر بإجراء تصرفات على وجهة معينة وفجأة تنقلب الموازين رأسا على عقب، فأحدث ذلك ضررا ماليا للمتصرف وفق ذلك الرأي كأن يخبر الخاطب خطيبته بتاريخ الدخول وأنه لم يتبقى الأمد قصير فعليها التخلي

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص 21.

[2] المقصود بالتصرفات غير الأجنبية عن الخطبة تلك الأعمال التي يقوم بها الخاطبان أو أحدهما فيما يدور حول الخطبة أو أعمال تحضيرية لعقد الزواج ككراء الفندق استعداد لليلة الزفاف، أو تحضير الحلويات أو اعداد بيت الزوجية على الشكل الذي طلبته الخطيبة أو ترك العمل أو الدراسة تلبية لطلب الخاطب.

عن عملها[1]، وبعد استقالتها بيوم يلغى الموعد ويفسخ الخطبة، فالخاطب هو من سبب الضرر بتصرفه، أما ان تخلت هي عن عملها برغبة منها فلا تستحق التعويض في هذه الحالة لعدم تسببه هو في هذا الضرر[2].

وهذا ما أقرته محكمة قسنطينة بتاريخ 1981/09/28 قرار رقم 81/249 والذي جاء فيه " أن الأصل في العدول عن الخطبة أو الاخلال بالوعد بالزواج لا يعتبر خطأ موجب التعويض"[3]، غير أنه إذا اقترن بأفعال أخرى خاطئة في ذاتها ومستقلة عن العدول استقلالا تاما، ونتج عنها ضرر للطرف الأخر، جاز الحكم بالتعويض عن هذه الأفعال على أساس المسؤولية[4].

والملاحظ على هذه الأحكام أنها أسست التعويض عن الأضرار الناتجة على العدول عن الخطبة على أساس المسؤولية التقصيرية، وكذلك فان المحكمة العليا أكدت في قرار لها على حق المتضرر من العدول عن الخطبة في الحصول على تعويض اعتمادا على نص المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن الاقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعي بها عليه أمام القضاء، وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أيضا أنه إذا ترتب على العدول على الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض.

ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من اقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[5].

فالمحكمة العليا بهذا القرار قد عوضت الخاطب عندما لحقه من أضرار مادية ومعنوية نتيجة عدول المخطوبة عنه، ذلك لأن العادل في هذه القضية كانت المخطوبة وقد اعترفت بالخطبة أمام

---

[1] مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن، دراسة مقارنة بالقانون، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، الطبعة 01، سنة2011، ص 27و 28.

[2] محمد محدة، المرجع السابق، ص 88

[3] محكمة قسنطينة، المؤرخ في 1981/09/28 قرار رقم 81/249، نشرة القضاء، رقم 43، ص 117.

[4] مجلس قضاء مستغانم، المؤرخ في 1966/11/03، م.ج.، قانون أسرة، رقم04، سنة 1968، ص 120.

[5] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 56097، مؤرخ في 1989/01/25، المجلة القضائية، العدد04، سنة 1991، ص 103.

القضاء وأن العدول عن الزواج كان من فعلها[1].

والملاحظ على هذا القرار أنه أقر مبدأ التعويض عن الضرر العدول عن الخطبة ولكن لم يبين أساس الحكم بالتعويض، والظاهر أن هذا القرار قد أسس التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة سواء كان الضرر مادي أو معنوي على أساس المسؤولية التقصيرية، لأن منطوق القرار استعمل عبارة " ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون" ومصطلح مبدأ بقصد به مبدأ المسؤولية التقصيرية.

نستنتج في الأخير إلى أن أساس تعويض الضرر المترتب على العدول عن الخطبة في القانون والقضاء هو المسؤولية التقصيرية.

خلاصة يلاحظ أن نص المادة 5 فقرة 2 من قانون الأسرة سالفة الذكر أنه يحتاج الى تقييد لأنه جاء عاما لم يحدد الأساس الذي يبني عليه التعويض عن أضرار العدول عن الخطبة، فضلا أنه جاء مطلقا في حكمه بجواز التعويض عن العدول، مما نستنتج أن الحكم بالتعويض متعلق بالعدول في حد ذاته مجرد عن أي عمل أخر، وهو قول منتقد باتر أن الخطبة وعد لا يترتب عليه أي التزام، وبالتالي يحق لكل من الطرفين العدول عنها، فلعدول ذاته لا يرتب على أي منهما تعويض، وإنما التعويض يكون نتيجة ما صاحب العدول من أفعال أحدثت أضرار مادية أو معنوية بالمعدول عنه، كما نجد أن المشرع الجزائري قد منح الحق للمعدول عليه أي المتضرر بطلب من القاضي التعويض عن الضرر الذي لحق به، الا أن مسألة التعويض مسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يحكم به للمضرور بشرط تبيان تعسف الطرف العادل في استعمال حقه في العدول عن الخطبة ذلك أن الأضرار الناتجة عن مجرد العدول لا تعويض فيها.

الفقرة الثانية: سلطة القاضي في تقدير التعويض في النزاعات القائمة حول أثار العدول عن الخطبة

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في تقدير التعويض، ففي نطاق المسؤولية التقصيرية يعمل القاضي سلطته التقديرية فيقدر كفايتها وقيام أركانها ويستخلص كافة النتائج المترتبة عليها، كما يضع في اعتباره أهمية وقيمة ما يقدمه المدعي من أدلة استند اليها مراعيا في ذلك الظروف التي يمكنه

[1] وعراب كريمة، الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 17، الجزائر، 2006-2007، ص55.

الرجوع اليها عند تقديره للتعويض، ولكن هذه السلطة ليست بمطلقة بل تكون ضمن ضوابط محددة لا يستطيع أن يتعداها.

وهنا تكمن سلطة القاضي التقديرية في تعويض الأضرار التي لم يرد بشأنها نص شرعي بذلك التقدير، فأوجب على القاضي أن يجتهد ويقدر التعويض على الأضرار التي لم يرد بشأنها نص شرعي، حتى لا تضيع حقوق العباد، ولقيامها لا بد من تحقق الشروط ومن بين هذه الشروط تحقق الضرر، أي لابد من وجود الضرر وأن يكون قد تحقق فعلا من أجل التعويض عليه، لأن المسبب لا يسبق سببه، ويترتب على ذلك نتيجة منطقية مهمة وهي أن حق المضرور في التعويض لا ينشأ من وقت الفعل المسبب للضرر، ولكن ينشأ هذا الحق من الوقت الذي أصبح فيه الضرر محقق الوقوع.

كما يجب على القاضي أن يجعل من تقديره للتعويض تعويضا جابرا للضرر، أي شاملا جميع الأضرار، باعتبار أن التعويض يدور مع الضرر وجودا أو عدما ويقدر بمقداره، بحيث يحصل المضرور على التعويض كاملا يغطي كافة عناصر الضرر الذي أصابه، وبالمقدار الذي يعيده المضرور الى حالته الأولى قبل تعرضه للفعل الضار وهذا هو التعويض العيني، فان استحال كان اللجوء الى التعويض المثلي، وان تعذر التنفيذ المثلي فانه يلجأ الى التعويض القيمي الذي يجب أن يكون على قدر الضرر الواقع فعلا، والا كان ذلك اثراء للمضرور على حساب المسئول بدون سبب[1].

ولما كانت السلطة التقديرية للقاضي هي لب العمل القضائي، فإنها تمارس من خلال وفي اطار الشرع فالسلطة التقديرية للقاضي وهي نشاط ذهني يمارس على الواقع ونصوص الشرع بقصد حل النزاع وارساء قواعد العدالة فهي وسيلة لتحقيق تنفيذ الشرع على الوجه الأكمل طالما انها تمارس في اطار ضابط شرعي سيتعرف من خلاله القاضي على الغرض الشرعي ويكون مرشدا له عند الحكم ويؤخذ به كمقياس للحكم في الحالة المعروضة وليس كبيان لحكم معين.

في الأخير نستنتج أن الأصل هو تمتع القاضي بالسلطة عند مباشرة وظائفه والأصل كذلك أن هذه السلطة ليست مطلقة ولا كاملة. فاذا كان القاضي يملك أن يقيم وأن يختار، فهنا القاضي لا يملك الحرية في أن يقيم ولا أن يختار على أي نحو يكون، فالسلطة الممنوحة للقاضي ليست ممنوحة له كي يباشرها على هواه، ولكنها تمنح له من أجل المباشرة بالوظيفة المسندة اليه وفق ضوابط شرعية معينة، فسلطته لها أهداف واضحة ومحددة ينبغي أن يسعى الى تحقيقها وأن يباشر سلطته طبقا لطرق معينة ووسائل فنية ومبادئ محددة.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 927.

وهذا الرأي انتهى اليه الأمر في القضاء، وإن كان الفقهاء لم يصرحوا به الا أنه يتفق مع الحديث الشريف:" لا ضرر ولا ضرار في الاسلام" والذي استنبط الفقهاء منه قاعدة "الضرر يزال" وقاعدة "التسبب في الضرر يوجب الضمان إذا كان عمدا". كما يتفق أيضا مع مبدأ اساءة استعمال الحق، فيكون التعويض في الحقيقة ليس عن مجرد العدول عن الخطبة، الذي هو حق مقرر لكل من الطرفين، وانما عن الضرر الناشئ عن أفعال صاحب العدول أو سبقته فتدخل المسألة في باب التعزيز الموجب للضمان[1].

لما كان العدول حق مقرر لكل من الخاطب والمخطوبة، وقد يمارس أحد الطرفين هذا الحق ويعدل عن الخطبة[2] الا أنه في هذه الفترة قد تصدر بعض التصرفات سواء من الخاطب أو من المخطوبة أو كلاهما معا تمهيدا لعقد الزواج، وتتمثل هذه التصرفات في تبادل الهدايا فيما بينهما، الا أن العدول عن الخطبة قد يصاحبه أضرارا مادية وأخرى معنوية قد تمس أحد الطرفين.

ان انقضاء الخطبة يترتب عليه عدة أثار احداهما شرعية والأخرى قانونية تطرق اليها قانون الأسرة في مادته الخامسة وتتمثل في حكم المهر[3] والهدايا المقدمة في فترة الخطبة، مبينة من خلال ذلك موقف القانون في مسألة استرداد المهر المقدم قبل العقد.

نصت المادة 14 من قانون الأسرة بحكم المهر المعجل على أنه: "**الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء**"[4]. ويفهم

---

[1]عبد الفتاح تقية، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية –قانون الأسرة مدعما لأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 92، 93.

[2]العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، طبعة 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن، ص18، أنظر: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر سنة 1996، ص 84.

[3]تعريف المهر أو الصداق: تعددت تعريفات الصداق فكل فقيه وتعريفه، فالمالكية عرفوه على أنه ما يجعل للزوجة في نظر الاستمتاع بها. وعرفها الشافعية أنه ما هو ملزم بنكاح أو وطأ أو تفويت بضع قهرا. أما الحنبلي عرفوه بأنه العوض في النكاح سواء سمي في العقد، أو فرض بعده بالتراضي بين الطرفين.

كما عرفه عبد العزيز سعد أنه المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزا لرغبة الاقتران لها، أما المشرع الجزائري عرفه في المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري على أن " الصداق هو ما يدفع نخلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء". سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، سنة 1999، ص 132.

[4]القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

من خلال نص المادة أن المهر واجب وأبرز دليل على ذلك فوله تعالى:"**وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا** "[1]. وهو شرط من شروط صحة الزواج على ما أكده المشرع نفسه في المواد 9 مكرر: "**يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الأتية:**

أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"، مع اضافة نص المادة 14 سالفة الذكر، ومنه فان الحكمة من المهر هو تكريم المرأة واظهار الرغبة في الزواج بها، فمن الثابت أن المهر أو الصداق مرتبط بعقد الزواج، الا أن الخاطب قد يبادر بدفعه في فترة الخطبة سعيا منه لإبراز نيته واستعداده لإبرام عقد الزواج، غير أنه إذا تم العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة أو المشتركة للخطيبين، ففي هذه الحالة يثور نزاع حول مصير ما تم دفعه من صداق ومدى أحقية استرداده[2].

ان من حق الخاطب استرداد ما دفعه من صداق وذلك بأخذ عينة ان كان قائما، وإذا هلك أو استهلك استرد مثله ان كان مثليا، أو أن يسترد قيمته ان كان قيما وهذا ما أخذ به الفقه الاسلامي[3] .وهذا ما قضت به المحكمة العليا لأنه في حالة انقضاء الخطبة، أو فسخها من الطرفين أو من أحدهما، وكان الخاطب قد دفع الصداق كله أو بعضه معجلا، وجب على المخطوبة أن ترد ما قبضته عينا ان وجد، أو قيمته ان تلف أو استهلك، بقطع النظر عن مسألة العدول وأسبابها باعتبار أن الصداق لا علاقة له بالخطبة[4].

كما أن الفقهاء لم يختلفوا على أنه في حال العدول عن الخطبة يجب أن ترد المخطوبة جميع ما دفعه الخاطب على حساب المهر[5] سواء كان عينا أو نقدا، فان كان الأول رد بعينه، وان هلك رد قيمته يوم قبضه، ولا فرق في أن يكون العدول عن الخطبة من قبل الخاطب أو المخطوبة، أو أن

---

[1]سورة النساء، الآية 04.

[2]أحمد شامي، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 37

[3]بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2002، ص 53. أنظر: نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة مع قانون الأسرة –دار السلام، ص38.

[4]بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق أخر التعديلات ومدعم لأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2012، ص 129.

[5]عبدالرحمن الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، الجزء 01، ط05، دمشق سوريا، المطبعة الجديدة، سنة 1978، 1979، ص 36.

يكون ذلك بأمر خارج عن ارادتهما، ذلك أن المخطوبة لا تستحق شيئا من المهر الا بتمام العقد[1].

فاذا قدم الخاطب لخطيبته مهرا غير النقود، كتقديمه عددا من المواشي مثلا أو قدم لها بستان ثم أن يسترد المواشي ومواليدها، كما له أن يسترد البستان وثماره على أن يدفع لخطيبته ما أنفقته لقاء ذلك[2].

وإذا تصرفت الخطيبة في المهر بإعداده جهازا، فانه في هذه الحالة استرداد المهر فيه مضرة للخطيبة وقد يرهقها عسرا فيجوز للخطيبة أن تعطي بدل المهر ما اشترى باحتباس قيمته سوم الشراء بما أنه مفصل ومجهز على مقاسها وهذا ما ذهب اليه جانب من الفقه.

رغم أن المشرع الجزائري قد عرف المهر في المادة 14 من قانون رقم 84-11 الا أنه لم يتطرق ولم ينص صراحة على مسألة المهر المقدم خلال فترة الخطبة وقبل انعقاد العقد، سواء في قانون رقم84-11 أو حتى بعد التعديل الذي جاء بموجب الأمر 05-02 الا أنه وبالرجوع الى نص المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها ما يلي" يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل"[3].

ويمكن القول أن الصداق باعتباره من مستلزمات العقد أي أنه شرط من شروط فقد الزواج فعلى المخطوبة رده لأن العقد لم يتم بعد، وحتى لو تم وحدثت الفرقة قبل الدخول فلم يكن لها الحق ال في نصف الصداق[4]، وكذلك لما جاء في نص المادة 16 من نفس القانون التي تنص على أنه: "**تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول**"[5].

وذلك لأن وجوب الصداق بالعقد على أساس المعاوضة أي أن الصداق دفع لغرض معين لم يتم هذا الغرض وهو الزواج ووجب استرداده لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج وتجب التفرقة بين ما إذا كان العدول عن الخطبة من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة فاذا كان العدول من الخاطب فعليه تحمل تبعات المهر[6]، أما اذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن تعيد المهر كما هو ولا يجبر

---

[1] اسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد الموني، المرجع السابق، ص 52.

[2] عبد الرحمان الصابوني، شرح الأحوال الشخصية السوري الزواج والطلاق، الطبعة الخامسة، المطبعة الجديدة، دمشق، سنة 1979، ص 44.

[3] القانون رقم 84-11، المعدل والمتمم لقانون الأسرة، المذكور سابقا.

[4] أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة،المرجع السابق، ص 39.

[5] الأمر رقم 05-02، المذكور سابقا.

[6] جمال السايس، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الطبعة 01، منشورات كليك المحمدية، الجزائر، سنة 2013، ص 344.

الخاطب على تقبل الأشياء التي حول عليها ما قدمه من صداق[1]. وهذا على أساس مبدأ تحميل التبعة لمن صدر منه العدول من الطرفين. وتقدير السبب أو الأسباب التي اعتمدها العادل في عدوله من اختصاص قضاة الموضوع[2].

وقد أشارت الى ذلك المحكمة العليا في أحد قراراتها حيث قالت:" انه بالفعل فقد جاء في القرار المنتقد بأن الطاعن لم يبرر تأخره في الدخول بالمطعون ضدها، وان العدول عن الخطبة لم يكن من جانبها حتى نرد الهدايا والجهاز. وأنه كان عليها أن تدعو الطاعن قضائيا للبناء بها حتى يعرف الطرف المماطل الأمر الذي لم يفعله."[3]

نلاحظ أن هذا الاجتهاد أنه ألقى عبء الاثبات على المخطوبة وحدها، وألزمها بإثبات تماطل خطيبها في الدخول بها الى أن تخلى عنها، في حين أن نص المادة 5 قانون الأسرة يفرض عليها اثبات مجرد العدول، ولا يلزمها بمطالبة الخاطب بإتمام عقد الزواج. ومن ثم فان القرار ألزم المطعون ضدها بما لم يفرضه عليها القانون.[4]

كما تناول المشرع الجزائري في المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري والذي جاء فيها:" في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"[5].

---

[1]محمد محدة، المرجع السابق، ص 59، 60، إذا رفضت الزوجة اتمام الزواج بالدخول، فان الصداق يسقط عنها برمته، وفي ذلك قول القاضي ابن رشد الحفيد: فوجب بهذا ايجابا ظاهرا، أن الصداق لا يجب الا بالمسيس، والمسيس ههنا الظاهر من أمره الجماع، وقد يحتمل أن يحمل على أصله في اللغة وهو المس، وأما الأحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهو من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب عليه الصداق. فان اختلف في المسيس، فالمشهور عن مالك أن القول لها..."أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي (بابن رشيد الحفيد)، بدية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص 17.

[2]بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 128.

[3]المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 256857، مؤرخ في 2001/01/23، مجلة المحكمة العليا، عدد02، ص 297.

[4]بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 131، المحكمة العليا، لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ملف رقم 219313 قرار بتاريخ 1999/03/16، العدول عن الخطبة من طرف الخاطب- الهدايا لا تعتبر صداقا، المجلة القضائية، عدد خاص، ص 39، سنة 2001.

[5]قانون 84-11 المعدل والمتمم، متضمن قانون الأسرة الجزائري، المذكور سابقا.

من خلال نص هاته المادة المشرع الجزائري قسم النزاعات حول المهر[1] القائمة قبل البناء، والنزاعات القائمة بعد البناء.

-**حالة النزاع القائم بعد الدخول:** إذا تم البناء بين الزوجين وثار النزاع بعد ذلك حول المهر، ولم تتوفر لدى القاضي بينة يحكم الزوج أو ورثته، ففي هذه الحالة القاضي يوجه اليمين الى الزوج أو ورثته، فيحكم بذلك لصالح الزوج أو ورثته، ذلك أن المهر بعد الدخول يفترض أنه قدم للزوجة لهذا السبب يوجه القاضي اليمين الى الزوج[2] وعليه سار قرار المحكمة العليا يقضي " المبدأ: تستحق المطلقة نصف الصداق عن الطلاق قبل الدخول ولا بعتبر تعويضا لاختلاف طبيعتهما، فالتعويض يستحق لجبر الضرر"[3].

-**النزاعات القائمة قبل الدخول:** إذا ثار النزاع حول المهر بين الزوجين وورثة الزوج الاخر، ولم يتم بعده الدخول أو البناء، ففي هذه الحالة ان لم تتوفر أمام القاضي بينة يحكم على أساسها سواء من المدعي أو المدعى عليه، فهنا يوجه القاضي القول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، فاذا تم اليمين يحكم القاضي لصالح الزوجة.

---

[1] يعرف المهر بأنه المال الذي يجب الزواج في مقابل منافع البضع، اما بالتسمية واما بالعقد. فهو حق مالي أوجبه الشارع للمرأة على الرجل في عقد زواج صحيح فعرفه المالكية بأنه ما بجعله للزوجة في نظير الاستماع بها. المهر اسم للمال الذي تستحق الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها دخولا حقيقيا.

عرف المشرع الجزائري في المادة 14 من قانون الأسرة بأن الصداق هو ما يدفعه نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء. فالنص القانوني جاء مطابق لمذهب المالكي والمذاهب الأخرى في هذه المسألة، فلقد عد المشرع الجزائري الصداق شرط من شروط عقد الزواج في المادة 09 مكرر، اذن ومن خلال نص المادة فانه لقيام المهر لابد من توفر شروط من بينها أن يكون مالا متقوما معلوما، تصلح المنافع أن تكون مهرا كسكنى الدار أو ركوب السيارة أو زراعة الأرض مدة معلومة، وكل ما يصلح مبيعا صح صداقا أو كل ما صح ثمنا صح مهرا، أن يمون مالا مغصوبا اذا كانت الشريعة الاسلامية ألزمت الزوج بدفع مبلغ مالي للزوجة كعلاقة صدقة في استمرار ما توعد وهو الخطبة، أن يكون خاليا من الغرر وغير مجهول فاذا أصاب الصداق ضرر شديد كالعبد والجميم في بطن أمه فإنها لا تصلح صداق لتوفر الغرر فيها. أنظر: عبد الفتاح تقية، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الكتب الحديثة، سمة 2011، ص 128-129-130.

[2] بلعواد الزوبير، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الاسلامية والقانون، مذكرة لنيل اجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة 12، مجلس القضاء، الجزائر، 2004، ص 32-33.

[3] محكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 1333125 بتاريخ 20119/12/04، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2019، ص 87.

وهذه القرينة تستبعد في الحالتين ولا مجال لإعمالها إذا أثبت أحد الزوجين أو ورثتهما بأن الصداق قد تم تسليمه أو لم يتم تسليمه، وهذا بجميع وسائل الاثبات من كتابة أو شهادة الشهود.

ويلاحظ بأن المشرع أخذ بالرأي الغالب في مذهب مالك، وفي ذلك يقول ابن الجلاب البصري المالكي: " وإذا تصادقا على الصداق، ثم اختلفا في قبضه قبل الدخول بها، فالقول قول المرأة مع يمينها. وان اختلفا في ذلك بعد الدخول، فالقول قول الرجل مع يمينه..."[1]

وأما ما قدمه من هدايا، فأكثر الفقهاء على ردها وان اختلفوا في التفاصيل.

فالشافعية يذهبون الى وجوب الرد مطلقا باقية أو غير باقية، فان كانت موجودة ردت بعينها، وان هلكت أو استهلكت وجب رد مثلها أو قيمتها، سواء كان العدول من قبل الخاطب أو من قبل المخطوبة أو منهما.

والحنفية يذهبون الى وجوب رد الهدايا ام كانت موجودة في يدها[2] من غير زيادة متصلة بها لا يمكن فصلها أفان هلكت كعقد فقد أو ساعة تكسرت أو استهلكت كطعام، أو زادت زيادة متصلة لا يمكن فصلها كقماش خيط ثوبا، أو خرجت عم ملكها بأن تصرفت فيها ببيع أو هبة، لا يجب ردها في جميع تلك الصور، لأنهم أعطوا الهدية حكم الهبة[3]،وقال الحنابلة بعدم استرداد شيء من هذه الهدايا، لأنها هبة عندهم، والقبض يمنع الرجوع بالهبة، ويستوي ما إذا كان العدول من جهة الخاطب أو المخطوبة، لأن هذه الهدايا قدمت على سبيل التبرع[4].

أما المالكية، ففي أصل المذهب عندهم لا رجوع بشيء مما أهداه الخاطب لمخطوبته، ولو كان الرجوع من جهتها[5].

---

[1]أبي القاسم بن الجلاب البصري، التفريع، الجزء الثاني، دار الغرب الاسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1987، ص 43.

[2] محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة المعدل بالأمر 05/02، دط، رويبة، الجزائر، دار التشر والتوزيع، سنة 2013، ص 138.

[3]وائل محمد علي الخلفي، القضاء بالتعويض في مسائل الأسرة، دراسة مقارنة، رسالة انيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، سنة 2011، ص67-68.

[4]الامام محمد أبو زهرة، محاضرات عقد الزواج وأثاره، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، سنة 1971، ص 59-60.

[5]دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في في قانون الأسرة انعقاد الزواج، منشورات دار الخلدونية، سنة 2016، ص63.

لقد تكلم قانون الأسرة الجزائري في مادته الخامسة عن مصير الهدايا في حالة العدول[1]، فنلاحظ أن هاته المادة متماشية مع المذهب المالكي في عبارة ما لم يستهلك فقد خالفته ونحت نحو المذهب الحنفي.

كما يلاحظ أيضا بأن بعض الأشخاص يلجؤون الى وضع شروط غير منطقية أحيانا لجعل الطرف الاخر يعدل عن الخطبة، ويحتفظون بالهدايا، ولذا يرى الدكتور محمد حده بأن الفقرة الثالثة والرابعة من المادة الخامسة في حاجة تعديل حيث قال: "فإننا نرى بأن ما قررته المادة الخامسة في فقرتها الثالثة والرابعة في مسيس الحاجة الى تعديل وذلك بربط الحق في استرجاع الهدايا بسبب العدول لا بالعدول ذاته، مع منح القضاء حق تحديد ذلك[2] .

وبخصوص هذه المسألة، حكمت محكمة العليا بأنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه ان كان العدول منه، ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بتناقص الأسباب غير سديد يستوجب رفضه. ولما كان من الثابت أن الطاعن تراجع عن اتمام اجراءات الزواج والدخول، على الرغم من طلبه من طرف الزوجة، فان قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون[3].

اذن ومن خلال ما سبق فإننا نرى وجود تعدد في اراء الفقه وأحكام القضاء بشأن هذه المسألة، وكما هو معلوم فقها وقضاء أن الخطبة لبست عقدا ملزما، وانما هي مجرد وعد شفهي بإبرام عقد الزواج في المستقبل من الزمن. وأنه نتيجة لذلك يجوز لكل واحد من الطرفين العدول عن الخطبة والرجوع عنها بمحض ارادته. وكما هو معلوم وكما تطرقنا اليه سابقا أن العدول في حد ذاته يعتبر حقا لكل من الخاطب والمخطوبة ويجوز استعمال هذا الحق متى أرادى ذلك لكن لابد وان يستعمل هذا الحق بدون تعسف، فمن استعمل حقه دون تعسف لا يجوز مقتضياته ولا طلبه بالتعويض عن أي ضرر يكون قد أصاب الغير نتيجة استعمال هذا الحق. وذلك استنادا الى القاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" ولهذا حرصت المحكمة على توضيح المبادئ القانونية التي يجب مراعاتها، فقد رفضت المحكمة اعتبار مسؤولية العادل عن الخطبة مسؤولية عقدية وأقامت مسؤوليته على أساس

---

[1] المادة 5 من قانون الأسرة، المرجع السابق، والتي نصت على ما يلي:

- لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه ان كان العدول منه.
- وان كان العدول من المخطوبة، فعليها رد مالم يستهلك.

[2] نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج، المرجع السابق، ص 45.

[3] محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1991/04/23، ملف رقم 73919، مجلة قضائية، سنة 1993، العدد2، ص58.

المسؤولية التقصيرية، وذلك بالحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة مع توفر شروط المسؤولية التقصيرية بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة في ذاتها ومستقلة استقلالا تاما ومنسوبة لأحد الطرفين وأن ينتج ضررا ماديا أو معنوي للطرف الأخر.

المطلب الثاني: دور القاضي في تقدير تعويض الضرر عند الطلاق

ما دام الزوج هو الذي يملك العصمة الزوجية فان له الحق في انشاء الطلاق للحديث الشريف "الطلاق لمن أخذ بالساق". وعليه فدور القاضي هو مجرد مسجل لإرادة الزوج وليس له الحق في رفض هذه الرغبة وهذه الارادة على اعتبار أنها غير مبررة ولا مؤسسة مادام الزوج لم يطرح أي سبب أو عذر لهذا الطلاق مفضلا هكذا تحميله كامل المسؤولية في ذلك طبقا للمادة 52 من قانون الأسرة. إذا لعلمه بأنه قادر على اثبات ما سيدعيه أو لأنه قد فضل السكوت عن التلويح والتجريح وفي هذه الحالة تستحق المطلقة التعويض الكامل عن الضرر اللاحق بها.

أما إذا اعتمد الزوج في طلاقه على اخلال أو تقصير من طرف الزوجة في عدم قيامها بالواجبات المفروضة عليها شرعا وقانونا فعليه اثبات ما يدعيه وللقاضي السلطة التقديرية في اتخاذ ما يراه مناسبا بشأن المسؤولية التي يحملها لهذا الزواج أو ذاك.

وكما جاء في نص المادة 48 من قانون الأسرة بن الطلاق هو حل عقد الزواج والذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حالتي التطليق والخلع، كيف يمكن للقاضي اثبات الضرر في الحالات المقيدة والمطلقة؟ وماهو معيار تقديره للتعويض عن الأضرار المترتبة عن هذه الحالات؟

الفرع الأول: دور القاضي في اثبات الضرر في الحالات المقيدة عند التطليق

ان التطليق رخصة منحها المشرع الجزائري للزوجة تلجأ من خلالها للقضاء بطلب الفرقة بينها وبين زوجها[1]، وذلك استنادا لأسباب محدودة، غير أن قاضي شؤون الأسرة له سلطة تقديرية في قبول طلبها أو رفضه، يتم ذلك عند توفر الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، ومن بين هذه الأسباب ما هو مقيد لتصرفاته في التفريق بين الزوجين بناءا على طلب الزوجة، لأن الضرر الواقع عليها ثابت سواء كان الضرر متعلق بإخلال الزوج لواجباته الزوجية أو لارتكابه مخالفة.

[1] جاء الطلاق في نص المادة 47 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يقضي بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة.

الفقرة الأولى: اخلال الزوج بالواجبات المادية

إذا كان العقد صحيحا ترتبت عليه حقوق وواجبات على الزوجين، وإذا احترم كل طرف هذه الحقوق وقام بالواجبات الملقاة على عاتقه، فان الحياة الزوجية ستسير سيرا حسنا وتقوس الحياة الأسرية، فتستقر ويستقيم أمرها، ويشتد عودها، وتكون قادرة على تحقيق أغراضها ومقاصد التشريع فيها. ولعل أهم ما يقع على عاتق الزوج باعتباره مسؤول الأسرة، مجموعة من الالتزامات يتكفل بها ويعمل على القيام بها، خاصة المتعلقة بالجانب المادي، وذلك بغرض تحقيق حياة أسرية دائمة وهادئة، خالية من المشاكل، فتخلي الزوج على هذه الواجبات الملقاة على عاتقه سواء ما تعلق بالنفقة أو بغيابه عنها يخول للزوجة طلب التطليق[1].

أولا- التطليق لعدم الانفاق

ان عدم انفاق الزوج على زوجته يخول لها حق طلب التطليق، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة وتنص على ان "عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون"، وطبقا لهذا النص فليس للزوجة أن تطلب التطليق لعدم الانفاق الا اذا صدر حكم يقضي بالزام الزوج بأداء النفقة، وصيرورة هذا الحكم نهائيا وتكليفه بالوفاء طبقا لأحكام المادة 323من قانون الإجراءات المدنية والادارية، ومن المعلوم أن الزوجة هي صاحبة الصفة لرفع الدعوى وليس وليها وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2006/10/11 فصلا في الطعن رقم 369494 وقد جاء فيه " المبدأ: ترفع دعوى الطلاق أو التطليق قبل البناء من طرف الزوجة وليس من طرف الولي"[2]، وكذلك في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2014/09/11 جاء فيه " المبدأ: يجوز للزوجة طلب التطليق، بسبب عدم الانفاق يتم اثبات عدم الانفاق بحكم قضائي وليس بسماع شهدين"[3] ومن خلال هاته الفقرة نجد أن

---

[1] عبد القادر دوادي، أحكام الأسرة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 169.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2006/10/11 فصلا في الطعن رقم 369494، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2007، ص 449.

[3] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 2014/09/11، ملف رقم 0934996، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2015، ص 251.

المشرع الجزائري وضع هذا النص تحت تصرف الزوجة تسمح لها بالمطالبة بالتطليق أمام القضاء[1]، في حالة توقف الزوج أو امتناع عن الانفاق على زوجته، ولهذا كرس القانون للزوجة حق المطالبة بالإنفاق مهما كان نوع النفقة[2]، وهذا عن طريق اللجوء الى القضاء للمطالبة بها.

وعليه اذا امتنع الزوج بالإنفاق على زوجته، حق لها أن ترفع عليه دعوى تطالبه فيها، بالنفقة، وفي حالة اثبات امتناعه عن أدائها فإنها تحصل على حكم من القاضي يلزمه فيه يدفع مبلغا معينا مقدارا للنفقة الواجبة لها، وفي حالة ما اذ أثبت عدم التزام الزوج بما جاء في مضمون الحكم الذي يلزمه بالنفقة على زوجته، ثم طلبت الحكم بتطليقها منه فان المحكمة ستحكم لها بذلك، واذا ثبت لديها أنه قد تم تبليغه بالحكم وامتنع عن تنفيذه ولم يقم بواجب الانفاق عليها[3]، فقد جاء قرار المحكمة العليا " من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها، ومن المقرر أيضا أنه اذا تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[4] .

كما اشترطت المادة 53 من نفس القانون ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج، فان كان معسرا وكانت عالمة بهذه الحالة ورغم ذلك أقدمت على ابرام عقد الزواج، فلا يجوز لها طلب

---

[1] لحسين بن الشيخ أث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، المرجع السابق، ص 6

[2] تعرف النفقة لغة هي بإخراج والصرف، يقال: أنفق المال: صرف، ونفق الشيء نفقا أنظر: الفيومي، أحمد بن محمد بن يعقوب بن علي، المصباح المنير، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان/ سمة 1997، ص674.

–أما اصطلاحا: فقد عرفها فقهاء الشريعة الاسلامية بتعاريف عديدة منها: 1– هي اخراج مؤونة من تجب عليه نفقته من خبز، وكسوة، ومسكن، وما يتبع ذلك من ثمن ماء، دهن ومصباح. 2–هي اسم لما يصرفه الانسان على زوجته، وأقاربه، من طعام وكسوة ومسكن وخدمة، فالمراد بالنفقة كل ما تحتاج اليه الزوجة لمعيشتها من الطعام والكسوة والسكن والخدمة وكل ما يلزم من فرش وغطاء وأدوات منزلية بحسب المتعارف بين الناس. أنظر: بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، الجزء الأول، دار الطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 1967، ص 232.

– أما من الناحية القانونية فعرفت بأنها هو كل ما يصرفه الزوج على زوجته، فيما تحتاج اليه من طعام وكسوة وسكن وعلاج وخدمة وأثاث وغيرها من متطلباتها الضرورية منها والحاجيه أو التحسينية، وعليه يمكن القول بأن النفقة هي أثر من أثار الزواج الصحيح الذي سنفصل فيه الفصل الثاني من هذا الباب، كما أنه يعتبر حقا من حقوق الزوجة على زوجها، ولذلك تجب لها ولو كانت الزوجة غنية، وتنتهي النفقة بانتهاء العلاقة الزوجية. نظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، القاهرة، مصر، سنة 2005، ص 230.

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 259.

[4] مفيدة شكشوك، تقدير قاضي شؤون الأسرة للضرر والتعويض في حالة التطليق، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، سنة 2019، الاسكندرية، ص 33.

التطليق لعدم الانفاق، لأنه بعلمها يسقط هذا الحق، والسؤال المطروح هنا على من يقع عبئ اثبات الاعسار فهل يقع على الزوج أم الزوجة؟ ان الأصل في الانسان أن ذمته المالية ممتلئة وأن الاعسار هو حالة طارئة وتبعا لذلك فانه يقع عبء الاثبات على الزوجة أن زوجها أصبح معسرا وعلى الزوج أن يثبت أنه كان وقت ابرام العقد معسرا وكانت الزوجة وقتئذ عالمة بإعساره، والاعسار واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة وسائل الاثبات بما فيها البينة والقرائن وهنا تتجلى السلطة التقديرية للقاضي في هذه المسألة[1].

كما تجدر الاشارة الى أن عبئ الاثبات يقع على عاتق الزوج، الا إذا استطاعت الزوجة اثبات أن عسره طارئ أي حصل بعد زواجهما، فهنا لا يكون الحكم بالتطليق الا بعد أن تحصل الزوجة على حكم يلزم الزوج بالنفقة عليها، وفي حالة عدم التزامه بمضمون الحكم، حكم القاضي بتطليقها[2]. ومنه فان مسألة اثبات العلم من عدمه مسألة موضوعية تخضع لقواعد الاثبات العامة، وللقاضي السلطة التقديرية في اعتماد قول أي منهما[3].

وتجدر الاشارة أن الانفاق الذي تطالب به الزوجة هو بمقدار ما ينفق الزوج الأخر على مثيلاتها بمعنى أن يكون الانفاق غير مبالغ فيه وذلك ما حددته المادتين 78و 79 من قانون الأسرة وبذلك لا يجوز لها لأن تزعم عدم الانفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه عنها[4].

كما نلاحظ من خلال المادة 53 الفقرة الأولى (01)، أن المشرع الجزائري لم يبين المدة التي تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة[5]، والتي تجب طرح التساؤل هل القاضي ملزم بالحكم بالتطليق بمجرد أن تثبت الزوجة عدم إنفاق الزوج؟ أو له سلطة تقديرية في أن يمنح له مهلة لتدبر أموره؟ وباللجوء الى القواعد المنصوص عليها في المادة 331 من قانون العقوبات، وهي مدة شهرين متتاليين والتي جاء فيها:" ...كل من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه أي زوجه..."، فقد صدر بهذا الشأن قرار عن المحكمة

---

[1] خالد داودي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص 45.

[2] نورة منصورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الاسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر، عيم مليلة، الجزائر سنة 2012، ص 27.

[3] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، سمة 2012، ص 37.

[4] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 257

[5] نورة منصوري، المرجع السابق، ص 29

العليا جاء فيه: "متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الاسلامية أن عدم الانفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق من زوجها"[1].

غير أن الدكتور بلحاج العربي يرى أنه على القاضي أن يمهل الزوج مدة مناسبة ولا يطلق زوجته للعسرة وللوهلة الأولى، لأن الزوج في هذه الحالة يعد ظالما حتى يطلق عليه القاضي زوجته لرفع ظلمه عنها[2]وهذا هو الرأي الراجح حسب نظريتي، ولكن وفق شروط، أي اذا ثبت للقاضي أن الضائقة المالية التي يمر بها الزوج مؤقتة وأن الضرر الاحق بالزوجة ليس جسيما فمن الأفضل أن يمهله مدة بدلا من أن يحطم حياته الزوجية، أما اذا كان الضرر جسيما وأحوال الزوج المادية لا تنبئ بتحسنها، فهنا على القاضي الحكم بتطليق الزوجة تفاديا لتضررها أكثر وهذا وفقا لمل يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية[3].

ثانيا- التطليق لغياب الزوج

من أهداف الحياة الزوجية المعاشرة بالمعروف والاستقرار وبما أن الزوج هو رب الأسرة والمسؤول عن رعايتها[4]، فان الأصل في كل علاقة زوجية هو أن يتواجد الزوجان مع بعضهما البعض، غير أن غياب أحدهما عن الأخر لمدة زمنية طويلة وبدون عذر، قد يؤدي الى زعزعة استقرار الأسرة[5]، وفي حالة غياب الزوج مثلا وبعده عن زوجته، قد يسبب لها أضرارا نفسية ومعنوية، لأن الزوجة لا تحتاج فقط الى التكفل المادي، و انما تكفل معنوي وحسي وهذا ما يخولها حق اللجوء الى القاضي لطلب التطليق، خاصة اذا كان غيابه عنها بدون عذر واقامته غير معلومة[6]، وقد يكون لا راديا كحالة المفقود، والذي قد تكون غيبته تحتوي أحد الاحتمالين: اما أنه سليم وعلى قيد الحياة، أو أن هناك هلاك واحتمال موته[7].

---

[1]محكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 34791، مجلة قضائية، سنة 1989، عدد الثالث، ص 76.

[2]بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1999، ص 277.

[3]خالد داودي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص 46.

[4]منصوري نورة، التطليق والخلع، المرجع السابق، ص 38

[5]عبد الله بم محمود، الفقه الميسر، فقه الأسرة، النكاح، الطلاق، العدة، الحضانة، الفرائض، الجزء 05، الرياض، دار الوطن، سنة 2011، ص 320.

[6]المغاوي محمد عبد الرحمن الفقي، التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، سنة 2011، ص 1.

[7]جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الاسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، سنة 2003، ص 19.

وطبقا لنص المادة 53 في الفقرة 5 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص أن:" .... الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة" فاذا غاب الزوج وتضررت الزوجة من هذا الغياب جاز لها طلب التفريق من القاضي، الذي يتمتع بسلطة تقدير النظر في طلبها، خاصة وأن المشرع لم يبين أنواع الغيبة، لأن للغائب صورتين: غائب معلوم الاقامة ويمكن الوصول اليه، وغائب مجهول الاقامة أو معلومها ولا يمكن الوصول اليه أو الاتصال به[1].

فالقاضي يقوم بالتحقق من مدى توفر جميع الشروط اللازمة لطلب التطليق للغياب، فاذا توفرت حكم بالتطليق. وتتمثل هذه الشروط في مثل هذه الحالة ما يلي:

الشرط الأول: أن تمضي سنة فأكثر على غياب الى يوم رفع الدعوى عليه[2]، وقد اعتمد المشرع الجزائري في حساب السنة، فلابد من مرور سنة يتحقق فيها وقوع الضرر بالزوجة، فتشعر بالوحشة، وتخشى فيها على نفسها من الوقوع فيما حرم الله.

الشرط الثاني: أن يكون الغياب لغير عذر مقبول، فان كان هناك عذر شرعي كطلب علم، أو عمل، ففي هذه الحالة لا يجوز لها طلب التطليق، لأن الزوج في هذه الحالة لم يقصد الحاق الأذى بالزوج[3]، ومنه فأن تقدير هذا العذر يبقى خاضعا لسلطة القاضي.

الشرط الثالث: أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته لمدة سنة كاملة، ولم يترك لها ما تنفق على نفسها ولا على أولادها[4] فيجوز لها طلب التطليق، والعكس إذا غاب الزوج دون مبرر ولمدة تتجاوز السنة غير أنه ترك مالا لتنفق الزوجة على نفسها وأولادها فانه في هذه الحالة لا يجوز لها تقديم طلب التطليق[5].

وعليه يكمن دور القاضي بموجب السلطة الممنوحة له، أن يتأكد بجميع الطرق أن الزوج لم يترك للزوجة مالا تنفق منه خلال غيبته عنها، وكذا الأسباب التي دفعته الى البعد عن زوجته، لأن غيابه عنها مع تركة لها مالا تنفق منه لا يخول لها حق طلب التطليق.

وتجدر الاشارة أن تقدير غياب الزوج قد يكون نتيجة فقدانه، بحيث لا يعرف موته من حياته وهو

---

[1] مفيدة شكشوك، تقدير قاضي شؤون الأسرة للضرر والتعويض في حالة التطليق، المرجع السابق، ص 40.

[2] العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 297.

[3] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 366.

[4] باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص 46.

[5] العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج1، ص 298.

ما نصت عليه المادة 109 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقود الا بحكم"، والمادة 10 من نفس القانون " هو الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع الى محل اقامته أو ادارة شؤونه بنفسه أو بواسطة لمدة سنة على أن يسبب غيابه ضررا للغير"، وهو ما يخول للزوجة حق طلب التطليق، اذ نصت المادة 112 من قانون الأسرة " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون"، ما يفرق في الجزئية أن التطليق سببه دفع الضرر عن الزوجة، على خلاف طلب التطليق الوارد في الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة والذي يعتبر كوسيلة لمعاقبة الزوج عن اضراره بزوجته[1].

الفقرة الثانية: اخلال الزوج بالواجبات المعنوية

ان الواجبات التي تقع على عاتق الزوج لا تقتصر على الجانب المادي فقط وانما الجانب المعنوي أيضا، فمتى تعرضت الزوجة للضرر معنوي كمرض الزوج بعيوب تحول دون تحقيق الهدف من الزواج أو ارتكابه جريمة تمس بشرف الأسرة، ومنه يحق للزوجة طلب التطليق.

أولا- التطليق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق مقاصد الزواج

ان الحياة الزوجية أساسها الألفة والمحبة، فالعلاقة الزوجية بين الزوجين قوامها السكن النفسي، ولو لا هذا الشعور المتبادل والذي غرسه الله في نفوس الأزواج، لما استطاع كل واحد منهما معاشرة الأخر، غير أن هذه الألفة والمحبة بينهما، قد لا تستمر في حالة ما اذا وجد أحدهما بالأخر عيبا[2] يمنعه من الاستمتاع به، مع عدم علم الطرفين قبل الاقدام على الارتباط به، وهذا العيب قد يكون منفرا لا يمكن تحمله مما يؤدي الى تقزز نفس الطرف الأخر، وقد يكون من العيوب التي لا تحقق

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 269.

[2] العيب هو كل عيب سواء كان بدني، أو عقلي يصيب أحد الزوجين، مما يؤثر سلبا على العلاقة الزوجية، ولا يحقق مقاصد الزواج، مما يجعل الزوج السليم لا يستطيع العيش مع الزوج الأخر، وان استمر معه لحقه ضرر وأذى. أنظر: صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الاسلامي، السرطان، الإيدز، الالتهاب الكبدي الوبائي، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سمة 2012، ص 94.

-أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اقتصر على القول بأنها (العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج) دون أن يحدد أنواع هذه العيوب، وهو ما نصت عليه المادة 53 الفقرة 02 من قانون الأسرة.

مقاصد الزواج من انجاب[1] وتكاثر النسل وتكوين الأسرة، حسب ما جاء في نص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري[2]، كما أن تواجده في أحدهما يمنح الطرف الأخر حق فك الرابطة الزوجية. وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا:" ان القضاء بتطليق الزوجة بسبب تضررها من تصرفات الزوج، وعدم تحقيق الهدف من الزواج طلقا للمادة 04من قانون الأسرة هو تطبيق سليم للقانون"[3].

نص المشرع الجزائري على هذا السبب في الفقرة الثانية من المادة 53 والتي جاء فيها "... العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج..."، والملاحظة في هذه الفقرة أن المشرع الجزائري لم يجعل هذه العيوب مشتركة بين الزوجين، بل اشترط في أن تكون هذه العيوب في الزوج فقط، والزوج اذا أراد حل الرابطة الزوجية فله أن يستعمل حقه في الطلاق دون اللجوء الى العيوب، ففي حالة أنه أخذ بتلك الأسباب فانه يرمي من وراء ذلك الى نفي التعسف عن نفسه في استعمال حقه في الطلاق[4].وما يمكن ملاحظته ان هذه المادة جاءت على اطلاقها حيث لم تحدد العيوب التي لم تجيز للزوجة طلب التطليق مما تتضح أن المشرع الجزائري قد تركها للسلطة التقديرية للقضاة.

ويتضح أن القضاء الجزائري قد أسقط حق الزوجة في طلب التطليق بسبب العيوب إذا علمت بها قبل العقد ورضت بها، غير أن سكوت الزوج عن هذه عيوبه واخفائها تجعل القاضي يستجيب لطلب

---

[1]مفهوم الانجاب: لم يعرف الانجاب كمصطلح لمفرده وقد استخلص الفقهاء وأهل العلم هذا التعريف من المعنى اللغوي له وأن الانجاب هو ثمرة الحمل، والحمل ثمرة التلقيح وهذا التلقيح الطبيعي يتم بطريقة معينة يتفق فيها العقل والشرع والطب، ولا يكاد يوجد خلاف في ذلك.

–وتم تعريف الصحة الانجابية في المؤتمر الدولي للسكان بأنه " حالة رفاه كامل بدنيا، وعقليا، واجتماعيا في جميع الأمور المتعلقة بالجهاز التناسلي، ووظائفه وعملياته، وليست مجرد من السلامة من الأمراض والاعاقات". ولذلك تعني الصحة الانجابية بقدرة الأفراد على التمتع بحياة جنسية مرضية، وقدرتهم على الانجاب، وحريتهم في تقدير الانجاب، وموعده وتواتره، أما الصحة الانجابية، فهي مجموعة من الأساليب والطرق والخدمات التي تسهم في الصحة الانجابية، من خلال منع حدوث العلة الانجابية، وهي تشمل أيضا الصحة الجنسية التي ترمي الى تحسين نوعية الحياة والعلاقات الشخصية لا مجرد تقديم المشورة والرعاية الطبية المتعلقة بالإنجاب والأمراض الجنسية. **أنظر**: رسمية عبد الفتاح الدوس، الفسخ لعدم الانجاب دراسة فقهية مقارنة بالقانون، الطلعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، سنة 2016، ص 56، 66.

[2]نص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري تنص "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

[3]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2001/07/18، ملف رقم 269594، مجلة قضائية، سنة 2003، عدد الأول، ص 349.

[4]داودبي خالد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص 47.

الزوجة دون تأجيل، الا أن المشرع لم يحدد هاته العيوب مما يستوجب الرجوع الى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي تحيلنا الى مبادئ الشريعة الاسلامية واجتهادات الفقهاء، والتي عددت لنا شروط اعتبار العيب سبب مبرر للتطليق:

الشرط الأول: أن يكون العيب بالزوج دون الزوجة، لأن الزوج يملك حق الطلاق.

الشرط الثاني:ألا تكون عالمة بوجود احدى هذه العيوب فيه قبل عقد الزواج، وان علمت به بعد العقد يشترط ألا تعلن رضاها صراحة، فالسكوت هنا لا يعبر عن رضاها[1].

الشرط الثالث: أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج[2]، كأمراض التناسل مثل العنة والجب[3] والخصاء والأمراض الأخرى كالبرص[4]، والجذام والجنون.

الشرط الرابع: كما يجب أن يكون العيب ناتج عن مرض مستمر دائم لا يتوقع شفاؤه كالجب والخصاء، أو أن كان من الأمراض التي يمكن شفاؤه منها خلال فترة يراه الأطباء معقولا، فعلى المحكمة العليا أن تمنحه أجلا لمواصلة العلاج، وهذا ما صدر قرار عن المجلس الأعلى حيث جاء فيه: " متى كان من المقرر في الفقه الاسلامي وعلى ما جرى به القضاء، أنه اذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وان الاجتهاد القضائي استقر أت تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها وبعد انتهائها، فان لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فان القضاء بنا يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الاسلامية"[5].

الشرط الخامس: أن ترفع دعوى التطليق لدى القاضي، وهو الأمر القاطع للشك بأنها غير راضية بالحياة المشتركة مع زوج كعيب.

---

[1] باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري، المرجع السابق، ص 37.

[2] العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج1، ص 282.

[3] العنة: وهو عجز الرجل عن مباشرة العلاقة الجنسية ويسمى الموصوف بها عنينا، وعرفة كذلك بأنها العجز عن الوطء وعرفها المالكية بأنها صغر الذكر بحيث لا يأتي معها اثنان النساء. –الجب: وهو قطع الذكر والإثنين(الخصيتين) ويسمى رجل مجبوب. –الخصاء: وهو رض الاثنين (الخصيين) أو قطعهما، ويقال للرجل مخصي.

[4] البرص: من الأمراض الجلدية المزمنة وهو بياض يظهر في الجلد. – الجذام: مرض يتقطع منه اللحم ويتساقط.

[5] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ1984/11/19، ملف رقن 34784، مجلة قضائية، سنة 1989، عدد الثالث، ص 73.

الشرط السادس: أن يتأكد القاضي من وجود ما تدعيه بخيرة الخبراء والأطباء المختصين، وبأي وسيلة أخرى كالإقرار [1].

ويتضح مما سبق أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال تتجلى بتقديره لهذه العيوب وذلك بإعطاء مهلة للزوجين لتدارك هذا العيب ومعالجته قبل النطق بالحكم، بالإضافة الى ذلك فقد منح للزوجة الحق في الاثبات، ففي حالة اعتراف الزوج بوجود عيب، فرق القاضي بينهما، لأن الاعتراف سيد الأدلة، أما في حالة عدم الاعتراف وإنكار الزوج ما تدعيه الزوجة بخصوص إصابته بعيب، فانه يتوجب على الزوجة إثبات ذلك العيب بكافة وسائل الإثبات القانونية، سواء كان ذلك عن طريق شهادة الشهود، أو شهادة طبية تثبت من خلالها مرض الزوج الذي على أساسه تطلب التطليق.

وفي حالة عجز الزوجة عن اثبات العيب الذي أصيب به الزوج، فان القاضي له سلطة الأمر بإجراء خبرة طبية، والتي على أساسها يكون حكمه سواء بقبول طلب الزوجة الرامي الى التطليق، أو رفضه[2].

هذا ما ورد في قرار صادر عن المحكمة العليا والذي جاء فيه:" من المقرر شرعا أنه لا يسوغ الحكم بفك العصمة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها الا إذا ثبت الاضرار بها، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشريعة الاسلامية. ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقة الجنسية معها، فانه كان من الواجب على القضاة الاستئناف اثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بالحكم، غير أنهم اما قضوا بالتطليق اعتمادا على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها من العودة اليه، فانهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية. كما جاء في ذات القرار أنه " **اذا كان من الثابت أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جنسيا تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك، والحال أن الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القضائي بها، فان هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ وأحكام الشريعة الاسلامية فيما قضوا به، ومتى كان ذاك**

---

[1] نين عمارة، سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء، الاسكندرية، سنة 2020، ص 122

[2] مفيدة شكشوك، تقدير قاضي شؤون الأسرة للضرر والتعويض في حالة التطليق، المرجع السابق، ص 49

استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه المثار من الزوج الطاعن"[1].

كما أن للقاضي سلطة منح الزوج المعيب مدة معينة قبل الحكم بالتطليق[2]، والتي يمكن خلالها أن يحصل شفاءه، أو إمكانية الحصول على علاج خلال هذه المدة، وفي حالة انقضاء هذه المدة وعدم زوال هذا العيب، فان القاضي له سلطة الحكم بالتطليق بناءا على طلب الزوجة[3]، وهذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/19 تحت رقم 34784[4].

ثانيا- التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة ماسة بشرف الأسرة

ان المشرع باستعماله لعبارة " العقوبة الماسة بشرف الأسرة" قد عمم الوصف وجعل معياره غير دقيق[5]، ولقد نصت الفقرة الرابعة من المادة 53 على أنه " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، يتضح أن المشرع قد فتح المجال أمام الزوجة بطلب التطليق بعد تعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 لأنه في السياق كانت تشترط في العقوبة أن تكون سلبية للحرية والشرط الثاني أنها تتجاوز مدة سنة، ولكن بعد التعديل لم يقيدها بقيد دون الالتفات الى حجم العقوبة المسلطة عليه، غير أنه ومن خلال استقرائنا لهذه الفقرة المعدلة نستنتج جملة من الشروط لابد من

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/05/14، ملف رقم 33275، مجلة قضائية، سنة 1990، عدد الثاني، ص 75.

[2] مايمكن ملاحظته أنه في حالة وجود عيب بالرجل يحق للزوجة طلب التطليق أما اذا ثبت العيب بالزوجة فلا تطبق عليه هذه القاعدة لأن العصمة بيد الرجل ويجوز له متى أراد تطليقها.

[3] مفيدة شكشوك، تقدير قاضي شؤون الأسرة للضرر والتعويض في حالة التطليق، المرجع السابق، ص 50.

[4] محكمة الاحوال الشخصية، بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 34784، مجلة قضائية، سنة 1989، العدد الثالث، ص 73، جاء فيها: "من المقرر فقها وقضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها وبعد انتهائها، فان لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فان القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الاسلامية.
إذا كان الثابت، أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية، واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرة الاستمتاع بالأخر، تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك، والحال أن الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القضائي بها، فان هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ وأحكام الشريعة الاسلامية فيما قضوا به. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه المثار من الزوج الطاعن".

[5] منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الاسلامية، نفس المرجع، ص 57.

توفرها حتى تطلب الزوجة التطليق بناءا على هذه الفقرة[1]، ومنه أن يصدر ضد الزوج حكم قضائي من الجهات القضائية الجزائية وأن يكون هذا الحكم حائز لقوة الشيء المقضي، أي لم يعد يقبل طرق الطعن القانونية العادية والغير عادية فيه[2] ويكون سببه جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، ويرجع السلطة التقديرية للقاضي في تحديد المقصود بالجريمة التي تمس يشرف الأسرة[3]، ومنه فقد فرق القضاء بين الجرائم التي فيها مساس بشرف الأسرة والتي لا تمس بشرف الأسرة، وقد ورد ذلك في قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/01/16 وجاء فيه:" الحكم بتطليق الزوجة على مسؤولية الزوج وفقا للمادة 53 من قانون الأسرة –طعن بالنقض– لأن الحكم الجزائي المحتج به كان بسبب ضرب الزوجة ولم تكن العقوبة بسبب تهمة المساس بشرف الأسرة كما تنص المادة 53 فقرتين 4و5 من قانون الأسرة– رفض الطعن– ان ادانة الزوج بسبب ضربه لزوجته يعتبر ضررا حسب الفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة ومن ثم يجوز تطليق الزوجة لهذا السبب"[4].

وعليه فان قاضي شؤون الأسرة حال فصله في طلب الزوجة للتطليق بناءا على الحكم الصادر ضد زوجها يتمتع بسلطة تقدير الضرر اللاحق بها، لأن الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، واستحالة مواصلة العشرة الزوجية بين الزوجين أمر يجب على الزوج اثباته، غير أن صدور الحكم ضد الزوج في الجريمة التي ارتكبها، من شأنه جعل سلطة القاضي مقيدة، لأن الحكم القضائي يثبت فعلا ارتكابه الجريمة ومراقبة الوقائع المقحمة من طرف الزوجة باعتبار الجريمة ماسة يشرف الأسرة[5] وبالتالي تبقى للقاضي دوما السلطة التقديرية في اعتبار أية جريمة ماسة بشرق الأسرة أو غير ذلك[6]، مع وجود ضرر يصيب الزوجة جراء ذلك، وعليه يشترط أن يكون هذا الحكم سالبة للحرية ونافدة، ويتم تنفيذها دون الاستفادة من العفو كليا أو جزئيا[7]، لارتباط الحبس بغيبة الزوج.

---

[1]نين عمارة، سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق، نفس المرجع ، ص 126.

[2]العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 294.

[3]دوادي خالد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص 52.

[4]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1996/01/16، ملف رقم 127948، ن ق، عدد 54، ص 100، عن العربي بالحاج، قانون الأسرة مع التعديلات الأمر 05–02، ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، المرجع السابق، ص 279.

[5]لحسين ين الشيخ اث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، المرجع السابق، ص 65.

[6]منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الاسلامية، المرجع السابق، ص 57.

[7]منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الاسلامية، المرجع السابق، ص56

وعليه متى توافرت جميع شروط التطليق سابقة الذكر حكم القاضي بالتطليق، مستعينا بالمعيار الموضوعي لتقدير درجة التوتر والضرر ومدى امكانية مواصلة العشرة الزوجية من عدمها، لأن الحكم على الزوج بجريمة ماسة بشرف الأسرة من الأمور التي لا تستطيع الزوجة تحملها أو الصبر عليها، ونأخذ أمثله عنها كالزنا وهتك العرض أو النصب على الزوجة أو جريمة الخيانة، وذلك لما تخلفه من أضرار معنوية، ويستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية[1] وهو ما أكده القرار الصادر بتاريخ 2004/05/14 عن مجلس قضاء سيدي بلعباس، والذي جاء فيه ما يلي:" حيث أن المستأنفة تلتمس الغاء الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 2004/04/23 القاضي بعودة المستأنفة الى بيت الزوجية، والحكم من جديد بتطليقها من المستأنف عليه طبقا للفقرة 04 من المادة 53 من قانون الأسرة.

وحيث أن هذه العقوبة تمس بالشرف فان طلب المدعية يكون مؤسسا لاستحالة العشرة في هذه الحالة، ومن ثم الغاء الحكم المستأنف فيه المؤرخ في 2004/04/23 ومن جديد الحكم بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه طبقا للمادة 53 الفقرة 04 من قانون الأسرة، والأمر بتسجيل هذا القرار على هامش وثائق الحالة المدنية للطرفين"[2].

كما وقد تضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية في المادة 451 "يعاين القاضي ويعطي وصفا للوقائع المعتمدة عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة"، ومنه يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ناجعة، لاسيما الأمر بالتحقيق أو بخيرة طبية أو الانتقال الى المعاينة[3]

الفقرة الثالثة: التطليق للمخالفات الصادرة عن الزوج

قد يرتكب الزوج مخالفات تتضرر منها الزوجة مما تخولها حق طلب التطليق سواء كانت متعلقة بمخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري، أو مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج؛ وعلى هذا الأساس سنتطرق اليهم كما يلي:

---

[1] مفيدة شكشوك، تقدير قاضي شؤون الأسرة للضرر والتعويض في حالة التطليق، المرجع السابق، ص54

[2] قرار صادر مجلس قضاء سيدي بلعباس، بتاريخ/ 2004/05/14، عن مفيدة شكشوك، تقدير قاضي شؤون الأسرة للضرر والتعويض في حالة التطليق، المرجع السابق، ص54

[3] لحسين بن الشيخ اث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، المرجع السابق، ص 66.

أولا- التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأشرة الجزائري

جاء في نص المادة 53 في فقرتها 06 أنه "يجوز لزوجة التطليق في حالة مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه"، ومن خلال أحكام المادة 08 من نفس القانون والمتعلقة بتعدد الزوجات والتي يخول للزوجة طلب التطليق، في حالة إخلال الزوج لأحد الشروط المنصوص عليها في نفس المادة[1].

ففي حالة عدم وجود المبرر الشرعي أو عدم العدل بين الزوجات أو عدم إخبار إحدى الزوجات بالزواج مرة أخرى أو عدم الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة، كلها تعتبر أسبابا تلح بالضرورة للزوجة المتضررة رفع دعوى للمطالبة بالتطليق، فبالنسبة لمسألة العدل بين الزوجات فما على الزوجة الا أن تثبت أن زوجها لا يعاملها معاملة عادلة مقارنة بالزوجة أو الزوجات الأخريات وللقاضي هنا سلطة تقديرية في تحديد عدل الزوج من عدمه.

أما مسألة عدم وجود مبرر شرعي فالسؤال الذي يطرح نفسه هل زوال المبرر الشرعي بعد ابرام عقد الزواج الثاني يعد سببا من أسباب التطليق ومثال ذلك أن الزوج تزوج بزوجة ثانية بسبب مرض الزوجة مثلا وبعد الزواج شفيت هذه الأخيرة فهل يحق لها المطالبة بالتطليق؟ نحن نرى أن شرط المبرر الشرعي يشترط وجوده عند ابرام عقد الزواج الثاني وأن المشرع يقصد من وراء شرط عدم وجود المبرر الشرعي كسبب من أسباب التطليق الزواج العرفي فاذا تزوج الزوج بزوجة ثانية زواجا مكتمل الأركان والشروط الشرعية دون أن بقوم بتسجيل هذا الزواج وانعدام المبرر الشرعي يجوز للزوجة المطالبة بالتطليق.

ونفس الأمر بالنسبة لعدم احترام شرط اخبار الزوجة السابقة والمرأة اللاحقة فغالبا ما يكون هذا نتيجة للزواج العرفي أي الزواج الذي يفتقر للرسمية وغير موثق، ومن زاوية أخرى تتوفر فيه الأركان والشروط المطلوبة شرعا وقانونا.

كما يمكن أن نتصور عدم احترام هذا الشرط في حالة عدم اخبار احدى الزوجتين، ونتيجة لطرق احتيالية وتدليسية تمكن الزوج من الحصول على الترخيص من رئيس المحكمة وتجدر الاشارة هنا أن المادة 08 مكرر من قانون الأسرة تجيز للزوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق وذلك في حالة التدليس، وبخصوص كذلك شرط الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة فكل زوجة تزوج زوجها عليها دون ترخيص يجوز لها رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق[2].

---

[1] تم التطرق اليها في المبحث الثاني للفصل الثاني، تحت عنوان الأذون القضائية الخاصة بعقد الزواج والذي تم دراسة ترخيص القاضي لتعدد الزوجات.

[2] داودي خالد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص 55.

غير أنه ومن خلال بحثي وتعمقي في دراستي وجدت لبس في جزئية والتي تبقى متبادره في ذهني هو كيف تتمكن الزوجة من اثبات زواج زوجها عليها في حالة ما إذا كان هذا الزواج الحديث هو زواج عرفي لم يتم تسجيله أو إثباته بحكم قضائي ولم يتعدى الا مرحلة قراءة الفاتحة في المسجد ومنه وبالرجوع الى نص المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المادة نصت على أن الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

ثانيا-التطليق لمخالفة شروط الزواج المتفق عليها في العقد

جاء في نص المادة 53 من الفقرة 09:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج"، ويتضح من خلال نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري "**على أنه للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون**"، وعليه فان المشرع الجزائري أجاز لكلى الزوجين أن يتضمن مع عقد الزواج أو عقد لاحق شروط خاصة يضعها كلى الزوجين بحيث تكون هاته الشروط غير منافية لأهداف الزواج والا كان العقد صحيح والاشتراط باطل، فالاشتراط جائز في العقود بصفة عامة وذلك طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، غير أن هذا الاخير يختلف عن عقد الزواج[1] بحيث تكون هذه الشروط لا تتنافى مع أحكام قانون الأسرة، وما على القاضي الا مراقبة تواجد هذه الشروط في عقد الزواج أو في عقد لاحق، وما اذا كانت هاته الأخيرة مطابقة لأحكام قانون الأسرة، وهذا ما يمنح للقاضي سلطة واسعة في تقدير ذلك، لأن المشرع لم يضع معايير محددة لهذه الشروط، واقتصر على ذكر نوعين من الشروط فقط، وهما عمل المرأة وعدم التعدد، نظرا لأهميتهما، كما لم يتبن ما هي الشروط التي تتنافى مع أهداف الزواج[2]، وهو ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1971/03/03[3].

---

[1] رشيد شحاته أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، سمة 2001، ص 75.

[2] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005، ص46.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ، 1971/03/03، مجلة قضائية، سنة 1972، العدد2، ص 39، والذي جاء فيه: حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط ألا تحلل حراما أو تحرم حلالا وبشرط ألا تنافض روح العقد.

وحيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي استندت الى الزوج، استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على اخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي التزم بها الزوج، مما يترتب عليه فك العصمة.

وعليه فانهم لم يخالفوا أحكام الفقه الاسلامي ويعتبر الوجه غير سديد.

وعليه ما يؤكد سلطة القاضي الواسعة هو أن المشرع لم ينص ما إذا كان من الممكن للزوجة المطالبة بالتطليق بالنسبة للشروط الواردة في عقد رسمي لاحق لعقد الزواج، لأن الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري نصت على حق طلب التطليق في حالة مخالفة الزوج الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط، دون الشروط التي يمكن وضعها في عقد رسمي لاحق[1]، مما يجعل للزوجة حرية اثبات تلك الشروط بجميع وسائل الاثبات الممكنة، أما إذا عجزت عن اثباتها رفض القاضي طلبها الرامي الى التطليق.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في الحالات المطلقة وتقديره للتعويض عن ضرر التطليق

لما كان من واجب القاضي رفع الضرر عن الزوجة الطالبة للتطليق بكل وسيلة ممكنة، مهما كان نوع الضرر الواقع عليها سواء كان ماديا أو معنويا، وعليه سنقسم دراستنا الى نقطتين نبين من خلالها تقدير القاضي للحالات المطلقة عن تطليق الزوجة .

الفقرة الأولى: دور القاضي في تقدير حالات التطليق

لما كان من واجب القاضي رفع الضرر عن الزوجة الطالبة للتطليق بكل وسيلة ممكنة، مهما كان نوع الضرر الواقع عليها سواء كان ماديا أو حتى معنوي، فان هناك حالات تتجلى فيها سلطته التقديرية الواسعة، وهذه الحالات لا تستطيع الزوجة اثباتها، مما يمنح للقاضي سلطة تقدير الضرر الواقع عليها من قبل زوجها، والقضاء اما بقبول طلب التطليق، أو رفضه، لأن هذه السلطة الواسعة الممنوحة له راجعة الى الطبيعة الخاصة لهذا النوع من الضرر الواقع على الزوجة، وكذا الى صعوبة اثباته من طرفها، قد ترجع الى صعوبة معرفة من المتسبب في هذا الضرر.

أولا- التطليق للهجر من المضجع

لا يقتصر الضرر اللاحق بالزوجة على الضرر المادي فقط، بل يمس المشاعر والأحاسيس، وهو ما يسمى بالضرر المعنوي، والذي يكون نتيجة معاملات، وتصرفات صادرة من الزوج تتسبب في

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 56.

جرح مشاعر الزوجة، كأن يهجرها في المضجع[1] فوق أربعة أشهر، لأنه من المعلوم أن استمتاع الزوجين ببعضهما من أهم مقاصد الزواج، ولقد نصت المادة 53 في الفقرة الثالثة على أنه " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، ولابد أن يكون هذا الهجر ليس لسبب شرعي كمرض مثلا، أما في الحالات العادية، فالواجب على الزوج أن يحصن زوجته بمعاشرتها ومجامعتها وألا يهجرها فوق أربعة أشهر مصداقا لقوله تعالى:**"إِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (٢٢٧)وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ "**[2]، كما أن المشرع الجزائري لم يورد بقية أنواعه، والذي قد يكون اما هجرا مقترنا يحلف الزوج على عدم قربان زوجته، وهو ما يطلق عليه الايلاء[3]، وقد يكون هجرا ناتجا عن تشيه الزوج زوجته بامرأة محرمة عليه تحريما مؤبدا بنسب أو رضاع أو مصاهرة[4]، وهو ما يسمى بالظهار، الا أنه يختلف معه في أن الايلاء يكون هدفه الاضرار بالزوجة على خلاف الهجر في المضجع الوارد في المادة 53 والذي لا يشترط فيه توفر نية الأضرار بالزوجة كما أن الايلاء يمين أما الهجر في المضجع الوارد في المادة 53 لا يعتبر يمينا[5].

وكذلك فان سكوت المشرع وعدم نصه على الظاهر يرجع الى قلة استعماله في الحياة المعاصرة[6]، كما أنه يعتبر حرام ومن الكبائر، لأن فيه اعتداء على حق الشارع في التحليل والتحريم وتغيير حكم الله تعالى[7].

---

[1]ان هجر الزوج لزوجته وعدم الاهتمام بها، وعدم قربانه لها، وترك فراش الزوجية عن قصد ودون سبب شرعي قد يكون الغرض منه التأديب، ومنعها من العصيان والنشوز، لقوله تعالى" واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجرهن في المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"، أنظر: سورة النساء، الأية 34. أنظر: ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، ادارة الطباعة المنيرية، مصر، ص 250.

[2]سورة البقرة الأية 226،227

[3] يعرف الايلاء لغة بأنه الحلف، والفعل االي يولي ابلاء أي حلف، وتألي بتألي تألیا وأتلى يأتلي ائتلاء، وقال الإيلاء الحلف، وقال بعض أهل المدينة: ولا يتأل وهي مخالعة للكتاب من تأليت، وقوله تعالى: "**وَلَا يَأْتَلِ أُوْلُواْ ٱلْفَضْلِ مِنكُمْ وَٱلسَّعَةِ**" سورة النور، اية 22.

أما اصطلاحا فقد اختلف الفقهاء في تعريف الايلاء فعرف فقهاء المحدثين الذين عرفوا الاسلاء الصابوني فقال:" حلف الرجل على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر، كأن يقول والله لا أقربك أو لا أجامعك أو أمثال هذه الكلمات. أنظر: أسامة ذيب مسعود، الاكراه في عقد النكاح، المرجع السابق، ص 193، 194.

[4]نورة منصوري، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الاسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، سنة 2012، ص 33.

[5]عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 231.

[6]العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 292.

[7]محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية. دار الفكر ناشرون وموزعون، الأردن، الطبعة الثالثة، سنة 2010، ص 330.

وعليه فيشترط في الهجر كمبرر قانوني يخول للزوجة حق طلب التطليق ثلاث شروط نستنتجها من الفقرة الثالثة من نص المادة 53 ومن الاجتهادات القضائية:

الشرط الأول: هجر الزوج للزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية والاعراض عنها وعدم قربانها، أي لا يعاملها معاملة الزوجة[1].

الشرط الثاني: أن يكون هذا عمديا نكاية بالزوجة وليس له ما يبرره شرعا وقانونا[2].

الشرط الثالث: أن يتجاوز الهجر أربعة أشهر متتالية، وألا يقع أي اتصال بينهما في هذه المدة[3].

فمتى توافرت هذه الشروط وتمكنت الزوجة من اثبات هجر زوجها لها في المضجع فوق أربعة أشهر، وتأكد القاضي من ذلك حكم بالتطليق، وهذا وفعا للضرر الواقع عليها[4].

نتيجة لذلك وعلى صعيد الاجتهاد القضائي يصعب صراحة على هذه الفقرة والمتعلقة بطلب التطليق بسبب الهجر من المضجع ندرة القرارات، ويرجع ذلك الى طبيعة هذا الضرر وكذا صعوبة اثباته من طرف الزوجة، فنلاحظه في احدى قرارات المحكمة العليا المؤرخ في 1999/03/16 متعلق بالتطليق قبل البناء، جاء فيه:" من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا ومتى تبين- في قضية الحال- أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم بقم بإتمام الزواج بالبناء بها فان الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت ضررها شرعا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، وعليه فان قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة والغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[5]. والمقصود من هذا القرار أن المدة الطويلة التي عقد فيها الطاعن على المطعون ضدها لم يتم بإتمام اجراءات الزواج، لاسيما فيما يتعلق بالبناء، وفي ذلك أقر يضرر الزوجة معنويا وماديا، وأن عدم البناء لمدة طويلة يمثل الأساس القائل بهجر الزوج عن زوجته، فبقاء الزوجة على ذمة الزوج شرعا وقانونا لمدة طويلة دون الدخول بها ومعاشرتها أمر فيه ضرر شرعي، غير أن هذا

---

[1] العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 290.

[2] نورة منصوري، المرجع السابق، ص 35

[3] نورة منصوري، المرجع السابق، ص 35.

[4] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 265.

[5] المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1999/03/16، ملف رقم 217179، مجلة قضائية، سنة 2001، عدد خاص ص 122.

القرار لم يذكر الأساس بوضوح واكتفى باعتبار الأساس هو الضرر المعتبر شرعا، تسهيلا على نفسه في تزكية الحكم المنتقد.

كما جاء قرار المحكمة العليا، وجاء فيه "وعليه فعن الوجه الأول المأخوذة من انعدام الأساس القانوني للقرار المدفوع فيه بدعوى أن قضاة المجلس قضوا بتطليق دون اعتمادهم على حالة من الحالات الموجبة للتطليق والمنوه عنها في المادة 53 من قانون الأسرة، معتمدين على أن الزوجة لا ترغب في استمرار الحياة الزوجية، وأن ذلك سببا من أسباب التطليق انما هو حالة من الحالات التي يلجأ فيها الى الخلع. لكن يتبين من وقائع الدعوى أن الزوجة ترغب في مرافقة زوجها حيث يقيم معها، وهو ما اتفق عليه بينهما وهو ما يرفضه الزوج وأن المجلس كان على صواب بقضائه بالتطليق، لأن المادة 53 من قانون الأسرة ذكرت من أسباب التطليق كل ضرر معتبر شرعا وأن غياب الطاعن عن زوجته وهجرها في المضجع كونه عاملا بفرنسا يعتبر ضررا لاحقا بها وخدشا لكرامتها الا إذا وافقت على هذا الغياب الذي ترفضه الزوجة للضرر.

وعليه فان ما ذهب اليه المجلس هو عين الصواب فلا ضرر ولا ضرار في الزواج الذي هو مودة ورحمة، ويرفض الوجه"[1].

ثانيا- التطليق للفاحشة المبينة

لقد جعل المشرع الجزائري ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة سببا من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطليق وذلك في نص المادة 53 من الفقرة السابعة من قانون الأسرة الجزائري ومن خلال استقراء نص هذه الفقرة نجد أن المشرع لم يبين لنا المقصود بالفاحشة المبينة التي يرتكبها الزوج وتكون سببا في طلب زوجته للتطليق.

والمقصود بالفاحشة المبينة هو تلك العلاقة الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم والمنصوص عليها بالمادة 337 مكرر من قانون العقوبات ولقد ذكر المشرع على سبيل الحصر تلك الفواحش في قانون العقوبات[2]. وجاءت نص المادة ومن ثم فهو في غير حاجة لإعادة ذكر ما يعد فاحشة في قانون الأسرة.

---

[1] محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2000/02/23، ملف رقم 770722، غير منشور، عن: مفيدة شكشوك، تقدير قاضي شؤون الأسرة للضرر والتعويض في حالة التطليق، المرجع السابق، ص 91.

[2] نبيلة بن عائشة، إرادة المرأة بإنشاء الرابطة الزوجية "التطليق"، مجلة تحولات، العدد 01، سنة 2018، ص 24،25.

وما تجدر الاشارة اليه أن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم تحيين 2020/04/30[1] سار مع أحكام الشريعة اذ قام بتصنيف جريمة الزنا ضمن الجرائم أو الأفعال التي ترتكب فيها، إذا من خلال هذا التعديل يمكن اعتبار جريمة الزنا سببا من أسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق وذلك من خلال ما جاءت339 الفقرة الثانية.

وعليه من خلال نص المادة 339 من قانون العقوبات نجد أن المشرع الجزائري قد قضى بالحبس من سنة الى سنتين لكل زوج الا بدعوى ترفعها الزوج ضده وللقاضي السلطة التقديرية في معاينة خذه الجريمة والبث في صحتها فاذا ثبتت جاز للقاضي الحكم للزوجة بالتطليق وقف للمادة 53 من قانون الأسرة.

ثالثا- التطليق للشقاق المستمر

نصت المادة 53 في الفقرة الثامنة بأنه" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة الشقاق[2] المستمر بين الزوجين"، يتضح من خلال هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد اعتبر الشقاق المستمر بين الزوجين يعد سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق من القاضي، فالشقاق هو استحكام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للانهيار والضياع[3].

كما يمكن الجزم بأن سلطة القاضي في هذه الحالة واسعة ومطلقة، لأن طلب الزوجة التطليق القائم على أساس الشقاق والخلاف بين الزوجين مما يصعب معرفة من المتسبب في ذلك.

---

[1]قانون رقم 20-06 مؤرخ في 05 رمضان هام 1441 الموافق 28 أبريل سنة 2020، معدل متمم الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 25.

[2]الشقاق لغة: يقال شاق مشاقة وشقاقا أي خالف مخالفة، والشقاق العداوة بين فريقين والخلاف يسن اثنين. أنظر: ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، دار المعرف، القاهرة، مصر، الجزء 12، ص 50.

-أما اصطلاحا: لم يعرف الفقهاء الشقاق في الاصطلاح، ولكن ضمنوه معناه اللغوي واقتصروا على ذكر أمثلة له، فقد جاء مثلا في تفسير الرازي أن للشقاق تأويلان أحدهما: أن كل واحد منهما يفعل ما يشق على صاحبه. والثاني: أن كل واحد منهما صار في شق بالعداوة والمباينة. لدى فان الشقاق بين الزوجين من الأمور التي تؤدي الى عدم استقرار العلاقة الزوجية، لهذا وضعت له الشريعة الاسلامية وسائل للقضاء على أسبابه من خلال بعث حكمين لحل الشقاق والاصلاح بينهما وعودة الاستقرار للأسرة.

أما المشرع الجزائري لم يعطي أي تعريف للشقاق، أو العناصر التي توضحه، وانما اكتفى بالنص في الفقرة 08 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على أن الشقاق المستمر بين الزوجين يخول الزوجة حق طلب التطليق.

[3]باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري، المرجع السابق، ص 50.

كما أن عدم تحديد المشرع لبعض مظاهر هذا الشقاق، أو الضوابط التي تحكمه يجعل المجال واسعا أمام القاضي لتقدير ما يعتبر شقاقا، وما لا يعتبر، خاصة في حالة عجز الزوجة عن اثبات ذلك.

كما أن أسباب الشقاق الدائم بين الزوجين عديدة ومتعددة[1]، فقد ترجع مثلا الى افشاء الزوج الأسرار الخاصة بينه وبين زوجته، وقد تكون نتيجة طمع الزوج في مال زوجته[2]، وقد تكون نتيجة الطعن في عقل الزوجة وأهليتها، وقد تكون نتيجة اتيان الزوجة في غير مكان الحرث[3].

فالقاضي عند نظره في طلب الزوجة يدقق جيدا في الأسباب التي أدت الى الشقاق، ويتأكد من أن الزوج هو المتسبب الوحيد في هذا الشقاق.

وقد صدرت العديد من القرارات عن المحكمة العليا والتي قضت بالتطليق بناءا على استفحال الشقاق بين الزوجين، ومثال ذلك الاجتهاد القضائي الذي صدر بموجب القرار المؤرخ في 1996/09/24 والذي جاء فيه:" من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين بقضي بالتفريق القضائي شرعا.

ولما كان– في قضية الحال– أن المطعون ضدها ما تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه اصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما فان القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي، وطبقوا صحيح القانون"[4].

كما ذهبت المحكمة العليا الى نفس الاتجاه في اجتهاد قضائي أخر صادر بتاريخ 1999/06/15 جاء فيه" من المستقر عليه قضاءا أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا.

ومتى تبين من قضية الحال، أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو

---

[1]الشنفطي، محمد بن أحمد سالم المجلسي، بن إسحاق خليل، لوامح الدور في هتك أثار المختصر خليل، ج07، كتاب الطلاق، الإيلاء، الظهار، اللعان،العدد، دار إبن الجزوي، القاهرة، سنة 2017، ص 321، 322.

[2]نصت المادة 330 مكرر من قانون العقوبات المعدل والمتمم" يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر الى سنتين (2) كل من مارس على زوجته أي اشكال الاكراه أو التخويف ليتصرف ممتلكاتها أو مواردها المالية"

[3]أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2009، ص 122.

[4]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1996/09/24، ملف رقم 139353، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد الثاني، ص 66.

المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها للتعويض وعليه فان قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون"[1].

رابعا- التطليق للضرر المعتبر شرعا

نصت المادة 53 في الفقرة العاشرة أنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا"، فقد أورد المشرع لفظ الضرر بصفة عامة ولم يحدد أنواع الضرر مما يفتح المجال واسعا أمام الزوجة لطلب التطليق، ولو نظرنا الى الفقرات السابقة من هذه المادة فان كل منها يمنحها الحق في طلب التطليق، وعليه فالمشرع لم يحدد نوعية الضرر[2]الشرعي، وأود عبارة عامة وشامة تاركا للقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة لم يقيدها بأي قيد[3].

ونظرا لتوسيع مفهوم الضرر المعتبر شرعا، وصعوبة حصره، وعدم توضيح المشرع بضرر معين، وكذا صعوبة اثبات الزوجة بعض صور الضرر، فان ذلك يجعل المجال واسعا أمام القاضي في اعمال سلطته لتقدير الضرر، ومنه السؤال الذي يطرح ما مدى اثبات الزوجة للضرر الواقع عليها؟ وما هو معيار الضرر؟

ان الزوجة في حالة طلبها التطليق بناءا على ضرر معتبر شرعا[4]، تجد صعوبة في اثباته، لأن بعض صوره لا يمكن الاطلاع عليها، أو قد تحصل داخل بيت الزوجية لا يمكن للغير العلم بها، ومع

---

[1]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 224655، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص 129.

[2]الضرر لغة هو من الضر والضرر ضد النفع، أي الشدة وسوء الحال- أما اصطلاحا فهو ايذاء الزوج لزوجته بالقول والفعل، كالشتم المقذع، والتقبيح المخل بالكرامة، والضرب المبرح، والحمل على فعل ما حرم الله، والاعراض والهجر من غير سبب يبيحه، ونحوه، أنظر، وهبة الزحلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 1985.

المشرع الجزائري لم يعرف الضرر ولم يورد صورا له ولا أنواعا، غير أنه يمكن اعتبار بعض تصرفات الزوج اتجاه زوجته من قبيل صور الضرر المعتبر شرعا، منها: الضرب العمدي، تماطل الزوج في ارجاع زوجته، ممارسة الزوج سلوكيات منافية للشرع، ايذاء الزوجة بالقول.

[3]لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في فضاء الأحوال الشخصية، دار هومه، عين مليلة، الجزائر، سنة 2005، ص 334.

[4]شمروك محمد وأخرون، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وإنحلاله، مذكرة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، سنة 2005، 2008، ص 25.

ذلك يمكن اثبات بعض هذه الأضرار كالضرب اعتمادا على الخبرة الطبية مثلا أو بكل وسائل الاثبات، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر عنها والذي جاء فيه:" **ان ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي**"[1].

كما أن للقاضي دور ايجابي أثناء فصله في طلب التطليق بناءا على الضرر المعتبر شرعا، فهو في الغالب يقوم بالتحقق من الأدلة المقدمة اليه التي تثبت الضرر[2]، إلّا أنّ ذلك لا ينفي سلطته الواسعة في تقدير الضرر، خاصة وأن المشرع لم يضع معيارا واضحا لذلك، مما يؤدي الى الاعتماد على المعيار الشخصي لتحديده، وكذلك بالنظر الى البيئة الاجتماعية والثقافية للزوجين، لأنّ ما يعتبر ضررا لزوجة ما قد لا يكون كذلك بالنسبة لزوجة أخرى[3].

هذا ما يجعل من مهمة القاضي صعبة وشاقة، في ظل عدم تحديد المشرع لصور الضرر المعتبر شرعا، وكذلك صعوبة اثباته اذ لا يمكن ثبوته سواء بالبينة أو الاقرار، أو بالوسائل الأخرى للإثبات. وجاء في قرار صادر عن المحكمة العليا" من المقرر شرعا وقانونًا أنه عند الحكم بالتطليق يتعين على القاضي تبيان نوع الضرر اللاحق بالزوجة، يقوم القاضي بالبحث عنه في أوراق الدعوى ومستنداتها[4]، ومنه يلجأ القاضي الى ذكر وسائل اثبات الضرر، فاذا ثبت الضرر للقاضي بشهادة الشهود فلا يد من ذكرهم على الصفة التي يتطلبها القانون.

ومن ثم يستوجب نقض القرار الذي اكتفى بذكر المادة 53 فقط، وكذلك لعدم مراعاته للقواعد الشرعية في التطبيق[5].

---

[1]محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2001/01/23، ملف رقم 258555، مجلة قضائية، سنة 2002، العدد الثاني، ص 417.

[2]نجية زتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، سنة 2006، ص 75.

[3]عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 270

[4]عبد الفتاح تقية، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية، قانون الأسرة مدعما لأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، المرجع السابق، ص 224.

[5]مفيدة شكشوك، المرجع السابق، ص 85.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير الطلاق التعسفي ولبدل الخلع

لقد كفل الله العصمة الزوجية للزوج وحده كونه الأحرس على بقاء الزوجية، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال أحكام نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، وبالرجوع لنص المادة 54 من نفس القانون المعدلة بموجب الأمر 05-02 حيث يتضح أنها منحت للزوجة حق المخالعة ودون موافقة الزوج وليس للقاضي دور في رد طلبها للخلع، غير أن سلطته تكمن في تقدير بدل الخلع وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني، أما المطلب الأول جاء تحت عنوان تقدير القاضي للطلاق التعسفي والنشوز.

الفرع الأول: دور القاضي في تقدير الطلاق التعسفي والنشوز

ان الأصل في الزواج هو الديمومة، غير أن هذا الزواج قد يعرف فشل، ويعجز عن تحقيق أهدافه ويستحيل دوام العشرة بين الزوجين، فجاء الطلاق لوضع حد لهذه الحياة الزوجية ولدفع الضرر الأكبر، ومنح لكل منهما حقوقا والتزامات، ومن بين هذه الحقوق هي الحق في التعويض عن الطلاق، الا أن هناك بعض الصور ينجز عنها تعويض للطرف المتضرر من جراء التعسف في استعمال حق من الحقوق وعليه يمكن طرح التساؤل كيف لقاضي شؤون الأسرة تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي وعن النشوز؟

الفقرة الأولى: تقدير القاضي للطلاق التعسف

طلاق التي يستوجب التعويض عنه يجب أن يكون الزوج قد تعسف في استعمال حقه وهذا ما جاء في نص المادة 52 والتي تنص " اذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، والمقصود من نص هذه المادة أنه اذا كانت العصبة بيد الرجل وله الحق في توقيع الطلاق[1]، فان المشرع قد جعل الأصل في الطلاق الحضر إلا اذا ادعت الحاجة اليه، وعليه فالزوج ملزم بتبريره لأنه يهدم الحياة الزوجية، فان كانت مبرراته غير جدية ودوافعه غير شرعية يكون متعسفا[2] ومنه تبقى السلطة التقديرية للقاضي في التقدير، ومنه فان أبرز الصور التي سنوضحها في هذا الفرع والذي يكون الزوج فيها متعسف في استعمال حقه في ايقاع الطلاق وهي.

---

[1] لحسين بن الشيخ اث ملويا، قانون الأسرة، نصا وشرحا، المرجع السابق، ص 61.

[2] لم يعرف المشرع الجزائري التعسف في استعمال الحق وانما الفقه هو الذي خلص في مجمله أن التعسف هو انحراف عن سبيل الاستخدام القانوني والشرعي؛ واذا كان المئرع الجزائري لم يعرف حصريا التعسف الا أنه جسد مظاهره في القانون المدني من خلال المادة 124 مكرر و المادة 124. وعليه يمكن القول أن الزوج الذي يقوم بتطليق زوجته بدزون سبب مقنع مما يلحق الضرر بها، غير أن هذا الفعل جاء مخالف للحكمة التي ادعت اليه، لأن استعمال الحق في الطلاق ولو كان مشروعا من حيث الأصل الا أنه لم يكن مصدر للضرر وانما شرع لتحقيق المصالح.

أولا- التعسف في استعمال المريض مرض الموت لحق الطلاق

ان ايقاع الطلاق في هذا الوقت أي في حالة وجود مرض الموت الذي يصيب الزوج والذي يعتبر قرينة على سوء نيته، وقصده الإضرار بالزوجة، فحتى تثبت الزوجة المطلقة تعسف الزوج في استعمال حقه حتى يحرمها من الميراث فنا ما على الزوجة إلا أن تثبت أن الطلاق قد وقع أثناء مرض زوجها المميت، وأنها كانت غير راضية به، فحق الطلاق مقيد بعدم الإضرار بالغير عند استعماله، فلا يجوز لصاحب الحق استعمال حقه[1] وقت ما شاء أو بدون حجة أو وجه حق وإذا ما استعمل الحق. وعليه يتبادر في أذهاننا التساؤل ما هو هدف المريض مرض الموت من ايقاع طلاقه في هذا الوقت؟ وما هو الشيء الذي ارتكبته الزوجة؟ هذا هو التساؤل الذي يطرحه قضاة الموضوع في القضية المطروحة أمامهم والأجدر والأكيد أن تكون الاجابة هي حرمان الزوجة من حقها في الميراث، والمقصود منه هو الحاق الضرر بها وهذا هو التعسف بعينة، ولهذا أطلق عليه الفقهاء بطلاق الفار.

كما أن استعمال الحقوق بنية الاضرار هو عين التعسف لذا فقد نهى الشرع عنه وحذر منه، وبما أن مجال الأسرة من أكثر المجالات التي قد يظهر فيها ذلك نتيجة لاحتكاك اليومي ونقص الوازع الديني، فقد نهت كثير من الأيات عن استعمال الحقوق فيها بنية الاضرار[2]. فنظرا للتعسف في استعمال الحق كما تمنع الأضرار تصون الحقوق، فطلاق القرار يقصد به صاحبه الاضرار بالزوجة وحرمانها من حقها في الميراث، هذا يوجب أن يرد على المتعسف قصده ويعامل بنقيضه اذ الطلاق لم يشرع لذلك.

ثانيا- التعسف في الطلاق من غير مبرر شرعي

ان الأصل في الطلاق هو الحظر لا الاباحة عند جمهور الفقهاء، وأنه لم يشرع الا عند الحاجة والضرورة الماسة التي يستحيل معها الاستمرار في الحياة الزوجية على نحو يحقق مقاصد الزواج، لذلك فان ايقاع الطلاق من غير حاجة ملحة اليه، وبدون سبب أو مبرر مشروع يقع تحت قائمة الطلاق المحضور، لأن الزوج بذلك يكون قد أضر بزوجته، والضرر ممنوع ومنهي عنه شرعا وقانونا

[1] أنس محمد عبد الغفار، التعسف في استعمال الحق (دراسة أصلية تطبيقية في القانون المدني والفقه الاسلامي)، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، سنة 2014، ص216.

[2] حميد بيرار، نظرية الحق وتطبيقاته في أحكام الأسرة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الاولى، سمة 2013، ص 172.

ودفعه مطلوب، ورفعه ان وقع من الواجبات وعليه فان استعمال حقه ومن ثم يعتبر طلاقه تعسفي[1].

ان قضاة الموضوع يعتمدون على معايير معينة لبناء حكمهم على أسس صحيحة، فالقضاة ملزمون بمعرفة الأسباب المؤدية الى الطلاق لأن القانون منح لهم السلطة التقديرية في مثل هذه المسائل لتفحص دوافع الطلاق، وقد منح قاضي شؤون الأسرة صلاحيات على خلاف القضاة الأخرين ومن بين هذه الصلاحيات اجراء جلسات صلح سرية بين الزوجين، بل أنه ملزم بذلك ويعتبر هذا الاجراء جوهري وجاءت في نص المادة 49 من قانون الأسرة[2].

-ثالثا: سلطة القاضي في الطلاق التعسفي

ان سلطة القاضي في هذا الطلاق محدودة في الفقه أو التشريع لأنه لا يملك أن يمنعه ولو لم يقتنع بأسبابه، لأنه لا يستطيع أن يجمع بينهما كرها، فالقاضي وان كان لا يملك أن يمنع الطلاق اذا أصر الزوج عليه الا أن له سلطة كبيرة في الحكم بالتعويض، ولو كان لغير سبب تعويضا، فلا تستحق المرأة فيه الا مؤخر صداقا إن لم يعجل ونفقة عدتها ان كان طلاقها رجعيا عند جمهور الفقهاء، واما المشرع الجزائري فقد رتب عليه تعويضا تخفيفا للضرر عن المطلقة في المادة 52 من القانون 05-02 سابقة الذكر، والمقصود منه أن الطلاق بلا سبب تعسف في استعمال الحق يحكم القاضي عليه بالتعويض لزوجه المتضرر[3]، وبه جرى العمل قضاءا كما تدل على ذلك هذه القرارات وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/04/07 :" من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة تعسفا نفقة عدة، ونفقة الاهمال، ونفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي لطار تدخل.

والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا اجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي[4]

---

[1] جمال فخري جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص 196.

[2] النظر الى الباي الأول، الفصل الثاني تحت عنوان الدور الإصلاحي للقضاء في قانون الأسرة.

[3] عدلان مطروح، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة والتشريع الجزائري والاجتهادات القضائية، مداخلة في ملتقى الدولي الثاني، المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، يومي 24 و25 أكتوبر 2018، ص 806.

[4] قرار رقم 4156 بتاريخ 1986/04/07، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد القاني، سنة 1989، ص 69، عن عدلان مطروح، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين، المرجع السابق، ص 807.

وأما مقدار التعويض فغير محدد في التشريع الجزائري وانما يرجع في ذلك الى السلطة التقديرية للقاضي في تحديد حسب درجة التعسف وحال الزوج يسرا أو عسرا، والنظر كذلك لمدة الزوجية.

وقد جاء قرار أخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1999/03/16 وجاء فيه:" من المقرر قانونا أن يجوز التطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا، متى تبين –في قضية الحال– أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها فان الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، وعليه فان قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة والغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون."[1]

من خلال هذا القرار يتضح لنا أن قضاة الموضوع ومالهم من سلطة تقديرية في تعويض الضرر فانهم منحوا تعويض عن الضرر المادي والمعنوي للمطلقة بقدر 100.000 دينار جزائري، وهذا بعد تحققهم من جسامة الضرر اللاحق بالمطبقة، بالإضافة الى ملاحظتهم لتعسف الزوج بأنه لم يتم اجراءات الزواج بالدخول بالزوجة وهذا التعسف سبب ضرر للزوجة مما دفعها بالمطالبة بالتطليق وتعويضها عن الضرر اللاحق بها[2].

ويرى الدكتور عدلان مطروح أن إطلاق سلطة القاضي في التقدير أولى من تقييدها، لأن التعويض يرجع فيه الى حال كل منهما، وهذا مختلف بين الناس، والقاضي مؤتمن في حكمه، واليه أسند تقدير مالم ينص عليه القانون صراحة من تعويض أو عقوبة.

كما يرى أيضا أن التعويض ليس مستنده المتعة لأن المتعة شرعت لكل مطلقة على قدر وسع الزوج سواء أكان طلاقها لسبب أو لغير سبب، دخل بها الزوج أو لم يدخل الا للمطلقة قبل الدخول وقد سمي لها صداق فلها نصف المسمى، وان اختلف الفقهاء في حكمها بين الوجوب والندب. فالتعويض اذا شئ زائد عن المتعة يعطى للمرأة ليس جبرا لخاطرها عن ألم الفراق فحسب بل تعويض عما وقع عليها من ضرر جراء ظلم الزوج وتعنته في استعمال حقه[3]، ولا بد أن يكون هذا التعويض

---

[1] محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1999/03/16، ملف رقم 217179، مجلة قضائية، سنة 2001، عدد خاص، ص 122، عن نين عمارة، المرجع السابق، ص 250.

[2] نين عمارة، المرجع السابق، ص 250.

[3] عدلان مطروح، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين، المرجع السابق، ص 808.

المستحق للمضرور مساويا للضرر الذي لحقه دون زيادة أو نقصان[1].

وهذا ما أكدته بعض قرارات المحكمة العليا، جاء في قرار رقم 41560 بتاريخ 1986/04/07 سالف الذكر.

وعليه ومن خلال ما توصلنا اليه، بأنه في حالة مخالفة هذا الاجراء فبطبيعة الحال فانه يؤدي الى نقض أحكام قضاة الموضوع، لأنه يتيح للقاضي وماله من سلطة تقديرية في تفحص ومعرفة دوافع كل زوج ورغبة كل زوج بعيدا على ما هو مدون في عرائضهم من دوافع وأسباب، فمن هذا الاجراء يستطيع القاضي من معرفة الأسباب الحقيقية الدافعة لا يقاع الطلاق، ومن هنا يؤسس حكمه على دراية جيدة لتحديد وجود التعسف في استعمال هذا الحق أم لا.

ومن خلال الموازنة بين الدافع والباعث الى ايقاع الطلاق وبين الأثار المترتبة عن هذا الاستعمال، فقد يستنتج القاضي تعسف الزوج حين يحصل على الطلاق دون سبب شرعي وجدي وفي المقابل معارضة الزوجة له في ذلك وارادتها في استمرار زواجها[2].

وفي الأخير نستنتج أن التعسف في استعمال الطلاق هو الخروج عن الحكمة التي اقتضت اباحته كالطلاق في مرض الموت لحرمان الزوجة من الميراث أو الطلاق من دون أدنى سبب معقول، كما أن عدم بيان الزوج سبب الطلاق يكفي لاعتباره تعسفا ولا تكلف المطلقة بإثبات التعسف، وكما أشرنا اليه سابقا بأن المشرع الجزائري لم يبين ولم بوضح من خلال نص المادة 52 من قانون الأسرة معيار الطلاق التعسفي ونحن نرى أن هذا المعيار يقوم على أساسين أحدهما شخصي يتمثل في النية أو الباعث وثانيهما موضوعي وهو الموازنة بين الحقوق والظروف التي أحاطت باستعمال الحق فالمعيار هو ضمان حالة التوازن طبقا للقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرر" وهذا ما تجسده السلطة التقديرية للقاضي.

كما أن القانون لم بحدد الأسباب التي تبيح الطلاق دون تعويض وترك ذلك لسلطة القاضي، وبالرجوع الى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع قد حدد معايير التعسف في استعمال الحق في الحالة العامة، بحيث يعتبر الشخص متعسفا في استعمال الحق في الحالة العامة، بحيث يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا تحققت احدى الصور التي نصت عليها المادة 124 من القانون

---

[1] ابراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية (دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض)، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، سنة 1995، ص 47

[2] دوادي خالد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص 62.

المدني: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الأنية:

-إذا وقع بقصد الاضرار بالغير.

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

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

من خلال هذا النص يمكن للقاضي أن يستخلص معايير التعسف حتى يسهل عليه التأكد من أن الزوج عند استعمال حقه في الطلاق بإرادته المنفردة متعسف أم لا[1].

الفقرة الثانية: تقدير القاضي للتعويض عن النشوز

لقد أورد المشرع الجزائري في نص المادة 55 من قانون الأسرة سبب أخر يؤدي الى الطلاق وهو النشوز[2]، وقد جاء في نص المادة" **عند نشوء أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر**"، وبقصد بالنشوز خلافات تنشأ عن نفور أحد الزوجين عن الأخر، وترفعه عليه، واعتراضه عنه، واستعصائه عليه وجفوته له، مما يؤدي الى غضابه واثارة عداوته، ويدفعه الى التفاعل السلبي معه، وقد يكون النشوز من الزوجة أو من الزوج.

وعليه فالطلاق بسبب النشوز يوجب التعويض وهذا الطلاق يوقعه القاضي، لهذا سوف نبحث عن الأساس القانوني للتعويض على النشوز في الفقرة الأولى أما الفقرة الثانية جاءت نخص سلطة القاضي من مسألة النشوز على ضوء الاجتهادات القضائية.

أولا: سلطة القاضي للتعويض عن الطلاق بالنشوز

من خلال نص المادة 55 من قانون الأسرة المذكورة سابقا، يتضح أن المشرع لم يعطي تعريفا لمعنى النشوز ولا شروطا لتحقق حالته بما يجعله أساسا لاستحقاق التعويض لأحد الزوجين، ولقد

---

[1] داودي خالد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص 64، أظر: لحسن بن الشيخ أث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، المرجع السابق، ص 62

[2] عرف النشوز في اللغة بالإرتفاع وإصطلاحا نشوز الزوج هو تركه بيت الزوجية من غير مبرر شرعي، وظلمه لزوجته، ونشوز الزوجة هو عدم طاعتها لزوجها والإصرار على معصيه، أنظر: بن داود عبد القادر، الطلاق بارادة الزوجة حال ماتكون العصمة بيدها ومشكلة النشوز بين غموض القانون وإختلاف الإجتهاد القضائي، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 08، العدد 09، ص 224، 225. وقال الذهبي " قال عطاء" هو أن تتعطر له، وتمنعه نفسها وتتغير عما كانت تفعله من الطواعية، أنظر: عبد العزيز بن سايب، علاج النشوز، مجلة الحضارة الاسلامية، مجلد 16، عدد 27، ص 173، 174.

أوضح العربي بالحاج معنى النشوز بأنه جحود الزوجين لغير سبب شرعي، أو هو عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج، ورفض تنفيذ أحكام القضائي الملزمة له بذلك[1].

وعليه فيجب اثبات النشوز من طرف الزوج المتضرر بكل الطرق القانونية والشرعية وما نلاحظ من خلال قانون الأسرة أن المشرع لم يبين طرق اثبات النشوز، الا أن المعمول به من الناحية العلمية أن القاضي بحكم بالطلاق لنشوز الزوجة اذا صدر حكم يقضي برجوع الزوجة الى محل الزوجية، فاذا امتنعت الزوجة عن الرجوع ولم تمتثل، يحرر القاضي محضر امتناع عن الرجوع، ثم يبادر الزوج بطلب الطلاق لنشوز الزوجة بناءا على هذا المحضر الذي يعتبر الدليل على النشوز، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يتأكد من صحة المحضر وأنه مستوفي لشروطه القانونية، وأن الزوج قد وفر للزوجة كل مستلزمات الحياة الضرورية وأنه قد سعى لإرجاع زوجته لمحل الزوجية الا أنها امتنعت.

أما في حالة نشوز الزوج، فإننا بالعودة الى الواقع المعمول به في المحاكم نجد أن القضاة بعد اجراء محاولة الصلح وكل الاجراءات التي سبق الحديث عنها فان القاضي يحكم بالتطليق لنشوز الزوج، اذا صدر حكم نهائي برجوع الزوجة لمحل الزوجية ولم يسعى الزوج لتنفيذ الحكم أي عندئذ يجوز للزوجة طلب التطليق للضرر أي لنشوز الزوج[2].

وبالنسبة لتقدير مبلغ التعويض فيخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يشير اليه في نفس الحكم القاضي بالطلاق، باعتبار أن المشرع لم يحدد معيار تقدير التعويض ولا لتاريخ بداية استحقاق التعويض، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا في أحد اجتهاداتها بتاريخ 1999/03/16 وجاء فيه:" من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع"[3].

والذي يترجح لي أن تقدير سلطة القاضي تكون واسعة غير مقيدة، بحيث أن القاضي يراعي مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق في حالة نشوزه وهذا ما داء في حيثية قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/02/22 وجاء فيها:" **لكن وحيث أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق**"[4].

---

[1] العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 309.

[2] نين عمارة، سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق، المرجع السابق، ص 146.

[3] محكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1999/03/16، ملف رقم 216865، مجلة قضائية، سمة 2001، عدد خاص، ص 256.

[4] محكمة العليان غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2000/02/272 ملف رقم 235367، مجلة قضائية، سمة 2001، عدد الأول، ص 275.

أما اذا كانت الزوجة هي الناشز وتمتنع هذه الأخيرة من الرجوع لمسكن الزوجيةجاء في هذا الصدد قرار عن المحكمة العليا يقضي " **المبدأ: لا يعتد بامتناع الزوجة عن الرجوع لمسكن الزوجية أثناء جلسة الصلح الا اذا صدر حكم بقضي بذلك وتم تنفيذه وحرر محضر امتناع عن الرجوع، لتأخذ حكم الناشز وتحرم من التعويض**" [1]ما يستشف من نص هذا القرار أن الزوجة التي تمتنع الى الرجوع لبيت الزوجية وثبت نشوزها عند الامتناع عن الرجوع هنا تأخذ الزوجة حكم الناشز وكما نعلم أن الزوجة الناشز لا تعويض لها.

ثانيا: موقف القضاء في النشوز على ضوء الاجتهادات القضائية.

لقد عالجت المحكمة العليا مسألة النشوز في العديد من قراراتها، ومن بينها القرار الصادر بتاريخ 1993/04/27 حيث جاء فيه "**متى كان من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر، عند نشوز أحد الزوجين، فان القضاء بغير ذلك يعد خرقا للقانون، ومن ثم فان عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة- في قضية الحال- تلجأ الي طلب التطليق بعد نشوزها، فان ذلك يعد سببا كافيا لاعتبار الزوج متضررا من هذا الطلاق، وعليه فان قضاة الموضوع قد اخطأوا حين قرروا أن الضرر والتعويض عنه يكون للزوجة وحدها، مما يستوجب نقض قرارهم جزئيا وبدون احالة**"[2]، ويتضح من خلال هذا القرار أن قضاة المجلس أساؤوا تطبيق القانون حين قضوا بتطليق الزوجة وتحميل مسؤولية الطلاق على الزوج مع تعويض الزوجة، حيث جاء في حيثيات هذا القرار أنه لا يوجد للزوجة المطلقة أي سبب واضح للجوئها الى طلب التطليق، وهذا سبب كافي، وعليه فان الزوج متضرر من هذا الطلاق وغير متسبب فيه، وأن نشوز الزوجة المدعية بات واضحا وهذا بإصرارها على طلب التطليق، وهناك قرار اخر يوضح متى تعتبر الزوجة ناشزا حيث جاء فيه:" **ان نشوز الزوجة يثبت اذا صدر ضدها حكم بالرجوع، نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، وبلغ لها بطريقة قانونية، ورفضت الامتثال له بشكل صريح**"[3]، ويليه قرار أخر يأكد الشروط التي يتوقف عليها القضاء لتأخذ الزوجة حكم النشوز " **المبدأ: لا يعتد بامتناع الزوجة عن الرجوع لمسكن**

---

[1] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 2019/09/04، ملف رقم 1307506، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2019، ص 98.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1993/04/27، ملف رقم 90947، مجلة قضائية، سنة 1994، العدد الثاني، ص 71. عن نين عمارة، المرجع السابق، ص 147.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2005/10/12، ملف رقم 345125، نشرة قضائية، سنة 2006، عدد 61، الجزء الأول، ص 332، عن نين عمارة، المرجع السابق، ص 149.

الزوجية أثناء جلسة الصلح الا اذا صدر حكم يقضي بذلك وتم تنفيذه وحرر محضر امتناع عن الرجوع، لتأخذ حكم النشوز وتحرم من التعويض"[1] ويتضح من خلال هذا القرار أن الزوجة لا تعتبر ناشزا الا اذا توفرت جملة شروط وهي:

-أن يصدر حكم ضد الزوجة يأمرها بالرجوع لمسكن الزوجية.

-أن يكون هذا الحكم نهائي.

-أن يتم تبليغ الزوجة بهذا الحكم النهائي من طرف المحضر القضائي.

-أن ترفض الامتثال لهذا الحكم ويتم هذه عن طريق تحرير محضر امتناع من طرف المحضر القضائي.

فاذا توفرت هذه الشروط كلها ثبت نشوز الزوجة، وأصبح للزوج الحق في طلب الطلاق عن الضرر اللاحق به[2].

الفرع الثاني: دور القاضي في تقدير بدل الخلع

إذا أدركت الزوجة بأن المادة 53 من قانون الأسرة التي أجازت لها طلب التطليق لا تسمح لها بالتخلص من الزوج الذي لا ترغب في العيش معه وعجزت عن أي مبرر لطلب التطليق الى أن أصبحت مقتنعة بأن البقاء مع هذا الزوج أصبح كابوسا لا يمكن الافلات منه الى درجة الخوف من التفكير في أمور لا ترضي الله مثل ما وقع لامراة ثابت بن قيس، وعليه ومن خلال نص المادة سابقة الذكر سنوضح سلطة القاضي في الخلع (الفرع الأول) ثم نتطرق الى سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع (الفرع الثاني)

الفقرة الأولى: سلطة القاضي في الخلع

شرع الطلاق لاستحالة تحقيق الهدف من النكاح، ونظرا لخطورته جعل بيد الرجل، وفي المقابل ذلك وعند تضرر الزوجة من تصرفات زوجها، فتح لها طريقان للخلاص من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها، أولهما التطليق -الذي سبق أن تناولناه- وثانيهما الخلع.

---

[1] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 2019/09/04، ملف رقم 1307506، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2019، ص 98، 99،100

[2] نين عمارة، المرجع السابق، ص 149.

ان محور دراستنا في هذه الفقرة جاء لبين أهم دور يقوم به قاضي شؤون الأسرة في تقدير بدل الخلع؛ مع العلم وللاحاطة أكثر أن دور القاضي يكمن الا فتقدير بدل الخلع ولا سلطة له في رفض طلب التطليق عن طريق الخلع.

وجد الخلع عند انتفاء الأسباب المستند عليها في المادة 53 من قانون الأسرة لطلب التطليق، ولهذا ارتأينا دراسة دور القاضي في الخلع في فقرتين، نستهلها بطبيعة الحكم القضائي للخلع، ثم دور القاضي في اجبار الزوج على الخلع.

-أولا: طبيعة الحكم القضائي بالخلع

ان المقصود من هذه الفقرة هي طبيعة الحكم بالخلع[1]، وليس باعتبار أن الخلع وسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية لا يحتاج الى حكم قضائي يقرره، ومنه فهل طبيعة الحكم بالخلع هو حكم مقرر أم حكم منشئ، فالخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية لا بد له من صدور حكم به حتى يتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية والتأشير به على هامشي شهادة ميلاد الطرفين من أجل أن تتم المحافظة على حقوق الطرفين، غير أن التساؤل الذي تحول الاجابة عليه في هذا الفرع هو ما طبيعة الحكم بالخلع هل يدخل في تكوينه وهل يحتاج الخلع لترتيب أثار صدوره عن القاضي أو لا.

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية حول طبيعة الحكم غير أنهم استقروا بجواز أخذ الزوج المال أو

---

[1] الخلع برفع اسم ومصدره الخلع بفتح الخاء، ومعناه النزع، ويعرفه فقهاء المالكية بأنه:" ازالة بعوض من الزوجة أو غيرها"، أو أنه طلاق بعوض"، والخلع طلاق وليس بفسخ في أسهر وأقوى أقوال الفقهاء، ويعتبر طلقة واحدة بائنة لا رجعة فيها وتحسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج، وأصل الخلع قوله تعالى:"**ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ** " البقرة- الأية 229، ولقوله ﷺ لثابت بن قيس " اقبل الحديقة وطاقها تطليقة"، أنظر: نجيمي جمال، المرجع السابق، ص 192.

والخلع بالضم مصدر سماعي يستعمل في الأمرين أيضا لكن الخلاف في أنه حقيقة في ازالة الزوجية أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل وبالعكس "**هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمۡ وَأَنتُمۡ لِبَاسٞ لَّهُنَّۗ**"، البقرة، الأية 187، هذا وقال الفقهاء: ان العرف خص استعمال الخلع بالفتح في ازالة غير الزوجية، والخلع بالضم في ازالة الزوجية، أنظر: منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الاسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2010، ص 101.

في الاصطلاح عرفه بعض الفقهاء بأنه" حل لعقدة الزوجية بلفظ الخلع فيما معناه، في مقابل عوض تلتزم به المرأة" كما عرف بأنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بسبب عوض عن التطليق، المرجع السابق، ص 102، كما عرف بأنه الطلاق على مال بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمباراة، أنظر: أسامة ذيب مسعود، الاكراه في عقد النكاح دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية، عمان، دار الثقافة، سنة 2011، ص 187.

ما يقوم مقامه في نظير خلاص الزوجة منه، ولا اثم عليه في ذلك لقوله تعالى: " **لَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ** [1]" فاذا كان البدل مساويا لما دفع للزوجة من مهر حل له أخذه أما إذا كان أقل من فيمة المهر الذي دفعه فيحل له من باب أولى وهذا بإجماع الفقهاء الا أنهم اختلفوا فيما إذا كان البدل أكثر مما قدم اليها من مهر، وفي هذا الشأن كان لكل مذهب رأيه[2].

مثل ما وقع لامرأة ثابت بن قيس من حديث ابن عباس أنها رفعت أمرها الى النبي ﷺ "فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعيب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر بعد الدخول في الاسلام فقال رسول الله أتردين عليه حديقته قالت نعم قال له رسول الله ﷺ أقبل الحديقة وطلقها"[3].

في التشريع الجزائري يعتبر الحكم بالخلع حكما مقررا لواقعة سابقة على صدوره اتفاق الطرفي، فاذا تراضى الزوجان على فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع ولم يكن هناك نزاع حول قيمة البدل فان القاضي لا يملك الا المصادقة على ما اتفق عليه الطرفان ويكون حكمه مقررا.

أما إذا رفض الزوج الخلع ورفعت الزوجة أمرها الى المحكمة واقتنعت المحكمة بتأسيس طلبها وحكمت بالخلع رغم رفض الزوج، كان حكمها منشئا في هذه الحالة[4].

ثانيا: سلطة القاضي بإجبار الزوج على الخلع

إذا كانت الزوجة تعاني من الضرر في الحياة الزوجية ويرفض زوجها أن يطلقها، ولم تستطع اثبات الضرر أمام القاضي، فعرضت على زوجها عوضا ماليا لقاء طلاقها ولكنه رفض، ولجأت الى القاضي طالبة الخلع منه، فهل يملك هذا الأخير إجبار الزوج على قبول البدل[5] وفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع جبرا عن الزوج. انقسم فقهاء الشريعة الاسلامية بصدد هذه المسألة الى فريقين:

هناك من أحد بإجبار الزوج بقبول البدل ويقه الطلاق بينهما، والرأي الثاني ذهب بعكس الرأي الأول.

---

[1] سورة البقرة، الأية 229

[2] منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الاسلامية، المرجع السابق، ص 137.

[3] المرجع نفسه

[4] بخالد عجالي، السلطة التقديرية للقاضي في الخلع بين ضوابطها الشرعية وتطبيقاتها القضائية، الملتقى الدولي الثاني، المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، 24 و25 أكتوبر، سنة 2018، ص 880.

[5] المشني، منال محمود، الخلع في الأحوال الشخصية أحكامه وأثاره، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، عمان، دار الثقافة، سنة 2008، ص 243.

أما عن موقف المشرع الجزائري من مسألة اجبار الزوج على الخلع، قبل تعديل قانون الأسرة، كانت المادة 54 منه تنص على ما يلي:" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه. فان لم يتفقا على شيء، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم." وأمام سكوت المشرع عن موافقة الزوج أو عدم موافقته على الخلع، سار الفقه الجزائري وتبعه القضاء على أن الخلع عقد رضائي يشترط فيه موافقة الزوجين وتنحصر سلطة القاضي على المصادقة على ما تم الاتفاق عليه وعلى تحديد البدل ان لم يتفقا.

حيث رأى البعض من شراح قانون الأسرة قبل التعديل سنة 2005 أن فعل " خالع" المذكور في نص المادة 54 انما هو فعل مزيد على وزن فاعل أي بادل[1]، وفيه تفاعل الطرفين وتوقف حصول الفعل على ارادتهما وعلى هذا فإما أن تكون الزوجة هي الموجبة والزوج هو القابل أو الموجب وهي القابلة. واعتبر أخرون بأن حقيقة الخلع القانونية أنه عقد ثنائي لا يتم بإيجاب وقبول، فالخلع ما هو الا طلاق بدون منازعة أو مخاصمة[2]، وقد سارت على اعتبار الخلع عقدا رضائيا لا يتم دون موافقة الزوج المحكمة العليا في الكثير من قراراتها منها القرار الذي جاء فيه: " من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ بعد مخالفا لأحكام الفقه"[3].

قرار صادر بتاريخ 1988/12/21 تحت رقم 51728 والذي جاء فيه: "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فان القضاء فيما يخالف هذا المبدأ بعد مخالفا لأحكام الفقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولما لم يكن من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير، فان القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرق للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون احالته"[4]

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1994، ص 202. منصوري نورة، التطليق والخلع، المرجع السابق، ص 132.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 203.

[3] القرار المؤرخ بتاريخ 1989/11/21 ملف رقم 51728، المجلة القضائية، العدد03، سنة 1991.

[4] القرار الصادر في 21-12 رقم 1988 رقم الملف 51728 المجلة القضائية لعام 1990، العدد 03، ص 32، عن منصوري نورة، التطليق والخلع، المرجع السابق ص 132.

وجاء في قرار المحكمة العليا " متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه. فتن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الاسلامية في الخلع"[1].

وكما جاء تأكيد لموقف المحكمة العليا الوارد في قرار المحكمة العليا والذي جاء فيه " ان المادة 54 من قانون الأسرة (قبل التعديل فيفري 2005) تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة الصداق المثل[2] دون الالتفات الى عدم قبول الزوج للخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك بفتح الياء للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا. وعليه فان قضاة الموضوع، في قضية الحال لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون"[3].

وقد شكلت هذه القرارات للمحكمة العليا شرعية قضائية، ان صح القول للمشرع الجزائري، لتعديل نص المادة 54 اتصبح بعد صدور الأمر 02/05، صيغتها كالتالي" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها دون مقابل مالي. إذا لم يتفق على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قسمة صداق المثل وفت صدور الحكم". ووفقا لهذا النص تغيرت نظرة المشرع الى الخلع من عقد رضائي الى حق مطلق للزوجة بحيث أصبح القاضي يملك سلطة اجبار الزوج على الخلع إذا ما رفض طلب زوجته تطليقها وقبول البدل[4].

وجاء في قرار المحكمة العليا: " المبدأ: الخلع حق ارادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج"[5].

وعليه ومن خلال أحكام وقرارات المحكمة وحسب نص المادة 54 المعدلة أوضحت أن الحكم

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/06/11 فصلا في الطعن رقم 33652، المجلة القضائية، العدد03، سنة 1989، ص38.

[2] قرار المحكمة العليا،الغرف المدنية، بتاريخ2015/12/17، القرار رقم 0891903، موقع المحكمة العليا.
http://www.coursupreme.dz

[3] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، بتاريخ 1992/07/21 فصلا في الطعن 83603، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص باجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، سنة 2001، ص 134.

[4] بخالد عجالي، السلطة التقديرية للقاضي في الخلع بين ضوابطها الشرعية وتطبيقاتها القضائية، المرجع السابق، ص883

[5] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2011/09/15 فصلا في الطعن رقم 656259، المجلة القضائية، العدد 01، ص 318، سنة 2012

بالخلع لا يتوقف على موافقة الزوج لأن الخلع حق للزوجة، وفي ذلك يقول ابن رشد الحفيد " والفقه أن الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك (كره) المرأة، جعل الخلع بيد المرأة لذا فركت (كرهت) الرجل[1]. ومنه فاذا طلبت الزوجة الخلع فان القاضي يحكم به دون المناقشة لأسباب ذلك، ولا يتدخل القاضي الا بخصوص المقابل المالي للخلع إذا اختلف الزوجان على مقداره ويقوم بتحديده على ألا يتجاوز صداق المثل المعتمد وقت صدور الحكم القاضي بالخلع[2].

اذا ومن خلال ما تقدم فانه لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكتفي عرض الزوجة مقابل الخلع فقط [3]، وقد صدر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار تحت رقم 141262 المؤرخ في 1996/07/30 والذي قضى: " أن طعن الزوج بالخلع انتهى الى قبوله شكلا ورفضه موضوعا، استنادا الى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الاسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقدا رضائيا بين الزوجين"[4]، وعليه فان الزوجة تتمتع بحق خالص في انهاء العلاقة الزوجية لقاء بدل تدفعه للزوج، فاذا قبل ذاك انعقد الاتفاق بينهما، أما اذا رفض فينشأ تبعا لذلك حق ارادي يسمح لها بإنهاء العلاقة الزوجية، ومن ثمة فلا يملك القاضي حق رفض طلب التفريق بالخلع وليس له سلطة تقديرية في المنع[5].

ولقد نصت الفقرة الأخيرة لمادة 451 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على ما يلي: " يعاين القاضي أيضا ويعطي وصفا للوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة" وتتمخض عن ذلك النتائج التالية:

–أن الخلع يطلب من طرف الزوجة أمام القاضي دون اشتراط ابداء السبب، ولا يتدخل هذا الأخير الا بخصوص تقدير العوض عند الاختلاف في نوعه أو مقداره، وهذا للحكم بصداق المثل، وبالتالي لا يحتاج الحكم بالخلع الى تسبيب، ولابد للقاضي من اجراء محاولة الصلح قبل النطق بطلاق الخلع.

---

[1]أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير (بابن رشد الحفيد)، المرجع السابق، ص55.

[2]لحسين بن الشيخ اث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، المرجع السابق، ص 66.

[3]منصوري نورة، المطليق والخلع، المرجع السابق، ص 133.

[4] 30 القرار الصادر بتاريخ /1996/07 تحت رقم 1141262، غير منشور، مأخوذ عن زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، دار النشر أنسكلوبيديا، ص 159.

[5]، عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص 60.

-أنه لا توارث بين المختلعين لكون المختلعة أصبحت أجنبية عن الزوج بمجرد النطق بطلاق الخلع.

-للمختلعة حق السكنى أثناء العدة ولا نفقة لها في العدة الا أن تكون حاملا.

-للمختلعة الحق في جميع الحقوق الأخرى من حضانة وولاية وكذا استرجاع أمتعتها[1].

ومن خلال ما سبق نجد أن نص المادة 54 من قانون الأسرة جاءت صريحة وغير مبهمة بحيث نصت بأنه يحق للزوجة أن تخالع زوجها بمقابل مالي ودون موافقته، فان الخلع هو حق للزوجة لا يشترط رضا الزوج وهو ما أخذ به المذهب المالكي المعتمد في القانون الجزائري.

الفقرة الثانية: سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع

يتمتع القاضي وهو ينظر الى النزاع المطروح أمامه بسلطة تقديرية تتفرع الى نوعين: النوع الأول هو تقديره للوقائع واختبار القاعدة القانونية الملائمة لحكم النزاع على وجه يحقق العدالة ويحسم الخلاف بين الخصوم، وسلطة تطبيق النص القانوني الذي دلت عملية التكييف القانونية التي قام بها.

وان للقاضي السلطة التقديرية في تقدير بدل الخلع[2]، وقد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري سلطة

---

[1] لحسين بن الشيخ اث ملويا، المرجع السابق، ص 68.

[2] ويقصد ببدل الخلع بأنه العوض ويشترط المالكية وغيرهم من المذاهب الفقهية أن تكون منتفعة بها شرعا وأن تكون من مال متقوم، أي له قابلية التملك شرعا أو عرفا كالنقود المعاصرة والذهب والفضة والسلع الحلال. أما قانون الأسرة الجزائري لم يشر الى شروط الزوجين في المادة 54 ولا الى شروط البدل أو الصيغة، فلو نظرنا الى صياغة المادة 54 في ظل القانون 84-11 من قانون الأسرة وجاء فيها:" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال"، يتضح أنه هناك غموض في نص المادة حيث لا يتضح ما اذا كان الخلع عقدا رضائيا أن تصرفا ارايديا من طرف الزوجة، غير أنه بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 أصبح نص المادة واضح من خلال الصياغة الجديدة له وهي كالتالي:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، فيتضح من خلال نص المادة أنه لا عبرة لإرادة الزوج في هذا العقد.

وبالنسبة لطبيعة بدل الخلع فبمكن القول إنه كل ما جاز أن يكون صادقا جاز أن يكون بدلا في الخلع، غير أن قضاء الجزائري في أحكامه قال كلمته بأن مقابل الخلع لابد وأن بكون مالا، أنظر: نبن عمارة، المرجع السابق، ص 103.

ولقد قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1982/02/08 بأنه:" من المقرر شرعا أن الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة، إذا الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها ان قبل تم الخلع وطلقت منه"، المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1982/02/08، ملف رقم 26709، نشرة قضائية، عدد خاص، ص 258، عن نين عمارة، المرجع السابق، ص 105.

القاضي في تقدير مقابل الخلع من خلال عدة قرارات[1]، غير أن هذه السلطة قيدها المشرع الجزائري في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها:" إذا بم يتفق الزوجان على مقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم". فالأصل هو اتفاق الزوجين على المخالعة كما يتفقان على العوض الذي تدفعه الزوجة، فان اتفقا على الخلع واختلفا على البدل لجئا الى المحكمة من أجل تحديده عن طريق ضوابط حددها المشرع، فقد أكدت المحكمة العليا على سلطة القاضي التقديرية في تحديد بدل الخلع في العديد من قراراتها ومنها ما جاء فيه:" من المقرر شرعا أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس على مبلغه، فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده".[2]

وجاء في قرار أخر:" أخر:" من المتفق عليه عند فقهاء الشريعة الاسلامية أنه في حال اتفاق الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف في مقداره، فان أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق"[3].

ونلاحظ من خلال نص المادة 54 استبعاد مقدار بدل الخلع بالصداق الذي سكون قد دقعه الزوج لزوجته أثناء العقد، فقد يمر وقت طويل على العقد وتكون قيمته قد تراجعت كثيرا، ولذلك ربط المشرع تقدير بدل الخلع الذي يدفع لمثلها ويدفع مثله وقت الحكم.

وان عبارة " ما لا تتجاوز صداق المثل وقت الحكم" الواردة في نص المادة 54 جعلت بعض

وقد جاء قرار أخر بتاريخ 1999/03/16 يؤكد على أن بدل الخلع يجب أن يكون مالا وجاء فيه:" الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي ترضع عليه"، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1999/03/16، ملف رقم 216239، نشرة قضائية، عدد خاص، ص 138، عن جمال سايس، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 563.

[1]في القرار المؤرخ في 26 ماي 1968 عن المجلس الأعلى سابقا جاء فيه: "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس على مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناءا على صداق مؤجل وما ثبت لهم من ظلم يراه المجلس الأعلى أنه ينجز عنه الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج بدون حاجة الى اشتراط أدائه فورا، اذ يمكن فوق ذلك تأجيل دفعه كما بسوغ أن بكون الشيء غير موجود وفت الاتفاق"، أنظر منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الاسلامية، المرجع السابق، ص 141.

[2]قرار مؤرخ في تاريخ 1968/05/22، غرفة الأحوال الشخصية، مجموعة الأحكام القضائية، الجزء الأول، ص 35.، عن بخالد عجالي، السلطة التقديرية للقاضي في الخلع بين ضوابطها الشرعية وتطبيقاتها القضائية، مداخلة منشورة عن ملتقى الدولي الثاني، مستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، بتاريخ 24و25 أكتوبر سنة 2018، ص 887

[3]قرار مؤرخ في 1985/04/22، ملف رقم 36309، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1989، أنظر، بخالد عجالي، المرجع السابق، ص 887.

الشراح يرون أنها تفتح باب الابتزاز من طرف الأزواج للتحايل والانتقام من الزوجة جين تطالب بالخلع، لذلك دعا البعض الى صياغة المادة الى: " فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بصداق المثل وقت الحكم"، فيلاحظ أن سلطة القاضي التقديرية في تحديد بدل الخلع يحكمها مبدأ قانوني وهو ألا يتجاوز البدل صداق المثل، ولمعرفة صداق المثل طرق عديدة منها التحقيق وسماع الطرفين والشهود بما يملك القاضي من دور في الدعوى المدنية، على أنه اذا تجاوز في تحديد بدل الخلع صداق المثل وقت الحكم فانه يكون قد خالف القانون وعرض حكمه للنقض كما يجب عليه بيان المعايير التي عليها بنى تقديره لتتمكن المحكمة العليا من مراقبتها، وذلك أن تسبيب الحكم واجب على القاضي، وتعتبر أسياي الحكم أساسه وسنده، والمرأة العاكسة لقناعته بما انتهى اليه في حكمه[1]، بالإضافة الى ذلك لا يجوز أن تكون الحضانة مقابلا للخلع، أي أن لا يكون في المقابل تنازل الأم عن حضانة الأبناء الى الأب لأن ذلك يعد باطلا [2].

كما أنه يجب على القاضي عند تقديره لبدل الخلع أن ينطق به عند صدور الحكم بالطلاق وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2006/10/11" لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، والقاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعا، سواء اتفق الطرفان عليه أم اختلفا"[3].

أولا- الأساس القانوني لاستحقاق التعويض عن الحكم بالخلع

ان الطلاق حق هو مقرر للزوج والخلع أيضا هو حق مقرر للزوجة فلو افترضنا أن الزوج استعمل حقه في الطلاق غير أنه حين وحسب نص المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري أنه:"إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، ان قاضي الموضوع يتحرى في مدى استعمال هذا الحق على الوجه الشرعي فاذا اتضع وجود تعسف كما ذكرنا سابقا حكم للمطلقة بالتعويض. وكما جاء أيضا في نص المادة 54 "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، اذ لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم

---

[1] بلخالد عجالي، السلطة التقديرية للقاضي في الخلع بين ضوابطها الشرعية وتطبيقاتها القضائية، المرجع السابق، ص 888.

[2] منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الاسلامية، المرجع السابق، ص 159.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2006/10/11، ملف رقم 365244، مجلة محكمة عليا، عدد 01، سمة 2007، ص 467.

القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"[1] ومنه ومن خلال نص المادة نلاحظ أن للزوجة الحق كذلك بطلب فك الرابطة الزوجية ولكن بدون شروط ودون موافقة الزوج، يمكن ملاحظة من خلال نص الادة الأول ونص المادة الثاني وجود تشابه في استعمال الحق في فك الرابطة الزوجية وحسب منظوري وجود مساوات في استعمال هذا الحق الا أنه ولو افترضنا أن الزوجة في حالة استعمالها لهذا الأخير دون مبرر شرعي افلا يعتبر تعسف في الحق الزوج وكان من المفروض تعويض الزوج، ومن ثم الا يرتب ذلك مسؤوليتها قبل زوجها التي تلزمها بتعويض زوجها من جراء هذا التعسف؟ أليس في ذلك الرأي ما يشكل ضابطا موضوعيا وقانونيا وشرعيا لاستعمال هذا الحق؟

ولعل في ترتيب مسؤولية المختلعة قبل زوجها نالا يتعارض مع الشرع أو المنطق، وذلك لتوافر العلة المبتغاة وهي بط استعمال هذا الحق تفاعلا مع معطيات الواقع غير المتناهية ببسط هذه القاعدة فيما يتضمنه من رقابة أخلاقية اجتماعية وقانونية، لضبط ايقاع هذا الحق إذا ما أسيئ استعماله. ولا شك أن في هذا المسلك ما يقبله العقل ويقره المنطق، ذلك أنه على هذا النحو انما نعتبره من قبيل المصالح المرسلة التي عرضت بصدور هذا التشريع [2].

ان هذه المسؤولية تجد أساسها في القواعد القانونية المقررة في استحقاق الزوجة للتعويض عند الطلاق التعسفي، وكما أن اساءة استعمال الطلاق يقابله تعويض، فانه من المنطقي أن اساءة استعمال الخلع يقابله كذلك التزام بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر. وقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة في تقدير بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم، والسؤال المطروح هنا أليس من المنطق أن تتحمل الزوجة كذلك تعويض الزوج عند تعسفها؟ وهل يعتبر صداق المثل كافيا لجبر الضرر اللاحق بالزوج عند الحكم بالخلع؟ وهل يحق له المطالبة بتعويض يتجاوز صداق المثل؟

ومن خلال نص المادة 54 من قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم يعطي للزوج الحق في التعويض في حالة اساءة استعمال الزوجة لحق الخلع، بحيث وكما هو معلوم أن صداق المثل غير كافي لجبر الضرر اللاحق بالزوج في نظر الدكتور شامي أحمد، نحن وان كنا نقر الدكتور شامي

---

[1] الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

[2] أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به واجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، القاهرة، سنة 2004، ص 61، 62.

أحمد على تفسيره من حيث أن لم ينص على هذه الجزئية صراحة واكتفى بنص المادة 54 من قانون الأسرة بأن للزوجة أن تخالع نفسها بمقابل مالي، وللقاضي أن يحكم بما لا يتجاوز صداق المثل، وبأن صداق المثل غير كافي لجبر الضرر اللاحق بالزوج، الا أننا لا نستطيع مجاراته في النتيجة التي توصل اليها حينما أعتبر أن صداق المثل غير كافي و لا بد من تعويض الزوج الذي تضرر من خلال قيام الزوجة بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع وذلك بأن يدعى الزوج أنه قد تضرر ويلتزم بإثبات هذا التعسف بكافة طرق الاثبات القانونية، وللزوجة في المقابل نفس ما تقدم به الزوج واثبات دوافعها الحقيقة وراء طلب الخلع.

نعم، نحن لا ننكر بأن الحل الذي يقضي به هذا الشرح يعتبر أعدل الحلول وأقلها عيبا من الناحية القانونية، ولكن ذلك لا يمكن أن يكون من الناحية العملية ومن الناحية المنطقية فهو طلاق تبدله الزوجة للحصول على الحرية من الزوج الظالم، فهي تعاني من الضرر في الحياة الزوجية ويرفض الزوج أن يطلقها اولا يكفي مرارة الحياة وصعوبة العيش تحت سقف واحد فان تقدمها بهذا الطلب مع تقديم مقابل له فهو يعتبر بمثابة فدية تؤديها للزوج، وعلى ذلك لا حق للزوج في أي تعويض أخر، لأن العوض الذي يتلقاه هو بمثابة تعويض.

وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2009/06/10 بقولها:" **لكن خلافا لمزعم الطاعن مرة أخرى، وبالاطلاع على القرار المطعون فيه يتضح منه أنه قضى بمبلغ 60.000 دينار مقابل الخلع وهذا يعتبر بمثابة تعويض**"[1].

[1]محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2009/06/10 ملف رقم 00761/09، غير منشور، عن بلحاج العربي، المرجع السابق،ص 320

المبحث الثاني: دور القاضي في حماية الحقوق المالية للمطلقة.

اذا كانت النفقة واجبة على الزوج لزوجته ولا مجال للحديث عنها في بحثنا هذا، بل اننا يصدد البحث عن النفقة المقرر للمطلقة بعد الطلاق، باعتبارها من ضمن أثار الطلاق، وعلى هذا الأساس نجد أن المشرع الجزائري تعرض بالنصوص من المادة 74 الى غاية 80 من قانون الأسرة الجزائري للنفقة بوجه عام باعتبارها واجبة على الزوج حين قيام العلاقة الزوجية أو حين انتهائها بالطلاق، وهو ما سوف نعرض له بالدراسة من خلال المطالب الأول، ثم ننتقل في المطلب الثاني ونتحدث عن نصيب المطلقة في ممتلكات الأسرة مخصصين فيه النزاع حول متاع البيت باعتبار أن الأثاث الموجود دخل بيت الزوجية فيه ما يصح للزوجة وفيه ما يصح للزوج كما وأننا سنبين مختلف النزاعات القائمة في اثبات والدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في هذه الجزئية، وفي الأخير نعرج الى مسألة التوارث بين الزوجين المطلقين مبينين فيها أراء فقهية واجتهادات قضائي كما أننا سنحاول معالجة الثغرات أو ان صح التعبير معالجة الهفوات الموجودة في قانون الأسرة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: نفقة المطلقة وسكنها.

يعد حكم النفقة الزوجية واجبة على الزوج، كما أنها تعتبر من أثار الطلاق مراعاة لنصوص المواد 78 و79 و80 من نفس القانون، وعليه يمكن القول أن النفقات الناجمة عن فك الرابطة الزوجية هي تعتبر أثر من الآثار المترتبة عنها، وعليه لمعرفة هاته الأثار لابد من التطرق أولا إلى نفقة المطلقة وأنواعها ثم نتناول مسكنى المطلقة مبين فيه أراء فقهاء الشريعة الإسلامية ومختلف تشريعات العربية مع إضفاء الدور الرقابي للقضاء في حماية حقوق المطلقة.

الفرع الأول: نفقة المطلقة وأنواعها

بدءا لابد من تقديم تعريف بالنفقة وكيفية استحقاقها والدور الذي يلعبه القاضي في تقديرها ذلك لما له من دور بارز في الجانب المالي، حيث خول للقاضي سلطة واسعة في هذا المجال، خاصة أثناء فك الرابطة الزوجية والذي سنبرز فيه كيفية استحقاقها مع تبين أنواع النفقة للمطلقة.

الفقرة الأولى: نفقة المطلقة.

تعود النفقة في حقيقتها الشرعية إلى أحد سببين وهما الزواج والقرابة، أما المشرع الجزائري فلم يعرف النفقة كما تم التطرق إليه سابقا بل نظمها في المواد بداية من نص المادة 74 إلى غاية نص

المادة 80 من قانون الأسرة ومن هنا فرض المشرع الجزائري النفقة على الزوج[1].

وحكم النفقة الزوجية أنها واجبة على الزوج، كما أنها تعتبر من أثار الطلاق مراعاة لنصوص المواد 78 و79 و80 من نفس القانون، وعليه يمكن القول أن النفقات الناجمة عن فك الرابطة الزوجية والتي تعتبر من الآثار المترتبة عنها، وعليه فان نفقة الزوجة واجبة سواءً كان الزوج معسرا أو ميسرا مادام عقد الزواج قائما، وبحالة امتناع هذا الأخير عن دفعها و لمدة طويلة من الزمن خاصة بوجود خلاف بينهما تعبيرا منه ضمنيا عن إرادته في فك الرابطة الزوجية فإنه يحق للزوجة رفع دعوى النفقة المؤقتة أمام القضاء المستعجل و تطلب الحكم عليه بالإنفاق عليها[2].

يوجد استثناء من هذه القاعدة حسب المادة 80 من قانون الأسرة فإنه يسمح للقاضي أن يحكم بالنفقة المتراكمة لعدة شهور سابقة إذا طلبتها الزوجة و أثبتتها، وذلك عن مدة سنة واحدة فقط ترجع إلى ما قبل الدعوى[3]،أما إذا ثار نزاع جدي حول عدم استحقاقه كأن تكون الزوجة ناشزا قضى القاضي بعدم اختصاصه، لإن القضاء المستعجل يختص بنظر طلبات النفقة الوقتية متى توافر في الدعوى شرطا الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق والاستعجال في هذه الحالة يقتضي قيام حاجة المدعي الملحة إلى هذه المبالغ بانعدام مورد آخر للرزق، وأما عدم المساس بأصل الحق فيقتضي أن تكون النفقة وقتية لا دائمة وأن يكون حق المدعي والسبب الذي يبني عليه طلب غير متنازع فيه جديا[4].وكما هو معلوم أن دعوى الطلاق واجراءاتها تكون في معظم الأوقات بطيئة وطويلة، وأن حاجة الزوجة المطلقة الى النفقة مستعجلة لا تقبل الانتظار وكما جاء في أخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري على أنه تستطيع الزوجة باللجوء الى القضاء الاستعجالي لاستصدار أمر على ذيل عريضة حسب المادة 57 مكرر من قانون الأسرة فيما يتعلق بالنفقة. وعلى القاضي الأمور المستعجلة البث في الطلب من ظاهر المستندات ومن جدية قيام دعوى الطلاق وإن يصدر أمر استعجاليا مبررا بمنح بموجبه للزوجة نفقة لها ولأولادها بطبيعة الحال مؤقتة فتستمر لغاية صدور حكم في الدعوى الموضوعية[5].

ويشترط للحكم في ثبوت الحاجة الملحة للنفقة المؤقتة في الاستعجال شرطا لازما لاختصاص

---

[1] مبروك بن زيوش، نفقة المطلقة والأولاد في ظل القانون رقم 15-01 المتضمن انشاء الصمدوق الخاص بها، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 05، مارس 2015، ص210

[2] انحلال الزواج وآثاره، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، سنة 2003-2006،ص 135.

[3] سليمان ولد خسال،**الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري**،الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، ص118-119.

[4] مذكرة الإستعجال في شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص30

[5] طاهري حسين،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر، 2009، ص.193

القضاء المستعجل، إذا لم يقيم المدعى عليه دليل جدي على وجود مورد آخر للمدعي يكسب منه ويرفع عنه الحاجة الملحة، و متى قام الدليل الجدي على وجود هذا المورد الآخر وعلى أن المدعي ليس به حاجة ملحة إلى مبلغ النفقة الذي يطالب به فإن القضاء المستعجل يقضي بعدم اختصاصه بنظر الدعوى[1]، وأن ينصب الطلب على نفقة وقتية لا دائمة وأن يكون الحق الذي يطلب المدعي تقرير النفقة منه غير متنازع عليه جديا[2]، ذلك أن عدم المساس بأصل الحق يقتضي أن يكون الطلب منصبا على نفقة موقوتة بمدة معينة إلى أن يحسم في النزاع الأصلي وإذا ظهر للقضاء المستعجل أن ذلك الحق الذي يدعيه المدعي غير مذكور أو كانت المنازعة في شأنه غير قائمة على سند من الجد ويظهر له أيضا من ظروف الحال أن هذا الحق يحتمل التقدير المؤقت لنفقة وأنه ليس ثمة مانع قانوني من الوفاء فإنه يقضي بالنفقة المؤقتة إذا توافر الاستعجال.

والاستعجال في قضايا النفقة يتحقق كلما ثبت من الملف أن حاجة طالب النفقة ملحة لانعدام مورد آخر للرزق ولا يستطيع الانتظار دون إنفاق. أما إذا تبين من أوراق الملف أن الزوجة طالبة النفقة لها أو لأبنائها ميسورة الحال ولها من المال ما يكفي فأن الدعوى تكون قد فقدت شرط الاستعجال[3].

مجد في نص المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه" ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية....، دعاوى النفقة". كما جاء أيضا في نص المادة 425 من نفس القانون أنه لرئيس قسم شؤون الأسرة ممارسة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، لذلك سيكون لقاضي شؤون الأسرة حق ممارسة هذه الصلاحيات حسب ما جاءت به أخر تعديل للقانون الأسرة 05-02 والتي أجازت في المادة 57 مكرر منه بتدخل القاضي من أجل الفصل على وجه الاستعجال، وتقدير الاستعجال في مادة شؤون الأسرة خاصة في بعض المسائل كالنفقة، يظهر الحماية التي أقرتها المواد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية للمحافظة على الأسرة عامة وحقوق أفرادها خاصة[4].

---

[2]علاء الدين عبد الفتاح،، قانون الأحوال الشخصية وأثاره على استقرار الأسرة، أعمل مؤتمر الحماية القانونية للأسرة بين الواقع والطموح، بكلية الحقوق، جامعة عمان، يومي 20-2010/04/21، ص 96.

[2]محمد علي راتب وآخرون، مرجع سابق، ص457

[3]محمد عبد الطيف، القضاء المستعجل، طبعة الرابعة، (ب ت)،ص246

[4]سحارة السعيد، ميدون مفيدة، حماية الحقوق المتبادلة بين أفراد الأسرة في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد12، العدد01، مارس 2019، ص217.

الفقرة الثانية: أنواع النفقة.

يترتب عن فك الرابطة الزوجية تبعات مادية تقع على عاتق الزوج لصالح طليقته، هذه التبعات كرسها الدين الاسلامي واستقرت في تشريعات الدول العربية أخذا بمبادئ الشريعة الاسلامية، هذه التبعات تتمثل في النفقة التي تأخذ من الزوج الى الزوجة المطلقة: وان كان مفهوم الشائع للنفقة عام فانه في هذا المجال قد يأخذ عدة أنواع تتمثل في نفقة العدة، نفقة الاهمال، ونفقة الأولاد والسكن[1].

أولا–نفقة العدة: جاءت المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري بأنه " لا نخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من اسكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها الا في حالة الفاحشة المبينة ولها لحق في النفقة في عدة الطلاق"، والمقصود من النفقة في دراستنا هذه هي نفقة المعتدة من طلاق رجعي، ومن طلاق بائن كما وضحتاه في المبحث الأول من هذا الفصل.

–نفقة المعتدة من طلاق رجعي: أجمع الفقهاء على أن المعتدة من طلاق رجعي تستحق النفقة بجميع أنواعها سواء كانت حاملا أو حائلا، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح ولا يحل الزوجية[2]، لقوله تعالى:"**سْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ**"[3].

جاء عن قرار المحكمة العليا بأنه " **المبدأ: أن نفقة المطلقة أثناء العدة على عاتق الزوج**".

كما جاء في حيثيات القضية من الوجه الأول.. وحيث انه فيما يخص عبارة العدة والمسكن التي أشار اليها الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه فان المقصود بها أن المطلقة أثناء فترة العدة تقيم في مسكن الزوجية الى انتهاء عدتها كما تنص عليه الشريعة وأحكام المادة 61 من قانون الأسرة، وبذلك فان نفقة المطلقة ومسكنها أثناء تلك الفترة على عاتق الطاعن."[4]

–نفقة المعتدة المطلقة طلاق بائن: اختلف الفقهاء في نفقة المعتدة المطلقة طلاق بائن سواء كانت حامل أو غير حامل، وعليه يستوجب توضيح هذين النقطتين من خلال تبيان أراء فقهاء الشريعة الاسلامية أولا ثم ننتقل الى القانون الجزائري.

---

[1] علاء الدين عبد الفتاح،، قانون الأحوال الشخصية وأثاره على استقرار الأسرة، أعمل مؤتمر الحماية القانونية للأسرة بين الواقع والطموح، المرجع السابق، ص 97.

[2] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 237.

[3] سورة الطلاق، الأية 06.

[4] محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 390091، بتاريخ 2007/04/11، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2008، ص 245، 247

بالنسبة للمطلقة الغير حامل يرى المالكية، والشافعية والحنابلة أنه لا نفقة للمعتدة المطلقة ما دامت ليست حامل[1]، فقما مالك "سمعت ابن شهاب يقول: المبثوثة لا تخرج من بيتها حتى تحل وليس لها النفقة الا أن تكون حاملا فينفق عليها حتى تضع حملها".[2]أما الحنفية يرون أنه لها الحق في النفقة رجعيا لأنها محتبسه في بيت الزوجية، ومكلفة بقضاء مدة العدة في بيت الزوجية.[3]

وفيما يخص نفقة المطلقة البائن الحامل فقد اتفق الفقهاء على وجوب النفقة للمعتدة المطلقة البائن الحامل ما دامت في العدة سواء بانت بطلاق ثلاث، أو خلع، أو فسخ[4]، لقوله تعالى "**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم**"[5].

وبالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري نرى أن المشرع الجزائري نص من خلال المادة 61: "**لاتخرج الزوجة المطلقة، ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها، أو وفاة زوجها الا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق**"، وعليه فان المقصود من نص هذه المادة أن للمعتدة الحق في النفقة من طلاق أثناء عدتها، ويجب على طليقها أن يتحمل نفقة العدة وعلى القاضي أن يحددها ويقدرها إجماليا أو شهريا، لكم ما يستشف من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري ذكر لفظ المطلقة بصفة عامة دون أن يفرق بين المطلقة رجعيا وبائنا. يرى الدكتور مصري مبروك أن المشرع الجزائري يقر بحق المطلقة في النفقة أثناء عدتها دون التمييز بين أنواع المطلقات سواء كانت من طلاق رجعي أو بائن وبهذا يقول أن المشرع الجزائري قد تبنى ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية من وجوب النفقة بالنسبة للطلاق الرجعي، ووافق على ما ذهب إليه المالكية والشافعية بخصوص المطلقة طلاق بائن[6].

سار الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في هذا الاتجاه، وهو ما أكد في قرارها رقم 358348 بتاريخ 2006/07/12، والذي جاء فيه "لا طلاق بدون عدة وبدون منح نفقة عنها مادامت العدة من

---

[1]السيد سابق، فقه السنة، ج2، دار الجبل، دب ن، دس ن، ص118.

[2]سنن أبي دواد، كتاب: الطلاق، باب نفقة المبتوتة، رقم الحديث 2284، ص 327.

[3]علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 03، الطبعة 02، دار الكنب العلمية، بيروت، سنة 1986، ص 544.

[4]أبو الحسن أحمد بن محمد أحمد الضبي، اللباب في الفقه الشافعي، دار البخاري للنشر والتوزيع، ص 375.

[5]سورة الطلاق، الأية 06

[6]المصري مبروك، الطلاق وأثره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، سنة 2010، ص 467

النظام العام".[1] وجاء في قرار أخر "من المقرر فقها وقضاء أن نفقة العدة تمنح لكل زوجة مطلقة في جميع الحالات، لأنها مقررة لها شرعا"[2].

ثانيا– نفقة الاهمال: تعرف نفقة الإهمال بأنها كل نفقة مقدمة إلى الزوجة التي تم إهمالها من طرف الزوج خلال الفترة التي تسبق الحكم بالطلاق. كما هو معلوم أن نفقة الزوجة تستمر بالنسبة للزوجة المطلقة غير الحامل إلى ثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر، وتستمر بالنسبة للحامل إلى حين وضع حملها، والدليل في ذلك لقوله تعالى"**وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجۡعَل لَّهُۥ مِنۡ أَمۡرِهِۦ يُسۡرٗا (٤)**"[3]، وبالرجوع إلى جمهور الفقه الإسلامي[4] نجد غالبيتهم يقرون أن نفقة الزوجة تصير دينا في ذمة الزوج وقت وجوبها وامتناع الزوج عن أدائها، ودليلهم في ذلك قوله تعالى:"**وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ**"[5]. أما الحنفية فذهب إلى أنه لايحق للزوجة أن ترجع على زوجها بما تجمد لها من النفقة لعدم ثبوته دينا في ذمته، وانما تصير دينا إذا حكم بها القاضي.

أما في التشريع الجزائري فنجده أخد بما ذهب إليه جمهور الفقهاء بوجوب النفقة من خلال نص المادة 80 من قانون الأسرة " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءا على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"، وعليه نجد أن المشرع الجزائري قد وضع حدا للخلافات الناشئة بين الزوجين حول تاريخ استحقاق النفقة المطلوب بها، حيث أصبح يتوجب على القاضي كقاعدة عامة أن لا يحكم للزوجة بكل ولا بعض ما تطلبه من نفقة متراكمة عن مدة سابقة بل عليه أن يحكم لها ولأولادها الذين أخدتهم معها بإرادة أو بدون إرادة زوجها في حدود ما بعد رفع الدعوى وابتداء من تاريخ تسجيلها[6].

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم الملف 358348، بتاريخ 2006/07/12، مجلة المحكمة العليا، العدد02، سنة 2006، ص 449.

[2] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 462.

[3] سورة الطلاق، الأية 3.

[4] قتال جمال، نفقة المطلقة كأثر من أثار فك الرابطة الزوجية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد06، العدد 01، جانفي 2020، ص 90.

[5] سورة البقرة، الأية 233.

[6] قتال جمال، نفقة المطلقة كأثر من أثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص91.

وعليه يمكن القول إنه من خلال نص المادة السابقة نجد أن القاضي قد استثنى بالحكم للزوجة بنفقة الإهمال لمدة محددة حيث تم تقديرها "بسنة" من يوم ادعائها بعدم الإنفاق هذه من جهة، ومن جهة أخرى نجد أنفسنا تحت إشكال قانوني فالمتعارف عليه لرفع الدعوى لابد من وجود ضرر يمس صاحب الدعوى وفي جزئيتنا هذه نجد أن الزوجة هي الطرف المتضرر لعدم الإنفاق عليها، غير أنه لتمكين القضاء من الحكم للزوجة بالنفقة لابد من وجود بينة على عدم الانفاق، واذا كان كذلك كما جاء في المادة 80 من قانون الأسرة فما هي هذه البينة؟

وعليه يمكن القول إن المشرع الجزائري لم يوضحها بل تركها مدغمة واكتفى فقط بالقول" ...يحكم باستحقاقها بناء على بينة..."[1]

ثالثا- نفقة المتعة: وبالرجوع إلى قانون الأسرة لا نجد أي نص يعالج نفقة المتعة بل نجد أن المشرع الجزائري قد أحاله إلى الشريعة الإسلامية والدليل على ذلك مضمون نص المادة 222 من نفس القانون، على غرار ما جاءت به بعض التشريعات العربية التي نصت صراحة على المتعة ضمن المستحقات التالية للزوجة المطلقة مثل ما جا به قانون المغربي في المادة 84 من مدونة الأسرة " **تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر ان وجد ونفقة العدة والمتعة..**" وكذا القانون المصري في المادة 18 مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري" **الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة..**"[2] وعليه فالسؤال المطروح في هذا الصدد ما موقف الشريعة الإسلامية من استحقاق الزوجة للمتعة؟

ان فقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا واتفقوا بمشروعية المتعة إلا أنهم اختلفوا في وجوبها من عدمه[3]؛ فيرى الحنفية والحنابلة أن المتعة مستحبة لقول أصحاب المذهب الحنفي أنها مستحبة وغير واجبة فالمطلق إذا دفع المهر كله أو بعضه لم تجب عليه المتعة لأن المتعة خلف عن المهر الذي هو الأصل إلا المطلقة قبل الفرض وقبل الدخول فالمتعة واجبة لها.

وقال الإمام مالك أن المتعة مستحبة لكل المطلقات ولا يجبر الزوج عليها بل له مطلق الحرية فان

---

[1] عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 198.

[2] جناذي نبيلة، النقص التشريعي في تنظيم نفقة المتعة وواقع تقديرها في قانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، العدد الثامن، سنة 2017، ص 410.

[3] بن عيشوش فاطمة، حق المطلقة في المتعة بين الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد01، أفريل 2018، ص 190.

كان متق ومحسن دفعها وإلا فلا يجبر على ذلك. ويرى الحنابلة أن المتعة مستحبة لكل المطلقات إلا المطلقة قبل الفرض وقبل الدخول.

أما الشافعية فيرى أن المتعة واجبة وعلى الزوج دفعها لهن، أما المطلقة بعد الفرض وقبل الدخول فلا متعة لها.

جاء في قانون الأسرة الجزائري في نص المادة 61 على أنه "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من مسكن الزوجية مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة ولها الحق في النفقة أثناء العدة"، يلاحظ من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أوجب للمطلقة بالنفقة عليها أثناء عدتها، وأكد من خلال نص المادة أن ثبوت الفاحشة عليها كالزنا لا يحرم المطلقة من نفقة العدة وعليه سار قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/10/22 والذي جاء فيه:" **متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فان القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الاسلامية.**

إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف أيدوا الحكم المستأنف فيما قضى به ومن ذلك تقرير نفقة عدة للزوجة، فان وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا، وأنه من المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية، يكون غير مقبول فيما ذهب اليه حول حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة"[1].

في الأخير يمكن القول إن المشرع الجزائري من خلال نص مادة 61 من قانون الأسرة قد أعطى حق للزوجة بأخذ نفقتها من مطلقها أثناء فترة العدة كما أنه بين بأن ثبوت الزنا لا يحرم ولا يسقط المطلقة من نفقتها أثناء فترة العدة.

رابعا- دور القاضي في منح الاستفادة من صندوق النفقة

ان من أسباب انشاء صندوق النفقة هو حماية حقوق المطلقات الحاضنات لأطفال قصر ممن يواجهن مشاكل في تحصيل النفقة، فيهدف صندوق النفقة الى حماية الحقوق الأساسية للطفل في حالة طلاق والديه وضمان العيش الكريم له ولحاضنته، كما أنه جاء لتمكين المرأة المطلقة والمرأة الحاضنة والأطفال المحضونين من الاستفادة من مبلغ النفقة الذي سيدفعه الصندوق؛ كما أن هذا الأخير هو

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/10/22، ملف رقم 34327، المجلة القضائية، العدد 03، سنة 1989، ص 69.

كيان قانوني لا يهدف الى تحقيق الربح يؤدي دورا اجتماعيا، وهو تقديم مساعدات مالية للأطفال المحضونين والزوجة المطلقة تعو النفقة الواجبة على الزوج السابق[1].

إن صندوق النفقة يخضع الى شروط للاستفادة من المستحقات المالية والمتمثل في[2]:

1-لابد من صدور حكم بالطلاق أو رفع دعوى طلاق، واسناد الحضانة والنفقة لأن الطلاق يستلزم من القاضي أن يقضي حتما بالحضانة والنفقة، فقد يكون الحاضن هو الأم أو يرها حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة، وعليه تمنح النفقة للحاضن باعتباره ممثل الطفل، وعلى هذا الأساس يكون للحاضن الصفة الرسمية بطلب المستحقات المالية من الصندوق.

2- الحكم بالنفقة للأطفال المحضونين.

3- تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي الذي حكم بالنفقة، بسبب امتناع المدين عن الدفع أو عجزه عن الدفع أو عدم معرفة محل إقامته (لإثبات التعذر بالتنفيذ يتم بمحضر يحرره محضر قضائي، فيكون بيد الدائن فيقدمه هذا الأخير إلى قاضي شؤون الأسرة مرفقا بطلب الاستفادة ونسخة من الحكم القضائي بالطلاق، ونسخة من الأمر أو الحكم الذي أسند الحضانة ومنح النفقة في حالة عدم تضمن حكم الطلاق، وفي الأخير يضيف للملف محضر إثبات تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسب الامتناع المدين عن الدفع أو عجزه عن ذلك.)

كما وقد راعا القانون رقم 15-01 المؤرخ في 04 يناير 2015 والمتضمن إنشاء صندوق النفقة[3]، الطابع ألاستعجالي للنفقة، لذلك في المادة 5 الفقرة 01 على أن يبت قاضي شؤون الأسرة في الطلب المقدم له في أجل أقصاه خمسة (5) أيام من تاريخ إخطاره بأمر ولائي، فهو غير قابل لأي طعن، إن الإشكالات التي تعترض الاستفادة من المستحقات المالية تكون تحت سلطة قاضي شؤون الأسرة بحيث أنه يفصل فيها في أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام من تاريخ إخطاره به. ومن بين

---

[1] مقدم عبد الرحيم، صندوق النفقة الجزائري الجديد تجربة دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات العربية، مجلة البحوث والدراسات الانسانية، العدد 12، الجزائر، 2016، ص 49.

[2] قرار وزاري مشترك مؤرخ في 18 جوان 2015، جريدة الرسمية، عدد 35، المنشور في 28 جوان، 2015، المتضمن مستحقات النفقة، المذكور سابقا.

[3] قرار وزاري مشترك مؤرخ في 18 جوان 2015، جريدة الرسمية، عدد 35، المنشور في 28 جوان 2015، المتضمن مسنحقات النفقة، المذكور سابقا.

الإشكالات[1] كذلك عند توقف المدين بالنفقة عن تنفيذ الأمر أو حكم القاضي، فان هذا الأخير يأمر المصالح الولائية المكلفة بالنشاط الاجتماعي بمواصلة دفع مبلغ النفقة. كما يقوم قاضي شؤون الأسرة بدراسة التغيرات التي تطرأ في الحالة الاجتماعية أو القانونية للمستفيد أو المدين بالنفقة والذي يبلغ إليه في أجل 84 ساعة من تاريخ صدوره، غير أنه وحسب ما جاء في نص المادة 14 بأي تصريح كاذب فانه لا يحرم من المستحقات المالية فقط بل تتم متابعته جزائيا.

الفقرة الثالثة: دور القاضي في إجراءات الاستفادة من المستحقات المالية

خول المشرع الجزائري لرئيس قسم شؤون الأسرة دورا هاما والمتمثل في منح أو عدم منح الاستفادة من صندوق النفقة؛ إن هذا الأخير جاء مخصص للمطلقات الحاضنات للأطفال القصر فقد جاء في قانون المالية لسنة 2015 في المادة 124 المعدل في القانون 18-13 مؤرخ في 27 شوال عام 1439 الموافق 11 يوليو سنة 2018، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، الذي يعدل في أحكام النفقات وذلك عن طريق طلب يقدم له وفقا لنص

وجاء أيضا في قانون رقم 15-01 مؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 الموافق لـ 4 يناير 2005 يتضمن انشاء صندوق النفقة في المادة 03 منه كما جاء في مرسوم تنفيذي رقم 15-107 مؤرخ في 2 رجب عام 1436 الموافق لـ 21 أبريل سنة 2015، يحدد كيفيات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 142-302 الذي عنوانه" صندوق النفقة". وجاء كذلك قرار وزاري مشترك مؤرخ في أول رمضان عام 1436 الموافق 18يونيو سنة 2015، منصوص عليه في المادة 02 من القرار الوزاري المشترك يحدد الوثائق التي يتشكل منها ملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة، والتي تتمثل فيما يلي[2]:

-طلب الاستفادة.

-نسخة من الحكم القضائي بالطلاق ونسخة من الأمر أو الحكم الذي أسند الحضانة ومنح النفقة اذا لم يضمن حكم الطلاق ذلك.

---

[1] مبروك بن زيوش، نفقة المطلقة والأولاد في ظل القانون رقم 15-01 المتضمن انشاء الصندوق الخاص بها، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 05، مارس 2015.

[2] قرار وزاري مشترك مؤرخ في 18 جوان 2015، جريدة الرسمية، عدد 35، المنشور في 28 جوان 2015 مستحقات طلب النفقة.

محضر اثبات تعذر التنفيذ الكلى أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ التفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عم ذلك أو لعدم معرفة محل اقامته.

-صك بريدي أو بنكي للمستفيذ مشطبا عليه اذا اختار المستفيذ هذه الطريقة للدفع.

فبعد تقديم طلب الاستفادة من المستحقات المالية للصندوق ومستوفي للشروط والوثائق اللازمة يتوجب على رئيس قسم شؤون الأسرة في القيام بما يلي:

1- الفصل في طلب الاستفادة بموجل أمر ولائي في أجل أقصاه 5 أيام من تاريخ تلقي الطلب عملا بالمادة 05 من القانون 01/15، ويبلغ هذا الأمر عن طريق أمانة الضبط إلى المدين والدائن والمدير الولائي للنشاط الاجتماعي في أجل أقصاه 48 ساعة من تاريخ صدوره.

2- الفصل في إشكالات تنفيذ الاستفادة من الصندوق فبعد إخطار القاضي بالإشكال الذي يعترض الاستفادة من مستحقات الصندوق يفصل فيه بموجب أمر في خلال الثلاثة أيام الموالية تطبيقا لنص المادة 05 في فقرتها 03.

3- تلقى الإخطارات المتعلقة بالتغيرات الاجتماعية والاقتصادية التي تطرأ على حالة المستفيذ أو الدائن بالنفقة التي من شأنها احتمال التأثير في استحقاق النفقة في أجل 10 أيام من تاريخ حدوثها، والفصل فيها خلال 24 ساعة بموجب أمر ولائي يبلغ إلى الدائن والمدين بالتفقه والكدير الولائي للنشاط الاجتماعي في خلال 48 ساعة وهو ما نصت عليه المادة 07 من القانون 01/15.

4- الفصل في دعوى مراجعة النفقة، وتبليغ المصالح المختصة بمضمون الحكم أو القرار القضائي عن طريق أمانة الضبط في أجل أقصاه 48 ساعة عملا بنص المادة 08 من القانون 15/01، والأمر بتنفيذ الحكم الصادر فيها[1].

يمكن استخلاص أنه عند سقوط الحضانة يسقط معها الحق في الاستفادة طبقا لأحكام قانون الأسرة أو ثبوت دفع التفقة من قبل المدين بها وفق لما نصت عليه المادة 02 من القانون 01/15.

[1] مقدم عبد الرحيم، صندوق النفقة الجزائري الجديد تجربة دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات العربية، المرجع السابق، ص 63، 64.

الفرع الثاني: سكنى المطلقة

خول الشارع والمشرع الوضعي للمرأة المطلقة مجموعة من الحقوق التي تخفف عنها حدة الفراق، وتعتبر السكنى واحدة منها وحقا لها تحفظ به كرامتها وعزتها، لذلك اقتضت حكمة الله سبحانه وتعالى التنصيص على أحقيتها فيها بمقتضى أيات قرآنية صريحة، كما وردت في السنة النبوية الشريفة مجموعة أحاديث بشأنها، وعليه سنقوم من خلال هذا الدراسة على توضيع تعريف سكنى المطلقة (الفقرة الأولى) ثم ننتقل الى ضمان سكنى المطلقة في فترة العدة (الفقرة الثانية) وفي الأخير نبين دور قاضي شؤون الأسرة في نفقة وسكنى المطلقة ذلك باعتبار أنها أثر من الأثار المالية عند انحلال الرابطة الزوجية.

الفقرة الأولى: تعريف سكنى المطلقة.

ويطلق عليه أيضا "بيت الزوجية"، وبيت الطاعة، كما أن المسكن هو أخص من البيت والدار والمنزل وبذلك يكون للمسكن دلالة لغوية وان استعمال مصطلح مسكن على المكان المشغول حقا بالسكن الذي يقيم فيه، وهذا ما جرى به العرف من استعمال هذه الكلمة وهو المعتمد الثابت في تحديد المراد من كلمة السكن[1].

فالبيت لغة: المسكن، وبيت الرجل داره. وبيت الطاعة أو الزوجية:" محل منفرد معين مختص بالزوجة، لا يشاركها أحد في سكناه من أهل الزوج المميزين، وله غلق يخصه ومرافق سواء كانت في البيت أو في الدار، على ألا يشاركها فيها أحد الا برضها[2].

ويمكننا أن نعرف مسكنى المطلقة من قوله تعالى "**أسكونوهن.... من وجدكم**"[3].

أسكنوا المعتدات بعض أماكن سكناكم، على قدر طاقتكم، ولا تلحقوا بهن ضررا، لتضيقوا عليهن في السكنى. كما تضمن الية أمرا نهيا[4]:

-أمرا يستوجب على الأزواج إسكان مطلقاتهم في زمن العدة حيث يسكنون وحسب الإمكان الذي يكون لهم.

-ونهيا عن مضارتهن قولا وفعلا بقصد التضييق عليهن.

---

[1]أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية، تعليق على النصوص، د.مكان نشر، د.س.ط، ص 354.

[2]محمود خميس حسن محمد خميس، حق المسكن الشرعي للزوجة، دراسة فقهية تطبيقية، أطروحة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، سنة 2012، ص81.

[3]سورة الطلاق، الأية 06.

[4]محمود خميس حسن محمد خميس، حق المسكن الشرعي للزوجة، دراسة فقهية تطبيقية، نفس المرجع، ص 82.

كما أن الأية السابقة أمرت الأزواج بإسكان المطلقات في المساكن ولكن حسب الوجد والسعة واليسر والعسر، فالله لا يكلف نفسا وسعها.

أما اصطلاحا فقد عرف السكن بأنه المكان الذي يكون مشتملا على كل مايلزم للسكن من أثاث وفرش وأنية ومرافق وغيرها مما نحتاج اليه الأسرة وتراعى في ذلك حالة الزوج والزوجة من يسار وإعسار ووضعها الاجتماعي[1].

الفقرة الثانية: ضمان سكنى المطلقة في فترة العدة.

أوصى الله عزوجل في محكم تنزيله بضرورة تمتع المطلقة بحق السكنى لمدة العدة وذلك مصداقا لقوله تعالى:"**يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمْۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖ**"[2]، وعليه فان السكن الوارد في الأية جاء بصفة عامة بحيث أنه يشمل كافة المعتدات لأنه حق لله تعالى لا يجوز للزوجين الاتفاق على خلافه إلا إذا كان هناك مبرر يقبله الشرع، لذلك تجب سكنى أثناء العدة للمطلقة رجعيا، وبإمكانه إرجاعها لعصمته متى شاء وذلك أثناء فترة العدة[3]، لقول الإمام ابن رشد في بداية المجتهد: اتفقوا على أن للمعتدة الرجعية السكنى، وكذلك الحامل، كما أن الفقهاء نصوا على وجوب توفير السكن وإذا لم يكن البيت كافيا وجب خروج الرجل منه لأنه على تأمين مبيته وتبقى المرأة فيه إلى أن يراجعها الزوج فتعود زوجة أو تنقضي عدتها.

أما عن المطلقة طلاق بائن وكانت حاملا فان لها سكنى حتى تلد، أما إذا كانت غير حامل فقد اختار الحنفية وجوب سكتها أثناء هاته العدة.

أما الحنابلة والظاهرية فلم يروا وجوب ذلك واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس أنها قالت" طلقني زوجي ثلاثا في عهد رسول الله ﷺ، فأتيت النبي ﷺ فلم يجعل لي سكنى" وفي بعض الروايات أن الرسول ﷺ قال " ان السكنى والنفقة لمن عليها الرجعة"[4].

---

[1] محمد مصطفى الشلبي، أحكام الأسرة في الاسلام، الطبعة04، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، سنة 1983، ص 455.

[2] سورة الطلاق، الأية 01.

[3] سلمان نصر، نفقة وسكنى المطلقة المبثوثة، دراسة حديثة فقهية، مجلة المعارف، المجلد 06، العدد 10، ص 163.

[4] سليمان نصر، مرويات نفقة وسكنى المطلقة المبثوثة، دراسة نقدية، مجلة المعيار، المجلد01، العدد01، ص 173، 174.

واختار الفقهاء المالكية والشافعية في المسألة أن للمطلقة المبثوثة السكنى وليس لها النفقة، استدلالا بالآية "**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ**"، والمقصود منها أنه أوجب السكنى مطلقا سواء كانت حاملا أم غير حامل[1].

كما قال ابن نافع: قال مالك أن المقصود من الأية الكريمة السابقة أنها خصصت للمطلقات اللواتي قد بن من أزواجهن، فلا رجعة له عليهن، فلها السكن فقط لأن مطلقة طلاق بائن ولا يتوارثان ولا رجعة له عليها.

وملخص ما جاء عن فقهاء الشريعة الاسلامية ما جاء به الامام القرطبي في سكنى المبثوثة إذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال: أحدها أن لها السكنى فقط، وهو قول أحمد وداود وأبي ثور واسحاق وجماعة. والثالث أن لها السكنى فقط. وهو قول مالك والشافعي وجماعة[2].

وبالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه نص في المادة 61 من على أنه " **لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها الا في حالة الفاحشة المبينة** "، وجاء في قرار المحكمة العليا بأنه " **نفقة المطلقة ومنها المسكن أثناء العدة على عاتق الزوج**"[3]. وعليه ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يفرق بين المطلقة رجعيا والمبثوثة، وعليه سار كل من المشرع والاجتهاد القضائي بأن للمطلقة الحق في سكنى أثناء فترة العدة حيث أن المشرع الجزائري أعطى لها الحق في المكوث في البيت الذي تسكنه أثناء هذه الفترة، وأنه بين في نص المادة بأن حرمان سكنى المطلقة يتقيد بحالة ارتكابها لفاحشة مبينة غير هذا فان سكنى المطلق يكون على عاتق الزوج[4].

الا أننا بالمقابل نكون ضمن تساءل لم نجد له تفسير في نص المادة 61 من قانون الأسرة. بما أن المشرع أعطى الحق للزوجة بعدم الخروج من السكن العائلي مادامت في العدة، ولنفترض أن المطلقة لم تخرج من البيت طيلة مدة العدة فبطبيعة الحال أين سيذهب الزوج ولنعتبر أن ليس للزوج أي مكان يستقر فيه أثناء هاته المدة، وعليه فان سكن المطلقة وابقائها مع مطلقها هو انتهاك للقواعد

---

[1] محمد حبش، مقارنة فقهية لسكنى الحاضنة وصندوق النفقة ومحاكم الأسرة، يوم 2020/06/10، الموقع: http://www.parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=5518&cat=14482&

[2] محمد حبش، مقارنة فقهية لسكنى الحاضنة وصندوق النفقة ومحاكم الأسرة، نفس المرجع.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2007/04/11، ملف رقم 390091، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 2008،ص 245.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/10/22، ملف رقم34327، المذكور سابقا.

الشرعية ذلك باعتبار أن هاته الأخيرة أصبحت أجنبية[1].

وإذا رجعنا الى مواقف قوانين الأحوال الشخصية المقارنة نجد أن البعض منها قد نظم شروط استحقاق سكنى المطلقة في بيت الزوجية ومن بينهم المشرع العراقي حي أصدر قانون خاص سمي بقانون حق المطلقة في السكنى رقم 83 لسنة 1977 نجد أن المشرع العراقي أعطى بموجب هذا القانون للمطلقة الحق في البقاء بعد الطلاق أو التفريق في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها مع زوجها وفق شروط لكب تحكم المحكمة للمطلقة لهذا الحق[2]:

-أن تطلب الزوجة حق السكنى أثناء نظر دعوى الطلاق في التفريق.

-أن يكون سكن الزوجين أو المنزل الذين كانوا بقيماني فيه ملك للزوج أو مستأجرها باسمه.

-أن يكون سكن الزوجين قبل الطلاق أو التفريق في الدار أو الشقة بصورة مستقلة.

وعليه جاء قرار لمحاكم الأحوال الشخصية في العراق أنه " قررت المحكمة بصحة الطلاق الواقع بين الطرفين والحكم بإلزام المدعى لعدم معارضة المدعى عليها من السكن في الدار العائد للمدعي التي كانا يسكنان فيها قبل الطلاق لمدة ثلاث سنوات وبدون بدل"[3]. وجاء في قرار أخر لها:" قررت المحكمة صحة الطلاق الذي أوقعه المدعي وفي حال تصديقه بحق المدعى عليها فإنها تحتفظ بكافة حقوقها الشرعية والقانونية وتطلب حق السكن لأنها كانت تسكن في دار مستقلة عن المدعى"[4].

وبخصوص ما جاء به المشرع المغربي فقد نص في المادة 84 في فقرتها الثانية" تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم للوضعية المادية للزوج، وإذا تعذر حددت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة". ونصت كذلك المادة 131 " تعتد المطلقة والمتوفى عنها زوجها في منزل الزوجية أو في منزل يخصص لها".

كما تجدر الاشارة الى بعض الاجتهادات القضائية الصادرة عن مجموعة المحاكم المغربية بحيث

---

[1]المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 1984/05/14، ملف رقم 33130، مجلة المحكمة العليا، العدد01، سنة 1990، ص 57.

[2]انغتم محمود الخفاجي، حق السكني للزوجة المطلقة، مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية للعلوم الانسانية، المجلد 26، العدد الأول، اذار سنة 2019، ص 06.

[3]قرار رقم 7405/ش/2016 في 2016/12/21، مأخوذة عن أنغام محمود الخفاجي، حق السكني للزوجة المطلقة، المرجع السابق، ص 07.

[4]قرار رقم 3193/ش/2018 في 2018/05/31، المرجع نفسه.

لوحظ بعض الاختلاف بشأن تطبيق ما جاء في نصوص المواد سالفة الذكر حيث فعلت في جوانب دون جوانب أخرى، فقد جاء في حكم صادر عن محكمة ابتدائية بأنه: "**حكمت المحكمة..... تحديد تكاليف سكنها خلال العدة في مبلغ 500 درهم**"[1]، وقضى حكم صادر عن محكمة ابتدائية بأنه: " **السكنى أثناء العدة في مبلغ 2000 درهم**"[2]. في حين صدر حكم أخر في محكمة ابتدائية أخرى جاء فيها: " المستحقات المترتبة عن التطليق فيما يلي: سكنى المطلقة أثناء العدة في مبلغ 1500 درهم"[3]، وقضت محكمة أخرى في منطقة مغايرة تدعى بركان:" **بتحديد المنزل الكائن بـ.... كسكن للمطلقة.....أثناء فترة العدة**"[4]. كما نجد أيضا صدور حكم عن محكمة الاستئناف أيدت فيه الحكم الابتدائي الذي قضى على الأب تهيئة محل خاص لسكني الأبناء"[5]، وصدر قرار عن مجلس الأعلى أيد القرار ألاستئنافي الذي أيد بدوره الحكم الابتدائي القاضي بتحديد واجب سكنى المطلقة أثناء العدة في مبلغ 2000 درهم"[6].

غير أنه بعد البحث المعمق تم إيجاد اتجاه قضائي يحكم بالاثنين معا، والمقصود من هذا أنه بعد الحري والبحث عن اجتهادات قضائية خاصة بمسكنى المطلقة تم العثور على اتجاه قضائي جمع في حكمه بين البقاء في مسكنى المطلقة وتقدير مبلغ سكنى المطلقة في حالة تعذر المطلق لأسباب خاصة من إعطاء قيمة سكنى المطلقة، وعليه جاء القرار التالي:" السكنى ببيت الزوجية ومتى تعذر ذلك يتوجب أداء مبلغ مالي، ومن ذلك ما ورد الحكم التالي:" السكنى ببيت الزوجية، ومتى تعذر ذلك فللزوجة وأبنائها أجرة الكراء شهريا خلال العدة قدرها 300درهم"[7] وفي حكم أخر صادر عن نفس المحكمة قضي بما يلي:" السكنى ببيت الزوجية وفي حالة تعذر فلزوجة أجرة الكراء شهريا خلال مدة العدة"[8].

---

[1] المحكمة الابتدائية بوجده، قسم قضاء الأسرة، بتاريخ 2007/01/17، ملف رقم 06/505، مأخوذة عن/ فتح الله تزاوي، الحماية المقررة لسكنى المطلقة، دراسة مقارنة، يوم 2020/12/01، الموقع:
https://platform.almanhal.com/Reader/2/104981

[2] المحكمة الابتدائية بفاس، حكم رقم 1684، بتاريخ 2006/04/10، ملف رقم 05/2474، مأخوذة عن المرجع نفسه.

[3] المحكمة الابتدائية بكلسيم، حكم عدد 233 بتاريخ2007/03/17، ملف رقم 1031، سنة 2006، المرجع نفسه.

[4] المحكمة الابتدائية ببركان، حكم عدد 233، بتاريخ 2007/03/17، ملف رقم 1031، سنة 2066، المرجع نفسه.

[5] محكمة الاستئناف بالناظور، قرار عدد 108، بتاريخ 2006/03/15، الملف 05/111، المرجع نفسه.

[6] قرار المجلس الأعلى، عدد 239، صادر بتاريخ 2007/04/25، بتاريخ 2006/03/15، الملف 2006/01/2/266، المرجع نفسه.

[7] المحكمة الابتدائية بانزكان، حكم عدد 2005/766، صادر بتاريخ 2005/10/10، مأخوذة عن المرجع نفسه.

[8] المحكمة الابتدائية بانزكان، حكم عدد 2006/355، بتاريخ 2006/05/08، عدد الملف 226، سنة 2005، مأخوذة عن، المرجع نفسه.

وعليه من خلال نصوص هذه المواد نلاحظ أن المشرع المغربي كذلك ساير المشرع العراقي في إعطاء سكن للمطلقة، كما سار عليه أيضا على هذا النهج المشرع الكويتي في المادة 162 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 والتي نصت على أنه " **يجب النفقة للمعتدة من طلاق أو فسخ أو دخول في زواج أو بشبهة**". واتخذ الموقف نفسه المشرع المصري في نص المادة 02 من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 100 لسنة 1985 والتي جاء فيها:" على أن المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا من تاريخ الطلاق وتستحق النفقة لمدة لا تقل عن سنتين يوما وهو أقل مدة للعدة ولا تزيد عبئ سنة ميلادية وهي أقصى مدة لتنفيذ حكم بنفقة العدة وتشمل نفقة العدة شأن نفقة الزوجية والأصل أن عدة القبض ثلاث حيضات فتستحق حق النفقة عنها لثلاث مرات وعدة من لا ترى الحيض لصغر في السن أو لبلوغها سن اليأس ثلاث شهور ومنها أن تضع الحامل حملها سواء كان الطلاق رجعي أو بائن وسواء كانت حاملا أو لا، وتستحق النفقة على مطلقها سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا وسواء كان بائنا ببينونة كبرى أم ببينونة صغرى ويكون استحقاق المطلقة للنفقة من تاريخ الطلاق وتسمى نفقة عدة وتكون مستحقة للمطلقة على مطلقها حتى تنتهي عدتها منه شرعا"[1].

واتخذ الموقف نفسه المشرع الإماراتي في نص المادة 69 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005 والتي نصت على أنه " **يجب النفقة والسكنى للمعتدة من طلاق والمعتدة من طلاق بائن وهي حامل يجب للمعتدة من طلاق بائن وهي غير حامل**"[2].

وعليه نستخلص في الأخير مهما تعددت الصيغ القانونية ومهما كانت معالجة المشرع لها مختلفة الا أن الأساس يبقى واحد وهو مكوث الزوجة في بيت الزوجية أو أي بيت يخصص لها الزوج ويكون على عاتقه وباسمه أثناء فترة العدة وهذا ما سار عليه الفقه الاسلامي، وعليه فان الهدف من العدة هو استبراء الرحم من جهة، وعودة الزوجين الى بعضهم من جهة أخرى.

اذا مما سبق وفي مجمل القول، ان النفقة واجبة على الزوج لزوجته وهذا أمر مفروغ منه ذلك من خلال ما جاء به قانون الأسرة الجزائري من خلال نصوصه القانونية بدءا بنص المادة 74 الى غاية المادة 80 بوجه عام، وعليه فان دراستنا جاءت تتمحور حول الأثار المالية بعد فك الرابطة الزوجية المتمثلة في التبعات المادية تقع على عاتق الزوج لصالح طليقته، هذه التبعات كرسها الدين الاسلامي

---

[1] انغتم محمود الخفاجي، حق السكني للزوجة المطلقة، مجلة العلوم الإنسانية، المرجع السابق، ص 07

[2] قانون الأحوال الشخصية الامراتي، المرجع السابق.

واستقرت في تشريعات الدول العربية فأخذت من مبادئ الشريعة الاسلامية، هذه التبعات تتمثل في النفقة التي تأخذ من الزوج الى الزوجة المطلقة والمتمثل في نفقة عدة المطلقة وسكنها خلال هاته الفترة.

ان نفقة العدة تنقسم بدورها الى نفقة المطلقة طلاق رجعي والمطلقة طلاق بائن والتي نجد فيها اختلاف أراء فقهاء الشريعة الاسلامية، الا أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 61 من قانون الأسرة لم بفرق بين المطلقة طلاق رجعي والمطلقة طلاق بائن بل سوى بينهما وفرض لهن نفقة أثناء فترة العدة، كما نلاحظ أيضا أن المشرع الجزائر لم يحرم المطلقة من نفقة العدة في حالة ما إذا ثبت في حقها جريمة الزنا وهذا ما سار عليه الاجتهاد القضائي. وكما هو معلوم أن للقاضي السلطة التقديرية في تقدير قيمة النفقة المقدرة في هاته الحالة وله السلطة في زيادتها أو نقصانها ذلك وفق المعايير اللازمة، كما أن القاضي عند تقديره لهذه النفقة فانه يراعي ظروف وحال الزوجين.

بالنسبة لسكنى المطلقة فالمشرع الجزائري تناول هذه الجزئية في مادة وحيدة مبتورة جاء فيها لا تخرج المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من مسكن الزوجية ما دامت في عدة طلاقها، ومنه نستنتج أن المطلقة لها الحق في سكن بيت الزوجية خلال هاته الفترة إلا أن هذه المادة جاءت مبتورة وفقيرة لعدم التفصيل فيها كما جاء في القانون المغربي ومختلف التشريعات العربية الأخرى.

وعليه نستنتج أن للقاضي دور ايجابي وهام خاصة في الحقوق المالية للمطلقة حيث أن له سلطة تقديرية في تقدير قيمة النفقة للمطلقة أثناء هذه الفترة، وله أيضا أن يحمي المطلقة أثناء هاته الفترة بعد التسبب لها بأضرار من طرف المطلق أو حتى من طرف أهل الزوج، لكن ما يعاب في هاته الجزئية ومن خلال بحثنا المتعمق وحسب تطلعنا أننا لم نجد ولا اجتهاد قضائي واحد يتحدث عن مسكن المطلقة بصفة خاصة أو في حالة تعذر الزوج إسكانها أن يحكم لها بقسمة مالية تقدر بقيمة المسكن على غرار ما جاء به المشرع المغربي، وكما هو معلوم في حياتنا اليومية وفي الواقع العملي لا نجد ولا امرأة عند انتهاء العلاقة الزوجية تمكث ببيت الزوجية بل ان أول إجراء تتخذه هذه الأخيرة هو خروجها من بيت الزوجية، حتى إن وجد المسكن أو قدر التعويض المالي يكون في حالة وحيدة وهي وجود أبناء، كما ولابد من الاشارة أن هذا الاجراء جاء منافيا لما جاءت به الشريعة الإسلامية وكذلك للقانون، وان الهدف الرئيسي لبقاء المطلقة في بيت الزوجية هو استبراء رحمها أولا، والهدف الثاني لعلى وعسى أن يضع الله رحمة بين الزوجين فتعود العلاقة الزوجية إلى ما كانت عليه سابقا هذا فيما يخص الطلاق الرجعي.

المطلب الثاني: نصيب المطلقة في ممتلكات الأسرة

سنبين في هذا المطلب الدور الذي يلعبه القاضي في حماية ممتلكات الأسرة من خلال الرقابة على حقوق كل من الزوجين عند انحلال الرابطة الزوجية بطلب من أحد الزوجين أو ورثته وعليه أردنا من خلال هذه الدراسة معالجة الدور الذي يلعبه القاضي عند نشوب نزاع بين الزوجين حول متاع البيت من وجوده وامتلاكه (الفرع الأول) منتقلين إلى الحق من المستفاد من الثروة حالة موت الزوج والإشكالات التي تدور حول نقل الميراث إلى الزوجة المطلقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإثبات بين القضاء ومصلحة الأسرة في نزاعات متاع البيت

يعتبر النزاع حول متاع البيت من أهم الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية، ومن أهم المشاكل كذلك التي تثار أمام المحاكم سواء بين الزوجين أو بين ورثة أحدهما[1]، ورغم ما يطرحه هذا الموضوع من إشكالات عملية وواقعية إلا أن المشرع الجزائري اكتفى بتنظيمه في مادة واحدة وواضح من خلال المادة أن مسألة النزاع حول متاع البيت هي مسألة إثبات وجود المتاع، وعليه فان كان ذلك في غياب الأدلة لأن ساعة الجمع والتجميع لم يشعر فيها أحد بالخوف من الأخر وكل مقبل على صاحبه بنفس الثقة ونفس الاندفاع. كل منهما يعتقد أنه مقبل على جمة الخلد وملك لا ينازع فيه ولا يبلى. وعليه فما هي المسائل أو الحالات التي يمكن أن تثار عند الحديث عن المادة 73؟ وعليه وللإجابة عن هذا التساؤل لا بد من الخوض في المسائل المتعلقة بالإثبات في دعوى متاع البيت (الفقرة الأولى) ثم نتطرق الى حماية القاضي للأسرة في حل النزاع حول ملكية المتاع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دور القاضي في إثبات دعوى متاع البيت

قبل الشروع في مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت لا بد أولا بتقديم تعريف حول هذا الأخير حيث عرف المتاع لغة: هو ما كان من لباس، أو حشو لفراش أو دثار. وقيل المتاع هو كل ما ينتفع به من الحوائج كالطعام وأثاث البيت والأدوات والسلع. وقيل المتاع في اللغة هو كل ما ينتفع به من عروض الدنيا كثيرة وقليلة سواء الفضة والذهب وعرفا كل مل يلبسه الناس ويبسطه.

قال الزهري:" **فإنما المتاع في الأصل فكل شيء ينتفع به، ويبلغ به ويتزود به، والفناء يأتي عليه في الدنيا**"[2]. وقال ابن المظفر:" **المتاع من أمتعة البيت: ما يستمتع به الإنسان في حوائجه،**

---

[1] يعقوبي عبد الرزاق، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق بشرح مختصر لبعض المواد، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2018، ص 138.

[2] ابن منظور لسان العرب المحيط، المرجع السابق، ص 432.

وكذلك كل شيء[1]" ونص الليث: المتاع ما يستمتع به الإنسان في حوائجه[2].

وفي الاصطلاح عرف متاع البيت بأنه:" كل ما ينتفع به في بيت الزوجية من أثاث وأدوات منزلية"[3]. فهو إذا كل: " ما يوجد إذا كل: " ما يوجد ببيت الزوجية مما ينتفع به في المعيشة سواء كان من الجهاز، أو من أدوات منزلية جدت بعد الزفاف"[4]. هذا ولم يورد الفقهاء تعريفا محددا لمعنى المتاع، سوى أنهم اكتفوا بالإشارة إلى النزاع الذي من الممكن أن يقوم بشأنه.

فجاء عند المالكية:" أرأيت ان تنازعا في المتاع البيت الرجل والمرأة جميعا...(قال) قال مالك انه يعرف أنه من متاع الرجال فهو للرجال وما كان يعرف أنه من متاع النساء فهو للنساء، وما كان يعرف أنه يكون للرجال والنساء، فهو للرجل لأن البيت بيت الرجل وله بذلك بينة.."[5]. وجاء عند الشافعية:".. إذا اختلف الرجل والمرأة في متاع البيت الذي هما فيه ساكنان.."، وجاء عند الظاهرية:" وإذ تنازع الزوجان في متاع البيت في حال الزوجية أو بعد الطلاق.. وسواء في ذلك السلاح والحلي ومالا بصلح إلا للرجال أو للنساء إلا ظهر كل واحد منهما فهو له مع يمينه.."

ومنه فمتاع البيت بهذا المعنى هو كل ما يمكن أن يتم الانتفاع به في بيت الزوجية من فرش، وأثاث، وأدوات منزلية، يستوي في ذلك ان يكون مما يخص الرجال، أو مما يخص النساء أو مما يخص الرجال والنساء على حد سواء.

وحتى يعتبر المتاع في البيت خاص بالزوجين لابد من توفر شروط وهي: ثبوت وضع كل من الزوجين يده عليه والتصرف فيه بأن كانت أبديهما تتعاقب عليه.

ان المشرع الجزائري لم يتطرق لتعريف المتاع وإنما اكتفى بذكر أحكام التنازع فيه، غبر أن الفقه عرفه بأنه المراد ما ينتفع به في بيت الزوجية ويشتمل الجهاز وغيره من أثاث البيت والأدوات المنزلية وغيرها.

والمتفق عليه من خلال ما تقدم من التعريفات يلاحظ أن جميعها يتفق على أن المتاع هو كل ما

---

[1]ابن منظور، لسان العرب المحيط، نفس المرجع، ص 434.

[2]الامام محمد مرتضي الزبيدي، تاج العروس، دار صادر، بيروت، ص 507.

[3]بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية". دار النهضة العربية، بيروت، الجزء الأول، ص 230.

[4]محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، دار الجامعة، بيروت، طبعة الرابعة، سنة 1983، ص 434.

[5]الإمام بن أنس، المدونة الكبرى، دلر صادر، مصر، مجلد الثاني، الجزء الثالث، ص 266 و267.

يوجد في البيت الزوجية، تحت يد الزوجين وينتفعان به، ويشمل الجهاز وغيره من أثاث البيت والأدوات المنزلية.

وهذا ما يقصد به متاع البيت إلا أنه في جل الأوقات نجد أن الزوجان وخاصة عند انتقالهم لمرحلة الطلاق فقد يثور نزاع وقد تثير بعض الإشكالات.

وعليه فإن أهم الإشكالات التي تشغل محاكمنا، وقضاتنا في الوقت الحاضر، هي تلك الخلافات والنزاعات التي تنشأ بين الزوجين عند طلاقهما، أو قد تنشأ بين أحدهما، والباقي على قيد الحياة أو شاء القدر بوفاة حدهما ويتنازع الحي منهما ورثة الميت، بسبب اختلاف عن ملكية متاع البيت، فيعتبر النزاع حول متاع البيت من الآثار المهمة لانحلال الرابطة الزوجية وقد عالجه المشرع الجزائري بنص واحد وهو المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري والتي من خلالها يمكن طرح مجموعة من الإشكالات على القاضي عند تطبيقها[1]، ومن أهم القضايا المطروحة في ساحة القضاء بالنسبة لدعاوى شؤون الأسرة قضية الإثبات، فما هو الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في إثبات النزاع المالي؟ وللإجابة على هذا الطرح لابد لنا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية من جهة، وقرارات المحكمة العليا لإثبات صحة المعطيات من جهة ثانية مع إضفاء الرأي الشخصي.

وعليه فإن المشرع الجزائري من خلال سنه للنصوص القانونية عامة وقانون الأسرة خاصة وكذلك من خلال وضعه لمادة وحيدة جاءت لتعالج النزاع الواقع بين الزوجين حول متاع البيت، نجد أن المشرع من خلال نص هاته المادة لم يبين لنا الوسيلة والطريقة التي يعتمد من خلالها لحل النزاع المطروح بين الزوجين لإثبات وجود المتاع، وهذا ما دفع بالقضاة بالتوجه إلى أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية لحل مثل هذه الإشكالات وفقا لما جاءت به نص المادة 222 من قانون الأسرة، ومنه ومن خلال ما سبق سنبين من خلال هذه الجزئية الدور الحمائي للقاضي في النزاع حول متاع البيت مع وجود دليل (الفقرة الأولى) ثم ننتقل إلى دور الحمائي للقاضي في حل النزاع متاع البيت عند انعدام الدليل (الفقرة الثانية).

أولا: الدور الاثباتي للقاضي حول وجود المتاع مع وجود دليل

إن متاع البيت هو كل ما يتضمن من فراش وغطاء، فان كان المتاع المتنازع فيه موجود حقيقة مع وجود دليل وبينة في يد المدعى، هنا يحكم القاضي على أساسها، أما في حالة ما إذا أنكر أحد

[1] خالد داودي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص 90.

الزوجين وجود المتاع، ووفقا لأحكام القانون المدني نطبق القواعد العامة في الإثبات، ففي هذا السياق جاء قرار المحكمة العليا يقر بوجوب تطبيق قاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".[1]، فإذا ادعت الزوجة أنها خلفت بدار الزوجية متاع وأنكر الزوج ذلك لابد من إقامة البينة على وجود المتاع المحدد في العريضة، وهذا يكون بكل الطرق الجائزة قانونا، كتقديم فواتير شراء المتاع المتنازع عليه أو شهادة الشهود، فإذا قدم أحد الزوجين دليلا أو بينة فان القاضي يحكم له بما طلبه[2]، كما أن الإقرار يحسم النزاع، في هذه المسألة باعتباره سيد الأدلة. ومن هما يبرز دور القاضي في حماية الأسرة، من خلال حكمه لصالح أحد الزوجين المدعي وجود المتاع باسترجاع متاعه متى توافر لدى القاضي بينة أو دليل وجود هذا المتاع، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/03/16 بقولها "من المقرر قانونا أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين، تطبق القاعدة العامة في الإثبات" البينة على من ادعى واليمين علة من أنكر" ومتى تبين في قضية الحال– أن المدعى عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها، فان قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى في الحال دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعى عليه، خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني، ومتى كان كذلك استوجب القرار المطعون فيه[3]، لابد على القاضي عند الفصل في النزاع أن يتأكد أولا من وجود الأمتعة ورأيتها سواء كانت في بيت الزوجية أو في مكان أخر، فإذا كانت محل إنكار من الطرف الأخر تطبق القاعدة السابقة، فإذا أنكر الأخر وجود الأمتعة أصلا فانه يؤدي اليمين، وتسمى يمين النفي[4]، إلا أنه يشترط للقضاء بالبينة حضور الخصم بنفسه، أو حضور نائب عنه[5].

في الأخير يمكن الاستنتاج أن الدور الحمائي للقاضي يكمن بإعماله للبينة، سواء كانت بشهادة

---

[1]يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر سنة 2007، ص 76.

[2]يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، نفس المرجع، ص 76

[3]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1999/03/16، ملف رقم 216836، اجتهاد قضائي، عدد خاص، سنة 2001، ص 245.

[4]شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2014/2013، ص 335.

[5]أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تحقيق مصطفى أحمد الزرقا، طبعة الثانية، دار القلم، دمشق، سنة 1989، ص 370.

الشهود أو بوجود دليل وقرينة أو شهادات أو فواتير تثبت صحة الادعاء بوجود المتاع المتنازع فيه وذلك وفقا للقاعدة العامة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر". وعليه لابد على أحد الزوجين الذي يدعى أن المتاع المتنازع فيه موجود عليه إثبات صحته بأي طريقة أو وسيلة كانت، وعلى هذا الأساس يحكم قاضي شؤون الأسرة لصالح المدعى، ويكون القاضي من خلال حكمه هذا قد حقق وجسد الدور الحمائي للأسرة بفض النزاع الذي يدور بين الزوجين حول وجود متاع البيت بناءا على أدلة الإثبات المقدمة إليه.

ثانيا: الدور الاثباتي للقضاء حول وجود المتاع وانعدام الدليل

غير أنه في بعض الأحيان يتعذر على الزوجين أو أحد الزوجين إثبات وجود البيت المتنازع فيه، والمقصود منها هي حالة عدم وجود واثبات ودليل على وجود هذا المتاع، ومما لاشك فيه وكما تم التفصيل فيه سابقا في حالة وجود دليل فالقاضي تلقائيا يقوم بالحكم لمدعى بهذا المتاع بناءا على القاعدة العامة "البينة على من ادعى"، إلا أنه في المقابل نجد أن معظم الإشكالات المتعلقة بالنزاع حول متاع البيت تثور عند انعدام الدليل أمام الادعاء الذي قدم للمحكمة من طرف المدعى ضد الزوج الأخر في إثبات هذا المتاع قضائيا، وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى مسألة إثبات وجود المتاع عند انعدام الدليل والبينة، وتطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "ومن خلال نص المادة فانه يستوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام[1] الشريعة الإسلامية وقواعدها التي من بينها قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.

وعلى هذا الأساس، فان وسيلة الإثبات التي يملكها القاضي في هذه الحال لفض النزاع حول وجود المتاع المتنازع فيه هي أدلاء اليمين، ومن المفيد ملاحظة في هذا الصدد أن سؤالا يطرح نفسه وهو: ما نوع اليمين الموجه بخصوص وجود المتاع هل هي يمين الحاسمة أو يمين المتممة؟

نعرف اليمين المتممة بأنها اليمين التي يوجهها القاضي لأحد الخصوم الذي قدم للمحكمة أدلة غير كافية وغير مقنعة بغرض اتمام اقناعه.

أما اليمين الحاسمة ويقصد بها اليمين التي يواجهها أحد الخصوم الى الخصم الأخر ولا يحق للقاضي أن يواجهها وهي يمين حاسمة تحسم النزاع نهائيا، والمقصود بها هي اخبار عن أمر معين

[1] نجمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 475 و476.

مع الاستشهاد بالله سبحانه وتعالى على صحة ما تم الاستشهاد عليه، واليمين الحاسمة هي تلك التي يوجهها الخصم الى خصمه الاخر عندما ينقصه الدليل على ادعائه، فاليمين على هذا النحو احتكام من أحد أطراف الخصومة الى ضمير الصم الأخر فيها، ان توجيه اليمين الحاسمة تصرف قانوني مما يستلزم فيه أن تكون ارادته خالية من العيوب، فهي وان كانت ملك للخصم لا للقاضي الا أنه للقاضي سلطة التحقق من توافر شروط توجيهها، فله أن يمنع توجيهها اذا كانت غير منتجة في النزاع أو غير متعلقة بشخص من وجهت اليه أو أن من أراد توجيهها قد كان متعسفا في استعمال حقه في توجيهها[1]، ومن خلال استقرائنا للتعاريف نجد أن الشروط الخاصة باليمين المتممة لا تنطبق على اليمين الخاصة بالأمتعة[2]، وعليه فان المقصودة في موضوعنا هذا هي اليمين الحاسمة وليست المتممة، ولأنها لا تنهي النزاع ولا ترقى الى مرتبة اليمين الحاسمة كدليل إثبات، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1992/10/27 "أنه لاكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل النزاع المدعى به يعتبر بمثابة انعدام التسبيب وخرق واضح لقواعد الإثبات، ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن قد أنكر وجود المتاع والمصوغ لديه وطلب إقامة البينة على دعواها والتمس الاستماع إلى شهادة ابن المطعون ضدها، فان قضاة الموضوع لما لم يجيبوا على طلب الطاعن وبادروا بتوجيه اليمين المتممة إلى للمطعون ضدها دون التأكد من وجود المصوغ، فإنهم عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وخرقوا قواعد الإثبات، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الأثاث والمصوغ"[3].

---

[1]ابراهيم سيد أحمد، اليمين الحاسمة فقها وقضاء، دار شتات للنشر والبرمجيات، دار الكتب القانونية، مصر، الامارات، سنة 2012، ص 10.

-كما ذكر أيضا بأن اليمين الحاسمة توجه إلاإلى الخصم الأخر الذي له حق المطالبة بالإثبات ويجب أن تتوفر في هذا الخصم أهلية التصرف في الحق الذي توجه إليه فيه اليمين وأن يملك التصرف في هذا الحق وقت حلف اليمين ذلك أن كل خصم توجه إليه اليمين يجب أن يكون قادرا على الخيار بين الحلف والرد النكول. ورد اليمين كتوجيهها تشترط فيه أهلية التصرف والنكول ما لاقرار لا يملكه إلا من ملك التصرف في الحق. وقد جاء في قضاء محكمة النقض بمصر"على أن اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي وأن على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توفرت شروطها إلاإذا بان له أن طلبها يتعسف في هذا الطلب. ومحكمة الموضوع وان كان لها كامل السلطة في استخلاص بتأدية اليمين، فانه يتعين عليها أن تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدي اليه. فإذا أقامت المحكمة حكمها بأداء اليمين على مجرد أن الوقائع المراد إثباتها منتفية بمحررات صادرة من طالب توجيه اليمين فهذا منها قصور في التسبيب. فان كون الواقعة المراد إثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لا يفيد بذاته. أنظر – المرجع السابق، ص 15.

[2]عبد الفتاح تقية، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية، قانون الأسرة مدعما لأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الكتاب الحديث، سنة 2011، ص 251 و252.

[3]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1992/10/27، مجلة قضائية سنة 2001، ص 233.

كما جاء في قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/10/12 "من حيثيات القضية "حيث أنه بالرجوع إلى أوراق الملف ولاسيما الحكم المستأنف والقرار المنتقد يتبين بالفعل أن قضاة الموضوع لم يجيبوا الطاعنة في عدد من دفوعها المتعلقة بالأثاث ولاسيما أنهم أغفلوا فواتيرها التي قدمتها للمناقشة والتي أشارت إليها المحكمة والتي تثبت شراءها لبعض الأثاث هذا من جهة.

ومن جهة أخرى لما عجزت المدعية –الطاعنة حاليا– عن تقديم البينة عن باقي الأثاث كان من المفروض على قضاة الموضوع توجيه يمين الإنكار للمطلق طبقا للأحكام العامة بقواعد الإثبات"[1].

ومنه في حالة عدم تقديم دليل على وجود المتاع، فسلطة القاضي هنا تتمثل باللجوء الى القاعدة السابقة أعلاه، فيوجه اليمين الحاسمة للمدعي عليه، فاذا حلف ربح دعواه واذا نكل حكم عليه[2].

في الأخير يمكن استخلاص أن الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في حل النزاع الذي يطرح أمامه عند انعدام الدليل، فانه يتوقف على طلب أحد الزوجين فالمدعي يوجه اليمين إلى الطرف الثاني وهو المدعى عليه ووفقا للمقولة الشهيرة الفقهية "في حالة الإنكار توجه اليمين إلى الطرفين أما أن يثبت أو ينكر"، وعليه فان دور القاضي هنا هو دور ايجابي يتمحور دائما حول حماية نقطة واحدة وهدف واحد يتمثل في حماية الأسرة خاصة والحفاظ على حقوق الزوجين عامة.

وعليه تتجلى هذه الحماية لكلى الطرفين حيث نجد أن القاضي بدوره يقوم بحماية المدعى الذي ادعى وجود متاع محل النزاع إلا أنه لا يملك في يده حجية تثبت صحيح ادعاءاته في وجود المتاع المتنازع فيه فكما تطرقنا إليه سابقا أن القاضي بناءا على طلبه يقوم بتوجيه اليمين أمامه الى المدعى عليه هذا من جهة، ومن جهة تعتبر اليمين التي وجهة للمدعى عليه والذي أنكر وجود المتاع في حيازته حماية بالنسبة له لأن تأدية اليمين أمام القضاء وإنكار وجود المتاع وحجم القاضي لصالحه هو حماية بحد ذاتها للمدعى عليه. ومن خلال هذين الوجهين، يتجلى دور قاضي شؤون الأسرة في حماية الطرفين خاصة وحماية الأسرة معا.

[1] بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة، الباب الأول، الزواج وانحلاله، أركان الزواج، النسب، الطلاق، العدة، الحضانة، النفقة، مدعم باجتهادات المحكمة العليا، دار الألمعية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2015، ص 378.

الفقرة الثانية: دور القاضي في حل النزاع حول ملكية المتاع

جاءت نص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري بقولها" إذا 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 بقسمتها مع اليمين".

ومن خلال نص المادة يتبين أنه في حالة حدوث نزاع بين الزوجين، حول متاع البيت ويستوي ذلك حال قيام النكاح أو حال الطلاق، فإذا كان لأحدهما بينة حول ملكية المتاع أو بعضه، فانه يقتضي له ببينته وإذا كان لكل منهما بينة رجحت أحداهما لأحد أسباب الترجيح، فإذا استويتا سقطت فإذا سقطت البينتان أو عدمت البينة، فانه يعمل بالقرائن فما كان من المعتاد للنساء فالقول فيه للزوجة مع يمينها، وما كان معتادا للرجال فالقول للزوج مع يمينه.

ومنه نلاحظ أن المشرع الجزائري قد حصر حالتين في النزاع أولهما حلول النزاع حول ملكية المتاع مع انعدام الدليل (أولا) والثانية تتمثل في حل النزاع حول ملكية المتاع مع وجود دليل (ثانيا).

أولا: دور القاضي في حل النزاع حول ملكية المتاع بوجود الدليل

ما يأخذ على نص المادة 73 بقولها "...في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال .."، فانه يستشف من هذه الجملة أن المشرع قد أخذ بهذا المبدأ لحل النزاع الذي ينشأ بين الزوجين حول ملكية المتاع، بقوله من شهد له الظاهر مع اليمين، فما يكون صالح لاستعمال الرجل فهو للرجل وما يكون صالح لاستعمال المرأة مثل الحلي والزينة فالقول للزوجة مع اليمين[1].

ومن هنا يمكن لقول إن دور القاضي شؤون الأسرة يكمن في تطبيق الحلول التي وضعها المشرع وتجسيدها لحل النزاع حول ملكية المتاع.

وكذلك من خلال نص المادة يمكن استخلاص لأنه في حالة وجود دليل على ملكية المتاع، أي إذا قدم أحد الزوجين بينة على أنه هو مالك المتاع، أو أن في حالة ما إذا أن المدعية قد تسلمت أمتعتها لشهادة الشهود مثلا أو بمحضر إثبات فان القاضي بحكم لمن أثار دعواه بالبينة دون توجيه اليمين، لأننا بصدد وجود دليل إثبات وسيان ما بين أن يكون المتاع مما يعرف للرجال أو للنساء أو

[1] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في القانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2004، ص261 و262.

لهما معا هذا فيما يخص وجود دليل من جهة، ومن جهة أخرى في حالة انعدام وجود على ملكية المتاع ففي هاته الحالة إذا لم يقدم أحد الزوجين دليلا على ملكيته للشيء المتنازع عليه، فان الفقرة الثانية من المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري ثلاث حالات تمكن القاضي من اللجوء إليها لفض النزاع و المتمثل في:

الحكم للزوجة في المعتاد والمتفق عليه للنساء مع أداء اليمين كأدوات التجميل والألبسة النسائية، وغيرها من الأمور التي يشهد لها العرف أنها للنساء هي للزوجة كما لأن هناك أمور موضوعية تخضع لتقدير القاضي، فإذا كانت الزوجة خياطة مثلا فبطبيعة الحال تعتبر آلات الخياطة وملحقاتها من قماش وغيرها هي للزوجة مع أدائها لليمين المتممة[1]. يرى بعض الفقهاء أن اليمين التي أوردها المشرع الجزائري في المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري ليست بالحاسمة ولا بالمتممة، بل هي يمين قانونية من نوع خاص يوجهها القاضي مباشرة الى من تجب عليه، في حالة أنه لم يجد في الدعوى دليل ولا بينة.

والقاعدة العامة تقتضي بأنه من المقرر شرعا أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، ومن ثم فان ادعاء الزوج أن زوجته أخذت كل مقتضياتها ولوازمها لكل من أثاثها وملابسها وحليها فهو يكون مكلف بإثبات دعواه، فان عجز فالقول للزوجة مع يمينها، ومن ثم فان القضاة بما يخالف هذا المبدأ بعد مخالفا للقواعد الشرعية لما كان من الثابت في قضية الحال، أن الخلاف في متاع البيت لم يكن حول وجوده بمنزل الزوجية، بل كان حول ادعاء الزوج أن زوجته أخذته معها، فان قضاة الموضوع حينما عكسوا الأمر ووجهوا اليمين للزوج وهو مدع وتلقوها منه مباشرة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية ومتى كان ذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه[2].

وبالنسبة للمتاع الخاص بالزوج والحكم له بالمعتاد للرجال مع أداء اليمين، والمقصود من هذه العبارة هو ما يصلح للرجال مثل أدوات النجارة وما يتعلق بمهنته وأدوات الصيد، وكل ما يشهد عليه العرف والعادة حكما أنه للزوج، فإذا طلبه الزوج ونازعته الزوجة فالقول للزوج مع أداء اليمين. ومن المقرر قانونا أنه في حالة النزاع على الأمتعة، توجه اليمين الخاصة بالأمتعة ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ولما كان ثابتا في قضية الحال أن النزاع قائما بين الطرفين حول

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 313.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1988/07/18، ملف رقم 50075، المجلة القضائية، العدد الرابع، سنة 1990، ص 64.

الأمتعة وأن الزوج طالب بتوجيه اليمين للزوجة على عدم ترك أمتعتها في البيت الزوجي، فان قضاة الموضوع لما قضوا بتوجيه اليمين الحاسمة للزوجة المطلقة التي لا توجه من قبل القضاة، بل بطلب من الأطراف بدل اليمين الخاصة بالأمتعة المنصوص عليها في المادة 73 من قانون الأسرة، فإنهم خرقوا القانون وأخطئوا في تطبيقه ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1].

غير أن هذه القاعدة لا يلجأ إليها القاضي في حالة تقديم أحد الزوجين المدعي بينة أو دليل على ملكية للمتاع، فلو مثلا قدم أحد الزوجين المدعى دليل على ملكيته للمتاع، كشهادة الشهود على ملكيته للمتاع، أو حيازته سند أو فاتورة تثبت ملكية المتاع له، فان القاضي في هذه الحال يحكم بطبيعة الحال لصالح من قدم الدليل أو البينة على ملكيته للمتاع، دون لجوء القاضي لتوجيه اليمين وذلك لتوفر دليل الإثبات، سواء كان المتاع مما يعرف للرجال أو للنساء أو لهما معا، فلو مثلا يشتري الزوج لزوجته سلسلة من ذهب بسعر مرتفع فعلى الرغم من أن الزوج الحلي من لوازم المرأة، فبما أنه قدم الدليل على تملكه فان القاضي يحكم لصالح الزوج، ونفس الأمر بالنسبة للزوجة إذا قدمت دليل أو بينة على تملك شيء يختص به الرجال وهو من لوازمهم، فمن المعلوم وحسب ما تطرقنا إليه سابقا، فان الدور الذي يلعبه القاضي بأن يحكم لصالحها ما دامت قد قدمت دليل على تملكها هذا المتاع، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/05/05 على أنه "من المعروف فقها حول اختلاف الزوجين في متاع البيت أن ما يخص النساء للنساء، ومن ثم فاليمين في هذه الحالة قررها الشارع وجعلها على من يسانده العرف، والزوجة أثبتت لفاتورة أنها اشترت جهاز تلفزيون، وأن الزوج اعترف بأن الخزانة ذات ثلاثة أبواب هي للزوجة، وكانت اليمين عليها لكون موضوع النزاع خاص بالنساء مما يستوجب رد هذا الوجه"[2]. كما جاء أيضا قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1990/11/19 نفضت بموجبه فرار صادر عن مجلس تلمسان كان قد قضي بتأييد الحكم المستأنف، والذي كان قد حكم على المطعون ضدها بأداء اليمين حسي المادة 73 من قانون الأسرة فيما يخص

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1996/07/09، ملف رقم 134417، مجلة قضائية، سنة 1998، عدد الثاني، ص 72.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، فرار بتاريخ 1986/05/05، ملف رقم 4137، غير منشور، أشار اليه بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02 ومعلق عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سمة 1966-2006، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2007، ص 402.

-قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1992/03/17 الملف رقم 81455 وكذا القرار الصادر بتاريخ 1986/01/27 ملف رقم 39775 عن غرفة الأحوال الشخصية.

الزوجة "مسايس" و"مسكية"، بينما لا تخص تلك المادة إلا أمتعة البيت أي الأدوات المنزلية، ثم أن النزاع لا يخص ملكية المصوغ ولكن حقيقة وجوده[1].

ويستخلص من الحكم بأن قاضي شؤون الأسرة بحكمه هذا يكون قد طبق صحيح القانون كما أنه قام بتحقيق الدور الذي منحه إياه المشرع الجزائري عند اعطائه السلطة التقديرية في تقدير ما يصح للأسرة لحمايتها. وعليه فان الحماية التي تجسدت في هذا الحكم وفق للقاعدة العامة " البينة على من ادعى " هي حماية قضائية للأسرة وبالرغم من وجود دليل على ملكية المتاع –من حيثيات القضية– إلا أنه يبقى للقاضي دورا هاما يلعبه في حل النزاع حول ملكية المتاع المتنازع عليه بين الزوجين أو بين أحدهما وورثة الطرف الأخر[2]، ويكمن هذا الدور عن طريق تجسيد وتطبيق ما توصل إليه القاضي من اقتناع ذاتي تملكه للمتاع وجب عليه القضاء لصالح هذا المدعي يحقه في استرداد متاعه.

ثانيا: دور القاضي في حل النزاع حول ملكية المتاع عند انعدام الدليل

ان الدور الذي يلعبه القاضي في حل النزاع الثائر بين الزوجين حول ملكية المتاع وخاصة عند انعدام الدليل، ويليه غياب النص الشرعي بالإضافة على غياب الأحكام الفقهية، يجد القاضي نفسه أمام نزاع يفتقر لأساسيات مما يضطر إلى أن ينتقل إلى العرف وقد وأوضحت القانون المدني ما يجب على القاضي عمله عند فقدان النص وفقا للترتيب المنصوص عليه وهو اللجوء إلى مبادئ العرف باعتباره من المصادر الاحتياطية، ويضطر القاضي أن يحكم به ويستأنس إليه، ويقضي وفق ما قضى به عرف المجتمع الذي منه المتنازعين[3]، وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى مسألة إثبات وجود المتاع عند انعدام الدليل والبينة، وتطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" ومن خلال نص المادة فانه يستوجب على القاضي الرجوع إلى

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 383.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة شؤون الأسرة بتاريخ: 1984/11/05 فصلا في الطعن رقم 32131 والمنشور بمجلة المحكمة العليا، في عددها رقم 2/1990 نص 78 وقد جاء فيه خلاصته:" الزوجان يحلفان على البت، والورثة يحلفون على العلم"، أنظر نجيمي جمال، المرجع السابق، ص 274.

[3] عبد الفتاح تقية، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية، المرجع السابق، ص 250.

أحكام[1] الشريعة الإسلامية وقواعدها التي من بينها قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.

إن وسيلة الإثبات التي يملكها القاضي في هذه الحال لفض النزاع حول وجود المتاع المتنازع فيه مع أدلاء اليمين.

كما ولا بد أن نبين من خلال بحثنا أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في ملكية أثاث بيت الزوجية في حال انعدام الدليل إلى عدة أراء يمكن تلخيصها في ثلاثة[2] أراء وهي: ملكية الأثاث مناصفة أي مشتركة، ملكية الأثاث حسب الصلاحية، وأخيرا وليس أخرا ملكية الأثاث للزوج والزوجة[3].

وعلى هذا الأساس، ووفقا لما جاء به الاجتهاد القضائي ويليه نص المادة 73 من قانون الأسرة وأراء الفقهاء فانه يحكم للزوجة أو ورثتها في المعتاد للنساء مع اليمين ومثال ذلك كل ما يصلح لاستعمال الزوجة عادة كأدوات التجميل والألبسة النسائية وغيرها من الأمور التي يشهد لها العرف أنها للنساء، وكل مشتملات الزوجة وهنا قد يتدخل القاضي في تقدير أمور، أدوات الخياطة وملحقاتها من قماش وذلك بتوجيه اليمين المتممة للزوجة[4]، وعليه فإذا نازع فيه الزوج وأنكر ملكيتها له فانه رغم ذلك يحكم به لها مع يمينها وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1992/03/17 الملف رقم 81455 وكذا القرار الصادر بتاريخ 1986/01/27 الملف رقم 39775 عن غرفة الأحوال الشخصية. ومن هنا يظهر جليا دور القاضي في حل النزاع حول ملكية المتاع بين الزوجين[5]، وتتجسد الحماية القضائية للمالك الحقيقي للمتاع في استرداد متاعه، وبالتالي فان القاضي إذا تبين له أن المتاع المتنازع عليه يدخل ضمن المعتاد للنساء، فيكتفي بتوجيه اليمين للزوجة المدعي عليها في حال انعدام الدليل من طرف الزوج المدعي.

أما بالنسبة للزوج أو ورثته يحكم في المعتاد للرجال مع اليمين، فقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1996/07/09 على أنه "من المقرر قانونا أنه في حالة النزاع على الأمتعة

---

[1] نجمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 475 و476.

[2] كما نص أيضا المسرع الجزائري من خلال المادة 73 من قانون الأسرة الجزائر بحيث مكن القاضي من فض النزاع حول ملكية المتاع بين الزوجين في حال انعدام الدليل

[3] قيس عبد الوهاب الحيالي، ملكية أثاث البيت الزوجية، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان، الأردن، سنة 2008، ص 87 و88.

[4] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 313.

[5] الزيباري رشيد عمر، الاختلاف بين الزوجين في متاع المنزل، دراسة مقارنة، دار دجلة، عمان، سمة 2009، طلعة الأولى، ص 56.

بين الزوجين، توجه اليمين الخاصة بالأمتعة ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن النزاع قائم بين الطرفين حول الأمتعة وأن الزوج طالب بتوجيه اليمين للزوجة على عدم ترك أمتعتها في البيت الزوجي، فان قضاة الموضوع لما قضوا بتوجبه اليمين الحاسمة للزوجة المطلقة التي لا توجه من قبل القضاة، بل بطلب من الأطراف وهذا ما نص عليه المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري، فإنهم خرقوا القانون وأخطئوا في تطبيقه ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1] .

ومنه نستخلص من خلال هذا القرار أن دور الذي يقوم به القاضي هو دور ايجابي في فض النزاع حول المتاع بين الزوجين، وذلك من خلال توجيه القاضي للزوج أداء اليمين إذا كان المتاع المتنازع عليه يدخل ضمن المعتاد للرجال مع عدم تقديم الزوجة المدعية دليل على ملكيتها لهذا المتاع.

كما جاء أيضا بالنسبة في المشتركات فيما بينهما في متاع البيت وتكون بالقسمة مع اليمين، وقد جاء في قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/03/10 حين قضت " يتقاسم الزوجان في حال النزاع، الأثاث المشترك بينهما مع توجيه اليمين"[2]، فإذا ادعى كلا الزوجين ملكية الأثاث الموجودة في البيت من أثاث وأدوات منزلية كآلة الغسيل والتلفاز وغيرها، ولم يتمكن القاضي من التفريق بينهما بين ما يصلح لاستعمال النساء وما يصلح لاستعمال الرجال، فلابد على القاضي في هذه الحال من أجل حل هذا النزاع أن يتدخل بقسمة هذه الأشياء المشتركة بينهما باعتبارها مال مشترك بينهما مناصفة مع توجيه اليمين لكليهما[3]، غير أن الاجتهاد القضائي استقر على أن الأثاث غير المحقق للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملك للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو جملة صداقها، فان لم يكن فالزوج أحق به مع يمينه[4]. أما المشتركات بينهما فيقسمانها مع اليمين إلا إذا قدم أحدهما دليل على أنها ملك له، غير أن الاجتهاد القضائي استقر على أن الأثاث غير المحقق

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، فرار بتاريخ 1996/07/09، ملف رقم 134417، المجلة القضائية لسنة 1998، العدد الثاني، ص 72.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2002/03/13، ملف رقم 277411، م-م-ع، عدد الثاني، سنة 2004، ص 359.

[3] خالد دوادي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص 92.

[4] المرجع السابق، ص 76.يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، المرجع السابق، ص 75.

للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملك للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو جملة صداقها، فان لم يكن فالزوج أحق به مع يمينه[1].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989[2]/01/16. وبالرجوع لنص المادة 19من قانون الأسرة الجزائري وتفاديا لكل النزاع بإمكان الزوجين تدوين في عقد الزواج أو عقد لاحق ما يملكه كل واحد ولا سيما الأشياء ذات قيمة، تفاديا لكثرة الخلافات حول متاع البيت وطول ذلك، فان هذا الأخير كثيرا ما يكون سببا للشقاق والخلاف بين الزوجين[3]. غير أنه قد يثور التساؤل حول موضوع الديون بين الزوجين هل يمكن لقاضي شؤون الأسرة أن يفصل فيه؟ وعليه أجازت المحكمة العليا ذلك في قرارها بتاريخ 10 أفريل2002 جاء فيه: " المبدأ: إن اعتراف الزوج بالدين اتجاه زوجته أمام قاضي الأحوال الشخصية يجعل هذا الأخير مختصا للفصل في مبلغ الدين المتنازع عليه...بدعوى انعدام الأساس القانوني كون الدين طلب غير مشتق من الطلبات الأصلية المترتبة عن الطلاق...وحيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع لما قضوا بإلزام الطاعن بدفع إلى المطعون ضدها مبلغ مائة ألف دينار جزائري يكونون قد طبقوا صحيح القانون كون الطاعن يعترف صراحة بالدين ويطالب بعدم اختصاص قاضي الأحوال الشخصية وعليه فالوجه غير مؤسس ويتعين رفضه.."

ومن هنا يبرز دور القاضي أيضا لفض النزاع حول متاع البيت، ومنه تتجسد حماية القاضي لمالك المتاع سواء كان الزوج أو الزوجة الذي يترتب عليه حماية الأسرة.

الفرع الثاني: حق المطلقة من الاستفادة من الثروة.

نقصد من الثروة التي تستفيد منها المطلقة في هذه الجزئية هي نصيبها من الميراث، أولا لابد من تقديم تعريف خاص بالميراث مع تبيان شروطه وأركانه في (الفقرة الأولى) ثم نعرج الى ميراث المطلقة في (الفقرة الثانية).

---

[1] يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 76.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1989/01/16 ملف رقم 52212، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الثالث، ص 55.

[3] رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، المرجع السابق، ص 159، أنظر يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 77.

الفقرة الأولى: تعريف الميراث

يعتبر الميراث من ضمن المواضيع التي اهتم بها الشرع الاسلامي وبصورة مفصلة لا مجال للرأي فيها سوى في الجوانب التفصيلية في بعض الأمور. وأحكام المواريث هي جزء كبير من النظام المالي في الاسلام، لأنه حرص على بيان وتوضيح الحقوق المتعلقة بمال الإنسان بعد وفاته.

لم يعرف المشرع الجزائري الإرث مثله مثل أغلب التشريعات العربية، على غرار ما عرفه القانون الإماراتي في المادة 313[1] بأنه انتقال حتمي لأموال وحقوق مالية بوفاة مالكها لمن استحقها.

وعليه يمكن تعريف الميراث بأنه المبلغ المالي أو القيمة المالية التي يتركها المتوفى خلفه فتنتقل الى الورثة شريطة أن تتوفر فيهم الشروط والأسباب الخاصة بالميراث.

أولا-أركان الميراث: تضمن قانون الأسرة الجزائري موضوع الأحكام العامة في الميراث في المواد من 126 الى 138 وكذا من المادة 10 الى 183 وهي[2]:

-وجود ارث والمقصود به الميت الذي يستحق غيره أن يرث منه بعد وفاته حقيقة أو حكما.

-وجود الوارث وهو الشخص الذي يستحق الإرث بسبب انتمائه الى الميت بصورة تؤهله للميراث. وبمعنى أخر الشخص الذي تربطه صلة قرابة بالمورث يصير بها وارثا له.

-وجود الموروث والمقصود به التركة أي ما يخلفه الميت ورائه من أموال وحقوق قابلة للانتقال بطريق الارث. وهو المعتبر تركة. وتنتقل الى الوارث بالخلافة الإجبارية التي مفادها أن الوارث يخلف مورثه في هذه التركة، وهذه الخلافة تثبت الوارث بحكم الشرع والقانون، وليس بإرادة الموث أو الوارث.

ثانيا-أسباب الارث: نص قانون الأسرة الجزائري على أسباب الارث في المادة 126 حيث جاء فيها " أسباب الارث: القرابة والزوجية".

وعلى هذا الأساس ووفقا لما جاءت به المادة فانه لقيام الارث لابد من توفر سببين وهما القرابة وقيام العلاقة الزوجية.

-السبب الأول: القرابة وهي صلة بين اثنين سببها ولادة قريبة أو بعيدة، لقوله تعالى:"**وَأُوْلُواْ**

---

[1] المادة 313 من قانون الأحوال الشخصية الامراتي، المرجع السابق.

[2] بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، سنة 2008، ص 77.

ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ إِنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ"[1]

والقرابة تنقسم الى ثلاثة أقسام فروع وأصول وحواش وهم[2]:

-الفروع: هم الأبناء وأبناؤهم وان نزلوا.

-الأصول: هم الآباء والأجداد.

-الحواشي: الحاشية القريبة تشمل الاخوة وأبناءهم، والحاشية البعيدة تشمل الأعمام وأبناءهم.

كما تشمل ذوي الأرحام كالأخوال والخالات والعمات، والارث بالقرابة على ثلاث أنواع وهي[3]: أصحاب الفروض والعصبات النسبية وذوو الأرحام. ويطلق على هذا النوع السبب الحقيقي أو القرابة الحقيقية لتخرج القرابة الحكمية التي سببها الاعتاق كما يعبرون عن القرابة بالرحم أيضا.

والقرابة من أقوى أسباب الارث، لأنها تأتي عن طريق الولادة، ولأنها أصل وجود الشخص ولا يمكن أن تزول بحال من الأحوال بل هي مستمر حتى بعد الموت، فالقريبان يتوارثان اذا مات أحدهما قبل الأخر، وأفراد هذا النوع ليسوا في درجة واحدة ولا في قوة قرابة واحدة، وبعضهم يرث دائما بينما البعض الأخر قد يحجب عن الميراث لوجود من هو أقرب منه.

-السبب الثاني الزوجية: ويقصد به الزوجية الناشئة عن نكاح صحيح، فاذا مات أحد الزوجين في هذا النكاح ورثه الأخر، سواء كان الموت قبل الدخول أو بعده، بشرط أن يكون عقد النكاح عند الوفاة قائما حقيقة ببقاء الزوجية بين الطرفين، أو حكما كالمعتدة من طلاق رجعي، أما النكاح الفاسد والباطل فلا يثبت بهما التوارث، وهذا ما سنفصله فيما يلي، وبالنسبة للعقد الذي اتفق الفقهاء على بطلانه كالرجل الذي تزوج امرأة أجنبية ثم ظهر أنها أخته من الرضاع[4]، والعقد الفاسد هو العقد الذي اختلف العلماء في بطلانه كالعقد بلا ولي ولا شهود، والدليل على هذا قوله تعالى **"وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ"**[5]

---

[1] سورة الأنفال، الاية 75.

[2] نصيرة دهينة، علم الفرائض والمواريث فقها وعملا، وفق قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الوعي، رويبة، الجزائر، ص 79.

[3] المرجع نفسه.

[4] فارس العزاوي، الارث، مقال منشور في الألولة الشرعية، سنة 2017، بتاريخ 2020/02/22، أنظر الموقع، https://www.alukah.net/sharia/0/117579/

[5] سورة النساء، الأية 12.

ثالثا- موانع الارث

جمعت الموانع في جملة واختصرت بـ (عش لك رزق) بحيث يرمز كل حرف منها الى أول حرف من الموانع السبعة.

-العين : عدم الاستهلال : كالمولود الذي تضعه أمه ميتا فلا يستهل صارخا عند الوضع لا يرث ولا يورث لعدم وجود الحياة التي يعقبها موت فيحصل الارث. لقوله ﷺ " اذا استهل الصبي صارخا ورث وورث وصلي عليه"[1].

-الشين: الشك : وهو نوعان[2]:

- ما يمنع من أصل الميراث كالشك في النسب.
- ما يمنع من تعجيله، وله صور كثيرة منها: الشك في وجوده كالحمل والغائب، والشك في نوعه كالخنثى.

-اللام: هو اللعان ويقصد به رمي الرجل على زوجته بالزنا، أو نفي نسب ولده، وعجز عن اثبات ذلك بالبينة، فاذا تم اللعان بفرق القاضي بينهما وينفي نسب الولد عن الزوج، وعليه فان المتلاعنين لا يرث والده الذي نفاه ولا يرثه والده[3].

-الكاف : الكفر لا يرث القريب المسلم الكافر ولا الكافر قريبه المسلم لقوله ﷺ لا يرث الكافر المسلم و لا المسلم الكافر، سواء كان أصليا أو بالردة بعد الاسلام.

-الراء :الرق:وهو مانع للميراث من الجانبين، فلا توارث بين الحر ورقيق، فالرق هو العبودية كما أنه يعتبر عجز حكمي يتصف به الشخص، والعجز الحكمي معناه أن الشارع حكم بعدم نفاذ تصرفه، لذا فلا يملك ولا يولي ولا يولي أمرا ولا تقبل شهادته، وعليه فالرقيق لا يرث ولا يورث سواء كان الرق تاما أو ناقصا.

وبالاطلاع على أراء الفقهاء في مسألة مانه الرق نجد أن الفقهاء أجمعوا على أن الرق لا يرث

---

[1] نصيرة دهيمة، علم الفرائض والمواريث، المرجع السابق، ص 92.

[2] نصيرة دهينة، نفس المرجع، ص 93.

[3] نصت المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري " يمنع من الارث اللعان والردة".

ولا يورث وذلك لأسباب منها[1]:

- ان الميراث نوع تمليك والعبد لا يملك لأن ملكه لسيده.
- لا قرابة بين السيد والميت.

-الزين: ويقصد بها الزنا فابن الزنا لا يرث والده ولا يرثه والده وانما يرث أمه وترثه دون أبيه.

-القاف: ويقصد بحرف القاف هو فعل القتل إذا استعجل الوارث بقتل مورثه[2]، فيعاقب بحرمانه، ويعامل بعكس مقصوده. وقد ورد في قانون الأسرة الجزائري في المادة 135 بأنه "يمنع من الميراث الأشخاص الأتية أوصافهم:

-قاتل المورث عمدا وعدونا، سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.

-شاهد الزور الذي أدت شهادته الى الحكم بالإعدام وتنفيذه.

-العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية".

أما القاتل خطأ فقد ورد حكمه في المادة 137 التي تنص على ما يلي "يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض".

وعليه يرث القاتل من قتله عقوبة له على جنايته ان كان القتل عمدا.

الفقرة الثانية: ميراث الزوجة المطلقة

بعد أن عرفنا الميراث وأنواع الميراث كما وأن تطرقنا أيضا إلى أسبابه ومن يستحقه، ننتقل في هذه الفقرة إلى ميراث الزوجة المطلقة والتي قمنا بتفصيل جزئية الطلاق وأنواعه وهو ما أجمع عليه الفقهاء رجال القانون أن الطلاق الرجعي يكون فيه التوارث ما دامت المرأة في العدة اذ العصمة الزوجية تعتبر أنها ما زالت قائمة بين الزوجين سواء كان الطلاق حال الصحة أو مرض الموت. وبالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري في نص المادة 132 أنه "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور

[1] محمود سالم مصلح، موانع الميراث في الشريعة الاسلامية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية لقطاع غزة، مذكرة استكمال لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، بالجامعة الاسلامية بغزة، سنة 2008، ص 16، 17.

[2] ذهب المالكية الى ان القاتل المانع من الارث هو القتل العمدي المدبر والعدواني وليس بالقتل الخطأ، فان هذا الأخير ال يمنع من الميراث، لا كنه لا يرث من الدية لأنها وجبة بسبب فعله، ويبدوا بأت قانون الأسرة الجزائري سار بهذا النهج من خلال نص المادتين 135، 137.

الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منها الارث".

ومن خلال استقرائنا لنص المادة فانه اتضح لنا جملة من الاستثناءات والتي نلخصها الى حالتين، الحالة الأولى في حالة صدور الطلاق قبل الحكم بالطلاق، والحالة الثانية إذا كانت الوفاة في عدة الطلاق.

الحالة الأولى: هذه الحالة جاءت تخص الزوجة المطلقة قبل صدور الحكم بالطلاق، يمكن القول بأن الزوجة التي أوقع عليها طلاق شفهي ولم يصدر الحكم عليه فهي في نظر القانون لازالت على ذمة زوجها وأن العلاقة الزوجية لازالت قائمة قانونا، وهذا ما جاءت به نص المادة 49 من نفس القانون بأنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم.."، وما دام أن حكم الطلاق لم يصدر إذا فان لكل من الزوجين الحق في الميراث ذلك باعتبار أن حكم الطلاق لم يصدر بعد، غير أنه في المقابل نجد أن هذه الحالة جاءت معارضة تماما للشريعة الإسلامية بحيث تكون هذه الزوجة مطلقة شرعا وأن عدتها الشرعية بدأت من يوم التلفظ بالطلاق ولا يحق لها في ميراث هذا الزوج[1].

إذا من خلال هذه الحالة وجود تضارب بين الشريعة الإسلامية والقانون في مسألة الطلاق فتنتقل تدريجيا إلى حساب عدة المطلقة والتي هي في الأصل من أكبر الإشكالات التي يقع فيها الزوجين والأبعد من هذا وذاك مسألة الميراث والتي نجد بأنها جاءت معارضة لمبادئ الشريعة الإسلامية، والمشرع نجده في هذه الحالة قد أدخل في نظام الميراث من ليس بوارث، إلا أنه يمكن استبدال جملة "**تلفظ الزوج بالطلاق وقبل انتهاء العدة الشرعية والقانونية**" في مكان "**قبل صدور الحكم بالطلاق**"، وذلك اجتهادا منا في تدارك النقص في هاته المادة كما التغير جاء بغية تباعد وتفادي هذا التضارب لما نتج عنه من إشكالات في الواقع العملي عند الإعمال بنص المادة 132 وعليه يمكن سنها كالاتي "**اذا توفي أحد الزوجين أو تلفظ الزوج بالطلاق وقبل انتهاء العدة الشرعية والقانونية، استحق الحي منهما الارث**".

أو بعبارة أخر "**إذا توفي أحد الزوجين أو تلفظ بالطلاق وكانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الارث، مع مراعاة مبادئ الشريعة الاسلامية**".

ما يمكن القول في الأخير إن هذا الاقتراح والاجتهاد الشخصي جاء كحل لواقع عملي والذي

[1] خليل عمرو، ميراث المرأة المطلقة وفقا لقانون الأسرة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الأول، المجلد 03، ص 211.

وجد تضارب كبير بين أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص القانونية في مسألة توارث المطلقة والتي تستدعي الضرورة الملحة الى تعديل نص المادة 132 من ق.أ لتفادي الثغرات التي وقعت ولازالت تقع في المسار العملي والتطبيقي المتعلقة بالطلاق وكذا النصوص المتعلقة بالميراث ومحاولة التوفيق بين الموضوعين مع مراعاة مبادئ الشريعة الإسلامية.

الحالة الثانية: من خلال نص المادة132 في شطرها الثاني "أو كانت الوفاة في عدة الطلاق..."، من خلال هذه الجزئية يمكن استنباط حالة أخرى أخصها المشرع الجزائري وأدخلها في نظام الميراث ومن خلال استقراء هذه المادة وتحليها يمكن القول أن ما جاء به المشرع الجزائري في نص هاته المادة جاء متضارب مع مبادئ الشريعة الإسلامية إذ أدخل في نظام الميراث من ليس بوارث[1].

يمكن تحليل نص المادة 132 في شطرها الثاني أنه بعد صدور حكم الطلاق والذي يعتبر حكم نهائي بحيث تنتهي العلاقة الزوجية بين الطرفين و يصبح كلى الزوجين غريب وأجنبي على الطرف الثاني، والمعلوم كما تم التطرق إليه في الفقرة الأول، أنه لاستحقاق الميراث لابد من توفر سبب الميراث ومن أسبابه الرئيسية هي قيام الرابطة الزوجية كما فصلناها سابقا، إلا أنه في هذه الحالة نجد أن الرابطة الزوجية مصيرها الزوال أي فك الرابطة والعلاقة الزوجية بين الزوجين وتلاشى معها سبب الميراث بحيث أصبح عقد الزواج منتهي وعليه فانه لا وجود للميراث بين الزوجين بعد صدور الحكم بالطلاق.

غير أنه يمكن فرض فرضية ثانية في حالتنا هذه والتي يمكن أن تكون في نظرية المشرع عندما سن نص المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري أن الزوجة المطلقة بعد صدور حكم الطلاق فان فترة عدتها تبدأ من تاريخ صدور الحكم ولنفرض أن الطلاق كان شفاهيا وحكميا في تاريخ واحد لكي لا نقع ضمن إشكالية حساب العدة هذا من جهة، ومن جهة أخرى رأى المشرع أنه من المحتمل أن يراجع الزوج زوجته قبل انتهاء هذه العدة أي أن الطلاق طلاق رجعي، وعلى هذا الأساس جعل لها الحق في الميراث في حالة موت الزوج أثناء فترة عدة الطلاق، فإنها ترث منه، وتنتقل الى عدة الوفاة، فتعتد أربعة أشهر وعشرا من يوم وفاته، لأن الرجعية لا نزال زوجة ما دامت في العدة .

لكن إذا طلقا طلاقا رجعيا وانقضت عدتها، تم مات زوجها فانه لا تلزمها عدة الوفاة، ولا ترث

[1] خليل عمرو، ميراث المرأة المطلقة وفقا لقانون الأسرة، المرجع السابق، ص 212.

منه، لأنها قد بانت من زوجها بانقضاء عدتها.

لكن الجدير بالملاحظة أن الطلاق الذي يوقعه القاضي في نص المادة 50 أنه طلاق بائنا، لأن المراجعة تتطلب عقدا جديدا مما يدل أن الميراث في هاته الحالة لا يوجد ولا ترث المطلقة حسب ما جاء في نص المادة السابقة، لكم في المقابل نجد أن المشرع الجزائري في نص المادة 132 من نفس القانون قد أعطى الحق في الميراث للحي منهما أثناء العدة. هنا نكوم ضمن اشكال أخر.

اذا طلقت الزوجة طلاقا بائنا بينونة كبرى أي ثلاث طلقات، ثم مات زوجها، وهي في العدة أو بعد انقضاء عدتها، فلا ترث ولا تعتد للوفاة، الا في حالة واحدة والتي تعتبر كاستثناء أن يكون الزوج طلقها في مرض موته وكان منهما بقصد حرمانها من الميراث.

ولهذا يعقد الفقهاء بابا يسمونه باب ميراث المطلقة، فالمطلقة اجمالا هي ثلاثة أنواع[1]:

النوع الأول: المطلقة رجعيا، سواء حصل طلاقها في حال صحة المطرق أو مرضه.

النوع الثاني: المطلقة البائن، التي حصل طلاقها في حال صحة المطلق.

النوع الثالث: المطلقة البائن، التي حصل طلاقها في حال مرض موت المطلق.

فالمطلقة الرجعية ترث بالإجماع إذا مات المطلق، وهي في العدة، لأنها زوجة لها ما للزوجات ما دامت في العدة.

والمطلقة البائن في حالة الصحة لا ترث بالإجماع، لانقطاع صلة الزوجية من غير تهمة تلحق الزوج في ذلك، وكذا إذا حصل هذا الطلاق في مرض الزوج المخوف وكان الغاية منه ليس حرمانها من الارث فهنا لا ترث. والمطلقة البائن في مرض الزوج، إذا كان الزوج متهما فيه بقصد حرمانها من الميراث، فإنها ترث في العدة وبعدها، ما لم تتزوج أو ترتد.

كما اتجه الشافعية أيضا بقولهم إن المرأة المطلقة في عدة طلاق بائن لا ترث من زوجها الذي طلقها، لانقطاع أثار الزوجية بالطلاق البائن، والميراث لا يثبت بعد زوال سببه، بخلاف المطلقة في عدة طلاق رجعي، فإنها ترث بالاتفاق لبقاء أثار الزوجية[2].

---

[1] الشيخ صالح بن فوزان ال فوزان، تيسير زاد المستقنع في الفقه الحنبلي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1971، ص170، يوم 2020/01/22، الموقع
https://books.google.dz/books?id=R_NHDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=fr#v=onepage&q&f=false

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 453.

وعليه أجمع فقهاء الشريعة الاسلامية واستثنوا مريض مرض الموت، وعليه فحسب اعتقادي أن المشرع الجزائري عندما نص في مادة 132 من قانون الأسرة الجزائري كان هذا مقصوده وهدفه من ميراث الزوجة المطلقة أن تكون قد صدر الحكم الطلاق وأنها في فترة عدتها وجعل لها حق في الميراث ذلك باعتبار أنها مطلقة طلاقا رجعيا.

الفرضية الثانية والتي يمكن تحليلها من نص المادة 132 فمن الممكن أن تكون سبب من الأسباب التي أدت بالمشرع الجزائري الى وضع هاته المادة فرأى أنه لابد من حماية المطلقة والتي جحد في حقها هذا الزوج فأراد تطليقها وهو طريح الفراش وعالم بأنه سيموت كمرضه بمرض السيدا مثلا أو مرض السرطان في حالته الأخيرة أو المحكوم عليهم بالإعدام وغيرها من الأمراض التي قد تؤدي الى الموت[1]، فيقوم الزوج بتطليقها لمنعها من الميراث، وأنه يريد بطلاقه حرمانها من الميراث ففي هذه الحالة يثبت لها الميراث اذا مات وهي في العدة منه معاملة له بالنقض مقصوده، وعلى ذلك الحال في عهد الصحابة اذ طلق عبد الرحمان بم عوف زوجته تماضر بنت الرماش طلاقا مكملا ثلاث في مرضه الذي مات فيه فحكم لها عثمان ﷺ بميراثها منه، وقال:" ما تهمت ولكن أردت السنة". كما روي أن عائشة رضية الله عنها قالت في المطلقة ثلاث وهو مريض، ترثه ما دامت في العدة[2].

كما ويشترط على المريض مرض الموت ومن في حكمه فارا من الارث شروط هي[3]:

– أن يكون الطلاق بائنا وبعد الدخول الحقيقي، فلو كانت البينونة قبل الدخول والخلوة، هنا لا يعتبر فارا، ولا تستحق الزوجة الميراث، لأنها لا وجود للعدة هنا.

– أن تكون الفرقة دون رضا الزوجة، فلو كانت برضاها فلا يثبت لها الميراث لأن رضاها بالفرقة قد زال مضنة القرار، وكذا إذا دفعت الزوجة لزوجها مالا ليطلقها بائنا فهنا لا تستحق الميراث.

---

[1] المريض مرض الموت هو الذي يتحقق فيه أمران:

–أن يكون مرضا يغلب فيه الهلاك عادة، ويرجع في ذلك الى الأطباء والى الاحصاءات الطبية.

–أن يتصل الموت بالمرض سواء كان الموت بسبب المرض أو بسبب شيء أخر (كالغرق، أو الحرق أو أي حادثة أخرى)، أنظر، محمد بن زيوش، محاضرات في قانون الأسرة، جامعة فرحات عباس، كلية الحقوق، دار النفائس للإعلام والالكتروني، مقام الشهيد، سنة 2002–2003، ص113.

[2] اياد عايد فتحي السمحان، منتهي داود حجازي، قابلية توارث المطلقة البائنة بين الفقه والقانون، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، ملحق 03، سنة 2014، ص 1069.

[3] محمد بن زيوش، المرجع السابق، ص 115

– أن تكون الزوجة أهلا للميراث من زوجها وقت الطلاق وأن تستمر هذه الأهلية الى وقت الموت، فإذا لم تكن أهلا للميراث وقت الطلاق كأن كانت كتابية وهو مسلم فلا يثبت لها الميراث لأن قصد تصور حرمانها من الإرث غير متحقق لكونها محرومة منه باختلاف الدين وكذلك إذ ارتدت الزوجة من الإسلام.

– وقد تكون الزوجة فارة من ميراث زوجها وإذا كانت مريضة مرض الموت أو ما في حكمه وكان الزوج قد فرضها البينونة فأوقعت الطلاق في مرض موتها، فإنها تعتبر فارة فتعامل بنقيض مقصودها ويرثها الزوج إذا ماتت، أما إذا مات هو فلا ترثه ولو كانت في العدة.

ملخص عما سبق إذا توفي أحد الزوجين أثناء فترة الزوجية ثبت حق الزوج الأخير في الميراث، أما إذا انتهت الرابطة الزوجية قبل الوفاة فلا توارث بين الزوجين، كأن تطلق المرأة وتنقضي عدتها، أو يحكم ببطلان النكاح، أو يتحقق المانع من الميراث بسبب قتل الوارث للمورث أو اختلاف الدين[1]، أو المنع من الميراث كالمريض مرض الموت.

وتجدر الإشارة إلى أن أحكام الميراث في قانون الأسرة مستمدة من الشريعة الإسلامية، بحيث تكسبها هذه المرجعية قدسية تسمو بها عن الخضوع للاستفتاء الشعبي أو الفكري أو لفكرة مواءمة التشريع الداخلي مع مقتضيات اتفاقيه القضاء أشكال التمييز ضد المرأة " اتفاقية سيداو"[2].

المطلب الثالث: دور النيابة العامة أمام قضاء الأسرة

ان القضاء الجزائري وفير أكبر قدر من الحماية للأسرة المخولة له من طرف المشرع الجزائري، سعيا منه الى تعزيز دور وصلاحيات النيابة العامة أمام القضاء الأسري، فتعرف النيابة العامة بأنها الأمنية على المصالح العامة للأفراد والمجتمع، وهي التي تتولى رفع الدعوى المرتبطة بالمصلحة العامة باسم المجتمع في الحدود التي وضعها القانون. وقد جعلها المشرع الجزائري سلطة الادعاء العامة التي تقوم بوظيفة الاتهام للحفاظ على حسن تطبيق القوانين والدفاع عن المجتمع وحقوقه. باعتبارها ممثلة للدولة في التطبيق السليم والصارم للقانون[3]، الا أن الوظائف القضائية للنيابة العامة لا

---

[1] عطاء الله غريبي، الحقوق الزوجية في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة حوليات، جامعة الجزائر 1، العدد32، الجزء الأول، سنة 2018، ص 546.

[2] المرجع نفسه.

[3] ادريس الفاخوري، دور النيابة العامة في المادة الأسرية، مجلة مغرب القانون، يوم 2019/12/12، الموقع https://www.maroclaw.com

تنحصر فقط في الميدان الجنائي، بل هناك وظائف هامة في المادة المدنية أسندت اليها، حينما يتعلق الأمر بالنظام العام سواء من ناحية المسائل محل النقاش أو من ناحية الأطراف، فهي حارسة النظام العام، ولا تقتصر مهمة النيابة العامة في السهر على التطبيق السليم للقانون، لكنها تسهر أيضا على حماية الذين لا يستطيعون حماية أنفسهم نتيجة لحالتهم العقلية أو بسبب سنهم أو حالتهم ويزداد دورها في الدعوى المدنية يوما بعد يوم نظرا لازدياد دور الدولة الحديثة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية وبالتالي اتساع دائرة النظام العام في المجتمع مما أدى الى ازدياد دور النيابة العامة.

غير أن التعديل الأخير الذي طرأ على قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 استحدث حكما جديدا تضمنته المادة 03 مكرر التي جاء فيها "**تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية الى تطبيق أحكام هذا القانون**". وقد أحدث هذا النص إشكالات كبيرة عند تطبيقه في الميدان القضائي، وأدى بالبعض الى مطالبة الخصوم بتكليف النيابة العامة بالحضور عن طريق المحضر القضائي، تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا.

ومن ضمن ما جاء في الجرائد وعلى سبيل المثال ما جاء في الجريدة "الخبر" أن رجال القانون يطالبون وزارة العدل بمراجعة إجراء" حضور النيابة في قضايا الأحوال الشخصية لما فيه من اهدار للوقت والمال "وان وكيل الجمهورية يقضي 48 يوما في كل سنة في ترديد " يرجى تطبيق القانون"، وأن هذا الاجراء هو عبئ إضافي على المتقاضين في المال والوقت، كما هو الشأن بالنسبة لتكاليف تبليغ ممثلي النيابة العامة لحضور الجلسات عن طريق المحضر القضائي. وقد أثار هذا الإجراء صعوبات من حيث تنفيذ الحكم. في ظل قانون 84-11 كان التنفيذ من مهام النيابة العامة، حيث لا بمكن للمتقاضين الحصول على النسخة التنفيذية إلا بعد تبليغ وكيل الجمهورية، الذي يصدر شهادتي عدم المعارضة وعدم الاستئناف، وهو ما يستغرق أكثر من أسبوعين بقضيها المتقاضون في انتظار الصيغة التنفيذية[1].

وعليه تطلق عبارة النيابة العامة على مجموعة من القضاة في جهة قضائية تكون مهمتهم الدفاع على مصالح المجتمع، وهم يشكلون القضاء الواقف وذلك لأتهم خلال الجلسات التي يحضرونها وعند مرافعاتهم يكونون واقفين بخلاف قضاة الحكم الذين يكونون جالسين وهذا ما نثت عليه المادة 29 من

[1] أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الاسكندرية، سنة 2010،245.

قانون الاجراءات الجزائية[1]، وكذلك تمارس النيابة العامة الدعوى المدنية وذلك بتدخلها كطرف أصلي مدعى ومدعى عليه كقضايا حالة الأشخاص وقضايا شؤون الأسرة وهذا ما نصت عليه المادة 260من قانون الاجراءات المدنية والادارية رقم 08-09، وكطرف منظم عندما تتدخل لإعطاء رأيها في كيفية تطبيق القانون[2] وهذا ما جاء في نص المادة 259 من القانون نفسه.

كما قد أثير نقاش فقهي وقضائي حول طبيعة النيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة، فهل تتدخل كرف أصلي في جميع القضايا، أم هناك قضايا تتدخل فيها بصفتها طرفا منظما، وذلك على ضوء طبيعة تدخلها في القضايا المدنية، حيث تتأرجح بين الطرف الانضمامي والطرف الأصلي تبعا لطبيعة المهام التي تقوم بها بغية حماية النظام العام ومصالح محددة قانونية أو ابداء الرأي لمصلحة القانون والعدالة أساسا[3].

ومنه وللإجابة عن هذا التساؤل سنتطرق الى النسابة العامة كطرف أصلي في المسائل المتعلقة بالأسرة (الفرع الأولى) والنيابة العامة كطرف منظم في المسائل المتعلقة بالأسرة (الفرع الثاني).

الفرع الأولى: النيابة العامة كطرف أصلي في المسائل المتعلقة بالأسرة

تدخل النيابة العامة في جميع القضايا التي حددها القانون، باعتبار أنها الوظيفة الأساسية التي تمارسها في القضايا الجنائية التي تعتبر فيها طرفا أصليا، ولكن بعد تعديل قانون الأسرة أصبحت النيابة طرفا أصليا في جميع القضايا المتعلقة بالأسرة[4]، وهذا ما نصت عليه المادة 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري" تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية الى تطبيق أحكام هذا القانون"، وجاءت أيضا في مدلول المادة 256 من قانون الاجراءات المدنية والادارية " يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا كطرف أصلي أو يتدخل كطرف منظم". وعليه جاء قرار للمحكمة العليا

[1] المادة 29 من قانون الاجراءات الجزائية الجزائري، "تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية لاسم المجتمع".

[2] أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 247.

[3] عزيزة همداز، دور النيابة العامة في قضاء الأسرة، مداخلة في يوم دراسي حول المدونة دعامة الأسرة المغربية المتوازنة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، سنة 2006، العدد08، ص 154، 155.

[4] جروني فائزة، تدخل النيابة العامة في ظل القانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 13، جوان 2016، ص54.

بأنها: "يجب اطلاع النيابة العامة، باعتبارها طرفا أصليا، على قضايا الأحوال الشخصية"[1].

ومما سبق يمكن القول إن النيابة العامة عندما تتدخل في الدعوى، فان هذه الأخيرة لا تهدف الى تحقيق مصلحة شخصية أو منفعة مادية بل مصلحتها تكمن في تحقيق حماية الأسرة وحسن سير العدالة وحارسة المصلحة العامة، والضامن للتطبيق السليم للقانون.

ومنه يمكن للنيابة أن ترفع الدعوى على كل من اعتدى على المركز القانوني الذي يهدف حمايته، فالقانون هو الذي أعطاها الصفة لرفع الدعوى، كخروج عن القاعدة العامة، وقد منحت النيابة العامة سلطات تقديرية واسعة بمقتضاها تتدخل في سيرورة الدعوى تحت مبرر وفكرة حماية النظام العام. فتستعمل حقها في الالتجاء الى القضاء في المسائل المتعلقة بالأسرة للمطالبة بحماية مصلحة عليا للمجتمع حال الاعتداء عليها[2]. كما يمكن أن ترفع عليها الدعوى فتقف موقف المدعي أو المدعى عليه، وهو ما يسمى حق الادعاء والدفاع، وتقدم الحجج وأدلة الاثبات، والحضور[3].

ان اتصال النيابة العامة بالدعوى باعتبارها طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة، لا يهدف الى حماية بعض الحقوق أو الدفاع على المصالح الفردية، بل لكونها هيئة عمومية تعمل على حماية المصالح العامة، وحماية الشرعية في المجتمع، اذ أن النيابة العامة تهدف الى تطبيق القانون تطبيق سليما، واتصالها بالدعوى يختلف من حالة الى أخرى فيجوز لها الطعن في الأحكام والتقاضي تلقائيا مدعية أو مدعى عليه، وحق الاستئناف في الأحكام الصادرة فيها حتى ولو استأنفه الطرفان أو واحد منهم، وعلى ممثل النيابة العامة حضور الجلسة وتقديم طلباته كتابيا وهذا ما نصت عليه المادة 258 من قانون الاجراءات المدنية والادارية "يجب على ممثل النيابة العامة تقديم طلباته كتابيا وحضور الجلسة في القضايا التي يكون طرفا أصليا فيها"[4].

نصت المادة 182 من قانون الأسرة الجزائري " في حالة عدم وجود ولي أو وصي يجوز لمن له

---

[1]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2006/10/11، ملف رقم 401317، مجلة المحكمة العليا، العدد02، سنة 2007، ص 489.

[2]تافرونت الهاشمي، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة في التشريع الجزائري، مقال منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد الرابع، العدد الثاني، جوان 2017، ص 201

[3]العربي بالحاج، دور النيابة في الخصومة القضائية المدنية في القانون القضائي الخاص، الجزائر، المرجع السابق، ص 142

[4]جباري عبد المجيد، دراسات قانونية في المادة الجزائية على ضوء أهم التعديلات الجديدة، الطبعة الثانية/ دار هومة، الجزائر سمة 2013، ص 212، 213.

مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم الى المحكمة ..."، ومن خلال ما جاءت به هاته المادة فإنها جاءت لتوضح صفة للنيابة العامة فهي تعتبر ممثلة المجتمع باعتبارها مدعية باسم الحق العام، ولما لها من أهلية كاملة في مباشرة الإجراءات، ممثلة في وكيل الجمهورية. وما دامت طرفا أصليا تطبق عليها القواعد العامة في قانون الاجراءات المدنية والادارية باحترام المواعيد الاجرائية، خاصة عند رفع الدعوى وسيرها، بما في ذلك التبليغ، والطعن، التقادم [1].

اذ أخذنا بعين الاعتبار، دور النيابة في القضايا المتعلقة بالأسرة كمدعية بموجب نصوص صريحة، فقد تهدف الى مجرد تقرير حق أو مركز قانوني، أو انكاره، مثل طلب تثبيت عقد الزواج[2]، أو اثبات نسب، وما دامت الخصومة ملكا للمتخاصمين فقط، فان النيابة لها أن تدعي باسم النظام العام، وترد في نفس الوقت على الخصوم [3].

ومنه نستخلص بأن النيابة العامة تقوم برفع الدعوى على كل من اعتدى على حق محمي قانونا بصفتها مدعية، وبالمقابل ترفع عليها دعاوي، فتصبح في موقع المدعى عليه، ومن الأمثلة استصدار حكم يقضي بتمتع الشخص أو بعدم تمتعه بالجنسية الجزائرية طبقا لأحكام المادة 37 من قانون الجنسية[4]، كما ألزمها القانون بضرورة اطلاعها على حلة التنازل عن الكفالة التي يجب أن تكون أمام الجهة القضائية التي أقرتها. حسب ما جاء في مضمون المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري[5]، وكذلك الدعاوى التي يحق للنيابة العامة أن ترفعها أمام القضاء المدني، دعوى المطالبة بتوقيع الحجر

---

[1]محمد امقران بوبشير، قانون الاجراءات المدنية والادارية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الاجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجزائرية، سنة 1981، ص 27.

[2]نصت المادة 22 من قانون الأسرة "يجب تسجيل حكم الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة"، والمقصود من نص المادة أن الزواج في هاته الحالة لا يكون مسجل بسجل عقود الزواج، أي يكون زوج عرفي يفتقر لعنصر الرسمية، وعليه جاء قرار المحكمة العليا "جاء في حيثيات القضية أن الطاعن (ب.أ) أقام دعوى لإثبات الزواج العرفي المبرم بين والده المتوفي ووالدته المدعي عليها سنة 1982، وانتهت بالحكم بإثبات الزواج وتسجيله بالحالة المدنية، وهو الحكم الذي لم تستأنفه النيابة بالرغم من أنها مدعى عليها وطرفا أصليا في الخصومة وفقا لأحكام المادة 03مكرر من قانون الأسرة.."، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2012/02/09، مأخوذ عن، لحسين بن الشيخ أث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا، من سنة 1982 الى سنة 2014، دار هومة، الجزائر، سمة 2014، ص 24.

[3]عمر زودة، دور النيابة العامة في الدعوى المدنية، المجلة القضائية، العدد الثالث، مجلة تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر، ص 276.

[4]قانون الجنسية

[5]الهاشمي تافرونت، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص206.

على الشخص طبقا لأحكام المادة 102 من قانون الأسرة، أو الدعوى التي تقتضي بالمطالبة باستصدار حكم يقضي بفقدان الشخص طبقا لما تنص عليه المادة 154 من قانون الأسرة الجزائري، أو الدعوى التي ترفعها أو ومن خلال ما تقدمنا فانه لا تقبل الدعوى التي ترفعها النيابة العامة أمام القضاء المدني، مالم تستند الى نص خاص في القانون[1].

كذلك من بين القضايا التي تدخل فيها النيابة العامة كطرف أصيلي وخاصة القضايا المتعلقة بالمفقود والغائب فقد نصت للمادة 114 من قانون الأسرة واعتبرت أن المفقود والغائب هم من القضايا التي تتدخل فيهم النيابة العامة أو أحد الورثة كالأصول أو الفروع أو الزوجة، أو من له المصلحة في طلب الحكم بالغيبة أو الموت كالدائن أو المدين، عن طريق تقديم طلب بالفقدان أو الموت كما لها أن تطلب تعيين مدير مؤقتا على أموال الغائب، وأن تصرح بوفاة الأشخاص المفقودين.

هذه بعض الحالات التي تدخل النيابة العامة لحماية مصالح المفقود في حالة غيابه وتعذره للقيام بشؤونه[2].

كذلك جاءت المادة 99 من قانون الأسرة أنه يحق للنيابة أن ترفع دعوى مبتدئة أمام المحكمة من أجل تعيين القيم وتتمثل مهمته في القيام بشؤون فاقد للأهلية في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة"، والمقصود من نص المادة أنه يتم تقديم الطلب من طرف النيابة العامة أو لغيرها بتعيين مقدم لفاقد أو عديمها. ومن وظائفها كذلك المحافظة على مصالح القصر وعديم الأهلية، سواء كانت مدعية أو مدعى عليها.

هذه بعض الحالات التي تتدخل فيها النيابة العامة عن طريق رفع الدعوى كطرف أصلي، وبصفتها هذه يحق لها أن تحضر في كل اجراءات القضية في التحقيقات وكل الإجراءات تحرر باسنها والهدف هو تطبيق القانون وحماية الصالح العام. وكذلك يجوز لها أن تحرك الدعوى العمومية بهذا الشأن إذا رأت أن الأمر يشكل جريمة من جرائم القانون العام.[3]

---

[1] عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة الأمر رقم 05-02، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، ص35.

[2] مطيع عبد الواحد، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة، بحث لنيل الاجازة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول بوجدة، المغرب، سنة 2010/2009، ص 09.

[3] أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري، طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 248.

وإذا أخدنا بعين الاعتبار مركز النيابة العامة في المسائل المتعلقة بالأسرة كمدعية فقد تهدف الى مجرد تقرير حق أو مركز قانوني أو انكاره مثل طلب ثبوت رابطة زوجية أو بنوة[1]، وقد يكون بإنشاء مركز قانوني جديد، كطلب التفرق بين الزوجين[2] وبما أن الخصومة ملك للحضور، فان للنيابة أن تدعي باسم النظام العام وترد في نفس الوقت على ادعاءات الخصوم. وهذا ما نصت عليه المادة 257 من قانون الاجراءات المدنية والادارية" تدخل النيابة العامة تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون أو الدفاع عن النظام العام"[3].

وعليه ليس للنيابة مصلحة شخصية، فهي تقف في الدعوى موقف المحايد، فعضو النيابة لا بتصرف باعتباره طرفا في الخصومة الموضوعية، وانما بتصرف وفق مقتضيات الصالح العام.

والنيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا في قضايا الأسرة يجب أن تتوفر فيها شروط قبول الدعوى في حالة ادعائها طبقا لنص المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، ومركز النيابة العامة كطرف أصلي فهي تأخد مركز الخصم في الخصومة المدنية حيث يتمتع بجميع حقوق الخصم، فلها توجيه سير الخصومة وابداء الطلبات والدفوع وتقديم الأدلة، ولها حق الطعن في الحكم له أو عليه، والنيابة العامة هنا لا يمكن الحكم لها ولا الحكم عليها، حتى لو جاز القول أن النيابة العامة طرف أصلي مدخل الخصام فان الحكم الذي ستصدره المحكمة يتعلق بالمدخل في الخصام سلبا أو ايجابيا والنيابة هنا لها نصيب في نتيجة الحكم[4].

ومن خلال ما تقدم يمكن استخلاص بأن النيابة العامة لا تعد كخصم حقيقي في الدعوى بل يكون تدخلها شكليا، ذلك أن الهدف الأولى والأسمى بالنسبة لها هي المصلحة العامة باعتبار أنها طرف محايد غايته الوصول إلى الحقيقة وحماية المصلحة العامة وتطبيق القانون والسهر على حسن سير العدالة[5].

---

[1]طبقا لنص المادة 490 و491 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

[2]جاء قرار عن المحكمة العليا أنه:" يتبين أنه رغم النزاع المتعلق بالطلاق، فان الملف لم يبلغ الى النائب العام، مما يعد خرقا لإجراءات جوهرية تتعلق بالنظام العام، الذي يعرض القرار المطعون فيه للنقض"، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 49283، بتاريخ 1988/05/09، نجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2007، ص 46.

[3]أحمد الشامي، المرجع نفسه، 248

[4]أحمد الشامي، نفس المرجع، ص 250.

[5]احمد الشامي، نفس المرجع، 250

الفرع الثاني: النيابة العامة كطرف منظم في المسائل المتعلقة بالأسرة

بعد التطرق إلى دور النيابة العامة كطرف أصلي بصفتها مدعية أو مدعى عليها، هناك طريقة ثانية للتدخل في الخصومة والتي تكون فيها النيابة العامة وتظهر في القضايا الأسرية التي لا تكتسي فيها صفة المدعية أو المدعى عليها، في المقابل لها الحق في النظر في الملفات وأوراق القضايا المقدمة لها لإبداء رأيها دون أن يكون لها حق المواجهة، ذلك باعتبار أنها طرفا أجنبيا عنه، أي أن هذا التدخل لا يستدعي الانحياز الى طرف دون الأخر، فتدخلها منظور فيه الى الدفاع عن النظام العام أو المصلحة العامة، فهو تدخل ليس بغية ادعاء بل هو تدخل لإبداء الرأي وفقا لما تقتضيه المصلحة القانونية للأطراف الدعوى، فهي لا تعتبر بتدخلها الانضمامي طرفا بمعنى الكلمة بل تعتبر لرأي محايد في خصومة قائمة بين متقاضين، من أجل مساعدة أداء المحكمة لأداء مهمتها في حسن تطبيق القانون[1]، ومنه يكون تدخلا من أجل حسن سير العدالة. تتدخل النيابة العامة عندما تعمل كطرف منظم بصورتين هما[2]: التدخل الاختباري والتدخل الوجوبي.

-التدخل الاختياري: ينقسم الى تدخل أصلي وفرعي حسب نص المادة 196 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، بحيث يكون أصلي عندما يتضمن ادعاءات بصالح المتدخل وفرعي عندما يدعم ادعاءات أحد الخصوم حسب المواد 197 و198. ومنه يحق للنيابة العامة أن تتدخل أمام قضاة شؤون الأسرة، وهذا الحق متروك لتقديرها، ويسمى بالتدخل الاختياري. وبالرجوع الى قانون الاجراءات المدنية والادارية، نجد أن المادة 257 نصت على أن النيابة العامة تتدخل تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون، أو للدفاع عن النظام العام.

كما أن الفقرتين الأخيرتين من المادة 260 من القانون السالف الذكر نصت على أنه يجوز لممثل النيابة العامة الاطلاع على جميع القضايا الأخرى التي يرى تدخلها فيها ضروريا ويمكن أيضا للقاضي تلقائيا أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأي قضية أخرى [3].

---

[1] أدريس الفخوري، دور النيابة العامة في المادة الأسرية، مجلة مغرب القانون، المرجع السابق، الموقع https://www.maroclaw.com

[2] أحمد البنوضي، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عبد الملك، طنجة، المغرب، سنة 2005، 2006، ص 09.

[3] أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص252.

ومن بين الدعاوى التي تكون فيها النيابة العامة طرفا منظما حسب المادة 260 من قانون الاجراءات المدنية" يجب ابلاغ النيابة العامة عشرة 10 أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا الأتية:

1-القضايا التي تكون الدولة أو احدى الجماعات الإقليمية أو المؤسسات ذات الصيغة الادارية طرفا فيها،

2-تنازع الاختصاص بين القضاة،

3-رد القضاة،

4-الحالة المدنية،

5-حماية ناقصي الأهلية،..

وعلى هذا الأساس، فانه يتضح أن النيابة العامة تتدخل اختياريا كطرف منظم في جميع القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة، الا فيما يتعلق بقضايا الطلاق التي أوجب ابلاغها من طرف المدعي، وبالنسبة للقضايا التي نصت عليها المادة 260 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية كالقضايا المتعلقة بالحالة المدنية وناقصي الأهلية فان التدخل فيها يكون وجوبيا[1].

وعليه جاء قرار عن المحكمة العليا بأن " القانون أوجب في عدة قضايا على ألا يقع البث فيها الا بعد اطلاع النائب العام على ملفاتها أي أن القانون جعل النيابة طرفا فيها ولا بد لأي طرف أن يكون عالم بموضوعها.

وحيث أنه من المقرر قانونا أنه يجب إبلاغ النائب العام بالقضايا المتعلقة بحالة الأشخاص، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لإجراء جوهري وانتهاكا لقاعدة من قواعد النظام العام.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[2].

وبما أن المشرع الجزائري جعل من النيابة العامة طرفا منظما في مثل هذه القضايا فقد أوجب

---

[1] عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية- قانون رقم 08- 09- الطبعة الثانية، الجزائر، سنة 2009، ص 43، 44.

[2] المحكمة العليا. غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/02/03، قرار رقم 34762، مجلة المحكمة العليا، العدد 04، سنة 1986، ص 108.

عليها ابداء وجهة نظرها بطريقة كتابية، كما أنه يجوز عليها الاطلاع على جميع القضايا الأخرى التي تتطلب تدخلها فيها ضروريا، وبكل ما يتعلق بتطبيق القانون تطبيقا سليما [1]وكذا في الحالات التي يأمر القانون تبليغها اليها أو عندما تحال عليها القضية تلقائيا من طرف القاضي، وبذلك فان التدخل الانضمامي للنيابة العامة يمكن أن يكون اختياريا وذلك ما جاء في نص المادة 257 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، التي تنص " تتدخل النيابة العامة تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون، أو للدفاع عن النظام العام" والفقرة الأخيرة من نص المادة 260 المذكورة سابقا، فان الحق متروك لها ويمكن أيضا للقاضي تلقائيا أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأية قضية أخرى، وفي الحدود التي يقرها القانون، فتدخل النيابة العامة في جميع المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة، التي نص عليها قانون الأسرة ما عدا فيما يتعلق بقضايا الطلاق التي أوجب إبلاغها من طرف المضرور(المدعي) وكذا قضايا ناقص الأهلية[2]. كما يكون التدخل اختياري في القضايا التي ترفع في المجلس القضائي والمحكمة نظرا لعدم وجود أي نص يجبرها على ابداء ملاحظاتها أو تطالبها بالاطلاع بالملف[3].

كما يمكن للنيابة العامة أن تعمل كطرف منظم ويكون تدخلها وجوبيا في بعض القضايا المتعلقة بالأسرة والتي تكون فيها كطرف منظم، ويعرف التدخل الوجوبي عادة بالإدخال في الخصومة، وهو عكس التدخل الذي يتم بالإرادة المحصنة للغير، الذي يرى أن له المصلحة في النزاع.

ودعما للدور الايجابي للقاضي، أصبح بإمكان هذا الأخير وفقا للمادة 201 من قانون الاجراءات المدنية والادارية وله من تلقاء نفسه أن يأمر متى استدعت الضرورة لإدخال من يرى أن ادخاله مفيد لحسن سير العدالة، ولإظهار الحقيقة [4].

كذلك جاء عن المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2001/02/12 بقولها" من المقرر أن اطلاع النيابة العامة على القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص من القواعد القانونية الجوهرية المتعلقة بالنظام العام التي أوجبتها المادة 141 من قانون الاجراءات المدنية القديم أي المادة 260 من قانون الجديد

---

[1]عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، سنة 2014، ص 183.

[2]جروني فائزة، تدخل النيابة العامة في ظل القانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 13، جوان 2016، ص 59.

[3]بويشير محند أمقران، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1999، ص 166.

[4]عمر زورة، المرجع السابق، ص 279.

رقم 08-09، ومن ثم يستوجب نقض وابطال القرار الذي لم يرد فيه رأي النيابة العامة حسب طلباتها المكتوبة[1].

كما يجوز أيضا لقاضي شؤون الأسرة من تلقاء نفسه أن يأمر بتبليغ الملف للنيابة العامة لإبداء رأيها حول تطبيق القانون، اذا تبين له أن قضية ما تكتسي طابعا ذات أهمية خاصة تمس بمصلحة المجتمع وذلك بهدف الحفاظ على استقرار الأسر، ولها الحق في هذه الحالة أن تكتفي بالإشارة في القضية دون الزامها بإبداء رأيها[2].

ومن هنا نرى بأن تدخل النيابة العامة هو تدخل وجوبي بنص القانون، ولكن مركزها القانوني هو طرف منظم وليس كخصم أصلي، ذلك أنه إذا كانت النيابة العامة من حقها أن تتدخل في جميع القضايا أمام المحاكم كطرف منظم، ولكن تدخلها جوازيا، وما استحدثه المشرع في تعديل الأخير أن تدخلها أمام المحاكم في قضايا الأسرة أمر وجوبي، أي أن المشرع يريد أن ينص على وجوب اطلاع النيابة العامة على مستوى المحاكم على جميع القضايا التي تخضع لقانون الأسرة ولا يقصدون أن تصبح خصما في الدعوى، بل يجب عليها ابداء رأيها في قضايا الأسرة.

وتعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة للمحافظة عليها، وضمان حسن تطبيق أحكام قانون الأسرة، وذلك لحمايتها من أي تلاعب بحقوق الأفراد والجماعات فيها. ولقد ورد ذكر النيابة العامة في قانون الأسرة في المواد التالية : 3 مكرر، 22 الفقرة الثانية، 49 الفقرة الثالثة، 99، 102، 114، 125، 182 من قانون الأسرة، مما بعطيها دورا أساسيا ومحوريا في اجراءات الدعوى المتعلقة بالأحوال الشخصية، وخاصة اذا تعلق الأمر بالنظام وبمخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام، وبالخصوص في قضايا تصحيح الخطأ المادي في الحكم، تسجيل حكم تثبيت الزواج، وكذا تسجيل أحكام الطلاق في الحالة المدنية، وممارسة الولاية وما يترتب عليها من دعاوى ومسائل النسب كما تطرقنا اليهم سابقا من خلال دراستنا، وزيادة على ذلك في قضايا الغائبين والمفقودين، وتصفية التركات، وتعيين مقدم في حالة عدم وجود ولي أو وصي وغيرهما [3].

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2001/02/12، ملف رقم 256629، المجلة القضائية، سنة 2002، عدد االثاني، ص 422.

[2] جروني فايزة، المرجع السابق، ص 60.

[3] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق أخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 35.

الفصل الثاني:

الدور الوقائي والرقابي للقضاء في الحفاظ على حقوق الأبناء

يتمثل الدور الوقائي الذي يتدخل من خلاله القضاء لحماية الطرف الضعيف في الأسرة جراء النزاعات القائمة بين الزوجين والذي يؤول في الغالب الى ضياع حقوق الأطفال.

فالأطفال هم شباب وشابات المستقبل، زجال وأمهات الغد، وهم زينة الحياة الدنيا فاعتبر الإسلام الطفل ثروة لابد من الاحتفاظ بها؛ فوصفهم المولى عزوجل في سورة الكهف بقوله " **ٱلۡمَالُ وَٱلۡبَنُونَ زِينَةُ ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَاۖ** "[1] ؛ فالطفل هو نواة المستقبل وأملها المنشود وبالفعل هم زينة في حياة الدنيا، كما أنه مخلوق بشري ضعيف له حقوق إنسانية أساسية [2]منذ ولادته إلى غاية بلوغه، لذا فهو بحاجة إلى الحماية والاهتمام من خلال الحفاظ على كرامته واحترام حقوقه وحمايتها.

ولهذا خول المشرع الجزائري للقاضي شؤون الأسرة دور أساسيا في المحافظة على حقوق الأطفال من الضياع، باعتبار أنهم النخبة الأساسية في المجتمع والتي أوجب الشرع والقانون أن يحيط هاته الفئة بالحماية والرعاية المادية والمعنوية، وعلى هذا الأساس سنركز في دراستنا على الدور الوقائي للقضاء في ثبوت النسب ونفيه منتقلين بعده الى الدور الرقابي للقضاء في حل النزاع المتعلق بالحضانة.

المبحث الأول: الدور الوقائي للقضاء في حماية النسب ونفيه

" **النسب لحمة شرعية بين الأب ولده تنتقل من السلف الى الخلف**"[3]، فهو رابطة الدم والسلالة التي تصل الشخص بأصوله وفروعه وحواشيه، وهو أساس الحقوق والواجبات بين علاقتي الأبوة والبنوة، ولأن مقاصده في النسب تطلب نسبا لا شك فيه ولا محيد به عن طريق النكاح بصفاته وخصائصه، فقط أحاط التشريع الاسلامي النسب بالشيء الكثير من العناية والرعاية، فقدر وبين الأسباب التي تنشئه وقصرها في الزوجية الصحيحة وحرم ما دونها من علاقات الزنا والسفاح [4]، ذلك أنها تبتعد بالإنسان عن انسانيته التي كرم بها وتنزل به عن رفعته التي فضل بها عن سائر الخلق تفضيلا. كذلك قرر الشرع سقوط كل نظام نسب زائف، فحرم التبني[5] ونسب الولد الى غير أبيه وتنكر الوالد لوده كل ذلك للحفاظ على رابطة النسب والحقوق المتعلقة بها [6].

---

[1]سورة الكهف، الأية 46.

[2] محديد حنيد، حقوق الطفل وحمايتها في التشريع الجزائري، العدد 10، سنة 2013، مجلة التراث، ص 02.

[3]المادة 150 من القانون 03-70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، ظهير شريف رقم 01-04-22 صادر في 12 ذي الحجة 1424هـ، الموافق ل 03 فبراير 2004، الجريدة الرسمية 5184، صادرة يوم الخميس 05 فبراير 2004، ص 37.

[4]شورة الاسراء، الأية 32.يقول **تعالى**:" **{وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَاۖ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا (32)**.

[5] يقول تعالى:**﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾** الأحزاب، الأية،5.

[6]قال رسول الله ﷺ: " ليس من رجل ادعى لغير أبيه الا كفر ومن ادعى قوما ليس له فيهم نسب فليتبوأ مقعده من النار". أخرجه محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع الصحيح المختصر، أنظر: مصطفى ديب

سار المشرع الجزائري على نهج الشريعة الاسلامية من خلال نصه على أحكام موازية لتلك التي قررتها، ليس فقط في مجال اثبات النسب، بل حتى بخصوص الطريق الشرعي المعتمد في مفيه، وليس ذلك الا لأحكام ومثالية تلك الدعائم التي أرست الشريعة الاسلامية قواعد النسب عليها. جميع هذه الأحكام جاء النص عليها في قانون الأسرة[1]، تحت مسمى النسب، بالفصل الخامس للباب الأول من الكتاب الأول، المواد من 40 الى 46.

ونظرا للتطورات العلمية الحديثة الحاصلة في المجال البيولوجي، فان المشرع في مواكبة منه لها لن يكتف بالطرق الشرعية التي قررتها الشريعة لإثبات ونفي النسب، بل جاء بموجب الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة[2]، بوسائل جديدة لهذا الصدد تحت مسمى الطرق العلمية. وقد جعل المشرع هذه الطرق بصراحة النص خاضعة لاجتهاد وتقدير قضاة شؤون الأسرة من خلال أداء مهام لإلحاق الحقوق وإنصاف أصحابها.

وفي سعي منا لتبيان هذا العمل القدير الذي يقوم به هؤلاء القضاة، فإننا سنحاول تناول مختلف المسائل المتعلقة بالنسب من حيث إثباته ونفيه، والبحث فيما إذا كانت له فيها حرية تقديرية والاجتهاد أم أنه ملزم بحرفية النصوص كما يبين ذلك ظاهرها.

المطلب الأول: الوقاية القضائية في مسائل إثبات النسب.

الأصل في تدخل القضاة بموجب سلطتهم التقديرية ألا يكون محل النزاع المرفوع إليهم منظما بنص قانوني يحكمه، أو إذا كان كذلك أن يكون النص يجيز بصراحة ندخل القاضي باجتهاده وتقديره. ولما كان النسب قد أولاه المشرع عناية هامة بحيث نص على جميع جوانبه باجتهاده وتقديره. ولما كان النسب قد أولاه المشرع عناية هامة بحيث نص على جميع جوانبه وفصل أحكامه، فانه يتبادر في

البغا، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، سمة 1987، الجزء 03، حديث رقم 3317، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال:" أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر البه احتجب الله تعالى منه وفضحه على رؤوس الأولين والأخرين يوم القيامة" أخرجه أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمان النسائي، سنن الالنسائي (المجتبي من السنن)، أنظر: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الاسلامية حلب، سنة 1986، باب التغليظ من الانتفاء من ولد، الجزء 06، حديث رقم 3481.

[1] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق ل 09 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية مؤرخة في 12 رمضان 1404هـ، عدد 24، ص 910.

[2] الأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق ل 27 فبراير 2005م بعدل ويتمم القانون 84-11، جريدة رسمية، عدد 15، ص 18.

أذهاننا أن قاضي شؤون الأسرة يكون في مسائل اثبات النسب مقيدا ولا مجال له للاجتهاد فيها للوصول الى ما يراه حلا منصفا حفاظا للحقوق.

وعليه، فان دراستنا تتناول فرعين، حيث أننا تطرقنا في الفرع الأول الى مدى جواز تدخل القاضي بسلطته التقديرية في الطرق التقليدية لإثبات النسب.أما عن الفرع الثني فجاء ينص على السلطة التقديرية للقاضي في اثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة.

الفرع الأول: دور القاضي في تقدير الطرق التقليدية لثبوت النسب.

يثبت نسب[1] الولد من أمه في كل حالات الولادة سواء من علاقة شرعية أو غير شرعية، وإذا ثبت النسب منها كان لازما ولا يمكن نفيه، في حين أن نسب الولد من أبيه نظم بناءا على وجود العلاقة الزوجية، مؤكدا بذلك أقوال فقهاء الشريعة الاسلامية التي حصرت طريقة اثبات نسب الشخص الى والده، فان من أهم مقاصد الزواج المحافظة على الأنساب، فكانت الزوجية هي السبب الأساسي في اثبات النسب من جهة الأبوة سواء كان زواجا صحيحا أو ما يلحقه من زواج فاسد ووطء بشبهة كطريق منشئ له، وبالإضافة الى ذلك هناك طريقة الاقرار والبينة وهي طرق كاشفة وهذا تحديدا ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون".

وفيما يلي سنحاول التطرق الى هذه العناصر، والبحث في مدى تدخل القاضي في تقدير ثبوت النسب بها.

---

[1] النسب في اللغة من الفعل نسب، يقال: نسبه ينسبه – بالكسر، وينسبه، بالضم، نسبا، عزاه، ونسب فلان الى أبيه، بمعنى رفعه الى جده الأكبر، والنسب في اللغة يعني القرابة أنظر: عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دراسة فقهية قانونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2014، ص 637. يطلق على عدة معاني أهمها القرابة والصلة، فنسب الرجل هو وصفه وقرابته. أنظر: منجد الطلاب، نظر فيه وقف على ضبطه فؤاد افرام البستاني، دار المشرق، بيروت، لبنان، سنة 1980، الطبعة 10، ص 789.
والمناسبة بين الرجلين هي المشاركة والقرابة والمشابهة، والنسب يكون من قبل الأب ومن قبل الأم. أنظر: اسماعيل الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثالثة، سنة 1489هـ، الجزء الأول، ص 224. أما اصطلاحا فيعرف النسب بأنه صلة الانسان بمن ينتمي إليهم من الأباء والأجداد. أنظر: عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 637.

الفقرة الأولى: تقدير القاضي للأسباب المنشأة للنسب.

لا خلاف في أن واقعة الولادة سبب لثبوت نسب المولود من أمه، سواء جاء المولود من علاقة شرعية أم غير ذلك، ولم يشر المشرع الجزائري صراحة الى ذلك فيما عدا ما أورده في المادة 44 من قانون الأسرة " **يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة**". وعليه ومن خلال نص المادة نجد أن المشرع الجزائري حرص على اثبات نسب المولود فقد نص في المادة 40 المذكورة سابقا، على ثبوت النسب سواء كان الزواج صحيحا أو فاسد ونكاحا بالشبهة، وذلك في حالة قيام العلاقة الزوجية.

الأصل بأن الطريق الوحيد لقيام النسب الشرعي هو فراش الزوجية[1] الذي هو كناية عن المخالطة الزوجية الصحيحة[2] وهذا الأخير هو الذي يحتاج في الحقيقة الى دليل لإثبات قيامه بين الرجل والمرأة[3]، ولأن الفراش هو الأساس في ايجاد النسب، فان جميع حقوق الولد الشرعي من نفقة وحضانة وميراث وغيرها، ترتبط به صحة وعدما، كما أقرت ذلك المحكمة العليا [4].

ويلحق الفراش الصحيح النكاح الباطل ونكاح الشبهة، فهي وان كانت أنكحة باطلة تستوجب التفريق بين الزوجين، الا أنها تثبت نسب الولد لوالده، لأنه أهم حقوقه ويحتاط في اثباتهما أمكن تماشيا مع القاعدة الفقهية "احياء الولد"، هذهالقاعدة كرستها المحكمة العليا في العديد من قراراتها[5]، ومن بينها " من المقرر شرعا أنه يمكن اثبات النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة احياء الولد، لأن ثبوت النسب بعد احياء له

---

[1] بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص 71.

[2] محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الاسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، قرطاج، تونس، الطبعة الأولى، جانفي سنة 1978، ص 161.

[3] اقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، دراسة فقهية قانونية، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2012، ص 34.

[4] المحكمة العليا، قرار بتاريخ 187/12/07، ملف رقم 47915، الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية العدد 02، سنة 1990، ص 65.

[5] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1998/12/15، ملف رقم 202430، الاجتهاد القضائي، مجلة قضائية، عدد01، سنة 1990، ص 112. وهو قرار منشور أيضا في الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية العدد الخاص، سنة 2001، ص 77.

ونفيه قتلا له" [1].

تنحصر الطرق المنشئة للنسب في الزواج الصحيح كطريق أصلي وما ألحق بحكما وهو المخالطة بناءا على نكاح الشبهة أو العقد الباطل، اللذين يفسخان ولو بعد الدخول وفق المادة 40 من قانون الأسرة.

فالزواج الصحيح هو العقد المستجمع للأركان والشروط المطلوبة شرعا حلال العشرة بين الرجل والمرأة، ويعبر عنه أيضا بفراش الزوجية، ومعنى الفراش تعين للولادة لشخص واحد، والدليل في اعتبار الزوجية صحيحة في تحقيق الانتساب الى قرابة الأب بإجماع فقهاء الأمة ودون حاجة الى اقرار ثاني ولا اقامة البينة على أبوته للولد وعدم اللجوء الى الطرق العلمية كذلك لتحقق منه، هو قوله ﷺ " الولد للفراش وللعاهر الحجر"[2].وحتى يكون العقد صحيحا وجب مراعاة توفر الأركان والشروط المطلوبة فيه، حتى يرتب هذا الأخير الأثار الشرعية والقانونية التي نص عليها المشرع الجزائري في المادتين 09 و 09 مكرر من الأمر 05-02 المتضمن لقانون الأسرة[3]، وقد كانت قبل التعديل تنص على أربعة أركان للزواج وبعد التعديل حصرت الأركان في ركن وحيد هو الرضا وجعلت بقيتها شروطا مع اضافة شرط انتفاء الموانع الشرعية، وهي ذات الشروط التي أقرت عليها المحكمة العليا في قراراتها ومنها القرار المؤرخ في 1984/10/08 ملف رقم 34137 جاء فيه " من المقرر شرعا أن الزواج الذي يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير شرعية بين الرجل والمرأة زواجا، ولما كان ذلك فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الاسلامية"[4]، كما أنه لعقد الزواج شروط شكلية باعتبارها أساسا لإثبات واقعة الزواج، ومن ثم واقعة النسب، وذلك يتم شريطة تسجيل وتوثيق العقد أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق الموقع في دائرة اختصاصه محل

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 172333، الاجتهاد القضائي، مجلة قضائية عدد 01، سنة 1997، ص 42.

[2] أخرجة أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري واللفظ له، الجامع الصحيح، دار احياء التراث العربي، بيروت الطبعة الأولى، سمة 1956، كتاب الرضاع، الجزء 02، حديث رقم 1457. وأخرجه البخاري بلفظ:" الولد لصاحب الفراش"، كتاي الرضاع، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، الجزء 06، حديث رقم 6369.

[3] نص المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" وتنص المادة 09 مكرر " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الأتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية".

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/10/08، ملف رقم 34137، الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية، العدد 04، سنة 1989، ص 79.

إقامة طالبي الزواج أو أحدهما.[1]

وتكون شرعية الزواج اما وجود الزواج وبالتالي ثبوت النسب، أو انعدام الأول فبلحقه انعدام التالي. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: " ان اثبات الزواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاة الموضوع طالما كان ذلك على النحو الشرعي" [2].ويقع عبء اثبات الزواج على من يدعيه[3]، والعجز عن ذلك يؤدي الى عدم اثباته وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا" من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة، ومن ثم فان القضاة بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون.

ولما كان من الثابت– في قضية الحال– أن الطاعنة لم تثبت أي حالة من حالات التب نص عليها قانون الأسرة، فان قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الزامي الى تسجيل الزواج واثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون. ومتى كام كذاك استوجب رفض الطلب"[4].

وحتى يكون عقد الزواج مثبتا للنسب وحسب المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، فان الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة، ومن هنا فانه يشترط لثبوت نسب الطفل بالزواج الصحيح، ومنه فان المشرع لا يسمح بإقامة النسب الشرعي لولد غير شرعي ناتج عن علاقة قبل الزواج الصحيح[5]، وهو ما استقر عليه قرار المحكمة العليا بأنه " من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد"[6]. ووفقا للمادة 41 المذكورة أعلاه، فانه من بين الشروط الواجب

---

[1]بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة 03، سنة 2011، ص 43.

[2]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 34046، الاجتهاد القضائي، مجلة قضائية، عدد 01، سنة 1990، ص 67.

[3]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/12/11، ملف رقم 55706، الاجتهاد القضائي، مجلة قضائية، عدد 01، سنة 1992، ص 48.

[4]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1991/05/21، ملف رقم 74712، الاجتهاد القضائي، مجلة قضائية العدد 02، سنة 1994، ص 56.

[5]نادر بوشاشي، اثبات النسب واثبات الأبوة بالوسائل العلمية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار بغدادي للطباعة والنشر، ص 17.

[6]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/11/19 ملف رقم 34046، المجلة القضائية 1990، العدد 01، ص 67. مأخودة عن مادر بوشاشي، المرجع السابق، ص 18.

توافرها لإثبات النسب أن يكون الاتصال الجنسي ممكننا بين الزوجين ونص المادة جاء صريحا، ذلك أن الفراش يحدث بالعقد وأن العقد الصحيح هو السبب في ثبوت النسب شريطة إمكانية الدخول والمعاشرة الحقيقة. فلابد من حمل المرأة أن يكون من زوجها الشرعي في الزواج الصحيح غير أن قانون الأسرة لم يفصل فيه لكنه شرط عقلي من جهة، فلا يتصور الحمل دونه، ومن جهة أخرى هو شرط اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية وهو المرجع الذي أحالت إليه المادة 222 من قانون الأسرة.

كما اتفق الأئمة الأربعة وغيرهم على أن أقل مدة الحمل هي سنة أشهر (06) أ ي 180 يوما، وقد جاء تحديد المدة الأقل لحمل الزوجة بستة أشهر فلا يعقل تجاوزه[1]، ودليل على ذلك قوله تعالى: **﴿وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ إِحْسَٰنًا ۖ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ۚ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُۥ﴾**[2] ويستدل بهذه الأية قوله تعالى **﴿... وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ ..﴾**[3]، ومن خلال هاته الأيتين نلاحظ ان أقل مدة الحمل تقدر بستة أشهر لأن مدة الرضاعة هي سنتين اذا سقطت من (ثلاثين شهرا) بقى سنة أشهر كمدة للحمل[4].

ومدة الحمل قررت بنص المادة 42 من قانون الأسرة " أقل مدة حمل سته أشهر وأقصاها عشرة أشهر" فان جاءت الزوجة بولد لستة أشهر أو أكثر من يوم العقد عليها مع امكانية الاتصال بها، فان نسب الولد يكون ثابتا لزوجه، والعكس صحيح[5]. غير أننا نقع ضمن اشكال في حالة ما إذا تم عقد القران عند ضابط الحالة المدنية أو الموثق وتم تحديد تاريخ التلاقي الزوجين (العرس) بمدة طويلة من تاريخ انعقاد العقد أو توثيقه نجد أنفسنا ضمن لبس في هذه الحالة عمد تلاقى الزوجين بين الزوجين تتحقق الخلوة أي امكان الدخول، ذهب الجمهور الى أن النسب لا يثبت الا بالعقد الصحيح مع امكان الدخول، بينما خالف الحنفية وقالوا بثبوت النسب بمجرد العقد من غير اشتراط الدخول[6].

أما المشرع الجزائري فقد أخذ برأي الجمهور، حيث اشترط امكانية التلاقي والاتصال بين الزوجين، فلا بد من دخول حقيقي حتى يثبت النسب وهو ما جاء به في نص المادة 41 من قانون

---

[1] محمد كمال الدين، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في النفقة والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان/ سمة 2003، ص 483.

[2] سورة الأحقاق، الأية 14.

[3] سورة البقرة، الأية 233.

[4] نادر بوشاشي، المرجع السابق، ص 22.

[5] نيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، فقها، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2006، ص 93.

[6] جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد، عمان، الأردن، الطبعة 01، سنة 2009، ص 61.

الأسرة، كما أنه يشترط في نفس المادة أن لا ينفى بالطرق الشرعية وهو قاني شرط لإثبات النسب بالفراش الصحيح، غير أن المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالطرق المشروعة بحيث أن المادة جاءت عامة ومطلقة فقد أعطت الشريعة الاسلامية طريقا وحيدا لنفي النسب وهو اللعان وهو أقوى من الفراش[1]، وبالرجوع الى نص المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيلنا الى مبادئ وأحكام الشريعة الاسلامية، وكذلك نص المادة 138 من نفس القانون" يمنع من الارث اللعان والردة"، وهذان الأخيرين اعتبرا أن الطريق الشرعي لنفي النسب يكون باللعان لخضوعه منفردا كوسيلة وحيدة من وسائل نفي النسب، لذا فإننا نرى أن المشرع ترك الباب مفتوحا لاجتهاد القضاء في اختيار الوسيلة المناسبة التي يقتضيها الأمر لإثبات النسب [2].

إن دور قاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب أو نفيه انطلاقا من أقل مدة الحمل، فيمكن القول فيها أنه متى تجاوز الحمل أقل مدته القانونية، لا يجوز للقاضي البحث في ثبوت النسب من عدمه، فانه يثبت مباشرة، ولا ينفي إلا بطريقة الشرعية وفي ذلك قرار المحكمة العليا جاء فيه " من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر.

ومن المقرر أيضا أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

ومن المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل. ومن الثابت – في قضية الحال– أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر وأن قضاة الموضوع أخطئوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة ووزن الولد واللعان لم تتوفر شروطه والذي لا يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق فانهم بقضائهم بفسخ عقد الزواج وإلحاق النسب بأمه أخطئوا في تطبيق القانون وخالفوا أحكام المادتين 41 و42 من قانون الأسرة مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[3]. ومنه فان القضاة عند تجاوزهم لسلطتهم التقديرية في نفي النسب كان اعتمادا على الخبرة الطبية طالما تحقق الحمل أدنى مدته وكما هو معلوم فتن حساب مدة الحمل عند

---

[1] نادر بوشاشي، المرجع السابق، ص 26.

[2] طفياني مخطارية، اثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الاسكندرية، سمة 2013، ص 23.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 172379، مجلة قضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص 70.

الفقهاء الشريعة الاسلامية بالأشهر القمرية، بينما في العمل القضائي هو الحساب بالأشهر الشمسية[1].

عموما لثبوت النسب في الزواج الصحيح عدة شروط من أهما حدوث عقد النكاح حقيقة أو حكما والدخول وامكانه، وأن يولد لمثله ومضي أقل مدة الحمل من وقت العقد وألا تتجاوز الحمل أقصى مدة بعد الفراق[2]، غير أنه تعددت حالات الفرقة بين الزوجين فإما أن تكون بالطلاق أو بالوفاة أو بفقدان الزوج. فان النسب يثبت من الزوج فقط إذا ولدته الزوجة في مدة مخصوصة تبعا لنوع الفرقة وتبعا لتقدير أقصى مدة الحمل [3].

وكما هو ثابت شرعا أن المرأة المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها لقوله تعالى" **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا**ۖ."[4]. وكما سبقت الإشارة فان إثبات النسب قائم على الفراش ولا يتصور في المطلقة قبل الدخول، وبالتالي لا ينسب ولد المطلقة قبل الدخول الى أبيه، الا في حالة التلاقي جنسيا بين الزوجين، والنسب في هاته الحالة يثبت بالوطء الذي هو شرط في اثبات النسب بشرط أن تكون الولادة خلال ستة أشهر من وقت الطلاق[5]، أما إذا جاءت به لتمام ستة أشهر فأكثر، فانه لا يحصل اليقين بحدوث الحمل قبل الفرقة يحتمل لأنه من الممكن أنها حملت به بعد الفرقة ومتى وجد هذا الاحتمال فلا يثبت النسب الا إذا ادعاه ولم يصرح أمه من الزنا[6].

أما بالنسبة لتقدير القاضي لثبوت النسب المطلقة بعد الدخول، فهو بدوره أمر يحتاج الى تفصيل خاصة أن المادة 49 من قانون الأسرة جاء فيها أن الطلاق لا يثبت الا بحكم، والملاحظة أن المشرع الجزائري لم بفرق بين المطلقة رجعيا والمطلقة طلاقا بائنا مع العلم أن الطلاق الرجعي وبخلاف

---

[1]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1998/11/17، ملف رقم 210478، مجلة قضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص 85.

[2]أوان عبد الله الفيضي، أحكام حق الجنين في النسب، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، سمة 2015، ص 75.

[3]بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ص 28.

[4]سورة الأحزاب، الأية 49.

[5]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/07/08، ملف رقم 165408، مجلة قضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص 67.

[6]نادر يوشاشي، المرجع السابق، ص 38.

الطلاق البائن لا يرفع قيد النكاح ولا يزيل الملك ولا يؤثر في الحل [1]، ومنه فان القاعدة المستنبطة في هذه المسألة هي ما أشارت اليه المادة 43 من قانون الأسرة، وامام عدم الوضوح فان القاضي يفسر ذلك استنادا الى القواعد الأساسية للنسب، ولكون أن الطلاق الرجعي لا يقطع العلاقة الزوجية فور صدوره وانما تبقى الزوجية قائمة حكما طوال فترة العدة، ويجوز للمطلق رجعيا الاستمتاع بمطلقته في عدتها، فتحمل الزوجة وتمضي عشرة أشهر من يوم الطلاق وتكون أقل من ذلك ليوم المراجعة. وهنا النسب يثبت حتى لعدة فوات أقصى مدة الحمل لبقاء العلاقة الزوجية حكما. أما المطلقة طلاقا بائنا وفقا للمادة 30 من قانون الأسرة " يحرم من النساء مؤقتا المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة.."، فان نسب ولدها لا يثبت لطليقها بعد فوات أقصى مدة الحمل ليقين انقطاع الزوجية فور التلفظ بالطلاق [2].

وما يمكن ملاحظته من خلال نص المادة 49 باعتبار أن الطلاق لا يثبت الا بحكم، اذن فان الطلاق الذي يرميه الزوج في وجه الزوجة لا يعتد به لحساي العدة بل يتم حسابها من تاريخ الحكم بالطلاق، اي من تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق، لا تاريخ ايقاعه من طرف الزوج، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا: " ينسب الولد لأبيه إذا ولد خلال المدة المحددة قانونا المحسوبة من تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق"[3]

أما لثبوت نسب المتوفى عنها زوجها، فهي خلافا للمطلقة لها حكم ثابت في العدة – بشرط أ لا تكون حاملا– سواء دخل بها يائسة أو لم يدخل، إذا اختلا بها أو لم يختلي، وبصرف النظر عن كونها صغيرة أو ممن تحيض أو اسية منه[4]، ومنه فان ثبوت النسب لا يعرف أي اشكال وبالنسبة لسلطة القاضي فليس عليه أي اجتهاد، فان زادت على المدة بين الوفاة والولادة أكثر من مدة الحمل لم يثبت النسب، والعكس صحيح فانه يثبت ولا يقبل الانتفاء[5].

---

[1]على أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، سنة 2003، ص 113.

[2]بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 375.

[3]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2003/03/23، ملف رقم 330464، مجلة قضائية، العدد 01، سنة 2005، ص 293.

[4]مصطفى بن العددي، أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة 01، سمة 1988، ص 156، أنظر: أنس محمد حسن ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في اثبات ونفي النسب دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الاسكندرية، سنة 2010، ص 172، 174، 178.

[5]محمد كمال الدين، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 486.

ومن المستقر عليه أن اثبات الزواج لا بد أي يكون عن طريق الزواج الصحيح والذي يشترط فيه تمام العقد مع توافر الشروط والأركان الخاصة بعقد الزواج، الا أنه في بعض الحالات قد لا يكون دائما صحيحا، فيحتمل فساده كأن يفقد شرطا من الشروط الواردة في المادة 09 مكرر وأن يكون نكاح شبهة وهو نكاح يحدث بسبب غلط يقع فيه الشخص وعليه لا بد من البحث عن كيفية اثبات النسب بالزواج الفاسد[1] واثباته بنكاح الشبهة[2] .

---

[1]اختلف الفقهاء في الزواج الفاسد والباطل، فقال الجمهور بأنهما واحد، ويكون متى فقد العقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط صحته. أما الحنفية ففرقوا بينهما وقالوا بأن الزواج الباطل هو الذي فقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط انعقاده. أما الزواج الفاسد عندهم فهو العقد المستوفي لأركانه وشروط انعقاده والذب تخلف فيه شرط من شروط الصحة. أنظر: وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 86. المشرع الجزائري لم يغطي تعريف خاص بالزواج الفاسد بل اكتفى بذكر الأسباب المؤدية الى فساد عقد الزواج، ومن خلال نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة نجد أنها تناولت الشروط اللازمة لعقد الزواج بالإضافة الى ما جاءت به المادة 33 الفقرة الثانية (02) والتي تحدثت عن فسخ عقد الزواج قبل الدخول إذا تم بدون شاهدين أو صداق أو ولي وذكرت أيضا بأنه يثبت بعد الدخول بصداق المثل من خلال نص المواد يمكن تعريف الزواج الفاسد بأنه كل زواج فقد شرطا من شروط الصحة.

[2]تعريف نكاح الشبهة ويسمى أيضا بوطء الشبهة، ذلك أنه وطء يشتبه بالنكاح دون أن يكون نكاحا. فالشبهة هي الالتباس، ما التبس فيه الحق بالباطل والحلال بالحرام. وكما بعرفه أحمد نصر الجندي هو الاتصال الجنسي بالمرأة المبني على الشبهة. بمعنى ألا يكون هذا الاتصال زنا أو ملحقا بالزنا، وألا يكون بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد. أنظر: أحمد الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2009، ص 87. بالحاج العربي – الوجيز في شرح قانون الآسرة الجزائري، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 195.قسمه الفقهاء الى ثلاثة أنواع:

– قد تكون اما شبهة الملك: ويسمى شبهة الحكم أو شبهة في المحل، وفحواه أن يختلط الدليل الشرعي على الرجل، كأن يفهم من الدليل الشرعي أن مواقعة المرأة مباح في حين أنه غير مباح له، فللوطء في هذه الحالة ملكا. ومثالها أن يواقع الرجل امرأته التي طلقها طلاقا يائنا وهي في عدتها منه ظنا منه أن وقاعها يكون مراجعة لها، كما في المطلقة طلاقا رجعيا، وفي هذه الحالة يثبت النسب للولد الحاصل في النكاح بشبهة بناء عليها ان ادعاه الواطئ. أنظر: عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، فقها وقضاء، النسب، الرضاع الحضانة، نفقة الأقارب دار الكتاب العربي، مصر، سنة 1961، ص 87.

–شبهة العقد: وهو أن يتزوج رجل امرأة زواجا صحيحا في البداية ويعتقد أنها حل له وهو حل لها، ثم يتضح فيما بعد أنها أخته من الرضاع أو أنها محرمة عليه حرمة أبدية وهو بذلك يشبه الى حد بعيد الزواج الفاسد من حيث أحكامه وأثاره. أنظر: سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 87.

–شبه الفعل: يعتقد الشخص فسه حل الفعل ويظن في نفسه أن الحلال حرام فالوطء هما ظن حل الوطء، ولذلك كانت الشبهة في الفعل وليس في المحل، كأن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثا في العدة، وعلى ذلك فان النسب لا يثبت سواء ظن حل أو قال إنه علم بالحرمة لأن هذا الأخير متعلق بالفاعل نفسه، ان الفعل في ذاته لا شبهة مطلقا في أنه زنا وكونه كذلك سينتج عنه عدم ثبوت النسب لأن الزنا لا يثبت به النسب أبدا. أنظر: محمد أبو زهرة، الأحوال

وقد ألحق المشرع الجزائري بنكاح الشبهة كل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد من 32 من قانون الأسرة الى غاية المادة 34 من نفس القانون وهي تشمل الصورة الأتية:

- فقدان ركن الرضا الذي يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا وهذا ما جاء في نص المادة 33 من قانون الأسرة الفقرة الأولى " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا....".
- تخلف شرط من شروط الصحة كالولي والشهود وانعدام الأهلية حسب الفقرة الثانية من نص المادة 33 ".. إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ العقد قبل الدخول.."
- الدخول بإحدى المحرمات تحريما مؤقتا أو مؤبدا، نص المادة 34 من قانون الأسرة
- اقتران العقد بشرط ينافي مقتضياتها، جاءت في نص المادة 32 من قانون الأسرة يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.

ففي كل الصور المذكورة انفا وان اختلف الفقهاء فيما بينهم حول تصنيفها في النكاح الفاسد أو في نكاح الشبهة وبالضرورة الاختلاف في الأحكام التي تترتب عن مثل هذه الحالات بين موسع ومضيق بالنظر الى نية الفاعل وعلمه بالحل والحرمة، إلا أن الغالبية منهم على كلمة واحدة بخصوص نسب الحمل الناتج عن هذه العلاقة بغض النظر عن تكييفها الشرعي كعلاقة صحيحة أو فاسدة لا يقرها الشرع، إذ يفرق وجوبا بين الطرفين ولو افترضنا رغبة الطرفين في الاستمرار معا، فانه في كل الأحوال نسب المولود محفوظ مصان لتعلق الله تعالى به وحق العبد معا، على أساس أن العلاقة الزوجية التي نتج عنها كانت قائمة على العقد مع حصول ظن حل الفعل أو حل المحل أو كون المسألة خلافية، فلهذا الاعتبار يحترم الحمل، ويكون ولدا شرعيا بنفس الشروط التي أورها الفقهاء في الحمل الناتج عن الزواج الصحيح،[1] من امكانية التلاقي بين الزوجين اذ العقد الفاسد قبل الدخول لا أثر له مطلقا[2]، وولادة الحمل في مدة ستة أشهر بعد الدخول، وأقصى مدة حمل قدرة بعشرة أشهر حسب نص المادة 43 من قانون الأسرة، من تاريخ ابطال العقد القائم بينهما على مقتضى نص المادة 42 من قانون الأسرة، أما قيد عدم نفيه بالطريق المشروع فقد تباينت اجتهادات العلماء فمنهم من

الشخصية، المرجع السابق، ص 145.، أنظر: هلال عبد اللاه أحمد، حقوق الطفولة في الشريعة الاسلامية دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006، ص 509-511.

[1] اقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية البيولوجية وأثرها على النسب، دراسة فقهية قانونية، الأمل للطباعة والنشر، سنة 2012، ص49.

[2] يعقوب عبد الرزاق، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق بشرح مختصر لبعض المواد، المرجع السابق، ص 62،63.

اشترطه، ومنهم من يمنع اللعان أصلا في الفراش الفاسد، لأن اللعان يثبت بالنص في الزوجات ولا زوجية في الفساد والولد يلحقه بأبيه، وبذاك يكون الفراش في الزواج الفاسد أقوى من الفراش في الزواج الصحيح عند الحنفية بخلاف الجمهور.

يكون النسب في وطء الشبهة خاضعا لتقدير القاضي للبحث في حسن النية ومدى وقوعهما حقيقة في لبس أو غلط، وهنا يثبت النسب، أو ينتفي متى تبين له علمهما وجه الشبهة[1]، وقد جاء قرار المحكمة العليا يقضي بأنه " اغراء المعاقة ووطؤها، الثابت بالحكم القاضي بإدانة المعني بجريمة الاغراء وفساد الأخلاق، يعد من قبيل الوطء بالإكراه ويأخذ حكم وطء الشبهة، يثبت به نسب البنت الناتجة عن هذا الوطء" [2].

للإشارة فان المشرع الجزائري يثبت النسب في الزواج الباطل- أو الفاسد كما أجمع عليه الفقهاء- فان أهم ما يشترط فيه الدخول الحقيقي، حيث لو عقد رجل على امرأة عقدا باطلا ولم يدخل بها، لم ينسب اليه الولد الذي تأتي به [3].

وبناء عليه، فان النسب يثبت في النكاح الباطل بالشروط:

- أن يكون الدخول حقيقيا، فلا فراش في الزواج الباطل الا به وبعدمه ينتفي النسب عن الولد [4].
- أن يكون الزوج ممن يتصور الحمل منه عادة، بأن يكون قادرا على الوطء والانجاب.
- أن يولد الولد خلال مدة الحمل القانونية.

دون تمييز بين الشخص الحسن نية والسيء النية، وقرارات المجلس الأعلى بشأن قيد الجهل أو العلم بالحل والحرمة متضاربة ومتناقضة، بالإضافة الى تناقض نص المادة 40 و41 من قانون الأسرة حيث الأولى سوت بين الزواج الصحيح والباطل والوطء بشبهة في مسألة ثبوت النسب، والثانية قيدت ثبوت النسب يكون الزوج شرعيا " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا" وبمفهوم المخالفة انتفائه في الحالات الأخرى[5].

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 383.

[2] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 2016/12/07، رقم الملف 1027105، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2016، ص 228.

[3] بدران أبو العينيم بدران، الفقه المقارن في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 506.

[4] محمد كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الاسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2007، ص 114.

[5] اقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية البيولوجية وأثرها على النسب، دراسة فقهية قانونية، الأمل للطباعة والنشر، سنة 2012، ص 50.

الفقرة الثانية: تقدير القاضي للأسباب الكاشفة للنسب.

تتمثل الطرق الكاشفة عن النسب في البينة والإقرار (أو كما تسمى بالوسائل أو الطرق التقليدية) باعتبارها وسائل تنصب على إظهار نسب شخص مجهول فيكشف عنه بهذه الطرق ويصبح علنا ومعترفا به شرعا وقانونا. وقد نص المشرع على ثبوت النسب بهما بالمادة 40 فقرة الأولى من قانون الأسرة: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة.." ومن خلال نص المواد نجد أن المشرع الجزائري وضح الإقرار بتبيان شروطه وأنواعه، إلا أنه لم يبين ذلك في البينة وترك ذلك للاجتهاد الفقهي حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة وكذا لاجتهاد القضائي. ومن خلال كل هذا سنتطرق أولا إلى البينة.

تعد البينة أو الشهادة، الطريق الثاني لثبوت النسب، فاذا لم يكن للنسب فراش بثي تيه أو اقرار، تعين اثباته بوسيلة أخرى هي اقامة البينة عليه، والبينة أصلا من البيان وهو مايبين به الشيء من الدلالة وغيرها، والمقصود بالشهادة في اصطلاح الفقهاء بأنها " اخبار بلفظ الشهادة يعني بقول اشهد بإثبات حق أحد هو في ذمة الأخر في حضور الحاكم ومواجهة الخصمين ويقال للمخبر شاهد وللمخبر له مشهود له وللمخبر عليه مشهود عليه وللحق مشهود به[1].

وتظهر أهمية البينة في إظهار الحق واكتشاف الحقيقة في أي نزاع أو مظلمة، وبينة النسب هي الشهادة، ونعرف "بإخبار عن ثبوت الحق للغير في مجلس القضاء".[2]

اتفق الفقهاء على اشتراط العقل والبلوغ والاسلام في الشهادة على النسب، واختلفوا في البصر والنطق والحرية والعدد والعدالة، ونصاب الشهادة في الأنساب تختلف من مذهب الى أخر يعد اجماع على ثبوتها بشهادة رجلين أو رجل و امرأتين[3]، فأبو حنيفة يعتد بشهادة رجل وامرأتين[4] على الولادة ان

---

[1]أون عبد الله الفيضي، أحكام حق الجنين في النسب، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص 110.

[2]اقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، المرجع السابق، ص 52.

[3]هو أمر قررته المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1986/12/25، ملف رقم 43889، مجلة قضائية، عدد 02، سنة 1993، ص 37، جاء فيها " من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الأخر، فان اثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكريين، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الاسلامية.

ولما كان من الثابت– في قضية الحال– ان القرار المطعون فيه جاء خاليا من أية حجة أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في اثبات الزواج شرعا، فان تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة ومخطأ في فهم أنواع الشهادات في الفقه ومتى كان كذاك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

[4]بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 385. أنظر: الشامي أحمد، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 536

لم يكن هناك حبل ظاهر ولا فراش قائم ولا اقرار الزوج بالحبل، ويقبل المالكية قول امرأتين، ويكتفي الحنابلة والصاحبان بشهادة امرأة واحدة مسلمة حرة عدل، لأن مسائل الحمل والوضع وتعيين المولود والاستهلال من المسائل التي لا يطلع عليها الرجال غالبا، أما الشافعية فلا يقبلون بأقل من أربع نسوة[1]. هذا الأمر يمكن القول به انطلاقا من الفقرة الأولى لنص المادة 62 من قانون الحالة المدنية " يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم والا فالأطباء والقابلات أو أي شخص أخر حضر الولادة وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده".

ومن بين المسائل التي لابد أيضا الاشارة لها، مسألة شهادة الأقارب، وهو ما قضت به المحكمة العليا حيث ورد في احدى قراراتها " من المقرر شرعا أنه يمكن اثبات نسب بالزواج الصحيح والاقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة احياء الولد لأن ثبوت النسب يعد احياء له ونفيه قتلا له... حيث أنه في غالب الأحيان يرفض القضاة شهادة الأقارب في الزواج والنسب مع أن الشريعة الاسلامية تقبل شهادة الأقارب في الزواج والنسب مع أن الشريعة تقبل شهادتهم باعتباره من قضايا الحالة تثبت بكل الطرق[2]، وهذا ما جاء في نص المادة 153 قانون الاجراءات المدنية والادارية.

وبالنسبة لدور قاضي شؤون الأسرة في هذه النقطة. هو استقلال القاضي بتقدير سماع الشهود والأخذ بالبينة وذلك انطلاقا من المعطيات المقدمة اليه، كما له أن يطرح ما يراه مناسبا أسئلة على الشهود وهذا ما جاءت به المادة 158 فقرة 02 من قانون الاجراءات المدنية. وله بعد ذلك السلطة المطلقة في تقدير قيمة الشهادة بالأخذ بها أو تركها، فإما أن يفصل في القضية بإثبات النسب وله أن يؤجل الفصل فيها ان رأى خلاف ذلك. هذا ما نصت عليه المادة 163 قانون الاجراءات المدنية والادارية " **يجوز للقاضي أن يفصل في القضية فور سماع الشهود أو يؤجلها الى جلسة لاحقة**".

بعد التطرق الى أول وسيلة تقليدية والطبيعية لإثبات النسب عن طريق البينة سنتناول الأن الوسيلة الثانية التي نص عليها المشرع الجزائري لإثبات النسب عن طريق الاقرار وهذا اللفظ في أصله كان يطلق على حمل النسب على الغير فقط، ثم أصبح للجمع بين ما كان اقرارا بثبوت على النفس أو

---

[1] اقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، المرجع السابق، ص 53.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 172333، العدد 01، سنة 1997، ص 42، مأخوذة، عن اقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، المرجع السابق، ص 54.

على الغير[1]، فالإقرار هو "الاعتراف بما يوجب حقا على قائله بشرطه"[2]، وفي الشرع الاعتراف بالمدعى به[3]، وهو"اخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص أخر" والمقرر شرعا وقانونا أن " الاقرار حجة قاصرة على المقر"[4]. وقد عرفته المادة 341 من القانون المدني بأنه " اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعي بها عليه وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بها الواقعة". وتعتبر المادة 342 من قانون المدني بأنه حجة قاطعة على المقر. ما تضمنت المادة 44 و45 من قانون الأسرة، فقد أقرت المادة 44 على أنه " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الامومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة"، حيث جاء في قرار المحكمة العليا" يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، ويكون حجة على المقر، حال حياته وبعد وفاته، حتى لو قبت خلاف ذلك بطريق أخر. لا يحتمل الاقرار النفي، لا بشهادة الشهود ولا بالخبرة العلمية، وتحت أي ادعاء بالتبني أو بغيره"[5]. أي أن القانون أجاز للشخص أن يدعي نسبه لشخص أخر منه. كما نصت المادة 45 من نفس القانون " الاقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر الا بتصديقه". ومنه نلاحظ وجود نوعين من الاقرار بالنسب على النفس والاقرار على الغير.

الاقرار بالنسب بالنفس:هو اقرار بنسب مباشر ليس فيه تحميل النسب على الغير ويكون صحيحا ومنتجا لأثاره ومحققا لمقاصده بتحقق الشروط الأتية:

-أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب حتى يمكن اثبات بنوته للمقر، فلو كان له نسب لا يتم الاقرار ويبطل. لأن النسب الثابت لا يقبل الانتقال [6].

-عدم اعتراف المقر بأن ولده المستلحق به ناتج من علاقة غير شرعية[7]، لأنه إذا ذكر ذلك فقد بين سبب، ولم يعد الاقرار مجردا، والمعروف أن الزنى لا يصلح سببا للنسب [8].

-أن يصدق المقر له المقر في هذا القرار ام كان مميزا وأهلا للمصادقة، حيث أن الاقرار حجة

---

[1]محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالاجتهادات والقرارات والأحكام القضائية، دار الشهاب، الجزء 01، الطبعة 02، سنة 1994، المرجع السابق، ص 427.

[2]اقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، المرجع السابق، ص 54.

[3]ابراهيم صادق الجندي، حسين حسن الحصيني، تطبيقات تقنية البصمة الوراثية ADN في التحقيق والطب الشرعي، الطبعة الأولى، الأكاديميون للنشر والتوزيع، سنة 2014، ص 117.

[4]أون عبد الله الفيضي، أحكام حق الجنين في النسب، المرجع السابق، ص 82.

[5]محكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 2012/11/14، الملف رقم 0761943، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2013، ص 284.

[6]محمد محدة، المرجع السابق، ص429.

[7]اقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، المرجع السابق، ص 59.

[8]أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيها في اثبات ونفي النسب، المرجع السابق، ص 199.

قاصرة على المقر فلا يتعدى الى غيره الا بينة أو تصديق من الغير. فلو كذبه المقر له، فلا نسب [1]. أما إذا كان غير مميز فان النسب يثبت مباشرة دون حاجة الى التصديق[2].

–أن يكون المقر له بالبنوة مما يولد مثله لمثل المقر، فلو كان عمر المقر 30سنة مثلا وعمر المقر له مثل ذلك أو أكثر أو أقل بقدر يسير فان الكذب ظاهر فلا يثبت النسب" فالممتنع عادة كالممتنع حقيقة"[3].

ملاحظة، في حالة ما إذا أقرت امرأة بأن هذا الولد ابنها، فان لم تكن ذات زوج أو معتدة من زواج صحيح أو فاسد، ثبت نسب الولد بإقرارها منها، فكما هو معلوم أن ابن الزنا ينسب لأمه. أما إذا كانت المرأة المقرة بالأمومة ذات زوج أو في عدة زواج، وجب ثبوت نسبه من زوجها أو طليقها أن يصادقها على اقرارها أو أن تثبت أنه ولد فراش الزوجية ويثبت نسبه منها[4].اضافة الى ذلك نجد أن المشرع الجزائري من خلال المادة 10 من قانون الأسرة والمادة 40 الفقرة الأولى (1) ونصت المادة 44 من نفس القانون نجد أن المشرع الجزائري من خلال نص المواد أن النسب يثبت بالزواج صحيح أو بالإقرار أو بالبينة، الا أنه لم يشترط ثبوت الزوجية وعليه جاء قرار المحكمة العليا بأنه " لا يشترط ثبوت الزوجية في ثبوت النسب بالإقرار"[5]. كما ولابد من الاشارة أنه لايصح التراجع عن الاقرار بالنسب في حالة ما اذا كان نسب الطفل معلوم والا لقي البطلان[6].

أما النوع الثاني من الاقرار وهو الاقرار على الغير حسب نص المادة 45 من قانون الأسرة المذكورة سابقا، بشقيه الأخوة والعمومة فيعرف بأنه " اقرار بنسب غير مباشر يتضمن تحميل النسب

---

[1] نادر يوشاشي، اثبات النسب واثبات الأبوة بالوسائل العلمية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 51.

[2] يقول الدكتور محمد نصطفى الشلبي " ان كان المقر له غير مميز ثبت النسب دون حاجة الى تصديق، لأن غير المميز ليس له عبارة معتبرة ولأن هذا الاقرار فيه منفعة أدبية لهذا الصغير بإثبات نسبه بعد أن كان مجهولا، ومنفعة مادية غالبا لحاجته الى من يقوم بشؤونه والانفاق عليه. أنظر محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام، دراسة مقارنة بين الفقه المذاهب السنية والمذهب الجغفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، الطبعة 02، سنة 1977، ص 518. أنظر: أون عبد الله الفيضي، أحكام حق الجنين في النسب، المرجع السابق، ص 87. أنظر: لدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 519.

[3] أون عبد الله الفيضي، أحكام حق الجنين في النسب، المرجع السابق، ص 86.

[4] أون عبد الله الفيضي، أحكام حق الجنين في النسب، المرجع السابق، ص 88.

[5] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 2015/03/12، الملف رقم 0860240، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2015، ص 239.

[6] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 2019/02/06، ملف رقم 1277086، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2019، ص 72.

على الغير"، ويشترط في اضافة الى الشروط المعروضة سالفا في القرار على النفس مطابقة الاقرار لتصديق المعنى عليه بالنسب، لأن الاقرار حجة قاصرة على الشخص لا تتعدى الى غيره، فان كان الاقرار بالأخ فلا بد من تصديق الأب على هذه الأخوة، وان كان الاقرار بالعم فلا بد من تصديق الجد لأنه هو الاصل الذي ينحدر منه هذا العم. ويستثنى من قيد موافقة الأصل اقامة البرهان الذي لا يقبل الرد من طرف المقر أو المقر له، فهما لا أثر لمعارضة هذا الأصل[1].

ومنه في الأخير نقول إن سلطة قاضي شؤون الأسرة في اثبات نسب بالإقرار، تخضع الى طريقين، أولهما البحث في مدى توافر شروط الاقرار وصحته، وثاني التحري من أجل اثبات نسب الطفل ما أمكن احياء له. فاذا ثبت للقاضي وتبين وتوضح له استيفاء الشروط فان القاضي يقوم مباشرة بإثبات نسب الطفل، ولا يمكن العدول عنه بعد اثباته. فهناك قاعدة فقهية اعتمدتها المحكمة العليا في العديد من قراراتها وهي تمكن من اثبات النسب حتى مع الشك، فعلى القاضي أن يبحث بشتى الطرق وأن يحاول اثبات نسب الطفل بذلك لأن النسب حق من حقوق الله وحتى لا نترك هذا الصغير من دون نسب لأن في ذلك أثار جد وخيمة على الطفل وعلى المجتمع وهذه القاعدة هي قاعدة احياء الولد [2].

الفرع الثاني: دور القاضي في تقدير الطرق العلمية البيولوجية الحديثة لثبوت النسب.

إنّ التقدم العلمي الواسع في العصر الحاضر توصل الى اكتشافات علمية عجيبة، ونتيجة للتطورات العلمية التي يشهدها العصر الحاضر وتوصل العلماء الى اكتشافات علمية تبهر الأنظار[3]، ومن تلك التطورات اكتشاف الهندسة الوراثية وبالأخص البصمة الوراثية التي أصبح تلعب دورا كبيرا في الاثبات[4]، فلم يعد الاثبات العلمي مقتصرا على الوسائل التقليدية بل امتد الى كل ما يفيد الى

---

[1] اقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، المرجع السابق، ص 60.

[2] خالد دوادي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 104.

[3] وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الاثبات، بحث مقدم الى مؤتمر الدولي موسوم بالهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 الى 7 ماي سنة 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ماي 2002، ص 511.

[4] محمد المختاري السلامي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الاثبات، بحث مقدم الى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 470.

الكشف عن الحقيقة[1]، والتي يمكن من خلالها البث في النزاعات المتعلقة بالنسب، حيث ظهرت عدة خلافات حول استخدام هذه التقنية في مثل هذه النزاعات التي تمس صميم الأسرة وتكشف أسرار ما لا يجب الاطلاع عليه وعن مدى الوثوق بهذه التقنية لاستخدامها في مثل هذه القضايا البالغة الأهمية [2]. وعليه جاء المشرع الجزائري بموجب التعديل بطرق بيولوجية علمية حديثة تثبت النسب من خلالها وتتمثل هذه الطرق فيما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري تحت عبارة "الطرق العلمية"، وكذا ما يسمى بالتلقيح الاصطناعي والذي جاء في أحكام المادة 45 مكرر من قانون الأسرة.

أما ما يلاحظ من صياغة الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة، أن عبارة " **الطرق العلمية**" جاءت واسعة، فلم يحدد المقصود منها وأي طريق علمي يعتمد عليه القاضي، خاصة أن الطرق العلمية لإثبات النسب منها ما هو ضني لا يرقى بالشك الى اليقين، ومنها ما هو قطعي الدلالة ولا يدع مجالا للشك [3]. وعليه فان السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة بالوسائل العلمية جاء واسعا في إثبات النسب ومنه سنتناول في الفقرة الأولى تقدير القاضي لثبوت النسب عن طريق البصمة الوراثية أما الفقرة الثانية جاءت تتمحور حول سلطة القاضي في ثبوت نسب ولد التلقيح الاصطناعي.

الفقرة الأولى: تقدير القاضي لثبوت النسب عن طريق البصمة الوراثية.

بعد التعديل الأخير، أصبح اللجوء الى الطرق العلمية من صميم دور قاضي شؤون الأسرة في مسائل تحديد النسب المتنازع فيه بصريح نص المادة 40 فقرة الثانية من قانون الأسرة "يجوز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لإثبات النسب"، كما أن العديد من الحقوقيين[4] ورجال القانون ومن بينهم المحاميتين زهية مختاري وفاطمة الزهراء بن براهم، ينادون ويطالبون بإعادة النظر في نص المادة 40 من قانون الأسرة وذلك بتدارك مصطلح " يجوز" بـ "يجب" حيث يستطيع القاضي بالتقيد باللجوء الى

---

[1] عبد الرحمن خلفي، دور البصمة الوراثية في تطوير قواعد الاثبات الجنائي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة ميرة، بجاية، مجلد08، عدد02، سنة 2013، الجزائر، ص 25.

[2] عقيد خبير عبد القادر الخياط، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الاسلامية، بحث مقدم في مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 1477.

[3] بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في اثبات ونفي النسب، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، سنة 2012، ص 83.

[4] عيساوي فاطمة، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، مجلة معارف، العدد 08، سنة 2010، ص 155،189.

الخبرة العلمية في مسائل النسب [1].

تطلق البصمة الوراثية الجينية في الاصطلاحين العلمي والفقهي على ذلك الكشف الذي يحدد هوية الانسان وصلته بمن تسبب في وجوده عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من الحمض (الدنا)[2] المتمركز بشكل أساسي في نوى خلايا جميع الكائنات الحية بدءا من البكتيريا والفطريات والنباتات والحيوانات الى الانسان[3]. وتقوم فكرة تحليل البصمة الوراثية على أساس أن العوامل الوراثية في الطفل الابن لابد أن يكون أصلا مأخوذا من الأب والأم، فالطفل بأخذ دوما نصف الصفات الوراثية من الأب (عن طريق الحيوان المنوي) والنصف الأخر من الأم (عن طريق البويضة)، ولهذا لابد من وجود أصل الصفات الوراثية الخاصة بالولد من كل من الأب والأم تبعا لقانون (مندل)[4] للوراثة، كما يتم الحصول على البصمة الوراثية من مختلف خلايا أو أنسجة الجسم البشري سواء من الدم أو من العظام والأسنان واللعاب والمخاط ومن كل الأنسجة الجلدية والمني والأظافر والشعر، ومن كل عينة صغيرة بالجسم[5].

اذن وبهذا الاكتشاف أصبح من خلال اجراء اختبارات البصمة الوراثية التي في النزاعات المتعلقة بالنسب وذلك بإعطاء حلول عن طريق القيام بعملية تحليلية ولأجل ذلك يجب دراسة وتحليل الأطوال المختلفة للأجزاء المحددة (RELP) ، بحيث تعتمد هذه الدراسة على عمل مسطرة نموذجيه Pattern للمادة الوراثية ADN[6] لكل منهما باستخدام أنزيم الفصل Restriction Enzyme وجهاز الفصل

---

[1] وهيبة سليماني، حقوقيون يطالبون بإعادة النظر في المادة 40 من قانون الأسرة، جريدة الشروق اليومي، صادرة يوم الثلاثاء 30 ديسمبر 2014، الموافق ل 04 ربيع الأول 1436هـ، عدد 4602، ص 15.

[2] بسام محمد القواسمي، أثر الدم والصمة الوراثية في الاثبات في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2010، ص 62.

[3] ابراهيم صادق الجندي وحسين حسن الحصيني، تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، سنة 2002، ص 50.

[4] يعد " جريجور مندل" واضع حجر الأساس لعلم الوراثة، وهو أو ل من توصل الى نتائج ذات أهمية في هذا العلم. وينص قانون منذل للوراثة على أنه أي صفة وراثية أو عامل وراثي في الأبناء لابد وأن يكون موجودا في أحد الأبوين، مأخودة عن: يخلف عبد القادر، التعويض عن الأضرار الناتجة عن استخدامات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، سنة 2019، ص 23.

[5] يخلف عبد القادر، التعويض عن الأضرار الناتجة عن استخدامات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، ص 23.

[6] ADN هي حروف الأولى لمصطلح DeoxyReboNuclic Acid أي الحامض النووي الديوسكي (منزوع الأوكسجين)، أنظر : محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية والشرعية لإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية ADN، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2008، ص 58.

الكهربائي ويتم ذلك بأخذ عينات من كل من الأب (المزعوم) والأم (المزعومة) والطفل وبعد الحصول على المادة الوراثية من هذه العينة يتم تقطيع جزيء ADN على لوحة الفصل الكهربائي، واذا أثبتت هذه التحاليل الطبية المخبرية وجود تشابه في الجينات بين الابن وأبويه، ثبت بيولوجيا وطبيا بنوته لهما وان لم يوجد أي تشابه في الجينات الوراثية انتفى بيولوجيا وطبيا بنوته لهما[1].

ان موقف القانون من استخدام البصمة الوراثية في اثبات النسب كان ايجابيا وذلك بعد استجابة المشرع الجزائري للتطورات الحديثة في ميدان الطب والبيولوجيا، فجاء في تعديل قانون الأسرة بمقتضى الأمر 05-02 ولأجل سد مختلف الثغرات القانونية التي تعتري قانون الأسرة القديم وذلك بتعديله بنص المادة 40 سالفة الذكر، وعليه فإضافة دليل علمي الى جانب الأدلة التقليدية في اثبات النسب والتوسيع من دائرة اثبات النسب[2] يوفر الحماية للأنساب ويصون أعراض الناس حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2012/03/15 أنه " المبدأ:ووفق للمادة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة مقرر لإثباته وليس لنفيه"[3]، غير أنه في غياب النصوص القانونية المنظمة للعمل بالصمة الوراثية، فان مسألة الحماية تبقى مسألة نسبية تستوجب تدخل الشرع لوضع الأليات وضوابط من شأنها تكفل حماية الأنساب ومن بينها تم وضع حالات خاصة تستدعي استخدام هذه البصمة من خلال ايجاد حلول لوضع حد للنزاعات المثارة وتتمثل في :

-حالات التنازع على الأطفال مجهولي النسب اما لانتفاء الأدلة أو لتساويها كالاشتراك في وطء الشبهة، وحالات التي يدعي فيها رجلان نسب مجهول النسب[4] كقصة صفية المشهورة في اثبات

-كما يعرف ال ADN بأنه المادة الوراثية المركزة على قواعد الأدنين A، التايمينT، الجوانينG، والسيتوزينC ، اضافة الى السكر الخماسي والفسفور، وتكون جميع هذه العناصر متصلة ببعضها وملتفة بشكل سلسلتين لولبيتين، احداهما تمثل الصفات الوراثية للأب، والأخرى تمثل الصفات الوراثية من الأم. أنظر: عصام أحمد البهجي، تعويض الأضرار الناتجة عن تطبيقات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2006، ص 33.

[1] يخلف عبد القادر، التعويض عن الأضرار الناتجة عن استخدامات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 23

[2] نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها، مجلة المجتمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، سنة 2004، عدد 17، ص 78،79.

[3] محكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 2012/03/15، ملف رقم 690718، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2013، ص 268.

[4] حسام الأحمد، البصمة الوراثية وحجيتها في الاثبات الجنائي والنسب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2010، ص 32.

النسب لوجود تنازع بين رجلين[1].

ان حالات الاشتباه المواليد في المستشفيات وأطفال الأنابيب، وحالات اختلاط الأطفال وضباعهم بسبب الحوادث والكوارث، في حالات اثبات النسب لطفل الأنبوب(التلقيح الاصطناعي)، وفي الحالات التي يدعي فيها الرجل فقدان ابنه منذ فترة طويلة، في حالات تنازع امرأتين على أمومة ولد وتساوي في البينة، أم يلحق شخص طفلا لقيطا أو ضائعا بنفسه ثم ظهر أهل الولد فيدعون نسبه[2].

لكن من جهة هناك حالات تخرج عن دور للقاضي في إثبات النسب، بحيث لا يجوز له اللجوء الي البصمة الوراثية ولا الأخذ بها؛ وأهم هذه الحالات، اقرار الرجل بالنسب مع توفر شروط الاقرار، فهنا يلحق النسب به بإجماع عبئ ثبوت النسب بمجرد الاستلحاق مع الامكان، وبإقرار الشخص بأخوة مجهول النسب.

ما يعاب على المشرع الجزائري أنه جاء بنص عام، حيث لم يوضح للقاضي لا كيفية اللجوء الى الطرق العلمية ولا نطاق سلطته اتجاهها. أضف الى ذلك اشارته الضمنية الى امكانية الاستعانة بالبصمة الوراثية كدليل علمي في اثبات النسب، والتي يمكن أن تكون أحد عناصر تكوين القاضي لقناعته[3]. بحيث وجد نفسه ضمن مرحلتين، فالمرحلة الأولى تتمثل في الدور الذي يلعبه القاضي عند تقيده بالنصوص التشريع الجامدة، وقد جاءت قرارات المحكمة العليا رافضة لأي دليل علمي حديث بشأن اثبات النسب ونفيه، وقد كانت هذه الأخيرة لا تأخذ في الحسبان التطورات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية ولا الظروف الاجتماعية التي تحيط المجتمع المعاصر من انخفاض الوازع الديني وتدهور القيم الأخلاقية والروحية في نفوس البشر، حيث أصبح الكثير منهم اليوم لا يعبئون بأية شهادة أو

---

[1]هي قصة أثارة جدل كبير على الصعيد العملي حتى أنها صارت تضارب بين القوانيين الدولية، هذه القصة كانت تخص الطفلة صفية بسبب نشوب نزاع قام بين طليق أم صفية وزوج أم صفية في نسب البنت صفية، وكما هو معلوم أن أم صفية كانت متزوجة بجزائري وبحكم وجود اضطرابات في علاقتها تم الطلاق بين الزوج السابق (الطليق) وام صفية، في فترة العدة تزوجت أم صفية برجل فرنسي الجنسية ولم تنتظر انتهاء عدنها، غير أن الاشكال يكمن في أن الزوجة ثبت أنها حامل ولا يعرف جنسية الأب مما ثار نزاع في اثبات نسب البنت صفية مع العلم أن الزوج الجزائري يدعي أن البنت هي ابنته والزوج الفرنسي كذلك يدعي نفس الأم مما ادعى اللجوء الى الخبرة الطبية عن طريق البصمة الوراثية والتي قدمة من طرف القاضي، عند ضهور نتيجة التحليل والتي تبين من خلالها أن صفية هي ابنت الطليق الجزائري الا أن القضاء لم يأخذ بهذه النتيجة وحكم بنسب الطفلة صفية للزوج الفرنسي.

[2]حسام الأحمد، البصمة الوراثية وحجيتها في الاثبات الجنائي والنسب، المرجع السابق، ص 34، 44.

[3]أبو الوفا محمد أبو الوفا ابراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الاثبات الجنائي، في القانون الوضعي والفقه الاسلامي، المكتب الجامعي الحديث، سنة 2016، ص 82.

يمين أو قسم، ويظهر هذا الموقف في القرار الصادر عن المحكمة العليا حيث أيدت هذه الأخيرة الحكم المستأنف القاضي برفض اجراء تحليل الدم للوصول الى تحديد النسب فعللو رأيهم بأنه مخالف لقواعد الاثبات الشرعية والقانونية، ولكن رغم أن القرار الصادر عن مجلس القضاء الداعم للاعتماد اللجوء الى الخبرة الطبية وتحليل الدم لإثبات النسب، الا أن الكثير من القانونيين اعتبروه الانطلاقة الجريسة لاعتماد الأدلة العلمية لإثبات النسب، علاوة على الطريقة الشرعية.

غير أنه بعد تبني واعتماد المشرع الجزائري صراحة للوسائل العلمية كطريقة لإثبات النسب، صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 2006/03/05[1] لينقض القرار الصادر عن المجلس القضائي بمسيلة لداعي عدم استجابته لطلب اعتماد البصمة الوراثية كدليل علمي لإلحاق نسب أبيه، فأقر هذا القرار بالنقض الحاق الولد نتيجة الخبرة العلمية[2]. وهو ما يجعله متوافق مع نص المادة 125 من قانون الاجراءات المدنية والادارية " **تهدف الخبرة الى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محصنة للقاضي.**" وكما جاء في المادة 144 من نفس القانون " **يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة.**

القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة".

كما يستشف في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأسرة والمواريث بتاريخ 2012/03/15[3] والذي يتبين من وقائع المدرجة بالقرار أن قاصر تعرضت لهتك العرض " اغتصاب" نتج عنها حمل ثم انجاب بنت من الجاني مما استوجب رفع دعوى من طرف ولي الضحية القاصر لإثبات النسب على أساس استعمال البصمة الوراثية، وكما هو معلوم أن النسب لا يمكن اثباته علميا الا اذا كان ناتجا عن زواج شرعي، غير أن القضاء الجزائري ألحق نسب بالمطعون ضده، متى ثبت ارتكابه هذا الجرم مادام استطاع كشف الجرم واثباتها بطريقة قطعية[4]، ففي مثل هذه القضايا يتم اجراء الفحوص على المرأة والطفل والأب المدعي عليه واستخلاص الـ ADN من عيناتهم للوصول الى الصفات الوراثية

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2006/03/05، ملف رقم 355180، مجلة المحكمة العليا، عدد1، سنة 2006، ص 469.

[2] يخلف عبد القادر، التعويض عن الأضرار الناتجة عن استخدامات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، ص 34.

[3] فاطمة الزهراء تبوب، نسب ابن المغتصبة تعليق على قرار المحكمة العليا رقم 734072 المؤرخ في 2012/03/15 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2013، ص 113 الى 119.

[4] عبلة الكحلاوى، محمد الشماوى، البصمة الوراثية وحجيتها في الاثبات الجنائي، جرائم الزنا والاغتصاب– السرقة والقتل واثبات النسب ونفيه، القاهرة، سنة 2010، ص 150.

للطفل، وبالتالي يمكن اثبت البنوة من عدمه[1]. غير أن التساؤل الذي يتبادر في أذهاننا هو على أي أساس قانوني أو فقهي اعتمدت عليه المحكمة في هذا الاجتهاد، عندما ألحقت نسب ابن مغتصبة بالمغتصب باعتماد الوسائل العلمية كبينة كافية لإلحاق نسب مولود ناتج عن علاقة غير شرعية. الا أنه وبرجوع الى نصوص قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري سكت في نسب ابن المغتصبة بالمغتصب، وهذا السكوت لا يقصد به اعترافه بالأبناء غير الشرعيين، المادة 41 والمادة 40 وجاء في نفس المادة في الفقرة 02 استخدامه لفظ "يجوز" للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لإثبات النسب[2]، وربما هذا ما يقصده المشرع من خلال اعطائه هذه السلطة التقديرية المطلقة، مما أدى به الى ألحاق نسب[3] ابن المغتصبة بأبيه البيولوجي اعتمادا على الخبرة العلمية.

وعليه في الأخير يمكن القول بأنه تبقى للقاضي السلطة الأولى والأخيرة في تقدير الأدلة والأخذ بها، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا الا من حيث تسبيب الحكم [4]. ونشير كذلك الى أن تحاليل البصمة الوراثية من المسائل العلمية الدقيقة التي يصعب على القاضي استبعادها لتعذر تسبيب ذلك، ولذا فان أغلب الأحكام القضائية نأخذ بالخبرة العلمية وتصادق عليها [5].

الفقرة الثانية: تقدير القاضي لثبوت نسب ولد التلقيح الاصطناعي

من بين أهم المقاصد الأصلية التي شرع من أجلها الزواج، تكثير النسل وابتغاء الولد، ذلك أن

---

[1]محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية دراسة مقارنة، الهندسة الوراثية، البصمة الوراثية. الاستنساخ، دار الفكر والقانون، المنصورة، سنة 2012، ص 199.

[2]قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 474897، المجلة القضائية العدد 01، سنة 2009، ص 255. والذي جاء فيها أن نسب المولود تحكمه نصوص المواد 40 من قانون الأسرة الجزائري.

[3]استلحاق النسب بناء على خبرة علمية (تحليل الحمض النووي ADN على إثر علاقة غير شرعية يقتضي الحاق النسب دون التطرق لقيام العلاقة الزوجية من عدمها. وقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه " يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة اثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (حمض ADN) ولا ينبغي الخلط بين اثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41) وبين الحاق النسب في حالة العلاقة غير شرعية، قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2006/03/05 فصلا في الطعن رقم 355180، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 2006، ص 469، مأخوذة عن: نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 111.

[4]أحمد الشامي، المرجع السابق، ص 393.

[5]باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعوى النسب على ضوء قانون الأسرة، اقرار، بينة، تلقيح اصطناعي، البصمة الوراثية ADN، نظام تحليل الدم، ABO، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2010، ص 212.

الأولاد هم أعظم ثمرات الزواج[1]، التي يسعى كل واحد من الزوجين. لكن يمكن أن يكون أحد الزوجين مصابا بالعقم أو ضعف الخصوبة أو محو ذلك من أمراض، تحول دون تحقيق الحمل، وعلاجا لهذا الأمر، فقذ توصل العلماء الى عملية الإخصاب الصناعي والتي نسمى ب التلقيح الاصطناعي.

نص المشرع الجزائري على التلقيح الاصطناعي من خلال المادة 45 مكرر المستحدثة بموجب الأمر 05-02 والتي تعتبر المادة الوحيدة المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي. وعليه فان التلقيح الاصطناعي هو عملية تمكن من ادخال مني الرجل في رحم المرأة بطريقة الية دون أن يتم الاتصال بينهما[2]، أي أنه لا يتم عن طريق الاتصال الجنسي الطبيعي. حيث جاء في اجتهاد مجلس مجمع الفقه الاسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان الأردن أيام 11-16 أكتوبر 1986 بموجب قراره رقم 16 (04/03) الذي قرر فيه جواز التلقيح الاصطناعي شرعا بطريقتين وحرمة ما عداها بعد الاستماع لشرح الخبراء والأطباء والطريقتين اللتين لا حرج من اللجوء اليهما وفقا لمنطوق قرار مجمع الفقه الاسلامي:

-أن تأخذ نطفة من الزوج وبيضة من زوجته ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

-أن تأخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحا داخليا[3].

في الحقيقة لا نجد في التشريع الجزائري أي قوانين مستقلة تلم شتات هذه المستجدات الطبية أو ترسم حدودها ومعالمها وقوالبها ما عدا مادة واحدة هي نتاج التعديل الأول على قانون الأسرة المذكور سابقا، وهي المادة 45 مكرر التي أقرت للزوجين بحق الاستعانة بتقنية الانجاب الطبي المساعد، وقيدتها بجملة من الشروط هي:

-أن يكون الزواج شرعيا.

-أن يكون التلقيح برضا الزوجين.

-وأثناء حياتهما.

-أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

فيفهم من هذا النص الاعتراف بمشروعية هذه الوسيلة الطبية في مساعدة الزوجين للقضاء على

---

[1] أحمد الشامي، المرجع السابق، ص 393.

[2] نادر بوشاشي، اثبات النسب واثبات الأبوة بالوسائل العلمية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 32.

[3] قرارات وتوصيات مجمع الفقه الاسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، للدورات 1-10 القرارات 1-97، مأخوذة عن نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر، سنة 2006، ص 110.

أثار العقم[1]. الا أنه أغفل على التطرق الى عدة أمور جوهرية، والتي بدورها يمكن معرفة السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التلقيح الاصطناعي ومدى جواز اعمال دوره فيها سواء كان بإثبات نسب الولد أو بنفيه.

فالمشرع لم يبين مدى وجوب توافر حالة الضرورة القصوى والسبب الجدي الذي يستدعي اللجوء الى تقنية التلقيح الاصطناعي كحل أخير يلجأ اليه الزوجان للإنجاب. هذا السبب يخضع في مدى جديته لسلطة قاضي شؤون الأسرة، الذي يكون له في هذه الحالة اللجوء الى الخبرة، باعتبار تقنية التلقيح الاصطناعي ودواعيها مسألة علمية محصنة والتي جاءت في نص المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لإعداد تقرير من طرف الخبراء المختصين يكون للقاضي بموجبه تقدير توافر حالة الضرورة للجوء الى التلقيح الاصطناعي من عدمها لأن هذا يعد خروجا عن المبادئ العامة وغير متفق مع أحكام الشريعة الإسلامية[2].

كما أغفل المشرع من التعرض الى موضوع الأثر المترتب عن مخالفة شروط اجراء التلقيح الاصطناعي، وهي بدورها مسألة جوهرية في توضيح مدى امكانية تدخل القاضي بموجب سلطته التقديرية للفصل في النزاعات القائمة عن التلقيح الاصطناعي. ولا شك أن تأخر احدى الشروط الواجب توافرها عند اللجوء الى التلقيح الاصطناعي يؤدي الى نفي النسب والقول بعدم شرعيته وذلك بمفهوم المخالفة، رغم أن المشرع الجزائري لم يوضح ولم ينص على ذلك، وعلى هذا فلا يثبت النسب لطفل التلقيح الاصطناعي بتخلف شرط من الشروط التي قررتها المادة 45 مكرر ولو لم يرد في صريح نصها[3].

وكما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بـ 1984/11/19 "**ان اثبات الزواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاة الموضوع طالما كان ذلك على النحو الشرعي**"[4]، ومنه يجوز للقاضي الاستعانة بالشهود وسماع الطرفين للتأكد اما من صحة الزواج أو عدمها، فمتى تبين وجود زوجية قائمة ثبت نسب طفل التلقيح الاصطناعي اعمالا لقاعدة الولد للفراش.

---

[1] اقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، المرجع السابق، ص 205.

[2] جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2001، ص 98.

[3] باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 29.

[4] المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 34046، قرار سابق.

أما بالنسبة الى تخلف شرط رضا الزوجين عن عملية التلقيح الاصطناعي يطرح اشكالات أكبر لابد الفصل فيها من خلال تدخل المشرع بنصوص حاسمة، خاصة ان انعدام الرضا أو المساس به يعد اعتداء على الشخص ويأخذ وصفا جزائيا، باعتبار أن الأخير هو كل فعل ما عذا الاتصال الجنسي يمارس على جسم شخص، ومن شأنه أن يشكل اخلالا بالأداب[1].

كذلك هو الحال بالنسبة لعدم احترام شرط اجراء عملية التلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجين، فيقول الدكتور أحمد محمد لطفي في عرضه لرأي الفقه الغالب حول مسألة اجراء عملية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة " فان هذه الحالة تعتبر غير جائزة شرعا وقد دل على عدم جوازها أقوال الفقهاء الواردة في هذا الشأن، كما أن العلاقة الزوجية تنتهي بمجرد وفاته، وتصبح المرأة متوفى عنها زوجها أضف الى ذلك أن هذه الصورة تؤدي الى الاختلاط في الأنساب" [2].

وفيما يخص ثبوت نسب الولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، وباعتبار التلقيح قد قيس في جوازه على الاستدخال الذي هو حقن ماء الرجل في الموضع الصحيح من امرأته، فهو مثبت للنسب[3]، فان الدكتور لطفي أحمد يقول بأن الشافعية قد اثبتوا النسب لولد التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة: فمن النصين السابقين يظهر أن الشافعية وان لم يجيزوا هذه الصورة الا أنهم أثبتوا النسب للطفل، ولعل ذلك يكون رجعيا لسببين:

-أن المني محترم اكتفاء، باعتبار حالة الانزال فقط، لاحترامه شرعا دون حالة الاستدخال.

-أن العلوق وان لم يكن قد تم في الحياة الزوج الا أنه اكتفى بوجود أصل الجنين وهو الماء المحترم عند الموت، وهذا كل ما يتعلق التلقيح بعد الموت[4].

لكن استثناء عن القاعدة في حالة تجاوز الحمل الأقصى مدته، فان اثبات النسب بالتلقيح الاصطناعي يكون أمام تناقض، وكما هو معلوم أن أقصى مدة الحمل هي 10 أشهر، وعليه فالملاحظة أن هذا الطفل نتج عن علاقة غير شرعية وهو لبس بماء الزوج، غير أن عمد اجراء

---

[1] بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة، الجزائر، الطبعة 15، الجزء 1، سنة 2013، ص 111.

[2] أحمد محمد أحمد لطفي، التلقيح الاصطناعي بي أقوال الأطباء وأراء الفقهاء، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2006، ص 105، 106.

[3] محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعجل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع، سنة1434هـ،2013، ص 488.

[4] أحمد محمد أحمد لطفي، المرجع السابق، ص 107.

التلقيح الاصطناعي، ان المني الذي تخصب به البويضة والذي نتج منه الولد هو من مني الزوج دون غيره وهما نجد أنفسنا في ظل صمت المشرع عن مدى اعتبار الاخلال بشرط التلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجين منافيا للنسب[1].

أما عن اخلال شرط التلقيح بماء الزوجين فان الفصل فيه لا يعرف اشكالات، وليس على القاضي الاجتهاد فيه والتقدير للتوصل الى حل النزاع، فاذا تم التلقيح بغير ماء الزوج، كان في ذلك معنى للزنا، ويأخذ المولود في نسبه حكم المولود لعلاقة غير شرعية، فلا ينسب للزوج ولا الى صاحب الماء[2]، فالسؤال المطروح هنا عمد اجراء هذا التلقيح وتم وقوع خطأ من طرف الطبيب في خلط المني وتم تلقيحها للمرأة أو الزوجة، فهل يعتبر هذا الولد ولد زنا؟

ومنه في الأخير يمكن القول بأن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في اثبات ابن التلقيح الاصطناعي المتنازع فيه، يكون بالاستعانة بالطرق العلمية والمتمثلة في البصمة الوراثية، للبحث عن نسب الولد من التلقيح الاصطناعي وذلك حسب المواد 45 مكرر و40 فقرة 2 من قانون الأسرة المذكورة سابقا.

ما تم التوصل اليه في الأخير وباعتبار أن جل التطورات العلمية التي توصل اليها العلماء في وقتنا الحال تتمثل في البصمة الوراثية والاستنساخ الذي لو نظرنا اليه من المنظور الواقعي نجد بأن عملية الاستنساخ هي تعتبر من التطورات العلمية الحديثة والتي تتم باستنساخ التناسلي الغير طبيعي والمقصود منه هو خلط ماء الرجل بماء المرأة خارج الرحم بطريقة خاصة، ثم تغرس البويضة في رحم المرأة لاستكمال الحمل والولادة، ومنه عند ولادة هذا الطفل هل ينسب الى والده، غير أنه بالنظر الى مجموعة القوانين نلاحظ أن المشرع لم يتطرق الى مسألة الاستنساخ البشري ولم يضع فيها نص خاص، كما انه لم يجزها إطلاقا، وهذا ما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06

[1] المحكمة العليا، بتاريخ 1998/12/15، ملف رقم 202430، قرار مذكور سابقا.

[2] فاطمة عيساوي، الانجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة معارف، الجزائر المركز الجامعي العقيد أكلي محمد أولحاج، البويرة، عدد06، جوان 2010، ص 6،7، حسبن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاء طبقا لأخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 1 لسنة 2000، دار الأفاق العربية، القاهرة الطبعة الأولى، سنة 2001، ص 374.

جويلية 1992، المتضمن أخلاقيات الطب، حيث جاء في المادة 06 الفقرة 02 [1] على وجوب ممارسة الطبيب مهامه على أساس احترام حياة وشخصية الإنسان[2]. كما أن المشرع الجزائري أيضا لم يجيز ولم ينص على استئجار الأرحام.

المطلب الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في مسائل نفي النسب

إن أصغر وأدق الأجزاء في بدن الكائن الحي–هي الخلية– التي يحمل بداخله نسخة جينية مطابقة تماما لأصول أباءه وأمهاته، وفي جزء ذاته يحمل طبعة منفردة لهويته تميزه عن سائر المخلوقات التي تدب عبئ وجه الأرض، وان قطرة دم كافية لنفي علاقة قرابة بين شخصين[3]، وعليه سنعالج في هذا المطلب نقطتين أولهما تقدير القاضي لانتفاء النسب بالطرق التقليدية والعلمية. (الفرع الأول) وتقدير القاضي لانتفاء النسب بالطرق التقليدية والعلمية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقدير القاضي لانتفاء النسب بالطرق التقليدية والعلمية.

يعتبر نفي النسب من أهم المسائل التي أقرتها الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة، وبعد أن ظهرت البصمة الوراثية وأصبح بالإمكان معها تحليل الدم فهي لا تكاد تخطأ في التحقيق في نفي نسب الأولاد للآباء لأن الحمض النووي يعد دليل مادام أن احتمال التشابه بين البشر غير وارد وسنركز في دراستنا على دور القاضي في نفي النسب بالطرق التقليدية لننتقل بعده الى الطرق العلمية.

الفقرة الأولى: نفي النسب عن طرق اللعان

إذا كان المشرع الجزائري أجاز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لإثبات النسب في المادة 40 من قانون الأسرة، فانه سكت عن ذلك فيما يتعلق بدعاوى نفي النسب، اذ ترك المادة 41 كما هي تنص على أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

والطريق الشرعي الوحيد الذي أقرته الشريعة الإسلامية في مسألة نفي النسب هو اللعان[4]، فجاء

---

[1] نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 92–276 المؤرخ في 06 جويلية 1992، المتضمن أخلاقيات الطب على ما يلي:" يكون الطبيب وجراح الأسنان في خدمة الفرد والصحة العمومية. يمارسان مهامهما ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري".

[2] جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 126.

[3] ايقورة زبيدة، المرجع السابق، ص 8.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/12/03، ملف رقم 35326، الاجتهاد القضائي، مجلة قضائية، عدد 01، سنة 1990، ص 83.

بتاريخ 1999/06/15 أنه " ... **ومتى تبين من قضية الحال أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام العلاقة الزوجية.... ومن فان العصمة بينهما قائمة والزواج شرعي وثبت نسب التوأمين لأبيهما لأن الطاعن لم ينفه بالطرق المشروعة أي الملاعنة، وعليه فان القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا** "[1]. وجاء أيضا في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2012/03/15 " **المبدأ: الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة: يجوز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لإثبات النسب مقررة لإثباته وليس لنفيه**"[2]، وجاء أيضا في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2012/03/15 أنه "**المبدأ: عدم قيام الزوج بنفي نسب ابنته، المولودة أثناء قيام العلاقة الزوجية، بالطرق الشرعية**"[3]، وفي حالة أخرى جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2012/03/15 والتي تأكد أن نفي النسب يكون باللعان وليس بالطرق العلمية وجاء فيه " **المبدأ: عدم قيام الزوج بنفي نسب ابنته، المولودة أثناء العلاقة الزوجية، بالطرق المشروعة، يحول دون اللجوء الى الطرق العلمية، لإثبات النسب**" وجاء في حيثيات القرار:

حيث أن الطاعن يعيب على القضاة الموضوع عدم اللجوء الى الطرق العلمية طبقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة، لإثبات نسب البنت اليه، بالرغم من تمسكه بذلك الاجراء.

لكن حيث أنه قد ثبت من الحكم المستأنف، ومن القرار المطعون فيه بالنقض، أن البنت المذكورة قد ولدت أثناء قيام العلاقة الزوجية الشرعية التي كانت تربطه بالمطعون ضدها وأن الطاعن لم ينفي الحمل بالطرق المشروعة المتمثلة في اللعان خلال مدة 08 أيام من تاريخ الحكم، وبالتالي ثبوت نسبها اليه، قد أصبح طبقا لأحكام المادة 41 من قانون الأسرة أمرا مفروغا منه، وأن مسألة اللجوء الى الطرق العلمية لإثبات ذلك النسب، لم يعد يجدي نفعا."[4]

وجاء أيضا قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 2015/09/10 على أنه " المبدأ: **إذا ثبت النسب**

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 35326، الاجتهاد القضائي، قرار مذكور سابقا.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بالتاريخ 2012/03/15، رقم 690718، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2013، ص 268.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بالتاريخ 2012/03/15، المرجع السابق، ص 264.

[4] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 2012/03/15، ملف رقم 704222، مجلة المحكمة العليا، العدد01، سنة 2013، ص 262، 264.

بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بحكم قضائي، فانه لا يقبل النفي بالوسائل العلمية"[1].

وعلى هذا الأساس، فان الطريق الشرعي لنفي النسب هو اللعان وهو لغة مأخوذ من اللعن، واصطلاحا هو الشهادات المؤكدة بالإيمان بالكيفية المنصوص عليها شرعا عندما يرمي الزوج على زوجته بالزنا أو بالحمل ليس منه، وليس بحوزته دليل، وتنكر الزوجة ذلك فيتلاعنان ويفرق بينهما على التأبيد[2].

وعليه فان موضوع تقدير القاضي للطرق الشرعية للنفي النسب يقوم باتهام الزوج زوجته بالزنى أو نفي نسب ولدها اليه، في حالة عدم وجود بينة على ادعائه، ورفعت الزوجة الأمر الى القاضي، فان القاضي يسأل الزوج عن القذف، باعتبار أن اللعان يتم بحضور القاضي[3]، فلا تقبل الملاعنة الا بمحضر القاضي أو من يقوم مقامه[4]، فجاء قرار المحكمة العليا يأكد بأن " **المبدأ: اللعان من اختصاص القضاء وحده ولا يجوز للامام أو المفتي أن يفصل فيه.**

ويعتبر لاغيا وبدون أثر أي لعان يجري دون اقامة دعوى نفي النسب ودون أن يحكم به القاضي أو يشرف عليه"[5]. ويستشف من هذا القرار ان أقر الزوج باللعان – أو أنكره وأقامت الزوجة البينة عليه– أجرى القاضي اللعان بينهما، وذلك بأن يطلب القاضي من الزوج أن يقول أمامه، وفي مكان عام أشهد بالله أنى لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي هذه –ويشير اليها ان كانت حاضرة– من الزنا بفلان، وأن هذا الولد من زنى وما هو مني، وان أرد الزوج هنا أن ينفي نسب الولد ما عليه الا أن يكرر هاته العبارة أربع مرات. ثم يقول له القاضي– في الخامسة– قل: لعنة الله علي ان كنت من الكاذبين فيما رميتها به من زنا بفلان، ان كان ذكر الزاني بها، وأن هذا الولد من الزنى وما هو مني.[6]

---

[1]المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 2015/09/10، ملف رقم 0944691، مجلة المحكمة العليا، العدد02، سنة 2015، ص 166.

–أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، سنة 2007، ص45.

[2]نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 118.

[3]حافظ الدين النسفي، البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، ضبطه وخرج أياته وأحاديثه زكرياعميرات، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1415هـ، 1994م، ص 191.

[4]ابن قدامى، المغني، المرجع السابق، ص 174.

[5]محكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 2019/03/06، ملف رقم 1277359، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2019، ص76؛ أنظر كذلك: القرار السابع للمجمع الفقهي، بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، قرارات المجلي الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات من الأولى الى السابعة عشرة، القرارات من الأولى إلى الثاني بعد المائة، 1398هـ، 1424هـ، 1977م، 2004م، ص 344.

[6]حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الاثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الازاريطة، الاسكندرية، سنة 2009، ص 784.

فاذا انتهى الزوج من ذلك، فقد أكمل لعانه وسقط حد القذف عنه، ووجب حد الزنى على زوجته الا أن تلاعن، فتقول – بعد أن يطلب القاضي منها ذلك– أشهد بالله أن زوجي هذا لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى بفلان، وأن هذا الولد منه وما هو من زنا، تقول ذلك أربع مرات، ثم يقول القاضي في الخامسة قولي: وعلي غضب الله ان كان زوجي هذا من الصادقين فيما رماني به من الزنى بفلان. فاذا أكملت هذه الجملة سقط حد الزنا عنها وانتفى الولد عن الزواج ووقعت الفرقة بينهما وحرمت عليه على الأبد[1]. وجاء في هذا الصدد قرار المحكمة العليا" **بأن اقرار الزوجة بنفي الحمل لم يقع أمام القاضي ومن ثن فان قضاة الموضوع بقضائهم بالحاق نسب الولد لأبيه طبقوا القانون تطبيقا صحيحا**" [2] وعليه يستنتج من هذا القرار أن اللعان لا يتم صحيحا الا بحضور القاضي.

كما يرى الدكتور محمود عبد الدايم هو أن الزوج إذا أبى عن الشهادات، حبسه القاضي حتى يلاعن أو يكذب نفسه، فيثبت عليه الحد، وان أبت الزوجة، حبسها القاضي حتى تلاعن أو تصدق الزوج في اتهامه، فان صدقته سقط اللعان عنها، وليس عليها حد، لأن حد الزنا في حالة الإقرار لا يثبت إلا إذا اعترفت اعترافا صريحا أربع مرات، ولكنها قد اعترفت مرة واحدة. عند الحنفية. والأئمة الثلاثة قالوا: ان الله أوجب أولا الحد على كل قاذف سواء كان زوجا أو غيره، ثم بين أن القاذف إذا كان زوجا له أن يدفع عنه الحد بالعان، فإذا امتنع عنه ثبت الموجب الأصلي وهو الحد، ولأنه ﷺ قال لهلال بن أمية– لما قذف زوجته بالزنا–: "البينة أو الحد في ظهرك"، وعندما أراد أن يلاعن قال له:" عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة". وفي الأخير ذهب الدكتور محمود عبدالدايم إلى الرأي الراجح، وهو رأي الأئمة الثلاثة؛ ومنه ومن خلال ما سبق فإننا نؤيد الرأي الراجح والذي يتماشى مع الواقع ألمعاشي ومع أحكام الشريعة الإسلامية بإعمال الحد كعقوبة على كل قاذف[3].

كما ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية ومن بعدهم فقهاء الأحوال الشخصية شروطا لا بد تحققها في المتلاعنين، حتى يكون اللعان مقبولا، فاشترطوا أن يكون كل واحد من الزوجين ممن تقبل شهادته،

---

[1] حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الاثبات، المرجع السابق، ص 785.

[2] المحكمة العليا، فرار بتاريخ 1984/12/17، ملف رقم 172379، مجلة قضائية، العدد 01، سنة 1990، مأخوذة عن: نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها، وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، سنة 2006، ص 108، 109.

[3] حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الاثبات، المرجع السابق، ص 785.

لأن اللعان شهادة[1]، وأن يكون القاذف ممن يحد على قذفه، فلا يقبل لعان الصبي[2]، كما اشترطوا أن يكون القذف موجبا للحد بأن تكون محصنة، وأهم شروطها العجيل بنفي النسب، فيكون النفي اما عند علم الزوج بالحمل، أو الولادة، وذهب الشافعية الى جواز تأخير اللعان عند العلم بالحمل الى وضعه حتى يكون الملاعن على يقين الا ان كان ذلك لاحتمال موت الحمل قبل ولادته، فان حقه في النفي يسقط[3]، وخالف المالكية، فقالوا بوجوب اللعان فورا عند العلم بالحمل، فان سكت عنه، عد ذلك إقرار ضمنيا بنسبه، فيلحقه الولد[4]، كذلك يعتبر الوطء بعد ذلك بعد رؤية الحمل اعترافا به، ولا يجوز بعده نفي الحمل باللعان[5].

وقد قررت المحكمة العليا أن اللعان يكون له فترة قصيرة بعد العلم بالحمل أو الرضع، وليس بعد مرور عدة أشهر[6]، وقدرت في عديد من قراراتها مدته بثمانية (08) أيام؛ جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2012/03/15 المذكور سابقا[7]، كما جاء في قرار أخر للمحكمة العليا أن مدة رفع دعوى اللعان أسبوعا من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل، "**المبدأ: مدة اللعان حسبما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل**"[8].

وفي الأخير يمكن القول بأن نفي النسب لا يكون إلا عن طريق الوسائل الشرعية والتي تعرف

---

[1]موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الجما على الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، تحقيق، عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحاو، دار عالم الكتب، الرياض، الجزء 11، ص 123.

[2]مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الامام سحنون بن سعيد التنزخي عند الامام عبد الرحمان بن قاسم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1415هـ – 1994م، الجزء 02، ص 355.

[3]إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي أبو إسحاق، المذهب في فقه الامام الشافعي، كتاب النكاح، ص189،188، يوم 2019/05/20، على الساعة 14.
https://archive.org/details/FP7612/page/n283/mode/2up

[4]مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الامام سحنون بن سعيد التنوخي عند الامام عبد الرحمان بن قسم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، الجزء 02، سنة 1994، ص 356.

[5]بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، المرجع السابق، 378.

[6]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 121023، الاجتهاد القضائي، مجلة قضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص70.

[7]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بالتاريخ 2012/03/15، رقم 690718، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2013، ص 268.

[8]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/12/25، فصلا في الطعن رقم 296020/ المجلة القضائية، العدد 01، سنة 2004، ص 289.

باللعان، هنا سلطة القاضي التقديرية شبه منعدمة حيث ينحصر دور القاضي في التثبيت من تحقق شروط اللعان في الزوجين، والتي تتم وفق شروط محدد ومن أهم شروطها تقيد الزوج بالمدة التي أقرتها جل الأحكام القضائية والتي قدرت ب 08 أيام من يوم العلم بالحمل أو بيوم ولادة الطفل، من خلال هذه المدة يتلاعن الزوجان بحضور القاضي أو من يقوم مقامه، واستحب أن تكون الملاعنة بالمسجد باعتباره أشرف مواضع البلد[1]، وذلك بعد رفع دعوى لنفي النسب كما فصلنا فيه سابقا، فاللعان يكون عندما ينعدم الشهود، وليس ثمة شاهد الا الزوج فقط.

أما إذا كان مع الزوج بينة تثبت ما بدعيه، كالبصمة الوراثية تشهد لقوله تقوم بالشهادة، كما أن نتائجها يقينه قطعية بنسبة 99.99% وهذا ما سنبينه في الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: مدى جواز اللجوء الى البصمة الوراثية في مجال نفي النسب.

بالرجوع الى نص المادة 40 الفقرة الثانية من قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على جواز الاستعانة بالطرق العلمية في مجال النسب عند الاثبات، حيث اعتبر أن من سلطة القاضي التقديرية تقرير اللجوء الى الخبرة العلمية للفصل في النزاع المعروض عليه والمتعلق بإثبات النسب. غير أن المتمعن في هذه الفقرة بقول بأن الأمر محسوم في أنه لا يجوز اللجوء الى الطرق العلمية مجال النسب الا لإثباته، وقد أكد على هذا قرارات المحكمة العليا الى قاعدة احياء الولد والتشدد في نفي النسب، لكن بالرجوع الى صياغة النص باللغة الفرنسية نجد تضاد واختلاف كبير في الترجمة فقد جاء:

« Le juge peut recourir aux moyens de preuves scientifiques en matière de filiation ».

فتكون الترجمة الحرفية لهذا النص على النحو التالي:" يجوز للقاضي اللجوء الى طرق الاثبات العلمية في مادة النسب". ومادة النسب يقصد بها حالة الثبوت ونفي النسب.

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 172379، الاجتهاد القضائي، مجلة قضائية، عدد خاص، سنة 2011، ص 70، جاء فيها "من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل هي سنة.
ومن المقرر أيضا أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.
ومن المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي نسب عن طريق اللعان في اجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل.
ومن الثابت– في قضية الحال– أن الولد ولد في كدة حمل أكثر من ستة أشهر وأن قضاة الموضوع أخطئوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة ووزن الولد واللعان لم تتوفر شروطه والذي لا يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق فانهم بقضائهم بفسخ عقد الزواج وإلحاق النسب ...".

ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري أخذ بالاتجاه الأول لسببين:

-أن المحكمة العليا ذهبت الى تفسير المقصود بعبارة الطرق الشرعية المعتمدة لنفي النسب تفسيرا ضيقا بأن حصرتها في اللعان وحده.

-أن المشرع يتسامح ويتساهل كلما تعلق الأمر بإثبات النسب، على عكس ذلك، فانه يتشدد ويقيد القاضي كليا، كلما تعلق بمجال نفيه، لأن إثبات النسب، كما سلف القول، إحياء للولد ونفيه قتل له[1].

وعليه فان قضاء الجزائر سار في هذا الاتجاه، ولعل أبرز قضية تتعلق بهذا الشأن ما يتعلق بقضية الطفلة "صفية"، والتي تناولتها مختلف وسائل الإعلام[2] وموضوعها طلب نفي النسب بالبصمة الوراثية عن الأب الفرنسي الثابت نسب الطفلة إليه والتي رفعت أمام القضاء الجزائري.

إن المشرع الجزائري وظف البصمة الوراثية بمثابة حل وسط بين إجراء اللعان لنفس النسب والقيام بتحاليل البصمة الوراثية[3]، والأخذ بهذا الرأي جعل البصمة الوراثية لا تغلب على اللعان لكنها توظف لخدمته مما يجوز للقاضي أن يلجأ إلى البصمة الوراثية في مجال نفي النسب دون أن يكون ذلك إسقاطا للعان أو إبطال العمل به. وعند البحث وجدنا أن هذا المجال فيه صورتين بحيث قد يستعين بالبصمة الوراثية في تقليل حالات اللعان، أي أنها قرينة لمنعه أو لإذهاب ما في نفس الزوج من شك بتصديق ادعائه، وأن فيه احتياطا للأعراض وحفظها[4]، فإذا عزم الزوج على ملاعنة زوجته لنفي نسب الولد عنه لوجود شك كبير فيه، فانه يمكنه الالتجاء إلى تحاليل البصمة الوراثية لرد هذا الشك[5]، غير أنه في حالة إصرار الزوج على اللعان بعد إثبات نتائج التحليل فهذا يعد حق شرعي

---

[1] المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1997/10/28/ ملف رقم 172333، قرار مذكور سابقا.

[2] للتطلع أكثر على معطيات وملف الذي حاز مختلف الأحكام الصادرة بشأنه أنظر: باديس ديابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب عبى ضوء قانون الأسرة الجزائري، اقرار البينة، تلقيح الاصطناعي، البصمة الوراثية ADN، نظام تحليل الدم ABO، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى عيم مليلة، الجزائر، سنة 2010، المرجع السابق، ص 125.

[3] مصطفى مناصريه، البصمة الوراثية وأثرها في اثبات ونفي النسب، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية، قسنطينة، سنة 2007-2008، ص 112.

[4] عبلة الكحلاوى، محمد الشناوى، البصمة الوراثية وحجيتها في الاثبات الجنائي، جرائم الزنا والاغتصاب- السرقة والقتل واثبات النسب ونفيه، القاهرة، سنة 2010، ص 246.

[5] بديعة علي أحمد، البصمة الوراثية وأثرها في اثبات النسب أو نفيه، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2011، ص 120. أنظر كذلك: أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في اثبات ونفي النسب، المرجع السابق، ص 316.

مقرر للزوج لا يمكن منعه بناء على ما نتج عن البصمة الوراثية[1]، وهنا يثار إشكال حول منزلة الولد الملاعن من الزوج في هذه الحالة[2].

ذهب لعض الفقهاء إلى أن إصرار الزوج على اللعان بعد إثبات نتائج التحليل صحة النسب، يؤدي إلى نفيه، ولا أهمية تولى لنتائج البصمة الوراثية في هذه الحالة، اعتمادا على أولوية الدليل الشرعي على الدليل العلمي[3].

أما الصورة الثانية تتمثل في استعانته بالبصمة لتأكيد النفي، والمقصود منها أن نتائج البصمة الوراثية تأكد من شك الزوج وتوجهه لنفي النسب عن طريق اللعان، إلا أن الإشكال يثار في حالة ما إذا قام الزوج بالملاعنة ثم نتج عن تحليل نتائج البصمة الوراثية صحة النسب فما مصير النسب؟

من خلال بحثنا في اجتهادات القضاء الجزائري وخاصة في هذه النقطة لم نجد حالة مشابهة أو مماثلة في هذا المجال. إلا أنه وحسب رأي الشخصي يمكن القول بأن الملاعنة تسقط وذلك راجع إلى نص المادة 40 من القانون الجزائري باعتبار أن العلاقة الزوجية قائمة وأن مجرد الشك لا يحرم نفيه باللعان من جهة ومن جهة أخرى ان نتائج البصمة الوراثية تثبت صحة النسب وبالرجوع إلى نص المادة 40 الفقرة 02 والتي جاء فيها يجوز للقاضي اثبات النسب بالطرق العلمية؛ وكما أوضحته كذلك نص المادة 2/40 أن البصمة الوراثية تقوم الا لغاية واحدة وهي إثبات النسب لا العكس، وذلك من أجل الحفاظ على الأبناء وعدم التلاعب بمصيرهم لمجرد وجد شك؛ وعليه يمكن على بقاء نسب الطفل وسقوط الملاعنة مع تأييد الحكم القضائي بفسخ عقد الزواج.

الفرع الثاني: تقدير القاضي للتعويض عن أضرار استخدام التطبيقات العلمية

أمام التقدم الذي نشهده في الوقت الحالي، يصطدم القاضي في بعض الأحيان، بأن اختبارات البصمة الوراثية فيها مساس كبير على الأفراد، وخاصة في حالة وجود خطأ طبي سواء كان عند اجراء تحليل الدم ADN من أجل اثبات نسب الطفل الا أنه ومع سهو الطبيب وتقصيرا منه أدت الى

---

[1] أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2006.، ص 156

[2] مصطفى مناصرية، البصمة الوراثية وأثرها في اثبات ونفي النسب، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 122.

[3] مصطفى مناصرية، البصمة الوراثية وأثرها في اثبات ونفي النسب، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون.، المرجع السابق، ص123.

وجود أخطاء، من خلال اعطاء النتيجة الخاطئة (المغلوطة) وذلك راجع الى اختلاط أنابيب الدم الموجودة ضمن المخابر أو في حالة حدوث أخطاء في تسليم المواليد الجدد لأهاليهم بمستشفيات الولادة لسبب من الأسباب وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب أو في حالة اجراء الطبيب التلقيح الاصطناعي والذي اتفق عليه كل من الزوجين والطبيب من أجل تحقيق مقصد الزواج والقضاء على أثر العقم، وفق شروط متفق عليها بين كلى الطرفين، غير أنه أثناء إجراء عملية التلقيح الاصطناعي والتي تتم بإدخال مني الزوج الى رحم الزوجة كما فصلنا سابقا، إلا أنه وأثناء سريان العملية يقوم الطبيب بإدخال مني غير مني الزوج الى رحم الزوجة، فينتج عنه بطبيعة الحال ابن غير ابن الزوج، أي ابن صاحب المني، فهذا الخطأ الطبي أدى بدوره إلى اختلاط الأنساب.

يمكن القول إنه رغم اعتبار التشريع بمثابة الحصن المنيع الأول لحماية الإنسان ضد شطط العلماء وانحرافهم عن هذا الهدف الأصلي وهو حماية الإنسان، بحيث يوفر الإجراءات الوقائية الواجب توفيرها لضمان السلامة العامة للإنسان، وذلك بما ينص على الجزاءات – سواء مدنية أو جنائية– في حالة مخالفة هذه الإجراءات، ولكن للأسف الشديد لا يوجد في مجال استخدام التطبيقات العلمية، ولذلك سنحاول في هذا الصدد تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية على موضوع المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن التطبيقات العلمية.

ان الهدف الأساسي للمسؤولية المدنية هو تعويض المضرور عما لحقه من ضرر من فعل الغير، فإذا ما ثبتت مسؤولية مرتكب الفعل الضار، فاته يتعين على القاضي إلزام المسئول بتعويض المضرور عن الضرر الذي أصابه وهذا ما جاء في نص المادة 124 من قانون المدني، ومن ثم نقول بأنه إذا ما ثبتت مسؤولية الطبيب عما لحق المريض من ضرر فانه يتعين على القاضي أن يلزم الأول بتعويض الثاني.

وبالرجوع إلى قانون أخلاقيات الطب أو القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة التعويض، بينما تناول مسألة الجزاء والعقوبة المترتبة عن الأخطاء، وبالتالي وأمام هذا الغموض والعمومية وبالرجوع إلى الأحكام العامة في القانون المدني، يتدخل القاضي هنا في تقدير التعويض وفق الصورة العادية (الفقرة الأولى) وما أن يعتري تقدير التعويض ملابسات وأوصاف تخرجه عن الصورة العادية، بحيث يكون تقديره باتفاق أطراف العقد (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الأضرار

لقيام هذا التعويض لابد من وجود ضرر يلحق المريض وأن هذا الضرر يكون ناتج عن خطأ من

طرف الطبيب المعالج، وعليه فمن السهل على القاضي أن يتبين بنفسه خطأ الطبيب فيما يتعلق بالأعمال العادية، أما الأعمال التي تكون تتضمن خبرة الطبيب هنا يجد القاضي إعسار بالنسبة للأعمال الطبية التي تنتمي إلى الفن الطبي، لذلك فان القاضي يستعين في هذا الصدد بأهل الخبرة[1].

وبالنسبة لسلطة القاضي في تقدير الضرر الطبي، فانه يخضع إلى شرطين وهذا ما جاءت به المادة 182 الفقرة الأولى[2] والمادة 182[3] مكرر من القانون المدني والتي ألزمت القاضي على التعويض فقط على الضرر المباشر سواء كان ماديا أو معنويا.

وفي الحقيقة ان المشرع الجزائري لم بترك للقاضي حرية في تقدير التعويض حسب ميوله وأهوائه الشخصية، بل حدد له معايير يسير عليها بحيث تكون خاضعة لرقابة المحكمة العليا وكما هو معلوم فان القاضي عند تقديره للتعويض فانه يخضع لعنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت به والكسب الذي فاته[4]، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2008/01/23[5]، كما يمكن للقاضي المطروح أمامه النزاع عند تقديره للتعويض أن يرجع إلى سبيل الخبرة الطبية، لأن الخلاف الناشئ بين المدين بالتعويض والضحية يتعلق بتقدير نسبة العجز[6].إن القضاء سار في تعويض المصاب عن كافة النفقات التي يدفعها في سبيل مصلحة المضرور، كنفقات إقامته في المركز العلاجي أو المستشفى، و يشمل أيضا الضرر المالي الذي فات المضرور[7]، فالجدير بالذكر أن القاضي عند

---

[1]قرار المحكمة العليا، غرفة الجنائية، بتاريخ 2003/06/24، ملف رقم 297062، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 2003، ص، حيث جاء في مضمونها أنه لا يمكن القول إن الطبيب بذل عنايته المطلوبة منه دون الرجوع الى الخبرة محررة من طرف خبير مختص في نفس المجال أو استشارة مجلس الأخلاقيات الطبية، ص 338.

[2]تنص المادة 1/182" اذا لم يكن التعويض مقدارا، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعة لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

[3] تنص نفس المادة في فقرتها 02:" غير أنه اذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذي كلن يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.'

[4]عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 971.

[5]المحكمة العليا، غرفة المدنية، بتاريخ 2008/01/23، ملف رقم 399828، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 2008، 175.

[6]علي فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثالثة، دار موفر للنشر، الجزائر، سنة 2012، ص 379.

[7]عدنان ابراهيم سرحان، المسؤولية الطبية المهنية في القانون الفرنسي، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية لمهنيين، المسؤولية الطبية، الجزء الأول، طلعة 20، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2004، ص 171.

تقديره للتعويض لابد وأن يكون الضرر مباشر مثل المسؤولية التقصيرية وسواء كان متوقعا أو غير متوقع، أما في حالة المسؤولية العقدية أي بوجود عقد طبي (التلقيح الاصطناعي) لابد وأن يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر المتوقع وقت التعاقد وهذا ما جاءت به المادة 182 الفقرة 02 من القانون المدني على أنه "في حالة ما إذا كان مصدر الالتزام هو العقد، فانه لا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت العقد"، والمقصود منه أن الالتزام العقدي إنما تحدده إرادة الطرفين باستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم فيسأل فيهما الطبيب عن الضرر المتوقع وغير المتوقع [1].

لابد من الإشارة كذلك إلى أن القاضي عند تقديره للتعويض، فان هذا الخير يراعي عوامل أخرى تتعلق بشخصية المضرور، أي بذاته وهي التي تعرف بالظروف الملابسة للمضرور، ويقصد بها الظروف الشخصية والصحية والعائلية والمالية، فجاء في نص المادة 131 من القانون المدني حيث نصت" **يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملابسة..**"

إن تقدير القاضي للتعويض في هذه الحالة يكون على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي، لأن التعويض يهدف إلى جبر الضرر الذي أصاب المضرور بالذات دون غيره، فيدخل في الظروف الشخصية حالة المضرور الجسمية والصحية، فمن كان عصبيا فان الانزعاج الذي يتولاه من خطأ طبي يكون ضرره أشد بكثير مما يصيب سليم الأعصاب. ويدخل أيضا تقدير القاضي للتعويض في اعتبار حالة المضرور المالية، وليس إذا كان المضرور غنيا أو فقيرا، فالضرر واحد، وإنما ما يدخل ضمن الاعتبار هو اختلاف الكسب الذي يفوت المضرور من جراء الإصابة التي لحقته، فمن كان كسبه قليل كان الضرر الذي يحيق به أشد[2].

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2016/02/22 جاء فيه " **يعد خطأ شخصيا، الخطأ الطبي المرتكب من طرف الطبيب والمؤدي الى أضرا"، حيث تم تأييد الحكم المستأنف مبدئيا وتعديلا له رفع مبلغ التعويض المحكوم به لصالح الطرف المدني الى 500.000 ولكل واحد من الأبناء الثلاث الى 200.000** "[3].

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 971.

[2] المرجع نفسه، ص 972.

[3] المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، بتاريخ 2016/09/22، ملف رقم 0749354، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 2016، ص 443.

وفي الأخير ما علينا إلا أن نوضح نقطة والتي جاءت منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بمادتها 40 الفقرة 05 والتي جاء في مضمونها أن طالب التعويض أو المضرور يلجأ أمام الجهة القضائية رافعا دعواه ضد المكان الذي قدم فيه العلاج، ويكون ذلك طول مدة خمسة عشر سنة (15) طبقا للمادة 308 من القانون المدني الجزائري.

الفقرة الثانية: سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي

وكما سبق وأوضحنا سابقا أن سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الأضرار الناجمة عن الخطأ الطبي والناتج عن سهو من الطبيب اتجاه مرضاه، سواء كان ذلك في نطاق المسؤولية التقصيرية أو في نطاق المسؤولية العقدية، بالإضافة إلى ذلك فقد أعطى المشرع الجزائري للدائن والمدين أن يتفقا مقدما على مقدار التعويض عن الضرر الناجم عن الخطأ وهو ما يسمى بالشرط الجزائي[1]، وبما أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على منع كل من الطبيب والمريض بالاتفاق على مبلغ التعويض أو تحديد المسؤولية أو الاعفاء منها[2].

وعلى هذا الأساس يمكن الأخذ باتفاق الأطراف على وضع شرط جزائي في العقد يبين مقدار التعويض المقدم كجبر عن الضرر الواقع للمضرور جراء الخطأ الطبي، ومنه يمكن لكلى الطرفين تبيان مقدار التعويض عن طريق اتفاق يقع بينهما ويتم في العقد، وبهذا الاتفاق على تقدير التعويض

---

[1] المشرع الجزائري لم يعرف الشرط الجزائي بل ترك تعرفه الى الفقهاء، فقد حظى هذا الأخير بعدة تعاريف فقهية كثيرة، عرفته وهبة الزحلي بأنه " اتفاق المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه اذا لم ينفذ الطرف الأخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه"، أما السنهوري أعطى له وصفا للطريقة العلمية التي يتم بها الشرط الجزائي " يحدث كثيرا أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض الى القاضي كما هو الأصل، بل يعندان الى الاتفاق على تقدير هذا التعويض، فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن اذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض عن التأخير، هذا الاتفاق مقدما على التعويض يسمى الشرط الجزائي" نظر: دواوي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة، مذكرو ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الاسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر1، سنة 2010/ 2011، ص 24.، أنظر: عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سمة 2003، 2004، ص 50.

[2] المادة 182 من القانون المدني الجزائري تبين أنه يجوز للطرفين بالاتفاق على مبلغ التعويض سواء كان أو لم يكن بعقد، وفي حالة عدم وجود الاتفاق فان السلطة التقديرية ترجع للقاضي في تقديره.

ليس بميسور في المسؤولية التقصيرية اذ كان الطرفان لا يعرفان بعضهما إلا عند وقوع الضرر[1]، نص المادة 183 من القانون المدني تنص بأنه" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 الى 181"، والمقصود من نص المادة أنه لا يمنع من التصور انه في بعض الأحيان يمكن أن يقوم الطرفين بوضع الاتفاق عن التعويض مستقبلا[2]، في حالة وقوع العمل الغير مشروع. ويكون هذا الاتفاق كما سبق الذكر بعقد يضع فيه كلى المتعاقدين كيفية التعويض ومقداره، غير أنه يتبادر في أذهاننا أنه في حالة عدم وجود عقد بعد وقوع الضرر من اتفاق على إنقاص مبلغ التعويض أو الزيادة فيه. ومما سبق يمكن طرح التساؤل التالي: ما مكانة سلطة القاضي في حالة وجود هذا الاتفاق؟ وهل على القاضي في جميع الأحوال أن يخضع لإرادة أطراف العقد أم له حدود يتدخل فيها في تقدير التعويض عن الضرر الذي وقع للمريض؟ ان المشرع الجزائري أجاب في هذه الحالة وذلك بإعطاء القاضي سلطة تعديل التعويض ولكم بتوفر جملة من الشروط ويكون إما بتخفيض أو بالإعفاء أو بزيادة مبلغ التعويض.

وكما هو معلوم وحسب ما جاء في نص المادة 184من الفقرة 02 " يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض اذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه" وما يمكن استخلاصه من نص المادة أنه يجوز للطرفين الاتفاق على مقدار التعويض، الا أنه وبعد حدوث الضرر طلب أحد أطراف العقد من القاضي التدخل في تعديل الاتفاق، فان هذا الأخير لا يقضي بتلقاء نفسه بتعديل تقدير التعويض إلا في حالة وجد الشروط المحددة والمذكورة في نص المادة 184 الفقرة 2، والمادة 177 من نفس القانون[3]. وبالرجوع إلى نص المادة 184 الفقرة الأولى نجد أن المشرع الجزائري قد بين أن التعويض لا يكون إلا إذا أثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، كما أضاف كذلك في الفقرة 03 من نفس المادة أنه يجوز للقاضي إبطال كل اتفاق يقضي بعدم تخفيض التعويض أو

---

[1] عبدر الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عان، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت– لبنان، سنة 2000، المرجع السابق، ص974 الى 978.

[2] 183 من قانون المدني المعدل والمتمم.

[3] جاء في نص المواد 184 الفقرة 2 والمادة 177 من نقس القانون جملة من الشروط المحددة والتي تقيد سلطة القاضي في إعادة النظر وذلك بتخفيض قيمة التعويض المتفق عليها من قبل الطرفين، تتمثل هذه الشروط «الا إذا كان تقدير التعويض مقرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه"، المادة 177 " أو إذا كان الدائن قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه "

الإعفاء منه إذا خالف أحكام الفقرتين السابقتين[1].

وتماثلا للدور الذي يلعبه القاضي من خلال إعمال سلطته التقديرية في تخفيض أو إعفاء من مبلغ التعويض الذي طالب به أحد المتعاقدين، يجوز له كذلك في زيادة مبلغ التعويض وذلك بطلب من الدائن، طبقا لنص المادة 185 من القانون المدني " **إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أم يطالب لأكثر من هذه القيمة إلا إذا أقبت أن المدين قد أرتكب غشا، أو خطأ جسيما**" وما يظهر من هذه المادة أن المشرع لم يربط مقدار التعويض بجسامة الضرر، فإذا اتفقا على قيمة تعويض يقل عن الضرر فلا يمكن المطالبة بأكثر من ذلك، استثناء على هذه القاعدة أنه إذا أثبت المتضرر أن الطبيب قد ارتكب خطأ جسيما جاز للدائن هنا أن يطالب بأكثر من قيمة التعويض المتفق عليها.

وما يمكن استخلاصه في الأخير أنه يمكن للمضرور أن يضع اتفاق مع الطبيب جراء الضرر الذي لحق به من خلاله مقدار التعويض والذي قد يزيد عن الضرر، هنا اجز المشرع بتدخل القاضي وذلك بإعمال سلطته التقديرية في تفيض المبلغ وفقا للشروط المنصوص عليها سابقا. كما يجوز للقاضي أيضا في زيادة مبلغ التعويض المتفق عليه في حالة وحيدة إذا أثبت خطأ جسيم صدر من المدين.

[1] نصت المادة 184 من القانون المدني والتي جاءت في ثلاث فقرات حددت من خلالهم شروط التعديل الشرط الجزائي سواء كان بتخفيض أو الإعفاء كما أنها أوضح المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة بإعطاء سلطة للقاضي بإبطال كل اتفاق كان يتنافى مع أحكام الفقرتين ألا وهما " أن يكون التعويض المحدد مستحقا ووجود ضرر، ويجوز تخفيض التعويض في حالة ما إذا كان التقدير مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد مفذ في جزء منه وذلك بإثبات من طرف المدين.

المبحث الثاني: الدور الرقابي للقضاء في حل النزاعات المتعلقة بالحضانة

ان الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة يختلف تماما عن باقي القضاة، باعتبار أن النزاعات التي تعرض عليه فيها مساس بالمجتمع عامة والأسرة خاصة، ولحساسية هذا الدور خول المشرع الجزائري لقاضي دورا ايجابيا في حل النزاعات القائمة بين الزوجين، وكذا المحافظة على حقوق الأطفال من الضياع باعتبار أنهم النخبة الأساسية في المجتمع والتي وجب الشرع والقانون أن يحيطها بأهمية بالغة ثم عناية أبلغ، ومنه فالحضانة هي أثر من أثار الطلاق والتي فيها حساسية على المحضون.

قد نظم المشرع الجزائري مسألة الحضانة في قانون الأسرة من المواد 62 الى المادة 72 ومن خلال استقراءنا لهاته النصوص نجد أن رعاية المحضون وحمايته وحفظه تقع تحت عاتق قاضي شؤون الأسرة وعلى هذا الأساس ما هو الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في حماية وحفظ مصلحة المحضون؟

المطلب الأول: الرقابة القضائية على إسناد الحضانة وإسقاطها.

لما كانت الحضانة[1] أحد أهم حقوق الولد، والتي يجب على الشرع والقانون إعطائها أهمية بالغة ثم عناية أبلغ، وليس ذلك إلا لأن صلاح أفراد المجتمع يبدأ من التنشئة التي يتلقونها في سن مبكرة.

وتظهر عناية المشرع الجزائري بالحضانة من خلال تركيزه على عنصر وحيد في جل مواد قانون الأسرة المتعلقة بها، وهو مصلحة المحضون، حيث تعد أول وأخر ما يجب أن ينظر إليه القاضي في أحكامه المتعلقة بمنازعات الحضانة. إذ وجب على القضاة أن يراعوا دائما مصلحة الطفل فقط وهي

[1] تعريف الحضانة لفتح الحاء وكسرها في اللغة: ضم الشيء الى المحضون وهو الجنب، وفي اصطلاح الفقهاء: التزام الطفل لترباه والقيام بحفظه واصلاحه في سن معينة ممن له الحق في الحضانة. أنظر: محمد عزمي البكري، الحضانة ومسكن الحاضنة، الطبعة الأولى، دار محمود، سنة 2015، ص 07. كما عرفت عند المالكية، بصيانة العجز والقيام بالمصلحة، وهي عند غيرهم، القيام بتربية الصغير ورعاية شؤونه في نومه ويقظته، أو هي الكفالة والتربية والقيام بأمور الولد، أنظر: عبد الحيد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مكتبة الزهر للنشر والتوزيع، سنة 2009، 1430هـ، ص 287.، والحضانة هي عبارة عن قيام بحفظ من لا يميز، ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يؤذيه، الا أنها للإناث أليق، لأنهن أسفق وأحن وأقدر على التربية، وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال من الرجال أنظر: ايهاب أحمد سليمان أبو الهجاء، الحيل وأثرها في الأحوال الشخصية، دراسة نظرية تطبيقية، دار النفائس للنشر والتوزيع، ص 249.

تربية جسمه وعقله وروحه دون الالتفات إلى اعتبار أخر[1]، وعليه كيف لقاضي شؤون الأسرة تقدير مصلحة المحضون من خلال اسناد الحضانة؟ وماهي الأسباب المسقطة لها؟

الفرع الأول: دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون

إن مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار، وأن للقاضي كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون وهذا ما جاءت به نص المادة 64 من قانون الأسرة عندما رتبت لنا الأشخاص الأولى للحضانة إلا أنها في الأخير جاءت بعبارة " ...مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك" فقد جاء الاجتهاد القضائي بقرار من المحكمة العليا لتوضيح أو بالأحرى لإعطاء دليل لعبارة "مصلحة المحضون" بتاريخ 2009/05/13 "المبدأ: تراعي مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة"[2]،أي ان الترتيب الوارد في النص هو توجيهي فقط ويستأنس به القاضي وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار أخر لها بأنه " تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 46 من قانون الأسرة، يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[3].

كذلك جاءت في حيثيات قرار المحكمة العليا أنه " طبقا لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة فان الأم أولى بحضانة ابنتها، خاصة أن البنت المذكورة لا نزال طفلة صغيرة، وفي حاجة الى خدمة النساء التي يعجز الطاعن (الأب) عن تقديمها لها في مثل هذا السن، ومن ثم فان مصلحتها تقتضي اسناد حضانتها اليها، وبالتالي فانه يتعين عدم الاعتداد بالتصريح المذكور لصدوره عن طفلة لا ارادة لها"، وهما نرى أن القاضي رأى أن مصلحة المحضونة تكون بإسناد الحضانة لأمها، لأن الطفلة الصغيرة هي فاقدة للإدراك ولا ارادة لها"[4].

كما يجب على القاضي عند تقدير مصلحة المحضون لابد عليه أولا من تكوين قناعته تكوينا

---

[1]أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، دار الامام مالك للكتب، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2010، ص 428.

[2]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 497457، تاريخ 2009/05/13، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 2009، ص 297.

[3]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 613469، بتاريخ 2011/03/10، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 2012، ص 285.

[4]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 728882، بتاريخ 2013/02/14، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 2014، ص 304.

سليما لإسناد هذه الحضانة، وان تطلبت هده القناعة عدة وسائل من أجل الوصول الى الحكم الا أن هذه الوسائل مثل انتقال القاضي الى المعاينة فهنا القاضي يقوم بالاستماع الى أطراف النزاع وتحديد أيهم أصلح لمصلحة المحضون، كما له الاعتماد على الوثائق المقدمة من الأطراف وذلك بالاستناد على نص المادة 459 من قانون الاجراءات المدنية[1]، وهذا لجمع أكبر قدر من المعلومات التي تساعده للوصول الى القرار الصائب.

والطريق الثاني الذي يسلكه القاضي هو الاستعانة بالخبراء الأخصائيين، فكما هو معلوم أن اجتهاد القاضي لا يجب أن يكون استنادا الى أرائه الخاصة، وانما الى عناصر موضوعية ومادية ملموسة لها علاقة بحياة المحضون، وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته لابد له من اتخاد هذا الطريق وذلك لسد كل الثغرات التي لم ينص عليها القانون، فجاء في قرار المحكمة العليا "المبدأ: يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية"[2]، والمقصود من هذا القرار بأنه في حالة اهمال الطفل المحضون لأنه في الغالب يكون اللجوء الى الخبرة في الأمور الصحية، ولجمع المعطيات المادية والاجتماعية والنفسية حول الوالدين قبل البت في تحديد الأصلح منهما لإسناد الحضانة اليه أو للغير من أصحاب الحق في الحضانة[3].

كما جاء في حيثيات القضية وبتاريخ 2016/10/05 عن الوجهين معا " حيث ان من المقرر قانونا أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، وعليه فان قضاة المجلس اللذين أسسوا قرارهم في رفض دعوى إسقاط الحضانة عن الأم استنادا الى أن هذه الأخيرة أولى بحضانة ولدها، في حين أن النزاع كان قائم على أساس وأن المطعون ضدها لم تسهر على حماية المحضون ولم تحفظ صحته بعد أن تركت في متناوله قارورة النظاف ومكث بسببها بالمستشفى كما أنها لن تلتزم بالإرشادات الطبية واخضاعه لحماية غدائه بحيث أنها تركته يتناول مواد غدائية خطيرة لتتفاقم حالته ويمكث مرة أخرى في المستشفى فان قضاة المجلس

---

[1] المادة 495 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، الجريدة الرسمية رقم 21/ المؤرخة في 2008/04/23، جات تنص على " يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين".

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 330566، بتاريخ 2005/05/18، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 2005، ص301.

[3] حسيني عزيزة، الحضانة في القانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الاسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2000، ص 83.

اللذين لم يبحثوا ولم يحققوا في موضوع النزاع المطروح عليهم يكونوا قد خالفوا القانون ولم يسببوا قرارهم تسبيبا كافيا وعرضوه للنقض والابطال"[1].

بناءا على ما تقدم كان لابد على القاضي أن يقوم بتعين مرشدة اجتماعية تزور الطفل بمكان اقامته، فتتفحصه وتعاينه، وذلك من أجل حمايته والحفاظ على مصلحته، وهذا ما نصت عليه المادة 425 من قانون الاجراءات المدنية والادارية[2].

الا أنه ومن خلال بحثنا وحسب الاجتهادات القضائية التي تم التوصل اليها، وجدنا تناقض فهناك من الاجتهادات التي لا تلزم القاضي باللجوء الى هاته المساعدة من أجل تقدير مصلحة المحضون فجاء عن قرار المحكمة العليا " المبدأ: القاضي غير ملزم باللجوء الى مساعدة اجتماعية لتقدير مصلحة المحضون" [3]. وعليه فان النتيجة التي يتوصل اليها الخبير لا تعد الا رأيا يستأنس به القاضي في حكمه على أساس أنه رأس تقني، فرأي القاضي مستقل تماما عن رأي الخبير[4].

وعليه فان الغاية مما سبق هي تسليط الضوء وتفعيل الدور الحمائي للطفل المحضون الناتج عن علاقة فاشلة أدت الى اهماله جراء الطلاق، وبغرار السلطة المطلقة والكاملة التي يتمتع بها قاضي شؤون الأسرة في اصدار الأحكام المتعلقة بالحضانة، فان دوره يتمثل في حماية المحضون والحرص منه على تحديد الأشخاص الذين يقومون برعايته والسهر على تربيته حتى يبلغ الطفل أشده. ونظرا لما قد يثور من اشكاليات قانونية ونزاعات بين الزوجين حول اسناد الحضانة سنتطرق في الفقرة الأولى دور القاضي في حل التنازع على الحضانة، أما الفقرة الثانية تمديد الحضانة.

الفقرة الأولى: دور القاضي في ترتيب الحواضن

ان الولد الصغير يحتاج لمن يعتني به ويقوم على حفظه وتدبير شؤونه، وذلك لأنه في هذه المرحلة

---

[1] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 1016157، بتاريخ 2016/10/05، مجلة المحكمة العليا، العدد02، سنة 2016، ص 205.

[2] المادة 425 من قانون الاجراءات المدنية والادارية نصت بأن "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بنعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء الى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة....".

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 650014، بتاريخ 2011/10/13، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 2012، ص 313.

[4] حسيني عزيزة، المرجع السابق، ص 83.

يكون عاجزا عن القيام بما هو صالح لنفسه[1]، فالأصل في الحضانة أن تكون للنساء، لأن المرأة أقدر وأصبر من الرجل على تربية الطفل وأعرف بما يلزمه وأعظم شفقة عليه وأشد ملازمة للأطفال من الرجال[2]. فلما كانت الأم بطبيعتها أحن على وليدها من غيرها[3]، كما وأن حظانة المرأة تعد تكريم لها وإعتزاز بها[4]، فشفقتها لا تعادلها شفقة وعطفها لا يقاربه عطف فقد جعلت في المرتبة الأولى من الحاضنات، وبهذا قضى الرسول عليه السلام وأصحابه من بعده دون أن يخالف أحد في ذلك[5].

ولهذا فلقد أرشد القانون القاضي الى الأشخاص المؤهلين قانونا لرعاية المحضون من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة والتي جاء فيها " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم جدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري قد أوجد ترتيبا جديدا وبعد تعديل نص هذه المادة نجد بأنه جعل للأب مرتبة ثانية بعد الأم مباشرة، على غرار ما جاء به قانون الأسرة قبل التعديل أي أن المشرع الجزائري ساوى بطريقة ما بين الأم والأب، سار هذا القانون نتيجة الاصلاحات ونتيجة تفكير عميق وجدوا الأب والأم هم الأولى بأولادهم باعتبار أن الابن يأخذ اسم أبيه زيادة على ذلك فالابن أقرب الى والديه أكثر من أي طرف أخر ولهذا ادراج الأب في الدرجة الثانية، هي من أحسن التعديلات التي قام بها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، ثم تليه كل من الجدة لأم ثم لأب ثم الخالة ثم العمة وتليها عبارة الأقربون درجة.

ان المشرع الجزائري من خلال نص المادة نجده يأكد على عبارة "مع مراعاة مصلحة المحضون" ومن خلال ما تطرقنا اليه سابقا على أنه ترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة عند اسناده حضانة الطفل

---

[1] سعاد سطحي، أحكام الحضانة في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية قسنطينة، العدد 17، دار الهدى، عين مليلة، نوفمبر 2004، ص 95.

[2] ايهاب أحمد سليمان أبو الهجاء، الحيل وأثرها في الأحوال الشخصية، دراسة نظرية تطبيقية، المرجع السابق، ص 249.

[3] Aslaoui Lzila Dame justice, Reflexions au fil des jours, entrepris national du livre 1999, p30.

[4] Abderrahmane Hernane, la Hadrhana dans ses rapports avec la puissance paternnelle en droit Algérien, office des publication universitaires, 1996, p53.

[5] محمد عزمي البكري، الحضانة ومسكن الحاضنة، المرجع السابق، ص 08.

–روى أن امرأة قالت يا رسول الله اهج شان ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء وثديي له سقاء، وان أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال: " أنت أحق به ما لم تنكحي"، وروى أن عمر بن الخطاب طلق زوجته جميلة أم عاصم ابنه وشجر الخلاف بينهما بشأن عاصم، فكل منهما ادعى حضانته لنفسه، فخاصمها عمر بين بدي ألي بكر فقال له أبو بكر: " ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر"، وكان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم ذلك.

والذي هو يعتبر أثر من أثار الطلاق أو الوفاة، وعليه جاء قرار المحكمة العليا يبين أن الحضانة هي أثر من أثار الطلاق بتاريخ 2009/09/16 جاء فيه " **المبدأ: تطبق المادة 64 من قانون الأسرة، في صياغتها الجديدة (أمر 05-02) على حالة الطلاق والوفاة" وفي قضية الحال كان قضاة الموضوع قد رفضوا طلب الجدة لأم حضانة حفيدتها من خالة البنت على أساس أن الحضانة هي من الأثار المرتبطة بالطلاق، وأن طلب الحضانة لا يستقيم مع الوفاة دون أن يبينوا الأساس القانوني الذي ارتكزوا عليه**"[1].

لابد من الاشارة على أن هذا الترتيب هو ترتيب غير ملزم للقاضي اذ يستطيع تعيين الحاضن دون مراعاة ذلك الترتيب، وهذا مراعاة لمصلحة المحضون، ذلك أن تلك المصلحة هي المعيار المعتمد في اختيار الحاضن.

ولو أن الحضانة كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين أعلاه حسب الترتيب الوارد في القانون، فان هذا الترتيب ليس إلزاميا وليس من النظام العام، بل للقاضي اسناد الحضانة بالنظر الى مصلحة المحضون دون مراعاة الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري. فاذا تنازع في حضانة الطفل أمه وخالته وأباه وجدته، فللقاضي أن يحكم للأب دون غيره بحضانة أبنائه إذا وجد أن يحقق الرعاية الخلقية والتربوية [2].

مما سبق يمكن القول إنه في كل الحلات ولكل حالات الطلاق أو حوالي 90 بالمئة فان الحضانة تؤول الى الأم في كل الظروف ومنه يمكن طرح الاشكال التالي: هل القانون الجزائري ظلم الأب في حق الحضانة في الجزائر؟ وحسب رأيي وحسب القضايا المقدمة وحسب الاجتهادات القضائية التي تم التطرق اليها نجد أن الحضانة وان لم نقل بأن الأغلبية القصوى فان الحضانة تؤول الى الأم دون الأب، الا أنه في حالة ما اذا كانت للأم جرائم مخلة للشرف فانه من الصعب أن تؤول هذه الحضانة للزوجة فهذا غير معقول، يعني حتى ولو راعينا مصلحة المحضون ولكن مصلحة المحضون لا تكون مع ام لها عقوبة مخلة بالشرف مثلا، ولهذا يصعب تحديد طرق الحضانة ومن هنا

---

[1] نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 233؛ كما وأشار قرار المحكمة العليا الصادر عن مجلة المحكمة العليا أن اسناد الحضانة هي من مسائل الحالة ولا تطبق في شأنها قاعدة قوة الشيء المقصي فيه، بالريخ 2019/07/09، ملف رقم 1302053، العدد 02، ص 87.

[2] فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مدعما بالاجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة الطالب، سنة 2008، ص 60.

يمكن استخلاصه بأن الأب هنا مظلوم ولهذا لابد للقاضي عند اسناده لهذه الحضانة لابد من دراسته للقضية دراسة معمقة لحماية هذا الطفل المحضون.

نجد في بعض الأحيان أن الحضانة تسند للأم، الا هذا الحاضنة تمتنع عن أداء حضانتها؛ ومن هذا المنطلق يمكن طرح التساؤل التالي: متى يجوز للقاضي اجبار الحاضنة- الأم- على حضانة ابنها؟ باعتبار أن للقاضي السلطة التقديرية في اسناد الحضانة لمستحقيها مع مراعاة مصلحة المحضون وعليه، اذا تعينت الحضانة للحاضنة فلا يجوز لها أن تمتنع عن حضانة الصغير، والقاضي في هذه الحالة يجبرها على الحضانة من أجل مصلحة المحضون، فالدور الذي يلعبه القاضي هو دور حمائي يقوم من خلاله بالبحث عن مصلحة المحضون وحمايته خوفا من الضياع ويظهر ذلك جليا من خلال تقديم مصلحة هذا الأخير على من له حق في الحضانة[1].

وعند انتهاء القاضي من مرحلة اسناد الحضانة لأحد الحاضنين المذكورين سابقا بحسب ترتيبهم مع النظر الى مصلحة المحضون فان القاضي يقوم تلقائيا بالحكم الى مستحقي الحضانة بحضانة الطفل ثم يحكم للطرف الثاني بحق الزيارة، وذلك بحكم أن الابن بعد فك الرابطة الزوجية يشتاق الى أحد الأولياء أو الى كلالهما معا اذا كان الحاضن شخصا أخر غير والديه وعليه فيحكم للطرف الثاني أو لكليهما بحق زيارة المحضون عند أي شخص يكون حتى لا يؤثر طلاق والديه عليه[2]، وهذا ما نصت عليه المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري " وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، ومايمكن استنتاجه من خلال الجملة الأخيرة من هذه المادة أهمها:

-أن المشرع الجزائري حينما رتب الحاضنين، خول لغيرهم حق الزيارة، وأن هذه الأخيرة جاءت على سبيل الوجوب لا على سبيل الاختيار.

- الجملة الأخيرة أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وأن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة، ومنطلق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ما هو مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن ينقطع عنه أهله نهائيا.

-حق الزيارة المنوه عنه في المادة لم يكن حصريا على الأب والأم ممن لم تستند إليهم الحضانة،

---

[1] أحمد نصر الجندي، أسئلة من محاكم الأسرة والاجابة عليها، المرجع السابق ص 196.

[2] بن قوية سامية، أثار الحضانة في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 01، سنة 2010، ص 155.

بل يتعدى الأمر الى كل من له مصلحة مراعاة لمصلحة المحضون[1].

فحق الزيارة هو من أهم الحقوق التي يشترك فيها الطفل ووالديه، فهو يكتسي أهمية بالغة لكونه مساهما في تكوين شخصية الصغير المحضون وفاعلا بتوثيق علاقته بوالديه[2].

فيرى الأستاذ عبد العزيز سعد، بأن القانون أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق وبالحضانة لمن يستحقها أن يحكم بالزيارة مباشرة وفي نفس الحكم للأب أو غيره من الأقارب ممن يستحقها ويطلبها صراحة[3].

ما يعاب على المشرع الجزائري أنه نص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة في كلمة واحدة ربط حق الحضانة بحق الزيارة، فالمشرع الجزائري لم يتكلم على الشروط ولا كيف تتم الزيارة ولا عن مكان الزيارة، إلا أنه جاء قرار من المحكمة العليا سنة 1990[4] جاء فيه أنه لابد وأن يكون ترتيب الزيارة يكون ترتيب مرن مع حقوق الأبناء، لأنه لا يمكن التخيل أن الزوج والزوجة ينفصلان بين ليلة وضحاها فلا يمكن للأبناء رؤية الأب سواء كان الأب أو الأم، وهنا نجد أن القانون لم ينظم أوقات الزيارة، لأنه تحدث في حالة الرضع ولم يذكرها بل تركها لسلطة القاضي.

من خلال تطلعنا لقضايا شؤون الأسرة في المحاكم نجد في بعض الأحيان من بين النزاعات المطروحة هي ابعاد الحاضن عن مكان اقامته وفي بعض الأحيان تكون هناك قضايا بالتعرض للمحضون بالضرب أو بالحاق به أي ضرر خلال مدة وجوده لديه. كما هو معلوم في نص المادة 328 من قانون العقوبات والتي جاء فيها" **يعاقب بالحبس من شهر سنة وبغرامة من 500 الى 5000 دينار الأب أو الأم أو أي شخص ...وكذلك كل من خطفه ممن وكلة اليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو ابعاده**

---

[1] باديس ديابي، أثار الرابطة الزوجية، تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2008، ص 90.

[2] بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2008، ص 258.

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 158.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1990/04/16، ملف رقم 59784، المجلة القضائية، لسنة 1991، العدد الرابع، ص 126، أنظر: خالد داودي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص 119.

حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف.. "[1]

كما جاءت نص المادة 134 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه " **كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار**"[2].

وعليه ومن خلال نص المادتين السابقتين نستخلص بأن المحكوم له بالحضانة سواء كان أبا أو أما أو غيرهما، سيكون مسؤولا مسؤولية مدنية عن تعويض كل ضرر يلحق المحضون خلال مدة وجوده لديه.

كما يمكن الاشارة كذلك بأن القانون ترك المسائل المتعلقة بالزيارة لتقدير القاضي، وعليه فان حكم القاضي المسند للحضانة لابد وأن يكون متضمن لكيفية ممارسته، من حيث المكان والزمان. وبالرجوع الى نص المادة 222 من قانون الأسرة وبالاستعانة بما جاء به فقهاء الشريعة الاسلامية نجد بأنه الزيارة تكون في المعتاد نهارا، مرة في كل أسبوع للأبوين وأقل من ذلك بالنسبة لغيرهما[3]، وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1998/12/15 " من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجية المطلقة. ومتى تبين، في قضية الحال، أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها فانهم خالفوا الشرع والقانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن، وأن الهدف من حق الزيارة لا بتحقق في قضية الحال الا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولوساعات محددة"[4].

كما جاء أيضا في قرار المحكمة العليا " المبدأ: زيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حق له وغير مرتبط بسن معينة"[5].

---

[1]أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 84 مؤرخة في 24 ديسمبر 2006.

[2]قانون رقم 75-58، المرجع السابق.

[3]رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2008، ص 604.

[4]المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة بتاريخ 1998/12/15 فصلا في الطعن 214290، نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 233.

[5]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2006/01/04، فصلا في الطعن رقم 350942، نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 236.

ما يمكن استخلاصه من هذا القرار بأنه يجوز للأب أن يزور الرضيع الذي لم يبلغ العامين داخل بيت أمه، وذلك راجع الى أن الرضيع لا يمكنه الابتعاد عن أمه بحجة ارضاعه، الا أنه وباعتبار أننا دولة مسلمة فان هذا القرار يتنافى مع مبادئ الشريعة الاسلامية، كما وسبق القول بأن المرأة تصبح أجنبية عن الرجل عند فك الرابطة الزوجية وانتهاء العدة، ومنه فباختلاء الرجل والمرأة مع ارضاع الرضيع في بيت واحد ومكان واحد، وحسب رأيي الشخصي فهذا الفعل يكون مخل بالحياء وهو جرم كبير أمام الشريعة الاسلامية كما أنه ينتفي تماما مع الدين الاسلامي.

وعليه، وكحل بديل يمكن أن تكون الزيارة في مكان قريب من الحاضنة وليس ببيتها حتى ولو كان الطفل أقل من عامين، فقد قدرت المحكمة العليا في قرار لها، المسافة التي تعد حائلة دون تحقيق الزيارة للرقابة هي سنة برود أي ما يعادل 1000 كلم بين مقر الحضانة وولي المحضون.

كذلك من ضمن إشكالات ممارسة حق الزيارة وجود بعض الثغرات تمس هذا الحق وهي عند قيام الزوج بأداء حقه في الزيارة تقوم الزوجة في بعض الأحيان بعدم بتسليم الطفل مع العلم أن حق الزيارة تكون دائما في نهاية الأسبوع وهذا يعتبر أكبر اشكال من جهة أضف الى ذلك أن المحاكم لا تعمل أيام نهاية الأسبوع، وأن المحضر القضائي لا يشتغل في تلك المدة أيضا زد الى ذلك أن أكثر الأيام المخصصة للزيارة هي يوم الجمعة وحتى ولو افتراضنا عند عدم تسليم المحضون من الزوجة يتجه الزوج الى مصالح الأمن لحماية حقه في الزيارة، وكما نعلم بأنه ليس من صلاحيات مصالح الامن حماية هذا الحق بل هي من صلاحيات وكيل الجمهورية، في هذه الحالة يقع الزوج في لبس وحيرة لاختلاف أو تضاد القوانين اذ يجد بيده حكم قضائي يمكنه من حق الزيارة، الا أنه لا يستطيع رؤية ابنه والتي قد تدوم هذه الحالة لمدة طويلة هنا يطرح التساؤل كيف يحمي الزوج حقه في الزيارة والى من يلجأ؟ لماذا لا توجد أليات لحماية حق الزوج من أجل تأدية حقه في زيارة الطفل المحضون أو حتى اعطاء صلاحيات الى مصالح الأمن لحماية هذا الحق؟

وفي الأخير ما يمكن قوله إن للقاضي دور كبير في تنظيم الزيارة من حيث الزمان والمكان مع مراعاة مصلحة المحضون والاستعانة بمختصين اجتماعيين ونفسيين اذ استدعت الضرورة، لأن أغلب المشاكل تكون من مشاكل نفسية واجتماعية.

كما ولابد للمشرع الجزائري وللقاضي معا أن يرعى حقوق الزوج في حالة امتناع الزوجة من تسليم المحضون الى والده برغم من وجود حكم قضائي يثبت به صحة ادعائه، كما ويجب اعطاء صلاحيات لمصالح الأمن في اتخاذ الإجراءات الازمة اذا استدعت الضرورة ذلك .

الفقرة الثانية: دور القاضي في دعوى تمديد الحضانة

الأصل أن مدة الحضانة تبدأ من وقت ولادة الطفل، أما انتهاؤها فيختلف تبعا لاختلاف نوع المحضون بالذكورة أو الأنوثة [1].

فقد سجل بعض الفقه أن مدة حضانة الطفل من أشد المسائل اثارة من جانب الأوساط النسائية، كما أنها من أكثرها جدلا بين الفقهاء من جهة والمصلحين الاجتماعيين من جهة أخرى. ونظرا لأهمية هذا الموضوع، رأى المشرع الجزائري امكانية تمديد الحضانة الى 16 سنة، وذلك بطلب من الحاضنة وخص هذا الحكم الذكر دون الأنثى التي لم يتكلم عن تمديد حضانتها الى ما بعد 19سنة[2]، وذلك بحجة أن مدة حضانة الفتاة والتي قدرها المشرع الجزائري في نص المادة 65من قانون الأسرة الجزائري " **تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر الى 16 سنة اذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون**"، ومن خلال هذه المادة نرى أن القاضي يراعي في جميع الحالات مصلحة المحضون في تمديد الحضانة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها، فقد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 2015/01/15 جاء فيه " **المبدأ: يكون تنديد الحضانة، طبقا للقانون، للأم الحاضنة دون غيرها من النساء**"[3]، وصدر في قرار المحكمة العليا قرار بتاريخ 1990/03/19 جاء فيه " المبدأ: من المقرر قانونا أنه تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسية للذكر الى 16 سنة اذا كانت الحاضنة لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني. ولما كان الثابت، في قضية الحال، أن المجلس القضائي لما لم يوضح في قراره عمر الأولاد الذين تشملهم الحضانة خالف القانون"[4].

وعلى هذا الاعتبار بنى المشرع الجزائري مواده، وخرج بقاعدة تتمثل في أن حضانة الذكر تنقضي

---

[1] شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الاسلام، لبنان، الدار الجامعية، الطبعة 04، سنة 1983، ص 781.

[2] تشوار حميدوا زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية كقارنة، الجزئين 01 و02، دار الكتب العلمية، ص 76.

[3] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 2015/01/15، ملف رقم 0842551، مجلة المحكمة العليا، العدد 01 سنة 2015، ص 231.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1990/03/19، ملف رقم 59156، المجلة القضائية، العدد01، سنة 1991، ص 76.

مدتها بـ 10سنوات، والأنثى بسن الزواج أي بـ 19 سنة طبقا للمادة07 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري [1]، وإذا كان المشرع قد سطر الحد الأقصى لتمديد حانة الذكر، الا أنه فضل أن يترك هذا الأمر لتقدير القاضي، والقاضي له سلطة تقديرية محددة في تمديد مدة الحضانة أي أنها مقيدة لكن وفق شروط وهذا ما أكدته معظم الاجتهادات القضائية:

-يتعلق التمديد بالذكر دون الأنثى، فاذا انتهت حضانة الفتاة لا يحق أصلا لأي من الحوان طلب تمديد أجل انهاء حضانتها[2] .

-أن يكون الحد الأدنى للتمديد 16 سنة، إذا يمكن للقاضي أيضا أن يمدد الحضانة الى سن أقل من 16 سنة حسب ما تتطلبه مصلحة المحضون. والملاحظة بأن اختيار المشرع الجزائري لهذا السن لم يكن عبثا، وكما هو معلوم أنه ببلوغ الشخص 16 سنة فان أهلية الأداء تثبت له لكنها ناقصة وليست منعدمة وهو صبي مميز، أي مدرك وفيها يقلد الرجال وتبلغ سلوكهم ويركن الى الاحتكاك بهم[3].

-أن تكون الأم الحاضنة دون غيرها مهما كانت الحجة التي يستند عليها. وهذا ما أكده القضاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2015/01/15 " بكون تمديد الحضانة، طبقا للقانون، للأم الحاضنة، دون غيرها من النساء، ممن لهن الحق في الحضانة"[4].

وعند التمعن، نجد أن المشرع الجزائريمن خلال نص المادة 66 و70 من قانون الأسرة لم يسقط حضانة الأم في حالة زواجها بقريب محرم وهنا المشرع الجزائري فصل فيها، الا أنه برجوع الى المادة 65 نجد أن المشرع الجزائري لم يفصل ولم يذكر زواج الأم سواء كان بقريب محرم والا بأجنبي بل تركها عامة، وهنا نرى وجود انسجام بين النصوص التشريعية يقضي بالأخذ بالاستثناء الوارد في المادة 66 وادراجه في نص المادة 65 من قانون الأسرة وذلك بتعميم المسألة بإضافة "حتى إذا تزوجت بقريب محرم".

-أن تكون الأم الحاضنة غير متزوجة. وهذا ما صدر عن المحكمة العليا وجاء فيها "ان قضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكور الى سن 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج

---

[1] تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية، الجزء 01، و02، المرجع السابق، ص 65.

[2] تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية، المرجع السابق، ص 76.

[3] شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، سنة 2014، ص 449

[4] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 0842551، قرار بتاريخ 2015/01/15، المرجع السابق.

ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون، وألا يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة"[1].

-أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات، فاذا فاتت المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد [2].

وما تم التوصل اليه في الأخير هو بروز دور قاضي شؤون الأسرة من خلال الشروط الذي وضعها، فاذا تحققت هذه الشروط في الطالب لتمديد الحضانة فلا مانع اطلاقا من القضاء له بتمديد مدة الحضانة إذا كانت في مصلحة المحضون بذلك.

الفقرة الثالثة: اشكالات الزواج المختلط عند اسناد الحضانة

من القضايا الشائكة في مجال العلاقات الأسرية ما يعرف بالزواج المختلط المشمل على عنصر أجنبي، حيث عند انفصال الرابطة الزوجية يثور مشكل الحضانة[3]، فمن مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية، لذلك سعت أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري الى محاولة وضع حلول لبعض المشاكل التي قد تعتري الزواج المختلط[4].

واضافة الى هذه الحلول التشريعية والقضائية توجد بعض الاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية التي أبرمت في هذا المجال، وتقدم حلولا من شأنها تقليل الصعوبات العملية التي يثيرها موضوع حضانة الأولاد الناجمين عن زواج مختلط، وفي هذا الصدد فقد أبرمت الجزائر اتفاقية ثنائية مع فرنسا خاصة بأولاد الزوجين المختلطين والمتفرقين، وقد تضمنت هذه الاتفاقية بعض الاجراءات التي من شأنها دعم التعاون القضائي وتحقيق حماية أحسن للأطفال الناجمين عن الزواج المختلط[5].

وقد جاء في مسببات الاتفاقية أن الدولتين تحرصان على تحقيق أحسن حماية لأطفال الزواج

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 123889، بتاريخ 1994/10/24، نشرة قضائية، عدد 52، ص 111.

[2] المادة 68 من القانون 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 15. نصت على " إذا لم يطلي من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

[3] بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، سنة 1429هـ، 2008م، ص 263.

[4] بوجاني عبد الكريم، اشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، سنة 2014، ص 249.

[5] مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، سنة 2012، ص 242.

المختلط بعد انفصال أبويهم، وقناعة منهما بضرورة رعاية مصلحة هؤلاء بالدرجة الأولى، هذه المصلحة التي تستدعي أن يكون للطفل علاقة مستمرة وهادئة مع والديه المنفصلين [1].

حيث تهدف هذه الاتفاقية الى ضمان ممارسة حق الحضانة وزيارة المحضون وحماية القصر بالدرجة الأولى، اذ أن حق الحضانة وحق الزيارة لم يعودوا في الاتفاقية مقررين لمصلحة الوالدين بقدر ما هما مقررين فقط لمصلحة الطفل التي ينبغي أن تكون وفق علاقة مستمرة وهادئة ومنتظمة مع كلى الأبوين حيثما وجدا[2].

إلا أنه يبقى دائما وجود اشكالات في اسناد الحضانة للطفل الذي نتج عن زواج مختلط سواء بوجود الاتفاقية أو بعدمها، ولهذا ظلت النزاعات المتعلقة بطرفي الزواج في مجال الحضانة والتي تكون بصدد وجود انفصال، فغالبا ما ينتج عن مثل هذه النزاعات علاقات زواج بين الجزائريين والفرنسيين أبناء، وحتى تحافظ كل من الدولتين على أبناء الزواج المختلط أبرمتها اتفاقية في 1988/06/21 تتعلق بأطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، وذلك من أجل تحقيق أحسن حماية لهم وكذلك السهر على حرية تنقلهم بين البلدين مع مراعاة مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى، وسعيا لتطبيق هذه الاتفاقية تعين وزارة العدل لكلى البلدين سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في الاتفاقية[3].ومن بين الالتزامات ما ورد في المادة 06 من الاتفاقية أين تنص في فقرتها الأولى:" يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود البلدين وفيما بين حدودها"[4]. كما ألزمت الاتفاقية القضاة عند اصدار حكم قضائي يحكم بإسناد الحضانة، أن يمنع الوقت نفسه الى الوالد الأخر حق الزيارة، وهو الأمر الذي ذهب اليه التشريع الجزائري من خلال المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، غير أن هذه

---

[1] حسيني عزيزة، الحضانة في القانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الاسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2000، ص64، 65.

[2] رابطي زهية، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2008، ص69.

[3] المادة الأولى من المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 26 يوليو 1988، والمتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في الجزائر في 21 يونيو 1988، الجريدة الرسمية، رقم 30.

[4] المادة 06 من المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 26 يوليو 1988، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في الجزائر في 21 يونيو 1988، جريدة الرسمية، رقم 30.

الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائية أو المحاكم الفرنسية قد تؤدي الى حدوث مشاكل في التنفيذ من بينها: في حالة اذا تم اسناد الحضانة الى الأم (لكونها أولى بحضانة الطفل) من طرف قاضي فرنسي وهذا على أساس أن تتم ممارسة الحضانة في فرنسا، الا أننا نقع في اشكال وبالرجوع الى نص المادة 62 من القانون الجزائري والتي جاءت تبين كيفية رعاية الولد وتعليمه على دين أبيه، فالإشكال الواقع هما في حالة ما اسندت هذه الحضانة للأم الأجنبية فهل يمكن لها ممارسة هذه الحضانة وفقا لما جاءت به المادة 62 من القانون الجزائري؟ من خلال هذا الاشكال قمنا بتفحص بنود الاتفاقية من أجل وجود جواب عن هذا الاشكال الا أننا لم نجدها تنص على أي حل، فهذا ما قد يؤدي الى تنازع في الاختصاص أو الى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي، مع تعارضه مع النظام العام الجزائري[1].

وعند حكم القاضي بالحضانة لأحد الوالدين بمنح الحق في الزيارة للوالد الأخر، ورغم معالجة الاتفاقية الثنائية لمشكلة الزيارة الا أنه بقيت بعض المسائل العالقة، فانه قد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة، فلا يرد الطفل المحضون الى الوالد الحاضن، ورغم ما نصت عليه الاتفاقية في مادتها 11 من حلول الا أنها تبقي قاصرة لأنه حتى وان قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة، أين يقوم هذا الأخير بدون تأخير باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الجبري، فان كل ذلك يبقى مجرد حبر على ورق لا لشيء الا لعدم قبول تلقي الأوامر من دول أخرى وتنفيذها، وهو الأمر الذي يؤدي الى عدم تنفيذ الانابات القضائية الدولية وبالنتيجة ضياع مصلحة الطفل المحضون[2]. كما أن الاتفاقية لم تعالج فكرة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية، إذا ظهر ما يدفع الى المراجعة حتى ولو أنها أشارت في المادة 04 منها على أنه:" إذا كانت هناك ظروف استثنائية نعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل"[3].

---

[1] بوجلني عبد الحكيم، اشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، سنة 2014، ص250.

[2] بن عصمان نسرين ايناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، سنة 2009، ص160.

[3] المادة04 من المرسوم رقم 88-144 في 26 يوليو 1988، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المرجع السابق.

وفي الأخير مايمكن استخلاصه مما تطرقنا اليه، أنه في حالة عدم وجود اتفاقية في اسناد الحضانة للزواج المختلط، فان هذا الأخير يؤدي الى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص بالقانون المدني الجزائري.

تكلمنا فيما سبق عن اشكالات اسناد الحضانة في حالة وجود اتفاقية، لكن ماذا لو لم توجد هذه الاتفاقية مع الجزائر فلمن تسند حضانة هذا الطفل الذي نتج عن زواج مختلط؟

نجد أن المشرع الجزائري، قد وضع نصوص تحكم كل المسائل المتعلقة بالإشكالات التي تثيرها منازعات الحضانة أمام القضاء وخصوصا المواد 09 و12 و13، 21 و24 من القانون المدني الجزائري بصفة عامة، وخص الحضانة باعتبارها أثر لانحلال الزواج بالمادتين 12 الفقرة 2 و13 من نفس القانون [1].

وعلى اعتبار أن الحضانة تعتبر من أعقد وأبرز المشاكل الناجمة عن الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والأجانب والتي تدخل في نطاق قانون الأسرة من خلال الأثر المترتبة عن انحلال الزواج، وبالرجوع الى نص المادة 12 الفقرة 02 والتي جاءت بأنه " يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى" والمقصود من نص المادة أنه في حالة وجود طلاق بين زوجين مختلفين الجنسية، مثال الزوج جنسيته جزائرية والطرف الثاني يكون من أي دولة كانت، فاذا كانت هذه الدولة لم تبرم اتفاقية مع الدولة الجزائرية، فهما تطبق قواعد الاسناد، أي أن الحكم يكون بإسناد حضانة الأطفال يطبق القانون الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى، وهنا بطبيعة الحال تطبق المادة 69 من قانون الأسرة " اذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد رجع الأمر للقاضي في اثبات الحضانة له أو اسقاطها عنه، مع مراعات مصلحة المحضون"، أي أن السلطة التقديرية ترجع الى القاضي سواء كان حكمه بإسناد الحضانة له أو بإسقاطها، وهذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون المدني والتي نصت بأنه " يسري قانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 اذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، الا فيما يخص أهلية الزواج."، نحن على اتفاق مع ما جاء في نص المادة 13 بأن اسناد الحضانة يكون للأب الجزائري في حالة عدم وجود اتفاق، الا أنه ومن خلال استقرائنا لنص هذه المادة بادر في اذهاننا تساؤل، في حالة ما اذا رفت الدعوى أمام جهة قضائية أجنبية فبطبيعة الحال أن القاضي

[1] الطيب زروتي، اجتهاد القضائي الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة، الجزائر، سنة 2014، ص 134، 135.

الأجنبي لن يحكم بالقانون الجزائري، خاصة وان كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي، فالقانون الجزائري هنا مستحيل التطبيق من طرف قاض أجنبي[1].

ومثال ذلك ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا والمؤرخ في 1990/02/19 والذي جاء فيه ما يلي:" متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن اسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فان القضاء بإسناد حضانة الصغار الى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون.[2]"

كما جاء في قرار أخر بتاريخ 1989/12/25 " المبدأ: من المستقر فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود"[3].

الفرع الثاني: دور القاضي في دعوى اسقاط الحضانة

بالرجوع الى قانون الأسرة نلاحظ أنه حدد حالات سقوط الحضانة وعليه جاء في قرار المحكمة العليا أنه:" من المقرر شرعا أن اسقاط الحضانة لا يكون الا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته"[4]. ومن خلال هذا القرار يمكن استنتاجه بأن الحضانة تسقط الا إذا توفرت الشروط، وعليه إذا حدث وأن اختلت هذه الشروط فان مصلحة المحضون تكون في خطر مما يقتضي اسقاطها عن الحاضن وتسليم المحضون الى من يليه في المرتبة إذا استوفى كل الشروط.

فلقد ذكر المشرع الجزائري أسباب السقوط في قانون الأسرة، والذي جعل للقاضي دورا ايجابيا في تقديره لهذه الأسباب وعليه ما هو الدور الذي يلعبه القاضي في تقديره لهذه الأسباب؟

الفقرة الأولى: تقدير القاضي للأسباب المسقطة في المادة 66 و68

فقد نصت المادة 66 من قانون الأسرة على ما يلي " **يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون**" من استقراء نص هذه المادة نجد أن المشرع هنا أخذ بمذهب مالك الذي يسقط حضانة الأم في حالة الزواج بغير قريب محرم، ويجب على المدعي

---

[1] بن عصمان نرين ايناس، المرجع السابق، ص 162،163.

[2] قرار بتاريخ1990/02/19 رقم 59013، أنظر، نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، المرجع السابق، ص 257.

[3] قرار بتاريخ 1989/12/25، رقم56597، أنظر: نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، المرجع السابق، ص 258.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1988/11/07م ملف رقم 50270، الاجتهاد القضائي، مجلة قضائية، عدد 03، سنة 1991، ص48، أنظر: زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص 393.

اثبات ذلك، ويقول القاضي أبي محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي: " وإذا تزوجت الأم ودخل الزوج بها سقطت حضانتها، لقوله ﷺ:" أنت أحق به ما لم تنكحي"[1]. ولأنه يلحق الضرر بالصبي بكونه من زوج أمه، ان الغاية المنشودة من هذا القول هو حماية الصبي حتى ولو كانت هذه الحماية ناقصة الا أنها شامل لجل الخواطر التي قد تصيب هذا المحضون من زوج الأم، وعليه فان سقوط هذه الحضانة وانتقالها الى من يليها في الترتيب فيها مصلحة الولد ببقائه مع والده دون زوج أنه وعليها جاء قرار المحكمة العليا " المبدأ: تسقط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم"[2].

غير أنه بالرجوع الى فقهاء الشريعة الاسلامية، اذ منهم من يرى توسيع وشمل كل زواج للحاضنة، حتى ولو بالقريب المحرم، ومنهم من يرى عدم الأخذ به على الاطلاق، ومنهم من يربط الأخذ به في حدود ما يخدم مصلحة المحضون.

وما يلاحظ عن موقف المشرع الجزائري أنه من خلال المادة 66 أخذ بموقف المالكية وجمهور الحنفية، حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير ذي رحم للمحضون. وللقاضي مطلق السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون، وعليه دائما أخذها بعين الاعتبار، الا أن سقوط هذه الأخيرة يقع عليها بعض الاستثناءات أهمها:

-عدم وجود من يحضن المحضون غير الأم، وكان لابد من وضع المحضون في دار من ديار الحضانة فتكون أنه أولى به رغم زواجها.

-إذا كان من يلي الأم في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجزا على حضانته.

-ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة، ويبدأ حساب المدة من سوم الزواج الى انقضاء سنة كاملة.

-أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون عن تراض[3].

جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2005/05/18 أنه " المبدأ: يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم"[4]، وعليه فان قرار المحكمة العليا جاء لتأكد ما نصت عليه المادة

---

[1] لحسبن الشيخ اث ملويا، قانون الأسرة، نصا وشرحا، المرجع السابق، ص 76، 77.

[2] يعقوبي عبد الرزاق، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق بشرح مختصر لبعض المواد، المرجع السابق، ص 128.

[3] محمد لمين لوعيل، مركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، سمة 2004، ص 113.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2005/05/18، ملف رقم 331058، المجلة القضائية، العدد 01، ص 383.

66 من قانون الأسرة، لكننا نرى أن سقوط الحضانة يكون عند زواجها بغير قريب محرم كقاعدة عامة، وكما نعلم أنه لكل قاعدة استثناء، ويكمن الاستثناء لهذه القاعدة أن القاضي لا يحكم بسقوط الحضانة مباشرة بمجرد زواج الحاضنة وانما يراعي مصلحة المحضون، فاذا افترضنا أن المحضون لا يقبل غير حاضنته –أما كانت أو غيرها– وأصر على البقاء معها فهل اسقاط الحضانة عنها فيه مصلحة للمحضون؟

نرى أنه لا مانع من عدم اسقاط الحضانة عن الحاضنة لزوجها بغير قريب محرم إذا كان في ذلك مصلحة للمحضون ومن خلاله يقوم القاضي بإعمال سلطته التقديرية من التأكد من تمسك المحضون بحاضنته. كما ونعلم أن الحضانة تسقط بزواج بغير قريب وذلك لحمايته والحفاظ عليه، الا أنه نرى لابد من وجود استثناء ولابد أن يكون هذا الأخير وفق شروط أسس صحيحة يستند عليها لترك الحضانة للأم لأن مصلحة المحضون تكون فوق الجميع، ومن بين هاته الشروط هو أن يقوم القاضي بتحقق والتأكد بأن مصلحة المحضون تكمن عند حاضنته التي تزوجة بزوج غير قريب،كمثال أن يضع أطباء نفسانيين يتأكدون من أن المحضون متمسك بوالدته وأنه لا وجود ضرر من ذلك كما يقوم أيضا القاضي بوضع مستشارين اجتماعيين يقومون بزيارة ومتابعة مجريات حضانة هذا الطفل والتحقق والتأكد من وضعه ونسبة حمايته لمدة 3سنوات متتالية كما أنه ولابد من البحث عن أخلاق الزوج فاذا كان رجلا مستقيما محمود الأخلاق لا يخشى منه على المحضون، أو أنه ليس أمين، وعليه تبنى قناعة القاضي من خلال كل هذه التقارير المقدمة له ويحكم من خلالها بحضانته لأمه أو لا.

جاء المادة 66 بقولها " ...وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون". وعليه من خلال هذه المادة نرى وجود حالتين فالحالة الأولى يسقط حق الحاضنة تلقائيا دون الالتفات الى مصلحة المحضون أما الحالة الثانية يراعى فيها مصلحة المحضون وجاء ذلك في قرار بتاريخ 2010/10/14 " المبدأ: تقتضي مصلحة المحضون اسناد حضانته لأمه برغم من تنازلها عنها في دعوى التطليق بسبب الحكم على الزواج لارتكابه جريمة مخلة بشرف الأسرة" وفي قضية الحال كانت المحكمة قد رفضت طلب التطليق وبعد الاستئناف قضى المجلس بقبول الطلب على أساس أن الطاعن قد أدين وعوقب بالحبس من أجل السرقة وانتحال صفة الغير. وعليه من خلال هذا القرار بتبين أن مهما ولو قامت الزوجة بالتنازل عن المحضون وكانت مصلحة المحضون عندها فان القاضي يحكم بحضانته للأم، لئلا يعتد بالتنازل الحضانة في حالة وجود ضرر بمصلحة المحضون. وعليه فان المشرع الجزائري أجاز للحاضن التنازل عن الحضانة حيث اعتبرها حقا له، لكن قيد هذا التنازل بعدم الاضرار

بالمحضون. فاذا تنازلت الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها، فكل تنازل من شأنه أن يضر مصلحة المحضون أو يهددها لا يعتد به، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار أخر بتاريخ 2002/02/13 " المبدأ: تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون"[1].

ويثبت التنازل عن طريق المحكمة بموجب حكم. لكن هذا لا يعني أن المتنازل عن الحضانة بفقد حقه في اعادة اسناد الحضانة اليه، بل يمكن استرجاع الحضانة والتراجع عن اسقاطها لأنها مسألة تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، فاذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك رجع للمتنازل حقه في الحضانة. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1999/04/20 الذي جاء فيه:" من المستقر عليه أن مسألة اسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم ومتى تبين في قضية الحال أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من اعادة اسناد الحضانة اليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66و 67 من قانون الأسرة الجزائري، وأن قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطأوا في تطبيق القانون."[2]

وبهذا لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر الى مصلحة المحضون، بل يمكنه أن يجبرها على الحضانة في حالة عدم وجود من يحضن الطفل أو يوجد لكن لا تتوفر فيه الشروط القانونية.

جاءت المادة 67[3] من قانون الأسرة الجزائري لتحدد من خلال نصها على حالات سقوط الحضانة في حالة الاختلال بشروطها التي جاءت وعددتها في نص المادة 62 [4]من قانون الأسرة الجزائري، والتي كانت تبين كيفية الحفاظ على المحضون ورعايته من خلال تبيان نوع الرعاية بحفظ

---

[1] نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 240

[2] المرجع نفسه، ص 241.

[3] تنص المادة 67:" تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه. ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة.
غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون."

[4] تنص المادة 62:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.
ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.

واجباته وتربيته على دين أبيه. فاذا عجز الحاضن عن توفير الرعاية والتربية، وافتقر للقدرة على حمايته وحفظه وتعليمه، فان حقه في الحضانة يسقط.

لقد أكدت المحكمة العليا بأن تخلف شرط القدرة يؤدي الى اسقاط الحق في الحضانة، فجاء في قرارها بتاريخ 1988/11/07:" **المبدأ: من المقرر شرعا أن اسقاط الحضانة لا يكون الا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته، ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الأحكام الشرعية في غير محله، ولما كلن الثابت، في قضية الحال، أن المجلس القضائي لما قضى بإيقاء حضانة الولد لأمه باعتبار أن الأب لم يثبت اهمال الأم لولدها يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا**"[1].

كما جاء في قرار المحكمة العليا تأكد مصلحة المحضون فبتاريخ 1996/05/21 "**المبدأ: من المقرر قانونا أنه في حالة سقوط الحضانة عن الأم يجب مراعاة المحضون. ولما كان الثابت، في قضية الحال، أن الطاعنة سلمت البنتين لأبيهما مؤقتا من وقت الطلاق أي سنة 1988 لعدم وجود مسكن لها لممارسة الحضانة ولم تطالب بهما الا في 1993 أي بعد خمس سنوات فان القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعنة اعتبارا لمصلحة المحضون طبقوا صحيح القانون**"[2].

كما يعتبر ثبوت الزنا ليس من مسقطات الحضانة إذا كان ذلك مصلحة للمحضون وعليه جاء المحكمة العليا لتأكد في قرارها " المبدأ: **يمكن اسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون**"[3]؛ وجاء في قرار أخر أن: " **المبدأ: لا يؤدي اللعان الى اسقاط الحضانة عن الأم مراعاة لمصلحة المحضون**"[4]. ان هذا القرار جاء ليتأكد بأن مصلحة المحضون هي الأولى حتى ولو اختل شرط طلقا لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة، وكما نرى بأن ثبوت الزنا قد يحول دون تحقيق هدف الرعاية فقد يكتسب المحضون بعض التصرفات السلبية كما قد لا يكتسبها، وباعتبار أن البنت

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1988/11/07، ملف رقم 50270، المجلة القضائية، العدد3، سنة 1991، ص48.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1996/05/21، ملف رقم 134951، مجلة قضائية، العدد 2 سنة 1997، ص 86.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ2010/07/15، ملف رقم 564787، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2010، 262.

[4] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار بتاريخ 2019/07/03، ملف رقم 1291270، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2019، ص 84.

الصغيرة المحضونة تفتضي بقائها عند والدتها التي هي أحق بها، وعليه لكل قاعدة استثناء وفي هذا القرار جاء واستثنى جريمة الزنا في حالة ما اذا كانت فيه مصلحة للمحضون وهذا ما جاءت به المادة 62 من نفس القانون في فقرتها الأخيرة أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون. وهنا يتجلى الدور الايجابي لقاضي شؤون الأسرة من خلال اعمال سلطته التقديرية في التحقق وتقدير مصلحة المحضون.

كما أن المشرع الجزائري قد أخرج عمل المرأة من مسقطات الحضانة، فالمرأة العاملة لها الحق في ممارسة الحضانة إذا ما أسندت اليها، فقد أخد المشرع بالاتجاه المتحرر والواقعي، بعد أن اقتحمت المرأة جميع ميادين العمل، وهذا بسبب انتشار التعليم، خاصة أن أغلبية الحاصلين على الشهادات الجامعية هن من النساء وهذا بسبب تفوقهن على الرجال من الناحية العقلية، ذلك أنهمن في السابق لم تعط لهن الفرصة لإبراز مواهبهن[1].

ولا يجود أي دليل يؤكد أن لعمل المرأة أثر سيئ على الأطفال ورعايتهم، كما أن عمل المرأة هو ضمان لتأمين مستقبل الأطفال المحضونين، أضف الى ذلك فان مبالغ النفقة التي تحكم بها محاكم شؤون الأسرة لا تفي بالحاجيات الكاملة للمحضونين من كسوة وغداء وتعليم وترفيه، غير أنه يشترط في عمل المرأة الحاضنة أن يكون شريفا، أي عدم وجود مؤثرات سلبية على أخلاق الطفل، وعليه احتياطيا ربط هذا الشرط بمصلحة المحضون كاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط الحضانة عن الحاضنة العاملة اذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون. وللقاضي سلطة التقديرية في اعتبار ما يعد مانعا في ممارسة الحضانة، وأن يراعى دائما مصلحة المحضون.

كذلك من أسباب التي تؤدي قيامها الى سقوط الحضانة ما نصت عليه المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري جاء فيها "**إذا تأخر صاحب الحق في الحضانة عن طلبها لمدة تزيد عن سنة دون عذر صالح، سقط حقه فيها**"، والمقصود من نص المادة أن الأمر هنا يتعلق بحالة التي تتزوج فيها الأم الحاضنة بغير قريب محرم، وسكون أنداك لمن له الحق في الحضانة أن يطلب من القاضي اسنادها له. بشرط أن يرفع دعواه في مدة سنة والا سقط حقه في ذلك، ما لم يثبت وجود عذر حال دون رفعه لدعواه في تلك المدة، الا أننا نكون بصدد اشكال هو متى تبدأ سريان هذه المدة؟ ومتى يعتبر السكوت عن المطالبة بالحق في الحضانة بدون عذر؟

---

[1] عبد المجيد سيد منصور، زكريا أحمد الشربني، الأسرة على مشارف القرن 21، الأدوار، المرضى النفسي، المسؤوليات، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي القاهرة، سنة 2000، ص 141،142.

باعتبار أن المشرع الجزائري أخذ نص هذه المادة من المذهب المالكي، فان التاريخ المحدد لبدأ سريان مدة سنة حسب أصحاب هذا المذهب هو من تاريخ العلم باستحقاق الحضانة، كما أنهم اعتبروا السكوت بأنه بدون عذر حالتين:

–أن يعلم من له الحق في الحضانة بحقه فيها ويسكت عن المطالبة بها، أما اذا كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلب الحضانة فلا يسقط حقه مهما طالت مدة سكوته.

–أن يعلم بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة، فان كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا أمر فرعي بعذر الناس بجهله[1].

وعليه كان من الأفضل أن تكون نص هذه المادة مباشرة بعد المادة 66 دفعا للتناقض، كما يجب أن تصاغ " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة اسنادها اليه بعد عمله بزواج الحاضنة خلال مدة تزيد عن سنة دون عذر، سقط حقه فيه".

الفقرة الثانية: تقدير القاضي للأسباب المسقطة في مادتين 69 و70.

نصت المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري " **اذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في اثبات الحضانة له أو اسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون**"، هذه المادة جاءت تطبيق للمادة 62 فقد جاء قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1989/01/02 " من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فان من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرر يستوجب رفضه. ولما كان الثابت، في قضية الحال، أن الطاعنة طالبت اعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين اللذين أسندا حضانة البنتين الى أمهما، فان قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطاعنة الرامي الى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين لكون بقاء البنتين بفرنسا يغير من معتقداتهما عن دينهما وعادات قومهما، فضلا عن أن الأب له حق الرقابة وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق، فانهم بقضائهم كما

[1] بلقاسم أعراب، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي المقارن (دراسة تأصيلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، سنة 1994، ص143.

فعلو طبقوا صحيح القانون"[1]. والمقصود بأن هذا النص جعل اسقاط الحضانة عن الحاضنة موكلا كليا الى القاضي وقناعته من حيث ابقائها في يد الحاضن أو اسقاطها عنه[2].

كما يلاحظ أيضا على نص المادة 69 أنها خصت الأشخاص المقيمين في الخارج، أي في بلد أجنبي فان السلطة التقديرية تعود على القاضي وقناعته في استبقاء الحضانة له أو اسقاطها، وهنا لم يخص المشرع في نص المادة الى التنقل بالمحضون داخل التراب الوطني، وكما قال عبد العزيز سعد " أما اذا كان انتقل الحاضن بالمحضون من بلد الى بلد داخل الوطن من شماله الى جنوبه أو بالعكس فلا مجال للحديث عن السقوط"[3]، فنحن لا نوافقه الرأي وبالأخص في هاته الجملة وذلك باعتبار ما جاءت به المحكمة العليا في قرارها أنه يعد مسقطا للحضانة السفر لمسافة تزيد عن ستة برود[4]، وهو ما ذهب اليه فقهاء المذهب المالكي[5].

في حالة ما إذا كان الأبوين كليهما يقيمان في الخارج فان أحكام الحضانة تطبق بصفة عادية وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/12/25 " المبدأ: متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أم أبا فان سكن الوالدين معا في بلد أجنبي سيتلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة، ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد. ولما كان الثابت، في قضية الحال، أن قضاة الموضوع الذي قضوا بإسناد حضانة الولد والبنت لأمهما طبقا للقواعد الشرعية طبقوا القانون تطبيقا صحيحا"[6]. وجاء قرار أخر للمحكمة العليا مؤكدا " لا تسقط الحضانة بسبب الاقامة خارج التراب الوطني إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي"[7].

---

[1]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/01/02، ملف رقم 52207، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1990، ص 74.

[2]بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، سنة 2013، ص 97.

[3]عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 156.

[4]المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1986/09/22، ملف رقم 43594، قرار مذكور سابقا.

[5]عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، كتاب الطلاق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، سمة 2003- 1424، ص 525.

[6]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/12/25، ملف رقم 56597، المجلة القضائية، العدد3، سنة 1991، ص 61.

[7]المحكمة العليا، بتاريخ 2002/05/08، ملف رقم 282033، قرار غير منشور، مأخوذ عن: باديس ذيابي، أثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 222.

وعليه ومن خلال قرارات المحكمة العليا، فانه كل من صدر عليه حكم بالحضانة لصالحه فاذا أراد أن يستوطن في بلد أجنبي خارج الوطن الجزائري فحقه في الحضانة يسقط. وعليه فان القاضي هنا يراعي مصلحة المحضون، لأن المصلحة مرتبطة بمدى صعوبة مراقبة أحوال المحضون والناتجة عن الانتقال الى بلد أجنبي، اذ قد يحرم الأب مثلا وهو الولي على المحضون من ممارسة الولاية عليه وكذا الأمر بالنسبة للقاضي، غير أنه اذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنته، حيث أنه في مثل هذه الحال يجوز للقاضي اثبات حق الحضانة للحاضن ولو خرج به الى بلد أجنبي فقد تكون مصلحة المحضون في هذا التنقل فيها مصلحة له ومثالا عن ذلك توفير فرصة العيش الرغيدة وكذا الدراسة في أحسن المدارس وغيرها من الفرص التي قد يحظى بها المحضون [1].

كذلك من الأسباب التي جعل منها المشرع الجزائري سببا من أسباب سقوط الحضانة هو ما نصت عليه المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري " **تسقط حضانة الجدة أو الخالة اذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم**"، فيظهر جليا بأن سقوط حق الحضانة عن الخالة أو الجدة في حالة ما اذا كانت هذه الأخيرة مقيمة مع أم المحضون والمتزوجة بغير قريب محرم، لأنه وكما عرضنا سبقا أن من مسقطات الحضانة للحاضنة الأم وهو زواجها بغير قريب محرم وهو ما نادت به نص المادة 66 من نفس القانون، وعليه يمكن القول بأن نفس الأسباب التي من أجلها أسقطت الحضانة عن الأم بتزوجها بغير قريب محرم موجودة هنا، ولذلك ينبغي أن يشملها نفس الحكم القضائي يصدره قاضي قسم شؤون الأسرة المدنية. بناءا على طلب من له الحق في الحضانة حسب ترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من نفس القانون.

كما تجدر الاشارة الى أنه في حالة وجود سبب من أسباب المذكورة أعلاه، فان الحق في الحضانة يسقط على من له الحق فيها، غير أنه في حالة ما إذا زال هذا السبب فان هذا الحق يمكن أن يعود الى صاحبه، فيصبح من حق الحاضن الذي صدر حكم سقوط حقه في الحضانة أن يقدم عريضة وفقا للقانون الى المحكمة المختصة يطلب فيها الحكم له بإعادة حق الحضانة، وعليه فقط أن يذكر مكانته من الطفل موضوع الحضانة وأسباب سقوطها عنه، وبيانا واضحا صريحا بإثبات زوال السبب الذي كان أساسا لسقوط حقه في الحضانة[2].

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 156، أنظر، لحسين بن شيخ أث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، المرجع السابق، ص 79.

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 157.

وعليه يمكن القول في الأخير واجمالا الى ما يتعلق بأسباب سقوط حق الحضانة، بحيث جعل المشرع الجزائري نص على سقوطها بإسقاط القاضي وتنازل الحاضن، وجعل جميع هذه المسائل خاضعة في أدق جزئياتها الى السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة. وان هذا الأخير يقيد في ذلك جميع المعايير والتي تكون في مصلحة المحضون. بحيث أن حقوقه تغلب جميع حقوق الغير.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية في تقدير الحقوق المالية المرتبطة بالحضانة

رتب المشرع الجزائري وقبله الشريعة الإسلامية اثارا لممارسة الحضانة بالنسبة لكلا الزوجين المنفصلين، فالحضانة لما تتطلبه من مجهود كبير في تربية المحضون ونشأته النشأة السوية، فهي تتطلب بالمقابل نفقة لصالح المحضون وتخصيص سكن للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة وذلك بصيغة الوجوب وعل هذا الأساس كيف لقاضي شؤون الأسرة تقدير هذه الحقوق؟

الفرع الأول: تقدير القاضي للحق في المسكن وأجرته

حسم المشرع الجزائري في مسألة تخصيص سكن للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة وذلك بصيغة الوجوب، جاء ذلك في تعديل 27 فبراير 2005، وفي المادة 72 منه والتي نصت على ما يلي:" في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وان تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار".

المادة المعدلة جاءت أكثر صرامة ووضوحا من سابقتها التي وان نصت هي الأخرى على السكن لكن أسلوبها لم يكن صارما، اذ جاءت على النحو التالي:" نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال والا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وان تعذر فعليه أجرته".

وما يفهم من مصطلح المادة 72 الفقرة الأولى من قانون الأسرة، والتي اشتملت على لفظ "الطلاق" كلفظ عام، أي سواء تم بالإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي الطرفين أو تم بطلب من الزوجة كما هو مبين في المادة 48 من نفس القانون، على أن الفقه يستثني من ذلك الفرقة بين الزوجين إذا ما تمت باللعان أو بالخلع، ففي اللعان لا نفقة ولا سكنى من الأساس ان نفى المطلق أبوته لابنه وانتفى نسبه، كذلك لو اختلعت الزوجة نفسها على شرط أن يكون البدل الذي تلتزم بدفعه هو أجرة مسكن الحضانة[1].

[1]لوقرة أم الخير، حق المحضون في أجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق، مجلة العلوم الانسانية، المجلد 19، العدد01، سنة، 2019، ص 72.

كم أن الألفاظ والمفردات التي خطت كذلك هذه المادة[1] جعلت القضاة يحيدون عن مسألة إلزام الزوج بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة أو بدل ايجاره مستشهدين بكون المادة لم تحمل الزاما صريحا وواجبا على المعني القيام به[2].وذلك ما دفع بقضاة المحكمة العليا يؤكدون على ضرورة تخصيص مسكن ملائم لمزاولة الحضانة أو بدل الايجار، فاعتبروه في النص الحالي مرتبط بممارسة الحضانة فقد جاء قرار المحكمة العليا ما يلي: " المبدأ: لا يحق للبنت بعد انتهاء الحضانة المطالبة ببدل الايجار، ويحق لها مطالبة وليها بالنفقة"[3]. وجاء أيضا قرار المحكمة العليا " السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة".

ومن حيثيات القضية أن القاضي قد أسس قراره بقوله إن القرار المنتقد خرق فعلا نص المادة 72 من قانون الأسرة، وذلك لكون القرار المطعون فيه اعتبر الحاضنة لا يحق لها أن تطالب بتوفير مسكن أو أجرته لممارسة الحضانة فيه، الا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، وأنه لا يوجد نص قانوني يؤيد هذا الاتجاه ولا يوجد أي اجتهاد للمحكمة العليا يقضي بذلك من تاريخ صدور قانون الأسرة. وأن النص الواجب التطبيق في موضوع توفير سكن لممارسة الحضانة به للحاضنة أو أجرته هو نص المادة 72 من قانون الأسرة، والتي لم تشر مطلقا الى عدد المحضونين.

كما وسبق تبيان بأن توفير السكن يكون مرتبط بممارسة الحضانة، فالأصل أن الأب هو الملزم بتوفير السكن الملائم لممارسة الحضانة في حالة الطلاق، ولا يجوز تخييره بين السكن وأجرته متى أبدى استعداده لتوفير المسكن الملائم للحاضنة، والا اعتبر ذلك تجاوزا من القاضي لسلطته التقديرية، هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها " ان القضاء بتخيير الزوج بين تخصيص سكن للحاضنة أو دفع الايجار، بالرغم من تخصيص الزوج سكنا مستقلا لممارسة الحضانة اساءة لتطبيق القانون"[4]، فقد

---

[1]المادة 72 من الأمر05-02، المرجع السابق. "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وان تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

[2]باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 87.

[3]قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2009/07/08، رقم 506369، مأخوذ عن: نجيمي جمال، المرجع السابق، ص 252.

[4]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 474255، مجلة المحكمة العليا، عدد02، سنة 2009، ص 267.

جاءت المادة 72 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة[1] تنص بأنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لحاضنة مكان لممارسة الحضانة، أي سكنا ملائما للحاضنة فالسكن هو كل مكان مستور يستخدم للسكن بصفة دائمة أو مؤقتة، فهو ضرورة من ضرورات الحياة المعيشية، لأنه يلبي مجموعة من الحاجات سواء كانت النفسية أو المادية فهو المحيط الذي يلقى فيه الطفل استقراره، لذلك كان واجبا على الأب أن يوفره وان تعذر فعليه دفع بدل الايجار، كما وقد أشار المشرع الجزائري في نفس المادة في فقرتها الثانية بأنه يحق للحاضنة أن تبقى في بيت الزوجية لغاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، وعليه ومن خلال هذه الفقرة نجد أن مصطلح " بيت الزوجية " يقصد به المشرع الجزائري بمسكن المطلقة، لكن هذا المصطلح غير سليم من حيث الصياغة التشريعية، لأنه يطلق أثناء قيام الرابطة الزوجية، والتي تزول بالطلاق[2].

ولإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما وامكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب لتقيم فيه هي ومحضونها يجب أن تتوفر شروط [3]:

-أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن اسناد الحضانة اليها، بغض النظر عن كون المحضون واحد أو أكثر.

-أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، قلو كان من أسندت المحكمة اليه الحضانة هو الجدة أو العمة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون الى مسكن الجدة أو العمة أو الخالة لممارسة الحضانة، وبالتالي لا تحتاج الى توفير سكن للحضانة.

-لابد وأن يكون للأب مسكن يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده، ذلك أنه إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فانه في هذه الحالة عليه أن يدفع لها قيمة ايجار سكن لمثل سكنه ويكون ملائما لها.

وعليه ووفقا لشروط المذكورة مع تطبيق لنص المادة 72 المذكورة سابقا، فان السلطة القديرية لقاضي شؤون الأسرة تكون أمام حالتين. ان قاضي شؤون الأسرة لا يحكم بسكن الحاضنة في حالة ما

---

[1] تنص المادة 72 من قانون الأسرة على ما يلي:" في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وان تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار"

[2] عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة نيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن مخدة، الجزائر، سنة 2011، ص 22.

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في توبه الجديد، الطبعة 03 معدلة، المرجع السابق، ص 159.

إذا عرض الأب سكنا ملائم للحاضنة،والمقصود هنا لابد وأن يتبين للقاضي بأن هذا السكن تتوفر فيه جميع وسائل العيش فهنا القاضي لا يحكم بسكن المحضون، هذا فيما يخص الحالة الأولى أما الحالة الثانية جاءت معاكسة تماما للحالة الأولى. بحيث نجد أن الأب لم يعرض سكنا لممارسة الحضانة، أو أن يعرض سكنا غير ملائما، هنا يتدخل القاضي بسلطته التقديرية ويحكم عليه بدفع بدل الايجار[1] الشهري للحاضنة ويحدد من خلال هذا الحكم مقداره طبقا لحال الطرفين، كما أنه لابد على الحاضنة ألا تخرج من بيت الزوجية الا بعد تنفيذ الأب لحكم القاضي بالسكن. وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا " المبدأ: للحاضنة الحق في بجل الايجار إذا كان السكن الموفر من طرف الأب غير ملائم لممارسة الحضانة"[2].

كل هذا الا أننا وخلال زيارتناللمحكمة والتي قمنا بها مع مرافقة القضاة لجميع النزعات التي تطرأ على الزوجين خلال الحياة الزوجية وبعد انحلالها، وان صح التعبير من خلال هذا التربص الذي كان في محكمة قسنطينة، نجد في بعض الأحيان وخاصة في هذا الموضوع الذي وجدا فيه تلاعب في تقديم بدل الايجار، حيث رأينا أن جل الأباء عند حكم القاضي سواء بسكن المحضون أو بتقديم بدل الاجار، نجد بأن الأب يقوم في بداية الأمر بتسديد بدل الايجار لكن ومع مرور الوقت يبدأ هذا الأخير بترك طليقته وأولاده في مسكن مؤجر دون منح بدل الايجار للمؤجر الذي يستطيع في أية لحظة أن يطرد الزوجة والأبناء من المسكن. ولأجل هذا أجاز المشرع للحاضنة أن تلجأ الى المحكمة فورا عن طريق دعوى استعجالية للمطالبة بتوفير مسكن، ريتما يتم الفصل في القضية، وهنا يبرز دور القاضي وسلطته التقديرية بأن يتخذ أوامر تحفظية استعجالية خلال الفترة الممتدة ما بين رفع دعوى الطلاق والى غاية الفصل النهائي في هذه الدعوى، كون أن الأولاد هم الضحية الأولى للخصام، فللزوجة أن تطلب أثناء سير دعوى الطلاق من رئيس المحكمة الفصل مؤقتا في مسألة سكنها وسكن أبنائها ان كانوا معها، وللقاضي أن يلزم بتوفير مسكن لزوجته وأبنائه ويلزمه بدفع أجرته خلال فترة الخصومة القضائية لغاية الفصل في الدعوى[3].

---

[1] الالتزام ببدل الايجار هو بمثابة التزام بدلي، ذلك أن الالتزام الأصلي هو توفير المسكن للمطلقة الحاضنة، فان تعذر تمكينها منه فان ذمة المطلق تبرأ بأداء البدل، وهو ما يعرف ببدل الايجار. كما يمكن القول كذلك لأن بدل الايجار هو الاستثناء على الأصل الذي هو توفير المسكن.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2013/03/14، فصلا في الطعن رقم 0729230، أنظر: نجيمي جمال، قانون الاسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 261.

[3] المادة 57 مكرر من قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يوميو سنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المرجع السابق.

كما وسبق القول بأن لقاضي شؤون الأسرة دورا ايجابيا في حماية المحضون من وقت رفع دعوى الطلاق باعتبار أن الحضانة هي من أثار الطلاق، وذلك بالنظر الى مصلحة المحضون وصولا الى تخصيص مسكن أو بدل الايجار من أجل رعايته والحفاظ به، وعليه فان السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة تتجلى في تقرير الحق في الاجار خصوصا في تحديد قيمة الأجرة الواجبة على المحضون له، حيث ترك المشرع أمرها كليا لتقديرات القضاة، وهو أمر أكدته المحكمة العليا، فجاء في حيثياتها "...وأخذوا ببدل الايجار وفق ما توجبه المادتان 72 و78 من قانون الأسرة بمبلغ قدره 6 ألاف دينار ليتناسب مع مستوى الأسعار (الايجارات) المعمول بها في المنطقة والذين هم أدرى بها وبتقديرها، ومن ثم يكون ما ينعيه الطاعن بهذين الوجهين غير قائم على الأساس"[1].

ان المعايير التي يعتمد عليها قاضي شؤون الأسرة في تقديره لمبلغ بدل الايجار جاءت محددة فهي تكون محكومة بمعايير موضوعية، وأكيد أننا عند البحث وجدنا تضارب واختلاف بين القضاة، وعليه فان تقدير القضاة يخضع الى أربعة معايير تتكون من معيار المادي ومعيار تعدد المحضونين ومعيار الزماني والمكاني ليتجلى من خلاله تقدير القاضي لمبلغ بدل الايجار.

أما عن المعيار المادي فان القاضي قبل الحكم ببدل الايجار لابد عليه وأن ينظر ويتحرى من الناحية المادية للأب، أي أن يراعي حال المعسور له عسرا ويسرا بحيث تكون قيمة بدل الايجار متناسبة مع حاله. أما معيار موقع السكن المخصص للحاضنة جاء فيه قرار للمحكمة العليا جاء فيه " المبدأ: بتحديد مكان سكن ممارسة الحضانة اما بمكان تواجد بيت الزوجية أو بمكان تواجد أهل الحضانة"[2]. الا أنه وكما أنه معلوم أن القاضي عند تقديره لمبلغ الايجار فانه براعي ظروفه الشخصية حتى لا يكلفه فوق استطاعته وعليه وإذا أخدنا بهذا المبدأ وأخدنا بهذا الاجتهاد فقد يكون أجرة مسكن ممارسة الحضانة والذي يكون اما بمكان تواجد بيت الزوجية أو الحضانة يكون مكلف أكثر، وعليه فان قضاة الموضوع قد خالفوا أحكام المادة 72 من قانون الأسرة والتي لم تحدد المكان الذي يجب توفير السكن فيه.

المعيار الزمني والمقصود به هو وقت استحقاق مبلغ الايجار وكما تم توضيحه سابقا والمعمول به

---

[1] المحكمة العليا، بتاريخ 2009/01/14، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 474255، مجلة المحكمة العليا، عدد 02. سنة 2009، أنظر حيثيات القرار، ص 277.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2010/11/11 فصلا في الطعن رقم 581700، أنظر، نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 252.

دائما يكون من تاريخ صدور الحكم بالحضانة. وفي الأخر وكأخر معيار وهو معيار تعدد الحاضنين وكما هو معلوم فان أجرة المسكن لا تتجزأ بتعدد الحاضنين[1].

الفرع الثاني: تقدير القاضي لنفقة المحضون.

يلعب القاضي دورا بارزا في الجانب المالي حيث خول له القانون سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، وقبل الخوض في موضوع تقدير القاضي لنفقة المحضون كأثر مالي للحضانة، لابد من الولوج أولا الى أجرة الحاضنة، ان هذا الأخير هو عمل تؤديه الحاضنة للصغير فتستحق عليه أجرة[2]، وهذه الأجرة هو المال الذي يلتزم ولي الصغير بإعطائه الى الحاضنة في مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المعهود به تجاه الصغير، وهو القيام بعملية المحافظة على سلامة الصغير[3]، ومن جملة هذه النفقة أجرة حاضنته، وباعتبار أنها من الحقوق المالية المتعلقة بالحضانة وليست محصورة في نفقة المحضون، وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص عليها ضمن مواد قانون الأسرة، الا أن الباب يبقى مفتوحا للتطرق اليها بمقتضى نص المادة 222 من قانون الأسرة، وتكون أجرة الحاضنة خاضعة في مقدارها لسلطة القاضي التقديرية، بشرط اعمال مقصدين تشترك فيهما سائر النفقات، وهما نفي الاضرار وعدم ليتكلف بما لا يطاق[4].

لا تكون أجرة الحضانة مستحقة للحاضنة أثناء قيام الزوجية ولا أثناء عدتها لطلاق رجعي[5]، بل لابد وأن تكون بعد انتهاء كل من هذين القيدين[6]، وعليه فان أجرة الحضانة تكون مثلها مثل سائر

---

[1] عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها وقضاء (النسب، الرضاع، الحضانة، نفقة الأقارب)، دار الفكر العربي، سنة 1976، ص 397.

[2] عبد المطلب عبد الرزاق حمداني، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، سنة 2008، ص 58.

[3] ترمين أبوبكر محمد، محمد سليمان الأحمد، الالتزام بضمان السلامة في عقد الحضانة– دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2014، ص 99.

[4] أحمد الشامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، سنة 2013، 2014، ص 425.

[5] محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1431هـ، 2010م، ص 394.

[6] عبد الله عبد الرحمان السعيدي، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية وما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الاماراتي رقم 28 لسنة 2005، دار الأفاق المشرقة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2012، ص 261.

نفقات المحضون واجبة عليه[1] من ماله إذا كان له مال، أما إذا كان الأب معسرا والصغير له مال فعلى الأم أن تحتضن الصغير مجانا أو أن تدفع الى للقريب الحاضن.

وفي حالة ما إذا وجد متبرع بالحضانة مجانا، أوجب أن يكون المتبرع من أقارب الصغير، فلا يقبل التبرع بالحضانة من أجنبي[2].

هذا فيما يخص أجرة الحضانة، وبالرجوع الى نفقة المحضون، فالأصل أن الأب[3] ملزم بالنفقة

---

[1]ذيات عبد الكريم عقل، محمد علي العمري، مجلة الدراسات، علوم الشريعة والقانون، السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، الجامعة الأردنية، المجلد 35، العدد2، سنة 2008، ص 13، الموقع https://dirasat.ju.edu.jo/SLS/Article/FullText/331?volume=35&issue=2

[2]محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، المرجع السابق، ص 394.

[3]**الملزمون أو المكلفون بأداء النفقة على المحضون** هم:

-في الأصل **الأب** هو أول شخص يلزم بالإنفاق على المحضون المحتاج، فيكون بالإجماع ملزما بنفقة ولده المحضون في إطار عمود النسب، وهذا ما جاء في نص المادة 75 من قانون الأسرة، فيتبين من خلال نص المادة أن الأب هو الملزم على أداء النفقة في حالة ما إذا لم يكن للمحضون كسب، وكما عددتها المادة لصغر سنه، ومزاولته لدراسته، أو له عاهة عقلية أو بدنية، يحول دون اقتداره على الكسب.

-**الأم:** مفهوم العجز عند الأب لا يقتصر على الاعسار فقط، بل يشمل كذلك حالة اصابته بعاهة أو مرض يمنعه من الكسب، أو أن يفقد عمله ويثبت بأنه بحث عن عمل لكن دون جدوى. وعليه فان كانت الأم عاملة والأب عاجز فان النفقة تجب على الأم لصالح الأولاد، وان كانت الأم عاجزة أيضا، فان واجب الانفاق ينتقل الى اقارب الأولاد الأخرين. وهذا ما جاءت به المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:" **في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك**"

-**أقارب المحضون:** وهم الأشخاص الأقرب للمحضون في رعايته، وقد عددهم المشرع الجزائري ورتبهم كما وسبق التطرق اليه مسبقا

-**صندوق النفقة:** هو مخصص للمطلقات الحاضنات للأطفال القصر فقد جاء في قانون المالية لسنة 2015 في المادة 124 المعدل في القانون 18-13 مؤرخ في 27 شوال عام 1439 الموافق 11 يوليو سنة 2018، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، الذي يعدل في أحكام النفقات.

وجاء أيضا في قانون رقم 15-01 مؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 الموافق لـ 4 يناير 2005 يتضمن انشاء صندوق النفقة، كما جاء في مرسوم تنفيذي رقم 15-107 مؤرخ في 2 رجب عام 1436 الموافق لـ 21 أبريل سنة 2015، يحدد كيفيات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 142-302 الذي عنوانه" صندوق النفقة". وجاء كذلك قرار وزاري مشترك مؤرخ في أول رمضان عام 1436 الموافق 18يونيو سنة 2015، يحدد الوثائق التي يتشكل منها ملف طلب الاستفادة من هذا الصندوق؛ **أنظر** الباب الثاني، المبحث الثاني، الفرع الأول للمطلب الأول تحت عنوان نفقة المطلقة وأنواعها، ص 217،218

على والده في إطار عمود النسب[1] ودون الحاجة للحكم القضائي الذي يلزمه بذلك، فاذا تم اللجوء الى القضاء لاستفاء حق المحضون في النفقة[2]، فان القاضي يتحقق أولا من مدى توافر جميع الشروط الواجبة لاستحقاقها[3]، سواء بالنسبة للمحضون أو المكلف بها، فان ثبت له توافرها حكم بالنفقة للمحضون[4]. كما تنتقل نفقة الأب على الأبناء الى الأم إذا كان معسرا أو عاجزا، أو الى كل من تجب نفقته كما تطرقنا اليه سابقا.

---

[1]باديس ذيابي، أثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع) دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 84.

[2]يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، المرجع السابق، ص 73.

[3]يشترط في الحضانة شروط في المحضون وشروط في الحاضن، وان قاضي شؤون الأسرة وقبل الحكم باستفادة المحضون من النفقة، يقوم هذا الاخير بمراقبة شروط معينة لابد من توافرها للحكم بوجوب النفقة له، فان هذه الشروط تكون بناءا على سلطته التقديرية، نظرا لكون المشرع الجزائري لم يفصل فيها بنصوص قانونية حاسمة، وعليه تتمثل هاته الشروط في:

-**اعسار المحضون:** لابد لوجوب نفقة الأب على ابنه أن كون هذا الأخير معسورا وهذا ما جاءت به المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص " تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال، فبالنسبة للذكور الى سن الرشد والاناث الى الدخول وتستمر في حالة ما اذا كان الولد عاجزا لأفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"، ان هذه المادة جاءت تأكد على نفقة الولد وسكناه تكون من ماله، ان كان له مال، فان لم يكن له مال أي يكون معسور هنا يلزم الأب بأن ينفق على ولده، أنظر: باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 84، كما يرى الامام محمد أبو زهرة أنه في حالة ما اذا أنفق الأب من ماله جون أمر من القاضي ولا شهادة بنية استرجاعه، فانه بفقد الحق في الرجوع عليه بما أنفق، أنظر محمد أبو زهرة، محاضرات في الأحوال الشخصية المرجع السابق، ص 471. وعليه يشترط في المحضون أن يكون معسورا أي فقيرا لكي تجب عليه النفقة، غير هذا فان نفقته تسقط وتسقط معها واجب النفقة على الأب.

-**يسار المكلف بالنفقة، جز المحضون عن الكسب،** ويقصد به ألا يكون للمحضون مكسب وباب رزق ينفقه على نفسه، فاذا كان قادرا على الكسب فنفقته في كسبه لاستغنائه به عن الحاجة. أنظر أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة الاسلامية، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، دار الجامعة بيروت، سنة 1998، المرجع السابق، ص 328. ويتحقق عجز المحضون (يكون اما لصغر في السن أو في حالة ما إذا كان هذا المحضون من جنس أنثى فهنا لا يحق للأب أن بقرض على البنت بمزاولة العمل) اذا كان **عاجزا لأفة عقلية أو بدنية أو مزاولا لدراسة،** فهنا تجب نفقة الأب على ابنه الى أن يستغني عنها بالكسب. أنظر المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري. كما يشترط أيضا اتحاد الدين فشرط اتحاد الدين واجب في العصبة، لأن المدار هنا على الميراث والميراث يمتنع مع اختلاف الدين، فكان اختلاف الدين مانعا من الحضانة، أنظر عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما، المرجع السابق، ص 290، 294

[4]أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية، للمسلمين النصوص، والفقه ومبادئ القضاء، الجزء الثاني، دار الفكر الجامعية، سنة 2000، ص 247،248.

وعليه فان نفقة المحضون وأجرة الحاضنة تشمل النفقة الغذائية والكساء والعلاج والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات[1]، وإذا كان المؤكد أن المحضون لابد له من نفقة[2]، جاء قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 2006/11/15 جاء فيه:" المبدأ: يتحمل الوالد مصاريف علاج المحضون الثابتة بشهادة طبية"[3]، ومنه يستدل بأن هذا القرار جاء مؤيدا لنص المادة 78 من قانون الأسرة واعتبر أن مصاريف العلاج هي من مشتملات النفقة التي يقدمها الوالد للمحضون، غير أنه نلاحظ من هذا القرار أن المحكمة العليا أضافة شرط وهو وجود شهادة طبية.

وفي قرار أخر عن نفس الجهة القضائية جاء فيه ما يلي:

"المبدأ: يقصد بالدراسة، التي يستحق عنها الولد النفقة، الدراسة النظامية، حسب التنظيم المعمول يه في كل طور والمرتبط بسن المتمدرس وليس التعليم والتكوين عن بعد"[4]. وما يستشف من خلال هذا الحكم أن الدراسة من مشتملات النفقة التي تجب على الأب تسديدها، وبالرجوع الى نص المادة 75 من قانون الأسرة نجد علاوة مزاولة الدراسة دون تفصيل، والمقصود من الدراسة المزاولة وحسب المشرع الجزائري، فإنها الدراسة النظامية والتي لابد وأن تكون مرتبطة بالسن والتنظيم المعمول به على جميع المستويات الدراسية.

ما يلاحظ من هذا القرار أنه يخضع لعنصرين أساسين لتجب نفقة الوالد على ابنه، بالرجوع الى نص المادة 75 من قانون الأسرة، اشترطت على أنه لابد وأن تكون هذه الدراسة مزاولة ومنتظمة، فان كانت غير ذلك كأن تكون عن بعد فهنا تعتبر هذه الدراسة غير منتظمة وهذا يتنافى مع ما نصت عليه المادة السابقة، كما نلاحظ أيضا من خلال هذا القرار والذي أدرج سن المحضون كعنصر ثاني والذي من خلاله تجب نفقة المحضون، ان المشرع الجزائري وكما سبق القول بأنه تسقط نفقة الذكر ببلوغه سن الرشد، والاناث الى الدخول، وتستمر في حالة ما اذا كان عاجزا لأفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها.

---

[1] المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[2] باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 84.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2011/01/13، فصلا في الطعن رقم 594435، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2011، ص 266، مأخوذة عن: نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 288.

[4] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 0997381، بتاريخ 2016/07/13، العدد 02، سنة 2016، ص 232.

نستنتج في الأخير بأن السن يلعب دورا هاما في معرفة والتأكد من مزاولة المحضون لدراسته، فان كانت دراسته منفصلة وغير منتظمة حسب التنظيم المعمول به في كل طور والمرتبط بسن المتمدرس، فالمحضون بطبيعة الحال يكون قد تجاوز سن المتمدرس في الطور الثانوي، مما يستدعي سقوط النفقة عنه بالاستغناء. وعليه فاني أؤيد ما جاء به قرار المحكمة العليا، وأن قضاة الموضوع عند حكمهم قد طبقوا صحيح القانون.

ان قاضي شؤون الأسرة وبعد حكمه بالطلاق فانه ينتقل تلقائيا الى حماية الطفل الناتج عن زواج فاشل والتي تعتبر نفقة المحضون أثرا من الأثار الطلاق، وحسب ما تطرقنا اليه سابقا فان الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة هو دور ايجابي من خلال اعمال سلطته التقديرية الواسعة في حماية هذا المحضون، وعليه يطرح موضوع تقدير القاضي لقيمة مبلغ النفقة نقطتين رئيسيتين، والمتمثلتين في كيفية تقدير النفقة وعلى أي أساس تقدر قيمة هذه الأخيرة، وكيف يتم مراجعة قيمة هذه النفقة.

من المعلوم والمعمول به أن النفقة تكون لمن له الحق في الحضانة فلا نزاع في ذلك لأنه لا يمكن للحاضنة ممارسة الحضانة على المحضون الا بالإنفاق عليه، ومن خلاله يقوم القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف معيشتهما، كما أن القاضي عند تقديره لهذه النفقة فانه يتحقق من مدى توافر جميع الشروط الواجبة استحقاقها. كما أن القاضي لا يراجع في تقديره لنفقة الحضانة قبل مضي سنة من الحكم[1].

ومن خلال نص المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري، يتضح لنا أن القاضي له السلطة التقديرية في تقدير النفقة، الا أنه في سبيل حسن التقدير يعتمد على مجموعة من العناصر لصدور حكمه، والطرفان المعنيان هنا هما – هو الأب غالبا– والمحضون أي الطفل. غير أن ما يمكن ملاحظته ان المشرع الجزائري لم يضع مقدار معين في النفقة فلم يحدد قيمة أدنى وقيمة أقصى لها وانما ترك ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وبهذا يكون قد أخذ بما ذهب اليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة، في قول إن النفقة لا تقدر بمقدار معين، وانما يكون بحسب الكفاية، خلافا للشافعية الذي جعل من النفقة مقدرة، الا أن هذا الأخير جعل قسمة النفقة تختلف باختلاف حال الأب، فعلى

[1] المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري.

الموسر مدان وعلى المعسر مد[1]، وعلى المتوسط مد ونصف كل يوم[2].

ومنهم من استدل الى عدم تقدير قيمة النفقة، فجاء في الكتاب قوله تعالى: ﴿**وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف**﴾[3]. فأخدوا بهذه الأية بحيث أنهم فسروها على أن الله تعالى أوجب الرزق والكسوة على المولود له وهو الزوج، ولم يقدر في الأية شيئا معينا، لا كيلا ولا وزنا ولا نوعا من الطعام، بل أحال ذلك على المعروف وهو ما تعارف عليه الناس[4].

ولقوله ﷺ لهند:" خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"، فالمقصود من قوله ﷺ يؤكد على وجوب أن تكون نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية لها وللأولاد المحضونين. وعليه في الأخير يمكن القول بأن النفقة لبست مقدرة بمقدار معين لا شرعا ولا قانونا والمشرع الجزائري أعطى السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تقدير النفقة مراعيا من خلاله حال الطرفين اعتبارا من يوم رفع الدعوى وذلك بالنظر الى يسره وقدرته على الكسب وحالته المادية، كالنظر الى ما يزاوله من عمل ومقتدر كسبه وما عليه من التزامات، وهذا ما جاء في قرارا بأنه " من المقرر شرعا وقانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج الا اذا ثبت نشوز الزوجة، ومن المقرر أيضا أن يراعي القاضي في تقديره النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.."[5].

ومن خلال هذا القرار نستخلص بأن القاضي عند تقديره لقيمة نفقة المحضون وزيادة على حال الطرفين الا أنه ينظر كذلك الى ظروف المعاش، ورغم أن القاضي ملزم بمراعات هذين المعيارين في تقديره لنفقة المحضون، الا أنه– عمليا– ما يحكم به من نفقة يعد بالكاد كافيا لتغطية كافة التكاليف التي تتطلبها نفقة الطفل المحضون وتربيته[6].

---

[1]مكيال قديم اختلف الفقهاء في تقديره بالكيل المصري، فقدره الشافعية بنصف قدح، وقدره المالكية بنحو ذلك وهو رطل ومنه ينم وزن رطل وتقديره بمبلغ. مكيال قديم اختلف الفقهاء غي تقديره بالكيل المصري، فقدره الشافعية بنصف قده، وقدره المالكية بنحو ذلك وهو رطل وثلث هند أهل الحجاز، وعند أهل العراق رطلان والجمع: أمداد، مداد.

[2]الامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: الشيخ على محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء الخامس (الطهارة، اللعان، الرضاع، الوطء، الاجارة)، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، دار المنار للنشر والتوزيع، مصر، سنة 1987، ص 145.

[3]سورة البقرة، الأية 233.

[4]الامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص145.

[5] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/01/16 فصلا في الطعن رقم 51715، نقلا عن نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 289.

[6]بن عصمان نسرين ايناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة المقارن، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2009،2008، ص 119.

إن الأصل في القانون أن الحكم الذي حاز حجية الشيء المقضي فيه، يصبح حجة بين الخصوم، فيما قضي به من الحقوق ولا يجوز لأحد طرفي الحكم أن يلجأ الى القضاء للطعن على الحكم فيما قضى به، حسب ما نصت عليه المادة 338 في فقرتها الأولى [1]، الا أنه عند الرجوع الى مسألة النفقة للمحضون أن الأحكام الصادرة منه هي بطبيعتها مؤقتة، أي يحوز حجية مؤقتة فيرد عليه التغيير والتبديل ويخضع هذا الحكم بالنفقة سواء كان بالزيادة أو بالنقصان. فقد جاءت نص المادة 79 سالفة الذكر تنص على مراجعة قيمة النفقة[2] أو تعديل مبلغ النفقة وذلك بعد مرور سنة من الحكم القضائي والذي يتم عن طريق السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عند تقديره لهذه النفقة، وان هذه الأخيرة تكون متغيرة غير ثابتة على الدوام، فجاء في قرار المحكمة العليا بأنه " المبدأ: من المقرر قانونا أنه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم، ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة. ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ليس في محله. ولما كان الثابت، في قضية الحال، أن الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 1988 ومراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجيات أولادها بما فيها مصاريف المعيشة والمدرسة وأجرة السكن فان القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون."[3] والمقصود من هذا الحكم أنه في حالة زيادة متطلبات الحياة الاجتماعية فان رفع النفقة يعد مراجعتها يخضع تقديرها إلى السلطة التقديرية للقاضي.

في الأخير يمكن القول بأن دور قاضي شؤون الأسرة في مسألة الحضانة هي واسعة جدا، بحيث فتح المشرع الجزائري مجال الاجتهاد من طرفه في تقدير وتدخل في جل مسائلها، وبدأ بتقديره في إسناد حضانة الحاضن إلى الأجدر حتى ولو لم يراعي فيها ترتيب الحواضن، كما أنه نظم حق الزيارة مكانا وزمانا بسلطته التقديرية، كما وأنه يتدخل في سقوط الحضانة سواء كان بتقديره في سقوطها أو بالتنازل عنها، كذلك يقدر القاضي الحقوق المالية المرتبطة بالحضانة سواء كان المسكن أو أجرته أو نفقة المحضون. كل هذا تكون القاعدة الأساس فيه واحدة، هي سلطة التقديرية للقاضي عند فصله في النزاع.

---

[1] المادة 338 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[2] في حالة مراجعة مبلغ النفقة، يبلغ القاضي المختص، عن طريق أمانة الضبط، المصالح الولائية المكلفة بالنشاط الاجتماعي بالحكم أو القرار القضائي المتضمن مراجعة مبلغ النفقة في أجل 48 ساعة من صدوره.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1996/04/23 فصلا في الطعن رقم 136604، أنظر: نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، المرجع السابق، ص 290.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة المتواضعة تبين أنّ الحماية القضائية للأسرة –الزواج والطلاق– ترتكز على التعاون بين كل من المشرع الذي يضع نصوص قانونية عامة ومجردة وبين القاضي الذي يفسرها ويفصل ويطبق حسب كل حالة من خلال النزاعات المطروحة أمامه والدعاوى المرفوعة أمامه مراعيا في ذلك المستجدات التي تطرأ على المجتمع.

فالحماية مفهومها غامض ونسبي يتغير بتغير الزمان والمكان ومن النزاع المعروض أمام القاضي إلى أخر، فقاضي شؤون الأسرة منح له دورا هاما باعتماده على جملة من الضوابط والمعايير التي يراها تخدم النزاع المطروح أمامه، وذلك برجوعه الى أحكام الفقه الإسلامي أو إلى الاجتهادات القضائية والأعراف السائدة إذا اقتضى الأمر، واختبار الحل الأنسب فيما يتماشى والفكرة التي ينادي بها الجميع وهي حماية الأسرة والحفاظ عليها، وعليه في الأخير توصلنا الى النتائج التالية:

1–فتح المشرع الجزائري المجال لقاضي شؤون الأسرة لإعمال دوره الايجابي في المسائل المتعلقة بالزواج، حيث أعطى له سلطة الترخيص بالزواج للقاصر في حالة تحقق من وجود مصلحة أو ضرورة وذلك بموجب أمر على عريضة.

2–المشرع الجزائري لم يحدد من خلال نص م 07 ق.أ الحد الأدنى في منح الترخيص من طرف القاضي بالزواج أو توضيح الحد الذي لا يجب النزول عنه، بل ترك ذلك لسلطة القاضي بإعتبار أنه الجهة الوحيدة المخول لها بتقديم التراخيص المتعلقة بزواج القصر.

3–من بين النزاعات والإشكالات التي تطرأ على منح الإذن بالزواج للقاصر هو توقيع الجزاء على من يتزوج دون سن القانونية لا سيما أن سن الزواج هو من النظام العام؛ والذي يستوجب توقيع جزاء جراء كل من يخالف هذه القاعدة، وعليه يتعين على المشرع الجزائري أن يضع نصوص صريحة تبين الحكم الواجب تطبيقه في حالة انتقاد السن المقررة في نص الم 07 من قانون الأسرة.

4–ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد القاضي المختص بمنح الإذن بالزواج بحيث أن نص المادة 07 في فقرته الأولى جاء عاما ولم يحدد صراحة من هو القاضي المختص بسلطة الترخيص سواء كان للقاضي أو لرئيس المحكمة غير أن الواقع العملي يمنح الإختصاص لرئيس المحكمة ضمن ما يعرف بالأوامر الولائية.

5–المشرع الجزائري لم يفصل في المعايير التي تساعد القاضي في تحديد المصلحة أو الضرورة،

كما أنه لم يذكر المعايير التي يمكن الإعتماد على تحديدها؛ بحيث ترك المجال في ذلك لدور وسلطة القاضي؛ اذ يجب على هذا الأخير دراسة القضايا المطروحة عليه وأن يكون حذرًا في تقدير المصلحة التي هي مناط الترخيص، وأن لا يمنح هذا الإذن إلا بتوافر الشروط المستلزمة كما لا يصح له في المقابل أن يتعسف في استعمال سلطته.

6-وجود بعض الأشخاص الذين يقومون باستغلال الهفوات القانونية من خلال تزويج القاصر زواج عرفي (غير موثق)؛ وينتظرون بلوغه السن القانوني من أجل التقدم إلى المصالح المعنية لتسجيل هذا الزواج تفاديا لاستصدار الرخصة؛ وعلى هذا الأساس لابد من وضع عقوبات ردعية صارمة تخص هذه الفئة من أجل منع تفشي مثل هاته الظاهرة مستقبلا.

7-خول المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة المجال في اعمال دوره الايجابي في المسائل المتعلقة بالزواج، وخاصة في حالة تعدد الزوجات والتي قيدها بتقديم رخص من القاضي متى تحققت الشروط المذكورة في نص المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري.

8- طرحت فكرة دور قاضي شؤون الأسرة في منح الاذن بالتوكيل في الزواج والتي أثارت خلافا كبير بين علماء الشرع والقانون لاسيما بعد التعديل الأخير الذي ألغاها بموجب القانون رقم 84-11 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، ذلك باعتبار أن هذا الطرح مهم جدا لمصلحة الأسرة، وبغض النظر عن الأسباب التي دفعت بالمشرع الجزائري الى الغاء نص المادة 20 من قانون الأسرة. كان أولى على المشرع الجزائري أن يضيف مواد تمسح عنها اللبس والابهام كأن يجعل للقاضي شؤون الأسرة تقديم الرخصة بالإذن لتوكيل في عقد الزواج، بحيث يكون للقاضي دور هام في مراقبة الوكالة في الزواج، وذلك من خلال تقديره لوثيقة التوكيل بالزواج ما إذا كانت قد استجمعت الشروط التي حددها القانون، وانه كان للقاضي فرصة في امتلاك سلطة تقديرية أخرى مهمة في هذا المقام تخول له حق ترخيص أو رفض التوكيل في الزواج متى تبين له اختلال أي شرط من شروطها.

9-ان لقاضي شؤون الأسرة دورا مهم بالترخيص بالوكالة في عقد الزواج، وما يعاب على المشرع الجزائري أنه أغفل في تعديله الأخير عمدا التصريح بجواز عقد الزواج بواسطة مفوض الزوجة أو وكيل الزوج أو من ينوبها دون مبرر جدي، ولم يأخذ بها لا صراحة ولا ضمنا. حيث قاموا بالغاء المادة 20 من قانون الأسرة، أي أن قانون الأسرة فضل أن يسير في الظل، فلا هو أجاز عقد الزواج بواسطة الوكيل، ولا هو منعه صراحة، وترك لنا حق الرجوع الى القواعد المنصوص عليها في قانون

المدني وأحكام الشريعة الأسلامية نص المادة 222 قانون الأسرة والتي أجازت هي الأخرى الوكالة في الزواج.

10-يكتسي الصلح في التشريع والنظام القضائي أهمية بالغة، اذ يعتبر من أهم المراحل التي يجب أن يمر بها عليها قبل الوصول الى مرحلة الطلاق ولأهميتها في حماية الأسرة. اذ نجد المشرع أعطى لقاضي شؤون الأسرة دورًا رئيسيا وفعال في الإصلاح بين الزوجين عند وقوع نزاع محتدم.الا أنه يمكن إستنتاج ما يلي:

- ما يعاب على المشرع الجزائري أنه سكت عن إجراءات إنعقاد جلسات الصلح، وهذا ما يجعلنا نعتقد أن انعقاد هذه الجلسات لا تتم الا بواسطة محضر قضائي أو عن طريق إستدعاء من كتابة الضبط غير أنه من خلال بحثنا وانتقالنا إلى المحكمة وتشاورنا مع أحد القضاة اتضح لنا بأن القاضي هو من يقوم بإعلام الزوجين بجلسة الصلح شفاهتا.
- المشرع الجزائري من خلال نصوص المواد قانون الأسرة وكذلك مواد ق. إ م.إ نجده يؤكد على وجوبية الصلح في القضايا الأسرية خصوصًا المتعلقة بدعاوى شؤون الأسرة، ويتم ذلك تحت إشراف القضاة ومما لا شك فيه أن تسوية هذه النزاعات عن طريق الصلح تساهم لا محال في المحافظة على كيان الأسر.
- للقاضي دور هام في إجراء الصلح بين الزوجين، فهو الجهة المختصة التي تساعد على حماية الأسرة من خلال قيامه بجهود خاصة يستعمل فيها السلطة المخولة له من أجل الإصلاح وكما هو معلوم أن المشرع الجزائري قد أعطى لقاضي شؤون الأسرة الصلاحيات المطلقة في إجراء الصلح. حسب المادة 49 ق.أ اذ يبدل القاضي قصار جهده لوضع حد من التنازع والتنافر.
- إن الدور الذي يلعبه القاضي هو تقريب وجهات النظر بين الزوجين وأن الإصلاح بينهما يستلزم إظهاره لمساوئ النزاع ومضار الفرقة وبيان محاسن الألفة والإنسجام.

11-إن مدة إيقاع الطلاق وحساب العدة لابد أن يكونان متزامنتين لما لهما من علاقة تكاملية وعليه فالأصل أن الزوج يقوم بإيقاع الطلاق بإرادته المنفردة طبقا لنص م48 ثم يتجه إلى رفع الدعوى من أجل توثيق حكم الطلاق حسب نص م 49 م.أ فتكون عدة حساب طلاق الرجعي متناسبة لتاريخ رفع الدعوى والتي تكون أيضا بداية حساب مدة إجراء الصلح والتي حددت بـ 3 أشهر.

12-لأول مرة تم إعطاء لقاضي شؤون الأسرة صلاحية إجراء محاولة الصلح بين الزوجين في

دعاوي التطليق من خلال المادة 431 من ق.أ.م.أ إلا أنه بالعودة إلى الشق العملي التطبيقي نجد أن معظم القضاة يطبقون نص المادة 49 ونص م 50.

13-جاءت معظم الإجتهادات القضائية تقر أن على رافع دعوى الطلاق أن حضوره الشخصي في جميع محاولات الصلح أو على وجه الأقل جلسة واحدة يؤكد فيها ويبدي دفوعه ومطالبه. وفي حالة غيابه ترفض دعواه وعليه نجد بالمقابل أن المشرع الجزائري جعل حضور الزوجين شخصيا أمام القاضي في جلسة الصلح وجوبية، إلا في الحالات الإستثنائية التي يستحيل فيها حضور أحدهما كالمسجون خارج الولاية، والمفقود وغيرهم.

14-اختلاف الآراء بين من هو مؤيد ومعارض في مدى جواز الوكالة في إجراء الصلح بين الزوجين، ونحن مع الموقف الذي يعارض فيه مشروعية الوكالة على الصعيد العملي ذلك أنه بحضور الزوجين يستطيع القاضي التعرف على حقيقة النزاع من جهة كما وأن للحضور أهمية بالغة على الزوجين بتقريب نظراتهم وتصغير مشكلاتهم والوصول إلى حل يفيدهما و يعيدهما إلى علاقتهم الزوجية والدليل على ذلك نص المادة 2/49 ق.أ وأيضا نص الم 431 ق.أ.م.أ، أما ما جاءت به نص م 440 من إجراءات متحدثة بإمكانية حضور أحد أفراد العائلة للمساعدة في إجراء الصلح، فهو لايعني بهذا الوكالة، بل يقصد من خلال هذه الفقرة المساعدة من أحد أطراف العائلة في إصلاح ذات البين بين الزوجين ومساعدة القاضي في ذلك لاأكثر.

15-من بين الأمور المستحدثة التي جاء بها ق. أ.م.إ أنه أعطى لقاضي شؤون الاسرة صفة خاصة وخول له صلاحيات واسعة من خلال الدور الإيجابي الذي يتخذه من اجل الكشف والبحث في إدارة الزوج طالب الطلاق، كما أعطى له الحرية في إطار التحقيق بتعيين مساعدة إجتماعية أو أطباء نفسانيين أو خبراء بغرض الإستشارة.

16-إضافة إلى الصلح الأسري توجد ألية قضائية ثانية تعزز من حماية الأسرة؛ في حالة ما رأى القاضي أن عدم زوال الضرر عند قيامه بإجراءات محاولات الإصلاح فهنا يقوم القاضي بتفعيل إجراء الصلح الثاني المنصوص عليه في المادة 56 ق. بحيث يكون عن طريق حكمين لحل النزاع القائم بين الزوجين.

17-إن الإجتهادات القضائية وضحت بأن إجراءات التحكيم هي إجراءات جوازية وللقاضي الحرية بالإقتضاء بها من عدمها كما بينة أن معظم القضايا التي يلجا فيها القاضي إلى التحكيم لا

يكون عادة إلاّ عندما ترفع الزوجة دعوى التطليق ضد زوجها ثم تعجز عن إثبات الضرر بالوسائل المخصصة للإثبات، فيعجز معها القاضي في إصلاح ذات البين، فيلجأ إلى وسيلة أخرى قد تساعده في الإصلاح وتكون بتعيين حكمين.

18-يكمن دور قاضي شؤون الأسرة عند تعيين الحكمين وتمهليهما مدة شهرين من تاريخ تعيينهم بالاطلاع على مجريات التحكيم وعلى أي إشكال قد يشوبهم أثناء مدة التحكيم كما أن للقاضي السلطة في إنهاء مهام الحكمين متى تبين له صعوبة تنفيذ الحكميين للمهمة .

19-بالقدر الذي يستوجبه التحكيم في حد ذاته لما له من مكانة ووزن في الإصلاح الأسري والذي يعود على الأسرة والأبناء بالنفع، الا أننا نجد إهمال شديد لجل إجراءاته وهذا ما أدى بقضاة شؤون الأسرة الإكتفاء بإجراء الصلح الذي يعد إجراءًا وجوبيًّا في كل دعوى فك الرابطة الزوجية.

20-تعتبر الوساطة الاسرية آلية مستحدثة لوجودها من القدم وهي وسيلة لحل النزاعات، وآلية يلجأ إليها لفض النزاع عند نشوئه، حيث أنها إكتسبت أهمية بارزة في مختلف الأنظمة القضائية عبر العالم طيلة العقود الأخيرة، خاصة بعد أن قصرت هذه الأنظمة عن الإستجابة لمتطلبات المتقاضين.

21-من الأسباب التي دفعت إلى استحداث هذه الآلية جاءت بهدف مساعدة الأسرة على استرداد دورها في بناء المجتمع على أساس ثابت يكتنفها الحوار البناء، والتشارك الإيجابي.

22-تدخل القضاء يتم على مستويين مستوى يقوم به بدور وقائي تحفظي على سلامة الإجراءات القانونية، ومستوى يكمن في اتخاذ إجراءات إدارية قضائية للوصول إلى حل النزاع بمساعدة الوسيط.

23- ان الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في مجال العدول عن الخطبة هو دور رقابي من جهة ودور حمائي من جهة أخرى باعتبار أن هناك عدول من طرف وتضرر من طرف ثاني.

24- ان مسألة التعويض مسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يحكم به للمضرور بشرط تبيان تعسف الطرف العادل في استعمال حقه في العدول عن الخطبة ذلك أن الأضرار الناتجة عن مجرد العدول لا تعويض فيها، وأن أساس تعويض الضرر المترتب على العدول عن الخطبة في القانون والقضاء هو ناتج عن المسؤولية التقصيرية.

25-يختلف دور قاضي شؤون الأسرة في فض النزاع حول الصداق، بحسب طبيعة النزاع الذي يقوم بشأنه، بحيث قسمها المشرع الجزائري الى نزاعات قائمة قبل الدخول وأخرى بعده، يطبق القاضي

في مثل هاته الحالات نص المادة 17 من قانون الأسرة وهي تطبيق قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، وفي حالة عدم اثبات أحد الزوجين ذلك يجوز للقاضي الاستناد على أعراف المنطقة الناشئ فيها النزاع.

26-يقتصر دور القاضي في الطلاق بالارادة المنفردة في التأكد من ارادة الزوج في طلب الطلاق حيث يعتبر حكمه كاشف لارادة الزوج.

27-يتمثل دور القاضي في التطليق في معاينة الأسباب المؤسسة وفقا لأحد فقرات المادة 53 من قانون الأسرة والمادة 451 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، كما ويفصل في مدى التأسيس حسب ظروف المعروضة أثناء رفع دعوى التطليق.

28- يكمن دور قاضي شؤون الأسرة في دعاوى الخلع بتقدير الضرر اللاحق بالزوج جراء مخالعته وقدر التعويض بقيمة المهر المقدم يوم انعقاد الزواج في حالة الاتفاق؛ والعكس اذا لم يتفق الطرفين القاضي هو الذي يقدر بدل الخلع والذي لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم؛ وكما ولابد من توضيح أن المشرع الجزائري في تعديله الأخير بموجب الأمر رقم 05-02، لم يدرج عدم رضا الزوج بالخلع متأثرا بذلك بالمذهب المالكي.

29- تعتبر النفقة أثر من أثار الطلاق وقاضي شؤون الأسرة هو المخول قانونا بتقدير هذه النفقة وفقا أسس يحددها من خلال مراعاته لضروف المعيشة ولحال مقدم النفقة سواء كان ميسرا أو معسرا .

30-خول القانون للقاضي شؤون الأسرة دورا هاما في ضمان سكنى المطلقة بحيث أنه لم يفرق بين المطلقة رجعيا والمبثوثة، وعليه سار كل من المشرع والاجتهاد القضائي بأن للمطلقة الحق في سكنى أثناء فترة العدة حيث أن المشرع الجزائري أعطى لها الحق في المكوث في البيت الذي تسكنه أثناء هذه الفترة، وأنه بين في نص المادة61 من قانون الأسرة، بأن حرمان سكنى المطلقة يتقيد بحالة ارتكابها لفاحشة مبينة غير هذا فان سكنى المطلق يكون على عاتق الزوج.

31-يكمن الدور الايجابي لقاضي شؤون الأسرة في الحقوق المالية للمطلقة من خلال تقدير قيمة النفقة للمطلقة أثناء هذه الفترة، وله أيضا أن يحمي المطلقة في هذه المرحلة بعد التسبب لها بأضرار من طرف الزوج أو حتى من طرف أهل الزوج، لكن ما يعاب في هاته الجزئية ومن خلال بحثنا المتعمق وحسب تطلعنا أننا لم نجد ولا اجتهاد قضائي واحد يتحدث عن مسكن المطلقة بصفة خاصة أو في حالة تعذر الزوج إسكانها أن يحكم لها القاضي بقسمة مالية تقدر بقيمة المسكن على غرار ما

جاء به المشرع المغربي، وكما هو معلوم في حياتنا اليومية وفي الواقع العملي لا نجد ولا امرأة عند انتهاء العلاقة الزوجية تمكث ببيت الزوجية بل ان أول إجراء تتخذه هذه الأخيرة هو خروجها من بيت الزوجية، ومن الإشكالات المثارة كذلك حتى إن وجد المسكن أو قدر التعويض المالي يكون في حالة وحيدة وهي وجود أبناء.

32-من بين الإشكالات المطروحة وأثناء قيام القاضي بالفصل في النزاع المتعلق بمتاع البيت، يكون القاضي أمام حالتين: يكمن الدور الحمائي للقاضي إذا تعلق النزاع حول وجود المتاع مع الدليل يكمن بإعماله للبينة، سواء كانت بشهادة الشهود أو بوجود دليل وقرينة أو شهادات أو فواتير تثبت صحة الادعاء بوجود المتاع المتنازع فيه وذلك وفقا للقاعدة العامة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"؛ أما إذا تعلق النزاع حول وجود المتاع مع وجود دليل، القاضي بدوره يقوم بحماية المدعى الذي ادعى وجود متاع محل النزاع إلا أنه لا يملك في يده حجية تثبت صحيح ادعاءاته في وجود المتاع المتنازع فيه.

33-اهتم المشرع الجزائري بقضايا شؤون الأسرة واعتبارها من النظام العام، وذلك من خلال تفعيل دور النيابة العامة وجعلها طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة.

34-ان لقاضي شؤون الأسرة دورا هاما في إثبات النسب أو نفيه انطلاقا من أقل مدة الحمل، فيمكن القول فيها أنه متى تجاوز الحمل أقل مدته القانونية، لا يجوز للقاضي البحث في ثبوت النسب من عدمه، فانه يثبت مباشرة، ولا ينفي الا بطريقة الشرعية.

35- اذا زاد الحمل على المدة بين الوفاة والولادة أكثر من مدة الحمل لم يثبت النسب، والعكس صحيح فانه يثبت ولا يقبل الانتفاء.

36-يكون النسب في وطء الشبهة خاضعا لتقدير القاضي للبحث في حسن النية ومدى وقوعهما حقيقة في لبس أو غلط، وهنا يثبت النسب، أو ينتفي متى تبين له علمهما وجه الشبهة.

37- أن تحاليل البصمة الوراثية من المسائل العلمية الدقيقة التي يصعب على القاضي استبعادها لتعذر تسبيب ذلك، ولذا فان أغلب الأحكام القضائية نأخذ بالخبرة العلمية وتصادق عليها.

38- الجملة الأخيرة من المادة 64 من قانون الأسرة أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وأن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة،

ومنطلق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ما هو مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن ينقطع عنه أهله نهائيا.

39-ما يعاب على المشرع الجزائري أنه نص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة في كلمة واحدة بحيث ربط حق الحضانة بحق الزيارة، فالمشرع الجزائري لم يتكلم على الشروط ولا كيف تتم الزيارة ولا عن مكان الزيارة بل تركها لسلطة القاضي.

40-القانون ترك المسائل المتعلقة بالزيارة لتقدير القاضي، وعليه فان حكم القاضي المسند للحضانة لابد وأن يكون متضمن لكيفية ممارسته، من حيث المكان والزمان، وكحل بديل يمكن أن تكون الزيارة في مكان قريب من الحاضنة وليس ببيتها حتى ولو كان الطفل أقل من عامين، فقد قدرت المحكمة العليا في قرار لها، المسافة التي تعد حائلة دون تحقيق الزيارة للرقابة هي سنة برود أي ما يعادل 1000 كلم بين مقر الحضانة وولي المحضون.

41-تمديد الحضانة يتوقف على قاضي شؤون الأسرة ومصلحة المحضون.

42-نرى أنه لا مانع في عدم إسقاط الحضانة عن الحاضنة لزوجها بغير قريب محرم إذا كان في ذلك مصلحة للمحضون ومن خلاله يقوم القاضي بإعمال دوره الايجابي في التأكد من تمسك المحضون بحاضنته. كما ونعلم أن الحضانة تسقط بزواج بغير قريب وذلك لحمايته والحفاظ عليه، إلاّ أنه نرى لابد من وجود استثناء ولابد أن يكون هذا الأخير وفق شروط أسس صحيحة يستند عليها لترك الحضانة للأم لأن مصلحة المحضون تكون فوق الجميع، ومن بين هاته الشروط هو أن يقوم القاضي بتحقق والتأكد بأن مصلحة المحضون تكمن عند حاضنته التي تزوجت بزوج غير قريب، كمثال أن يضع أطباء نفسانيين يتأكدون من أن المحضون متمسك بوالدته وعدم وجود ضرر من ذلك، كما يقوم أيضا القاضي بوضع مستشارين اجتماعيين يقومون بزيارة ومتابعة مجريات حضانة هذا الطفل والتحقق والتأكد من وضعه ونسبة حمايته لمدة 3سنوات متتالية على الأقل كما أنه ولابد من البحث عن أخلاق الزوج فإذا كان رجلا مستقيما محمود الأخلاق لا يخشى منه على المحضون، أو أنه ليس أمين، وعليه تبنى قناعة القاضي من خلال كل هذه التقارير المقدمة له ويحكم من خلالها بحضانته لأمه أو لا.

43-إنّ تقدير قاضي شؤون الأسرة عند الحكم بمسكن الحضانة فانه يكون أمام حالتين: لابد وأن يتبين للقاضي بأن هذا السكن تتوفر فيه جميع وسائل العيش، هذا فيما يخص الحالة الأولى أما الحالة

الثانية جاءت معاكسة تماما للحالة الأولى. بحيث نجد أن الأب لم يعرض سكنا لممارسة الحضانة، أو أن يعرض سكنا غير ملائما، هنا يتدخل القاضي بدوره الايجابي ويحكم عليه بدفع بدل الإيجار.

الاقتراحات:

1 – لابد من اضافة مواد تدعيمية زيادة عن المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري موضحين فيها بعث الحكمين كألية من أليات الاصلاح الأسري.

2–حبذا لو أن المشرع الجزائري يتبني فكرة الوساطة الأسرية ويضمها الى وسائل الاصلاح الأسري باعتبارها ألية من الية حل النزاعات الأسرية، وذلك باستبعاد بعض الحالات التي تمس بالنظام العام في قضايا شؤون الأسرة، وسن الحالات التي يتم اللجوء فيها الى الوساطة الأسرية من خلال استثناءات يتم أدراجها في نص المادة 994 من قانون الاجراءات المدنية والادارية من أجل الحفاظ على كيان الأسرة واستقرارها.

4– إدراج الأخصائي الاجتماعي العائلي إلى جانب الوسيط القضائي داخل المحكمة لدعم مساعي الإصلاح بين الزوجين

4–توفير أساليب ووسائل الحماية والتنشئة والتوجيه لأفراد الأسرة في المراحل الأولى من حياتهم باعتبار أنّ كل مولود هو مشروع زواج ومشروع مجتمع.

5– لابد من تعديل قانون الأسرة تعديلا يقتضي اضافة نص قانوني ينص صراحة على بطلان الزواج الذي تم ابرامه بدون اذن قضائي من قبل شخص لم تتوفر فيه سن المحدد قانونا، ومع تعليق منح الاذن على شهادة طبية تثبت قدرة المقبل على الزواج نفسيا ومعنويا وجسميا والقدرة على تحمل تكاليف الزواج وبيان حالات الاجازة إذا اقتضت مصلحة القاصر ذلك.

6–ضرورة تخصيص دورات تكوينية الزامية تقدم للمقبلين على الزواج حتى تنتج ثمارا أكبر للأسرة ولتفادي اشكالية اعادة تغيير محتوى نصوص القانون بسبب قصورها عن تحقيق المطلوب.

7–لو أن المشرع الجزائري يعيد تبني فكرة الوكالة في الزواج مع إعادة ضبطها وفق شروط محكمة تقيد وكبل الزوج وتبين حدود نيابته كما ولابد من الاشارة أن الوكالة تقع الا في حالات الزواج دون الطلاق، اذ ليس من المعقول أن ينوب النائب على موكله أثناء جلسات محاولة الصلح أو حتى النطق بلفظ الطلاق ففي مثل هذه الحالة الوكالة لا تصح.

10-لا تزال منازعات شؤون الأسرة تشكل النصيب الأوفر ضمن المنازعات المطروحة أمام الجهات القضائية، إذ لا بد من وضع قانون إجراءات تقاضي خاص بشؤون الأسرة.

12-لابد من استحداث وتطوير عقد الزواج بحيث يصبح انعقاد الزواج عبر وسائل حديثة وتوثيقه يكون عبر مواقع الكترونية حديثة بحيث تساعد في حماية القاصر من الزواج دون السن القانونية من جهة والتعدد في الزواج من جهة أخرى بحيث يتم آليا.

12- حبذا لو أن المشرع الجزائري يعيد النظر في المسائل الخاصة بتقديم الإذن بزواج القصر بحيث يأتي بنصوص تبين الجزاء الواجب تطبيقه في حالة مخالفة نص م 07 ق.أ.ج باعتبار أن سن الزواج هو من النظام العام.

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

- **القران الكريم برواية ورش**

أولا–قائمة المصادر:

***باللغة العربية**

1. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية (دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض)، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، سنة 1995.
2. إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي أبو إسحاق، المذهب في فقه الامام الشافعي، كتاب النكاح، ص189،188، يوم 2019/05/20، على الساعة 14.
3. ابراهيم سيد أحمد، اليمين الحاسمة فقها وقضاء، دار شتات للنشر والبرمجيات، دار الكتب القانونية، مصر، الامارات، سنة 2012.
4. ابراهيم سيد أحمد، عقد الصلح فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، دار شتلت للنشر والبرمجيات، مصر، الامارات، سنة 2012.
5. ابراهيم صادق الجندي، حسين حسن الحصيني، تطبيقات تقنية البصمة الوراثية ADN في التحقيق والطب الشرعي، الطبعة الأولى، الأكاديميون للنشر والتوزيع، سنة 2014.
6. ابن العربي المالكي، أحكام القران، القسم الأول، طبعة الثالثة، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 2003.
7. إبن الملقن، سراج الدين أبي حفص عمر بن علي الأنصاري، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، الجزء 01، الكويت، دار غرائس، سنة 2010.
8. ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، ادارة الطباعة المنيرية، مصر.
9. ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبدالله المقدسي، المغني على مختصر أبي عمر بن الحسين ويليه الشرح الكبير على متن المقتع، الجزء 02، طبعة جديدة بلأفوفست، بيروت، دار الكتاب العربي، سنة 1983
10. ابن منظور، أبو جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، المجلد الثالث، لبنان،سنة 1990.
11. ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، المجلد الثاني، الجزء 12، دار المعرف، القاهرة، مصر.

12. ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، لسان العرب، الجزء 03، 04، مصر، دار الجبل ودار لسان العرب، بيروت، مجلد 5، سنة 1988.

13. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، الجزء8، باب الجيم مادة جلس، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، سنة 1990.

14. أبو الحسن أحمد بن محمد أحمد الضبي، اللباب في الفقه الشافعي، دار البخاري للنشر والتوزيع.

15. أبو الوفا محمد أبو الوفا ابراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الاثبات الجنائي، في القانون الوضعي والفقه الاسلامي، المكتب الجامعي الحديث، سنة 2016.

16. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي (بابن رشيد الحفيد)، بدية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان.

17. أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، دار الامام مالك للكتب، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2010.

18. أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، بيروت، دار الفكر، سنة 1957.

19. أبو زهرة محمد، محاضرات عقد الزواج وأثاره، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، سنة 1971.

20. أبو هشهش محمود أحمد، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان الأردن، سنة 2010، طبعة الأولى.

21. أبو يحي، محمد حسن، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، عمان المركز العربي للخدمات الطلابية، سنة 1998.

22. أبوبكر بم مسعود بن أحمد الكساني الحنفي، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطيعة الثانية، دار الكتب العلمية،،الجزء 06، سنة 1986

23. أبوزيد رشدي شحاتة، الاجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، دار الوفاء، الاسكندرية، طبعة 1، سنة 2008.

24. أبي القاسم بن الجلاب البصري، التفريع، الجزء الثاني، دار الغرب الاسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1987.

25. أحمد الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2009.

26. أحمد الحصين، لماذا الهجوم على تعدد الزوجات، الطبعة الأولى، دار الضياء للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض، سنة 1990.

27. أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الاسكندرية، سنة 2010.

28. أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تحقيق مصطفى أحمد الزرقا، طبعة الثانية، دار القلم، دمشق، سنة 1989.

29. أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به واجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، القاهرة، سنة 2004.

30. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة الاسلامية، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، دار الجامعة بيروت، سنة 1998.

31. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الاسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 1997.

32. أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، سنة 2007.

33. أحمد محمد أحمد لطفي، التلقيح الاصطناعي بي أقوال الأطباء وأراء الفقهاء، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2006.

34. أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية، تعليق على النصوص، دار الكتب القانونية، مصر، دن.

35. أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2004.

36. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2009.

37. ادريس النوازلي، جريمة النصب المعلوماتي قانونا، واقعا، وقضاء، الطبعة الأولى، المطلعة والوراقة الوطنية، مراكش، سنة 2015.

38. أسامة ديب مسعود، الاكراه في عقد النكاح دراسة مقارنة بين المذهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية، عمان، دار الثقافة، سنة 2011.

39. أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2008.

40. اسحاق ابراهيم منصور، نظرية القانون والحق وتطبيقاته في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات

الجامعة، الطبعة 10، سنة 2008.

41. اسماعيل الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، سنة 1489هـ.

42. أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2006.

43. اقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، دراسة فقهية قانونية، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2012.

44. الامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الشيخ على محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء الخامس (الطهارة، اللعان، الرضاع، الوطء، الاجارة)، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، دار المنار للنشر والتوزيع، مصر، سنة 1987.

45. أنس محمد حسن ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في اثبات ونفي النسب دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الاسكندرية، سنة 2010.

46. أنس محمد عبد الغفار، التعسف في استعمال الحق (دراسة أصلية تطبيقية في القانون المدني والفقه الاسلامي)، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الامارات، سنة 2014.

47. الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، دراسة تأصيلية وتحليلية لدور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الازازيطة، الاسكندرية، سنة 2001.

48. أنور الطلبة، المنور في شرح القانون المدني، اسجار، الأماكن، العارية، الوكالة، الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية، سنة 2006، ص 228.

49. أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية، للمسلمين النصوص، والفقه ومبادئ القضاء، الجزء الثاني، دار الفكر الجامعية، سنة 2000، ص 247،248.

50. أوان عبد الله الفيضي، أحكام حق الجنين في النسب، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، سمة 2015، ص 75.

51. ايهاب أحمد سليمان أبو الهجاء، الحيل وأثرها في الأحوال الشخصية، دراسة نظرية تطبيقية، دار النفائس للنشر والتوزيع.

52. باديس ديابي، أثار الرابطة الزوجية، تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2008.

53. باديس ديابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، اقرار البينة، تلقيح الاصطناعي، البصمة الوراثية ADN، نظام تحليل الدم ABO، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، سنة 2010.

54. باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، سنة 2012.

55. باوني محمد، محاضرات في المواريث، تمارين محلولة، الطبعة الثانية، مكتبة اقرأ، قسنطينة، الجزائر، سنة 2011.

56. البخاري علاء الدين عبد العزيز أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوي،الجزء 04، دار الكتاب الاسلامي، القاهرة، سنة 1995.

57. بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، سنة 1998.

58. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، الجزء الأول، دار الطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 1967.

59. بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.

60. بديعة علي أحمد، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب أو نفيه، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2011.

61. بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدونة والإدارية، منشورات بغدادي، الطبعة الأولى، الجزائر، سنة 2009،.

62. بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2010.

63. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق أخر التعديلات ومدعم لأحدث اجتهادات المحكمة العليا،الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2012.

64. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، سنة 2008 .

65. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1999.

66. بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، الجزء الأول، الطلعة 06، بدوان المطبوعات الجامعية الجزائر، سنة 2010.

67. بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2009.

68. بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، سنة 1429هـ، 2008م.

69. بن الشيخ أث ملويا، رسالة في الطلاق الخلع، دراسة فقهية قانونية وقضائية ومقارنة، سلسلة دراسات قانونية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، سنة 2013.

70. بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة 03، سنة 2011.

71. بوبشير محمد أمقران، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1999.

72. بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة، الجزائر، الطبعة 15، الجزء 1،سنة 2013.

73. بوضياف عادل، الوجيز في شرخ قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، سنة 2012.

74. بوغرارة صالح، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، سنة 2013.

75. بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة، الباب الأول، الزواج وانحلاله، أركان الزواج، النسب، الطلاق، العدة، الحضانة، النفقة، مدعم باجتهادات المحكمة العليا، دار الألمعية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2015.

76. تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجله الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، سنة 2017.

77. تشوار حميدوا زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية كمقارنة، الجزئيين 01 و02، دار الكتب العلمية، دن.

78. جباري عبد المجيد، دراسات قانونية في المادة الجزائية على ضوء أهم التعديلات الجديدة، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر سنة 2013.

79. جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، طبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، سنة 1401هـ.

80. جمال الحوشيي، الصمة الوراثية واثبات النسب، منشور على الموقع : www.nooran.org.pdf

81. جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2003.

82. جمال فخري جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2009.

83. جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، سنة 1993.

84. جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد، عمان، الأردن، الطبعة 01، سنة 2009.

85. الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2008.

86. حافظ الدين النسفي، البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، ضبطه وخرج أياته وأحاديثه زكريا عميرات، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1415هـ، 1994م.

87. الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، الجزء الثالث، بيروت، سنة 2009.

88. حجازي، مندى عبد الله محمود، التعبير بالإرادة عن طريق الانترنت واثبات التعاقد الالكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، طبعة الأولى، الإسكندرية، سنة 2010.

89. حسام الأحمد، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2010.

90. حسبن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاء طبقا لأخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 1 لسنة 2000، دار الأفاق العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2001.

91. حسن على الذنون، النظرية العامة للالتزامات، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2004.

92. حسن قاسم، مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء وتطور عقد الوكالة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2011.

93. حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الازاريطة، الإسكندرية، سنة 2009.

94. حمدي باشى عمر، القضاء المدني، طبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، سنة 2009.

95. حميد بن شنيتي، نظرية الالتزامات، نظرية الحق، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة حسناوي مراد، الجزائر، سنة 2014.

96. حميد بيرار، نظرية الحق وتطبيقاته في أحكام الأسرة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2013.

97. خالد داودي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، الطبعة الأولى، دار الإعصار العلمي، سنة 1439هـ 2018م.

98. الخرشي محمد بن عبد الله بن علي، شرح الخرشي على مختصر سدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوى، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، طبعة الأولى، الجزء03، سنة 2006.

99. الخطيب الشربيني الشافعي، نهاية المحتاج الى شرح المناهج، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة.

100. خليفة محمد المحرزي، المجلس الاستشاري للأسرة، تجربة دولة الامارات العربية في الارشاد الأسري، موقع:
https://uafcc.com/%D8%AA%D8%AC%D8%B1%D8%A8%D8%A9-%D8%AF%D9%88%D9%84%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%85%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D8%A8%D9%8A%D8%A9-%D9%81%D9%8A-7%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B1%D8%B4%D8%A7

101. دائرة القضاء، التوجيه الأسري، يوم 2021/01/18، على الساعة 22سا الموقع:
https://www.adjd.gov.ae/AR/Pages/Family-guidance.aspx

102. دليلة جلول، الوساطة القضائية في القضايا المدنية والإدارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2012.

103. راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الاسلام والخصومة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، سنة 2010.

104. رسمية عبد الفتاح الدوس، الفسخ لعدم الانجاب دراسة فقهية مقارنة بالقانون، الطلعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، سنة 2016.

105. رشيد شحاتة أبوزيد، الاجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، دار الوفاء للطباعة والنشر، الاسكندرية، سنة 2008.

106. رشيد شحاته أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2001.

107. رضا أحمد، معجم متن اللغة، دار مكتلة حياة، جزء الثالث،بيروت، سنة 1958.

108. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2008.

109. الزبيدي محمد مرتضي، تاج العروس من جواهر القاموس تمية باب الولو والياء، باب الألف اللينة، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 2007.

110. الزليعي فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب الاسلامي، الطبعة الثانية، الجزء 05، القاهرة، دت.

111. زهور الحر، زواج القاصرة بين القانون والواقع، العدد 01، دفاتر الحكامة، المغرب، سنة 2015.

112. زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، دار النشر أنسكلوبيديا.

113. الزيباري رشيد عمر، الاختلاف بين الزوجين في متاع المنزل، دراسة مقارنة، دار دجلة، عمان، طلعة الأولى، سنة 2009.

114. السجستاني، أبي دواد سليمان إبن الأشعت، سنن أبي داود، الجزء 01، بيروت، دار الجيل، سنة 1992.

115. سرسخي شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت لبنان، الجزء 20، سنة 1986.

116. سعاد سطحي، أحكام الحضانة في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية قسنطينة، العدد 17، دار الهدى، عين مليلة، نوفمبر 2004.

117. سليمان ولد خسال،الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري،الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر.

118. سليمان ولد خسان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، الجزائر، دار طليطلة، سنة 2010.

119. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد– مصادر الالتزام، طبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2000.

120. سيد أمين، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، القاهرة، سنة 2009.

121. السيد سابق، فقه السنة، ج2، دار الجبل، دب ن، دت.

122. سيد قطب، في ظلال القران، الجزء05، دار الشروق لنشر والتوزيع، دمشق، سنة 2005.

123. الشافعي، شمس الدين محمد بن أبي العباس تهاية المحتاج إلى شرح المناهج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، الجزء 02، بيروت، دار احياء والتراث العربي، سنة 2005.

124. الشافعي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج الى شرح المناهج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، الجزء 05، بيروت، دار أحياء التراث العربي، سنة 2005.

125. الشربيني محمد الخطيب، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المناهج على متن مناهج الطالبين، الجزء 02، دار الفكر، بيروت، دت.

126. شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الاسلام، لبنان، الدار الجامعية، الطبعة 04، سنة 1983.

127. شمس الدين خضر سالم رمضان، عقد الصلح في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة القاهرة، سنة 2008.

128. الشنفطي، محمد بن أحمد سالم المجلسي، بن إسحاق خليل، لوامح الدور في هتك أثار المختصر خليل، ج07، كتاب الطلاق، الإيلاء، الظهار، اللعان،العدد، دار إبن الجزوي، القاهرة، سنة 2017.

129. الشيخ موسى الحاج موسى، القضاء الشرعي السني تنظيمه واختصاصه، دراسة مقارنة، منسورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة 2008.

130. شيماء محمد سعيد خضر البدراني، أحكام عقد الصلح، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الاسلامية، الطبعة 01، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2003.

131. صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الاسلامي، السرطان، الإيدز، الالتهاب الكبدي الوبائي، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2012.

132. صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة2011.

133. صديق سهام، الطرق البديلة لحل النزاعات الادارية، مذكرة ماجستير في القانون العام، قسم الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2013.

134. صفاء محمود محمد العياصرة، المستجدات العلمية وأثرها على الفتوى في الأحوال الشخصية، عمان، دار عماد الدين للنشر والتوزيع، سنة 2009.

135. طاهري حسين،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر، 2009.

136. طفياني مخطارية، اثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الاسكندرية، سنة 2013.

137. طلال عبد المنعم الشواربي، عمرو السعيد أبو الخير، الحلول الفقهية والقضتئية للمنازعات أمام محاكم الأسرة، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2011.

138. الطيب زروتي، اجتهاد القضائي الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة، الجزائر، سنة 2014.

139. عادل حاميدي، الدليل الفقهي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الدار البيضاء، سنة 2016

140. عادل محمد جبر أحمد الشريف، حماية القاضي وضمنات نزاهته، دراسة مقارنة، بين الفقه الاسلامي وقانون المرافعات المدنية، دار المتب القانونية، مصر، سنة 2011.

141. عبد الحيد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة

الأولى، دار النهضة العربية، مكتبة الزهر للنشر والتوزيع، سنة 2009، 1430هـ.

142. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء 04، دار الفكر، لبنان، سنة 2008

143. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، كتاب الطلاق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، سنة 2003- 1424.

144. عبد الرحمان الصابوني، شرح الأحوال الشخصية السوري الزواج والطلاق، الطبعة الخامسة، المطبعة الجديدة، دمشق، سنة 1979.

145. عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية- قانون رقم 08- 09- الطبعة الثانية، الجزائر، سنة 2009.

146. عبد الرحمان بربارة، شرخ قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2009.

147. عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دراسة فقهية قانونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2014.

148. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، يوم 2020/01/13، على الساعة 20:35، الموقع: http://islamport.com/w/fqh/Web/2793/1540.htm

149. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عان، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، سنة 2000.

150. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، سنة 2014.

151. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري مدعمة بالاجتهادات القضائية، الطبعة 03، دار هومة، سنة 1996.

152. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر سنة 1996.

153. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثالثة معدلة، دار هومه، سنة 2018.

154. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها وقضاء (النسب، الرضاع،

الحضانة، نفقة الأقارب)، دار الفكر العربي، سنة 1976.

155. عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الاسلامية حلب، سنة 1986، باب التغليظ من الانتفاء من ولد، الجزء 06، حديث رقم 3481.

156. عبد الفتاح تقية، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الكتب الحديثة، سنة 2011.

157. عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالثة، الأبيار، الجزائر، سنة2011.

158. عبد القادر دوادي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر.

159. عبد الله البخاري الجعفي، الجزء05، رقم الحديث 4121، الجامع المسند المختصر من سنن الرسول عليه الصلاة والسلام.

160. عبد الله المستاري، الحماية القانونية للأطفال القاصرين من خلال جريمة التغرير بقاصرة والحالات التي ترد عليه، محكمة الاستئناف، عدد 05، الرباط، مطبعة الأمنية، سنة 2012.

161. عبد الله المستاري، الحماية القانونية للأطفال القاصرين من خلال جريمة التغرير بقاصرة والحالات التي ترد عليه، محكمة الاستئناف، عدد 05، الرباط، مطبعة الأمنية، سنة 2012.

162. عبد الله بم محمود، الفقه الميسر، فقه الأسرة، النكاح، الطلاق، العدة، الحضانة، الفرائض، الجزء 05، الرياض، دار الوطن، سنة 2011.

163. عبد الله عبد الرحمان السعيدي، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية وما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الاماراتي رقم 28 لسنة 2005، دار الأفاق المشرقة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2012.

164. عبد المجيد سيد منصور، زكريا أحمد الشريني، الأسرة على مشارف القرن 21، الأدوار، المرضى النفسي، المسؤوليات، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي القاهرة، سنة 2000.

165. عبد المطلب عبد الرزاق حمداني، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، سنة 2008.

166. عبد المنعم أحمد سلطان عيد، وسائل فض المنازعات في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة.

167. عبد المومن بالباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر.

168. عبدالرحمن الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، الجزء 01، ط05، دمشق سوريا، المطبعة الجديدة، سنة 1978، 1979.

169. عبلة الكحلاوى، محمد الشماوى، البصمة الوراثية وحجيتها في الاثبات الجنائي، جرائم الزنا والاغتصاب– السرقة والقتل واثبات النسب ونفيه، القاهرة، سنة 2010.

170. عصام أحمد البهجي، تعويض الأضرار الناتجة عن تطبيقات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2006.

171. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 03، الطبعة 02، دار الكنب العلمية، بيروت، سنة 1986.

172. على أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، سنة 2003.

173. علي فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، الطيعة الثالثة، دار موفر للنشر، الجزائر، سنة 2012.

174. علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر. الجزائر، سنة2013.

175. عليش محمد، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار صادر، الجزء 03.

176. عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، الاسكندرية، سنة 2003.

177. العمروسي أنور، الموسوعة الوفية في شرح القانون المدني، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، سنة 2015.

178. العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، طبعة 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن.

179. الغثوني بن محلة، القانون القضائي الجزائري، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000.

180. غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليطلة، الجزائر، الطبعة 01، سنة 2011.

181. الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005.

182. فخر الدين الرازي، التغيير الكبير ومفتاح الغيب، الجزء العاشر، دار الفكر، بيروت، سنة 1981.

183. فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مدعما بالاجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة الطالب، سنة 2008.

184. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1989.

185. الفيومي، أحمد بن محمد بن يعقوب بن علي، المصباح المنير، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، سنة 1997.

186. قحطان عبد الرحمان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الفرقان، الأردن، سنة 2002.

187. قيس عبد الوهاب الحيالي، ملكية أثاث البيت الزوجية، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان، الأردن، سنة 2008.

188. لحسن بن الشيخ اث ملويا، المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، سنة 2005.

189. لحسين بن الشيخ أث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا، من سنة 1982 الى سنة 2014، دار هومة، الجزائر، سنة 2014.

190. لحسين بن الشيخ اث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2013.

191. لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في القانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2004.

192. مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الامام سحنون بن سعيد التنوخي عند الامام عبد الرحمان بن قسم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطيعة الأولى، الجزء 02، سنة 1994.

193. مجمع الفقه الاسلامي الدولي، حكم اجراء العقود بالات الاتصال الحديثة، قرارات الندوة السادسة، جدة، سنة 1410هـ، يوم 2020/02/10، على الساعة 21:38 الموقع

http://http//www.fiqhacademy.org.sa

194. مجمع الفقه الاسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، للدورات 1-10 القرارات 1-97، مأخوذة عن نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر، سنة 2006.

195. محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعجل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع، سنة1434هـ،2013.

196. محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة المعدل بالأمر 05/02، دط، رويبة، الجزائر، دار النشر والتوزيع، سنة 2013.

197. محمد أحمد القضاة، التحكيم في الشقاق بين الزوجين، مجلة دراسات الجامعة الأردنية عمان، الأردن، المجلد 18 أ، العدد الرابع، سنة 1991.

198. محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية والشرعية لإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية ADN، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2008.

199. محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، دار العلوم للنشر والتوزيع.

200. محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الاسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، قرطاج، تونس، الطبعة الأولى، جانفي سنة 1978.

201. محمد امقران بوبشير، قانون الاجراءات المدنية والادارية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الاجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجزائرية، سنة 1981.

202. محمد بن ادريس الشافعي، الأم، الجزء السادس، دار الشعب، مصر، المنصورة، سنة 2001.

203. محمد بن حمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخي، المبسوط، الجزء 19،دار المعارفة، بيروت، سنة، 1993.

204. محمد بن زيوش، محاضرات في قانون الأسرة، جامعة فرحات عباس، كلية الحقوق، دار النفائس للإعلام والالكتروني، مقام الشهيد، سنة 2002-2003.

205. محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، شمس الدين، المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل،الجزء السابع،الطبعة الثالثة، دار الفكر، سنة 1992

206. محمد بن يوسف الصالحي الشامي، سبل الهدى والرشاد، في سيرة خير العباد، الجزء11، القاهرة، دار الكتاب المصري، سنة 1990.

207. محمد حدة، سلسلة فقه الأسرة– الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالأحكام والقرارات القضائية–، الجزء الأول، الطبعة 2، الجزائر، سنة 1994.

208. محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1431هـ، 2010م.

209. محمد عبد الطيف، القضاء المستعجل، طبعة الرابعة، ب ت.

210. محمد عزمي البكري، الحضانة ومسكن الحاضنة، الطبعة الأولى، دار محمود، سنة 2015.

211. محمد علي سكيكر، فقه الاجراءات أمام محاكم الأسرة، دراسة تحليلية نأصيلية مقارنة، دار الفضاة، سنة 2012.

212. محمد كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الاسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2007.

213. محمد كمال الدين، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في النفقة والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2003.

214. محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية دراسة مقارنة، الهندسة الوراثية، البصمة الوراثية. الاستنساخ، دار الفكر والقانون، المنصورة، سنة 2012.

215. محمد لمين لوعيل، مركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، سمة 2004.

216. محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأساسية في الأحوال الشخصية، الجزء الأول في الخطبة والزواج، طبعة الأولى.

217. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام، دراسة مقارنة بين الفقه المذاهب السنية والمذهب الجغفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، الطبعة 02، سنة 1977.

218. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، دار الجامعة، بيروت، طبعة الرابعة، سنة 1983.

219. محمد نجيب عوضين، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة (دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني)، دار النهصة العربية، مصر، سنة 2006

220. محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية. دار الفكر ناشرون وموزعون، الأردن، الطبعة الثالثة، سنة 2010.

221. محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم، وتمييزه عن غيره– الصلح، الوكالة، الخبرة، المكتب العربي الحديث، الاسكندرية، سنة 2009.

222. محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، الصلح، الهبة، القرض والدخل الدائم، العارية، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، القاهرة1970.

223. محمود شلتوت، المسؤولية المدنية والجنائية، دار الشروق، بيروت، دت.

224. المصري مبروك، الطلاق وأثره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، سنة 2010.

225. مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن، دراسة مقارنة بالقانون، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، الطبعة 01، سنة2011.

226. مصطفى بن العددي، أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة 01، سنة 1988.

227. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، سمة 1987، الجزء 03، حديث رقم 3317.

228. المغاوي محمد عبد الرحمن الفقي، التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، سنة 2011.

229. مفيدة شكشوك، تقدير قاضي شؤون الأسرة للضرر والتعويض في حالة التطليق، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، سنة 2019.

230. منجد الطلاب، نظر فيه وقف على ضبطه فؤاد افرام البستاني، الطبعة 10، دار المشرق، بيروت، لبنان، سنة 1980.

231. منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشربعة الاسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2010.

232. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الجما على الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، تحقيق، عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحاو، دار عالم الكتب، الرياض، الجزء 11.

233. موقع الراشدون، فتوى حكم الزواج عبى الأنترنت، يوم 2020/02/10، الموقع https://www.islammessage.com

234. نادر بوشاشي، اثبات النسب واثبات الأبوة بالوسائل العلمية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار بغدادي للطباعة والنشر.

235. نبيل ابراهيم سعد وأخرون، المدخل الى القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، منشورات الحلبي، سنة 2004.

236. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها، وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، سنة 2006.

237. نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة مادة، على ضوء أحكام الشريعة الاسلامية والاجتهاد القضائي، الطبعة 03 منقعة ومزيدة، دار هومة، 2018.

238. نرمين أبوبكر محمد، محمد سليمان الأحمد، الالتزام بضمان السلامة في عقد الحضانة– دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2014.

239. نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الاسلامية –دراسة مقارنة مع قانون الأسرة –دار السلام.

240. نصيرة دهينة، علم الفرائض والمواريث فقها وعملا، وفق قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الوعي، رويبة، الجزائر.

241. نضال جبر البلوي، التحكيم في الشريعة الاسلامية، تعريفه، أهميته، دليل مشروعيته، ماهيته، أركانه، القانون المطبق على ضوء النزاع، حكم التحكيم، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، سنة 2012.

242. نظال جبر البلوي، التحكيم في الشريعة الاسلامية ونظام التحكيم السعودي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2012.

243. نورة منصورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الاسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر، عيم مليلة، الجزائر سنة 2012.

244. نين عمارة، سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء، الاسكندرية، سنة 2020.

245. الهاشمي هويدي، الاجتهاد الفضائي، عدد خاص، دار النشر، الجزائر، سنة 2001 .

246. هلال عبد اللاه أحمد، حقوق الطفولة في الشريعة الاسلامية دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006.

247. وعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، سنة 2006.

248. وهبة الزحلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 1985.

249. وهبة الزحلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، الطبعة خاصة، الجزائر، سنة 1992.

250. وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الاثبات، بحث مقدم الى مؤتمر الدولي موسوم بالهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد يوم 5 الى 7 ماي سنة 2002، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ماي 2002.

251. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان.

252. وهبه الزحيلي، حكم اجراء العقود بالات الاتصال الحديثة، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، عدد 06، المكتبة الشاملة، سنة 1410.

253. وهيبة سليماني، حقوقيون يطالبون بإعادة النظر في المادة 40 من قانون الأسرة، جريدة الشروق اليومي، صادرة يوم الثلاثاء 30 ديسمبر 2014، الموافق ل 04 ربيع الأول 1436هـ، عدد 4602.

254. يحي أحمد زكريا الشامي، أثار الزواج في القانون الدولي الخاص والفقه الاسلامي، دراسة في مسائل: الجنسية، والميراث، والنفقة، الطبعة الأولى، سمكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، سنة 2016.

255. يحي بن الشريف النووي، شرح صحيح مسلم، الجزء 12، طبعة 01، المطبعة المصرية بالأزهر، سنة 1930.

256. يحي بن شرف النووي، مناهج الطالبين وعمدة المفتين، طبعة 01، دار المناهج للنشر والتوزيع، بيروت، سنة 2005.

257. يحي بن شرف النووي، مناهج الطالبين وعمدة المفتين، طبعة 01، دار المناهج للنشر والتوزيع، بيروت، سنة 2005.

258. يخلف عبد القادر، التعويض عن الأضرار الناتجة عن استخدام الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، سنة 2019.

259. يخلف عبد القادر، التعويض عن الأضرار الناتجة عن استخدامات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، سنة 2019.

260. يعقوبي عبد الرزاق، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق بشرح مختصر لبعض المواد، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2018.

261. يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر سنة 2008.

262. يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الميسر للتوزيع والنشر، سنة 2011.

*** باللغة الفرنسية:**

1- Abderrahmane Hernane, la Hadrhana dans ses rapports avec la puissance paternnelle en droit Algérien, office des publication universitaires, 1996.
2- Alain Bensoussans, internnet, Aspects juridique, éd, hremes, paris, 1996.
3- Alain Bensoussans, le commerce éléctronique, éd, hermes, 1998.
4- Ali becheneb, le droit algérien des contrats, données fondamentales, editions ajed, réghaia, algérie,2011.
5- Annette Bridoux,les écrits en médiation selon le code judiciaire, édition larcier, bruxelles, 2011
6- Aslaoui Lzila Dame justice, Reflexions au fil des jours, entrepris national du livre 1999.
7- Bentounes Meriem, Législtion coloniale en matiére de statut personnek, mémoire,université de perpignan, 2011
8- Bernard Durand, Droit musulman, droit succesanal, paris, litec, n°96,1994.
9- C.f. Mohzmmed salah bey, le droi de la famille et le dualisme, reveue algerienne des siences juridiques economiques et politiques, 1997, 3 n.
10- Hadjira Denouni et benchikh hocine, les évolutions des Rapports entres epoux en droit Algérien de la Famille edition dahlab.
11- Marcel planiol et george Ripert, traité pratique de droit civil Français, tv les obligation, paris librairie générale de droit et de jurisprudene, 2d, 1952.
12- Michelle jean, Baptiste, créer et exploiter un commere éléctronique, édition litec, paris, 1998.
13- Nadia Ait Zia, les algériennes, citoyenne en devnir, édition, le fennec, casablanca,2000.
14- Nammour(f), sevrine cabillac (R), leuyer (H) , droit des obligation, droit francais droit libanais, 1er édrition, delat , 2006.

15- Nourdine saadi, La femme et la loi en Algérie, collection dirgee par fatima mernissi bouchene, 1992.
16- Pierre Deprez, vincent Fauchaux, lois, contrats et usages du multimedia, dition, Dixit, 1997.
17- Stéphane prigent, prépudiation musulmanes effets des jugements étrangers en france, (a propos des cinq arrets rendus par la premiere chambre civile de la cour de cassation le 17 février 2004), droit de la famille. Editions du juris-classeur, avril 2004.
18- Viveyg, traité de droit civil, les obligations, la responsabilité effets, paris, 1988.

ثانيا- الرسائل والأطروحات

1. ابراهيم، باسم محمد سرحان، مجلس عقد البيع بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير، قسم الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، سنة 2006.
2. أحمد البنوضي، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عبد الملك، طنجة، المغرب، سنة 2005، 2006.
3. ايت شاوش دليلة، انهاء الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2014.
4. بتشيم بوجمعة، النظام القانوني للوساطة القانونية، الدراسة في القانون المقارن، مذكرة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، سنة 2011، 2012.
5. بلعواد الزوبير، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الاسلامية والقانون، مذكرة لنيل اجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة 12، مجلس القضاء، الجزائر، 2004.
6. بن شهرة طيب، التحكيم ودوره في تسوية منازعات الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2008.
7. بن عصمان نسرين ايناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة المقارن، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2008،2009.
8. بوجاني عبد الكريم، اشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، سنة 2014.

9. بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في اثبات ونفي النسب، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، سنة 2012.

10. جمال عياشي، تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2002- 2003.

11. جميلة مسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، سنة 2006/200.

12. حسن زياد بن عيسى، التحكيم في الفقه الاسلامي ومدى تطبيقه في قانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة ماجستير، كلية أصول الدين الجامعية، جامعة البلقاء التطبيقية، الأردن، سنة 2006.

13. حسيني عزيزة، الحضانة في القانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2000.

14. دزيري خليل، دور القاضي فب انعقاد الزواج وانحلاله، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، سنة 2014،2015.

15. دواوي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة، مذكرو ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الاسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر1، سنة 2010/ 2011.

16. رابطي زهية، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2008.

17. زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق، دراسة للنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2006، 2007.

18. ساجية بوزنة، الوساطة في ضل قانون الاجراءات المدنية والادارية، مذكرة ماجستير في القانون، القانون العام، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان عبيدا، بجاية، سنة 2011، 2012.

19. سوسن بوفنارة، الولاية النيابية في إنشاء الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الأحوال الشخصية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، سنة 2011.

20. شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون

الوضعية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2014/2013.

21. شمروك محمد وأخرون، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وإنحلاله، مذكرة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، سنة 2005، 2008.

22. صالحي سمية، الوسائل المستحدثة ودورها في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه، جامعة الأمير عبدالقادر قسنطينة، سنة 2017.

23. عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2003، 2004.

24. عروة عبد الكريم، الطرق البديلة لحل النزاعات القضائية (الصلح والوساطة القانونية)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 2012.

25. علواش هشام، سلطة القاضي في حماية أموال القاصر، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية، ماجستير، أحوال شخصية، جامعة الأمير عبدالقادر، قسنطينة، سنة 2008.

26. علي بن عوالي، الصلح ودوره غي استقرار الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، سنة 2011، 2012.

27. علي عيساني، الظلم والصلح في المنازعات الادارية، مذكرة ماجستير في قانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2007.

28. عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة نيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن مخدة، الجزائر، سنة 2011

29. فاظل أحمد، الدور الايجابي للقضاء في الدعاوى المدتية، دراسة تحليلية للدور الايجابي للقضاء المدني في مجال الخبرة القضائسة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2012، 2013

30. كريمة وعراب، الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17، الجزائر، سنة 2009.

31. لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، رسالة لنيل درجة

الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة 2006، ص 88 و89.

32. محمد الفلاقي، الصلح والطرق البديلة لتسوية النزاعات الاسرية، رسالة الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، سنة 2007، 2008.

33. محمد بن علوين، انحلال الزواج وآثاره، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 15، الجزائر، سنة 2003-2006.

34. محمد عوني محمد الطويل، الوكالة في مسائل الأحوال الشخصية دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لاستكمال لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، بكلية الدراسات العليا، في جامعة الخليل، سنة 2015.

35. محمود خميس حسن محمد خميس، حق المسكن الشرعي للزوجة، دراسة فقهية تطبيقية، أطروحة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، سنة 2012.

36. محمود سالم مصلح، موانع الميراث في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية لقطاع غزة، مذكرة استكمال لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، بالجامعة الإسلامية بغزة، سنة 2008.

37. مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتورا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية، سنة 2011-2012.

38. مصطفى مناصريه، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات ونفي النسب، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، سنة 2007-2008.

39. مطيع عبد الواحد، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة، بحث لنيل الاجازة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول بوجدة، المغرب، سنة 2010/2009.

40. نجية زتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، سنة2006.

41. وائل محمد علي الخلفي، القضاء بالتعويض في مسائل الأسرة، دراسة مقارنة، رسالة انيل درجة

الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، سنة .

42. وعراب كريمة، الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 17، الجزائر، 2006-2007.

ثالثا- المقالات:

***باللغة العربية:**

1- أيمن يعد سليم، التوقيع الالكتروني، دار النهضة العاربية، القاهرة، سنة 2004، ص 82؛ زينة حسين، مشروعية ابرام عقد الزواج عبر الانترنت، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد 03، الاصدر 14، سنة 2012.

2- مبروك بن زيوش، نفقة المطلقة والأولاد في ظل القانون رقم 15-01 المتضمن انشاء الصنـدوق الخاص بها، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 05، مارس 2015.

3- مقدم عبد الرحيم، صندوق النفقة الجزائري الجديد تجربة دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات العربية، مجلة البحوث والدراسات الانسانية، العدد 12، الجزائر، 2016.

4- نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها، مجلة المجتمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، العدد 17، سنة 2004.

5- علي مصطفى علي، إشتراط الولاية في النكاح، مجلة المعيار، العدد 34، سنة 2013.

6- عقيلة بلقاسم، رقابة القاضي على تصرفات الولي الشرعي في أموال القاصر في التشريع الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، المجلد08، العدد02، سنة 2020.

7- نبيلة بن عائشة، إرادة المرأة بإنشاء الرابطة الزوجية "التطليق"، مجلة تحولات، العدد 01، سنة 2018.

8- عيساوي فاطمة، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، مجلة معارف، العدد 08، سنة 2010.

9- خضزاوي لهادي، الأهلية كشرط لإبرام عقد الزواج حسب أخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات، عدد 22، سنة 2012.

10- بن داود عبد القادر، الطلاق بارادة الزوجة حال ماتكون العصمة بيدها ومشكلة النشوز بين غموض القانون وإختلاف الإجتهاد القضائي، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 08، العدد 09.

11- سنوسي علي، الشغور القانوني في اجراءات المادة الأسرية، دراسة موضوعية اجرائية للوساطة التصالحية في قضايا النزاعات الأسرية على ضوء القانونين (05-09) و(08-09)، مجلة الاجتهاد

القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 12، العدد 02 (العدد التسلسلي20)، أكتوبر 2019.

12- لوقرة أم الخير، حق المحضون في أجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق، مجلة العلوم الانسانية، المجلد 19، العدد01، سنة، 2019.

13- جروني فائزة، تدخل النيابة العامة في ظل القانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 13، جوان 2016.

14- بلقاسم أعراب، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي المقارن (دراسة تأصيلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، سنة 1994.

15- تشوار جيلالي، سن الزواجين الاذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 37، سنة 1999.

16- قتال جمال، نفقة المطلقة كأثر من أثار فك الرابطة الزوجية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد06، العدد 01، جانفي 2020.

17- فاطمة الزهراء تبوب، نسب ابن المغتصبة تعليق على قرار المحكمة العليا رقم 734072 المؤرخ في 2012/03/15 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2013.

18- عمر زودة، دور النيابة العامة في الدعوى المدنية، المجلة القضائية، العدد الثالث، مجلة تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر.

19- عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة الأمر رقم 05-02، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني.

20- عطاء الله غريبي، الحقوق الزوجية في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة حوليات، جامعة الجزائر1، العدد32، الجزء الأول، سنة 2018.

21- عدنان ابراهيم سرحان، المسؤولية الطبية المهنية في القانون الفرنسي، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية لمهنيين، المسؤولية الطبية، الجزء الأول، طبعة 20، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2004.

22- عبد الرحمن خلفي، دور البصمة الوراثية في تطوير قواعد الاثبات الجنائي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة ميرة، بجاية، مجلد08، عدد02، الجزائر، سنة 2013.

23- عبد الحميد عيدوني، هل يعترف المشرع الجزائري بالطلاق الرجعي؟، مقال منشور في مجلة القانون والأعمال، العدد07، جامعة الحسن الأول، المغرب، ديسمبر 2014.

24- سلمان نصر، نفقة وسكنى المطلقة المبثوثة، دراسة حديثة فقهية، مجلة المعارف، المجلد 06، العدد 10.

25- سليمان نصر، مرويات نفقة وسكنى المطلقة المبثوثة، دراسة نقدية، مجلة المعيار، المجلد01، العدد01.

26- سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة، دورية المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة الجزائر، العدد9، سنة 2004.

27- اياد عايد فتحي السمحان، منتهي داود حجازي، قابلية توارث المطلقة البائنة بين الفقه والقانون، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، ملحق 03، سنة 2014.

28- سحارة السعيد، ميدون مفيدة، حماية الحقوق المتبادلة بين أفراد الأسرة في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد12، العدد01، مارس 2019.

29- خليل عمرو، ميراث المرأة المطلقة وفقا لقانون الأسرة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الأول، المجلد 03.

30- حساين عبود، بعض مشكلات انتهاء الخطبة بدون زواج، مجلة محكمة، العدد الرابع، يونيو، سنة 2008.

31- بن عيشوش فاطمة، حق المطلقة في المتعة بين الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد01، أفريل 2018.

32- بن عومر محمد الصالح، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري عبى ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 02، سنة 2012.

33- بن قوية سامية، أثار الحضانة في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 01، سنة 2010.

34- جناذي نبيلة، النقص التشريعي في تنظيم نفقة المتعة وواقع تقديرها في قانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، العدد الثامن، سنة 2017.

35- انغتم محمود الخفاجي، حق السكني للزوجة المطلقة، مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية للعلوم الانسانية، المجلد 26، العدد الأول، اذار سنة 2019.

36- تافرونت الهاشمي، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة في التشريع الجزائري، مقال منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد الرابع، العدد الثاني، جوان 2017، ص 201

37- عيادة الحسين، الحماية القضائية للأسرة عبر النفقة الزوجية، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، المجلد 12، العدد02، القسم (أ) العلوم الاقتصادية والقانونية، جويلية 2020 .

38- سليم، ظاهرة تصنف ضمن المشكلات " المسكوت عنها"، 45 ألف طفل مجهول النسب بالجزائر سنويا، جريدة الخبر، يوم 5نوفمبر 2014.

***باللغة الأجنبية:**

Article:

1- Royaume du papeir « l'administration et nouvelle téchnologie de l'information, étude du conseil d'etat, la documentation francaise, n°4851, 1988.
2- Pierre Deprez, vincent fauchaux « loi, contrats et usages du mulitimedia » éd, dixit, 1997.
3- Coudol thierry-pitte, l'échange de donnés informatisées EDI, Garette du palais, n° 05, 1991.
4- Salima Tlemçani, Mariage des mineures en Algérie, déni et souffrances muettes, article sur le journal el watan, 25 février 2017,
5- Nadia ait zai, on ne comptend pas ce retour au mariage précoce, article sur le journal el el watan,25 février 2017.
6- Abdl kader lazereg, le divorce prend des ampleurs inquiétantes, journal el watan, 09 mai 2017.

رابعا- أعمال الملتقيات وأيام دراسية:

1. نوي عبد النور، طبيعة الصلح ودور القاضي في ملائمة النصوص القانونية للأحكام الشرعية، من أعمال الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، يومي 04و 05 ماي.

2. عبد الحفيظ مبلاط، الوساطة في الجزائر بين الموروث الثقافي والواقع والأفاق، المؤتمر الدولي الوساطة الأسرية ودورها في الاستقرار الأسري، المرجع السابق.

3. عدلان مطروح، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة والتشريع الجزائري والاجتهادات القضائية، مداخلة في ملتقى الدولي الثاني، المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، يومي 24 و25 أكتوبر 2018.

4. مليكة الورغي، الوساطة كوسيلة بديلة لحل النزاعات العائلية، المؤتمر الدولي حول الوساطة الأسرية ودورها في الاستقرار الأسري، يومي 7-8 دجنبر، المملكة المغربية، سنة 2015.

5. محمد المختاري السلامي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الاثبات، بحث مقدم الى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون.

6. علاء الدين عبد الفتاح،، قانون الأحوال الشخصية وأثاره على استقرار الأسرة، أعمل مؤتمر الحماية القانونية للأسرة بين الواقع والطموح، بكلية الحقوق، جامعة عمان، يومي 20-

.2010/04/21

7. فواز لجلط، اشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة شؤون الأسرة، ملتقى وطني بعنوان حماية الأسرة في التشريع الجزائري، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فلرس، المدية، يومي 04 و05 نوفمبر 2015.

8. فاطمة عيساوي، الانجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة معارف، الجزائر المركز الجامعي العقيد أكلي محمد أولحاج، البويرة، عدد06، جوان 2010.

9. زيدان عبد النور، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الاجراءات المدنية الجديد، مداخلة ألقيت في إطار التكوين المحلي المستمر الخاص بالقضاة، مجلس قضاء ورقلة سنة 2010.

10. عقيد خبير عبد القادر الخياط، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الاسلامية، بحث مقدم في مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون.

11. عزيزة همداز، دور النيابة العامة في قضاء الأسرة، مداخلة في يوم دراسي حول المدونة دعامة الأسرة المغربية المتوازنة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، العدد08، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، سنة 2006.

12. زهور الحر، مداخلة تحت عنوان الصلح والوساطة الاسرية في القانون المغاربي والقانون المقارن، الندوة الجهوية الحادية عشر "الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى".

13. خياط محمد، المستجدات الواردة في قانون الأسرة، مداخلة ألقيت بمجلس قضاء سعيدة في إطار التكوين المحلي المستمر الخاص بالقضاة، محكمة المشرية، السنة القضائية 2008-2009.

14. تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الاذن بالزواج، مداخلة لملتقى تحت عنوان حماية الطفولة، منشور قي المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 41، سنة 2000.

15. بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الاجراءات المدنية الجديد، مداخلة ألقيت في إطار التكوين المحلي المستمر الخاص بالقضاة، مجلس قضاء ورقلة سنة 2010.

16. بوذريعات محمد، الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح، من أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، يومي 6 و7 ماي، منشور في السلسلة الخاصة بالملتقيات والندوات، عدد03، الجزائر، سنة 2014.

17. بنسالم وديجا، مداخلة تحت عنوان الوساطة كوسيلة من وسائل البديلة لفض المنازعات، الندوة الجهوية الحادية عشر " الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس

الأعلى".

18. بخالد عجالي، السلطة التقديرية للقاضي في الخلع بين ضوابطها الشرعية وتطبيقاتها القضائية، الملتقى الدولي الثاني، المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، 24 و25 أكتوبر، سنة 2018.

19. المؤتمر الدولي حول الوساطة الأسرية ودورها في الاستقرار الأسري، المملكة المغربية، يومي 7-8 دجنبر 2015

20. أحمد الفقيه، مداخلة تحت عنوان "قراءة في مشروع قانون الوساطة بالمغرب، الندوة الجهوية الحادية عشر "الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى"، قصر المؤتمرات بالعيون، يومي 01 و02 نوفمبر 2007، مطبعة الأمنية الرباط.

خامسا-النصوص القانونية:

I. النصوص القانونية الوطنية:

1. القانون رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 84 مؤرخة في 24 ديسمبر 2006.
2. قانون رقم 20-06 مؤرخ في 05 رمضان هام 1441 الموافق 28 أبريل سنة 2020، معدل متمم الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 25.
3. أمر رقم 07-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، المعدل والمتمم بالقانون 14-08 المؤرخ في 08أوت 2014 المتضمن قانون بالحالة المدنية
4. القانون 18-13 مؤرخ في 27 شوال عام 1439 الموافق 11 يوليو سنة 2018، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، الذي يعدل في أحكام النفقات.
5. الأمر رقم 20-70 يتعلق بالحالة المدنية الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 27 فيفري 1970 ومعدل ومتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014 الجريدة الرسمية رقم 49 المؤرخة في 20 أوت 2014.
6. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
7. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

8. أمر رقم 66-195 مؤرخ في 04 ربيع الأول 23 يونيو 1966، يتضمن تمديد أجل تسجيل عقود الزواج المبرمة قبل صدور القانون رقم 63-224 المؤرخ في 29 يونيو 1963، ج،ر، الصادرة في 12 ربيع الأول 1386 الموافق 1 يوليو 1966، عدد 56.

9. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1492 الموافق 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، الصادرة في 17 ربيع الثاني 1429 الموافق 23 أبريل 2008، عدد 21.

10. أمر رقم 69-72 مؤرخ في 05 رجب 1389 الموافق 16 سبتمبر 1969، يتضمن استثناء لما تصا عليه المادة 05 من القانون رقم 63-224 المؤرخ في 29 يونيو 1963 والمتعلق بإثبات الزواج، ج.ر، صلدرة في 08 رجب 1398 الموافق 19 سبتمبر 1969، عدد 80.

11. القانون رقم 15-01 المؤرخ في 04 يناير 2015 والمتضمن انشاء صندوق النفقة، الطابع الاستعجالي للنفقة، ج.ر، الصادرة في 16 ربيع الأول 1436 الموافق 7 يناير 2015، العدد 01.

12. القانون العضوي 89-21 المؤرخ في 1989/12/12 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التشريعي رقم 92-05 المؤرخ في 1992/10/26 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

13. القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 2004/09/06 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

14. مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أوّل نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية، العدد 82، بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

15. المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992، المتضمن أخلاقيات الطب، ج.ر، الصادرة في 07 محرم 1413 الموافق 06 يوليو 1992، العدد52.

16. مرسوم تنفيذي رقم 15-107 مؤرخ في 2 رجب عام 1436 الموافق لـ 21 أبريل سنة 2015، يحدد كيفيات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 142-302 الذي عنوانه" صندوق النفقة". وجاء كذلك قرار وزاري مشترك مؤرخ في أول رمضان عام 1436 الموافق 18يونيو سنة 2015، يحدد الوثائق التي يتشكل منها ملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة.

17. المرسوم التنفيذي رقم 88-144 المؤرخ في 26 يوليو 1988، والمتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج

المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في الجزائر، في 21 يونيو 1988، ج.ر، رقم 30.

18. المرسوم التنفيذي رقم 06-154 مؤرخ في 13 ربيع الثاني 1427 الموافق 11 مايو 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، ج.ر، الصادرة في 16 ربيع الثاني 1427 الموافق 14 مايو 2006، عدد 31.

19. المرسوم التنفيذي 09-353، المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1430 الموافق 08 نوفمبر 2009، يتضمن القانون الأساس الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالتضامن الوطني، الجريدة الرسمية، العدد64، ص 23.

II. <u>النصوص القانونية العربية:</u>

1. القانون 03-70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، ظهير شريف رقم 01-04-22 صادر في 12 ذي الحجة 1424هـ، الموافق ل 03 فبراير 2004، الجريدة الرسمية 5184، صادرة يوم الخميس 05 فبراير 2004، ص 37.
2. مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الصادرة بتاريخ 1956/08/17 المنشورة بالرائد الرسمي التونسي، عدد 66، ونقح بالقانون المنشور بتاريخ لسنة 07 جويلية 2003، الصادر عن ج.ر، سنة 2003، عدد 51.
3. قانون الأحوال الشخصية المصري الصادر سنة 1920 المعدل والمتمم بالقانون رقم 100 لسنة 2000.
4. ظهير شريف رقم 22-04-01 صادر 12 ذي الحجة 1424، 3 فبراير 2004، بتنفيذ القانون 03-07 بمثابة مدونة الأسرة المغربية.
5. قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، رقم 28 لسنة 2005.
6. قانون الأحوال الشخصية الأردني، رقم 26 الصادر سنة 2010.
7. القانون رقم 11-10 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 111152، 25 في أغسطس 2011 المتضمن قانون العقوبات المغربي.
8. قانون الأحوال الشخصية الكويتي، رقم 51 لسنة 1984.
9. مجلة الأحوال الشخصية التونسية، لسنة 1956 المعدلة.

10. المرسوم التشريعي، رقم 59 الصادر في 1953/09/17 المعدل بالقانون 18 عام 2003، المتضمن الأحوال الشخصية السوري.

سادسا-المجلات القضائية:

-النشرة القضائية، سنة 1985، العدد04.

-المجلة القضائية، سنة 2001، عدد خاص.

-المجلة قضائية، سنة 1972، العدد02.

-المجلة القضائية، سنة 1989، العدد 03. العدد 04.

-المجلة قضائية 1990، العدد 01، العدد 02، العدد 04.

-المجلة القضائية لسنة 1991، العدد01، العدد02، العدد3، العدد 04.

-المجلة القضائية، سنة 1992، العدد 01، العدد02،العدد 04.

-المجلة القضائية، سنة 1993، العدد02.

-المجلة قضائية، سنة 1994، العدد 02.

-المجلة قضائية، سنة 1995، عدد 01.

-المجلة القضائية سنة 1997، عدد01، العدد 02.

-المجلة القضائية لسنة 1998، العدد 02.

-المجلة القضائية، سنة 1999، عدد01، عدد 05.

-المجلة القضائية، لسنة 2000، عدد01.

-المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص، العدد 01، العدد 02.

-المجلة القضائية، سنة 2002، عدد 02.

-المجلة قضائية، سنة 2003، عدد 01، عدد 02.

-المجلة القضائية، سنة 2004، العدد 01.

-المجلة القضائية، سنة 2005، العدد01

-المجلة قضائية، سنة 2011، عدد خاص.

-المجلة القضائية، سنة 2012، العدد01.

-مجلة المحكمة العليا، سنة 1986، العدد 04.

-مجلة المحكمة العليا، سنة 1990، العدد 01.

-مجلة المحكمة العليا، سنة 1991، عدد 02.

-مجلة المحكمة العليا، سنة 2001، عدد خاص.

-مجلة المحكمة العليا، سنة 2004، عدد 02.

-مجلة المحكمة العليا، سنة 2006، العدد 01، العدد 02.

-مجلة المحكمة العليا، سنة 2007، العدد 01، العدد 02.

-مجلة المحكمة العليا، سنة 2008، العدد 01.

-مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد 01، العدد02.

-مجلة المحكمة العليا، سنة 2012، عدد 01.

-مجلة المحكمة العليا، سنة 2013، العدد01، العدد02.

-مجلة المحكمة العليا، سنة 2015، العدد01.

-مجلة المحكمة العليا، سنة 2016، العدد01، العدد02.

-مجلة المحكمة العليا، سنة 2017، العدد 01، العدد 02.

-مجلة المحكمة العليا، سنة 2018، العدد01، العدد 02.

-مجلة المحكمة العليا، عدد خاص للغرفة الجنائية، سنة 2019.

-مجلة المحكمة العليا، سنة 2019، العدد 01، العدد02.

سابعا- القرارات:

1-القرار الثاني والخمسون بشأن إجراء العقود بالات الاتصال الحديثة، الصادر في الدورة السادسة للمؤتمر المنعقد بجدة، المملكة العربية السعودية، من 17-23 شعبان 1410هـ الموافق 14-20 آذار مارس 1990م، مجلة المجمع الفقهي، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، العدد السادس، الجزء الثاني، 1410هـ، 1990م.

2-تقرير عن البصمة الوراثية، مجلة المجتمع الفقهي الإسلامي، مجلة دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، السنة الرابعة عشرة، 1424هـ، 2002م، عدد 16.

3-القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، قرارات المجلي الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات من الأولى الى السابعة عشرة، القرارات من الأولى إلى الثاني بعد المائة، 1398هـ، 1424هـ، 1977م، 2004م.

ثامنا- المواقع الالكترونية:

1- http://ia800208.us.archive.org/35/items/almodawana-alkobra/Modawanh_04.pdf
2- http://ia800208.us.archive.org/35/items/almodawana-alkobra/Modawanh_04.pdf
3- http://ia801704.us.archive.org/22itrms/tabsirathoukam/tabsirathoukam01.pdf
4- https://books-library.online/free-457919217-download
5- https://drive.google.com/file/d/1y6qMMWM8qgGQgGbUoVKjn3hcjTMI95p2/view?fbclid=IwAR0GPxX7f7twNv24JLMWx-HN-ie86QAIDewpth5YtcdErwKjlTMNGfQ59LE
6- https://elearning.univ-bejaia.dz/pluginfile.php/249416/mod_resource/content/0/Cours_Aissaoui%20Azedine_%D9%85%D8%AD%D8%A7%D8%B6%D8%B1%D8%A7%D8%AA%20%D9%81%D9%8A%20%D8%A7%D9%84%D8%B7%D8%B1%D9%82%20%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%AF%D9%8A%D9%84%D8%A9%20%D9%84%D8%AA%D8%B3%D9%88%D9%8A%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%B2%D8%A7%D8%B9%D8%A7%D8%AA.pdf
7- https://publications-img.qurancomplex.gov.sa/?p=139&imagewidth=550&mushaf_gotopageno=%D8%A3
8- https://www.ciddef-dz.com/pdf/autres-publications/Plaidoyer_MariageEnfants_ar.pdf
9- https://www.elhiwardz.com/national/160408/
10-http://www.iugaza.edu.ps/ara/research.
11-http://www.marocdroit.com
12-https://www.ciddef-dz.com/pdf/autres-publications/Plaidoyer_MariageEnfants_ar.pdf
13-https://www.maroclaw.com/%D8%A5%D8%AF%D8%B1%D9%8A%D8%B3-%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%A7%D8%AE%D9%88%D8%B1%D9%8A-%D8%AA%D8%B9%D8%AF%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%B2%D9%88%D8%AC%D8%A7%D8%AA-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%B5-%D8%A7/?fbclid=IwAR3CdosW5Wdh-3XB6BPa4kHOwS3Rrf1w6_bZHCgYAHnu_fg_zO54a8wV23s
14-http://www.coursupreme.dz
15-http://www.parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=5518&cat=14482&
16-https://books.google.dz/books?id=R_NHDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=fr#v=onepage&q&f=false

17-https://platform.almanhal.com/Reader/2/104981
18-https://www.alukah.net/sharia/0/117579/
19-https://www.maroclaw.com
20-https://www.maroclaw.com
21-https://archive.org/details/FP7612/page/n283/mode/2up
22-https://dirasat.ju.edu.jo/SLS/Article/FullText/331?volume=35&issue=2

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

مقـدمـــــة..... 1

الباب الأول:

الدور الإصلاحي للقضاء في الحفاظ على وحدة الأسرة

الفصل الأول:

الدور الحمائي للقضاء من خلال الأذون القضائية

المبحث الأول: الأذون القضائية الخاصة بحماية القاصر..... 15

المطلب الأول: الاذن القضائية بترخيص سن زواج القاصر 16

الفرع الأول: الإذن بالزواج دون السن القانونية..... 16

الفقرة الأولى: دور القاضي في تحديد سن الزواج..... 16

الفقرة الثانية: دور القاضي بترخيص الزواج دون السن القانونية..... 23

الفرع الثاني: دور القاضي في ممارسة الولاية على القاصر على ضوء المستجدات الحديثة..... 35

الفقرة الأولى: الدور الولائي للقاضي في زواج القاصر تقليديا..... 36

الفقرة الثانية: الدور الولائي للقاضي في زواج القاصر الكترونيا..... 39

الفقرة الثالثة: الدور الولائي للقاضي في حماية المكفول..... 45

المطلب الثاني: الإذن القضائي بالتصرف في أموال القاصر 50

الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في تقييد تصرفات الولي على أموال القاصر.. 51

الفقرة الأولى: تقييد القاضي تصرفات الولي في الأعمال الإدارة..... 51

الفقرة الثانية: تقييد القاضي للولي في أعمال التصرف..... 54

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على أعمال الولي..... 59

الفرع الثالث: الإذن بتوقيع الشهادات الادارية الخاصة بالقاصر..... 56

المبحث الثاني: الأذون القضائية الخاصة بعقد الزواج..... 67

المطلب الأول: الإذن القضائي بالترخيص في تعدد الزوجات..... 67
الفرع الأول: تقييد تعدد الزوجات 68
الفقرة الأولى: دور القاضي في تقدير المبرر الشرعي..... 68
الفقرة الثانية: دور القاضي في التحقق من وجود نية العدل..... 71
الفقرة الثالثة: استصدار ترخيص الزواج من القاضي ووجوب إخبارهما..... 74
الفرع الثاني: إشكالات العملية الناجمة عن تقييد تعدد الزوجات..... 80
المطلب الثاني: الإذن القضائي بالتوكيل في الزواج..... 86
الفرع الأول: مفهوم الوكالة في عقد الزواج..... 87
الفقرة الأولى: تعريف الوكالة فقها وقانونا..... 87
الفقرة الثانية: أنواع الوكالة في عقد الزواج..... 90
الفرع الثاني: دور القاضي في الفصل في إشكالات منح الإذن للوكالة في الزواج.... 94

الفصل الثاني:

الدور الإصلاحي للقضاء على ضوء قانون الأسرة

المبحث الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في تفعيل آلية الصلح..... 101
مطلب الأول: دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية..... 101
الفرع الأول: دور القاضي في الصلح عند الطلاق بناءا على ارادة أحد الزوجين..... 102
الفرع الثاني: دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالتراضي بين الزوجين..... 113
الفرع الثالث: دور القاضي عند طلب الخلع من الزوجة..... 114
المطلب الثاني: دور القاضي في مباشرة اجراءات الصلح..... 116
الفرع الأولى: الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح..... 116
الفرع الثاني: الشروط الشكلية لسير جلسة الصلح..... 118
الفقرة الأولى: ضرورة التأكد من هوية الطرفين..... 118
الفقرة الثانية: مباشرة القاضي للصلح بين الزوجين بسماعهما..... 119

الفقرة الثالثة: سرية جلسة الصلح..... 121
الفقرة الرابعة: عدد محاولات الصلح..... 122
الفقرة الخامسة: مدى جواز الوكالة في الصلح بين الزوجين..... 124
الفرع الثالث: تحرير محضر بمساعي الصلح ونتائجه..... 126
المبحث الثاني: تعزيز آليات قضائية للحفاظ على الأسرة..... 129
المطلب الأول: التحكيم القضائي ودوره في الاصلاح الأسري..... 129
الفرع الأولى: تعريف التحكيم ومشروعيته..... 130
الفقرة الأولى: تعريف التحكيم..... 130
الفقرة الثانية: مشروعية التحكيم 132
الفرع الثانية: دور القاضي ومساهمة الحكمين في اصلاح الزوجين..... 136
الفقرة الأولى: أسباب اللجوء الى الحكمين وشروط تعيينهما..... 136
الفقرة الثانية: سلطة تعيين الحكمين..... 140
الفقرة الثالثة: رقابة المحكمة العليا بالنسبة للتحكيم..... 143
المطلب الثاني: الوساطة الأسرية كألية بديلة للإصلاح الأسري..... 145
الفرع الأول: ماهية الوساطة الأسرية..... 147
الفقرة الأولى: تعريف الوساطة الأسرية وأنواعها..... 147
الفقرة الثانية: خصائص الوساطة الأسرية وتميزها عن الوسائل البديلة الأخرى..... 153
الفرع الثاني: دور القاضي في الوساطة الأسرية لحل النزاعات العائلية..... 158
الفقرة الأولى: واقع الوساطة في القوانين المقارنة..... 159
الفقرة الثانية: مكانة الوساطة في التشريع الجزائري. 164

الباب الثاني:

الدور الرقابي للقضاء في حماية الطرف الضعيف داخل الأسرة

الفصل الأول:

الرقابة القضائية التقديرية للتعويض بين الزوجين

المبحث الأول: دور القاضي في تقدير وتعويض الضرر الناتج عن الخطبة والطلاق **173**

المطلب الأول: سلطة القاضي في حل المنازعات الناتجة عن الخطبة والطلاق..... **174**

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة **174**

الفقرة الأولى: تعريف التعويض..... **174**

الفقرة الثانية: الأساس القانوني للتعويض..... **175**

الفرع الثاني: تقدير القاضي للأضرار المترتبة عن العدول عن الخطبة..... **178**

الفقرة الأولى: سلطة القاضي في تعويض الأضرار المترتبة عن العدول عن الخطبة. **179**

الفقرة الثانية: سلطة القاضي في تقدير تعويض منازعات أثار العدول عن الخطبة... **184**

المطلب الثاني: دور القاضي في تقدير التعويض عند الطلاق..... **193**

الفرع الأول: دور القاضي في إثبات الضرر في الحالات المقيدة عند التطليق..... **193**

الفقرة الأولى: اخلال الزوج بالواجبات المادية..... **194**

الفقرة الثانية:اخلال الزوج بالواجبات المعنوية..... **199**

الفقرة الثالثة: التطليق للمخالفات الصادرة عن الزوج..... **205**

الفرع الثاني: سلطة القاضي في الحالات المطلقة وتقديره للتعويض عن ضرر التطليق **206**

الفقرة الأولى: الحالات المطلقة ودور القاضي في تطليق الزوجة..... **206**

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير الطلاق التعسفي وبدل الخلع..... **216**

الفرع الأول: دور القاضي في تقدير الطلاق التعسفي والنشوز..... **216**

الفقرة الأولى: تقدير القاضي للطلاق التعسف..... **216**

الفقرة الثانية: تقدير القاضي للتعويض على النشوز..... 221
الفرع الثاني: دور القاضي في تقدير بدل الخلع..... 224
الفقرة الأولى: سلطة القاضي في الخلع 224
الفقرة الثانية: سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع..... 230
المبحث الثاني: دور القاضي في حماية الحقوق المالية للمطلقة..... 235
المطلب الأول: نفقة المطلقة وسكنها..... 235
الفرع الأول: نفقة المطلقة وأنواعها..... 235
الفقرة الأولى: نفقة المطلقة..... 235
الفقرة الثانية: أنواع النفقة..... 238
الفقرة الثالثة: دور القاضي في إجراءات الإستفادة من المستحقات المالية..... 244
الفرع الثاني: سكنى المطلقة..... 246
الفقرة الأولى: تعريف سكنى المطلقة..... 246
الفقرة الثانية: ضمان سكنى المطلقة في فترة العدة..... 247
المطلب الثاني: نصيب المطلقة في ممتلكات الأسرة..... 253
الفرع الأول: الإثبات بين القضاء ومصلحة الأسرة في نزعات متاع البيت..... 253
الفقرة الأولى : دور القاضي في إثبات دعوى متاع البيت..... 253
أولا: الدور الاثباتي للقاضي في النزاع حول وجود المتاع عند وجود دليل 255
ثانيا: دور القاضي في حل النزاع حول وجود المتاع عند انعدام الدليل..... 257
الفقرة الثانية: دور القاضي في حل النزاع حول ملكية المتاع..... 260
أولا: دور القاضي في حل النزاع حول ملكية المتاع بوجود الدليل..... 260
ثانيا: دور القاضي في حل النزاع حول ملكية المتاع عند انعدام الدليل..... 263
الفرع الثاني: حق المطلقة المستفادة من الثروة..... 266
الفقرة الأولى: تعريف الميراث..... 267

الفقرة الثانية: ميراث الزوجة المطلقة..... 270
المطلب الثالث: دور النيابة العامة أمام قضاء الأسرة..... 275
الفرع الأول: النيابة العامة كطرف أصلي في المسائل المتعلقة بالأسرة..... 277
الفرع الثاني: النيابة العامة كطرف منظم في المسائل المتعلقة بالأسرة..... 282

الفصل الثاني:

الدور الوقائي والرقابي للقضاء في الحفاظ على حقوق الأبناء

المبحث الأول: الدور الوقائي للقضاء في حماية النسب الطفل ونفيه..... 287
المطلب الأول: الوقاية القضائية في مسائل إثبات النسب..... 288
الفرع الأول: دور القاضي في تقدير الطرق التقليدية لثبوت النسب..... 289
الفقرة الأولى: تقدير القاضي للأسباب المنشأة للنسب..... 290
الفقرة الثانية: تقدير القاضي للأسباب الكاشفة للنسب..... 300
الفرع الثاني: تقدير القاضي للطرق العلمية البيولوجية الحديثة لثبوت النسب..... 304
الفقرة الأولى: تقدير القاضي لثبوت النسب عن طريق البصمة الوراثية..... 305
الفقرة الثانية: تقدير القاضي لثبوت نسب ولد التلقيح الاصطناعي 310
المطلب الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في مسائل نفي النسب..... 315
الفرع الأول: تقدير القاضي لانتفاء النسب بالطرق التقليدية والعلمية..... 315
الفقرة الأولى: نفي النسب عن طرق اللعان..... 315
الفقرة الثانية: مدى جواز اللجوء الى البصمة الوراثية في مجال نفي النسب..... 320
الفرع الثاني: تقدير القاضي للتعويض عن أضرار استخدام التطبيقات العلمية..... 322
الفقرة الأولى: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الأضرار..... 323
الفقرة الثانية: سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي..... 326
المبحث الثاني: الدور الرقابي للقضاء في حل منازعات الحضانة..... 329
المطلب الأول: الرقابة القضائية على إسناد الحضانة وإسقاطها..... 329

الفرع الأول: دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون..... **330**

الفقرة الأولى: دور القاضي في ترتيب الحواضن..... **332**

الفقرة الثانية: دور القاضي في دعاوى تمديد الحضانة..... **339**

الفقرة الثالثة: إشكالات الزواج المختلط عند إسناد الحضانة..... **341**

الفرع الثاني: دور القاضي في دعاوى اسقاط الحضانة **345**

الفقرة الأولى: تقدير القاضي للأسباب المسقطة للحضانة في المادة 66 و68..... **345**

الفقرة الثانية: تقدير القاضي لأسباب المسقطة في مادتين 69 و70..... **351**

المطلب الثاني: الرقابة القضائية في تقدير الحقوق المالية المرتبطة بالحضانة..... **354**

الفرع الأول: تقدير القاضي للحق في المسكن وأجرته..... **354**

الفرع الثاني: تقدير القاضي لنفقة المحضون..... **359**

خاتمة..... **367**

قائمة المصادر والمراجع **378**

فهرس الموضوعات..... **416**

الملخص

الملخص

الملخص باللغة العربية:

تناولت هذه الدراسة موضوع الحماية القضائية للأسرة –الزواج والطلاق– والتي تهدف للحفاظ على كرامة وحقوق وحريات كل من الزوجين والأبناء وإنصاف العدالة بينهم عن طريق القضاء.

وكما هو معلوم ان فكرة الحماية الاسرية كانت ولا تزال محل اهتمام وبحث متواصل لدى العديد من الفقهاء والباحثين، بحكم ما تثيره هذه الفكرة من إشكالات قانونية ومنازعات واقعية.

وعليه يقتصر دور قاضي شؤون الأسرة في توفير الحماية والحفاظ على الأسرة بشتى الآليات باعتبار أن وظيفة القاضي هي وظيفة إنسانية فيها جانب إجتماعي كبير، فقد وسع قانون الأسرة من تدخل القاضي بإيجاد الحل المناسب باختلاف الظروف والملابسات وإعمال سلطته لإيجاد الحلول المناسبة بين الزوجين. حتى وان أصابها بعض التفكك؛ وبناءًا عليه تنقسم دراستنا إلى قسمين:

يكمن الدور الإصلاحي للقضاء في الحفاظ على وحدة الأسرة والذي يتمحور حول الدور الذي يلعبه ويتخذه القاضي للحفاظ على كيان الاسرة من خلال ممارسته لعمله الولائي، والمقصود أنه يوجد أعمال يؤديها القاضي غير أعمال الفصل في الخصومات وحسم النزاعات، كممارسته لعمله الولائي من خلال تدخله في حماية القاصر لاسيما منح الإذن القضائي بزواجه دون السن القانونية حسب نص المادة 07 من قانون الأسرة وكذا ما يتعلق بتسيير أمواله وما يترتب عليهما من آثار بالغة الأهمية، كما تم الاستخلاص من خلال بحثنا أن المشرع الجزائري قد أدرج مواد جديدة تمس قانون الاجراءات المدنية والادارية وقانون العقوبات تدعم حماية القاصر؛ إلا أنه في المقابل لا وجود لنص يقر ويعطي الحق للقاصر في التقاضي في الطلاق وآثاره وهذا راجع لخطورة اتخاذ موقف الطلاق لصغره وعدم تبصره بعاقبة الأمور.

اضافة الى ذلك يمكن القول أن للقاضي دورا مهم في منح الترخيص بتعدد الزوجات والتي جاءت به نص المادة 08 من قانون الأسرة تبيح تقييد تعدد الزوجات في إطار خاص، وشروط خاصة وأعطت هذه المادة للقاضي سلطة تقدير واسعة في منح الترخيص بالزواج لمن يرغب بالتعدد؛ ذلك في حالة عدم تعسف الزوج في استعمال هذا الحق. فالقاضي يتدخل في تقدير وجود المبرر الشرعي، وفي إثبات نية العدل، كما يتدخل القاضي أيضا في تقدير رأي الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، اذ يقتصر دور قاضي شؤون الأسرة في التأكد من إعلام الزوجة السابقة والمرأة اللاحقة.

يتدخل القاضي كذلك في إصلاح ذات البين بين الزوجين ويبدل مجهوداته من خلال تفعيله لمختلف الآليات التي تساعده للإصلاح بين الزوجين باعتبار أن الصلح من أهم المراحل التي تقوم

عليها حماية الأسرة حيث نجد نص مادة 49 قد أجبرت القاضي ببدل كل مجهوداته لتقريب وجهات النظر ومحاولة الصلح ووضع حلول للحد من التنازع والتنافر وللحفاظ على الأسرة وعلى الأولاد خاصة؛ إضافة إلى الصلح الأسري توجد ألية قضائية ثانية تعزز من حماية الأسرة والمساهمة في تفعيل آلية التحكيم فيتدخل القاضي في تعيين الحكمين تطبيقا للقانون أو بناءًا على طلب الزوجين. كما يقوم القاضي بتحديد مهمة الحكمين ويطالبهما بالتقرير في أجل شهرين وفق للمادة 56 ق.أ. ج وللقاضي أن يعمل بالتقرير المقدم وعلى ضوئه يحكم في القضية كما يجوز له رفض التقرير وتعيين حكمين آخرين.

إن المشرع الجزائري أغفل عن آلية الوساطة الأسرية والتي هي ليست بالجديدة بل هي موجودة وجود القدم جاءت لتسوية النزاعات وتساهم لا محال في الحفاظ على تماسك الأسرة واستقرارها كما جعل للنيابة العامة طرفًا أصليًا في جميع الدعاوي المتعلقة بالاسرة بعدما كان تدخله كاستثناء في بعض مسائل الأسرة وطرف منظم فيما.

يتعلق الدور الرقابي للقضاء في حماية الطرف الضعيف في الأسرة، من خلال إعمال دوره الرقابي؛ والذي قد يقع اما على الزوج أو الزوجة أو حتى الأبناء؛ من خلال تحري القاضي عن الأضرار التي لحقت بالطرف المتضرر وتعويضه بدءا بالخطبة باعتبار أنها من مقدمات عقد الزواج إذ لاحظنا بأن مجال تدخل القاضي فيها يقتصر على حالة عدول أحد الخطيبين حيث نصت المادة 5 و6 من ق.أ أن العدول يمس كل من الهدايا والصداق؛ وجبر الضرر الناتج على العدول عن الخطبة. حسب نص المادة 5 فقرة 2 بحيث يقوم القاضي بتكييف العدول المتسبب في الضرر الموجب للتعويض بالبحث في الاسباب.

إضافة الى ما سبق نشير كذلك إلى الدور الايجابي للقاضي في تقدير الضرر عند الطلاق بحيث يتدخل القاضي ويحكم للطرف المتضرر بتعويض عادل وهو يختلف باختلاف البيئة والعرف فالمعيار المعتمد هو المعيار الشخصي، وأيضًا يخضع لاختلاف طريقة انحلال الرابطة الزوجية، وكما نجد أن المشرع الجزائري قد عدد الأسباب التي تجيز طلب التطليق وتدخل القاضي والدور الذي يلعبه في تقدير حالات التطليق والمتمثل في التأكد من حقيقة توافر الأسباب من عدمها، أما فيما يخص الطلاق التعسفي والذي نصت عليه المادة 52 من ق.أ على أن القاضي له السلطة في تقدير الطلاق التعسفي بأن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها متى تبين له تعسف الزوج في الطلاق، أما فيما يخص حالات النشوز وهو ما ذكرته المادة 52 من ق.أ نجد أن المشرع لم يحدد حالات النشوز ولا

الملخص : .....

تعريفه بل تركه للاجتهاد القضائي وأكد على الدور الذي يلعبه القاضي عند تحديده وفق الاجتهاد القضائي أن يحتم بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر.

منح القانون للقاضي دورا ايجابي والمتمثل أساسا في النفقة وسكنى المطلقة التي تعود له مراعيا في ذلك لأسس معينة كظروف المعيشة والحالة المادية للزوج، كما تطرقنا الى سلطة القاضي في حماية حقوق المطلقة في ممتلكات الأسرة المالية والغير مالية، فضلا عن دوره في تحديد نفقة العدة ونفقة الإهمال وصندوق النفقة؛ وتعرضنا كذلك إلى دور الوقائي للقضاء في دعاوى النسب عن طريق تقديره للطرق الشرعية التقليدية لإثبات النسب بعد تأكده من وجود زواج صحيح، كما يتجلى دور قاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب بالطرق العلمية المستحدثة وأجاز قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي الاستعانة بالخبرة وسماع الشهود، كما نجد دوره أيضا يكمن في مجال نفي النسب سواء بالطرق الشرعية والمتمثلة في اللعان؛ كما ولابد من الإشارة أن البصمة الوراثية لا تعتبر حجة إثبات لنفي النسب؛ وفي الأخير عالجنا الدور الرقابي للقضاء في حل نزاعات الحضانة من خلال استعمال القاضي لدوره الايجابي في إسناد الحضانة وتمديدها وتقدير مصلحة المحضون وكذا إسقاطها مع مراعاة مصلحة هذا الأخير، كما وأشرنا إلى تقدير القاضي للحقوق المالية المرتبطة بالحضانة.

الكلمات المفتاحية: الحماية القضائية، الدور الاصلاحي، الدور الرقابي، الدور الوقائي، الاسرة، الزوج والطلاق .

Résumé

Cette étude traite de la question de la protection judiciaire de la famille - mariage et divorce - qui vise à préserver la dignité, les droits et libertés des époux et des enfants, et une justice équitable entre eux par le biais de la justice. Comme on le sait, l'idée de protection de la famille a été et est toujours l'objet d'un intérêt et d'une recherche continus de la part de nombreux juristes et chercheurs, en vertu de ce que cette idée soulève en termes de problèmes juridiques et de litiges réalistes.

En conséquence, le rôle du juge des affaires familiales se limite à assurer la protection et la préservation de la famille dans divers mécanismes, étant donné que le travail du juge est une fonction humanitaire dans laquelle il y a un grand aspect social. Le droit de la famille a élargi l'intervention du juge en concluant la solution appropriée en fonction des différentes circonstances et circonstances et la mise en œuvre de son autorité pour trouver des solutions appropriées entre les époux. Même s'il souffre d'une certaine désintégration; Par conséquent, notre étude est divisée en deux parties :

Le rôle réformiste du pouvoir judiciaire réside dans la préservation de l'unité familiale, qui s'articule autour du rôle que joue et assume le juge pour préserver l'entité familiale à travers l'exercice de son travail loyale, et ce que cela signifie, c'est qu'il y a des actions que le juge accomplit. Autre que le travail de règlement des différends de litiges, comme sa pratique de son travail loyale à travers son ingérence dans la protection des mineurs. En particulier, l'octroi de l'autorisation judiciaire pour l'épouser avant l'âge légal selon le texte de l'article 07 du Code de la famille, ainsi que ce qui est lié à la gestion de son argent et les effets très importants qui en découlent, Il a également été conclu grâce à nos recherches que le législateur algérien a inclus de nouveaux articles affectant le code des procédures civiles et administratives et le code pénal qui soutiennent la protection des mineurs. Cependant, en revanche, il n'existe pas de texte qui reconnaît et donne le droit à un mineur de plaider le divorce et ses effets.

Cela est dû au risque de prendre position pour le divorce en raison de sa jeunesse et de son manque de conscience des conséquences des choses.

En outre, on peut dire que le juge a un rôle important dans l'octroi de l'autorisation de polygamie, qui est venu dans le texte de l'article 08 du code de la famille permettant la restriction de la polygamie dans un cadre et des conditions particulières. Cet article a donné au juge un large pouvoir discrétionnaire pour accorder la permission de se marier à ceux qui désirent la polygamie. C'est dans le cas où le mari n'abuse pas de ce droit.

Le juge intervient dans l'appréciation de l'existence de la justification légitime et dans l'établissement de l'intention de justice, et le juge s'ingère également dans l'appréciation de l'opinion de l'ex-épouse et de la femme qu'il accepte d'épouser, comme le rôle des affaires familiales le juge se limite à veiller à ce que l'ex-épouse et la femme subséquente soient informées.

Le juge intervient également dans la réconciliation entre les époux et modifie ses efforts en activant les différents mécanismes qui l'aident à se réconcilier entre les époux, considérant que la réconciliation est l'une des étapes les plus importantes sur lesquelles repose la protection de la famille, Là où l'on retrouve le texte de l'article 49 a contraint le juge à déployer tous ses efforts pour combler le fossé des points de vue et tenter de réconcilier, et de trouver des solutions pour réduire les conflits et les désaccords et pour préserver la famille et les enfants en particulier; En plus de la réconciliation familiale, il existe un deuxième mécanisme judiciaire qui renforce la protection de la famille et contribue à activer le mécanisme d'arbitrage, de sorte que le juge intervient dans la nomination des deux jugements en application de la loi ou à la demande des époux.

Le juge détermine également la mission des deux arbitres et leur demande de se présenter dans un délai de deux mois, conformément à l'article 56 C.F, Le juge doit travailler en se basant sur le rapport soumis, et à sa lumière pourra statuer sur l'affaire, comme il peut également rejeter le rapport et désigner deux autres arbitres.

Le législateur algérien a négligé le mécanisme de médiation familiale, qui n'est pas nouveau, mais est plutôt existe depuis, et venu pour régler les litiges et contribue inévitablement au maintien de la cohésion et de la stabilité de la famille et a fait du parquet une partie principale dans toutes les affaires liées à la famille après que son intervention ait été une exception dans certaines affaires familiales et une partie organisée.

Le rôle de contrôle du pouvoir judiciaire est lié à la protection de la partie faible de la famille, à travers la mise en œuvre de son rôle de contrôle; Ce qui peut incomber au mari, à la femme ou même aux enfants; Par l'enquête du juge sur les dommages causés à la personne lésée et son indemnisation, à commencer par les fiançailles, car c'est un prélude au contrat de mariage, Notant que la portée de l'intervention du juge dans cette affaire est limitée au cas de l'une des deux fiancées, les articles 5 et 6 du C.F stipulant que la révocation affecte à la fois les dons et la dot; Et réparer les dommages qui en résultent pour s'abstenir de l'engagement. Selon le texte de l'article 5, Alinéa 2, de sorte que le juge ajuste l'annulation qui a causé le préjudice nécessaire à l'indemnisation en examinant les raisons.

En plus de ce qui précède, nous faisons également référence au rôle positif du juge dans l'évaluation des dommages en cas de divorce, afin que le juge intervienne et statue pour la partie lésée une indemnisation équitable, et cela diffère selon l'environnement et la coutume. La norme adoptée est la norme personnelle, et elle est également soumise à la différence de dissolution du lien conjugal, Et nous constatons également que le législateur algérien a énuméré les raisons qui permettent la demande de divorce, l'intervention du juge, et le rôle qu'il joue dans l'appréciation des cas de divorce, qui est de vérifier s'il y a des raisons ou non, En ce qui concerne le divorce arbitraire, qui est stipulé à l'article 52 de la CF, le juge a le pouvoir d'apprécier le divorce arbitraire en décidant à la femme divorcée de compenser le préjudice qui lui a été causé chaque fois qu'il lui apparaît que le mari a été abusif dans le divorce.

Quant aux cas d'abandon, qui sont mentionnés à l'article 52 du CF, nous constatons que le législateur n'a pas précisé les cas d'abandon ou les a définis, mais a laissé le soin à la

jurisprudence judiciaire et a souligné le rôle que joue le juge dans la détermination selon à la jurisprudence judiciaire pour exiger le divorce et l'indemnisation de la partie lésée. Mais Il a plutôt laissé à la jurisprudence et a souligné le rôle que joue le juge lors de la détermination selon la jurisprudence, de statuer sur le divorce et l'indemnisation de la partie lésée.

La loi a accordé au juge un rôle positif, qui est principalement représenté dans la pension alimentaire et la résidence de la femme divorcée, en tenant compte de certains principes tels que les conditions de vie et la situation financière du mari. Nous avons également évoqué le pouvoir du juge de protéger les droits de la femme divorcée sur les biens financiers et non financiers de la famille.

Ainsi que son rôle dans la détermination de la pension de retraite légale et, de pension d'abandon, et pension alimentaire; Nous avons également discuté du rôle préventif du pouvoir judiciaire dans les revendications de paternité en évaluant les méthodes juridiques traditionnelles d'établissement de la filiation après avoir confirmé l'existence d'un mariage valide.

Le rôle du juge des affaires familiales est également évident dans l'établissement de la lignée par des méthodes scientifiques modernes, et le code des procédures civiles et administratives permet au juge de demander l'aide de l'expérience et d'entendre des témoins. On retrouve également son rôle dans le domaine du non filiation, que ce soit par des moyens légaux à savoir les personnes frappées d'anathème. Il faut également noter que l'empreinte génétique n'est pas considérée comme une preuve de non filiation.

Enfin, nous avons traité du rôle de contrôle du pouvoir judiciaire dans la résolution des litiges relatifs à la garde à travers l'utilisation par le juge de son rôle positif dans l'attribution et la prolongation de la garde, l'évaluation de l'intérêt de l'enfant en garde, ainsi que son abandon, en tenant compte de l'intérêt de ce dernier, et nous avons également évoqué l'évaluation par le juge des droits financiers liés à la garde.

Mots clés : Protection Judiciaire – Le rôle réformiste – Rôle de contrôle - Rôle préventif de la famille – Mariage et Divorce.

Summary:

This study deals with the issue of judicial protection of the family - marriage and divorce - which aims to preserve the dignity, rights and freedoms of spouses and children, and fair justice between them through justice. As is known, the idea of family protection has been and still is the subject of continued interest and research by many jurists and scholars, by virtue of what this idea raises in terms realistic legal issues and litigation.

Consequently, the role of the judge in family cases is limited to ensuring the protection and preservation of the family in various mechanisms, since the work of the judge is a humanitarian function in which there is a great social aspect. Family law has broadened the intervention of the judge by finding the appropriate solution according to the different circumstances and circumstances and the implementation of his authority to find appropriate solutions between the spouses. Even if it suffers from a certain disintegration; Therefore, our study is divided into two parts:

The reformist role of the judiciary lies in the preservation of family unity, which revolves around the role that the judge plays and assumes in preserving the family entity through the exercise of his loyal work, and what this means. is that there are actions that the judge performs. Other than the dispute resolution work of disputes, such as his practice of his fair work through his interference in the protection of minors. In particular, the granting of judicial authorization to marry her before the legal age according to the text of article 07 of the Family Code, as well as what is related to the management of her money and the very effects important results, It was also concluded through our research that the Algerian legislator has included new articles affecting the code of civil and administrative procedures and the penal code that support the protection of minors. However, on the other hand, there is no text which recognizes and gives the right to a minor to plead for divorce and its effects.

This is due to the risk of taking a stand for divorce due to his youth and lack of awareness of the consequences of things. In addition, it can be said that the judge has an important role in the granting of the authorization of polygamy, which came in the text of article 08 of the family code allowing the restriction of polygamy within a framework and special conditions. This section gave the judge wide discretion to grant permission to marry to those who desire polygamy. This is when the husband does not abuse this right. The judge intervenes in the assessment of the existence of the legitimate justification and in the establishment of the intention of justice, and the judge also interferes in the assessment of the opinion of the ex-wife and of the woman he agrees to marry, as the role of family affairs the judge is limited to ensuring that the ex-wife and subsequent wife are informed.

The judge also intervenes in the reconciliation between the spouses and modifies his efforts by activating the different mechanisms that help him to be reconciled between the

spouses, considering that reconciliation is one of the most important steps on which the protection of the family is based. family, Where we find the text of article 49 forced the judge to deploy all his efforts to bridge the gap of points of view and try to reconcile, and to find solutions to reduce conflicts and disagreements and to protect the family and children in particular; In addition to family reconciliation, there is a second judicial mechanism which strengthens the protection of the family and helps to activate the arbitration mechanism, so that the judge intervenes in the appointment of the two judgments according to the law or to the spouses request.

The judge also determines the mission of the two arbitrators and asks them to appear within two months, in accordance with article 56 FC. The judge must work based on the submitted report, and in its light will be able to rule on the 'case, as he may also dismiss the report and appoint two other arbitrators.

The Algerian legislator neglected the family mediation mechanism, which is not new, but rather has existed since, and came to settle disputes and inevitably contributes to maintaining the cohesion and stability of the family and made the prosecution a main party in all matters related to the family after its intervention was an exception in some family matters and an organized party.

The supervisory role of the judiciary is linked to the protection of the weak part of the family, through the implementation of its supervisory role; This may be the responsibility of the husband, the wife or even the children; By the judge's investigation into the damage caused to the injured party and his compensation, starting with the engagement, because it is a prelude to the marriage contract, Noting that the scope of the judge's intervention in this case is limited in the case of one of the two fiancées, articles 5 and 6 of the FC stipulating that the revocation affects both the gifts and the dowry; And repair the resulting damage to refrain from engagement. According to the text of Article 5, Paragraph 2, so that the judge adjusts the annulment that caused the damage necessary for compensation by examining the reasons.

In addition to the above, we also refer to the positive role of the judge in the assessment of damages in the event of divorce, so that the judge intervenes and decides for the injured party a fair compensation, and this differs according to the environment and the custom. The adopted norm is the personal norm, and it is also subject to the difference of dissolution of the marital bond, And we also note that the Algerian legislator has enumerated the reasons which allow the request for divorce, the intervention of the judge, and the role that it plays in the appreciation of divorce cases, which is to check whether there are reasons or not, With regard to arbitrary divorce, which is stipulated in article 52 of the FC, the judge has the power to assess arbitrary divorce by deciding the divorced woman to compensate for the damage caused to her whenever it appears to her that the husband was abusive in the divorce.

As for the cases of abandonment, which are mentioned in article 52 of the CF, we note that the legislator did not specify the cases of abandonment or defined them, but left it to judicial jurisprudence and underlined the role played by the judge in determining according

to judicial jurisprudence to demand divorce and compensation from the injured party. But he rather left to the case law and underlined the role played by the judge during the determination according to the case law, to rule on the divorce and the compensation of the injured party.

The law granted the judge a positive role, which is mainly represented in the maintenance and residence of the divorced woman, taking into account certain principles such as the living conditions and the financial situation of the husband. We also spoke about the power of the judge to protect the rights of the divorced woman over the financial and non-financial assets of the family. As well as its role in determining the statutory retirement pension and, abandonment pension, and alimony; We also discussed the preventive role of the judiciary in paternity claims by evaluating traditional legal methods of establishing parentage after confirming the existence of a valid marriage.

The role of the family court judge is also evident in establishing the lineage by modern scientific methods, and the code of civil and administrative procedures allows the judge to seek the help of experience and hear witnesses. We also find its role in the field of non-filiation, whether by legal means, namely people stricken with anathema. It should also be noted that the genetic fingerprint is not considered as proof of non-parentage.

Finally, we have dealt with the supervisory role of the judiciary in the resolution of disputes relating to custody through the use by the judge of its positive role in the allocation and extension of custody, the assessment of the interests of the child in custody, as well as its abandonment, taking into account the interests of the latter, and we also mentioned the assessment by the judge of the financial rights related to custody.

Keywords : Judicial Protection - The reformist role - Control role - Preventive role of the family - Marriage and Divorce.

تم بحمد الله.