

عمارة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

تخصص: قانون أسرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في فك الرابطة الزوجية وآثارها

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص قانون أسرة

إشراف الأستاذ :

إعداد الطالبة:

- د. محمد الطاهر بلموهوب

- زوينة غالية

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	المؤسسة الجامعية	الصفة
عمارة عمارة	دكتور	جامعة المسيلة	رئيسا
محمد الطاهر بلموهوب	دكتور	جامعة المسيلة	مشرفا ومقررا
لعمارة عبد الرزاق	دكتور	جامعة المسيلة	مناقشا

تاريخ المناقشة: 08 جوان 2024





ملحق بالقرار رقم 1082 المؤرخ في 27 ديسمبر 2020
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،
السيد(ة): غالية زوينة الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالبة
الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 200842970 والصادرة بتاريخ: 14/12/2016
المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،
عنوانها:
السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في فك الرابطة الزوجية وآثارها
أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ:

نوقيع المعني (ة)



شكر و عرفان

تم بحمد الله وتوفيقه إنجاز هذا العمل
وبالمناسبة لا يسعنا إلا أن نتوجه بجزيل الشكر وفائق
الاحترام إلى أستاذنا الدكتور

بلموهوب محمد الطاهر

عرفانا منا له لما بذله من جهد ودعم لنا وما قدمه من
نصائح وتوجيهات خلال مراحل إنجاز هذا العمل
ليجد جميع الأساتذة الذين أطرونا طيلة فترة دراستنا
والذين كان لهم الفضل في توسيع معارفنا
أرقى تعابير الشكر والتقدير

غالية زوينة

إهداء

إلى والدي الكريمين اللذان أنارا لي دوما

دروب النجاح...

إلى زوجي

إلى أولادي

أهدي هذا العمل

غالية زينة

مقدمة

مقدمة:

تعد الأسرة خلية أساسية للمجتمع، وتتكون من أفراد تجمع بينهم صلة القرابة والزوجية، وأن الزواج هو الأصل الذي تنشأ منه هذه الأسرة، وأساس نشوئها قائم على الرابطة الزوجية بين المرأة والرجل والتي سماها الله عز وجل بالميثاق الغليظ تعبيراً عن صلابتها واقتنائها بإحدى سنن الله في خلقه، فقال الله تعالى في القرآن الكريم: «وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً»¹، وعلى هذا دعا الدين الإسلامي إلى ضرورة الزواج والنهي عن التفكير بالتبتل، والتبتل عن الزواج هو تركه والزهد فيه، كما أولت الشريعة الإسلامية هذه الأهمية الكبيرة للزواج وذلك بغية الحفاظ على النسل من خلال انتشار الذرية الطيبة التي نبتت من زواج شرعي ونقي، واستمرار العنصر البشري من خلاله.

ورغم هذه القيمة الكبيرة للزواج من الناحية الشرعية إلا أنه من الناحية الواقعية ثبت أن هناك حالات يصعب معها تحقيق تلك المقاصد السامية، وبالتالي تصبح هناك صعوبة في دوام العشرة وتستحيل الحياة الزوجية بعدما كانت سكناً وراحةً، حيث تشتد النزاعات بين الزوجين وتتحول حياتهما إلى صراعات دائمة، فتشتد الخلافات وتتحول المودة إلى كره والرحمة إلى حقد، حتى تستحيل بعدها العشرة، لتنتهي هذه العلاقة المقدسة بالطلاق، وهذا ما أصبحت عليه محاكمنا اليوم التي تعج بقضايا فك الرابطة الزوجية، حق يلجأ العديد من الأزواج للحصول على حكم يقضي بانحلال الزواج أو فك الرابطة الزوجية.

وعلى هذا نجد المشرع الجزائري قد عالج كل المسائل المتعلقة بقيام الرابطة الزوجية وانحلالها في قانون الأسرة الجزائري، كما استمدّ المشرع الجزائري جلّ أحكامه من الشريعة الإسلامية مراعيًا في ذلك مستجدات العصر وتطور المجتمع، كما جاءت معظم قواعد قانون الأسرة مرنة تاركة مجالاً خصباً لتدخل القاضي من الأسرة من خلال ما يتمتع به من سلطة

1 - سورة الرعد: الآية رقم 38.

تقديرية حسب كل قضية معروضة عليه، فقد وسع قانون الأسرة من تدخل القاضي لإيجاد الحلول المناسبة للمشاكل التي فرضها تطور الزمن، وهذا باستعمال سلطته بالبحث عن الحلول والوسائل المناسبة لكل عارض قد يعترض استقرار الرابطة الزوجية أو يهدد مصالحها.

وعلى الرغم من أن سلطة القاضي التقديرية في مسائل الأحوال الشخصية أصبحت من المسائل المفروضة في مجال العمل القضائي على اعتبار أن خصوصية شؤون الأسرة هي من تفرض ذلك، إلا أن هناك من الاتجاهات من يدعو للحد من استعمال قاضي الموضوع لسلطته التقديرية لأن سلطته أثناء مباشرته لولاية القضاء ليست بسلطة تقديرية وإنما هي سلطة مقيدة بهدف العمل القضائي، كما أن الإفراط في استعمال سلطته التقديرية سيؤدي الى التضارب في الكثير من الأحكام و القرارات، مما يؤدي بالنتيجة الى عدم استقرار العمل القضائي، وبالرجوع الى الجانب العملي والممارسة الدورية لقاضي شؤون الأسرة و التي تخوله في كثير من الأحيان أن يكون الأقدر من غيره بحكم خبرته وطريقة إقناعه في فض النزاع بين الزوجين بما يراه مناسباً وبالطريقة التي تتماشى وطبيعة النزاع المعروض عليه.

وتبرز أهمية هذا الموضوع في جمع القواعد الإجرائية التي تحكم وتنظم دعاوي فلك الرابطة الزوجية المتواجدة في كل من قانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذلك نظراً لمسايرة واقع الأسرة فقضايا الطلاق تعد من المسائل التي تطرح بحدة نظراً لخطورة النتائج المترتبة عنها، كما تكمن الأهمية فيما يتعلق بكيفية ممارسة قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية في مجال قيام الرابطة الزوجية وانحلالها.

وتهدف هذه الدراسة إلى تعميم الفائدة العلمية وتبسيط الضوء على مختلف إجراءات التقاضي و دور قاضي شؤون الأسرة في المحافظة على تماسك الأسرة من خلال قيامه بإجراءات الصلح بين الأزواج أثناء النظر في الدعاوي المرفوعة أمامه، وكذلك توضيح

الاجراءات التي يتخذها قاضي شؤون الأسرة في الحفاظ على العلاقات بين الأزواج، والطرق المتبعة في حل النزاعات الأسرية عقب فك الرابطة الزوجية.

ولدراسة هذا الموضوع لابد من أسباب جعلتنا نختاره، وجاءت هذه الأسباب نظرا لخصوصيات المسائل المترتبة عن فك الرابطة الزوجية، وكذلك انتشار دعاوى فك الرابطة الزوجية في المحاكم الجزائية وبصورة خطيرة قد تتبئ عن تفكك أوصال المجتمع، إضافة إلى بيان إجراءات التقاضي ودور سلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في دعاوى فك الرابطة الزوجية وكيفية سيرها.

ومن صعوبات التي واجهتنا في هذه الدراسة، نقص المراجع والبحوث في المجال الإجرائي لدعاوى فك الرابطة الزوجية، لأن أغلبها تتمحور حول مسائل الزواج والطلاق، وكذلك صعوبة الموضوع في بعض جوانبه وكثرة الآراء الفقهية والدينية.

إن الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة يختلف نوعا ما عن الدور الذي يقوم به باقي القضاة في مختلف الأقسام و الغرف الأخرى ، فحل المشاكل الأسرية يختلف عن حل باقي المشاكل ، لأن هذه الأخيرة مرتبطة بأمور شديدة الصلة بالمسائل النفسية الاجتماعية، وبالتالي فوظيفة القاضي هنا فيها جانب اجتماعي كبير باعتبار أن إصلاح الأسرة هو إصلاح للمجتمع بأكمله، وأمام كل هذه المعطيات، استدعى منا طرح إشكاليتنا على النحو الآتي:

- ما هي الصلاحيات التي منحها المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة في سبيل حل المنازعات المطروحة عليه، قبل وبعد فك الرابطة الزوجية؟

وقد اعتمدنا في هذه الدراسة، على المنهج الوصفي والمنهج المقارن، فالدراسة الوصفية تظهر من خلال جمع المعلومات المتعلقة بالموضوع ومحاولة التفسير للوصول إلى حل الإشكال، بالإضافة اعتمادنا على المنهج المقارن من خلال مقارنة قانون الأسرة الجزائري مع ما

جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية، لمعرفة ما لقانون الأسرة وما عليه في احكام فك الرابطة الزوجية، ودور سلطة قاضي شؤون الأسرة التقديرية في هذا المجال.

ولدراسة هذا الموضوع والإجابة على الإشكالية المطروحة، اقتضى منا أن نضع خطة نعتمد عليها للوصول إلى هدفنا من هذا البحث، لذا قمنا إلى تقسيمه إلى فصلين:

- "الفصل الأول" يتناول «السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة قبل فك الرابطة الزوجية» وبدوره قسمناه إلى مبحثين، يتناول (المبحث الأول) السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الصلح والتحكيم بين الزوجين ، ثم يليه (المبحث الثاني) والذي تطرقنا فيه إلى السلطات الاستعجالية لقاضي شؤون الأسرة.

- أما "الفصل الثاني" تطرقنا فيه إلى «السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة بعد فك الرابطة الزوجية» وهو الآخر قسمناه إلى مبحثين، جاء في (المبحث الأول) سلطة تقدير قاضي شؤون الأسرة للآثار المالية، وأخيرا يأتي (المبحث الثاني) لنسلط الضوء فيه على سلطة قاضي شؤون الأسرة للآثار الغير مالية.

الفصل الأول

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة قبل فك الرابطة الزوجية

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الصلح والتحكيم بين الزوجين

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الصلح بين الزوجين

المطلب الثاني: إجراءات سلطة تقدير القاضي في التحكيم بين الزوجين

المبحث الثاني: السلطات الاستعجالية لقاضي شؤون الأسرة

المطلب الأول: الأوامر الاستعجالية في دعاوي الطلاق

المطلب الثاني: إجراءات السلطة التقديرية للقاضي في الدعوى الاستعجالية

الفصل الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة قبل فك الرابطة

الزوجية

نجد المشرع الجزائري قد نص على الطلاق، ورغم هذا النص والذي هو طريق يلجأ إليه الزوجين أو أحدهما لاستحالة الحياة الزوجية بينهما، وهذا بعد ما ساءت العشرة، وبالتالي سار الزواج على نهج الشريعة الإسلامية في اعتماد الصلح بينهما وهذا بعد اللجوء إلى القضاء، فحاول المشرع أن يضع قوانين تتماشى مع الغاية من الزواج والهدف من تكوين الأسرة وتماسكها والحفاظ عليها من التشتت والضياع، فنجد المشرع الجزائري قد ركز على ذلك في الصلح وأولى له عناية بالغة في التعديلات المتعلقة بقانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جعله أول إجراء يقوم به قاضي شؤون الأسرة لإزالة الخلاف بين الزوجين.

وفي هذا الفصل قمنا بتقسيمه لمبحثين، نتناول في "المبحث الأول" السلطة التقديرية للقاضي في الصلح والتحكيم بين الزوجين ، نتناول أولاً السلطة التقديرية للقاضي في الصلح بين الزوجين (المطلب الأول) ثم نتطرق إلى إجراءات سلطة تقدير القاضي في التحكيم بين الزوجين (المطلب الثاني) ثم وأخيراً يأتي "المبحث الثاني" والذي خصصناه للسلطة الاستعجالية لقاضي شؤون الأسرة، نتكلم فيه عن الأوامر الاستعجالية في دعاوي الطلاق (المطلب الأول)، كذلك نتطرق إلى إجراءات السلطة التقديرية للقاضي في الدعوى الاستعجالية (المطلب الثاني).

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الصلح والتحكيم بين الزوجين

تعتبر إجراءات الصلح والتحكيم القضائي بين الزوجين آلية مهمة للحد من ظاهرة التفكك الأسري، كذلك تعد هذه الإجراءات وسيلة لحل وتسوية الخصومات والمنازعات القائمة بين الزوجين، وهذا ما يجعلنا نتناول هذا المبحث من خلال التعرف أولاً على دور السلطة التقديرية للقاضي في الصلح بين الزوجين (المطلب الأول)، ثم نحاول التطرق إلى إجراءات سلطة تقدير القاضي في التحكيم بين الزوجين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الصلح بين الزوجين

يكتسي موضوع الصلح بين الزوجين أهمية بالغة باعتباره وسيلة لفض النزاعات الأسرية وصيانة استقرار الأسرة والتوفيق بين الزوجين، وهو موضوع يشمل المعاملات والعلاقات، كما أن الصلح في شؤون الأسرة يعتبر آلية لحمايتها، وفي هذا المطلب سنعالج فيه مفهوم الصلح ومشروعيته (الفرع الأول)، ثم نتناول دور السلطة التقديرية للقاضي في الصلح (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الصلح ومشروعيته

أولاً: تعريف الصلح بين الزوجين

1/- التعريف اللغوي للصلح

كلمة "صلح" لها العديد من المعاني، صلح الأمر وأصلحته وأصلحت النعل وأصلح الله تعالى الأمير وأصلح الله تعالى في ذريته وماله وسعى في إصلاح ذات البين وأمر الله تعالى ونهى لاستصلاح العباد، وصلح فلان بعد الفساد، وصالح العدو أي وقع بينهما صلح.¹

¹ - محمود أبي القاسم بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة، دار الهدى، الجزائر، (د.ط)، (د.س)، ص 381.

والصلح، السلم وقد اصطلحوا وصالحو وأصلحو وتصالحو و اصّالحو، مشددة الصاد قلبو التاء صاداً و أدموها في الصاد بمعنى واحد، وقوم صلوح أي متصالحو كأنهم وصفوا بالمصدر، والصلح السلم وهو اسم من المصالحة.¹

2/- التعريف الفقهي للصلح

تعريف الصلح عند "المالكية" : « الصلح و الإصلاح و المصالحة ، إنهاء الخصومة و قطع المنازعة، مأخوذ من صلح الشيء إذا حسن وكمل ، خلاف الفساد ، والصلح في العرف ترك حق أو دعوى مقابل عوض لقطع نزاع أو خوف وقوعه»².

تعريفه عند "الحنفية" : «مشتق من المصالحة المسالمة وهي بعد المخالفة ، وفي الشرع عبارة عن عقد وضع بين المتصالحين لدفع المنازعة بالتراضي »³، وهو عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد ومثار الفتن.

3/- التعريف القانوني للصلح

أ- الصلح في قانون الأسرة:

لو نظرنا في قانون الأسرة فقد نجده لم يعطي تعريفاً للصلح، واكتفى بذكره في المادة 49 منه⁴، حيث ألزم القاضي بإجراء محاولات الصلح قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية.

¹ - بطرس البستاني ، محيط المحيط قاموس مطول للغة العربية ، مكتبة لبنان ، (د.ط)، لبنان، 1988 ، ص515.

² - الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مؤسسة الريان ، ط1، ج3، لبنان ، 2002 ، ص 704.

³ - أحمد أبي الحسين بن محمد البغدادي قادوري ، مختصر القادوري، تحقيق عبد الله نذير أحمد مزي ، مؤسسة الريان ، ط 1 ، لبنان ، 2005 ، ص 271.

⁴ - الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15 بتاريخ 15 فبراير 2005.

ب) - الصلح في القانون المدني:

لو رجعنا للمادة 459 من القانون المدني الجزائري¹ نجده قد أعطى تعريفا للصلح، وهذا ما جاء بقوله: « عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه»، وعلى هذا الأساس فإن عقد الصلح كسائر العقود الأخرى، مثله مثل عقد البيع والإيجار، فهو من عقود التراضي التي تكون من خلال توافق إرادتين ليتم بذلك عقد الصلح، وعليه لا بد من توفر أركان العقد وشروطه من رضا ومحل وسبب المنصوص عنها في المواد 59 إلى 98 في القانون المدني.

كما بين المشرع الوسيلة الناجعة في تحقيق الصلح وهي أن يتنازل طرفا النزاع أو الخلاف على وجه التبادل عن جزء من ادعائه بطريقة ترضيهما معا.²

ج) - الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

لو نظرنا للمادة 439 من قانون الإجراءات المدنية³ نجد بأن المشرع الجزائري قد اعتبر بأن جلسات الصلح التي يجريها القاضي وجوبية، وهذا ما جاء في نص المادة: «محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية»، كما انا هذا القانون لم يعطي أي تعريف جديد للصلح.

ثانيا: مشروعية الصلح بين الزوجين

¹ - الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية، عدد 78، سنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق لـ 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، عدد 31، سنة 2007، والمتضمن القانون المدني.

² - علي بن عوالي، الصلح ودوره في استقرار الأسرة، أطروحة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2012، ص24

³ - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ: 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1/- مشروعية الصلح في الفقه

(أ) - القرآن الكريم:

وفي مسألة الصلح بين الزوجين أقر الله تعالى آيات مفصلات كدليل على مشروعيته والغاية من ذلك دوام الأسرة واستمرارها فالطلاق ابغض الحلال عند الله فقال تعالى : «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ٣٥ »¹ .

ففي حال التخاصم والشقاق بين الزوجين أقر الله سبحانه وتعالى الحكمين للإصلاح بين الزوجين والغاية من ذلك حفظ الأسرة ، وكما عالج القرآن الكريم مسألة نشوز الزوج بقول الله تعالى «وَإِنْ أُمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ١٢٨ »² ومن خلال هذه الآية يتبين لنا بوجود دليل على مشروعية الصلح وفضله.

(ج) - مشروعية الصلح في الإجماع :

إن أغلب الفقهاء يرون مشروعية الإصلاح بين الناس في كل المجالات بما فيها الصلح بين الزوجين، وقد اشتهر العمل بالصلح بين الصحابة رضوان الله عليهم ، إذ روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لأبي موسى الأشعري : «و احرص على الصلح ما لم يتبين لك فصل القضاء» كما قال أيضا: «ردوا الخصوم حتى يصلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن» فقد أمر برد الخصوم إلى الصلح مطلقا وكان ذلك بمحضر الصحابة الكرام ولم ينكروا عليه فيكون إجماعا من الصحابة.³

¹ - الآية رقم 35: سورة النساء .

² - الآية رقم 128: سورة النساء .

³ - عبد الحكيم ابن هبزي ، أحكام الصلح في شؤون الأسرة ، (د.ط)، دار هومة ، الجزائر، 2018، ص 26-27.

2/- مشروعية الصلح في القانون الجزائري

في كل نزاع وفي كل المجالات نجد بأن المشرع الجزائري قد أقر الصلح فيها، لاسيما في موضوع فك الرابطة الزوجية وهذا ما تظهره العديد من المواد التي تؤكد مشروعية الصلح القانونية، منها المادة 49 من قانون الأسرة تؤكد على وجوب إجراء محاولات للصلح ، حيث تنص على: "يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي " ¹.

وتظهر قانونية الصلح في القانون الجزائري، أيضا في القانون المدني من خلال مجموعة من المواد التي تناولت تعريف الصلح وشروط المتصالحين كونهما أهلا للتصرف ويظهر ذلك من خلال المواد 460 إلى 466 ، كما أقر المشرع الجزائري بوجوب محاولات الصلح من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويظهر ذلك جليا من خلال المادة 439 والتي تنص على " محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية " ².

الفرع الثاني: دور السلطة التقديرية للقاضي في الصلح

إن لقاضي شؤون الأسرة دور في دعاوي فك الرابطة الزوجية، وذلك من خلال محاولات الصلح التي يتم إجراؤها بين الزوجين من أجل محاولة اقناعهم العدول عن التفرقة، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في هذا المطلب، من خلال إجراءات الصلح في دعوى الطلاق بإرادة الزوج أو بالتراضي (أولا)، وكذلك إجراءات الصلح في دعوى الطلاق بإرادة الزوجة، وهذا الأخير في (ثانيا).

أولاً: إجراءات الصلح في دعوى الطلاق بإرادة الزوج أو بالتراضي

¹ - الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15 بتاريخ 15 فبراير 2005.

² - القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ: 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1/- إجراءات الصلح في دعوى الطلاق بإرادة الزوج المنفردة:

أ) - تعريف الطلاق:

- الطلاق في "اللغة" : " طَلَّقَ - طَلَّاقاً - ت المرأة من زوجها: بانت عن زوجها وتركته فهي طَالِق ج طَلَّقَ وطالقة ج طوالق وت الناقة: انحلت من عقالها: طَلَّقت، طَلَّقا: تباعد، طلق قومه: تركهم وفارقهم والمرأة زوجها: خلاها عن قيد الزواج، أطلق المرأة طَلَّقها والمواشي سَرَّحها والأسير خلا سبيله ¹."

- الطلاق في "الاصطلاح" : رفع قيد النكاح في الحال و المآل بلفظ مخصوص ، فحل رابطة الزواج في الحال يكون بالطلاق البائن ، وفي المآل أي بعد العدة يكون بالطلاق الرجعي، واللفظ المخصوص هو الصريح كلفظ البائن والحرام والإطلاق ².

- الطلاق في "القانون" : لم يعطي قانون الأسرة تعريفا واضحا للطلاق، وإنما بينته في المادة 48 من قانون الأسرة على صور قيد الزواج، ومنها الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة حيث يختص الزوج بإيقاع الطلاق ولا يحق للقاضي أن يطلق امرأة وهي في عصمة رجل إلا إذا طلب الزوج ذلك صراحة، إلا أنه ليس للزوج مطلق الحرية في استعمال هذا الحق، بل يخضع هذا لإشراف القضاء ³.

ب) - إجراءات الصلح:

- وقت إيقاع الطلاق:

¹ - مألوف اليسوعي ، المنجد في اللغة والإعلام ، ط21، دار المشرق ، بيروت، 1973، ص 470.

² - عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، ط1، دار الخلدونية ، الجزائر، 2007، ص212.

³ - محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي ، الجزائر، 2012، ص45.

في الكثير من الحالات نجد أن الزوج يوقع الطلاق بإرادته المنفردة قبل أن يرفع دعوى قضائية قصد إثبات الطلاق وهنا نميز بين وضعين حالة انقضاء العدة كليا وحالة انقضاء جزء من العدة، بحيث يتحرى القاضي لتحديد ما هو التاريخ الذي يعتد به لحساب العدة، فان كانت العدة قد انقضت كليا فتبين الزوجة من زوجها ويتحول من طلاق رجعي إلى طلاق بائن، لان حساب تاريخ بداية سريان عدة الطلاق الرجعي لها اثر مهم في ممارسة الرجعة بعقد جديد أو بدونه في حالة التوصل إلى الصلح والرغبة في مواصلة الحياة الزوجية، في حالة إيقاع الطلاق بنفس تاريخ رفع الدعوى، يمكن القول أن المشرع وضع المادة 49 من قانون الأسرة لإثبات الطلاق الذي يوقعه الرجل.

إذ انه يلجأ إلى رفع دعوى قضائية لإثبات ذلك الطلاق ، فتكون مدة حساب عدة الطلاق الرجعي موافقة لتاريخ رفع الدعوى الذي يوافق أيضا مدة إجراء محاولات الصلح من طرف قاضي شؤون الأسرة ، وهي ثلاثة أشهر، ومنع القاضي إجراء محاولات الصلح بعد انقضاء المدة حسب عبارة "دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى"¹، وبما أنه لا وجود للطلاق في نظر المشرع الجزائري إلا إذا صدر به حكم قضائي، فإن الثلاثة أشهر تسري ابتداء من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق شرعا إذا كان قد نطق به قبل عرض النزاع على المحكمة أو في جلسات الصلح ، فإن لم ينطق به حتى تاريخ الحكم فإن العدة تبدأ من تاريخ النطق بالقرار.²

- محاولات الصلح:

بعدما يرفع الزوج عريضة دعوى طلاق ضد الزوجة، وفي حالة وصول الملف لقاضي شؤون الأسرة فإنه ملزم بإجراء محاولات الصلح بينهما، كما يستمع القاضي في التاريخ المحدد

¹ - عبد الحكيم بن هبري ، أحكام الصلح في شؤون الأسرة ، (د.ط)، دار هومة ، الجزائر ، 2018 ، ص 94-99.

² - محفوظ بن صغير ، المرجع السابق، ص 79.

لإجراء محاولات الصلح إلى كل من الزوج والزوجة على انفراد ثم يستمع إلى كليهما معا، كما يمكن و بناء على طلب أحد الزوجين حضور أحد أفراد العائلة وذلك حسب المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و في حالة ما إذا استحال على أحد الزوجين الحضور أو حدث له مانع جاز للقاضي تحديد وقت آخر للجلسة، و إذا تخلف أحد الزوجين دون عذر يحذر القاضي محضر بذلك ، كما يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق وما ينسجم مع المادة 49 من قانون الأسرة.¹

وقبل حكم القاضي بالطلاق يحاول الصلح بين الزوجين، فالمقصود بالصلح في القانون "تتي أحد الطرفين أو إقناعهما بالرجوع عن التفكير في الطلاق والعودة إلى حياة المودة والوئام ونبذ التشاجر والخصام".²

وفي حالة وقع تخلف أو عدم الصلح لأحد الزوجين رغم مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى، و إذا تم الصلح بين الزوجين يحذر أمين الضبط تحت إشراف القاضي محضرا ذلك في الحال ويوقع عليه من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط، وذلك حسب ما جاء في نص المادة رقم 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.³

2/- إجراءات الصلح في دعوى الطلاق بالتراضي:

نلاحظ بأن المشرع الجزائري من خلال مجموعة مواده في قانون الإجراءات المدنية والادارية، والتي هي من المادة 427 إلى المادة 435، قد ميز إجراءات الطلاق بالتراضي

¹ - عبد الرحمن بربرارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، منشورات بغدادي، ط2 ، الجزائر، 2009، ص336.

² - زكية غناي ، المحافظة على الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، جامعة

بومرداس كلية الحقوق، العدد 3، سنة2020، ص319.

³ - عبد الرحمن بربرارة ، المرجع السابق، ص336.

والطلاق بناءً على طلب أحد الزوجين¹، كما أُعطي المشرع خصوصية لإجراءات الطلاق بالتراضي تظهر من خلال تقديم طلب مشترك في عريضة واحدة وهذا ما بينته المادة 428 في نصها، كذلك نجد بأن القاضي مُلزم على التأكد من رضا الزوجين وقت تقديم طلب الطلاق بالتراضي، وهذا يكون بواسطة السماع لكلى الطرفين.²

وبالرجوع إلى المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت: " يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكناً"، من خلال هذا النص نلاحظ بأن القاضي يحتفظ بدوره الإيجابي حتى في حالات الطلاق بالتراضي، حيث يقوم بمحاولة الصلح بين الزوجين إذ كان ممكناً³.

وبعد إجراءات القاضي لمحاولة الصلح في دعوى الطلاق بالتراضي يقوم بتحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح سواء كانت ايجابية أو سلبية، وفي حالة فشل المحكمة في محاولة الإصلاح بينهما تحكم بالطلاق بناءً على الإرادة المشتركة لهما ووفقاً لما اتفق عليه الزوجان ما لم يخالف هذا الاتفاق النظام العام أو يكون ضد مصلحة الأطفال.⁴

ثانياً: إجراءات الصلح في دعوى الطلاق بإرادة الزوجة

يمكن أيضاً للزوجة أن تطالب بالطلاق إن وجدت بأنها المتضررة في زواجها من هذا الرجل، فلها الحق باللجوء إلى القضاء لطلب المخالعة منه أو برفع دعوى للشقاق والنزاع بينهما، ويكون ذلك إن رفض طلاقها على رغم من مطالبتها به، وهذا ما أخذ به المشرع وشرع

¹ - المرجع نفسه، ص 330.

² - سلمى مانع، اختصاصات قاضي شؤون الأسرة طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة

بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 16، سنة 2018، ص 60.

³ - عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 332.

⁴ - عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة ماجستير كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2014، ص 149.

الصلح بين الزوجين في كل ذلك، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في هذا الفرع من خلال التعرف على إجراءات الصلح في دعوى الخلع، وكذلك بالنسبة لطلب التطليق.

1/- إجراءات الصلح بالنسبة لدعوى الخلع

أ- المقصود بالخلع:

- **الخلع في اللغة:** وهو النزع والتجريد والإزالة ، مأخوذ من خلع الثياب لأن المرأة لباس الرجل مجازاً¹، وعرفا بضم الخاء إزالة الزوجية ، يقال خلعت الزوجة زوجها وهو من الفعل خلع.

- **الخلع في الفقه:** اختلف تعريف الفقهاء للخلع تبعاً لمذهبهم ، فالحنفية عرفوا الخلع بأنه إزالة الزوجية بما تعطيه من مال ، وأما تعريفه عند جمهور الفقهاء هو فرقة بعوض مقصود لجهة الزوج بلفظ الطلاق أو الخلع ، فالخلع عند المالكية هو الطلاق بعوض سواء كان من الزوجة أم من غيرها.²

- **مشروعية الخلع من القرآن الكريم:** قال تعالى «الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ٢٢٩ » .³

- **الخلع في القانون:** الخلع في المشرع الجزائري يعتبر صورة من صور فك الرابطة الزوجية، وهذا ما وضحته المادة 54 من قانون الأسرة في نصها: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، ويؤكد هذا قرار المحكمة العليا رقم 656259 الصادر بتاريخ 15 سبتمبر 2011 الذي نص صراحة على ما يلي " :الخلع حق إرادي يقابل حق العصمة للزوج " .⁴

¹ - تقي الدين الهاللي، أحكام الخلع في الإسلام، مكتبة الإسلامي، ط1، سوريا، 1970، ص47.

² - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص265.

³ - الآية رقم 229: سورة البقرة

⁴ - مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2012، ص319.

ب) - محاولات الصلح في دعوى الخلع:

ووفقا للأشكال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تتم اجراءات دعوى الخلع برفع دعوى قضائية، إذ يبلغ المدعى عليه ويستدعى في الوقت المحدد، كم ان اعتماد الصلح قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية بطريق الخلع له غاية، إذ تتمهل الزوجة حتى لا تقسم في عرى الزوجية لأسباب قد تزول أثناء القيم النزاع، كذلك قد تتذكر ما كانت تعيشه مع زوجها من إحسان ومعروف.

كذلك يظهر لنا اتجاهين في موضوع تخلف إجراء محاولات الصلح في دعوى الطلاق، الاتجاه الأول يري ببطلان الحكم الصادر بالخلع في حال التخلف عن محاولة الصلح ، ووجه القياس هو قرار صادر بتاريخ 03-07-1966 عن المجلس الأعلى يقر بما يلي " التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفة للقانون " .

والاتجاه الثاني يرى بأن الحكم صحيح رغم تخلف إجراء محاولة الصلح مستدلين بقرار المحكمة العليا الصادر سنة 1999 الذي اعتبر الصلح إجراء غير جوهري وأن المادة 49 ما هي إلا موعظة.

2/- إجراءات الصلح في دعوى التطليق

بإمكان الزوجة أن تطلب التطليق من زوجها، إذا أخل بشرط في عقد الزواج، سواء كان من الشروط التي يفرضها عقد الزواج، أو من الشروط التي التزم بها الزوج، وكذلك في حالة سوء المعاشرة والإساءة إليها من طرف زوجها، سواء كانت الإساءة من قبيل الضرر المادي، أو المعنوي، وهنا سنحاول التعرف أولا إلى المقصود بالتطليق وشروطه ثم إجراءات محاولة الصلح القضائي في دعوى التطليق.

أ) - المقصود بالتطليق:

التطليق هو فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة ويستند عليه في طلبها ويكون للقاضي السلطة الكاملة في إيقاعه، وذلك عند رغبة الزوجة في الطلاق متى توفر لديها سبب مشروع تطبيقا لمواد قانون الأسرة ضمن الحالات المحددة والمحصورة¹.

ب) - شروط التطليق:

- لا بد أن يتم التطليق في المحكمة أمام القاضي.
- أن يكون هذا الطلب من الزوجة المتضررة.
- أن لا يستعمل التطليق إلا إذا تعذر الاتفاق بين الزوجين وتوفر الشروط المنصوص عليها في المواد 8 و 53 من قانون الأسرة .

ج) - محاولات الصلح في دعوى التطليق:

في حالة الدعوى بالتطليق يجب على القاضي إجراء محاولات الصلح بين الزوجين، وذلك طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة ، وهو ملزم أيضا في حال ما إذا رأى أن الخلاف مستحكم بين الزوجين أن يتخذ إجراء التحكيم² ، وذلك حسب المادة 56 من نفس القانون، كما يمكننا القول أن في بعض الحالات يكون إجراء محاولة الصلح في دعاوى التطليق دون أي فائدة ولا توجد حكمة منه ، بالأخص عندما يكون التطليق بسبب الضرر، ويمكننا أن نعرض هذه الحالات على النحو التالي:

¹ - المادة: رقم 53 من قانون الأسرة الجزائري.

² - أحمد نصر الجندي ، محكمة الأسرة واختصاصاتها ، دار الكتب القانونية ، (د.ط)، مصر ، 2005، ص 329.

* دعوى الزوجة بالتطليق بسبب الغياب:

لو رجعنا للمادة 112 من قانون الأسرة نجدها تنص على: " : لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون " ، وهنا نلاحظ بأنه لا يمكن إجراء محاولات الصلح في دعوى تطليق في حالة غياب الزوج أو فقدانه ، والغائب هو الذي اختفى أثره أو انقطع خبره وجهل مكانه ولا تعرف حياته أو مماته.¹

* دعوى التطليق بسبب الحكم على الزوج بجريمة ماسة بالأسرة:

من خلال المادة رقم 53 في الفقرة الرابعة من قانون الأسرة، والتي تنص على أن: "الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية" يتضح لنا أن إجراء الصلح في هذه الحالة بدون فائدة لاسيما في حالة الحكم على الزوج بعقوبة كبيرة، وعلى هذا جرم المشرع الجزائري العقوبة في الجرائم الماسة بالأسرة لاسيما القضايا المتعلقة بالأخلاق.

* دعوى التطليق بسبب ارتداد الزوج عن الإسلام:

في هذه الحالة نرى بأن إجراء محاولات الصلح تخالف النظام العام وهذا حسب نص قرار المحكمة العليا رقم 699785 الصادر بتاريخ 12-04-2012 والذي ينص على أن: "يحق للزوجة المسلمة طلب التطليق في حالة ارتداد الزوج عن دين الإسلام، يحكم القاضي فورا بالفرقة بين الطرفين مراعاة للنظام العام"².

¹ - العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، 2002،

ص357.

² - المحكمة العليا: غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 699785، المؤرخ في 12-04-2012، المجلة

القضائية، الجزائر، العدد2، 2012، ص274.

وفي رأي فقهي لفقهاء المالكية نجدهم قد أكدوا بأنه إذا ارتد أحد كان طلاقة بائنة فإذا رجع لا تحل إلا بعقد جديد¹، وهذا لقول الله تعالى: «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوا هُنَّ إِذَا أَتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ ١٠»².

المطلب الثاني: إجراءات السلطة التقديرية للقاضي في التحكيم بين الزوجين

قد يقتضي للقاضي في تحقيق بين الزوجين وسعيًا منه في فك النزاع، يلجأ القاضي إلى التحكيم في استفعال الشقاق وعند عدم ثبوت ضرر، ومن بين هذا الشقاق نشوز الزوجة، لأن ثبت الضرر استجاب القاضي لطلب الطلاق أما في حال عدم ثبوته، يقوم القاضي بتعيين حكمين لمعرفة أسباب الشقاق والفصل في القضية.

الفرع الأول: مفهوم التحكيم ومشروعيته

أولاً: تعريف التحكيم

1/- التحكيم في اللغة

التحكيم في اللغة هو مصدرا للفعل: حَكَمَ يُحَكِّمُ تَحْكِيماً، فيه ومحكم، وحكم فلان في الأمر: فوض إليه الفصل، أي القضاء فيه³، وحكمه في ماله تحكيمياً، إذا جعل إليه الحكم فيه.

والحكم هو قضاء العدل، وقد حَكَمَ بينهم يحْكُم، وحكم له وحكم عليه.

وجاء أيضاً أن الحكم: هو العلم والفقه، قال تعالى «وَأَتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيّاً ١٢»¹.

¹ - الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، ط2، 1992، ج22، ص198.

² - الآية رقم 10: سورة الممتحنة.

³ - أحمد مختار عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، عالم الكتب، القاهرة، مصر، المجلد الأول 2008،

وحكمتُ بمعنى : منعت ورددت ، وحكموه بينهم، أمره أن يحكم ويقال: حكمنا فلانا بيننا أي أجزنا حكمه بيننا، ويقال حكمَ اليتيم كما تحكّم ولدك، أي امنعه من الفساد وأصلحه كما تصلح ولدك.²

2/- التحكيم في الاصطلاح

التحكيم في الاصطلاح هو: "تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما، وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر"، وفي تعريف آخر التحكيم هو "تولية خصمين حكما صالحا للقضاء ليحكم بينهما"³، وجاء عن المارودي أن "التحكيم هو ان يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا".

ثانيا: مشروعية التحكيم بين الزوجين

نتعرف هنا على مشروعية التحكيم في الفقه والسنة النبوية، ثم مشروعيته في القانون الجزائري

1- مشروعية التحكيم في الفقه:

أ/- مشروعية التحكيم من الكتاب الكريم:

قالى الله تعالى: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ۝ ٣٥ »⁴

¹ - سورة مريم: الآية رقم 12

² - ابن منظور؛ أبي الفاضل بن مكرم المصري، لسان العرب، ج2، ص 951 (مادة حكم).

³ - ابن فرحون؛ برهان الدين المالكي: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط1، دار الكتب العلمية،

بيروت، 1995، ج1، ص62.

⁴ - سورة النساء: الآية رقم 35

من خلال هذه الآية يتبين لنا جواز التحكيم ومشروعيته بين الزوجين عند الشقاق وهذا حفاظا على سلامة الأسرة فجوازه أولى في سائر الخصومات، لأن ذلك يحفظ المجتمع الذي تتكون منه الأسرة.

ب/- مشروعية التحكيم من السنة النبوية:

عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: "أن أناس نزلوا على حكم سعد بن معاذ، فأرسل إليه فجاء على حمار فلما بلغ قريبا من المسجد، قال النبي صلى الله عليه وسلم "قوموا إلى خيركم أو سيدكم، فقال يا سعد إن هؤلاء نزلوا على حكمك، قال فإني أحكم فيهم أن تقتل مقاتلهم وتسبي ذرارهم ، قال :حكمت بحكم الله، أو بحكم الملك".¹

من خلال هذا يدل هنا جواز التحكيم بين المسلمين في منازعاتهم وخاصة في الخصومات التي تنشأ بين الزوجين.

2/- مشروعية التحكيم في القانون الجزائري

استنادا لنص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، والذي وضحته على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج، وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين."

الفرع الثاني: اجراءات التحكيم بين الزوجين

للقاضي السلطة التقديرية في تعيين الحكمين كما يجوز للزوجين تعيينهما وفق المادة 56 من قانون الأسرة، وهذا ما وضحه المشرع الجزائري، ولكن بصفة وجيزة حيث نص على وجوب

¹ - أخرجه البخاري سننه، باب مناقب سعد بن معاذ، رقم الحديث 3804 ، كتاب مناقب الأنصار، ص 931.

تعيين الحكّمين إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين، ولكن أشار إليهما في قانون الإجراءات المدنية في المواد التالية:

- " إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكّمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"

- "يطلع الحكّمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة".¹

* كما سبق القول أن التحكيم إجراء قضائي وقائي في شؤون الأسرة تندرج عليه آثار في تطبيقه، وفي هذا الصدد سنتطرق إلى إبراز نتائج محاولات التحكيم فيما يلي:

في حالة توصل الحكّمين إلى الصلح بين الزوجين فإن الصلح يؤكد بإرادة الزوجين ومضمونه يحزر بمحضر ويوقع من الطرفين يرفع التحكيم محضر الصلح يبقى خاضعاً للصيغة العقدية فهو يعتبر في سلطات الإدارة الواجب احترامها من طرف القاضي.²

إذا لم يتوصل إلى الصلح بين الطرفين فإن تقرير التحكيم يكون متضمن من حيث الموضوع معاينة الضرر وأسبابه والتصريح بما مسؤولية كل زوج في الشقاق والضرر من هو المسيء واقتراح حل الرابطة بين الزوجين.

- كما يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكّمين تلقائياً إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة.³

¹ - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. المادة 447.

² - تقيّة عبد الفتاح ، قضايا شؤون الاسرة في منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات تالة،الابيار،الجزائر ،

2011، ص 159.

³ - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. المادة 449.

المبحث الثاني: السلطات الاستعجالية لقاضي شؤون الأسرة

يعتبر القضاء الاستعجالي مجموعة من الإجراءات الحضرورية التي تتيج للخصم بمقتضاها في حالة الضرورة التي لا تتحمل التأخير، حيث يقوم على أساس الحماية السريعة والوقتية للحقوق في حالة الضرورة ، كما يتسم القضاء الاستعجالي بالسرعة وبساطة إجراءاته عكس القضاء العادي، وهو صورة من صور الحماية القضائية للخصوم، يتم اللجوء إليه في الحالات المستعجلة التي لا تقبل التأخير أو الانتظار، ونظرا خصوصية قضايا شؤون الأسرة، فقد حصها المشرع الجزائري بإجراءات خاصة، وهذا ما سنحاول تناوله في هذا المبحث من خلال التطرق إلى الأوامر الاستعجالية في دعاوي الطلاق والخلع (المطلب الأول)، ثم نتناول إجراءات السلطة التقديرية للقاضي في الدعوى الاستعجالية (المطلب لثاني).

المطلب الأول: الأوامر الاستعجالية في دعوى الطلاق

توجد بعض القضايا التي لا تقبل التأجيل للفصل فيها، بل يُحتم فيها التعجيل حتى تتحقق الحماية القضائية، ولهذا خص المشرع الجزائري الزوجة والأولاد بمجموعة من التدابير المؤقتة الواجب اتخاذها في حالة الضرورة ، خلال النزاع و قبل الفصل في الدعوى، في إطار صيانة وحماية حقوقهما وذلك لوجود ضرورة ملحة وجب حمايتها وفي أقرب وقت كونها لا تقبل التأخير، حيث استحدثت المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 02-05 المؤرخ 25-02-2005، مادة جديدة أجازت صراحة للقاضي الفصل على وجه الاستعجال في بعض المواد التي يحكمها قانون، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب.

الفرع الأول: الأوامر الاستعجالية في النفقة والمسكن

يأتي دور القضاء الاستعجالي لمعالجة الحالات الملحة والضرورة التي لا تقبل التأخير، حفاظا على الحق أثناء النزاع إلى غاية صدور الحكم، ومن هذه الحالات التي يحكمها قانون الأسرة وهي النفقة (أولا) ، والمسكن (ثانيا).

أولا: إجراءات رفع دعوى الاستعجال في النفقة

النفقة هي ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف عليه بين الناس، وحسب وسع الزوج¹، ومن خلال قيام النزاع بين الزوجين، وبعد رفع الدعوى بالطلاق، ومع طول الاجراءات ومحاولات الصلح فيها، قد تلجأ الزوجة الى القضاء بغرض طلب الحصول على نفقة يدفعها الزوج، تنفقها على نفسها وعلى أولادها (الأكل، الشرب، الملابس... إلخ).

كما تتم النفقة بالإجراءات والوسائل الودية وهذا بعد إرسال إنذار عن طريق المحضر القضائي للشخص المطالب بها، من أجل منحه أجلا لسداد النفقة فإذا أمتنع عن تسديدها في الأجل المحدد فإن طالب النفقة يرفع القضية لقاضي شؤون الأسرة وذلك عن طريق عريضة كتابية مسببة وموقعة توضع لدى أمانة ضبط المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الدائن بالنفقة ، بعدها يصبح من الواجب على رئيس كتاب الضبط إخبار المدعية بتاريخ الجلسة الأولى التي تعرض فيها قضيتها على القاضي وترسل نسخة من العريضة إلى الزوج المدعى عليه مرفقة باستدعائه إلى جلسة المحكمة وتبليغه بتاريخ هذه الجلسة وتكليفه بالحضور، هذا و يجوز للقاضي الذي أمر بالنفقة إعادة النظر في قيمتها بطلب من من يهمله

¹ - العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص169.

الأمر إما بتعديلها أو إلغائها حسب الظروف التي استدعت ذلك نظرا للوقائع الجديدة، فالقاضي ملزما أن يراعي في تقديره للنفقة المؤقتة حال ظروف الطرفين.¹

ثانيا: إجراءات دعوى الاستعجال في المسكن

خلال انتظار الزوجة وأبناءها فترة سير دعوى الطلاق، قد يكونوا في حاجة ماسة للمسكن، فلا بد منها اللجوء إلى القضاء للاستصدار أمر مستعجل على نيل عريضة للحصول على حكم يقضي بأحد التدابير المؤقتة، والمتمثل في المسكن ريثما يفصل نهائيا في موضوع الدعوى . وذلك في شكل عريضة تتضمن أسباب ومبررات الطلب ، تكون موقعة ، على أن تقدم إلى أمانة الضبط، وعلى القاضي التحقق من مبررات الطلب، قبل أن يصدر أمرا مؤقتا يقضي بتوفير المسكن المؤقت، الى حين صدور الحكم في الدعوى، كما من واجب الزوجة الطالبة لهذا السكن أن تقدم طلب في شكل عريضة مسببة وموقعة وذلك إلى كتابة ضبط المحكمة التي توجد بدائرة اختصاصها موطن أو مقر الزوجية وذلك تبعا لتقديم عريضة إقامة دعوى الطلاق مباشرة.

كما يحق للزوجة المطلقة والحاضنة في مسكن، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري واستنادا لما جاء في نص المادة 72 من قانون الأسرة على " : في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة ، سكنا ملائما للحاضنة، وان تعدى عليه ذلك فعليه دفع بدل الايجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن." 2

¹ - توهامي، كحل السنان ، إجراءات الطلاق والخلع، مذكرة لنيل شادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون المهن القانونية والقضائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2021-2022، ص48.

² - المرجع نفسه، ص 49.

الفرع الثاني: اجراءات الاستعجال في الحضانة والزيارة

أولاً: الاجراءات الاستعجالية بالنسبة للحضانة

بعد الإعلان عن فك الرابطة الزوجية بالطلاق، فتستند الحضانة إلى أحد الزوجين مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، إلا انه أثناء قيام الدعوى قد يتمتع أحد الزوجين عن تسليم الطفل المحضون للآخر، وفي حالة منع الزوج من زيارة ابنه يلجأ إلى قاضي شؤون الأسرة من أجل استصدار أمر استعجالي يفصل بموجبه الحانة مؤقتاً باعتبارها من القضايا الاستعجالية.¹

كما قام المشرع الجزائري بتبيان أصحاب الحق في الحضانة على الترتيب، وهذا استناداً لنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، والذي يقول: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة 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".

نلاحظ من خلال المادة السالفة الذكر، بأن المشرع الجزائري أعطى ترتيب حضانة الطفل بعد حصول الطلاق بموجب الأمر رقم 05-02 لسنة 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، حيث منح حق الحضانة للأم ثم إلى الأب ثم إلى الجدة لأم وبعدها إلى الجدة... الخ ويكون الفصل في حضانة الطفل خلال مرحلة بعد رفع الدعوى وفترة إصدار الحكم بالطلاق، حيث يجوز لقاضي الاستعجال أن يستصدر أمراً استعجالياً مؤقتاً بإسناد حق الحضانة إلى الأم أو الأب أو إلى ولي غيرهما ، وذلك حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون، حيث أصبح من حق مستحقي حضانة الطفل، تقديم طلب يتضمن الحكم له بحضانة أحد أو بعض الأبناء، بصفة استعجالية ومؤقتة، إلى غاية صدور حكم الطلاق ، وذلك بطلب في شكل عريضة كتابية

¹ - سعد عبد العزيز ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2007، ص157.

مسببة وموقعة يودعها لدى أمانة ضبط المحكمة على أن يرفعها بدءا من تاريخ رفع دعوى الطلاق.¹

وبالرجوع لنص المادة رقم 65 من قانون الأسرة، والتي تنص على: تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات ، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية"، فنلاحظ بأن الحضانة تسقط بانتهاء المدة المحددة قانونا، كذلك يسقط حق الحاضن في الحضانة بالتنازل عنها، وهذا بشرط أن يتم صدور التنازل عن محكمة مختصة ، كما يسقط الحق في الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر مقبول.

ثانيا: اجراءات الاستعجال في حق الزيارة

بمجرد اسناد القاضي حق الحضانة لأحد الطرفين، فلا بد منه أن يسند أيضا حق الزيارة للطرف الآخر، كما ترتبط دعوى حق الزيارة بدعوى حق الحضانة، فبعد تعديل قانون الأسرة ووفقا للمادة 57 أن يتقدموا بطلبهم في شكل عريضة كتابية مسببة وموقعة، على أن يودعوها لدى أمانة الضبط بالمحكمة التي تنظر في دعوى الطلاق، فيطلب الحكم له بصفة استعجالية باعتبارها من قضايا الاستعجال بعد دراسة موضوع الطلب من قاضي الاستعجال، والتحقق من مبرراته ومن وجود دعوى طلاق مرفوعة أمام نفس المحكمة، يجوز له استصدار أمر استعجالي مؤقت، يقضي بحق الزيارة لصالح الزوج الذي لا يوجد المحضون في رعايته، الى غاية صدور حكم الطلاق أو الخلع، هذا ويكون الاختصاص الإقليمي بخصوص منح الزيارة المؤقتة إلى مكان تواجد الأبناء محل حق الزيارة.²

¹ - توهامي، كحل السنن ، المرجع السابق، ص51.

² - زين الهدى ختاوي ، قضايا الاستعجال في شؤون الأسرة في القانون الجزائري ، مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة مستغانم، الجزائر، 2020-2021، ص42.

المطلب الثاني: إجراءات السلطة التقديرية للقاضي في الدعوى الاستعجالية

يعتبر القاضي الاستعجالي مختصا في الفصل في النزاعات المطروحة أمامه، كما يجب أن تكون هناك مصلحة قائمة في رفع الدعوى الاستعجالية، إذ لا دعوى بغير مصلحة، كما يشترط توفر الصفة على أن يكون رافعها هو نفسه صاحب الحق المراد حمايته بالإجراء الوقتي المستعجل، كما يجب أن ترفع هذه الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة بالنظر اختصاصا إقليميا ونوعيا إلى غاية صدور أمر استعجالي واجب التنفيذ كونه استعجاليا لا يحتمل التأخير، فالدعوى الاستعجالية تخضع لنفس أشكال الدعوى العادية، كما حدد المشرع الجزائري أشكال لرفع الدعوى الاستعجالية، والتي قد ترفع إما بعريضة استعجالية أو بموجب أمر على عريضة، وهذا ما سنحاول أن نتطرق إليه في هذا المطلب من خلال التعرف على رفع الدعوى بموجب عريضة استعجالية في (الفرع الأول)، ثم رفع الدعوى بموجب أمر على العريضة (الفرع الثاني)، أخيرا نتناول تنفيذ الأمر الاستعجالي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: رفع الدعوى بموجب عريضة استعجالية

بعد توفر شروط الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، يكون القاضي الاستعجالي مختصا للفصل في النزاع المطروح أمامه، حيث ترفع الدعوى الاستعجالية في إطار عريضة افتتاحية كالدعوى العادية، إذ يشترط فيها القانون أن تكون موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة ضبط المحكمة من طرف الخصم أو من محاميه، مع الحرص على إدراج البيانات المنصوص عليها في المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مع تحديد الجهة القضائية المختصة، وضرورة تقديم عرض موجز للوقائع، تحت طائلة عدم قبولها شكلا، ليقوم بعدها أمين الضبط بقيدها في سجل خاص، بعد دفع الرسوم المحددة قانونا بنص المادة 17 من نفس القانون، إذ يحدد تاريخ تسجيلها، ويعطيها رقمها حسب تاريخ وترتيب ورودها، ليقوم بعدها بتعيين تاريخ الجلسة، ويسلم نسخة من العريضة للمدعى بغرض تبليغها للمدعى عليه عن طريق المحضر

القضائي، من أجل انعقاد الخصومة مع جواز تخفيض أجال التكليف بالحضور إلى 24 ساعة و تتضمن عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات الآتية: ¹

1. الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى

2. اسم ولقب المدعي وموطنه

3. اسم ولقب وموطن المدعى عليه فإن لم يكن له موطن معلوم فأخر موطن له.

4. الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو

الاتفاقي.

5. عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

6. الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

كما يمكن لقاضي شؤون الأسرة في مثل هذه الحالات أن يقوم بتقصير مهلة الدعوى التي تحدد بيوم واحد إلى مهلة أقصر من ذلك، وهذا من خلال النظر إلى ضرورة ذلك، وخاصة في حالات التقادم الشديد للضرر والذي يقرر ويأمر بإبلاغ العريضة وقرار تقصير المهلة إلى المدعى عليه، كما يجوز له أيضا أن يتخذ قرار تقصير المهلة من ساعة إلى ساعة دون أن يخرج عن القانون أو عن السلوك المهني، وهذا استنادا على ما أكدته المشرع الجزائري في المادة رقم 302 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تنص على: " في حالة الاستعجال القصوى، يجوز بتقديم الطلب إلى قاضي الاستعجال خارج ساعات وأيام العمل، بمقر الجهة القضائية حتى قبل قيد العريضة في سجل أمانة الضبط"، ومن هنا يتم تحديد تاريخ الجلسة من

¹ - توهامي، كحل السنان، المرجع السابق، ص55.

طرف القاضي ويسمح عند الضرورة بتكليف الخصم بالحضور من ساعة إلى ساعة، ويمكنه الفصل خارج ساعات العمل وحتى خلال أيام العطل.

وهذا الإجراء يتم اتخاذه في حالات الاستعجال القصوى التي لا يحتمل فيها الأمر التأخير، وهذا يكون في مكتب الرئيس بحضور كاتب الضبط وحتى في غير أوقات العمل ويمكن في بعض الأحيان تنفيذ الأمر بموجب النسخة الأصلية للأمر حتى يقبل تسجيله بأمانة الضبط تفاديا لزوال الآثار المترتبة عنه.

الفرع الثاني: رفع الدعوى بموجب أمر على عريضة

نلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يوضح أو يعطي تعريفا لأوامر على العرائض، إلا أنه أشار إلى خصائصه وذلك في نص المادة رقم 310 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أن: "الأمر على عريضة أمر مؤقت، يصدر دون حضور الخصم، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

لذا فقد عرفها البعض من الفقه بأنها: "قرارات مؤقتة تصدر بدون خصومة في الحالات التي يصبح فيها إصدار الأمر بدون دعوة الخصم وسماعه، وهي حالات معينة في القانون، أو حالات يرى القضاء إصدار الأوامر فيها لحماية مصالح الأفراد عند تحقق ظروف استثنائية تستدعي اتخاذ الأمر بالعجلة القصوى، التي لا تتألف مع ما تستغرقه من وقت إجراءات الخصومة العادية، أو حتى إجراءات الخصوم أمام قاضي الأمور المستعجلة.

كما عرفها البعض الآخر على أنها نوع من الأوامر التي يصدرها القضاة بناء على طلب الخصم، من غير مرافعة، ودون تكليف الخصم الآخر بالحضور وفي غيبته وتعتبر سندات تنفيذية.¹

وبالنظر إلى نص المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فنجدها تقول: "تقدم العريضة من نسختين ، ويجب أن تكون معللة ، وتتضمن الإشارة الى الوثائق المحتج بها، وإذا كانت العريضة مقدمة بشأن خصومة قائمة ، فيجب ذكر المحكمة المعروضة أمامها الخصومة ، كل أمر على عريضة لم ينفذ خلال أجل ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره، يسقط ولا يرتب أي أثر." استنادا لهذا النص يجب أن تقدم العرائض في نسختين متطابقتين مع ذكر الوقائع والإشارة إلى الوثائق المحتج بها، حيث يطلع القاضي على هذه العرائض دون حضور أحد الخصوم ولا سماعه، كما يصدر أمر على أحد النسختين إما بالقبول أو الرفض دون تسبيب، ففي حالة الرفض يكون الأمر قابل للاستئناف، حيث يتم رفعه خلال 15 يوم من تاريخ الأمر بالرفض، أما في حالة القبول يقدم طلب للقاضي للتراجع عنه أو تعديله.²

الفرع الثالث: تنفيذ الأمر الاستعجالي

في هذه المرحلة والتي لا تقل أهمية عن المرحلة الأولى، وهذا أيضا بعد إجراء رفع الدعوى الاستعجالية وإصدار قاضي الاستعجال أمره فيها، وهي تنفيذ هذا الأمر حيث يتم تنفيذ الأوامر الاستعجالية فيها بالنفذ المعجل، فالأوامر الاستعجالية واجبة ومعلقة النفاذ ذلك بقوة القانون، ولو بمسودة الحكم وهذا لتحقيق السرعة من أجل توفير الحماية المؤقتة رغم إمكانية

¹ - حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (د . ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص121.

² - عمر حمدي باشا، طرق التنفيذ، (د.ط)، دار هومة ، الجزائر، 2015، ص140.

الطعن فيها، حيث جاء في المادة 303 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يمس الأمر الاستعجالي أصل الحق وهو معجل بكفالة أو بدونها...".

فالسطة التقديرية تعود على القاضي، كما يستمد قوته التنفيذية من نص القانون، دون الحاجة أن يطلبه المدعي وطبيعة هذه الأوامر هي الحكمة من جعلها معجلة النفاذ، فالنفقة بطبيعتها تقتضي ذلك فهي بالنسبة للزوجة والأبناء من الحاجيات الأساسية للعيش، حيث جاء في نص المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: " : يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي كما يوقف بسبب ممارسته باستثناء الأحكام الواجبة التنفيذ بقوة القانون، يؤمر بالنفاذ المعجل، رغم المعارضة أو الاستئناف عند طلبه في جميع الحالات التي يحكم فيها بناء على عقد رسمي أو وعد معترف به أو حكم سابق حاز قوة الشيء المقضي به، أوفي مادة النفقة أو منح مسكن الزوجية لمن أسندت له الحضانة" .

من خلال هذا النص يتضح لنا أن المحكوم له لا يستفيد من التنفيذ إلا بعد مرور آجال الطعن العادي باستثناء الأحكام الواجبة التنفيذ بالنفاذ المعجل كالنفقة أو منح مسكن الزوجية لمن أسندت له حضانة الأبناء، كأصل عام لا يجوز التنفيذ في الأحكام دون حيازتها للصيغة التنفيذية، لكن هناك استثناء بجواز الأوامر الاستعجالية بدون امهارها بالصيغة التنفيذية، ويكون ذلك في حالة الاستعجال القصوى. كما لا يجوز تنفيذ هذه الأحكام قبل تبليغها ، مما ينجر عنه من تأخير في التنفيذ ، حيث يمكن ذلك من الإخلال بمصلحة المحكوم له.

كما تظهر بعض العراقيل أثناء تنفيذ الأوامر الاستعجالية، التي تحول دون تنفيذ الحكم وهو ما يسمى " بإشكالات التنفيذ"، والتي قام المشرع الجزائري بتنظيم إجراءاتها من خلال مواده من المادة 631 إلى المادة 635 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لذا نجد الأوامر الاستعجالية تكون محل عراقيل أثناء تنفيذها، مما يستدعي على المحضر القضائي القائم على التنفيذ أن يحرر محضر عن الإشكال يسمى في القانون بمحضر إشكال في التنفيذ، ويدعو

الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة في دائرة اختصاص التنفيذ عن طريق الاستعجال، في حين يجب أن تكون هذه العراقيل قانونية ولرفع إشكال التنفيذ وجب توافر مجموعة من الشروط وهي:¹

ضرورة أن يكون الإشكال قد رفع قبل تمام التنفيذ، و أن يكون هناك شرط الاستعجال أن يكون المطلوب إجراء وقتيا لا يمس أصل الحق ، أن يكون القائم على التنفيذ اعترضته عقبة، يصعب معها التنفيذ.

كما لا يعتد بالعقبات المادية التي تصادف المحضر القضائي أثناء التنفيذ مثل التهديدات والاعتداءات بكل أشكالها وبغلق الأبواب وغيرها التي يتعين عليه أن يتصدى لها بالطرق المحددة قانونا مثل تسخير القوة العمومية عن طريق النيابة العامة، وبتوفر الشروط السالفة الذكر ، يقوم رئيس المحكمة بالفصل في الإشكال بوصفه قاضي الأمور المستعجلة، ولذلك فإن سلطته تكون هي نفس سلطة قاضي الاستعجال طبقا للقواعد العامة هو يصدر في الإشكال أمرا وقتيا بوقف التنفيذ أو الاستمرار وهذا في أجل 15 يوما من تاريخ رفع الدعوى، إن إشكالات التنفيذ متعددة خاصة في المسائل الأسرية، ومن أمثلتها نجد:

- أثناء تنفيذ الأحكام القضائية الخاصة بالسكن يثار إشكال العقود المؤقتة، حيث يصادف المحضر القضائي عقود إيجار مؤقتة لا تقي بكل مدة الحضانة مما يؤدي إلى عدم التنفيذ. كما يثار في المجال العملي أن المسكن الذي تستفيد منه الحاضنة لا يكون بموطنها فهو إشكال خاص بالموطن.

- إثارة إشكال في حالة عقود الإيجار التي تكون باسم الأب وليس باسم الحاضنة أو باسم المحضون.

¹ - عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 80.

- إن امتناع الأب عن تنفيذ الأمر الاستعجالي الذي يلزمه بدفع النفقة المؤقتة، يعتبر إشكالا في التنفيذ ما يستلزم اتخاذ إجراءات أخرى تتعلق بطلب الاستفادة من صندوق النفقة.
- يعتبر إشكال في التنفيذ إغفال القاضي ذكر أسماء الحاضنين أو أحدهم.¹

¹ - توهامي، كحل السنان، المرجع السابق، ص 60.

الفصل الثاني

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة بعد فك الرابطة الزوجية

- تمهيد

المبحث الأول: سلطة تقدير قاضي شؤون الأسرة للآثار المالية

المطلب الأول: سلطة تقدير القاضي للنفقة

المطلب الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة حول متاع البيت

المبحث الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة للآثار الغير مالية

المطلب الأول: سلطة تقدير القاضي لمسألة النسب

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مسألة الحضانة

الفصل الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة بعد فك الرابطة الزوجية

تعد المسائل المرتبطة بفك الرابطة الزوجية وما يترتب عليها نتائج قانونية، أو آثارا تلزم بها أطراف العلاقة الزوجية، كما أن هذه الآثار ثابتة في الشريعة الإسلامية وكذلك في قانون الأسرة الجزائري، فإنه نجد هناك آثار مالية وأخرى غير مالية، فالآثار المالية التي تترتب عن فك الرابطة الزوجية تمثلت في نفقة العدة ونفقة الإهمال إضافة إلى التعويضات الناتجة عن فك هذه الرابطة، وكذلك تقييم النزاعات القائمة حول متاع البيت، أما الآثار الغير المالية، فتتمثل في مسألة النسب وثبوته، إضافة لمسألة الحضانة، إذا هذا الفصل سنحاول التطرق إلى هذه الآثار التي ترتبت عن فك الرابطة الزوجية، ودور سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير هذه الآثار.

لذا قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في (المبحث الأول) "سلطة تقدير القاضي للآثار المالية" والتي تشمل كل من النفقة وكذلك متاع البيت، ثم يأتي (المبحث الثاني) والذي نتناول فيه "السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تقدير الآثار الغير مالية"، نتكلم فيه عن مسألة النسب وتقدير سلطة القاضي لهذه المسألة، وأخيرا نتطرق إلى السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مسألة الحضانة.

المبحث الأول: سلطة تقدير قاضي شؤون الأسرة للآثار المالية

لقد عالج المشرع الجزائري جل المسائل المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، كما لم ينسى المسائل المتعلقة الآثار المالية المترتبة عن فك هذه الرابطة الزوجية، وبمجرد الطلاق يترتب عليه نتائج قانونية أو آثارا تلزم بها أطراف العلاقة الزوجية شرعا وقانونا، حيث ستكون دراستنا في هذا المبحث حول سلطة تقدير القاضي للآثار المالية، لذا سنتعرف أولا على سلطة القاضي التقديرية للنفقة (المطلب الأول)، ثم يأتي (المطلب الثاني) لنتناول فيه سلطة القاضي التقديرية حول متاع البيت .

المطلب الأول: سلطة تقدير القاضي للنفقة

تعتبر النفقة أثر من آثار عقد الزواج شرعا وقانونا، كما يلزم على الزوج الإنفاق على زوجته وكذلك ملزما بالإنفاق على أولاده من خلال قيام الرابطة الزوجية، كما تظهر أهمية النفقة في حالة انحلال الرابطة الزوجية¹، وهذا ما سنحاول تناوله في هذا المطلب من خلال التعرف أولا على ماهية هذه النفقة ومستحققاتها (الفرع الأول)، ثم نتناول سلطة تقدير القاضي للنفقة ومستحققاتها (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مفهوم النفقة ومستحققاتها

أولا: تعريف النفقة

هي اسم لما ينفقه الإنسان على زوجته وأولاده وأقاربه، من طعام وكسوة ومسكن ، أو هي الشيء الذي يبذله الإنسان فيما يحتاجه هو أو غيره من طعام أو شراب أو غيرهما².

وعرفها شلبي بأنها: "ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزم لها حسبما تعارفه الناس"³.

¹ - نسرين شريفي، كمال، بوقرورة، قانون الأسرة الجزائري، بلقيس، ط 1 ، الجزائر، 2013 ، ص117.

² - أحمد الأمراني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، ط1، دار القلم، الرباط، 2012،

ص205.

³ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، - دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون-، ط4، الدار

الجامعية، بيروت، لبنان، 1983، ص437.

كما تعتبر النفقة كل ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام أو كسوة ومسكن، ما لا يلزم المعيشة بحسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج، والنفقة توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام ومسكن وخدمة ودواء وإن كانت غنية، وعرفها الفقهاء على أنها الطعام فقط، لذا يعطفون عليه الكسوة والمسكن، واختلفوا في أربع مواضع وقت وجوبها، ومقدارها لمن تجب وعلى من تجب¹.

والمشروع الجزائري لم يبين تعريفاً للنفقة، وإنما قام بتحديد مشتملات النفقة وهذا حسب ما جاء في نص المادة رقم 78 من قانون الأسرة على أنه: "تشمل النفقة، الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

ثانياً: مستحقات النفقة

1/- الزوجة:

يلزم على الزوجة طاعة زوجها، وعدم الخروج من بيت الزوجية إلا بعد الأخذ بإذن زوجها، فتميز بين وجوب هذه النفقة لقاء احتسابها وطاعتها وبين وجوبها بمجرد عقد النكاح، كما نلاحظ بأن المشروع الجزائري نص في المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة..."، ومنه نستخلص بأنه تجب نفقة الزوجة على زوجها إذا توافرت العناصر التالية:

- الدخول بالزوجة، أي بمعنى الخلوة الصحيحة سواء أتمت المخالطة الجنسية فعلاً أم لم تتم.
- العقد الصحيح، ويجب أن يكون الزواج صحيحاً شرعاً، استوفى أركانه طبقاً لنص المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري ولكن شرط وجود الاحتباس الذي يكون من الزوج على زوجته أو الاستعداد له.²

¹ - صالح بوشيش، نفقة الزوجة والأولاد في حال الإعسار والإمتاع، مجلة الإحياء، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، قسم شريعة باتنة، عدد 05، 2005، ص 203.

² - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، 1999، ص 171.

- أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة، ومن هنا يشترط المشرع الجزائري في المرأة بلوغ سن 19 سنة في المادة 07 قانون الأسرة مما سيمكنها من معرفة وإدراك حقوقها وواجبات الزوجية، وعلى هذا فإنه تجب النفقة الزوجية إلى زوج ولو مع اختلاف في الدين من حيث العقد الصحيح و لو كانت في بيت أهلها ما لم يطلب منها الانتقال الى بيته، و في هذا الشأن قرار المحكمة العليا جاء فيه: "يبقى التزام الزوج بالإنفاق على زوجته المقيمة عند أهلها قائما مادام لم يثبت نشوزها بحكم قضائي".¹

2/- المعتدة:

تناول المشرع الجزائري هذا النوع من مستحقي النفقة في نص المادة رقم 61 من قانون الأسرة، والذي ينص على أن: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها الا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة طلاق . " .

* كما تتضمن هذه المادة أحكام نذكرها عل النحو التالي:

- للمعتدة من الطلاق أو الوفاة الحق في البقاء في السكن العائلي وعدم الخروج منه ما لم ترتكب فاحشة مبينة.
- لم يفرق المشرع في هذه الحالة بين الطلاق البائن و الرجعي اذ جعلهم في مرتبة واحدة. للمعتدة من الطلاق الحق في النفقة.
- استبعد حق المعتدة من الوفاة في النفقة.

3/- المتعة:

في هذه الحالة أن تكون الزوجة المدخول بها في الزواج الصحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا سبب من قبلها تستحق زيادة على النفقة حق متعة العدة، والأصل في تقرير نفقة المتعة هو جبر المطلقة ومواساتها من المروءة التي تتطلبها أحكام الشريعة الإسلامية.

¹ - قرار المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، ، قرار بتاريخ 12-11-2008 ، ملف رقم 466390 ، المجلة القضائية، 2008، العدد 2،

وبالرجوع للمشرع الجزائري نجده لم ينص على المتعة المقررة شرعا لمن طلقها زوجها، وإنما أكدتها الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا بوصفها تعويضا عن الطلاق التعسفي بمفهومه الحديث وليست أثرا من آثار الطلاق. وجاء في قرار المحكمة العليا أنه "من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم ، ومن ثم فإن القضاء بها يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة، ولما كان من الثابت في قضية الحال ان الزوجة أقامت دعوى التطلاق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب اهماله، فان القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية، ومتى كان ذلك استوجب نقض قرار جزئيا فيما يخص المتعة"¹.

4/- الأقارب :

أ) - نفقة الاصول على الفروع:

والفروع هنا هم اولاد الشخص واولاد اولادهم وان نزلوا ذكورا أو إناثا، فهي تعتبر من اهم الواجبات الملقاة على عاتق الزوج للقيام بها اساسا وهي النفقة على فروعهم، وهذا ما جاء في نص المادة 75 من قانون الأسرة: " تجب نفقة الولد على الاب مالم يكن له مال، فبالنسبة للذكور الى سن الرشد والاناث الى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

ب) - نفقة الفروع على الأصول:

وهي مكانة الوالدين وما لهما من فضل عظيم على أولادهم، كان من الواجب رد الجميل وذلك بحسن المعاملة والرعاية الخاصة، الأمر نفسه ينطبق بالنسبة للأقارب باعتبار صلة الرحم التي أوصى بها الدين الحنيف، فهي واجب شرعي استجابة لقول الله تعالى : «وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوُلْدَيْهِ حُسْنًا ۖ ۘ»²، ويكون الاحسان للوالدين من خلال تفقدتهما والانفاق عليهما ، وقد أولى المشرع الجزائري نوعا من الاهتمام لقاعدة العناية بالوالدين من خلال ادراج المادة 77 قانون

¹ - قرار المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 29-12-1986 ، ملف رقم 43860، المجلة القضائية، 1993، عدد2،

ص41.

² - الآية رقم 08: سورة العنكبوت.

الأسرة الجزائري والتي جاء فيها ما يلي: " تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياجات ودرجة القرابة في الارث " .

ج) نفقه الحواشي:

وهم الاقارب من المحارم الذين ليسوا أصولا ولا فروعا كالأخ وابن الاخ والعم والخال والعمة والخالة ونحوهم من كل قريب يحرم على قريبه أن يتزوج منه، والمعتبر في وجوب هذه النفقة أن يكون القريب أهلا للإرث في الجملة وان لم يكن وارثا بالفعل.

ثالثا: سقوط النفقة

1- حالات سقوط نفقة الزوجة والمعتدة:

من المعلوم قانونا أنه يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها، ومعنى هذا الكلام أن الزوجة تستحق النفقة من مال زوجها كلما كانت مدخولا بها وإن علاقات المودة والتعاون متوفرة، وكلما كانت الزوجة قائمة بواجباتها، ولكن إذا نشزت وتخلت عن واجباتها عمداً ثم التحقت ببيت أهلها دون مبرر شرعي وبقيت هنالك فترة طويلة فان حقها في النفقة من مال زوجها سيسقط بمجرد الحكم بنشوزها¹.

كما ذهب جمهور الفقهاء إلى أن إبراء الزوجة لزوجها من النفقة الماضية يكون صحيحا من غير توقف على صحة دين النفقة، بمعنى أن تكون النفقة مقدرة أو غير مقدرة، لأنها تصبح دينا في ذمة الزوج بمجرد الامتناع عن الانفاق بعد ثبوت وجوبها، أما المقاصة بدين تعني إسقاط ما على المدين من دين لآخر نظير ماله من دين على آخر، أما عن النفقة والمقصود بالمقاصة فيها هو ان دين النفقة من الديون الصحيحة التي لا تسقط إلا بالأداء والإبراء، سواء كانت هذه النفقة مفروضة بحكم قضائي أو غير مفروضة².

1 - سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق، ط2 ، المرجع السابق، ص 237.

2 - نزيه نعم شلالا، المرتکز فی دعاوی النفقة، ط1، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2007، ص65.

كما تسقط النفقة في حالة النشوز ، وهو خروج الزوجة عن طاعة الزوج ، لأن النفقة مرهون بواجب الطاعة فإذا خرجت الزوجة عن حدود الطاعة بدون موسوغ شرعي، كان للزوج أن يسقط النفقة عنها، لأن الحق في مقابل الواجب ، وإذا ما عادت إلى طاعة زوجها تعاد إليها النفقة.¹

إذا كان عقد الزواج صحيحا ، وسلمت الزوجة نفسها لزوجها وكانت صالحة للمعاشرة ، ولم يصدر منها نشوز وجبت لها النفقة على زوجها فإذا مات الزوج أو ماتت الزوجة سقطت نفقتها ، وذلك لأنها وجبت لها بالعقد ، فإذا مات أحد الزوجين انتهى العقد وانتهى الرابطة الزوجية فلا نفقة لها عليه.²

2 - حالات سقوط نفقة الأقارب :

تسقط النفقة بمضي الزمان وان كان القريب متعديا بمنعها بعد وجوبها عليه، وذلك لأن النفقة تجب لدافع الحاجة الملحة وقد زالت هذه الحاجة، غير أنها لا تسقط بمرور الزمن إذا كان قد صدر بشأنها حكم قضائي يلزم سريانها.

كما لا يستحق القريب النفقة من غير حاجة، ومادام أنه موسر، لأن النفقة تجب لسد الحاجة على سبيل المواساة والموسر مستغن عن المواساة، وبعد أن أصبح غير عاجز عن الكسب لبلوغه أو شفاؤه من مرض، فانه لا يستحق النفقة لأنه غير محتاج ويستطيع الكسب لأن النفقة مواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة.³

الفرع الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في النفقة ومستحقاتها

أولاً: السلطة التقديرية للقاضي في النفقة الزوجية:

من خلال أحكام المادة رقم 79 من قانون الأسرة، نلاحظ بأن المشرع الجزائري قد منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في تقديره للنفقة وهذا حسب نص المادة السالفة الذكر: "القاضي في تقديره للنفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يرجع تقديره قبل مضي سنة من صدور

¹ - عبد الكريم الغوط ، سلطة القاضي في إبرام عقد الزواج وإنهائه، (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة وهران، 1428هـ، ص75.

² - زكية غناي ، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، في القانون الخاص ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون، 2011، ص114.

³ - محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية " شرح مقارن للأحوال الشخصية، ط1 ، دار الثقافة للنشر ، عمان الأردن، 2008، ص412.

الحكم. "ومن هنا يتضح لنا بأن المشرع قد منح للقاضي سلطة واسعة في مجال تقدير المبلغ المطلوب كثرمن أو أجر للنفقة، ومن ثم لم يقيد به أو يلزمه بشيء إلا بمراعاة حال كل واحد من الطرفين أي حال طالب النفقة وحال المطلوب بالنفقة وبمراعاة ظروف المعيشة وغلاء الأسعار، رغم أن الخصوم تعودوا على أن يطلب المدعي منهم مبالغ ضخمة وخيالية لا يحكمها عقل ولا منطق، ولا يراقبها وجدان ولا ضمير فإن مهمة القاضي هو تقدير قيمة النفقة وفق ميزان عادل ستكون مهمة صعبة وشاقة، ومع ذلك فإنها ستكون سهلة نوع ما إذ حكم ضميره واعتمد على هذين العنصرين وهما حال الطرفين وظروف المعاش¹.

كما نجد في قرار المحكمة العليا قد خصص نصا في هذا الموضوع بقوله: "ولكن وحيث أن القرار المنتقد قد أجاب الطاعن بأن المبالغ المحكوم بها غير مبالغ فيها إضافة إلى أن تقدير التعويضات والنفقة، يرجع لقضاة الموضوع، وعليه الوجه غير مؤسس"²، وفي قرار آخر جاء فيه: "من المقرر فقها وقضاء أن النفقة المستحقة للزوجة تعتمد على حال الزوجين ببسر أو عسر، ثم حال مستوى المعيشة، ومن ثم أن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا إلى القواعد الشرعية"³. ومن خلال هذا فإن تقدير النفقة هو مسألة تقديرية وهو من اختصاص قضاة الموضوع وهذا ما أكدته اجتهادات المحكمة العليا.

ثانيا: تقدير القاضي لمستحقي النفقة

بالرجوع لقانون الأسرة في نص المادة رقم 80 نجده أنه "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءً على بينة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"، ويتبين من خلال دراسة نص المادة أن قانون الأسرة قد وضع حداً ولو غير حاسم لكل المشاكسات والتعجيزات التي كانت تنشأ بشأن تاريخ بداية استحقاق النفقة المطلوب الحكم بها، ولقد كانت الزوجة تغضب أحياناً لسبب شرعي أو غير شرعي وتذهب بنفسها ومالها مع أولادها إلى منزل أهلها وتنتظر مُراضاتها، وعندما يرفع الزوج دعوى أمام محكمة ويطلب الحكم له بـرجوعها إلى

¹ - سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ط2، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، (د.س)، ص 227.

² - قرار المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 15-12-1998، ملف رقم 214290، المجلة القضائية، 2001 عدد خاص، ص195.

³ - قرار المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 19-02-1987، ملف رقم 44630، المجلة القضائية، 1990، العدد 3،

بيت الزوجية ، ترفع في وجهه طلبا بالنفقة لها ولأولادها لشهور كثيرة سابقة، وأحيانا لعدة سنوات خلت وبمبالغ خيالية.

كما يجب على قاضي شؤون الأسرة الفصل في دعوى النفقة بشكل استعجالي لارتباطها بالطعام والعلاج والكسوة والمسكن حفاظا على مصالح الزوجة ، والأولاد، بان تتبع فيها الاجراءات المستعجلة فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل فيها، وذلك طبقا لأحكام المادة 57 مكرر والتي نصت على: " للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما يتعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن ". وهو أيضا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: " قاضي الاستعجال مختص للحكم للزوجة والأبناء بنفقة قبل الفصل في الدعوى من حيث الموضوع ".

المطلب الثاني : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة حول متاع البيت

يعتبر النزاع حول متاع البيت من النزاعات التي تثار غالبا بعد انحلال الرابطة الزوجية أي الطلاق، حيث من خلال هذا النزاع يدعي كل من الزوجين ملكية ما هو موجود بالبيت، أو أن طرفا يدعي ملكيته لبعض الأشياء والطرف الآخر ينكر ملكيته لها، أو أصلا تجده ينكر بوجود تلك الأشياء، وهذا النزاع هو من مخلفات فك الرابطة الزوجية، وهذا ما يجعلنا دراسة هذا الموضوع من خلال التعرف أولا بمقصود متاع البيت (الفرع الأول)، ثم نحاول التطرق إلى دور السلطة التقديرية للقاضي في تقدير متاع البيت (الفرع الثاني)

الفرع الأول: المقصود بمتاع البيت

في هذا الفرع سنحاول تحديد مفهوم متاع البيت، وهذا من خلال تعريفه لغة واصطلاحا، وكذلك تعريفه الشرعي والقانوني له.

أولا: متاع البيت لغة واصطلاحا

1- التعريف اللغوي لمتاع البيت:

المتاع: هو كل ما ينتفع به من الطعام وأثاث البيت وأصل المتاع ما يتبلغ به من الزاد وهو اسم من متعة، بالثقل إذا أعطيته ذلك والجمع أمتعة ومتعة الطلاق من ذلك.¹

وهو أيضا المنفعة وما تنفعت به وقد متع به أي انتفع من باب قطع، قال الله تعالى «ابْتِغَاءَ حِلْيَةٍ أَوْ مَتَاعٍ»² وتمتع بكذا واستمتع به بمعنى الاسم المتعة ومنه متعة الحج³، والمتاع، متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم كالفأس والدلو، والحبل، والماعون.

وجاء على "لسان العرب" المتاع في الأصل فكل شيء ينتفع به و يتزود به ويتبلغ به الفناء يأتي عليه في الدنيا وقيل : كل ما جاء فقد متع، وهو مائع، من كل شيء البالغ وفي الجودة.

ومتعة "المرأة" ما وصلت بعد الطلاق، و قد متعها، ورجل مائع أي طويل، و أمتع الشيء و تمتع به و إستمتع، دام له ما يستمد منه، والمتعة الزاد القيل، و جمعها متع.⁴

وهو أيضا كل مكان لباس أحشو لفرش أو دثار وقيل المتاع هو كل ما ينتفع به من الحوائج كالطعام و أثاث البيت و الأدوات و السلع.⁵

والمتعة إسم مشتق من المتاع و هو المنفعة و السلعة و هو جميع ما ينتفع به و المتعة بالضم والكسر، إسم للتمتع، وإستعماله لما يوهب للمرأة المطلقة من المجاز.⁶

(2) - التعريف الاصطلاحي لمتاع البيت:

يقصد بمتاع البيت اسم للأدوات و الأواني التي تستخدم في الدار كالفرش و البسط و الأرائك و الثلاجة و التلفاز و غيرها. و المقصود بالمتاع بمعناه العام كل ما يتمتع به فيشمل جميع نعم بالله سبحانه و تعالى التي لا تعد و لا تحصى، ومنها التمتع بالحيوانات و الأموال و

1 - جمال الدين بن محمد بن منظور، لسان العرب، (د.ط)، بيروت، دار صادر، (د.س)، ص256.

2 - سورة الرعد: الآية رقم 17.

3 - أحمد بن محمد المقرئ، المصباح المنير، ط2، القاهرة، دار المعارف، (د.س)، ص562.

4 - ياسين رشيد عمر الزبياري، الاختلاف بين الزوجين في متاع البيت دراسة مقارنة، ط1. عمان دار دجلة 2009، ص31.

5 - قيس عبد الوهاب الحياي، ملكية أثاث بيت الزوجية، ط1، عمان، دار الحامد. 2008، ص46.

6 - أحمد بن صالح آل عبد السلام، متعة المطلقة، (د.ط)، مكة المكرمة المجمع الفقهي الإسلامي، ص7.

أدوات البيت و غيرها¹. و المتاع هو كل ما ينتفع به من عروض الدنيا كثيرها و قليلها سوى الفضة و الذهب و عرفا كل ما يلبسه الناس و يبسطه.²

وهو أيضا كل ما يتمتع به و ينتفع به فيشمل جميع نعم الله سبحانه و تعالى التي لا تعد و لا تحصى، و منها التمتع بالحيوانات و الأموال و أثاث البيت.³

ثانيا: التعريف الشرعي والقانوني لمتاع البيت

1- التعريف الشرعي:

لقد ذكر الله سبحانه و تعالى المتاع و التمتع و الإستمتاع و التمتع في مواضيع عديدة في كتابه العزيز و معانيها و إن اختلقت راجعة إلى أصل واحد.

ف نجد المتاع عند " الأزهري " هو كل شيء ينتفع به و الفناء يأتي عليه في الدنيا.⁴
قال الله تعالى « يَا بَنَا إِدَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتْعِنَا فَاكْلَهُ الدِّنْبُ وَمَا أَنْتَ بِمُؤْمِنٍ لَّنَا وَلَوْ كُنَّا صَادِقِينَ ١٧ »⁵.

و وردت في سورة النور، قال تعالى: « لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَعٌ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تُبْدُونَ وَمَا تَكْتُمُونَ ٢٩ »⁶

2- التعريف القانوني:

بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري في المادة 73، والتي تنص على: إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتها في متاع البيت و ليس لأحدهما بينة فأقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشاركات بينهما يفتسمانها مع اليمين.⁷

1 - قيس عبد الوهاب الحياي، المرجع السابق، ص 53.

2 - المرجع نفسه، ص 46.

3 - المرجع نفسه، ص 53.

4 - المرجع نفسه، ص 49.

5 - سورة يوسف: الآية رقم 17.

6 - سورة النور: الآية رقم 29.

7 - الأمر 02-05، المؤرخ في 2005-02-27.

حيث نجد بأن قانون الأسرة الجزائري لم يعرف متاع البيت تعريفا صريحا وواضحا، و أن الفقه القضائي وقرارات المحكمة العليا غير مستقرة في هذا المجال و مع ذلك فإن هذا لا يمنعنا من محاولة وضع تعريف مناسب مقتبس من مجموع الأفكار التي تضمنتها بعض قرارات المحكمة العليا.

فنقول هنا أن متاع البيت هو مجموعة الاشياء الموجودة في منزل الزوجية و المخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كل من الزوجين و باقي أفراد الأسرة، مثل الأفرشة و الأغذية و جهاز التلفزيون و البراد و الكراسي و الأرائك وغيرها من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الأكل و قاعة الجلوس و غرفة النوم، وغيرها من الأشياء ذات الاستعمال المشترك، أما ما لا يدخل ضمن الاستعمال المشترك، و يخص الزوجة مثل المصوغات و الملابس وأدوات الزينة أو يخص الزوج مثل الكتب والأدوات المستعملة لممارسة المهنة و الطب...الخ.¹

الفرع الثاني: السلطات التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في النزاع حول متاع البيت

قد يفرض الواقع على الزوجة أن تشارك في متاع البيت بالأشياء التي حملتها معها من بيت أهلها من جهاز أو صداق، أو بما تشتريه فيما بعد من مالها الخاص، وقد قسم معظم الفقهاء متاع البيت إلى ما يصلح للنساء وما يصلح للرجال، وما يصلح كشيء مشترك بينهما، كما أدت الحياة المشتركة بين الزوجين إلى اختلاط أموالهما وذلك بسبب ما يفرضه الواقع الذي تعيشه الأسرة، ويثار مشكل إثبات هذه الحقوق في حالة النزاع بين الزوجين، والتي تعد من أهم العوامل المؤدية إلى حدوث المشاكل والنفور والقطيعة بين الزوجين، ومن ثم الطلاق والفرقة بينهما وأخيرا اللجوء إلى القاضي وللфصل بينهما حول ملكية هذه الحقوق.²

لذا نجد المشرع الجزائري قد عالج هذه المسألة بنص المادة 73 من قانون الأسرة، والتي أعطت مجموعة من الإشكالات على القاضي عند تطبيقها وفيها مجال واسع لإعمال سلطته التقديرية، بقولها "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع

¹ - سعد عبد العزيز ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الجزائر، 2013، ص 148-149.

² - كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2014-2015، ص 58.

اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشاركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين"، من خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد وضع قاعدة عقلانية يعتمد عليها القاضي في النزاعات القائمة بين الزوجين حول متاع البيت، وحتى يفصل القاضي في ذلك، ينبغي مراعاة بعض المتطلبات، التي تتمثل في:

أولاً: التأكد من وجود الأمتعة

عندما يتم رفع الدعوى أمام القاضي، في هذه الحالة يجب التأكد من وجود الأمتعة ومشاهدتها سواء كانت في بيت الزوجية أو في مكان آخر؛ فإذا كانت الأمتعة محل إنكار من الطرف الآخر تطبق القاعدة الفقهية "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"¹، فإذا أنكر الطرف الآخر وجود الأمتعة أصلاً فإنه يؤدي اليمين وتسمى يمين النفي، وحتى يستفيد المدعي عليه أن يثبت ذلك بالبينة، وقد يعترف المدعي عليه أن المدعي قد تسلم تلك الأمتعة المذكورة، ففي هذه الحالة يصبح هو المطالب بإقامة الدليل على صحة كلامه؛ وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 16-03-1999 بقولها: من المقرر قانوناً أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبق القاعدة العامة في الإثبات "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".

ومتى تبين في قضية الحال أن المدعي عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى في الحال دون تطبيق القاعد العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعي عليه خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه².

ثانياً: حالة وجود البينة أو الدليل

في حالة وجود بينة على الأمتعة أو دليل التملك لها، فهنا لا يثير أي إشكال، فإذا قدم أحد الزوجين الدليل على تملك شيئاً من الأشياء، فإنه يقضي له بذلك، فلا بد من معرفة أن

1 - أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، (د.ط)، 1989، ص 369.

2 - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، قرار بتاريخ 16-03-1999، ملف رقم 216836، عدد خاص، 2001، ص 245.

الشيء الخاص بالمرأة لا مانع من أن يملكه الرجل إذا أقام على ذلك البينة، ولو كان من لوازمها، فإن جاء بالبينة على أن ذلك له انتهى النزاع لصالحه.

إذا قدم الزوج دليل على ملكيته لشيء اشتراه لزوجته بثمن مرتفع، فله الحق في استرداده، كذلك بالنسبة للمرأة، فإذا أقامت البينة على تملك شيء، يختص به الرجال وهو من لوازمهم، فلها الحق في أخذه ما دام أنها أقامت الدليل على ذلك وهذا ما أخذت. به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 05-05-1986 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 بفاتورة أنها اشترت جهاز تلفزيون وأن الزوج أعترف بأن الخزانة ذات ثلاثة أبواب هي للزوجة، وكانت اليمين عليها لكون موضوع النزاع خاص بالنساء مما يستوجب رد هذا الوجه¹."

وفي حالة غياب البينة أو الدليل من كل الزوجين فإن اليمين هي الفاصلة في مثل هذا النزاع طبقا للمادة 73 من قانون الأسرة، فما هو معتاد للنساء ومتعلق بهنّ، فإنه من حق النساء مع اليمين، واليمين التي تقدمها المرأة هي يمين تكميلية، فالأمتعة الخاصة بالنساء تعتبر شاهدا عرفيا وحجة لها، وما معتاد للرجال ومتعلق بهم، فهو ملك للرجال مع اليمين، والأمتعة المشتركة بينهما فإنهما يقتسمانه مع اليمين، وهو ما يتفق ومذهب الشافعية والحنابلة؛ وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 21-04-1998 بقولها: "من المقرر قانونا أن المشتركات بين الزوجين في الأمتعة يقتسمانها مع اليمين".

ومتى تبين في قضية الحال أن القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الأمتعة باستثناء جهاز التلفزة والمقياس الذهبي والرايو لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل رغم أنها تعتبر من الأمتعة المشتركة قد خالف أحكام المادة 73 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة ومما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا². وهو ما أكدته المحكمة العليا

¹ - العربي بجاج ، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02 ، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 2007، ص402.

² - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، قرار بتاريخ 21-04-1998، ملف رقم 189245، عدد خاص، 2001، ص402.

في قرار آخر لها بتاريخ 13-03-2002 حين قضت: "يتقاسم الزوجان في حالة النزاع الأثاث المشترك بينهما مع توجيه اليمين"¹.

ومن خلال هذا قررت المحكمة العليا مبادئ هامة في الإثبات، كاعتبارها توجيه اليمين للمطعون ضده من طرف قاضي الاستئناف بعد نكوله عن تأديتها أمام قاضي درجة أولى خطأ تطبيق القانون، بل هو دفع يثار، وأن الدفع المتعلق بعدم تأدية اليمين لا يعد طلباً جديداً في أي درجة من درجات التقاضي، كما يجب على قضاة الموضوع أن يردوا على طلب اليمين المعروف من طرف والمقبول من الطرف المقابل في النزاع، وذلك من خلال القرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 30-12-1985 بقولها: "من المقرر قانوناً أنه يجب على قضاة الموضوع أن يردوا على طلب اليمين المعروف من طرف والمقبول من الطرف المقابل في النزاع"².

ثالثاً: تحديد القاضي لقيمة المتاع المتنازع عليه:

في هذه الحالة والتي يتم فيها القاضي تحديد قيمة الأشياء المتنازع عليها بين الزوجين فنجد بأن القضاء قد تطرق إلى رأيين بهذا الشأن:

1- الرأي الأول والصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 11-04-1988:

صادر هذا الرأي عن الملف رقم 49302 والذي ينص على ما يلي: "من المقرر قانوناً إذا تنازع الزوجين حول قيمة الأمتعة للقاضي سلطة في تحديد ذلك ولا يجوز تحويل سلطته إلى شخص آخر، ومن ثم فإن القضاة بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفين للقانون"³.

ومن خلال هذا يتضح لنا في حالة النزاع حول تحديد قيمة الأمتعة، فإن القاضي هو الذي يحدد قيمتها وفقاً لسلطته التقديرية، ولا يجوز له أن يحول سلطته إلى شخص آخر.

2- الرأي الثاني والصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18-05-1999:

¹ - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، قرار بتاريخ 13-03-2002، ملف رقم 277411، عدد 02، 2004، ص 359.

² - العربي بحاج، المرجع السابق، ص 399.

³ - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، قرار بتاريخ 11-04-1988. الملف رقم 49302

هذا الرأي تم الإقرار عليه في القضية رقم 222651 والذي جاء بما يلي: "تقييم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناع والتجار وليس إلى القضاة"¹.

من خلال ما سبق من هذين الرأيين فقد نرجح الرأي الثاني والذي تناولته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 18-05-1999 والذي يعد القريب للمنطق، ذلك أن القاضي قد لا يدرك الأشياء المتنازع عليها وبالتالي يجب الاعتماد على خبير الذي حدد قيمتها بالإسناد على خبرته في المجال، هذا ما يتوجب على القاضي الاعتماد على خبير لتقييم المتاع المتنازع عليه بين الزوجين.

¹ - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، قرار بتاريخ 18-05-1999، الملف رقم 222651

المبحث الثاني: سلطة تقدير قاضي شؤون الأسرة لآثار الغير مالية

بعد إنهاء عقد الزواج بفك الرابطة الزوجية، فقد يترتب عليه آثار قانونية وشرعية مهمة، ذلك أنه عقد يولد حقوقا وواجبات لكلا الطرفين، ولا يقتصر الأمر على ذلك فقط بل يمتد أثره إلى الأطفال المشتركين، وحتى لا يبقى مصيرهم مجهولا أو معلق، فإن المشرع الجزائري لم يبق ساكتا إزاء هذا الأثر بل أعطى له الأهمية اللازمة وذلك لضمان الاستقرار الاجتماعي والتوازن النفسي لدى أفراد الأسرة، وفي هذا المبحث سنتطرق إلى سلطة القاضي التقديرية في مسألة إثبات النسبة بالطرق التقليدية والعلمية (المطلب الأول)، ثم تطرق إلى السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مسألة الحضانة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطة تقدير القاضي لمسألة النسب

في دراستنا هذه، وجدنا بأن المشرع الجزائري قد اهتم بمسألة النسب فنظمه وأرسى قواعده حفظا له من وقوعه في الفساد والاضطراب، كذلك اهتم المشرع بثبوت نسب الأولاد وإلحاقهم بذويهم مستتبعا أحكامه من الشريعة الإسلامية، وقام بتنظيمه في المواد من المادة 40 إلى المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ولعل هناك العديد من طرق إثبات نسب الأولاد، فمنها ماهي تقليدية وأخرى طرق حديثة وعلمية، وهذا ما سنحاول تنازله في هذا المطلب، من خلال التطرق إلى سلطة القاضي في إثبات النسب بالطرق التقليدية (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى سلطة تقدير القاضي في إثبات النسب بالطرق الحديثة (الفرع الثاني).

الفرع الأول : سلطة القاضي في إثبات النسب بالطرق التقليدية

ان اثبات النسب يكون بعدة طرق محددة، حيث يشترط توفر بعض الشروط لصحتها، ويكون بذلك للقاضي في سلطته التقديرية، في التأكد من مدى توفر تلك الشروط وصحتها¹، وهذا استنادا فيما جاء في المادة 40 من قانون الأسرة، والذي ينص على: "يثبت النسب

¹ - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط1، الجزائر، 2008، ص 227.

بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون"¹، ومن تلك الطرق المحددة في إثبات النسب منها:

أولاً: الزواج الصحيح

وهو متى استوفى كامل شروطه من الصداق و الشاهدان، ولي و انعدام الموانع الشرعية المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة وركنه الوحيد الذي يتمثل في الرضا، فيكون بذلك صالحا لثبوت النسب به دون اشتراط لصحة، غير أن ذلك لا يكفي لوحده لإثباته دون مجيء الولد ممكن في تلك الحياة الزوجية، واستنادا للحديث الشريف " الولد للفراش و للعاهر الحجر". معنى ذلك أن الولد يلحق للأب الذي له زوجية صحيحة، والفراش هو الزوجة في رأي جمهور الفقهاء، أما الزنا فلا يصح كسبب لإثبات النسب و إنما يلحق الزنا العاهر بالحجر.²

أما بخصوص نسب الولد لأمه، فإنه يثبت في جميع الحالات سواء كانت العلاقة شرعية أم غير شرعية، فهي التي حملت و وضعت وبالتالي تحمل صفة الأم و تسري بينهما سائر الحقوق من نسب و رضاع و غيرها من الحقوق، أما فيما يخص الرجل ؛ فلا يثبت نسبه لابنه إلا من خلال الزواج الصحيح. وهذا استنادا لنص المادة 41 من قانون الأسرة التي تقول: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفي بالطرق المشروعة ،³ ولثبوت النسب في الزواج الصحيح يجب أن تتوفر الشروط الضرورية لذلك، و التي تتمثل في:

- 1- يجب أن يكون الاتصال بين الطرفين (الزوج والزوجة) ممكنا أثناء قيام الزوجية؛ بحيث لا يتصور أن تكون المرأة فراشا صحيحا للزوج إلا إذا أمكن التلاقي الجسدي و الدخول الحقيقي بها، أي أن يكون هناك اختلاط جنسي بينهما.⁴

¹ - القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم، المرجع السابق

² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتى الأحوال الشخصية والمواريث، (د.ط)، دار

هومة، الجزائر، 2004، ص 675.

³ - القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم، المرجع السابق.

⁴ - محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة و الزواج،- دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائية-، جزء أول، ط2، الجزائر، 1994،

ص. 418.

2 - يجب أن يوضع المولود بين أقل مدة الحمل و أقصاها ؛ حيث أجمع الفقهاء على أن أقل مدة الحمل هي 6 أشهر من تاريخ الدخول ، لأن العبرة بإمكانية تلاقي الطرفين و الاتصال بينهما في رأي الجمهور .

3- أن لا ينفيه بالطرق المشروعة، فبموجب نص المادة 41 سالفه الذكر، فقد اشترط المشرع الجزائري لثبوت نسب الولد لأبيه أن لا ينفيه هذا الأخير بالطرق المشروعة المتمثلة في اللعان. و هذا الأخير كلمات تفيد القذف و إطلاق العار و تلطيف الشرف و نفي الولد و اللعان لم يرد في نص قانوني ولا في القرآن بل ورد في السنة¹. فينسب الولد لأبيه عن طريق الزواج الصحيح، متى كانت ولادته؛ خلال مدة 6 أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي بها ، أو 10 أشهر من تاريخ الوفاة أو الطلاق و خلاف ذلك لا يلحق نسبه لأبيه.

ومن خلال ما سبق تبين لنا ان سلطة القاضي في إثبات النسب عن طريق الزواج الصحيح، تأكده من مدى توفر الشروط الثلاثة السابقة الذكر، و مدى صحتها و حجيتها في الحكم بإسناد نسب الولد لأبيه.

ثانيا: الإقرار

ومعناه استلحاق شخص لآخر، بحيث يقر أنه منه، فيثبت نسب المقر له في حالة عدم اعتراضه بذلك، أي أنه صدق ما أقر به المقر². و المشرع الجزائري اعتبره الإقرار وسيلة ثانية لإثبات النسب و ذلك حسب المادة 40 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة؛ أما عن أنواع الإقرار فقد تناوله المشرع الجزائري في نص المادة 44 من نفس القانون حيث نصت: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة ، أو الأبوة ، أو الأمومة ، لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل و العادة"³.

لذا من خلال نص هذه المادة فإن الإقرار بالنسب؛ قد يكون فيه حمل النسب على المقر نفسه، وقد يكون حمل النسب على غيره . فالإقرار بالأبوة و الأمومة و البنوة ، فمثل هذا

¹ - المرجع نفسه، ص 419.

² - صقر عطية ، رعاية الأسرة في الإسلام مشكلات الأسرة ، جزء سادس مكتبة وهبة ، القاهرة ، 2006 ، ص 93.

³ - القانون رقم 84-11 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم، المرجع السابق

الإقرار يكون حجة قاصرة على نفس المقر، لا يسري إلا عليه و هذا ما أكدته المادة 44 السالفة الذكر، حيث يشترط ثبوت النسب توفر الشروط التالية :

1- أن يصدقه العقل و الحس بأن يكون فارق السن بينهما يسمح بالادعاء.

2- أن يكون المقر له مجهول النسب، فإذا كان معلوم النسب فلا يعتد بالإقرار كطريق لثبوت النسب.

وفي حالة الإقرار بالأخوة و العمومة، فمثل هذا الإقرار يكون حجة على غير المقر؛ فلا يسري بذلك الإقرار عليه إلا بتصديقه من طرف المقر له فقط. حيث إذا ادعى شخص بأخوة شخص آخر، فلا يسري عليه ذلك الإقرار إلا بتصديق المقر له.¹

لذا نلاحظ من خلال ما سبق أن تقدير سلطة القاضي في إثبات نسب الولد لأبيه عن طريق الإقرار، تحققه الشروط الواجب توافرها بالنسبة للإقرار على نفس المقر ، وكذا صحة التصديق المتعلقة بالإقرار لغير المقر، حيث أن مسألة التصديق على غير المقر قد لا تستقيم في كثير من الأحيان؛ حيث قد يكون المقر عديم التميز لذا لا يعتد بالإقرار لثبوت النسب.

ثالثاً: البينة

وهي وسيلة مثبتة للحق و مظهرة له مرادفها الشهادة و هي طريق ثالث من طرق إثبات النسب، وهي أقوى الوسائل إثباتاً بدلاً من الإقرار . فالبينة عادة ما تكون مطلوبة في حالة الإنكار من الزوج أو الآخرين، فلو ادعت امرأة أمومة مولود من زوجها و أنكر الزوج ذلك، لها أن تأتي ببينة، و كذا لو ادعى الزوج أن الحمل والطفل المولود من زوجته لا ينسب له؛ كان عليه إقامة بينة و تكون بكافة الطرق المؤدية إليها و يستوجب على المدعى إثبات دعواه ببينة كاملة ؛ وهي شهادة رجلين عدليين، أو شهادة رجل وامرأتين عدول.²

و القاضي في تقديره لا يعتمد على كل وسائل الإثبات لإقرار النسب على أساس البينة أي لا يأخذ بالمفهوم الواسع للبينة بما تشمله من الكتابة والقرائن؛ بل أخذ بالمعنى الخاص له

¹ - عبد الوهاب خلاف ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية (وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم)، ط1، دار القلم للنشر

والتوزيع، الكويت، 1990، ص 174.

² - عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص18

وهي شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، و هذا ما أقرت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 15-06-1999.¹

لذا فإن للقاضي السلطة التقديرية عند ثبوت النسب بالبيّنة، بالأخذ بها و اعتبارها وسيلة لإثبات النسب، و ذلك من خلال شهادة الشهود أو استبعادها ؛ فله سلطة واسعة في ذلك.

رابعاً: نكاح الشبهة

نكاح الشبهة هو دخول شخص على امرأة لا تحل له أصلاً عن غير علم، معتقداً أنها حليلته، ثم يتبين له أنها غير ذلك، فيكون الشخص بذلك واقعا بتلك المرأة بشبهة، فتكون بذلك مثبتة للنسب ومُدرات للحد. فلو أتت امرأة بولد لستة أشهر أو أكثر من الفعلة، اعتبر ابناً للواطي لتأكد الحمل منه، و إذا أتت به لأقل من ستة أشهر لا يثبت منه النسب، لتأكد أن الحمل كان قبل ذلك الفعل².

وهنا أيضاً تكون للقاضي سلطة تقديرية لإثبات نسب الولد للفاعل، أو استبعاده وذلك استناداً لكل الطرق لإثبات ذلك الفعل.

خامساً: النكاح الفاسد والباطل

وهو النكاح الفاقد لركن واحد فقط، سواء علم به قبل أو بعد الدخول؛ أما النكاح الباطل فهو الذي لا يقر به على حال سواء قبل أو بعد الدخول. فالمشرع محافظة على إثبات النسب، وعدم إضاعة الولد جعله كالنكاح الصحيح من حيث الإثبات . وذلك إذا ما توفرت شروط إثبات النسب عن طريق زواج الصحيح، من دخول حقيقي بالمرأة و اختلاء و غيرها من الشروط الواجب توفرها في الزواج الصحيح السابق الذكر، وللقاضي السلطة التقديرية، في تكيف وإلحاق نسب الولد بأبيه أم لا³.

¹ - فضيل العيش ، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د.س)، ص 38.

² - سولاف بومجان ، إثبات النسب ونفيه وفقاً لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة

16 ، الجزائر 2005 - 2008، ص 22 .

³ - المرجع نفسه، ص 23.

الفرع الثاني : سلطة القاضي التقديرية في إثبات النسب بالطرق العلمية

نصت المادة 40 في فقرتها الأخيرة بأن: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" فهي تلك الوسائل القطعية الدلالة التي يستعان بها للوصول إلى الحقيقة، بحيث تثبت العلاقة اليقينية الحتمية بين الولد وأبيه ، غير أن المشرع الجزائري جعل الأمر جوازا من خلال لجوء القاضي لإصدار الأمر بتعيين خبير طبي، وطرق من حيث تقدير القاضي الأخذ بها، خاصة من خلال ربطها الزواج الصحيح أو نكاح الشبهة أو النكاح لفاسد، وعلى هذا سوف نتكلم عن الوسائل العلمية لإثبات النسب (أولا)، ثم نتناول لجوء السلطة التقديرية لهذه الطرق العلمية في إثبات النسب (ثانيا).

أولا: الوسائل العلمية في إثبات النسب

لقد عمد المشرع الجزائري في إثبات النسب بالوسائل العلمية المتاحة قصد الوصول للحقيقة، ولم يغفل عن أية وسيلة ممكنة مما عرفه الإنسان، وأقره الشرع للوصول للحق بالوسائل المشروعة والغرض من ذلك حماية الحقوق من الضياع وإيصالها لمن تحقق له، وهذا ما جعل المشرع يدرج الأبحاث العلمية المعاصرة كوسائل لإثبات النسب،¹ لذا سنحاول معالجة أهم الوسائل الواجب العمل بها في مجال إثبات النسب على النحو التالي:

1- البصمة الوراثية في إثبات النسب:

مصطلح البصمة الوراثية أطلق أول من طرف عالم الوراثة الإنجليزي (إليك جيفري) سنة 1985 عن اكتشافه للجزء المميز في تركيب (ADN) المميز لكل شخص أثناء قيامه لفحوصات لجينات الإنسان، ومن خلال بحث نشره في نفس السنة أعلن أنه اكتشف مناطق صغيرة في الحمض النووي يستحيل أن نجد لشخصين نفس البصمة الوراثية على خلاف التوائم المتطابقة، ومن خلال بحثه توصل باستخدامه لهذه التقنية لحل مشكلة تحديد الهوية لكل إنسان بما فيها لإثبات الأبوة الطبيعية، من ثم في ديسمبر من نفس السنة أوضح وصفا لطريقة إجراء تحليل

¹ - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، (د.س)، ص200.

البصمة الوراثية بصورة تفصيلية وفي نهاية 1987 استطاع إنشاء شركة (علم الخلية) وهي الأولى في تحاليل البصمة الوراثية واعترف بها عالميا.¹

وتعتبر البصمة الوراثية من أهم التقدّمات التي عرفتتها البشرية ضمن مجال البحث العلمي والبيولوجي، حيث تعتبر إحدى أهم الوسائل المستحدثة في التعرف على الأشخاص، وساعد هذا التقدم في اكتشاف الشفرة الجينية الوراثية التي تعد الوحدة الأساسية المتحركة بصورة فعلية في الخصائص الوراثية للإنسان والمسؤولة عن انتقال الصفات الوراثية عبر الأجيال من شخص إلى آخر.²

نلاحظ من خلال نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري التي تم تعديلها بموجب الأمر 05-02 بأن المشرع الجزائري تبنى الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب بصفة جوازية وهذا راجع لكونها ذات دقة في إثبات نسب الولد لأبيه، غير أنه لم يذكر البصمة الوراثية صراحة في نص المادة بالرغم من كونها أحد الطرق العالمية الأكثر كفاءة والأجدر في نطاق إثبات النسب وفقا للمادة أعلاه من قانون الأسرة.³

ومهما تعددت التعاريف فإن البصمة الوراثية هي المادة الوراثية أو البنية المفصلة التي يستأثر بها كل إنسان غيره، فهي تلك الصفات الوراثية الخاصة بكل إنسان بعينه والتي تحملها الجينات أو الجينوم البشري وتعرف بالشفرة الوراثية.⁴

(2) - نظام تحليل الدم لإثبات النسب:

في الآونة الأخيرة أظهرت الأبحاث العلمية أن دم الأفراد يتنوع إلى عدة فصائل، ولكل فصيلة خصائص خاصة بها، ومن هنا أخذ نظام فحص الدم كأحد الطرق العلمية المعروفة للاستعمال في مجال إثبات أو نفي النسب ويحدد تحليل فحص الدم فصيلة دم كم من الطفل، الأم، الأب، فكل طفل خاصية جينية يحصل عليها إما من الأم أو من الأب، وبما أن الأم معروفة بواقعة

¹ - عبد المنعم، بونوة سالم أبو ياسر بولال، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر

2018، ص53.

² - محمد أبو الوفاء، إبراهيم أبو الوفاء، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه، الإسلامي، الطبعة

الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، 2015، ص19.

³ - القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم، المرجع السابق.

⁴ - كريمة محروق، المرجع السابق، ص88.

الولادة فبالتالي إذا كانت له ميزة لم تكن عند أمه فهي بالضرورة موجودة عند الأب، فإذا أثبت غياب هذه الميزة عن الأب المفترض فإن أبوته غير ممكنة لهذا الطفل.¹

ويعد نظام فصائل الدم خير مثال على إثبات البنوة أو غيرها من خلال الاحتمالات التي تعطيها والتي لا تفيدنا في الحصول على دليل إثبات مؤكد مما يجعلها قرينة ينقصها البرهان، ولتوضيح أهمية هذا النظام نبين المرحلتين التي يمر بهما:

- تحديد فصيلة دم كل من الطفل والرجل والمرأة والتراكيب الوراثية المحتملة لكل من هذه الفصائل.

- مقارنة التركيب الوراثي لفصيلة الطفل مع فصيلة الرجل فإذا وجد أحد جيني فصيلة دم الرجل فمن المحتمل أن يكون أباه .

- من خلال معطيات فحص دم الفصيلة التي نسب إليها دم الزوج والزوجة والولد توصلنا إلى فريضتين:

- إذا كانت فصيلة دم الطفل مخالفة لفصيلة دم الزوجين، يفيد أن الزوج ليس هو الأب الحقيقي للطفل على وجه التأكيد.

- إذا كانت فصيلة دم الطفل موافقة لمقتضيات تناسل فصيلتي الزوجين فهذا يعني أن الزوج هو الأب الحقيقي، وقد لا يكون كذلك لأن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون، ويحتمل أن يكون الأب المدعي عليه واحد منهم، وبذلك فهي لا ترقى بالشك لليقين.² من خلال ما سبق نستنتج أن نظام تحليل الدم يعد يقينا فيما يتعلق بنفي النسب ولكن يظل ظنيا فيما يخص إثبات.

ثانيا: لجوء السلطة التقديرية للقاضي في إثبات النسب بالطرق العلمية

¹ - صالح يوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط1، 2013، ص80.

² - دليلة سلامي، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص23.

بمجرد وصول القضية محل النزاع حول نسب طفل أو أكثر، سواء تعلق الأمر بإثبات الأبوة أو الأمومة أو نحوها، أمام الجهة القضائية المختصة متبعا في ذلك الإجراءات والشروط القانونية اللازمة لذلك، فإن القضاة لدى تصديهم للفصل فيها، إذ اعتبروا أنهم يحتاجون تلقائيا أو نزولا عند رغبة الخصوم، إلى أهل المعرفة فيكفونهم بتقديم المعلومات الضرورية للفصل في النزاع.¹

وأهل المعرفة الذين يتم اختيارهم هم أعوان العدالة " وهم الخبراء القضائيين " أما العمليات التي يقومون بها فهي الخبرة القضائية ".²

إن تلك المعلومات والتفاصيل التي لا يحيط بها حكم القاضي بحكم تخصصه العلمي والمهني، قد تدعم القضية بحقائق أخرى أكثر وضوحا إعمالا بالمادة 40 في الفقرة الثانية من قانون الأسرة وتطبيقها للمادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والادارية، والتي نصت على: " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من التخصص أو من تخصصات مختلفة".

يوجه الأمر القضائي بأخذ العينات من الأطراف المعنية، وفي بعض الحالات تؤخذ من بعض الأقارب أصولا وفروعا وحواشي كأبناء الأخوة أو العمومة وذلك حسب دواعي القضية، إضافة إلى الطفل محل النزاع، وفحصها تم إعطاء النتيجة النهائية سلبا أو إيجابا إلى الجهة القضائية المعنية³، ويجب أن يتضمن الأمر القضائي مجموعة من المعلومات استنادا إلى نص المادة 128 من قانون الإجراءات المدنية والادارية.

والحاصل أن القاضي هو صاحب قرار تعيين خبير منتدب في اختصاصه الإقليمي، لإجراء الفحوصات الجينية، وليس لأطراف الخصومة حق رفضه أو استبداله إلا بناء على سبب جدي كالقربة أو وجود مصلحة شخصية، كما أن القاضي هو المخول قانونا بتقدير

1 - زبيدة إقروفة ، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، ط1، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 263.

2 - محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، ط1، دار هومة، الجزائر، 2002، ص7.

3 - زبيدة إقروفة ، المرجع نفسه، ص 264

الأتعاب ومصروفات الخبرة استنادا إلى الكشف الأتعاب والطرف الذي يتحملها¹ . حسب نص المادة 129 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبالتالي يمكن القول أن القاضي المخول بالفصل في الدعوى هو الذي يقدر بسلطته بعد النظر في وقائع وأقوال المتخاصمين مدى تحقق ضرورة الاستعانة بالخبرة الطبية لإثبات النسب أو نفيه.

وانطلاقا من المادة 114 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، يتضح لنا جليا أن سلطة القاضي التقديرية في هذا الشأن واسعة إن لم نقل مطلقة في الأخذ بنتيجة الفحص الطبي، واعتمادا كليا أو جزئيا في تكوين قناعته وبالتالي تأسيس حكمه أو ردها جملة واحدة والسير في الدعوى دون الاسترشاد مطلقا بالخبرة، غير أنه له ينبغي حين ذلك تسبب استبعاده للخبرة، كما يستطيع إلغاء الخبرات كليا أو جزئيا لعب شكلي، أو لانحيازها وعدم مصداقيتها.

ورغم التأثير الكبير الذي تلعبه تقارير الخبرة في أحكام وقرارات القضاة، فإنها لا تفرض عليهم شيئا أبدا، لأن هؤلاء ما هم إلا مستشارون تعينهم العدالة لتسليط الضوء على بعض الجوانب من النزاعات.

فيجوز للقاضي الاستناد إليهم أو الاستغناء عنهم، وتلحق التقارير العلمية بالقضية ويمكن نقدها ومناقشتها أو تبريرها بمقالات، وتبقى حقوق الدفاع كاملة فللقاضي مناقشة محتوى تقرير الخبرة الطبية والرد على الدفوع المثارة من قبل الأطراف، وتقدير مدى ملائمة خبرة مضادة ما دام تقدير الأدلة موكولا لقضاة الموضوع، فإنه إذا تعارضت أقوال خبراء البصمة الوراثية بأن تعدد الخبراء أو تعدد المختبرات، فإن الأمر في هذه الحالة موكول لقضاة الموضوع أيضا، لأن الأمر يتعلق بجانب مهم وهو النسب الشرعي.²

¹ - محمود توفيق اكسندر، المرجع السابق، ص61.

² - سعد عبد العزيز ، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، (د. ط)، دار الهومة، الجزائر، 2008، ص35.

حيث أن تقرير الخبير بعد إجراء التحاليل اللازمة هو تقرير صامت، يتمتع فيه القاضي بحق تقدير نتائجه، فيأخذ ما هو جدي، ويترك ما يعارض الصواب، فالقاضي غير ملزم برأي الخبير.

ومن خلال ما سبق نلاحظ بأن الطرق العلمية بما فيها البصمة الوراثية وفصائل الدم يمكن أن تكون دليلاً قوياً في ثبوت النسب وحتى نفيه، مما يجعلها سلاحاً قوياً في يد القاضي يلجأ إليه متى وجد داع لذلك، بهذا تكون الوسائل العلمية قد ضمنت مكانتها بين طرق إثبات النسب، وحتى نفيه، فمكانة الطرق التقليدية لإثبات النسب ونفيه من بين هذه المسائل العلمية.

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مسألة الحضانة

تعتبر الحضانة أثر من آثار فك الرابطة الزوجية، فإنها تعد مظهراً من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفولة، وتسند مهمة القيام بها عادة إلى النساء، وهي أيضاً عامل مادي يتصف بصفيتين متقابلتين متكاملتين هما، كون الحضانة حقاً وكونها كذلك واجباً، فهي من جهة حق المحضون وحق للحاضن، ومن جهة أخرى واجب على الحضانة، ولهذا فإذا وقع الطلاق بين الزوجين بأنه سينتج عن ذلك مباشرة حق للزوجة الأم في طلب الحكم في حضانة ولدها، كما ينشأ عنه حق للولد على أمه بشأن حضانتها وينشأ مقابل ذلك واجب على الأم يتعلق بحضانتها لذلك الولد، وفي هذا المطلب سنحاول أولاً أن نتعرف على المقصود بالحضانة وشروط ممارستها (الفرع الأول)، ثم نتناول السلطة التقديرية للقاضي في مسألة الحضانة (الفرع الثاني).

الفرع الأول : المقصود بالحضانة وشروط ممارستها

سنتناول من خلال هذا الفرع المقصود بالحضانة وشروط ممارستها، لذا نتطرق إلى تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً، وكذلك تعريفها قانوناً (أولاً)، ثم نتناول شروط ممارسة الحضانة (ثانياً).

أولاً: تعريف الحضانة

1- الحضانة لغة:

الحضانة مشتقة من الحضان وهو ما دون الإبط و قيل : هو الصدر والعضدان وما بينهما ومنه الاحتضان ، وهو احتمال الشيء و جعله في الحضان كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها.¹

(2) - الحضانة إصطلاحاً :

للحضانة عدة تعريفات فقهية، منها أنها تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في من تدبير طعامه وملبسه ونومه والاهتمام بنظافته في سن معينة ممن له الحق في حضانتها شرعاً.²

ومنه فإن الحضانة هي التزام بتربية الطفل والقيام بحفظه و إصلاحه في سن معينة ممن له الحق في الحضانة و وقايته مما يؤذيه ويضره وتربيته جسمياً و نفسياً وعقلياً كي يقوم على النهوض بتبعات الحياة والاطلاع بمسؤوليته، والحضانة بالنسبة للصغير والصغيرة واجبة لأن الإهمال فيها يعرض الطفل للهلاك والضياع ، ومنه فالحضانة واجبة له منعا من الهلاك.³

(3) - الحضانة في القانون :

بالرجوع للمادة 62 من قانون الأسرة، والتي بينت معنى الحضانة في نصها والذي يقول: "هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحته و خلقاً".

لقد ركز المشرع الجزائري في تعريفه للحضانة على أسبابها و أهدافها محدداً بذلك نطاق الحضانة و وظائفها الأساسية⁴، فتعريف قانون الأسرة على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة و أسبابها يعتبر أحسن تعريف ، لا سيما من حيث شمولية أفكاره و من حيث أنه

1 - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة ، كلية الشريعة ، الجامعة الأردنية، 2010 ، ص 361.

2 - تقيّة عبد الفتاح ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ،

1999-2000 ، ص 264 .

3 - أحمد إبراهيم عطية ، نفقة و حضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، دار الفكر القانوني، الطبعة الأولى ، مصر ، 2008، ص124.

4 - العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 390 .

تعريف جمع في عمومته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية و الصحية و الخلقية و التربوية و المادية.¹

ثانيا: شروط ممارسة الحضانة

تثبت الحضانة للرجال كما تثبت للنساء، وإن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال، و ذلك لأن المرأة بحكم الفطرة و التكوين هي الأقدر على رعاية الصغير و الأكثر صبرا على توفير احتياجاته المتنوعة، و من بين الشروط نجد شروط عامة لممارسة حضانة الرجال والنساء ، وهناك شروط خاصة بالمرأة الحاضنة.

1- الشروط العامة :

أ. شرط العقل :

هذا الشرط، شرط منطقي فلا يعقل أن يتولى المجنون حضانة الطفل لأنه هو في حد ذاته في حاجة الى من يتولاه و يرفع شؤونه حسب ما أورده المواد 62، 63 ، 64 من قانون الأسرة، و بالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره ، لأن المجنون يفتقد للإدراك و التمييز و يشكل خطرا على المحضون بدلا من أن يكون حاميا له²، و عليه ينبغي الاحتياط من أدنى ضرر محتمل يصيبه و ذلك رعاية له.

ب. شرط البلوغ :

الحضانة هي رعاية شؤون الصغير، لذلك لا يعقل لمن هو ليس من أهل الولاية أن تسند له الحضانة، فالصغير الذي لا يتولى شؤون نفسه لا يمكن الاعتماد عليه ليتولى شؤون غيره، والمقصود بالبلوغ هو سن الرشد المدني المذكور في نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري، وهو 19 سنة.

ج. شرط الأمانة على الأخلاق :

1 - سعد عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 293.

2 - عامر عبد العزيز ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1976، ص 235.

فهذا الشرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة، وعليه فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد و تقويم أخلاقه ، ومصطلح الفسق كان مانعا من موانع الحضانة حسب كل من المالكية و الشافعية والحنبلة لأن الفاسق لا يمكن الاعتماد عليه في تربية الصغير، و لا ثقة فيه بل يخشى أن ينشأ فاسقا مثله، و لقد تشدد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة على الأخلاق شرطاً جوهريا في الحاضن.

د. شرط القدرة :

و يقصد هنا الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته ، لأن الحضانة كما سبق بيانه مهمة شاقة ، فرعاية الطفلة الاعتناء بشؤونه والسهر على سلامته الجسدية والخلقية تحتاج الى أن يكون الحاضن قادرا على ذلك ، فالقدرة يجب أن تكون جسدية ومادية ، فلا يكون الحاضن مسن إذ يحول دون اعتنائه بالصغير، كما أنه لا يجب أن يكون مريضا بمرض يقعه الفراش أو مرض معدي من شأنه أن يُخشى على الطفل من انتقال العدوى إليه ، كما يجب أن لا يكون منشغلا بحرفة ما بحيث لا يملك الوقت الكافي لرعايته.

هـ. شرط الإسلام :

لقد جاء في شرح الزيلعي على الكنز أن : "فإن الحضانة مرادها الشفقة ، و بالتالي فلا داعي الى حرمان الأمية من حضانة ابنها ما دامت تكن له الشفقة و لا يعقل هو ديناً لأن ذلك لا يؤثر عليه ، أما إذا كان المحضون يعقل الدين فإنه يُنتزع منها لاحتمال الإضرار به، و يحدد السن للذي يعقل الدين بسبعة (7) سنوات لأنه في هذا السن يُخشى على الصغير من تعلم الكفر والاعتیاد عليه.¹

وهذا ما عبر عنه موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة ، فقد أكدت المادة 62 من قانون الأسرة على أن يربي الطفل على دين أبيه ولا فرق بين المسلمة و غير المسلمة في مسألة الحضانة .

2- الشروط الخاصة:

¹ - وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 726.

أ. شرط أن لا تتزوج الحاضنة بغير قريب محرم :

لقد نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 66 قانون الأسرة على أن : " يسقط حق حضانة بالتزوج بغير قريب محرم، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ، و عليه يفهم من هذه المادة أن حق الحضانة يسقط بزواجها بأجنبي و بقريب غير محرم .

ب. شرط أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من الصغير :

في هذا الشرط يجب أن تكون الحاضنة كأمه أو اخته أو جدته ، فلا حق لبنات العم وبنات العمة وبنات الخال و بنات الخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية ولهنّ الحق في حضانة الإناث، ولا حق لابن الخال وابن الخالة وابن العم و ابن العمة في حضانة الإناث ولكن لهم الحق في حضانة الذكور.¹

ج. أن لا تكون الحاضنة قد امتنعت عن حضانة الصغير مجاناً والأب معسراً :

فإن امتنعت الأم عن حضانة الولد مجاناً وكان الأب معسراً سقط حقها في الحضانة ، فعدم الامتناع يعتبر شرطاً أساسياً من شروط الحضانة خصوصاً للحاضنة.

الفرع الثاني : مظاهر السلطة التقديرية للقاضي في مسألة الحضانة

في هذا الفرع وخلال دراستنا للموضوع، سنحاول ان نبين السلطة التقديرية للقاضي في ترتيب الحضانة (أولاً)، وكذلك تناول سلطة القاضي التقديرية في تمديد الحضانة (ثانياً).

أولاً: السلطة التقديرية للقاضي في ترتيب الحضانة

بالنظر للمشرع الجزائري قبل التعديل، نجده قد قدم النساء في حقهن في حضانة الولد على حساب الرجال، ثم قدمهن في نفس الجنس إناثاً مراعاة من كان أشفق وأقرب منهن . غير أن التعديل الجديد لقانون الأسرة ووفقاً لنص المادة 64 ، رتب من جديد أصحاب الحق في الحضانة و المستحقين لها، فأصبح الأب ثاني في المرتبة، و أبقى الأم على تقديمها عن غيرها في حقها لحضانة الولد، حيث أن الأم أحق و أولى بحضانة ولدها بعد الفرقة.

¹ - محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، 1957 ، ص 408.

وهذا ما نصته المادة السالفة الذكر على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ثم العمة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"¹.

كذلك جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا، أن الأم أولى بحضانة ولدها حتى و لو كانت كافرة، حيث جاء فيها: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه ، وان حضانة الولد للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج "².

كما رتبت المادة الأب في المرتبة الثانية، حيث يكون له حق حضانة الولد بعد الأم، فهو أولى بحضانة ولده قبل الجدة لأم، وفق الترتيب القديم؛ حيث أن الأب أقدر على التوفير للطفل ما يحتاجه خاصة إذا كان فطيما، فالأب أولى برعاية وتربية أولاده ورعاية مصالحهم وهذا ما احتفظت به نص المادة بعد التعديل .

ما يمكن استخلاصه أن المشرع الجزائري عند ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، قد وضع مبدأ التداول؛ حيث جاء تارة من جهة الأم وتارة من جهة الأب مع منح الأولوية للأم. فالمشرع الجزائري فتح المجال أمام سلطة القاضي في تقدير أصحاب الحق في الحضانة، مع مراعاة معيار أساسي؛ يتضمن ضرورة مراعاة مصلحة المحضون في تحديد أصحاب الحق فيها، فمصلحة الطفل الصبي فوق كل اعتبار.

ثانيا: سلطة القاضي التقديرية في تمديد الحضانة

وفيما يخص تمديد الحضانة يكون حسب مقتضيات مصلحة المحضون ، فقد رأى المشرع من خلال نص المادة 65 من قانون الأسرة إمكانية تمديد الحضانة الى سن التمييز أي 16 سنة كاملة و ذلك بطلب من الحاضنة، وخصّ هذا الحكم الذكر دون الأنثى التي لم يتكلم عن تمديد حضانتها الى ما بعد 19 سنة، وذلك بحجة أن مدة حضانة الفتاة طويلة مقارنة مع مدة حضانة الفتى، إذ أن هذا الأخير لا يُستغنى عن حضانته وهو في سن 10 سنوات و لا يزال يحتاج الى رعاية نسوية من حيث العطف

¹ - القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

² - قرار المحكمة العليا ، رقم 52221 ، صادر بتاريخ 13 مارس 1989 ، عدد 1 ، سنة 1993، ص 48 ..

والتربية وإن كانت هذه العناية ليست بنفس الدرجة التي هو في حاجة إليها في سن أقل منها ، فمصلحة المحضون يجب أن يقدرها القاضي على هذا الأساس.¹

وبالرجوع للمادة 65 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة نجده تنص: " على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون " ، وإدراج هذه العبارة في فقرة منفصلة يعني أنها تتعلق وترتبط بالفقرة الأولى.

وبعبارة أخرى فالقاضي عندما يحكم بانتهاء الحضانة يراعى فيها مصلحة المحضون، فإذا رأى أن مصلحة المحضون تنادي بانتهائها حكم بذلك، و إذا استوجبت بقاء المحضون مع حاضنته قضى بذلك أيضا و هذا سواء تعلق الأمر بالفتى أو بالفتاة ، وتطبيقا لاقتران مصلحة المحضون بذلك التمديد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها جاء فيه: "حيث أنه فعلا ثبت أن الأم منذ الحكم لها بالحضانة لم تمارسها ، و أن المحضون بقي يعيش عند والده، ولما بلغ 10 سنوات طالب الوالد بالحضانة ، فحكم القاضي الأول له بالحضانة مراعاة لمصلحة المحضون ، باعتباره تعود على العيش و الحياة مع والده طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة وهو حكم سليم، وأن تمديد الحضانة الى 16 سنة هو استثناء إذا كانت في الحاضنة مصلحة، و لما انعدمت المصلحة في تمديدتها، فإن قضاة الاستئناف يكونوا قد أخطئوا في قرارهم القاضي بإلغاء الحكم المستأنف مما يتعين معه نقضه و إبطاله و بدون إحالة طبقا للمادة 269 من قانون الإجراءات المدنية".²

¹ - بلال مالكي ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل فك الرابطة الزوجية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015-2016، ص87.

² - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار تاريخ 03-07-2002، ملف رقم 274207، المجلة القضائية، عدد1، ص270

حانكة

الخاتمة:

من خلال ما تم عرضه في هذه الدراسة فقد نلاحظ بأن قاضي شؤون الأسرة يعد الأهم على مستوى الهيئات القضائية، وهذا للدور الحساس الذي يجسده في الحفاظ على تماسك المجتمع، من خلال السعي إلى إبقاء الأسرة قائمة و متماسكة، وهذا من خلال ارتكازه على جملة من الصلاحيات التي وضعها المشرع الجزائري تحت سلطته التقديرية، فالمشرع لا يملك الدراية الكافية بكل الحالات التي تعرض على القضاء عموما وقاضي شؤون الأسرة خصوصا، لذا كانت جل النصوص القانونية مرنة تسمح للقاضي مواجهة ظروف وملابسات تطبيقه، فنجد بأن المشرع لم يقيد بل ترك له مجالا واسعا لتسيير أحكام القانون وجعلها متوافقة مع مقتضيات كل قضية من اجل الوصول للحلول التي تتناسب مختلف القضايا التي تعرض عليه.

فمهمة قاضي شؤون الأسرة ليست بالمهمة البسيطة، فإضافة إلى وجوب تمكنه من القانون بكل فروعه فعليه التعمق في دراسة الشريعة الإسلامية بمختلف فروعها ومذاهبها، من خلال معرفته للعادات والتقاليد وكذلك أعراف المنطقة التي يمارس بها مهامه إضافة إلى وجوب تمكنه من التأثير في نفسية الأشخاص لأن مهمته متعلقة بأمور شديدة الصلة بالأمور النفسية.

كما أن تدخل سلطة القاضي التقديرية في المسائل الناشئة عن فك الرابطة الزوجية، يكون واسعا ومتباينا سواء المادية أو الغير المادية، فيكون في أضيق حدوده في الطلاق بالتراضي والطلاق بإرادة الزوج المنفردة وكذا في دعوى الخلع، إذ يكون القاضي في هذه الحالات مثبتا لنية الطرفين أو كاشفا لنية أحدهما وينحصر دوره في هذه الحالة محاولة إصلاح ذات البين، بينما يكون في أوسع حدوده في تقديره لحالات التطليق والنشوز، إذ بعد محاولات الصلح بينهما يقرر فك الرابطة الزوجية من عدمها، وتتعدى سلطته التقديرية لتتابع هذا الفك فتراها مطلقة في بعض الأحيان كتقديره لمسألة النفقة وتحديد قيمتها.

وبها منح المشرع للقاضي صلاحيات هامة وخطيرة لأنها مرتبطة بفك الرابطة الزوجية وهي الخلية الأساسية للمجتمع، ومنه فمجال تدخل القاضي في مسائل فك الرابطة الزوجية ثابت ومتباين، وضروري جدا لحماية طرفي العقد والحفاظ على الأسرة والمجتمع.

* ومن خلال هذه الدراسة، توصلنا إلى جملة من النتائج تتمثل في النقاط التالية:

- لقد كان المشرع حريصا جدا فيما يخص قضايا فك الرابطة الزوجية لحساسية هذه المواضيع وخصوصياتها المتميزة عن طريق إعطاء قاضي شؤون الأسرة صلاحيات واسعة ودورا إيجابيا في ممارسة مهامه، وهذا ما لاحظناه في المواد من 440 إلى المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- إن إجراءات الصلح بين الزوجين يعد من أهم الإجراءات التي نص عليها المشرع الجزائري في دعوى الطلاق، إذ يعتبر إجراء وجوبيا.
- كما وجدنا أن المشرع الجزائري خول لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في تقديره لمسألة النفقة ، كما نجده ملزم من جهة البحث عن مصلحة المحضون.
- كما نجد مقيدا بالمسائل المتعلقة بالنسب، فله أن يستعين بالقرائن الحديثة لتحليل الدم أو البصمة الوراثية في مجال إثباته أو نفيه.

* وفي الأخير يمكننا ان نقدم بعض الاقتراحات، والتي تتمثل في:

- ◀ إعادة نظر شاملة في أحكام قانون الأسرة، وجعلها أكثر وضوحا لتسهيل سلطة القاضي التقديرية في إيجاد الحل الأنسب للنزاعات المطروحة أمامه.
- ◀ إعطاء أكثر حرية للقاضي في ممارسة سلطته التقديرية.
- ◀ إدراج تكوين فقهي وشرعي خاصة لقضاة شؤون الأسرة.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

أ- القرآن الكريم.

ب- السنة النبوية الشريفة.

ثانياً: النصوص القانونية والقرارات القضائية

أ - النصوص التشريعية:

1. القانون رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر

1975، الجريدة الرسمية، عدد 78، سنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-

05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق لـ 13 ماي 2007، الجريدة

الرسمية، عدد 31، سنة 2007، والمتضمن القانون المدني.

2. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ: 25 فبراير سنة

2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة

1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ

في 27 فبراير 2005.

ب - القرارات القضائية:

1. المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 12-11-2008، ملف رقم 466390، المجلة القضائية، 2008، العدد 2.
2. المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 15-12-1998، ملف رقم 214290، المجلة القضائية، 2001 عدد خاص.
3. المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 19-02-1987، ملف رقم 44630، المجلة القضائية، 1990، العدد 3.
4. المحكمة العليا: غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 699785، المؤرخ في 12-04-2012، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 2، 2012.
5. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار تاريخ 03-07-2002، ملف رقم 274207، المجلة القضائية، عدد 1.
6. المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، قرار بتاريخ 18-05-1999، الملف رقم 222651.
7. المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، قرار بتاريخ 21-04-1998، ملف رقم 189245، عدد خاص، 2001.

ثالثاً: الكتب والمؤلفات

- 1- ابن منظور، لسان العرب، (د.ط)، دار صادر، مجلد 12، بيروت، لبنان، 2004.
- 2- أحمد إبراهيم عطية، نفقة و حضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، دار الفكر القانوني، الطبعة الأولى، مصر، 2008.
- 3- أحمد أبي الحسين بن محمد البغدادي قادوري، مختصر القادوري، تحقيق عبد الله نذير أحمد مزي، مؤسسة الريان، ط 1، لبنان، 2005.

- 4- أحمد الأمراني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي ، ط1، دار القلم، الرباط، 2012.
- 5- أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، (د.ط)، 1989.
- 6- أحمد بن صالح آل عبد السلام، متعة المطلقة، (د.ط)، مكة المكرمة المجمع الفقهي الإسلامي.
- 7- أحمد بن محمد المقرئ، المصباح المنير، ط2، القاهرة، دار المعارف، (د.س) .
- 8- أحمد نصر الجندي ، محكمة الأسرة واختصاصاتها ، دار الكتب القانونية ، (د.ط)، مصر ، 2005.
- 9- بطرس البستاني ، محيط المحيط قاموس مطول للغة العربية ، مكتبة لبنان، (د.ط)، لبنان، 1988.
- 10- تقي الدين الهاللي، أحكام الخلع في الإسلام، مكتبة الإسلامي، ط1، سوريا، 1970.
- 11- جمال الدين بن محمد بن منظور، لسان العرب، (د.ط)، بيروت، دار صادر، (د.س) .
- 12- حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (د . ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 13- الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، -دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية-، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط1، الجزائر، 2008.

- 14- زبيدة إقروفة ، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، ط1، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 15- زينة كعبش، الاجتهاد القضائي في مواد قانون الأسرة الجزائري ، دار الهدى، (د.س)، (د.ط).
- 16- سعد عبد العزيز ، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، (د. ط)، دار الهومة، الجزائر، 2008.
- 17- سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ط2، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، (د.س) .
- 18- سعد عبد العزيز ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الجزائر، 2013.
- 19- الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مؤسسة الريان ، ط1، ج3، لبنان ، 2002.
- 20- صالح يوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط1، 2013.
- 21- صقر عطية ، رعاية الأسرة في الإسلام مشكلات الأسرة ، جزء سادس مكتبة وهبة ، القاهرة ، 2006.
- 22- عامر عبد العزيز ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1976.

- 23- عبد الرحمن بربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، منشورات بغدادية ، ط2 ، الجزائر ، 2009.
- 24- عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، ط1 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2007.
- 25- عبد القادر داودي ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، دار البصائر للنشر والتوزيع ، الجزائر ، (د.س) .
- 26- عبد المنعم بونوة ، سالم أبو ياسر بولال ، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات ، الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، مصر 2018.
- 27- عبد الوهاب خلاف ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية (وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم) ، ط1 ، دار القلم للنشر والتوزيع ، الكويت ، 1990.
- 28- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائري ، 1999.
- 29- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري . ج1 ، ط4 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005.
- 30- العربي بلحاج ، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط3 ، 2007.
- 31- عمر حمدي باشا ، طرق التنفيذ ، (د.ط) ، دار هومة ، الجزائر ، 2015.

- 32- فضيل العيش ، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د.س) .
- 33- قيس عبد الوهاب الحياي، ملكية أثاث بيت الزوجية ، ط 1 ، عمان، دار الحامد. 2008.
- 34- مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز،، (د.ط)، وزارة التربية والتعليم، مصر، 1994.
- 35- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط،، ط 4، مصر: مكتبة الشروق الدولية، 2004.
- 36- محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي ، الجزائر، 2012.
- 37- محمد أبو الوفاء، ابراهيم أبو الوفاء ، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقهاء، الإسلامي، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، 2015.
- 38- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، 1957 .
- 39- محمد بن عبد الرحمن الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، تحقيق: زكرياء عميرات، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.
- 40- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية " شرح مقارن للأحوال الشخصية، ط 1 ، دار الثقافة للنشر ، عمان الأردن، 2008.

- 41- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة و الزواج، - دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائية-، جزء أول، ط2، الجزائر، 1994.
- 42- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، - دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون-، ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983.
- 43- محمود أبي القاسم بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة، دار الهدى، الجزائر، (د.ط)، (د.س).
- 44- محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، ط1، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 45- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، 2010.
- 46- محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامية، ط1، دار النفائس، الأردن، 2007.
- 47- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، ط2، 1992، ج22.
- 48- نزيه نعم شلالا، المرتكز في دعاوى النفقة، ط1، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2007.
- 49- نسرین شریفی، کمال، بوقرورة، قانون الأسرة الجزائري، بلقيس، ط1، الجزائر، 2013.
- 50- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والموارث، (د.ط)، دار هومة، الجزائر، 2004.

- 51- ياسين رشيد عمر الزيباري، الاختلاف بين الزوجين في متاع البيت دراسة مقارنة، ط1. عمان دار دجلة 2009.

رابعاً: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه:

1. زكية غناي ، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة ، لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون، 2011.
2. عبد الحليم بن مشري، الجرائم الأسرية، أطروحة دكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008.
3. كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2014-2015.

ب- رسائل الماجستير:

1. دليلة سلامي ، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.
2. عبد الحميد عيدوني ، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة ماجستير كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2014.
3. عبد الكريم الغوط ، سلطة القاضي في إبرام عقد الزواج وإنهائه، (دراسة مقارنة)، لنيل شهادة ماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة وهران، 1428هـ،
4. علي بن عوالي، الصلح ودوره في استقرار الأسرة، أطروحة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2012.

ج- مذكرات الماستر:

1. بلال مالكي ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل فك الرابطة الزوجية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أولحاج، البويرة، 2015-2016.
2. زين الهدى ختاوي ، قضايا الاستعجال في شؤون الأسرة في القانون الجزائري ، مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة مستغانم، الجزائر، 2020-2021.

خامسا: المقالات

- 1-زكية غناي ، المحافظة على الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، جامعة بومرداس كلية الحقوق، العدد 3، سنة 2020.
- 2-سلمى مانع ، اختصاصات قاضي شؤون الأسرة طبقا لأحكام قانون الاجراءات المدنية والإدارية، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 16، سنة 2018.
- 3-صالح بوشيش، نفقة الزوجة والأولاد في حال الإعسار والإمتاع ، مجلة الإحياء، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، قسم شريعة باتنة، عدد 05، 2005.
- 4-فتحية حواس ، السلطة التقديرية للقاضي في شؤون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، مجلد 53، العدد 5.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات:

- شكر وعرفان

- إهداء

- مقدمة..... 01

الفصل الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة قبل فك الرابطة الزوجية

- تمهيد..... 06

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الصلح والتحكيم بين الزوجين..... 07

المطلب الأول: دور السلطة التقديرية للقاضي في الصلح بين الزوجين..... 07

الفرع الأول: مفهوم الصلح ومشروعيته..... 07

الفرع الثاني: دور السلطة التقديرية للقاضي في الصلح..... 11

المطلب الثاني: إجراءات سلطة تقدير القاضي في التحكيم بين الزوجين..... 20

الفرع الأول: مفهوم التحكيم ومشروعيته..... 20

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم بين الزوجين..... 22

المبحث الثاني: السلطات الاستعجالية لقاضي شؤون الأسرة..... 24

المطلب الأول: الأوامر الاستعجالية في دعوي الطلاق..... 24

الفرع الأول: الأوامر الاستعجالية في النفقة والمسكن..... 25

الفرع الثاني: إجراءات الاستعجال في الحضانة والزيارة..... 27

- 29المطلب الثاني: إجراءات السلطة التقديرية للقاضي في الدعوى الاستعجالية.....
- 29الفرع الأول: رفع الدعوى بموجب عريضة استعجالية.....
- 31الفرع الثاني: رفع الدعوى بموجب أمر على عريضة.....
- 32الفرع الثالث: تنفيذ الأمر الاستعجالي.....

الفصل الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة بعد فك الرابطة الزوجية

- 37- تمهيد.....
- 38المبحث الأول: سلطة تقدير قاضي شؤون الأسرة للآثار المالية.....
- 38المطلب الأول: سلطة تقدير القاضي للنفقة.....
- 38الفرع الأول: مفهوم النفقة ومستحقاتها.....
- 43الفرع الثاني : سلطة تقدير القاضي للنفقة ومستحقاتها.....
- 45المطلب الثاني : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة حول متاع البيت
- 45الفرع الأول: المقصود بمتاع البيت.....
- 48الفرع الثاني: : السلطات التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في النزاع حول متاع البيت
- 53المبحث الثاني: سلطة تقدير قاضي شؤون الأسرة للآثار الغير مالية.....
- 53المطلب الأول: سلطة تقدير القاضي لمسألة النسب.....
- 53الفرع الأول : سلطة القاضي في إثبات النسب بالطرق التقليدية.....

58	الفرع الثاني : سلطة القاضي التقديرية في إثبات النسب بالطرق العلمية.....
63	المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مسألة الحضانة.....
63	الفرع الأول : المقصود بالحضانة وشروط ممارستها.....
67	الفرع الثاني : مظاهر السلطة التقديرية للقاضي في مسألة الحضانة.....
70	- خاتمة عامة.....
74	- قائمة المصادر والمراجع
84	- فهرس المحتويات.....
	- ملخص الدراسة

ملخص:

تعتبر الرابطة الزوجية من أقدم الأنظمة التي عرفها الانسان، تهدف إلى تحقيق السكينة والاستقرار وتكمن أهميتها في كونها سبب وجود البشرية واستمرارها، وأهم ما يميز العلاقة بين الأزواج طابع الخصوصية والسرية الذي لا يسمح للغير بالتدخل في حياتهم وشؤونهم حتى في حالة استفحال المشاكل بينهم، الأمر الذي يؤدي غالبا الى حصول الطلاق وفك الرابطة الزوجية.

لذا فقد منح القانون الجزائري سلطات لقاضي شؤون الأسرة قصد التصدي لهذه الخلافات، لذا فقد جاءت معظم قواعد قانون الأسرة مرنة تاركة مجالا خصبا لتدخل القاضي من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية حسب كل قضية معروضة عليه، فقد وسع قانون الأسرة الجزائري من تدخل القاضي لإيجاد الحلول المناسبة للمشاكل التي فرضها تطور الزمن، وهذا باستعمال سلطته التقديرية بالبحث عن العلاج المناسب لكل عارض قد يعترض استقرار الأسرة أو يهدد مصالحها.

summary:

The marital bond is considered one of the oldest systems known to man. It aims to achieve peace and stability, and its importance lies in the fact that it is the reason for the existence and continuity of humanity. The most important thing that distinguishes the relationship between spouses is the nature of privacy and secrecy that does not allow others to interfere in their lives and affairs, even in the event of serious problems between them. Which often leads to divorce and the dissolution of the marital bond.

Therefore, Algerian law has granted powers to the family affairs judge in order to address these disputes. Therefore, most of the rules of family law are flexible, leaving fertile room for the intervention of the judge through the discretionary authority he enjoys according to each case before him. The Algerian family law has expanded the intervention of the judge to find appropriate solutions to the problems imposed by the development of time, by using his discretion to search for the appropriate treatment for every symptom that may hinder the stability of the family or threaten its interests.