

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ميدان: الحقوق و العلوم السياسية.
فرع: الحقوق.
تخصص: قانون اسرة.



كلية : الحقوق و العلوم السياسية.
قسم : الحقوق.

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي

إعداد الطالب: - فراح العيد
- عروسي مخلوف

الحماية القضائية للأسرة في التشريع الجزائري

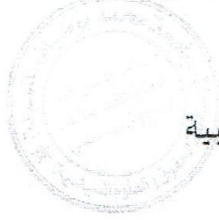
لجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة	الرتبة العلمية	اسم ولقب الاستاذ(ة)
رئيسا	جامعة محمد بوضياف	أستاذ محاضر - ب-	د/ قاسمية محمد
مشرفا ومقررا	جامعة محمد بوضياف	أستاذ محاضر - أ-	د/ محمد الطاهر بلمهوب
مناقشا	جامعة محمد بوضياف	أستاذ محاضر - ب-	د/ ليلى العدواني

السنة الجامعية: 2020 / 2021



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



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف (طبيبة - كلية الحقوق والعلوم السياسية)

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله.

السيد (ة): **العيد حجاج** الصفة: طالب. أمهات. باحث
الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 4290/03/34 والصادرة بتاريخ 2015.07.15
المسجل (ة) بكلية / معهد (العلوم السياسية) قسم حقوق
والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج. مذكرة ماستر. مذكرة ماجستير. أطروحة دكتوراه).
عنوانها: **المحاضرات الخاصة بالأسس الدستورية للسلطة القضائية**

أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراجعة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2021.07.13

توقيع المعني (ة)

شهودهم أم علي التوقيت
السيد (ة)
عماد الضلعان 3-4-2021
عن رئيس المجلس الشعبي البلدي
ويستقويض منه
بدر خليفة محمد





ملحق بالقرار رقم 10821... المؤرخ في 27 شهر 2020
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف الطيبية - كلية الحقوق والعلوم السياسية

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله.

السيد/ة مخاوف عروج بسبي الصفة: طالب. أستاذ. باحث طالب
الحامل (ة) لبطاقة تعريفية البحث رقم: 286 والصادرة بتاريخ: 04.11.2002
المسجل (ة) بكلية / معهد العلوم السياسية قسم الحقوق
والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج. مذكرة ماستر. مذكرة ماجستير. أطروحة دكتوراه).
عنوانها: (المحاضرات الخاصة للامتحان في مادة القانون)
محمد بوعزيز

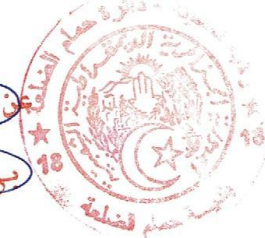
أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراجعة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 21.10.2021

توقيع المعني (ة)

شهادة علمية على التوقيع
السيد/ة: محمد بوعزيز
حماه: الضلع 10 2021

عن رئيس المجلس الشعبي البلدي
وتفويض منه
نور حليمة محمد





إهداء

إلى من كان حنانها نورا اهتدي به ، إلى بسمة الحياة وسرا لوجود
في الحياة الوالدان الكريمان إلى روح والدي الطاهرة رحمهما الله: "أمي وأبي"
إلى رفيقة دربي زوجتي الكريمة حفظها الله.
إلى مهجة قلبي وقرة عيني أبنائي الأعزاء: "إياد و أريج " حفظهما الله وجعلهما
ذخرا لي وإلى روح ابنتي الطاهرة: "إسراء"
إلى أسرتي العزيزة كبيرها وصغيرها.
إلى جميع الأصدقاء الذين ساعدوني في هذا العمل المتواضع.
إلى من ساندوني لأسلك درب النجاح....

فراح العيد

إهداء

الى من تركني في بداية العمر وحيدا وسرت الطريق حافيا فزعا وسط الذئاب
إليك أبي.

الى من تركتني في وسط العمر لأبكيها حزنا باقي العمر، إليك أمي

عروسي مخلوف

الشكر والعرفان

بسم الله وكفي والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى وبعد التحية والسلام

قال عليه الصلاة والسلام: " من لا يشكر الناس لا يشكر الله " حديث صحيح

انه من الوفاء علينا أن اشكر كل من مد لنا يد المساعدة والعون من اجل تحقيق هذا العمل

قال تعالى: " قل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون".

يقول العماد الاصفهاني: " إني رأيت انه لا يكتب احد كتابا في يوم الا قال في غده : لو

غير هذا لكان يستحسن ولو قدم هذا لكان أفضل ولو ترك هذا لكان أجمل وهذا من أعظم

العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر".

ومنه حمدنا وثناؤنا أولا وأخيرا لله عز وجل على جزيل نعمه وكريم فضله على إتمام

هذا العمل المتواضع وإقرارا بفضل كل من مد لنا يد العون في انجازه فإننا نتقدم بالشكر

الجزيل إلى أستاذنا الكريم الدكتور المشرف: **محمد الطاهر بلموهوب** الذي تشرفنا بقبوله

الإشراف على هذه المذكرة، ولم يدخر جهدا في تزويدنا بالتوجيهات والنصائح

والتوصيات البناءة التي ساعدتنا كثيرا في انجاز المذكرة ، فله منا جزيل الشكر ووافر

التقدير والاحترام وجعله الله ذخرا لطالبة العلم وجزاه عنا خير الجزاء.

كما نتقدم بخالص الشكر والاحترام للجنة المناقشة على تكبدها عنا قراءة هذا العمل

ونقده نقدا بناءا بغية تصويب وتصحيح أخطائه وإثرائه لإخراجه في أحسن حلة.

كما نشكر جميع أساتذتنا الكرام في جميع الأطوار التعليمية وخاصة الذين سهروا على

تأطيرنا خلال فترة دراستنا في مرحلة الماجستير.

و نشكر كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد ولو بالدعاء بظهر الغيب.

قائمة المختصرات

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري

ق.إ.م.إ : قانون الاجراءات المدنية والادارية

ق.ح.م : قانون الحالة المدنية

ق.م. : قانون مدني الجزائري

د.ت : دون تاريخ

د.ط : دون طبعة

ج.ر : الجريدة الرسمية

ط : طبعة

ج : جزء

ص : صفحة

مقدمة

1- التعريف بالموضوع:

تعتبر الأسرة الخلية الأساسية في بناء المجتمع، ولذلك أولت لها جميع التشريعات السماوية والوضعية أهمية بالغة، وسعت في حمايتها وتقديسها، ومن ضمن هذه التشريعات الشرعية الإسلامية والتشريع الجزائري الذي جاء بمنظومة قانونية متكاملة لأجل حماية الأسرة وتنظيم جميع العلاقات التي تنشأ بين أفرادها.

واتجه المشرع الجزائري شأنه شأن العديد من التشريعات إلى استحداث حزمة من القوانين على غرار قانون الأسرة 84-11 المعدل بالأمر 02-05 الذي تضمن قواعد موضوعية نظم من خلالها العلاقات الأسرية كالخطبة والزواج، والطلاق، والحضانة، والهبة والوقف، والولاية .

إضافة إلى قانون الإجراءات المدنية وإدارية الجديد 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، الذي نظم فيه مختلف القواعد الإجرائية التي تتعلق باختصاص قاضي شؤون الأسرة مع الأخذ بعين الاعتبار ما تتميز به قضايا شؤون الأسرة من طبيعة خاصة، وذلك في المواد 423 إلى 499 منه .

أما من جانب الحماية الجنائية للأسرة فقد خصها المشرع الجزائري بقانون العقوبات¹، الذي نظم فيه جميع الجرائم التي تقع على الأسرة، وحماها بمختلف العقوبات التي توقع على مخالفيها من الغرامة المالية إلى السجن، وشدد على بعض الجرائم كالاعتداء على الأصول .

ونظرا لأهمية وحساسية وخصوصية قضايا شؤون الأسرة، فقد أدرج لها المشرع الجزائري أقساما على مستوى المحاكم الابتدائية وغرفا على مستوى المجالس القضائية والمحكمة العليا، مهامها النظر في قضايا شؤون الأسرة.

كما يتدخل القضاء لحماية أسرة لما له من سلطات تتماشى وطبيعة وظيفته بين أعمال قضائية و أعمال ولائية، فالأعمال الولائية تعد أعمال تفضليه للقاضي، يقوم من خلالها بالفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة التي تحمي حقوق

¹ - امر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006 والمعدل بموجب القانون رقم 14-01 المؤرخ في 17-02، 2014 عدد 07.

الأفراد وتحافظ عليها من الضياع، أو من أجل تأكيدها وإقرارها، سواء كان هناك نزاع قائم، أو على وشك الوقوع أو وقع وانتهى، وهي تدابير مؤقتة لا تمس بأصل الحق.

أما بالنسبة لحماية الأسرة عن طريق العمل القضائي، فيتمثل في إزالة العقبات التي تعترض تطبيق القانون في المجتمع، عن طريق التمحيص والتحقيق في الأدلة المقدمة له من طرف الخصوم ليصل إلى الحقيقة التي تكون قناعته التي تصدر في شكل حكم قضائي يحوز على قوة الشيء المقضي فيه، ويجعل من الفصل في النزاع اعطاء الحقوق لأصحابها، حيث يستند فيه القاضي ولايته فلا يمكن له سحب الحكم ولا التراجع فيه.

ولقد اقتصرنا في دراستنا هذه على الأعمال الولائية والقضائية التي يقوم بها القاضي في مسائل شؤون الأسرة، دون غيرها من المسائل الأخرى وذلك لأهميتها في تخصصنا قانون أسرة، إضافة إلى أن التطرق إلى الحماية القضائية للأسرة في كل ما ورد في التشريع الجزائري يحتاج إلى أبحاث كبيرة واطروحات الدكتوراه.

وبدورنا حاولنا تبيان السبل التي يتبعها القاضي في معالجة هذه النقاط، وكيفية إعماله لسلطاته التقديرية معتمدين في ذلك على النصوص القانونية وما ذهب إليه المحكمة العليا في قراراتها وكذلك ما ذهب إليه فقهاء القانون والشريعة.

2- أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في محاولة تسليط الضوء على أهم دعائم المجتمع ألي وهي الأسرة وما آلت إليه اليوم، ومدى تفعيل دور القضاء من أجل حماية الأسرة وصونها من كل ما يهدد كيانها واستقرارها، إضافة إلى دور الاجتهاد القضائي في إصدار أوامر وأحكام قضائية مستمدة من تطبيق القانون ومعتمدة على الاجتهاد الفقهي، خاصة إذا علمنا أن الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الرسمي الاحتياطي للقاضي.

3 - أسباب اختيار الموضوع.

أسباب اختيارنا للموضوع تعود لأسباب ذاتية وأخرى موضوعية، فالأسباب الذاتية تتمثل في إثراء الملكة الفكرية القانونية المكتسبة، إضافة إلى الاهتمام بموضع دور القضاء في حماية الأسرة لمايمثله من أهمية بالغة.

أما الأسباب الموضوعية فتتمثل في كون الموضوع مرتبط بالأسرة، و المتعارف عليه أن قضايا شؤون الأسرة تتسم بالسرية والحساسية، ومالها من تأثير كبير على استقرار العلاقات الأسرية والاجتماعية ، مما يزيد في رغبتنا استجلاء الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في حماية الأسرة والوقوف على الإشكاليات التي يمكن أن يثيرها اللجوء إليه والصلاحيات المخولة له قانونا .

4- أهداف الموضوع:

الأهداف المرجو تحقيقها من هذا البحث تكمن في تسليط الضوء على المفاهيم المتعلقة بالأعمال الولائية والأعمال القضائية للقاضي ، و الكشف عن مختلف النصوص القانونية و الموضوعية والإجرائية من قانون الأسرة و قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وقانون الحالة المدنية وقوانين أخرى التي تسمح للقاضي بالتدخل من اجل حماية الأسرة بمختلف الأوامر و الأحكام. إضافة الى تبيان الدور الذي أناطه المشرع الجزائري بالقاضي من خلال سلطاته التقديرية في الأعمال الولائية والقضائية.

5- الإشكالية.

يطرح موضوع البحث المتمثل في الحماية القضائية للأسرة في التشريع الجزائري اشكالية تم تجسيدها في الطرح التالي:

- هل الدور الذي منحه المشرع الجزائري للقاضي كفيل بحماية الاسرة ؟

ويتفرع عن هذه الاشكالية مجموعة من الإشكاليات الفرعية وهي:

- ما المقصود بالأعمال الولائية وماهي اجراءات استصدارها ؟

- ما دور السلطة التقديرية للقاضي في دعاوى اثبات الزواج وفك الرابطة الزوجية ؟

6- المنهج المتبع:

من اجل الإلمام بموضوع الدراسة والإحاطة به استدعت طبيعة الدراسة تتبع منهجين ، المنهج الوصفي في دراسة المفاهيم النظرية في التشريع الجزائري وأحكام الفقه، والمنهج التحليلي في دراسة وتحليل النصوص القانونية المنظمة لدور القاضي في حماية الأسرة مستعينين في بعض الأحيان بالفقه والقانون وقرارات المحكمة العليا، إضافة إلى إبراز الآليات القضائية لمعمدة في حماية الاسرة.

7- الدراسات السابقة:

في ما يخص الدراسات الأكاديمية السابقة المتمثلة في أطروحات الدكتوراه، ومذكرات الماجستير التي تطرقت إلى موضوع الحماية القضائية للأسرة في التشريع الجزائري. فقد وجدنا في حدود اطلاعنا أطروحة دكتوراه تحت عنوان "الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء " لكريمة محروق أين تناولت فيها الحماية المدنية والجنائية للأسرة بشكل واسع ، كما تطرقت إلى دور القاضي في حماية الأسرة لذلك فدراستنا تتقاطع مع دراستها إلا أنها تختلف عنها.

إضافة إلى رسالة ماجستير تحت عنوان دور القاضي في حماية الحقوق المالية والمعنوية للطفل لصباطة سليمة، أين تناولت الآليات القضائية لحماية الحقوق المالية والمعنوية للطفل بشكل خاص وموسع فهي تتقاطع مع بحثنا في الحماية القضائية للأسرة عن طريق الأذن القضائية.

8-الصعوبات والعراقيل.

من أهم الصعوبات التي لاقتنا في بحثنا صعوبة في موضوع البحث بالذات بسبب اتساعه و تشعبه بالفقه والقانون والقواعد الإجرائية الكثيرة هذا من جهة ، ومن جهة أخرى تقييدنا من طرف الجامعة بعدد صفحات البحث مما يشكل صعوبة كبيرة في الإلمام بجميع جوانب البحث.

9-الخطة.

من اجل دراسة الموضوع بشكل جيد وتحقيق الأهداف المرجوة منه، وللإجابة على الإشكالية بشكل دقيق سنتناول في بحثنا هذا الحماية القضائية للأسرة في جانبها المدني ولذا ارتأينا إلى

..... تقسيم البحث إلى فصلين، الفصل الأول الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية وقسمناه إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول الحماية القضائية للأسرة من خلال التدابير المؤقتة المتعلقة بمسائل الاسرة، وفي المبحث الثاني الحماية القضائية للأسرة من خلال الأذون القضائية. و تطرقنا في الفصل الثاني الى الحماية القضائية للأسرة من خلال الأعمال القضائية، وقد قسمناه إلى مبحثين، حيث عنونا المبحث الأول سلطات القاضي في الفصل في دعاوى الزواج و المبحث الثاني سلطات القاضي في فك الرابطة الزوجية.

الفصل الأول:

الحماية القضائية للأسرة من خلال الأعمال الولائية

ويحتوي على مبحثين

المبحث الأول:

الحماية القضائية للأسرة من خلال التدابير المؤقتة المتعلقة بقضايا الاسرة

المبحث الثاني:

الحماية القضائية للأسرة من خلال الأذون القضائية

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

أضحت التدابير المؤقتة المتعلقة بمسائل الأسرة ضرورة لا غني عنها لما لها من دور كبير في حماية الحقوق، وقد نظمها المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية[□] بموجب المادة 425 وما يليها. ق.إ.م.إ، وبموجب المادتين 57 مكرر و183 من قانون الاسرة[□] كما خول لقاضي شؤون الأسرة الفصل على الوجه الاستعجال بتدابير مؤقتة بموجب أمر على عريضة وذلك استنادا إلى ما يتمتع به من دراية واسعة في قضايا شؤون الأسرة من اجل حماية الحقوق الأسرية والمحافظة عليها دون المساس بأصل الحق[□].

وقد عرف الفقه القضاء الاستعجالي بأنه الفصل المؤقت الذي لا يمس بأصل الحق، وإنما يقتصر على اتخاذ إجراء وقتي ملزم للطرفين قصد المحافظة على الأوضاع القائمة واحترام الحقوق الظاهرة وصيانة مصالح الأطراف.

كما نشير أن التدابير المؤقتة تدخل أيضا في اختصاص رئيس المحكمة، كونه من يقوم بتوزيع قضاة الحكم على الأقسام في بداية كل سنة قضائية ، بعد استطلاع رأي النيابة العامة ، كما له صلاحية رئاسة اي قسم من هذه الاقسام[□].

كما يهدف القضاء إلى حماية الأسرة عن طريق الأعمال الولائية من، خلال اشتراطه الحصول على إذن قضائي في بعض العقود والتصرفات على غرار، الإذن بزواج القصر، والإذن بتعدد الزوجات والإذن بالتصرف في أموال القاصر، وذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة للأسرة والحفاظ عليها .

□- القانون رقم: 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق 25 فبراير 2008 م المتضمن قانون الإجراءات المدنية وإدارية، الجريدة الرسمية عدد: 21 المؤرخة في افريل سنة 2008.

□- قانون الأسرة رقم: 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984 والتضمن قانون الأسرة المعدل والمنتم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في فبراير 2005.

□- عبد التواب معوض، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ، منشأة المعيار، الإسكندرية، 1995 ط 3 ، ص 25.

□- المادة 16 من الأمر رقم 05-11 المتعلق بقانون التنظيم القضائي على " يحدد رئيس المحكمة بموجب أمر ، وبعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية ، توزيع قضاة الحكم في بداية كل سنة قضائية على الأقسام أو الفروع عند الاقتضاء .

ويجوز له أن يرأس أي قسم ويمكن له تعيين نفس القاضي في أكثر من قسم أو فرع.."

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

المبحث الأول: الحماية القضائية للأسرة من خلال التدابير المؤقتة المتعلقة بمسائل الاسرة.

سيتم في هذا المبحث توضيح المراد بالتدابير المؤقتة وذلك من خلال تعريفها وتبيان خصائصها وإجراءات استصدارها كي يتسنى لنا التفريق بينها وبين الأعمال الولائية الأخرى، كما يتم التطرق الى القضايا محل التدابير المؤقتة المنصوص عليها في المادة 57 مكرر ق.أ.ج. سنتطرق إلى ذلك من خلال مفهوم التدابير المؤقتة في المطلب لأول، والقضايا محل التدابير المؤقتة في المطلب الثاني.

المطلب الاول: مفهوم التدابير المؤقتة المتعلقة بقضايا الاسرة.

في البداية نتناول تعريف التدابير المؤقتة يليه تبيان خصائصها وإجراءات استصدارها
الفرع الأول: تعريفها.

التدابير المؤقتة من الأعمال الولائية للقاضي، يتخذها بموجب أمر على عريضة ويصدرها بناء على طلب صاحب الشأن من غير مرافعة و دون تكليف الخصم بالحضور وفي غيبته وتعتبر سندات تنفيذية وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 310 ق.إ.م.إ. كما عرفت التدابير المؤقتة بأنها تدابير تتخذ على وجه الاستعجال إما من طرف رئيس المحكمة او من قاضي شؤون الأسرة، بناء على أمر على عريضة، يصدرها بما خول له القانون من سلطة ولائية، من خلال طلبات في شكل عرائض تقدم له من ذوي الشأن ولهذا سميت أوامر على عرائض غير أن هذه الأوامر لا تمس بأصل الحق ولا تفصل في النزاع وإنما تكون تدابير مؤقتة للمحافظة على حقوق الأسرة، سواء قبل أو بعد النزاع القضائي[□].

كما نص المشرع الجزائري على التدابير المؤقتة في المادة 57 مكرر ق.أ.ج" يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على ذيل عريضة في جميع التدابير المؤقتة، لا سيما

¹- كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة بين ضوابط النصوص واجتهاد القضاء، رسالة دكتوراه ، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق ، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، 2014-2015 ، ص 117.

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن" وقد ذكر المشرع هذه القضايا على سبيل الاستدلال لا الحصر¹.

ما نلاحظه على نص المادة 57 مكرر ق.ا.ج، أن المشرع الجزائري نص على قاعدة إجرائية، اين منح قاضي الشؤون الأسرة صلاحيات الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في التدابير المؤقتة، وكان من المفروض أن يتم النص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو ما يعاب على قانون الأسرة.

ويمثل منح قاضي شؤون الأسرة الصلاحيات المنصوص عليها في المادة 57 مكرر (ق.ا.ج) خروج عن القاعدة الأصلية بحيث نظم المشرع الجزائري قواعد اختصاص قاضي شؤون الأسرة في قانون إجراءات المدنية والإدارية، في المواد 423-449 التي تضمنها الكتاب الثاني الفصل الأول.

الفرع الثاني: خصائصها

تتميز التدابير المؤقتة بعدة خصائص تتمثل في ما يلي:

اولا: خاصية التوقيت وعدم المساس بأصل الحق: كأصل عام التدابير المؤقتة إجراءات تحفظية لا تكسب حقا و لا تهدره، كما ان تنفيذها يجب ان يتم خلال 03 اشهر من تاريخ إصدارها او تسقط ولا ترتب اثر حسب أحكام المادة 311 من ق.إ.م.إ.

ثانيا: خاصية عدم العلنية: فهي تدابير تصدر دون حضور الخصم وذلك راجع لطابعها الذي يتميز بعدم وجود النزاع اصلا فلا يقتضي إعلانها²، وهو ما جاء في الفقرة 2 من المادة 272 ق.إ.م.إ، وفي حال ثبوت وقائع جديدة للقاضي يمكنه تعديل التدابير أو التراجع عنها لان القضية قضية ظروف ومستجدات تجعل القاضي يراجع ويغير التدابير حسب الظروف متبعا دائما ما يحقق مصلحة الأسرة.

¹- لحسن بن شيخ، آث ملويا : قانون الأسرة دراسة نصا وشرحا ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، عين ميلة، الجزائر، 2013، ص 72-73.

²- محمد زيدات، الاجراءات الاستعجالية في ضل قانون الاجراءات المدنية والادارية 08-09 ، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1، 2016-2017 ، ص 96.

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

ثالثا: تدابير غير وجاهية: فهي تدابير تصدر دون حضور الخصم و لا تمس بأصل الحق ولا تفصل في النزاع .

رابعا: غياب النزاع يقضي بعدم الفصل في اصل الحق: فالهدف من التدابير المؤقتة يكمن في المحافظة على الحق او ضمانه او تأكيده او اقراره، سواء كان هذا النزاع قائم ام لا او على وشك الوقوع او وقع وانتهى[□]، فلا يحوز على قوة الشيء المقضي فيه، ولكن يحوز على الصيغة التنفيذية فتنفذ فور صدورها ودون انتظار اجل التبليغ، ويبقى ساريا في مادة الحضانة و النفقة المؤقتتين، الى غاية فصل قاضي الاحوال الشخصية فيها[□].

خامسا: الامر بالتدابير المؤقتة قابل للطعن فيه: الامر على عريضة يقبل الاستئناف في حالة ما إذا رفض رئيس المحكمة الاستجابة لطلب استصدار الامر على عريضة، وجعل هذا الاستئناف مقتصرًا على طالب الاجراء وقد حددته المادة 312 من ق . ا . م . ا[□].

الفرع الثاني: إجراءات استصدار امر على عريضة في التدابير المؤقتة

نتطرق الى قواعد الاختصاص التي تحكم استصدارها بحيث يجب على القاضي مراعاة الاختصاص الولائي والإقليمي[□] عند استصدار التدابير المؤقتة.

أولا: قواعد الاختصاص: هناك نوعان من الاختصاص.

1- الاختصاص الولائي: يتحدد الاختصاص الولائي لقاضي شؤون الأسرة بالمنازعات التي يختص بها قسم شؤون الأسرة في الموضوع، وعليه إذا عرض على القاضي أمر ولائي يخرج من دائرة اختصاصه يتعين عليه رفضه لأنه ملزم بالتقيد بالاختصاص الولائي[□].

1 - حمة محسان، القوة التنفيذية للأمر على العرائض ، رسالة ماجستير، في العلوم القانونية ، تخصص تنفيذ الاحكام القضائية كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر، 2017-2018 ، ص 14 .

2-كريمة محروق، التدابير الوقفية في مسائل الاسرة في ضوء التعديل قانون الاسرة الجزائري ، مجلة العلوم قانونية والسياسية ، جامعة قسنطينة، المجلد 10، العدد02 ، ص321.

3 - كريمة محروق، المرجع نفسه، ص321.

4 - كريمة محروق، المرجع نفسه، ص321.

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

يجمع جمهور الفقهاء و الشراح على أن الأوامر على عرائض هي الشكل الذي يمارس القاضي من خلاله ما يتمتع به من سلطة الأمر أي السلطة الولائية.[□]

2-الاختصاص الإقليمي: يراعي القاضي في اتخاذ التدابير المؤقتة الاختصاص الإقليمي للمحكمة المختصة محليا لا بالدعوى الموضوعية التي يتعلق بها الأمر، فإذا ثبت له انه غير مختص اقليميا فانه يرفض الطلب وليس له الدفع بعدم الاختصاص.

ثانيا: إجراءات استصدار امر على عريضة في التدابير المؤقتة.

يصدر القاضي التدابير المؤقتة بناء على طلب من صاحب الشأن دون حضور الخصم، ودون إتباع الإجراءات اللازمة في الدعوى، ويحوز الامر على الصيغة التنفيذية غير انه لا يحوز على حجة الشيء المقضي فيه، ولا يؤدي إلى الفصل في أصل الحق فهو لا يؤدي إلى اكتساب حقوق ولا إلى فقدانها.

تنفذ التدابير المؤقتة مباشرة بعد صدورها دون انتظار آجال التبليغ وتبقى سارية المفعول الى غاية الفصل في أصل النزاع من طرف قاضي شؤون الأسرة، وذلك لما تكتسبه قضايا النفقة والحضانة والسكن والزيارة من أهمية بالغة في حماية الأسرة.

تقبل التدابير المؤقتة الاستئناف في اجل 15 يوما من تاريخ رفض الطلب، وهو ما نصت عليه المادة 312 من ق.إ.م.إ.

يقدم المعني الطلب إلى قاضي شؤون الأسرة أو رئيس المحكمة كونهما المخولان قانونا (المسند لهما الاختصاص) وبعدها يصدر القاضي أمر كتابي مذيلا بتوقيعه، وتسلم نسخة من الأمر لصاحب الطلب.[□]

¹- نبيل إسماعيل عمر: الأوامر على عرائض ونظمها القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر

الاسكندرية، ط 2004، ص 11.

2- الغوثي بن ملح: القانون القضائي الجزائري، ديوان لمطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، د ط، ص 29-292.

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

المطلب الثاني: محل التدابير المؤقتة المتعلقة بمسائل الاسرة.

إن إجراءات التقاضي في دعاوى فك الرابطة الزوجية سواء عن طريق الطلاق أو التطليق أو الخلع تتسبب في المساس ببعض الحقوق خاصة بالنسبة للزوجة والأطفال، مما يؤدي إلى ضياع حقوقهم لذلك تدخل المشرع الجزائري وأعطى صلاحيات لكل من رئيس المحكمة وقاضي شؤون الأسرة باتخاذ تدابير مؤقتة من اجل حماية هذه الحقوق.

الفرع الأول: التدابير المؤقتة المتعلقة بالنفقة والسكن.

سنتناول في هذا الفرع اولاً التدابير المتعلقة بالنفقة ثم التدابير المؤقتة المتعلقة بحق البقاء في السكن.

أولاً: التدابير المؤقتة المتعلقة بالنفقة: في الغالب يقوم الزوج بطرد الزوجة من البيت فنتجه للإقامة في بيت أهلها، وأثناء هذه المرحلة تحتاج الزوجة إلى مال تنفقه على نفسها وأطفالها، و بسب طول إجراءات فك الرابطة الزوجية، منحها المشرع حق اللجوء إلى قاضي شؤون الاسرة من اجل الحصول على نفقة مؤقتة لها ولأولادها تشمل نفقة الغذاء والكساء والعلاج وغيرها من مستلزمات الحياة الى حين الفصل النهائي في دعوى فك الرابطة الزوجية[□].

1-تعريف النفقة: يقصد بها الطعام والكسوة والسكن فإذا أطلق لفظ النفقة فإنه يضم هذه الامور الثلاثة[□]، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

2-وجوب النفقة: النفقة واجبة على الأب مصداقاً لقوله تعالى: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ)

[سورة البقرة: 233]

¹- عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة ، دار البعث ، الجزائر ، ص 156.

²- احمد نصر الجندي : شرح قانون الاسرة الجزائري ، دار الكتب القانونية ، الجزائر، 2009، د ط ، ص 162.

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

أما دليل وجب النفقة من الناحية القانونية هو ما نصت عليه المادة 74 ق.أ.ج ، " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها او بدعوتها إليه".

وعليه فالزوج ملزم بالإففاق على زوجته حتى وهي معه في الخصام أمام القضاء إلى غاية صدور حكم الطلاق ما لم تكن ناشزاً¹، وتجب نفقة الولد على ابيه ما لم يكن له مال، وتستمر بالنسبة للطفل العاجز بسبب آفة صحية، أما بالنسبة للأنثى تستمر النفقة عليها الى غاية زواجها وفقا لأحكام المادة 75 ق.أ.ج.

كما قضت المحكمة العليا في اجتهادها " من المقرر قانونا انه يلزم الأب بالإففاق على الولد الذي ليس له كسب ومتى تبين في قضية الحال ان الولد المنفق عليه معوق ويتقاضى معه منحة فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لان المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن².

نستنتج مما سبق أن نفقة الزوجة ولأولاد واجبة على الاب شرعا وقانونا وهو ملزم بها سواء قبل فك الرابطة الزوجية أو بعدها.

3- إجراءات المطالبة بالنفقة المؤقتة: الأمر بالنفقة المؤقتة يكون بناءا على طلب مقدم من طرف الزوجة سواء بإدراج الطلب في العريضة الاستئنافية للدعوى او بموجب طلب عارض، إضافة إلى إمكانية أن يقدم الطلب شفها ويسجل في محضر الجلسة، فتقدم الزوجة طلب النفقة المؤقتة ضمن عريضة موقعة من طرفها أو من طرف محاميتها إلى أمانة ضبط المحكمة المختصة في ذلك³ و هي محكمة موطن الدائن بها اي الزوج طبقا لنص المادة 426 ق.إ.م.إ.

يقوم القاضي بالنظر في طلب النفقة المؤقتة من ظاهر المستندات ومن جدية قيام دعوى الطلاق ومن مبررات الطلب، بعدها يصدر أمرا استعجاليا مسببا يجبر الزوج بدفع نفقة مؤقتة للزوجة

¹- يوسف دلاندة: دليل المتقاضي في مادة شؤون الاسرة (الزواج والطلاق)، دار هومة ، الجزائر ، 2008 ، ط2 ، ص 71-72.

²- يوسف دلاندة: دليل المتقاضي في مادة شؤون الاسرة (الزواج والطلاق)، دار هومة ، الجزائر ، 2008 ، ط2 ، ص 71-72.

³- عبد العزيز سعد : المرجع السابق ، 156.

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

والأولاد بما يكفل بشكل خاص الغذاء والملبس إلى غاية صدور حكم فاصل في أصل الدعوى الموضوعية¹.

غير انه في حالة امتناع الزوج عن تنفيذ الأمر بالنفقة المؤقتة يمكن للزوجة ان تستوفي النفقة المؤقتة من صندوق النفقة طبقا للمادة 02 من قانون 15-01 المتعلق باستحداث صندوق النفقة. اي تستوفي النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال الحاضنين بعد طلاق الوالدين وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال الحاضنين في حال رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة وحتى تستفيد الزوجة من صندوق النفقة يجب عليها تقديم نسخة من الحكم المقرر للنفقة مصحوب بمحضر تبليغ.

4 - شروط قبول طلب النفقة المؤقتة: من اجل قبول طلب النفقة المؤقتة يجب توفر عنصر الحاجة الملحة للنفقة وليس على المدعي إثبات ذلك بل يجب على المدعى عليه تنفيذ ذلك بتقديم دليل جدي على وجود مورد كسب آخر للمدعي يرفع عنه الحاجة الملحة².

كما اشترط المشرع في الطلب أن يكون مسبقا بدعوى الطلاق أو التطليق أو دعوى النفقة حيث لا يمكن رفعها منفردة و إلا قوبلت بالرفض، و يتم تقديم طلب النفقة المؤقتة عند توفر عنصر الاستعجال الذي يتحقق اذا ثبت من ملف الدعوى أن حاجة طالبة النفقة ملحة لعدم وجود مورد رزق ولا تستطيع البقاء دون إنفاق، أما إذا كانت طالبة النفقة المؤقتة ميسورة الحال تفقدت شرط الاستعجال.

ثانيا- حق البقاء في المسكن: المسكن هو المأوى الذي يقيم فيه الإنسان ومقر إسراره ومكان راحته، و من المشاكل التي تحدث في كثير من الحالات بعد إنهاء العلاقة الزوجية مشكلة تعسف الزوج بطرد الزوجة و الأطفال من مسكن الزوجية، فتكون الزوجة أمام حالة ملحة تجبرها على اللجوء إلى قاضي شؤون الأسرة لاستصدار أمر على عريضة بإرجاعها إلى مسكن الزوجية إلى

¹ طاهري حسن : الأوسط في شرح قانون الأسرة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ط1، ص173.

² - محمد راتب: قضاء الأمور المستعجلة، 1985، ط7، ص 457 .

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

غاية الفصل في موضوع النزاع ما يوفر ضمانات لحماية الأسرة سواء الزوجة أو الأولاد من التشتت و التشرّد والبقاء دون مأوى.

ويعرف السكن بأنه كل مكان يستخدم للسكن بصفة دائمة أو مؤقتة وسواء كان لساكنه أو مستأجرا له أو يقيم فيه مجانا¹.

كما يعرف أيضا بأنه المكان الذي يشمل على كل ما يلزم من أثاث وفراش ومرافق وغيرها مما تحتاج إليه الأسرة و يراعى في ذلك حالة الزوج من يسر وإعسار ووضع اجتماعي، كما يعتبر المسكن حق من حقوق الزوجة شرعا مصداقا لقوله تعالى: ((أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ.....)) [سورة الطلاق: 06]

أما قانونا فقد جاء في نص المادة 61 ق.أ.ج " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من مسكن الزوجية ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها الا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة أثناء العدة"، وقد أدرج المشرع الجزائري السكن ضمن مشتملات النفقة حيث نصت المادة 78 من ق.أ.ج على: " تشتمل النفقة، الغذاء، والكسوة، والعلاج، والسكن، أو الإيجار، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

وقد حرص القضاء على حماية الأسرة من خلال إلزام الزوج بتوفير مسكن للحضانة، حيث جاء في أكثر من قرار من قرارات المحكمة العليا النص على ذلك منها القرار الذي بنص على انه " يتعين على الأب عند تخصيص سكن لممارسة الحضانة مراعاة مصلحة المحضون²، وفي قرار آخر نص على انه " لا يشمل تنازل الأم عن حقوقها المنجزة عن حكم الطلاق حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة او الحصول على بدل الإيجار³."

كما تناول المشرع الجزائري موضوع السكن في المادة 72 ق.أ.ج " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة مسكنا ملائما للحضانة، وان تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار

¹- أحمد غازي : الحماية القانونية لحرمة المسكن ،دار هومة الجزائر سنة 2008 ،ط1 ، ص 15.

²- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 477191، قرار صادر في 2009/01/14، مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني، 2008 ، ص 275.

³- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 384529، قرار الصادر على 2007/04/11، مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني، 2008 ، ص 269.

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

وتبقى الزوجة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالمسكن" ما يلاحظ على نص المادة أنها منحت طريقتين للزوج لتوفير مسكن للحاضنة.

إما بتوفير مسكن ملائم للحاضنة تتوفر فيه جميع وسائل العيش من كهرباء وماء ويكون قريبا من السكان الخ...، ولا يحكم القاضي بالسكن إلا بعد التأكد من توفره على الشروط السابقة أو يعرض الزوج مسكن غير ملائم أولا يعرض مسكن هنا يحكم عليه القاضي بدفع بدل الإيجار الشهري للحاضنة، ويحدد مقداره وفقا لحال الطرفين على أن يكون ملائما وتبقى الحاضنة في مسكن الزوجية إلى غاية تنفيذ الزوج للحكم القاضي[□].

غير انه في حال توفر ظرف الاستعجال يجوز للقاضي اتخاذ أي تدبير يراه مناسباً لضمان حق الحضانة في السكن وهو ما جاء في نص المادة نص المادة 57 مكرر ق.أ.ج والمادة 495 فقرة 02 ق.إ.م.إ .

الفرع الثاني: التدابير المتعلقة بالحضانة و حق الزيارة.

أولا - الحضانة:

1- تعريف الحضانة: عرفها المشرع الجزائري في المادة 62 من ق.أ.ج ، بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته والسهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا، ويشترط في الحاضن ان يكون اهلا للقيام بذلك.

ذكر الأستاذ عبد العزيز سعد ان التعريف الوارد في المادة 62 ق.أ.ج، يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسسها، وذلك لشمولها على أفكار لم ترد في غيره من القوانين العربية، حيث حوي التعريف جميع حاجيات الطفل، الصحية ، الخلقية، والتربوية والمادية[□].

¹- لحسن بن شيخ، اث ملويا ، المرجع السابق ، ص 80.

²- عبد العزيز سعد : المرجع السابق ، ص 293.

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

كما عرفت الحضانة بأنها اكتساب السلطة الأبوية على الطفل، بحيث يكون الحاضن مسؤول عن تصرفات المحضون اتجاه الغير كما يكون مسؤولا عن تربيته وتعليمه وحراسته¹.

3-ترتيب اصحاب الحق في الحضانة: ورد ترتيب أصحاب الحق في حضانة القاصر في نص

المادة 64 من ق.ا.ج، اين تأتي الأم في المرتبة لأولى يليها الاب ثم الجدة للام، ثم الجدة لأب،

ثم الخالة ثم العمّة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة، المحضون في كل حالة².

غير أن المشرع قيد حق الأم في الحضانة بطلب الحضانة، وفي حالة عدم طلبها للحضانة خلال سنة من النطق بحكم الطلاق بدون عذر شرعي يسقط حقها في الحضانة وفقا لنص المادة 68 من ق.ا.ج، كما تختلف السلطة التقديرية لمصلحة المحضون من قضية إلى أخرى فلكل قضية ظروفها المحيطة بها تؤثر في قناعة القاضي في تقدير مصلحة المحضون.

لقد اسندا لمشرع الجزائري اختصاص منح الحضانة لقاضي الموضوع سواء قبل النطق بحكم الطلاق وتوابعه أو بعد الطلاق، غير انه قد يقع ما يعرض الطفل إلى خطر سواء على صحته أو تربيته أو تعليمه أثناء رفع دعوى الطلاق، مما يستدعي اتخاذ تدابير استعجالية لحمايته من الأذى فيتم اللجوء إلى قاضي شؤون الاسرة لاستصدار أمر على عريضة يقضي بالحضانة المؤقتة لصاحب الشأن لتوفر عنصر الاستعجال، إلى غاية الفصل في اصل النزاع.

ثانيا - حق الزيارة: يقصد به الحق الممنوح لأحد الأبوين الذي لم تسند له حضانة الطفل بمنحه حق زيارة ابنه³.

عند فك الرابطة الزوجية بين الزوجين في غالب الاحيان يستأثر احد الزوجين او من اسندت له حضانة الأبناء ويمتتع من تمكن الطرف الآخر من زيارتهم ، مما يدفع بالطرف الآخر إلى اللجوء الى القضاء الاستعجالي قصد استصدار تدابير مؤقتة تمكنه من الحصول على حقه في زيارة الأبناء وذلك إستنادا إلى نص المادة 57 مكر ق.ا.ج، اما المبرر الذي يجعل العدالة تتدخل هو

1- عبد الفتاح تقيّة : قانون الاسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية ، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث ، الجزائر، 2012، ط1، ص 246-247.

2- تعريف المصلحة : عرفها الخوارزمي أنها المحافظة على مقصود الشرع لدفع المفسد عن الخلق .

3- عبد الفتاح تقيّة: المرجع السابق، ص 246- 247.

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

تعسف الطرف الذي اسند له حضانة الأولاد وقيامه بحرمان الطرف الآخر من رؤية الأبناء مما يشكل ضررا يستوجب تدخل القضاء الاستعجالي لاتخاذ تدابير مؤقتة لتمكين الطرف المتضرر من الاتصال بالأبناء.

لقد نص المشرع الجزائري على حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 64 ق.ا.ج، عندما يحكم القاضي بالطلاق يحكم بإسناد الحضانة و يحكم بحق الزيارة تلقائيا ويحدد أيام الزيارة والساعات المسموح بها في منطوق الحكم ومكان ممارسة ذلك الحق¹.

وفي حالة فصل القاضي في دعوى الطلاق و إغفاله الفصل في منح حق الزيارة لمن له الحق فيها فإنه يجوز لهذا الأخير اللجوء إلى قاضي الاستعجال من اجل تمكينه من حق الزيارة وتحديد اوقاتها²

اضافة الى اعتبار المشرع الجزائري حق الزيارة المؤقتة من مسائل الاستعجال التي يفصل فيها قاضي الاستعجال ، ولم يحدد مفهومها ولا شروطها ولا حالات سقوطها أو من لديهم حق الزيارة. يقدم طلب الزيارة المؤقتة إلى قاضي شؤون الأسرة من اجل الفصل فيه على وجه الاستعجال وفقا لأحكام المادة 57 مكرر من ق.ا.ج، بموجب أمر على ذيل عريضة، و في حالة الامتناع عن تنفيذ الأمر الاستعجالي يكون تحت طائلة العقوبات الجزائية حيث جاء في نص المادة 327 ق.ع ج " يعاقب بالحبس من سنتين الى خمسة سنوات كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعاية إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به.

المبحث الثاني: الحماية القضائية من خلال الأذن القضائية.

يتدخل القاضي في العمل الولائي لإزالة العقبة القانونية، التي وضعها المشرع أمام إرادة الأطراف فهو لا يواجه نزاع ناشئ عن تطبيق القانون في الحياة العملية، ومن بين تلك العقوبات اشتراط القانون الحصول على إذن قضائي في بعض التصرفات، على غرار الإذن بالتصرف

¹- لحسن بن شيخ آث ملويا ، المرجع السابق، ص 75- 76.

²- كريمة محروق ،الحماية القانونية للأسرة بين ضوابط النصوص واجتهاد القضاء ،المرجع السابق ، ص 126

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

في أموال القاصر والإذن القضائي على بعض العقود، على غرار الإذن بتعدد الزوجات، والإذن بالزواج دون السن القانونية.

وعليه نتطرق في هذا المبحث إلى الأذن القضائية الخاصة بتوثيق عقد الزواج في المطلب الأول، ثم الإذن بالتصرف في أموال القاصر في المطلب الثاني.

المطلب: الأذن القضائية بتوثيق عقد الزواج.

نتناول في الفرع الأول الإذن بالزواج دون السن القانونية وفي الفرع الثاني الإذن بتعدد الزوجات.

الفرع الأول : الإذن بزواج القاصر.

صادقت الجزائر على العديد من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، على غرار اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW) التي صادقت عليها بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96/51 المؤرخ في 22 يناير 1996، وبناء على ذلك التزمت الجزائر بوضع سياسة عامة وترسنة قانونية لحماية حقوق المرأة من بينها التدابير المرتبطة بحماية حقوق المرأة رفع سن الزواج وتحديده بـ 19 سنة وهو ما جاء في نص المادة 07 ق.أ.ج، وهذا السن يقابله سن الرشد المدني.

أولاً: تعريف الزواج: عرف المشرع الجزائري الزواج في المادة الرابعة معدلة ق.أ.ج، " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب" وحدده بسن 19 سنة بالنسبة للجنسين، بعد أن كان في النص القديم 21 سنة بالنسبة للرجل و 18 سنة بالنسبة للمرأة. .

يهدف الإذن بزواج القاصر الى إزالة العائق الذي يمنع القاصر من إبرام عقد الزواج ما يعني ترشيده للدخول في علاقة زوجية كاملة، مراعيًا في ذلك الشروط المنصوص عليه في المادة 07

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

ق.أ.ج ، من مصلحة وضرورة، وبذلك يكون قد حقق له أهلية الزواج المشترطة في نص المادة 09 مكرر ق.أ.ج.□.

ثانيا: سلطات القاضي في الإذن بزواج القصر: يدخل الإذن بزواج القصر ضمن سلطات القاضي في الرقابة الولائية على نفس القاصر، و نجد ان المشرع الجزائري نظم أحكام الأهلية في القانون المدني أما أهلية الزواج فقد نظمها في المادة 07 ق.أ.ج التي نصت على ما يلي " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام تسعة عشر سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى التأكد من قدرة الطرفين على الزواج".

يكتسب الزواج القاصر أهلية التقاضي في ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات. نستخلص من النص السابق، أن المشرع الجزائري حدد سن القانونية للزواج بتمام تسعة عشرة سنة كاملة وهذا يتماشى مع سن الرشد الذي حدده المشرع الجزائري في المادة 40. ق.م، هذا ما يعني عدم قدرة الطرفين على إبرام عقد زواج دون السن القانونية المحددة في المادة 07 من ق.أ.ج ، إلا بعد الحصول على الإذن القضائي.□.

كما وضع المشرع شرطا جوهريا يتمثل في تأكد القاضي من قدرة الطرفين على تحمل أعباء الزواج و منح الزوج القاصر أهلية التقاضي في ما يتعلق بجميع آثار عقد الزواج، ولا يخضع لأي وصاية فيها أو ولاية□ ويبقى القاصر غير مؤهلا للتقاضي خارج نطاق تلك الحقوق والالتزامات. وبعد تقديم طلب الإذن بالزواج من صاحب الشأن يقوم القاضي بدراسة الطلب دراسة جيدة تمكنه من التأكد من وجود مصلحة للزوجين أو ضرورة تستدعي إبرام عقد زواج القاصر، يصدر الأمر بالترخيص بموجب أمر على عريضة بعد الاطلاع على الأسباب والدلائل الطبية، وكذا

¹- لمين لبنة : زواج القاصر بين المفهوم القانوني والمصلحة المعتبرة شرعا دراسة على ضوء تعديل قانون الاسرة والتطبيق القضائي له ، جامعة الجزائر العدد 2، 2020، ص 511

²- عيسى حداد : الاهلية في قانون الاسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية ، جامعة عنابة ، العدد 9، 1996، ص 43.

³- لحسن بن شيخ آث ملويا :المرجع السابق، ص20.

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

التماسات النيابة العامة، وعادة يصدر الترخيص بالزواج عن رئيس المحكمة، غير انه لا يوجد ما يمنع صدوره من قاضي الأحوال الشخصية[□].

ثالثا: إجراءات طلب الترخيص بزواج القاصر : يمكن تقديم الطلب من طرف أي شخص (ذكر أو أنثى) لم يبلغ سن الرشد القانوني لإبرام عقد الزواج وذلك بتحرير طلب مكتوب من طرف ولي (الأنثى أو الذكر) مع التوقيع والتاريخ ، بشرط وجود ضرورة او مصلحة في الزواج، ويرفق بشهادة ميلاد المعني (الأنثى أو الذكر) إضافة إلى طابع جبائي وشهادة طبية تثبت أهلية القاصر فيزيولوجيا و يقدم الطلب إلى رئيس المحكمة الذي يقع سكن المعني بالأمر في دائرة اختصاصه.

الفرع الثاني: الأذن بتعدد الزوجات.

يعد نظام تعدد الزوجات نظام قديم قدم الجنس البشري وقد ايدته الشرائع السماوية الاسلامية واليهودية والمسيحية، ولم يكن عند الأمم السابقة حدود لتعدد الزوجات إلى أن جاء الإسلام فقصر التعدد على أربعة زوجات مع اشتراط نية العدل والقدرة على الانفاق[□]، وهو ما اقره المشرع الجزائري في المادة 08، ق.ا.ج ، وذلك للحد من تعسف الزوج في استعمال هذا الحق حيث قيده المشرع الجزائري بشرط الحصول على اذن قضائي للزوج الراغب في التعدد.

اولا: شروط تعدد الزوجات: هذه الشروط نصت عليها المادة 08 من ق.ا.ج وتتمثل في ما يلي:

1- ان يكون التعدد وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية: التي حددته بأربعة زوجات، مصداقا لقوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَمَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَتَىٰ وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ ۚ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ ۙ أَلَّا تَعُولُوا) [سورة النساء: 03]

2- وجود المبرر الشرعي: يعد شرط المبرر الشرعي ضروري للحصول على الإذن بتعدد الزوجات غير ان المشرع الجزائري لم يحدد هذا المبرر[□]، لكن بالرجوع الى المنشور الوزاري رقم 84-102 الصادر بتاريخ 1984/12/23 الذي أصدره وزير العدل كتفسير للمادة 08 قبل

¹- لحسن بن شيخ آث ملويا: المرجع السابق، ص 20.

²- قادة بن علي : " تعدد الزوجات بين الطلاق والتنفيذ ، مجلة المعيار " ، جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية ، قسنطينة ، العدد 09 ، 2004 ، ص 173.

³- صالح بشيش : " احكام تعدد الزوجات في قانون الاسرة الجزائري ، دراسة تحليلية على ضوء الشريعة الاسلامية وواقع التطبيق في المجتمع الجزائري" ، مجلة المعيار ، جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية ، قسنطينة ، عدد 09 ، 2004 ، ص 135.

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

تعديلها، نجد انه حصر المبرر الشرعي في حالتين هما حالة عقم الزوجة وحالة مرضها مرض مزمن ويثبت ذلك عن طريق شهادة طبية من طبيب مختص.

ثم جاء المنشور الوزاري الصادر عن وزير العدل بتاريخ 22 / 08 / 1985 تحت رقم 14 الذي أضاف شرطا ثالث يتمثل في وجود دعوى الطلاق بين الزوجين في المحكمة، بتقديم شهادة من كتابة الضبط تثبت ذلك، غير أن هذا الامر قد يؤدي إلى الكثير من التحايل، فقد يقوم الزوج برفع دعوى الطلاق وبعد تسجيلها يحصل على الشهادة ثم يترك الدعوى.

3-وجود نية العدل: نية العدل أمر نفسي لايمكن التحقق منه غير انه يمكن للقاضي ان يعمل خبراته وسلطته التقديرية في الكشف عن وجود نية العدل من عدمه لدى الزوج.

4-إعلام الزوجة السابقة واللاحقة: لم يحدد المشرع كيفية الإعلام هل تتم امام القاضي ام لا ؟ هل يتم بالكتابة ام شفاهه؟

5- تقديم طلب الترخيص بالزواج: يقدم الطلب من طرف الزوج الراغب بالتعدد الى رئيس محكمة مكان مسكن الزوجة.

ثانيا: جزاء تخلف شروط تعدد الزوجات: يختلف الجزاء من شرط لآخر على النحو التالي:

1- تخلف شرط العدل بين الزوجات: اذا تخلف هذا الشرط جاز للزوجة طلب التطلق وفقا للفقرة السادسة من المادة 53 ق.ا.ج. " يجوز للزوجة ان تطلب التطلق لمخالفة أحكام المادة 08 أعلاه".

2- تخلف شرط اخبار الزوجة السابقة والزوجة المستقبلية: يجوز لكل زوجة طلب التطلق بسبب التدليس وهو ما نصت عليه المادة 08 مكرر 01[□].

3-تخلف شرط الحصول على إذن من القاضي: في هذه الحالة بفسخ الزواج الجديد قبل الدخول وهو ما نصت عليه المادة 08 مكرر 01.

¹- لحسن بن شيخ آث ملويا : المرجع السابق، ص 25.

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

ثالثا: سلطات القاضي في منح الإذن بتعدد الزوجات: تظهر سلطاته من خلال تقدير توفر شروط التعدد.

1- دور القاضي في تقدير المبرر الشرعي: ويكون ذلك عن طريق اعمال خبرته، وحكمته ودرايته الواسعة بمثل هذه القضايا بان يقدر مدى توفر الشروط المنصوص عليها في المنشورين السابقين (العقم، المرض العضال، وجود دعوى طلاق بين الزوجين في المحكمة). فان توفرت إحدى هذه الشروط وكان الزوج صادقا في مبرراته يرخص له بالزواج من ثانية خاصة إذا ما تم التأكد من موافقة الزوجة السابقة وإصرار الزوج على التعدد.

2- دور القاضي في تقدير توفر نية العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية: نية العدل من الأمور النفسية التي لا يمكن التحقق منها فهي أمر غيبي، و للقاضي أعمال خبراته للنظر في مدى توفرها لدى الزوج كما له ان ينبه الزوج على ضرورة الالتزام بالعدل، ونتائج الإخلال به خاصة ما تعلق بإمكانية طلب الزوجة للتطليق، وكذا التعويضات عن كل الاضرار المادية والمعنوية المنصوص عليها.

أما شرط إثبات الزوج القدرة على توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية، يمكن للقاضي التأكد منه عن طريق الاطلاع على مداخيل الزوج من خلال كشف الراتب إذا كان موظفا، او من خلال رقم أعماله إذا كان تاجرا كما يمكن اللجوء إلى مختلف وسائل الإثبات في الحالات الأخرى.

المطلب الثاني: الاذن بالتصرف في اموال القاصر.

تعد النيابة الشرعية من أهم الآليات التي شرعها القانون الجزائري للمحافظة على القاصر في نفسه و ماله، وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الولاية في قانون الأسرة من المادة 81 الى المادة 97، والوصية من المادة 92 الى المادة 98 والتقديم من المادة 99 إلى المادة 100.

وجاء في أحكام المادة 81 ق.أ.ج، أن ناقص الأهلية بسبب صغر السن أو الجنون أو العته أو السفه، فإنه ينوب عنه في تصرفاته الولي،[□] أو الوصي أو المقدم، فالنيابة الشرعية على أموال

□- الولاية: هي نيابة شرعية يقوم الولي بمقتضاها مقام القاصر في إبرام التصرفات العقدية ورعاية شؤونه المالية.

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

القاصر إما تكون عن طريق الولاية وهي الأصل أو الوصية، وفي حالة انعدام الولي أو الوصي يعين له مقدم[□].

يرى الشيخ أبو زهرة أن طفل منذ ولادته تثبت له ثلاثة ولايات ولاية شرعية و ولاية على النفس والولاية على المال[□]، وما يهمننا في هذا البحث الولاية على مال القاصر.

الفرع الاول: تعريف القاصر.

يعد قاصرا في القانون الجزائري كل من لم يبلغ سن الرشد الذي حددته المادة 40 ق.م ، ب19 سنة و الذي يعجز عن تدبير أموره و لا يحسن التصرف في أمواله، وبقائه دون من يرعاه خطر عليه في نفسه وماله لذا اوجب المشرع الجزائري في المادة 81 ق.أ.ج ، تعيين ولي على وجه السرعة يقوم برعايته وحفظ أمواله[□]، و القواعد التي تنظم حقوق القاصر من النظام العام[□].

الفرع الثاني: سلطات القاضي في منح الإذن بالتصرف في أموال القاصر.

نصت المادة 468 ق .إ.م .إ " تخضع إدارة أموال القصر في حالة وفاة الوالدين إلى رقابة القاضي".

ولم يحدد المشرع الجزائري القاضي المختص حسب نص المادة 88 ق.أ.ج ، حيث ورد ذكر كلمة القاضي عامة " يستأذن القاضي في التصرفات التالية " وبالنظر في أحكام المادة 424 ق.إ.م.إ يزول الغموض حيث نصت على أن قاضي شؤون الأسرة هو من يسهر على حماية أموال القصر كما يدخل في اختصاص رئيس المحكمة كون الإذن القضائي عمل من الأعمال الولائية التي يعقد له اختصاصها.

□-المقدم : عرفته للمادة 99 من قانون الأسرة المقدم بأنه الشخص الذي تعينه المحكمة على من كان فاقدا أو ناقصا للأهلية في

حالة عدم وجود ولي أو وصي .

□- محمد ابو زهرة: الاحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط2 ، ص 393.

□- فضيل يعيش : شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد ، طبعة 2007-2008 ، ص 84.

□- عيسى حداد : المرجع السابق ، ص 43.

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

إضافة إلى ما جاء في أحكام المادة 479 ق.إ.م.إ، أن قاضي شؤون الاسرة هو المختص بمنح الترخيص المسبق الذي يتعلق ببعض تصرفات الولي بموجب امر على عريضة[□]، و يحدد نوع التصرف بدقة في أمره، بحيث يحدد المال المنصب عليه التصرف سواء كان منقولا او عقارا وكذا التأكد من كونه في مصلحة القاصر، وله أن يستعين في ذلك بأهل الخبرة[□]..

ويؤول الاختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية على أموال القاصر طبقا للمادة 464 ق.إ.م.إ، وعلى القاضي أن يراعي حالة الضرورة والمصلحة في منح الاذن وان يتم بيع العقار بالمزاد العلني وفقا لأحكام المادة 89 ق.أ.ج.

المطلب الثاني: تصرفات الولي التي توجب إذن القاضي.

انطلاقا من نص المادة 88 من ق.أ.ج، " على الوالي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام".

من اجل حماية القاصر وضع المشرع الجزائري آليات قضائية لغرض رقابة القاضي على النائب الشرعي للقصر، وذلك لماله من ولاية عامة تتمثل في حق الإشراف على صاحب الولاية الخاصة وتتمثل هذه الآليات في تقييد النائب الشرعي بالحصول على اذن قضائي بمناسبة قيامه بالتصرفات المنصوص عليها في المادة 88 ق.أ.ج، ونتطرق لكل حالة على حدى.

الفرع الأول: تصرفات الولي التي ترد على عقار القاصر والمصالحة على ماله: الأصل أن النائب الشرعي إذا ثبتت ولايته على القاصر أن يتصرف في أموال هذا الاخير تصرف الرجل الحريص، فيستثمر هذه الأموال في ما ينميها ويزيدها، وعليه لا يستطيع الولي التصرف في العقار المملوك للقاصر إلا بإذن من قاضي شؤون الأسرة الذي ينظر في الطلب ويقدر سبب التصرف ودواعيه مع مراعاة حالة الضرورة الملحة في ذلك التصرف.

□- سانح سنقوقة : شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية ، الجزء الاول، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 580.

□- لحسن بن الشيخ آث ملويا : المرجع السابق، ص 96.

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

أولاً: بيع العقار: كون البيع من أخطر التصرفات التي يقوم بها الولي لذا أورد لها المشرع قيوداً خاصاً، يتمثل في الحصول على إذن قضائي مسبق وبالرجوع إلى نص المادة 88 ق.أ.ج، نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع حد أدنى لقيمة العقار عكس المشرع المصري الذي حدد قيمة العقار الذي تزيد على 300 جنية[□]..

وتجدر الإشارة إلى أن النص العربي جاء مختصراً على بيع العقار بالمزاد العلني في حين النص الفرنسي جاء مطلقاً وذلك بعدم تحديد محل البيع[□]، كما لم يتطرق المشرع الجزائري للمقايضة التي تعتبر كذلك من التصرفات التي ترد على العقار، حيث تبرم قصد استغلال رأس المال هل تخضع لطلب إذن القاضي قياساً على البيع أم لا ؟

يرى بعض الشراح أنه يجب إخضاع مقايضة عقار بعقار آخر لإذن القاضي، وذلك قياساً على البيع لاتحاد السبب تماشياً مع المادة 415 من قانون المدني التي تنص " تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة"[□].

ثانياً: قسمة عقار القاصر: الشيوخ حالة قانونية تنشأ عن تعدد أصحاب الحق العيني الواحد، وتتعدد مصادر الشيوخ بتعدد أسباب كسب الملكية، وأهم مصدر هو الميراث وينتهي الشيوخ عادة بقسمة اتفاقية، وفي حاله عدم الاتفاق تنتهي بقسمة قضائية.

جاء في نص المادة 713 ق.م.ج " إذا ملك اثنين أو أكثر شيء وكانت حصة كل واحد منهما غير محددة، فهم شركاء على الشيوخ وتعتبر الحصة متساوية إذا لم يقم الدليل على غير ذلك" كما نصت المادة 722 ق.م.ج " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق"

□- صباغة سليمة: دور القاضي في حماية الحقوق المعنوية والمالية للطفل ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون خاص، جامعة ابو بكر بلقايد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2015 / 2016 ، ص 222.

□- لحسن بن الشيخ آث ملويا : المرجع السابق ، ص 94.

□- صباغة سليمة : المرجع السابق، ص 22.

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

غير انه في حالة وجود قاصر او ناقص اهلية بين الشركاء في الشيوخ فإن القسمة تكون عن طريق القضاء طبقا لأحكام المادة 72 ق.م، وفي السياق ذاته جاء اجتهاد المحكمة العليا الصادر 22 ديسمبر 1992 أن قسمة التركة التي يكون ضمن ورثتها قاصر تكون عن طريق القضاء، وقيد القسمة بإذن القاضي مع وجوب اطلاع النيابة العامة على ملف القضية[□].

نستخلص مما سبق ان قسمة المال المشاع الذي يكون فيه احد الشركاء قاصر لا يمكن للولي التصرف بقسمته إلا بإذن من القاضي.

ثالثا: رهن العقار: الرهن قانونا هو حق عيني ينشا بموجب عقد رسمي ويتقرر ضمان للوفاء بدين، وهذا الحق العيني يتقرر على عقار مملوك للمدين أو للكفيل العيني وبموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار متقدما على باقي الدائنين العاديين[□].

قد يحتاج الولي للإنفاق على القاصر فيرى في رهن العقار أحسن من بيعه، كما قد يحدث أن يستهلك القاصر أموالا الغير و لا يملك مالا فيدفع للغير بدل منها، فيجوز للأب رهن عقار قاصر ضمانا لذلك الدين حتى يأخذ بدل ما استهلكه شرط الحصول على إذن من قاضي شؤون الأسرة. والرهن مثله مثل البيع يعتبر من التصرفات التي يجريها الولي في أموال القاصر، مما قد يؤدي إلى ضياع رأس المال وانتقاله الى الغير، هذا يؤدي إلى الإضرار به وتعطيل لمنفعة المال لأنه يبقى محبوسا إلى أن يسدد الدين وقد يطول وقت الحبس لعجز الأب عن سداد الدين في ميعاده[□] لذلك قيد المشرع الجزائري الولي في رهنه لعقار القاصر الحصول على إذن مسبق من قاضي شؤون الأسرة الذي يتأكد من تتوفر حالتها المصلحة والضرورة للقاصر في ذلك.

رابعا: إيجار عقار: إيجار العقار المملوك للقاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد وذلك لأن الإيجار طويل الأمد يعد من قبيل التصرفات التي تلحق

□- المحكمة العليا: الغرفة المدنية ، 1992/12/22، المجلة القضائية ، العدد1، 1995، ص 117.

□- شوقي بناني : احكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية الفرنسي والمصري ، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 95.

□- محمد بوعمره : أموال القاصر في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر1 ، 2016/2012 ، ص 96.

الفصل الأول.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال الولائية

ضررا بالقاصر، نظرا لطول المدة خاصة بعد بلوغ القاصر سن الرشد مما قد يفوت عليه مصلحته.

خامسا: المصالحة على مال القاصر: عرف المشرع الجزائري المصالحة في المادة 459 من القانون المدني بأنها عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل على حقه.

من خلال المادة السابقة يتبين لنا أن الصلح عقد بين الطرفين والهدف منه إنهاء نزاع سواء كان هذا النزاع قائما او محتملا، يتم عن طريق تنازل كل طرف عن حقه مقابل تنازل الطرف الآخر عن حقه، وهذا التنازل يترتب عليه سقوط الحقوق والادعاءات المتنازل عنها للطرفين وفقا لأحكام المادة 452 من القانون المدني.

نظرا لخطورة هذا التصرف وما قد ينتج عنه من ضرر يلحق بالقاصر، فقد وضع المشرع ضابط للولي بحيث لا يقوم بهذا التصرف إلا بعد حصوله على إذن من القاضي الذي يقوم بتقدير مصلحة القاصر ورقابة مدى تكافؤ التنازل لكل واحد من الطرفين، كما اشترطت المادة 46 ق.م في القائم بالمصالحة أن يكون أهلا لتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح.

الفرع الثاني: تصرفات الولي التي ترد على اموال القاصر.

أولا: بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة: تدخل ضمن هذه المنقولات، القيم المنقولة كأسهم البورصة والحقوق المعنوية، كحق الملكية الصناعية و التجارة التي تدخل ضمن الأموال المنقولة لا العقارية و اوجب لها المشرع الحصول على إذن قضائي.

ثانيا: استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة: في إقراض مال القاصر تعطيلاً لمصلحته، وبقاءا لماله دون استثمار، كما تكمن خطورته في حالة ضياع هذا المال فالولي ممنوع من هذا التصرف إلا بإذن القاضي، بعدما يتحقق من أن الاقتراض تدعوا له الحاجة الماسة للقاصر أو أن هذا الإقراض يكون لشخص مأمون فلا يعرض مال القاصر للضياع.

ثالثا: المساهمة في شركة: يشترط ألا تكون شركة أشخاص كشركة التضامن، كون أفرادها يكتسبون صفة التاجر وهو ما لا يمكن حدوثه مع القاصر لانعدام أهليته .

الفصل الثاني:

الحماية القضائية للأسرة من خلال الأعمال القضائية

ويحتوي على مبحثين

المبحث الأول:

سلطات القاضي في الفصل في دعاوى الزواج

المبحث الثاني:

سلطات القاضي في فك الرابطة الزوجية

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

في مستهل الحديث وبعدما تطرقنا إلى الأعمال الولائية في الفصل الأول من هذا البحث فإننا في هذا الفصل سوف نبرز عمل القاضي في حماية الأسرة من خلال الأعمال القضائية من الناحية الإجرائية ، وما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في حل النزاعات الأسرية من المواد 423 إلى 499، ومن الناحية الموضوعية ما هو منصوص عنه في قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية[□].

لقد اختصرنا دراستنا على أهم الآليات التي توضح دور القضاء، ولعل اختصارنا أيضا على هاذين الموضوعين هي مدى أهمية وخصوصية منازعات الأسرية ودور القاضي الشاق في الفصل فيها واجتهاده في استنباط الأحكام في غياب النصوص القانونية من قواعد الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها.

ولعل أعمال القاضي لحماية الأسرة تتجلى في بذل عناية الإنسان الحريص في معالجة كل ما يطرأ عليها من وقائع تهدد كيانها، فيقوم بتوزيع الحقوق والواجبات على شكل عادل مثل ضمان قدسية عقد الزواج والميثاق الغليظ بين الزوجين، وتوثيقه في قالب رسمي والسعي قبل فك الرابطة الزوجية بين الزوجين بالصلح والتحكيم، من أجل ديمومة واستمرار العلاقة الزوجية، وحفظ ما يتعلق بآثار الطلاق من نفقة وحضانة للأولاد في حالة الانفصال.

□- الامر رقم 70- 20 المؤرخ في : 19 فبراير سنة 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية معدل ومنتم بالقانون رقم 048/14

المؤرخ في: 9 غشت 1914 ، ج ر ، 49 ، 2014.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

المبحث الأول: سلطات القاضي في الفصل في دعاوى الزواج.

تنشأ الأسرة بعقد زواج كما شرع الله لها في كتابه العزيز وسنة رسوله صل الله عليه وسلم، ولقد خاض الفقهاء بمختلف مذاهبهم واضعين لهذا العقد أركاناً وشروطاً، وعلى اختلافهم في ذلك إلا أنهم اتفقوا على أن عقد الزواج هو عقد مقدس، وبه يحفظ النظام الأسري وتحفظ الأعراض والأنساب ويصلح المجتمع.

إن موقف المشرع الجزائري في القانون الأسرة أعتمد في مصادره على أحكام الشريعة الإسلامية وفتح باب الاجتهاد للقاضي في حالة انعدام النص التشريعي بالرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية طبقاً للمادة 222 منه، إلا أنه لم يحدد مذهب معين للرجوع إليه مما أثار إشكالية عملية بالنسبة للقضاة في حل النزاعات التي تثار وذلك لاختلاف الأحكام من مذهب لآخر.

المطلب الأول: دور القاضي في إثبات عقد الزواج.

يعرف الأستاذ عبد العزيز سعد الزواج بأنه عقد معاهدة ذات أبعاد دينية ودنيوية يتعهد فيها الزوج بإسعاد زوجته، واحترام كرامتها وتتعهد الزوجة بموجبها بإسعاد زوجها ومساعدته، وأن يتعاهدا معاً على التضامن والتعاون من أجل إقامة شرع الله وإنشاء أسرة منسجمة ومتحاببة تكون نواة لإقامة مجتمع أساسه المودة والرحمة والاستقرار.

ويتم عقد الزواج طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية دون شكليات أو إجراءات إذا توفرت أركانه، أما في قانون الأسرة وبعد التعديلات فإن عقد الزواج ينعقد بتوفر ركنه الوحيد هو الرضا وشروطه المنصوص عليها في المادة 09 ق.أ.ج " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " ونصت المادة 09 مكرر " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : " أهلية الزواج ، الصداق، الولي، شاهدان انعدام الموانع الشرعية للزواج "

غير أن المشرع الجزائري اعتبر عقد الزواج من العقود الشكلية الذي يجب على أطرافه تسجيله لدى مصالح الحالة المدنية المختصة حتى يعترف به قانونياً ويرتب آثاره.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

و باستقراء المادة 22 ق.أ.ج، التي تنص على ما يلي: " يثبت الزواج بمستخرج من الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون " كما نصت المادة 21 ق.أ.ج على " تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج ".

ولقد حدد كل من قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية الأشخاص المؤهلين بتحرير عقد الزواج والذين يختلفون حسب مكان إبرام العقد، داخل الوطن أو خارجه، فإن الموظف المختص بتحرير عقد الزواج داخل الوطن هما الموثق أو ضابط الحالة المدنية أو القاضي.

كما نصت المادة 18 ق.أ.ج، على " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا، مع مراعاة ما ورد في المادة 09 و 09 مكرر من هذا القانون".

ونصت المادة 71 من ق.ح.م ، على أنه " يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو احدهما او المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل من تاريخ الزواج ".

فالموثق له صفة تحرير عقد الزواج بموجب المادة 03 من القانون 06 - 03 المؤرخ في 20/02/2006 والمتعلق بتنظيم مهنة الموثق¹، اما ضابط الحالة المدنية فهو إما رئيس المجلس الشعبي البلدي او احد نوابه أو أي موظف يملك تفويضا تحت مسؤوليته، مع مراعاة الاختصاص الإقليمي، فقد ورد على سبيل الحصر، وهو عرضة لطلب إبطاله ممن له مصلحة في ذلك إذا لم يراعي الاختصاص المكاني لتحرير العقد من طرف المؤهل قانونا.

اما الموظف المختص بتحرير عقد الزواج خارج الوطن فهم رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفين على الدوائر القنصلية أو رؤساء المراكز القنصلية ويبرم عقد الزواج بمقر الهيئة الدبلوماسية او القنصلية الجزائرية الموجودة بالبلد الأجنبي، سواء بين جزائريين او بين جزائري وأجنبية من حاملي جنسية ذلك البلد.

وعند إتباع الإجراءات المذكورة أعلاه وبحضور الزوجين شخصا أمام الموظف المؤهل قانونا، فإن تسجيل عقد الزواج يتم مباشرة في سجلات الحالة المدنية، ولا يثير أي إشكال للزوجين

¹ - القانون 06-03 المؤرخ في: 20/02/2006 ، والمتعلق بتنظيم مهنة الموثق، ج ر، عدد 14 ، المؤرخة في: 08/03/2006.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

او أولادهما او ورتتهما في إثبات رابطة الزواج، ولكن الإشكال يطرح عندما يتم الزواج أمام جماعة من المسلمين ولا يسجل أصلا في المهلة القانونية وهي مدة ثلاثة أيام في القانون الجزائري داخل التراب الوطني، ومدة سنة عندما يبرم بين جزائريين في بلد أجنبي[□].

وهذا ما يعرف بالزواج العرفي وسوف نتطرق إلى عمل القاضي في إثبات الزواج إن كان رسميا وبشيء من التفصيل إن كان عرفيا، والتي تظهر فيه الاعمال القضائية لحماية الأسرة برغم التصدي لظاهرة الزواج العرفي التي لها أسباب عديدة منها الدينية وهي الاكتفاء بالجانب الديني لانعقاده وأسباب اجتماعية، وهي نقص الوعي والثقافة القانونية، ومنها أسباب قانونية وهي عدم توفر أهلية الزواج في الزوجين و التهرب من الإجراءات الإدارية وتعقيدها.

الفرع الأول: طرق إثبات الزواج الرسمي.

يبرم عقد الزواج الرسمي أمام ضابط الحالة المدنية، ويثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية او امام الموثق الذي يقدم للزوجين شهادة زواج طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 22 ق.أ.ج لذلك لا يحق لأي شخص أن يلجأ الى القضاء للمطالبة بأي حقوق جراء علاقة زوجية غير مثبتة في سجلات الحالة المدنية، وترفض دعواه شكلا لانعدام الصفة طبقا لنص المادة 13 ق.إ.م.إ.[□]. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها القرار رقم: 12529 الصادر بتاريخ 21 أبريل 1975 أنه من المقرر قانونا بأنه لا يمكن لأي شخص أن يدعي الزوجية ما لم يثبت بعقد مسجل بدفاتر الحالة المدنية[□].

لذا سيكون من السهل على الشخص الذي قيد عقد زواجه في سجلات الحالة المدنية أن يطلب نسخة من عقد الزواج لتقديمها أمام القاضي عند المنازعات الأسرية ، أو أمام أي إدارة او مصلحة معينة، ويتم استخراجها من الجهة التي بيدها سجلات عقود الزواج أو أمانة الضبط بالمجلس

□- علي بدوي: مقال عقود الزواج العرفية ، مجلة قضائية ، 2002 ، العدد 2 ، صفحة 154 .

□- عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري ،المرجع السابق ، ص 163.

□- م ع غ أش 1975-04-21 رقم الملف 12529 ، غير منشور نقلا عن بلحاج العربي ، قانون الأسرة مع تعديلات 02/ 05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ط3 ، 2007، ص 91.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

القضائي التابعة له البلدية التي سجل فيها عقد الزواج، والتي تملك نسخة ثانية من سجلات الزواج بناء على طلب احد الزوجين أو ممن له مصلحة.

كما يلجأ الطرفان إلى إبرام عقد الزواج أمام الموثق طبقاً لنص لمادة 03 من القانون 06-03 المؤرخ في: 20/02/2006 والمتعلق بتنظيم مهنة الموثق، وتعتبر العقود التي يحررها الموثق عقود رسمية ومنها عقد الزواج وله إجراءات لاحقة حتى يعتد بها قانوناً.

حيث نصت المادة 72 ق.ح.م، انه يجب على الموثق إرسال ملخص من عقد الزواج في أجل 03 ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية على أن يقوم هذا الأخير بتسجيله في سجلات الحالة المدنية في اجل خمسة 05 أيام من تاريخ تسليمه دفترًا عائلياً للزوجين، وفي حالة عدم تسجيله سوف يعتبر من العقود المغفلة.

في هذه الحالة يضطر الزوجين او من له مصلحة، عند إغفال تسجيل ملخص العقد التوثيقي في سجلات الحالة المدنية اللجوء إلى القضاء، واستصدار حكم من المحكمة المختصة طبقاً للمادة 423 ق.إ.م.إ، والتي حددت الاختصاص النوعي للقاضي على سبيل الحصر، ويكون ذلك بموطن المدعى عليه طبقاً للفقرة 02 من المادة 426 ق.إ.م.إ، وتقديم العقد التوثيقي للقاضي كوسيلة لإثبات عقد الزواج.

ويكون للقاضي السلطة التقديرية بالاكْتفاء بمضمون العقد باعتباره عقداً رسمياً وله الحجة المطلقة ما عدا الطعن فيه بالتزوير ولا داعي للجوء لسماع الشهود، وعليه فإن المشرع الجزائري جعل من مستخرج الحالة المدنية هو السبيل الوحيد لإثبات عقد الزواج الرسمي.

أما بالرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية، فقد استقر الفقه الحنفي على أن العلاقة الزوجية تثبت بالإقرار وبالبيّنة وهي شهادة الشهود و النكول عن اليمين[□].

□- محمد أبو زهرة : المرجع السابق ، ص 271.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

الفرع الثاني: طرق إثبات الزواج العرفي.

عرف الشيخ محمود شلتوت الزواج العرفي بأنه الزواج الذي لا يكتب في الوثيقة الرسمية التي بيد المأذون، وقد تصحبه توصية الشهود بالكتمان وبذلك يكون من زواج السر، وربما لا تصحبه توصية بالكتمان فيأخذ اسمه الخاص وهو الزواج العرفي، وهو العقد الشرعي الذي كان معهودا عند المسلمين إلى عهد قريب ، وقد كان الوازع الديني كافيا عند الطرفين في الاعتراف به ... □ . إن الزواج العرفي والزواج الرسمي متشابهان، إلا ان الزواج العرفي غير موثق، وقد تراوح حكمه بين الإجازة والحرمة خاصة في هذا العصر، وحماية للأسرة من الفساد والفتن وقد استقر المشرع الجزائري في أغلب قراراته على تثبيته واعتباره صحيحا بمجرد استفاائه لأركانه وشروطه منها القرار رقم 58224 الصادر بتاريخ 1989/12/25 متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة، فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق النسب الأولاد بأبيهم يكون موافقا للشرع والقانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

تعارف المجتمع الجزائري على إبرام عقد الزواج بحضور المشايخ وأئمة المساجد وما يسمى بالفاتحة، و بعد ذلك يسجل في الحالة المدنية بعد الاعلان بالعرس والدخول، إلا انه وللتقليل من هذه الظاهرة فإن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف خلال سنة 2005 قامت بإصدار تعليمة تجبر الأئمة بالامتناع عن عقد القران الشرعي ما لم يتم الزواج المدني، وتقديم العقد في مجلس الفاتحة خاصة بعد تفاقم المشاكل المطروحة أمام العدالة في إنكار الزواج.

ومن خلال ما سبق فإنه لحماية الأسرة وجب تسجيل عقد الزواج العرفي رغم كل المساعي للقضاء على هذه الظاهرة، إلا أنها مازالت موجودة في الواقع ومن خلال استقراء المادة 39 من قانون .ح.م والمادة 22 ق.أ.ج ، فإنهم يختلفان في الإجراءات المتبعة في إثبات واقعة الزواج.

□ - محمود شلتوت: الفتاوى ، دار الشروق، القاهرة، 1991، ط 17 ، ص 270.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

ففي قانون الحالة المدنية يتم تسجيل عقد الزواج العرفي بموجب عريضة، يقدمها وكيل الجمهورية إلى رئيس المحكمة مرفقة بالوثائق التي يقتضيها العقد، في حين ان قانون الأسرة ينص على إثبات عقد الزواج بموجب حكم صادر من قاضي شؤون الأسرة بعد إجراء تحقيق لإثبات الزواج ، وهنا يثير التساؤل - متى يطبق قانون الحالة المدنية ومتى يطبق قانون الاسرة ؟ المعيار المتفق عليه في هذه الحالة هو العقد العرفي الغير متنازع فيه والعقد العرفي المتنازع فيه.

أولاً: إثبات الزواج العرفي الغير المتنازع فيه: ويقصد بها عقود الزواج المغفلة وهي التي لم تسجل في سجلات الحالة المدنية ضمن الآجال المقررة قانوناً ولم تنشأ أي خصومة بين الزوجين أو ممن له مصلحة في إثبات أو ونفي الرابطة الزوجية، ففي هذه الحالة نتبع إجراءات تبدأ بتقديم طلب يتضمن إثبات عقد الزواج العرفي وينتهي بصدور أمر يقضي بتثبيته.

إن الجهة القضائية المختصة هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاص مقر احد الزوجين أو كلاهما، و مكان إقامتهما طبقاً لنص المادة 39 من قانون .ح. م، مع توفر الشروط المذكورة في المادة 09 ق.أ.ج، و وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية وقد تم الدخول بالزوجة ولم تكن موضع خصومة بين الزوجين او ورثتهما فإن الإجراءات تبدأ بتقديم طلب إلى وكيل الجمهورية من له الصفة للجهة التي أبرم فيها العقد العرفي مرفقة بشهادة ميلاد الزوجين.

ثم يقوم وكيل الجمهورية بإحالة الطلب مرفقاً بعريضة إلى القاضي المكلف بالحالة المدنية يلتزم فيها استصدار أمر بتسجيل الزواج العرفي بسجلات الحالة المدنية باثر رجعي، و بعد ذلك يقوم القاضي المكلف بالحالة المدنية بالتحقيق وسماع الأطراف والتأكد من توفر الاركان والشروط الموضوعية وأنه تم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ويقوم باستصدار أمر بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية.

تحفظ النسخة الأصلية من الامر بأمانة ضبط قيد الحالة المدنية وترسل نسخة إلى ضابط الحالة

المدنية للبلدية المعنية لتسجيل .

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

ثانيا: إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه: نصت المادة 22 فقرة 2. ق. أ.ج، على انه " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، ويجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة "

يستشف من نص المادة انه الطريق الوحيد لإثبات الزواج العرفي إذا وقع نزاع بين الطرفين أو أنكره من له مصلحة في ذلك هو إقامة دعوى قضائية لإثبات واقعة الزواج أمام المحكمة المختصة وعندما يصبح الحكم نهائيا يستطيع من ربح الدعوى أن يستخرج نسخة من عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية[□].

يتقدم المدعى بعريضة مستوفية الشروط يثبت فيها الصفة والمصلحة والأهلية طبقا للمادة 13 والمادة 15 ق.إ.م.إ. ، إلا أن قانون الحالة المدنية وقانون الأسرة لم يفصلا في الإجراءات وعليه اتباع الإجراءات العامة في رفع الدعوى.

ترفع الدعوى طبقا للمادة 32 ق.إ.م.إ.، أمام قسم شؤون الأسرة لأنها من الدعاوى التي تتعلق بالنزاعات الناشئة بين أفراد الأسرة الواحدة هذا من ناحية الاختصاص النوعي اما من ناحية الاختصاص الإقليمي فيعود إلى المحكمة التي في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه او إلى محل إقامته طبقا للمادة 37 ق.إ.م.إ.[□].

أما عن الإجراءات فيقوم من له مصلحة في تسجيل عريضة يطالب فيها إثبات الزواج العرفي والامر بتسجيله بسجلات الحالة المدنية وفقا للمادة 14 ق.إ.م.إ. ، مراعيًا للشروط المذكورة بالمادة من أهلية وصفة ومصلحة طبقا للمادة 13 ق.إ.م.إ.، وهي من النظام العام يثيرها القاضي من تلقاء نفسه وهذه الدعوى لا تخضع للتقادم مهما طال الزمن لان أثر الزواج يمتد للورثة وإن نزلوا[□].

□- عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص 369.

□- قانون رقم 08-09 المؤرخ في: 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر.ع 21، الصادرة بتاريخ: 23 أبريل 2008.

³- سميرة سالمى: إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثبات عقد الزواج الرسمي والعرفي ، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة الخامسة عشر ، الجزائر 2004-2007 ، ص 36.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

وهو ما جاء به قرار المحكمة العليا رقم 71732 المؤرخ في 1991/04/23 أنه من المبادئ المستقر عليها قضاءا وقانونا أن دعوى إثبات الزواج غير محددة بمهلة معينة، ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القواعد الجوهرية في الإجراءات غير سديد يستوجب رفضه. بعد وصول الملف إلى القاضي يقوم هذا الأخير بالتحقيق مع الطرفين، وسماعهما ثم يقوم بالتوقيع على المحضر مع امين الضبط والطرفين ، ثم يقوم بسماع الشهود طبقا للإجراءات كالتأكد من درجة القرابة وأداء اليمين واستجوابهم في مدى توفر أركان الزواج العرفي وشروطه وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية. □

وبعد الانتهاء من ذلك يصدر القاضي الحكم برفض الدعوى أو بقبولها، و يأمر بتسجيل عقد الزواج بأثر رجعي حسب تاريخ الواقعة ومكانها إذا ثبت بعد التحقيق أن الزواج تم وفقا لإحكام الشريعة الإسلامية و القانون.

بعدها يرسل وكيل الجمهورية منطوق الحكم مرفقا بنسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي تم فيها الزواج العرفي ويطلب منه تدوين منطوق هذا الحكم في السجل المخصص لعقود الزواج للسنة التي كان العقد قد تم خلالها □ ، وتتبع نفس الإجراءات المتعلقة بآثار الزواج العرفي كإثبات النسب أو الطلاق من زواج عرفي .

إذن فإن إجراءات تسجيل عقد الزواج العرفي يتبع نفس الإجراءات العامة في رفع الدعوى لتنتهي باستصدار حكم من القاضي بالقبول او الرفض ، فماهي طرق التي يتبعها القاضي لإثبات الزواج العرفي ؟

يعتمد القاضي على قواعد الشريعة الإسلامية في إثبات الزواج على واحدة من الطرق الثلاثة وهي الإقرار والبينة ولنكول عن اليمين أي الامتناع عنه ، وقد اتجه القضاء إلى جعل الادلة في إثبات الزواج تتمثل في البينة و شهادة الشهود عيان او السماع .

1- سميرة سالمي ، المرجع السابق ، ص 36.

2- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص166.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

1 - الإقرار: وهو واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني يعترف فيها شخص بحق لشخص آخر سواء قصد ترتيب هذا الحق أو لم يقصد[□].

وقد نصت المادة 341 من ق.م، على "الإقرار هو اعتراف خصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة".

أ - شروط الإقرار بالرابطة الزوجية: أن يكون المقر عاقلاً ماعدا الصبي المميز لأن البلوغ ليس شرطاً لصحة الإقرار وإنما شرط لنفاذه[□]، وإمكانية ثبوت العلاقة الزوجية شرعاً للمقر مثل المحرمات شرعاً أو المعتدة، وكذلك تصديق المقر له بالزوجية حال الحياة والممات إذا كانت المقر رجلاً أما إذا كانت المقررة إمرأه فإنه حال الحياة فقط.

ب- حجية الإقرار: اعتبر الفقه الاسلامي أن الإقرار حجية على المقر وحده دون الغير واعتبره وسيلة لإثبات الزواج العرفي إلا إذا انكر أحد الطرفين فننتقل الى البينة، فإن عجزت نتجه لليمين، إلا ان المشرع الجزائري قد نص صراحة ان الإقرار حجة قاطعة على المقر في المادة 142 فقرة 1.ق.م.

2 - الشهادة: تعد الشهادة في إثبات الزواج العرفي من أقوى الحجج ويقوم عبء الإثبات على المدعى في صحة دعواه ومن الأدلة على ذلك الشهادة[□]. فهي حجة متعدية وليس على المدعى عليه فقط بل يثبت عليه وعلى من يتعدى الحكم إليه[□].

أ- شروط الشهادة:

- الذكورة: رجلين أو رجل وامرأتان لإثبات عقد الزواج[□].

¹- عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الاول، دار النهضة العربية القاهرة 1982 ص410.

²- دليلة معزوز: إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي ، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2004 ، ص 129.

³- فاروق عبد الكريم : الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي ، رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته " عقد الزواج وآثاره ، والفرقة وآثارها ، وحقوق الاقارب " (د.ت. ن) العراق ، ص 82.

⁴ - محمد أبو زهرة : المرجع السابق ، ص 271.

⁵- دليلة معزوز: المرجع نفسه، ص 109 .

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

- الاهلية :وهي اجتماع السن والعقل 21 سنة حسب المادة 33 ق.ح.م ، وقد بينت المادة 153 فقرة 4 ق.إ.م.إ ، من تجوز شهادتهم في إثبات الزواج العرفي فإنه باستثناء الابناء يجوز قبول شهادة أقارب الزوجين أو أصهارهم المباشرين أو أحد الزوجين ولو بعد الطلاق، أو إخوة أو أخوات أو ابناء عمومة الخصمين للشهادة في الزواج العرفي .

- عدالة الشهود : تتعلق بالسيرة الحسنة والاخلاق، فالفاسق لابد من السؤال على حاله لتصديقه إذ يحتمل من كلامه الصدق والكذب □.

- الإسلام: لا تجوز شهادة الكافر على المسلم لان الشهادة هي ولاية والولاية على المسلم لا تكون إلا لمسلم □.

ب - **شروط متعلقة بالشهادة:** أن تكون مطابقة وغير متناقضة مع الوقائع المادية إلا ما يتعلق بالدخول أو الموت والنسب أساسها التسامع لا المعاينة ، وتعتبر الشهادة دليلا كافيا لإثبات عقد الزواج إذا كان الزوجين على قيد الحياة وأدعى احدهما الزواج وأنكر الآخر. □

3 - **النكول عن اليمين:** اليمين هو جعل الله عز وجل شاهدا على صدق ما يقول الحالف أو على صحة ما يقول المدعى عليه ، والنكول هو رفض من وجهت اليه اليمين أن يحلفها ويمتنع عن ادائها، فان وجهت اليه وامتنع خسر دعواه ويعد حجة للقاضي للحكم على من نكل عن اليمين. وقد نصت المادة 347 ق.ح.م، كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه .

النكول عن اليمين في الشريعة الإسلامية لا يعتد به إلا بعض الفقهاء وذلك إذا فشلت كل الطرق كالبينة والإقرار في إثبات عقد الزواج، وحجية اليمين وسيلة كافية لموقف القضاء ويتعين على

¹- محمد أبو زهرة : المرجع السابق ، ص 56 .

²- محمد محدة : سلسلة الفقه الاسلامي ، الخطبة والزواج دراسة مدعمة بالقرارات والاحكام القضائية ، الشهاب الجزائر 2000 ، ط2، ص295.

³- نصر الدين ماروك ، قانون الاسرة بين النظرية والتطبيق ، دار الهلال للخدمات الاعلامية ، الجزائر، 2004، ص 50.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

القاضي توجيهها إلى المدعى بالإضافة إلى سماع شهود يؤكدون صحة انعقاد الزواج العرفي وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ووفقا للقانون .

المطلب الثاني: سلطات القاضي في الفصل في دعاوى النسب.

الميلاد واقعة والنسب إثبات وإن كان المولود وجودا فإن النسب انتماء، نظمه المشرع في المواد 40 الى 46 ق.أ.ج ، وقد تبني المشرع الجزائري الطرق العلمية الحديثة كوسيلة لإثبات النسب متى كانت العلاقة شرعية بالإضافة إلى الطرق الشرعية لإثبات النسب وهي الزواج الصحيح والفاقد والوطء بشبهة والإقرار والبينة بالرغم من اختلاف الفقهاء في تحديد الطرق العلمية القطعية أو الضنية كطرق حديثة لإثبات النسب، الامر الذي جعل للقاضي السلطة التقديرية في الاعتماد على الطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب.

الفرع الاول: إثبات ونفي النسب بالطرق الشرعية.

إن المحافظة على الأنساب له أهمية في المحافظة على الأسرة والمجتمع وتماسكه، لذا ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج صحيحا من الناحية القانونية و توفرت اركانه وشروطه، وكانت العلاقة شرعية وعلى هذا الاساس فإن الزواج مادام قائما، فإن النسب ثابتا في حالة الوفاة او الطلاق ولا يثبت إلا إذا وضعت الام الحمل في مدة محدودة وتبعاً لوجوب العدة على المرأة بعد فرقة وعدم وجوبها[□].

أولاً: العقد الصحيح سبب شرعي لثبوت النسب: قول صل الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر" إذن العلاقة الجنسية وحق الاستمتاع تكون للزوج وحده فان النسب ينتج عن الإخصاب الطبيعي، ولكن بشروط وضعتها المادة 41 ق.أ.ج، وهي:

- ان تكون العلاقة الزوجية قائمة بين الرجل والمرأة على اساس عقد الزواج صحيح.
- إمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين شرط الدخول بالزوجة فلو تزوج مشرقياً بمغربية وثبت انه لم يصل اليها لم يثبت النسب منه[□].

¹- احمد فراج حسين: أحكام الأسرة في الاسلام الطلاق وحقوق الاولاد ونفقة الاقارب، طبعة 1991، ص 202.

¹- أحمد نصر الجندي : النسب في الاسلام والارحام البديلة، دار الكتب القانونية ، مصر طبعة 2003، ص39.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

- ولادة الولد بين أقل مدة الحمل وأقصاها واتفق العلماء على ان اقلها ستة اشهر وهو ما حدده المشرع الجزائري في المادة 48 ق.أ، وأقصاها عشرة أشهر لقول الظاهرية.
- عدم نفي الولد بالطرق المشروعة حسب نص المادة 41 ق.أ.ج ، والمتمثلة في طريق واحد وهو اللعان الذي يعد الوسيلة الوحيدة لنفي النسب، وهي شهادات تجري بين الزوجين مؤكدة الايمان من الجانبين مقرونة باللعان.
- نسب الطفل المولود من الإخصاب العلمي، وهو ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي وأطفال الانابيب حيث تناول المشرع الجزائري التلقيح الاصطناعي المتمثل في ادخال مني الرجل في رحم المرأة بطريقة آلية دون الاتصال بينهما، وتتم بالتلقيح الداخلي ان كان رحم الزوجة وهو جائز شرعا بين الزوجين¹ وان كان في انبوب ثم اعيدت الكتلة الى رحم الزوجة هو تلقيح خارجي حيث اجازت المادة 45 مكرر ق.أ.ج. اللجوء الى التلقيح الاصطناعي لكن بشروط:
 - ان يكون الزواج شرعيا ولا يجوز بعد الطلاق أو الوفاة او الفسخ².
 - أن يتم التلقيح بماء الزوج و بيوضة الزوجة دون شك في استبداله او اختلاطه بمني غيره.
 - موافقة الزوجين معا على عملية التلقيح الاصطناعي مع توفر الضرورة الملحة لذلك.
- اما الاستنساخ فانه يهدم كيان المجتمع وبالرجوع الى قواعد الشريعة الاسلامية فإنه محرما شرعا ولذلك فان المشرع الجزائري جرمه طبقا للمادة 222 ق.أ.ج، وكذا طبقا للمرسوم رقم 92 - 276 المتضمن اخلاقيات الطب في المادة السادسة منه " يجب على الطبيب أن يمارس مهامه على اساس احترام حياة وشخصية الانسان".
- ثانيا: إثبات النسب بالزواج الفاسد :** وهو الزواج الذي اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد فالزواج يكون باطل إذا اختل ركن الرضا وفاسد إذا اختل شرطا من شروطه ويثبت النسب بشروط:

¹- كارم السيد غنيم :الاستنتاج والانجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، دار الفكر العربي ، ط1 ، ص 85.

²-الجيلالي تشوار: الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية ، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2001 ص 101، 103.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

- الدخول الحقيقي مع مراعاة اقصى مدة للحمل وهي عشرة أشهر واطلها وهي ستة أشهر فإذا جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة اشهر اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه لأبوه[□].

ثالثا: إثبات النسب عند الوطاء بشبهة: هو نفس المعنى مع الزواج الفاسد والنكاح بشبهة هو خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص وهو الوطاء الحرام الذي لا حد فيه، وفيه شبهة الفعل الذي لا يثبت النسب فيه ابدا وشبهة المحل او الملك ويثبت النسب للولد الحاصل في الوطاء بشبهة بناءا عليها[□]، وشبهة العقد كأن يتزوج الشخص اخته أو خامسة بعد اربع ان لم يكن عالما بذلك.

رابعا: إثبات النسب بالإقرار: الاقرار هو الاعتراف وإعلان الشخص صراحة أن شخصا معيناً ابنه أو ابنته سواء كان المقر رجلا أو إمراة وسواء كان المقر له ذكر أو أنثى طبقا للمادة 44 و45 ق.أ.ج.

يوجد نوعين من الاقرار وهما:

- الاقرار بالبنوة أو الابوة أو الامومة وهو الاقرار بنسب محمول على المقر نفسه، وهو على شرطين أن يكون المقر له مجهول النسب وأن يصدقه العقل والعادة بالإضافة إلى أن لا يكون ابنه بالزنا ولا حاجة لتصديق المقر له.

- الاقرار في غير البنوة أو الابوة أو الامومة وهو الاقرار بنسب المحمول على الغير الاقرار بالأخوة أو العمومة، وتكون مبنية على تصديق الغير المتمثل في ابيه، فإن صدقه ابوه او جده نتجت اثار النسب وإن لم يصدقه فهو يلزم من أقر فقط ويقاسمه نصيبه[□].

أما دعاوى النسب فهي الدعاوى التي ليس فيها النسب على الغير مثل الابن ضد الاب وتقبل مباشرة لحضورهما معا، وهناك دعاوى النسب التي فيها تحميل على الغير مثل دعوى طلب ميراث ويثبت نسبه للمورث.

1- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الاسرة، الجزء الاول، الزواج والطلاق، ص 195.

2- عامر عبد العزيز: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقه وقضاء النسب الرضاع الحضانة نفقة الأقارب، دار الكتاب العربي مصر، طبعة 1961، ص 85.

3- فضيل سعد: شرح قانون الاسرة الجزائري ، ج2، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، ط 1، 2007، ص 222 ، 221.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

أما حكم التبني نصت المادة 46 ق.أ.ج، يمنع التبني شرعا وقانونا وكل تصرف مخالف لذلك يعرض فاعله إلى اتهامه بالتزوير ومعاقبته بمقتضى قانون العقوبات¹.

كما تناول المشرع الجزائري اللقيط ووجب على من وجد لقيطا ان يسلمه إلى رجال الشرطة الذين بدورهم يسلمونه إلى إحدى دور الرعاية الاجتماعية، المعدة لاستقبال اللقطاء، وهو ما نصت عليه المادة 67 فقرة 1 ق.ح.م " يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به الى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه".

خامسا: ثبوت النسب بالبينة: وهي الدلائل والحجج التي تؤكد واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع او البصر أو غيرهما من وسائل الاثبات الواردة في قوانين الاجراءات المدنية و الإدارية² وللبينة معنيان:

معنى عام: وهو الدليل أيا كان نوعه كتابة قرائن اعتراف شهود.

معنى خاص: وهو شهادة الشهود دون غيرهما³.

البينة في اثبات النسب المقصود بها الشهادة دون غيرها من الادلة وهو ما معمول به قضائيا وشهادة الشهود لا بد من النصاب القانوني للشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين⁴، ولو ثبت النسب بالإقرار فهو غير مؤكد يحتمل البطلان بالبينة لأنها أقوى منه⁵.

الفرع الثاني: إثبات ونفي النسب بالطرق العلمية.

نصت عليها المادة 40 ق.أ.ج، نتيجة تأثر المشرع الجزائري بالثورة الهائلة التي كان سببها التطور البيولوجي وظهور تقنيات في المعرفة العلمية، إلا أن فتح هذا المجال للقاضي فما مدى تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب وما هي السلطة التقديرية للقاضي في تقدير حجيتها ؟

1- عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص 220 .

2- العربي بلحاج : الوجيز في شرح قانون الاسرة الزواج والطلاق ، ص 199.

3- أحمد عمراني: أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي والتلقيح الاصطناعي، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، سنة 2000 ص63.

4- فضيل سعد: المرجع السابق ، ص 222.

5- أحمد محمود الشافعي : الطلاق وحقوق الاولاد والاقارب طبعة 1987 ، ص 157 ، 158.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

اثار اثبات النسب بالطرق العلمية جدل فقهيًا في اول ظهور، لهذه الطرق بين رافض وقابل لأنها تخرج عن القواعد الفقهية التي جاءت في الشريعة الإسلامية، والتي تحفظ الكليات الخمس وهي العقل والنفس والنسل والدين والمال.

ولم يحدد المشرع الطرق العلمية التي يعتمدها القاضي وترك الامر غير محصور فهناك طرق علمية قطعية الثبوت وهي البصمة الوراثية ث أ ا و ات إ وقاسها العلماء على القيافة، وهي تتبع الاثر وتشبه الابن بابيه واخيه، وهناك طرق علمية ضنية وهي نظام فحص الدم ج ا ا والشائع استخدامها في استعمال نفي النسب، ومن عوائق تطبيق الطرق العلمية هي العوائق القانونية وحرمة الحياة الخاصة للإنسان وانتهاك السلامة الجسدية وعدم اجبار شخص على تقديم دليل ضد نفسه.

اضافة الى عوائق مادية تتمثل في وجود مخبر علمي واحد لذا لا بد من وجود عدة مخابر علمية ذات جودة عالية وخبرات طبية دقيقة، اضافة الى مصاريف الخبرة الباهظة للقيام بالفحص واللجوء اليها ضئيل جدا.

للبصمة الوراثية الحجية المطلقة وذلك ان الخبراء الذين يقومون بإجراء هذه الخبرة مختصون وان البصمة الوراثية لها دلالة قاطعة في تمييز شخص عن اخر، ويلجأ القاضي الى الاستعانة بها لحل الكثير من المسائل العالقة في الحاق الابناء بأبائهم .

تبنى فريق آخر الحجية النسبية للطرق العلمية ومنها الطرق العلمية الضنية كتحليل فصيلة الدم وهي ليست دليل اثبات حتمي، وتبقى خاضعة للقواعد العامة للخبرة القضائية العادية بقبولها أو رفضها، وللقاضي سلطات تقديرية عند اللجوء للخبرة الطبية للمصادقة على الخبرة كليًا أو جزئيًا أو استبعادها كاملة، ويستعين القاضي بالخبرة ويستصدر حكماً تمهيدياً بتعيين خبير توكل له مهام محددة في اثبات النسب أو نفيه.

أما نفي النسب فقد جاء في قرار المجمع الإسلامي بالرابطة" لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان".

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

المبحث الثاني: سلطات القاضي في فك الرابطة الزوجية.

من اجل تفعيل حماية اكثر للأسرة من التفكك والانحلال، هو التصدي لظاهرة الطلاق التي ارتفعت بمعدلات رهيبية، وحفاظا على التماسك الأسري والنسيج الاجتماعي، تبنى المشرع الجزائري تفعيل اجراءات الصلح والتحكيم في الامر 05 - 02 والقانون رقم 08 - 09 وللقاضي في فك المنازعات الأسرية دورا يختلف عن الصلح والتحكيم في المنازعات المختلفة الاخرى لامتيازها بعوامل اجتماعية ونفسية و اخلاقية.

لذا فهي تمتاز بمعاملة خاصة من القاضي وتحليل لكافة الوقائع المعروضة عليه، لكشف الخلل في العلاقة الزوجية ومحاولة الإصلاح حد الإمكان لدرء مفسدة الطلاق.

وسوف نحيط بها بشكل موجز لتشعبها بين القانون والفقہ الاسلامي في المطلبين بهاذين الآليتين ودور القاضي والحكمين في بذل مساعي الصلح بين الزوجين وإجراءاتها وطبيعتها القانونية.
المطلب الاول: الصلح والتحكيم.

الفرع الاول: الصلح.

الصلح لغة: هو السلم وجاء في الزمخشري صلح الأمر بمعنى أصلحه وأصلح ذات بينهما من عداوة وشقاق[□]، واختلقت التعارف الاصطلاحية للصلح في المذاهب الفقهية وفي القانون واتفق جميعهم على انه اتفاق يضع حدا للنزاع والخصومة بين الأطراف، وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة : 459 ق.م.□ بانه " عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه ".
وذلك بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه ".
إذن الصلح بين الفقه والقانون هو عقد تتفق فيه إرادتين لإنهاء النزاع القائم بين الطرفين وله وظيفة الحسم والوقاية عن نزاع محتمل، ولا تكفي ارادة زوج واحد مصداقا لقوله تعالى: (إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا^١) [النساء الآية : 35].

إذن الصلح بين الفقه والقانون هو عقد تتفق فيه إرادتين لإنهاء النزاع القائم بين الطرفين وله وظيفة الحسم والوقاية عن نزاع محتمل، ولا تكفي ارادة زوج واحد مصداقا لقوله تعالى: (إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا^١) [النساء الآية : 35].

1- الزمخشري محمد ابن عمر: ابن محمد ابن احمد الخوارزمي الزمخشري جار الله ابو القاسم، اساس البلاغة ، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت لبنان ، ط1، 1996 ، ص 52.

2- قانون رقم 05- 10 المتضمن القانون المدني المؤرخ في : 20 جوان 2005 ج ر العدد 44.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

ومشروعيته في الشريعة الاسلامية مصداقا لقوله تعالى: (**إِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ**) [النساء الآية : 128]
الصلح نهاية في الخيري .[□]

أما مشروعية الصلح في القانون الوضعي فإنه من المسائل التي تتطلب الكثير من الدقة في سائر التشريعات[□] ، وقد نصت عليه التشريعات كإجراء الزامي و وجوبي في دعاوى الطلاق من اجل حماية الاسرة ، وفي التشريع الجزائري نصت المادة 49 من ق أج" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون ان تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"

اضافة الى نص المادة 17 فقرة 4 ق.إ.م.إ التي تجيز المصالحة " يمكن للقاضي اجراء الصلح بين الاطراف اثناء سير الخصومة في اية مادة كانت"، وجاءت المادة 439 من نفس القانون تنص على " محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية " .

إن دعاوى الطلاق معلقة على اجراء الصلح من طرف القاضي والا كان حكمه معيبا ومخالفا للقانون ويتحتم نقضه[□] وهومن النظام العام لتعلقها بمصلحة المجتمع العليا ، وذهب الاستاذ زودة إلى اعتبار محاولة الصلح من المقترضات الموضوعية لصحة العمل القانوني ، والإشكال الوحيد أن الطلاق لا يوقفه الطعن بالنقض لتعلقه بالعدة ولتستقر المراكز القانونية المواد 435 , 452 ق.إ.م.إ

اما المسائل التي لا يجوز فيها الصلح فهي التي وردت فينص المادة 461. ق.م ، لا يجوز الصلح على المصالح المالية المتعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام... الخ ، و الحالة الشخصية هي التي تحكم الروابط التي تتعلق بحالة الشخص واهليته، كما تتعلق بنظام الاسرة بما فيها زواج

1- السرخسي: محمد ابن احمد ابن ابي سهل شمس الانمة (ت 483ه) شمس الدين المبسوط تحقيق الشيخ خليل الميس، دار

المعرفة ، بيروت لبنان 1989 ج 5 ، ج 21 ، د ط ، ص 123 ، 124 .

2- شفيقة بن صاولة: الصلح في المادة الادارية، ط1، دار هومة بوزريعة الجزائر، 2006، ص 52 .

3- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر، ج 1 ص 357 د ط .

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

وطلاق وواجبات الآباء والابناء[□]، و لا يجوز الصلح في حالة بنوة أو نفي النسب او بطلان عقد الزواج او الصلح في الجرائم.

وقد حصرت المادة 423 ق.إ.م.إ، كافة الدعاوى التي تكون من صلاحيات قسم شؤون الاسرة كما يجوز الصلح في المسائل المالية مثل الدعاوى المتعلقة بالأجور والمصروفات، و طرح الصلح فيها في ما عدا النفقة التي لها امتياز، ولا يجوز اسقاطها ولا يسقط حق الزوجة في نفقة الاهمال، ويجوز الصلح في الصداق او اجر الرضاعة او الحضانة وتعويض الخاطب المتضرر من العدول.

اولا : شروط الصلح.

1- الشروط الموضوعية: لا يمكن للقاضي أن يجري الصلح الا بتوفر شرطين: شرط وجود عقد زواج وهو ما تطرقنا اليه في المبحث الاول في هذا الفصل و شرط وجود دعوى قضائية وهي دعوى الطلاق بمفهومها الواسع.

2- الشروط الشكلية: وتتمثل في أطراف الجلسة حيث نصت المادة 443 ق.إ.م.إ. على انه يثبت الصلح بين الزوجين بمحضر، يحرر في الحال من امين الضبط تحت اشراف القاضي يوقع المحضر من طرف القاضي وامين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط ".
تحت طائلة البطلان الشكلي للإجراءات للعمل القضائي وجب حضور:

أ- الزوجين: طرفا النزاع مدعى ومدعى عليه متخذا الحماية القضائية لإثبات ممارسة حقه والزام خصمه بأدائه، وتحدد الجلسة من طرف المحكمة، وتبلغ للخصوم ويقوم القاضي بسماع كل زوج على انفراد ثم سمعهما معا وفق المادة 440 ق.إ.م.إ، وان غاب احد الطرفين بعذر جاز تحديد جلسة اخرى وان غاب بدون عذر حرر القاضي محضرا بذلك، وهو ملزم بالفصل بالخصومة لمدة لا تتجاوز ثلاثة اشهر[□].

[□] - محمد السعيد جعفرور: مدخل للعلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون ، دار هومة بوزريعة الجزائر، 2002، د ط ، ص120.

² -المحكمة العليا قرار مؤرخ في: 1997/10/23 غ. ا. ش ملف رقم 174132 مأخوذ عن بلحاج العربي قانون الاسرة تعديلات، 02/05 ص 235.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

ب- **امين الضبط** : هو يد وذاكرة القاضي بالكتابة ويوثق كل ما يدلي به طرفا النزاع، وحضوره لا يخدم سرية الجلسة بمعناها الحقيقي، ولكن فطنة القاضي يطلب من كاتب الضبط الانصراف حتى يتم الحصول على مبتغى من جلسة الصلح.

ج- **النيابة العامة**: المادة 3 مكرر من قانون الاسرة " تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية الى تطبيق أحكام هذا القانون" يجب ارسال الملفات اليها والا كان القرار قابل للإبطال وتقدم النيابة الطلبات بتطبيق القانون. وقد يكون في مركز الخصم في حالة الولاية على القاصر او الحجر ... الخ وقد يكون انضمامي وهي الاطلاع على القضايا وابداء رايها. ويمثلها وكيل الجمهورية على مستوى كل محكمة، وتعرض على كل ما يخالف النظام العام مثال الطلاق على ثلاث طلقات فالنيابة العامة حق الاعتراض على محاولة الصلح.

ولا يجوز التوكيل في المنازعات الاسرية لأنها تخاطب وجدان الزوجين لذا يرفض القاضي التوكيل ويرفضه الفقه.

ثانيا: إجراءات الصلح : المدة الزمنية للصلح هي ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى طبقا للمادة 49 ق.أ.ج، ورفع الدعوى هي تسجيلها وجدولتها حسب المادة 442 ق.إ.م.إ، مع مراعاة أحكام الطلاق المختلفة.

يعتبر مقر إجراء الصلح هو المحكمة المختصة لكل دعوى مع مراعاة الاختصاصي الاقليمي، وقد يكون مكتب القاضي او مكان اخر في مبنى المحكمة.

محاضر الصلح سندات تنفيذية ويحر المحضر ويوقع عليه القاضي و امين الضبط والزوجين وتكون ممهورة بالصيغة التنفيذية ، حتى تكون اداة لمباشرة اجراءات التنفيذ الجبري طبقا للمادة 600 ق.إ.م.إ .

من خلال ما سبق نستنتج ان قاضي الأسرة لابد ان يكون كفاء لذا فاخياره لابد ان يكون على معايير تثبت اهليته للفصل في المنازعات الأسرية من الناحية القانونية والفقهية.

ثالثا: اثار الصلح : في حالة نجاح الصلح فان القاضي يقوم بإقناع الزوج بإرجاع زوجته خلال فترة العدة وهي ثلاثة اشهر وفقا للمادة 50 ق.أ.ج، ويشهد الزوج على ارجاع زوجته ، وان

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

انقضت مدة العدة الشرعية وكان الطلاق بائنا بينونة صغرى ونجح الصلح فان القاضي يأمر بإبرام عقد جديد وبمهر جديد ويسجل الطلاق ويحسب طليقة واحدة ، بحيث يسجل بسعي من النيابة العامة في سجل الحالة المدنية.

الفرع الثاني: التحكيم.

قد تفشل محاولات الصلح التي سعى لها القاضي وبسبب عدم ثبوت ضرر، فان القاضي بسبب استحكام الشقاق يلجا الى التحكيم، ومن بين احوال الشقاق هو النشوز وهي تمنع الزوجة للزوج بالمساكنة والاستمتاع، ويكون العلاج بالوعظ والهجر في المضجع والضرب أو النشوز من طرف الزوج وايدائها فان ثبت الضرر استجاب القاضي لطلب الطلاق، فإن جهل حال الزوجين عدم ثبوت الضرر فهنا يكون العلاج بتعيين حكيم لمعرفة أسباب الشقاق.

أولا : مفهوم التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق المستمر: التحكيم لغة حكم فلان في الامر فوض اليه الفصل اي القضاء فيه[□]، وقد يأتي بمعنى العلم والفقهاء لقوله تعالى: (**وَأْتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَيًّا**) [سورة مريم :12]

اما اصطلاحا فإنه تولية شخص اجنبي وبرضا الطرفين المتنازعين حكما صالحا للقضاء بحكم يرتضيانه.

لم يأتي المشرع الجزائري بتعريف التحكيم لأنه من مهام الفقه " ان التحكيم يظهر دائما في صورة هيئة تعاقدية تسمح لأطراف النزاع بعرض الخصومة على افراد يختارونهم بدلا من اللجوء الى محاكم الدولة، وان القرار الصادر يشبه القرار التحكيمي ويشبه الحكم القضائي ولكن غير قابل للتنفيذ قبل مراقبته قضائيا[□].

وقد ضمنت المادة 446 ق.إ.م.إ، اللجوء الى التحكيم، وهو تولية شخص أو اثنين أو اكثر من اهل الزوجين المتخاصمين إن وجداء، وإلا من اهل الخبرة والصلاح مهمتهما القضاء في الشقاق المستحکم بين الزوجين، بحكم ينفذ بعد رقابة القضاء على صحته.

□ - أحمد مختار عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب القاهرة مصدر، المجلد الاول، 2008، ط1، ص 538 .

□ - محمد منتاشطة: التحكيم التجاري في القانون الجزائري، مأخوذ من بشير سليم دور القاضي في التحكيم، ص 8.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

وأما الشقاق فهو العداوة والخلاف بين الزوجين واستحكامه وسوء العشرة بين الزوجين ، فاضحت الحياة مريرة بما يقتضي تدخل اطراف خارجية ، ورد لفظ الشقاق في المادة 53 ق.أ.ج، للزوجة طلب الطلاق في حالة الشقاق المستمر.

والتحكيم والصلح يختلفان في مرحلة التنفيذ، فالصلح ممهور بالصيغة التنفيذية بمجرد توقيع المحضر اما التحكيم لا بد من تصديق القاضي ووضع الصيغة التنفيذية.

ثانيا: مشروعية التحكيم: قال تعالى: (إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا) [النساء: 35]

وعلى اختلاف تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم فإنه ذو طبيعة تعاقدية بين الزوجين ويبقى القرار التحكيمي أدنى من القرار القضائي.

بين الوجوب والجواز فان المشرع الجزائري في المادة 56 من ق أ ج، استوجب تعيين الحكيم من طرف القاضي، كما اجازت المادة 446 ق.إ.م.إ، تعيين الحكيم غير انه من الناحية العملية فإنه نادرا ما يلجا القاضي لتعيين الحكيم ويعتبرها من سلطته التقديرية رغم وجوبها فان تفعيل نظام التحكيم غير جدي من طرف القضاة، وان اجتهادات المحكمة العليا تقر بوجوب التفريق بين الزوجين في حالة الشقاق المستمر ربما لدواعي الخوف من حدوث الجرائم بين الزوجين.

ثالثا: شروط التحكيم: شرط وجود الشقاق لان الشقاق يفسد العشرة الزوجية، طبقا للمادة 53 الفقرة 8 ق.أ.ج ، وعدم ثبوت الضرر وهو رأي القاضي بان الأسباب التي أوردها احد الزوجين غير كافية و أن تكيف على أنها ضرر وجب فيها التفريق بين الزوجين.

إضافة إلى أن يكون الحكيم مسلمين، وكذا العلم والفقہ وهناك شروط مختلف فيها، منها الذكورة والقرباة والعدالة، ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم وفقا للمادة 1006 ق.إ.م.إ.

رابعا: إجراءات التحكيم: المحكمة لها حق الإعلان من بداية مرحلة التحكيم وهي ملزمة للقاضي وليس للطرفين وان رفضوا ، ويجوز للزوجين حق تعيين ممثلهما طبقا للمادة 56 من ق.أ.ج

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

وللقاضي سلطة تقديرية في التعيين غير انه في الغالب يستعين بأهل الزوجين ولا يجوز التراخي من الحكمين بل تقديم العمل التحكيمي في اجل شهرين.

لم يحدد قانون الاسرة مجلس التحكيم بل ترك ذلك للحكمين في تقديره فقد يكون مسكن الزوجين أو مسكن احد الحكمين ، وعليهما بذل عناية في حل الشقاق بين الزوجين من التلطف والترغيب والترهيب في ابداء النصح ، وينعقد مجلس التحكيم بحضور الزوجين وجميع اطرافه وصلاحيات الحكمين هو الاصلاح فقط وليس لهما حق التفريق بين الزوجين، و بعد تقديم التقرير للقاضي وما توصل اليه الحكمين.

كما نصت المادة 448 ق.إ.م.إ" إذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر ويصادق عليه القاضي بموجب امر غير قابل للطعن" وهنا يلزم القاضي بما ورد في تقرير الحكمين.

اما الحكم بالتطبيق على ضوء تقرير الحكمين اين يجوز للقاضي انهاء مهام الحكمين واعادة القضية للجلسة لتستمر الخصومة اذا تبين صعوبة تنفيذ مهمة التحكيم وفقا للمادة 449 ق.إ.م.إ. نستنتج مما سبق بان مهمة التحكيم مهمة استشارية لا غير يستأنس بها قاضي الموضوع، وينتهي اجراء التحكيم بصدور تقرير بالصلح ، ويصادق عليه القاضي وتنقضي الدعوى على أثره أو وإعادة الخصومة إلى الجدولة.

وقد تنتهي لأحد الأسباب الأخرى كعزل الحكم أو وفاته أو وفاة احد الزوجين ومن آثار التحكيم نجاح المهمة فتنقضي الخصومة او فشله وارجاع الخصومة الى القضاء فالسلطة التقديرية للقاضي إما الحكم بالتطبيق للزوجة بطلاق بائن او الزامها بالرجوع لبيت الزوجية اذا تأكد ان الضرر غير جدي.

المطلب الثاني: أنواع وآثار فك الرابطة الزوجية.

إن الطلاق هو نهاية كل علاقة زوجية فاشلة بعد التصدي لها بكل اجراءات الوقاية ومحاولات الصلح كما وضحنا في المطلب الاول، وسعيا من القاضي لمواجهة هذه المعضلة الاجتماعية

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

ومحاولة حماية الاسرة من التفكك والانحلال، لكن مع الوصول إلى المرحلة التي تستحيل معها الحياة الزوجية وتتنافي مع الحكمة من الزواج يصبح الطلاق حلال .

ونظرا لخطورة الطلاق فقد نظمت أحكامه الشريعة الإسلامية والنصوص قانونية ويعتبر الحل الأخير ولا يتم الا لدواعي قصوى، وهو طبقا لما ورد في المادة 48 ق.أ.ج، بانه قد يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود المادتين 53 و 54 من هذا القانون وهو على أربع حالات كما سيذكر.

الفرع الاول: انواع الطلاق.

الاصل ان يكون الطلاق رجعيا يجوز للزوج ان تلفظ بالطلاق أن يراجع زوجته في فترة العدة وهي ثلاثة أشهر التي شرعها الله مصداقا لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ) [سورة الطلاق: 1]، وذلك بدون عقد جديد وصداق جديد وبدون ارادتها، شرط أن لا تكون انقضت فترة عدتها وهو ما يعرف بالطلاق الرجعي وحكمته أن يعطى للزوج فرصة لمراجعة نفسه والحافظ على أسرته.

أما الطلاق البائن فيكون في الحالات التالية: الطلاق قبل الدخول لأنه لا عدة فيها والطلاق على مال وهو الخلع وان تكون الطلقة مكملة للثالثة وهو الطلاق البائن بينونة كبرى، وكل طلاق يرتب آثاره باختلاف نوعه وشروطه.

إضافة الى الطلاق السني وهو الطلاق الذي يتم وفقا للسنة النبوية بينما الطلاق البدعي فيتم اثناء الحيض او النفاس او طهر وقعها فيه ، او الذي يطلق أكثر من مرة في مجلس واحد هذا من حيث طبيعة الطلاق أما المشرع الجزائري فقد حدد انواع الطلاق في المادة 48 من ق أ.ج.

أولا: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج: هو الطلب الذي يقدمه الزوج للقاضي لسبب من الاسباب الشخصية او الاجتماعية او الشرعية وهو يقيد سلطة القاضي التقديرية حيث انه لا يمكن له رفض الطلاق انما له مساعي الصلح والتحكيم كما ذكرنا ولاستفاء وقبول طلب الطلاق لابد من توفر شروط:

1- ان تكون العلاقة الزوجية على عقد صحيح وليس عقد زواج باطل او قابل للفسخ.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

2- أهلية التقاضي وهي بلوغ الزوج سن الرشد وهو 19 سنة إضافة إلى خلوه من الجنون والعتة والسفه وسلامته من عيوب الرضا مع اشتراط محاولات الصلح طبقا للمادة 49 من ق.أ.ج. وقد جعل الاسلام الطلاق بيد الرجل لأنه من يتحمل تبعات ونفقات الطلاق فيجعله متريثا في فك الرابطة الزوجية ومحافظا عليها، ولم تكن بيد الزوجة لتأثرها بالعاطفة والمزاجية خاصة ان كانت في حالة حيض أو وحم أو أزمة عابرة في العائلة[□].

بالإضافة إلى حرصه الشديد في عدد الطلقات التي قد يستوفيهها ويخضع للعقوبة المذلة المنصوص عنها وهي ان تتكح زوجا غيره فتزول كرامته وعزته، وللقاضي الحكم بالتعويض على الطلاق التعسفي إذا ثبت له ذلك وترفع الدعوى طبقا للمادة 436 ق.إ.م.إ.

ثانيا: الطلاق بالتراضي: يقدم الزوجين طلب بعريضة مشتركة يوقعانها معا لفك الرابطة الزوجية كما تلاقيا بالإحسان يفترقا بالإحسان، وتكون العريضة مكتوبة وشاملة للهوية الكاملة وموطنهما وبعد محاولة الصلح يشهد القاضي بالطلاق بالتراضي بين الزوجين، وهذه الحالة لم تعرفها احكام الشريعة الإسلامية.

إضافة الى توفر الأهلية الكاملة للزوجين وهي 19 سنة، وإجراء الصلح يجريه القاضي وهو اجباري ومن النظام العام طبقا لنص المادة 428 ق.إ.م.إ، ولا يشترط تسبب الدعوى ويجوز الاتفاق امام القاضي على آثار الطلاق ما لم يمس الاتفاق بالنظام العام مثل مصلحة الاولاد و دون الحكم بالتعويض من القاضي.

ثالثا: الخلع: الخلع طلاق نظير مال تقدمه الزوجة لزوجها، وقد أشارت إليه المادة 54 ق.أ.ج " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج ان تخلع نفسها بمقابل مالي " ومن شروطه أنه يجوز الحكم بالطلاق ولو لم يوافق الزوج ، وان يكون الزواج صحيحا ، وأن لا يكون الزوج سيء النية بابتزاز زوجته والحاق الاذى بها لطلب الخلع واخذ مال الفدية مع توفر الأهلية الكاملة لدى

□- فضيل سعد: المرجع السابق ، ص 263.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

الزوج، ودفع مقابل الخلع وهو المبلغ الذي يتفق عليه الزوجين على ان لا يكون قد تجاوز صداق المثل .

رابعاً: التطليق: إن كان المشرع قد منح الطلاق للزوج دون قيد او شرط إلا ان الزوجة لها حق في ذلك لكن بشروط وقد وردت على سبيل الحصر في المادة 53 ق.أ.ج وهي:

1- **طلب التطليق لعدم الانفاق:** وذلك بعد صدور حكم بوجوبه وعدم علمها بعسره وقت الزواج وامتنع عمدا عن الانفاق، وقد اخذ المشرع الجزائري بمذهب الجمهور بجواز التفريق بين الزوجين لامتناع الزوج عن الانفاق او لعسره.

2 - **التطليق للعيوب:** مأخوذ من مذهب مالك وان لا يكون العيب معلوما أثناء العقد و الا فانه لا يعتد به.

3 - **التفريق للهجر في المضجع:** فوق أربعة أشهر يدير لها ظهره قصد الاضرار بها، وبدون عذر شرعي، والقاضي لا يشترط نية الإضرار بالزوجة لدى الزوج.

4 - **التطليق بسبب الحكم على الزوج بعقوبة شائنة :** أكثر من سنة تمس شرف الاسرة، وبعد صدور حكم نهائي و أن العقوبة مخزية وتولد البغض والكرهية.

5 - **التطليق للغياب:** والذي غادر مكانه مدة سنة دون عذر ولا نفقة.

6 - **مخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة:** المتعلقة بالترخيص بتعدد الزوجات وإعلام كلا الزوجتين.

7 - **التطليق للفاحشة:** الجرم المخل بالأداب كالزنا والشرك والردة والاعتصاب.

8- **الشقاق المستمر بين الزوجين:** وعدم وجود تفاهم وحسن العشرة.

9 - **مخالفة الشروط المتفق عليها في الزواج:** ما لم تكن مخالفة للنظام العام وتتعارض مع مصلحة الأولاد.

10 - **التطليق للضرر المعتبر شرعا:** مثل عدم العدل في حالة تعدد الزوجات أو أهانتها وشتمها بعد اقناع القاضي بذلك .

الفرع الثاني: اثار فك الرابطة الزوجية.

هي تلك النتائج القانونية التي تولد من جراء فك الرابطة الزوجية وهي:

اولا: الآثار المالية: وهي تلك المستحقات المالية التي تكون للمطلقة والاولاد المشتركين الناتجين عن الزواج وهي النفقة بجميع صورها، ومنها ما يتعلق بالتعويض عن الضرر الذي أصاب طرفا من اطراف العقد حسب تكييف القاضي، ومنها ما هو مشترك وهو النزاع على متاع البيت.

1- النفقة: وتعرف النفقة لغة الزواج [□] لأنه هلاك لمال المنفق على اهله، ويقصد به الإخراج.

اما اصطلاحا: فهي كل ما يلزم أن توفره للمعيشة حسبما إعتاده الناس وجرى عليه العرف [□] ولا خلاف بين الفقهاء حول وجوبية نفقة الزوج على زوجته لأنها خصصت نفسها للحياة الزوجية [□].

اما المشرع الجزائري فقد جعلها واجبة على الزوج في المادة 74 ق.أ.ج، وذكر مشتملاتها في المادة 78 منه وجب على القاضي أن يفرض نفقتها عليه [□].

أ - مشتملات النفقة : محددة بالمادة 78 ق.أ.ج ، على سبيل المثال لا الحصر ويمكن للقاضي ان يأمر بكل ما يراه ضروري، ويعتبره الناس من قبيل واجبات النفقة بعادتهم واعرافهم.

ب - أنواع النفقة: للنفقة عدة انواع منها.

- نفقة الاهمال: تستحق الزوجة النفقة بدخولها او دعوتها اليه طبقا للمادة 74 والمادة 80 ق.أ.ج ، تستحقها الزوجة من يوم رفع الدعوى كمبدأ عام [□]، واستثناءا يمكن أن تكون باثر رجعي لمدة لا تتجاوز عام إذا ثبت إهماله، وهي واجبة على الزوج الى حين النطق بحكم الطلاق.

[□]-نسرين شريقي و كمال بفرورة : سلسلة من المباحث في قانون الاسرة الجزائري ، دار بلقيس الجزائر، 2013 ، ص 117.

[□]-أحمد شامي : السلطة التقديرية للقاضي شؤون الاسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، رسالة مقدمة

لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2014، ص 265.

[□]- صادق مورييس: قضايا النفقة والحضانة والطاعة، دار الكتاب الذهبي، مصر، 1999، ص7.

[□]-خليل عمرو: انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري دراسة مقارنة، دار

الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2015، ص 15.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

- **نفقة العدة:** تستحق الزوجة نفقة ثلاثة أشهر وهي مدة عدتها وتختلف ان كان طلاق رجعي او بائنا، ونفقة الطلاق الرجعي تستحقها لأنها تبقى ماثرة بالبيت وتبقى زوجة له وواجب عليه نفقتها ويجوز ان يرجعها، ونفقة الطلاق البائن التي لا تعدد الزوجة في بيت زوجها وجبت نفقة العدة واخذ بها المشرع الجزائري[□].

- **نفقة الاولاد:** ما نصت عليه المادة 75 ق.أ.ج، انها واجبة سواء في قيام العلاقة الزوجية أو انحلالها، وتستحق بثبوت النسب ما لم يكن له مال لمدة محددة قانونا ببلوغه 19 سنة والبنات بزواجهما والدخول بها[□].

ويراعى في تقدير النفقة حال الزوج من يسر وعسر وتقديم دليل على عجزه في الانفاق ، وللقاضي السلطة التقديرية لتقدير مبلغ النفقة المستحقة ومراجعاتها خلال مدة سنة من الحكم بها وفقا للمادة 79 ق.أ.ج ، ويعد الامتناع على تسديد النفقة من الجرائم التي يعاقب عنها القانون طبقا لنص المادة 331 ف.1 ق.ع.

ثانيا: متاع بيت الزوجية: هو كل ما يجب على الزوج أن يوفره لزوجته من متاع البيت ويلجا القاضي، للفصل في النزاع القائم في متاع البيت إلى قواعد الاثبات سواء كان موجودا او غير موجود، فإن انكر الزوج وجوده اصلا يقوم القاضي بتوجيه اليمين له وفقا لقاعدة البيينة على من ادعى واليمين على من انكر ويجوز تطبيق نفس القاعدة، ان كان موجود وادعى ان المطلقة قد اخذته كاملا.

[□]-نعيمية تيبودوش: الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية ، مذكرة لنيل الماجستير، كلية الحقوق والسياسية جامعة يوسف بن خدة الجزائر، 2000 ، ص246.

[□]-سمية عبدالعزيز: طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الاسلامية والقانون الاسرة الجزائري ، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون ، فرع قانون العقود ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العقيد أكلي محند اوبلحاج ، البويرة، 2015، ص196.

[□]- هجيرة مدني نشيدة: حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق الجزائر، 2012 ، ص145.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

اما إذا كان المتاع موجودا فإن القاضي يلجا إلى البينة ممن يدعي ملكية المتاع سواء ما كان معتاد من الرجال وما كان معتادا للنساء[□] ويمكن أن يقام الدليل على ما هو معتاد للنساء من الرجل وما هو معتاد للرجل من النساء تطبيقا لقاعدة البينة على من ادعى واليمين على من انكر.

ثانيا: التعويض عن فك الرابطة الزوجية: هو حق يعطيه القانون للطرف المتضرر من فك الرابطة الزوجية سواء كانت المطلقة او المطلق .

1-حق المطلقة في التعويض: تستحقه المطلقة إذا تبين تعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة وتأذت المرأة منه، وهو تعسف في استعمال الحق وإساءة استعماله وقد نص عليه المشرع في المادة 52 ق.أ.ج، لجبر الضرر اللاحق بالمطلقة فلها حق التعويض في الطلاق التعسفي يأمر به القاضي وله السلطة التقديرية في ذلك إلا انه لا بد له من التسبب طبقا لنص المادة 277 ق.إ.م.إ، وقد يكون التعويض مجملا عن الضرر ونفقة المتعة.

كما لها الحق في التعويض في التطلق ، اذا تحكم به المحكمة للزوجة عن الضرر الناتج عن فك الرابطة الزوجية كما نصت عليه المادة 53 فقرة 1 ق.أ.ج ، وترك امر الاجتهاد للقاضي في تقييم مبلغ التعويض اللاحق بالزوجة.

2-حق المطلق في التعويض: في حالة نشوز و هو عصيان المرأة لزوجها والخروج عن طاعته الزوجة يجوز للمطلق أن يطلب التعويض.[□] وأساسه المادة 55 ق.أ.ج ، ومن الناحية العملية فإن الحكم بالرجوع لبيت الزوجية على الزوجة وامتناعها يعتبر نشوزا، كما يعتبر العوض المالي الممنوح للمطلق مقابل الخلع وفقا لأحكام المادة 54 ق.أ.ج ، وقد اعتبر القضاء ان مقابل الخلع هو تعويض للزوج.

ثانيا: الآثار الغير مالية لفك الرابطة الزوجية: وهي تلك الاحكام المتعلقة بعدة المطلقة وكذا الحضانة.

□- سمية عبد العزيز: المرجع السابق، ص221.

□- عمارة نينسلطة: القاضي التقديري في تعويض الضرر عن الطلاق، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص تخصص احوال شخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، 2015، ص 90.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

1- **العدة:** ألزمت الشريعة الإسلامية لإبراء الأرحام مدة زمنية تتربص بها المرأة لطلاقها او وفاة زوجها لحكمة منها الرجوع عن قرار الطلاق، وكذا عدم اختلاط الأنساب وقد أمر الله بها قال تعالى: (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ) [سورة البقرة:234] وقوله تعالى: (اللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن). [سورة الطلاق:4]

وللعدة ثلاثة صور فالعدة بالإبراء وهي المرأة التي تحيض والمدخول بها أما الغير مدخول بها لا عدة لها طبقا المادة 58 من ق أ ج، اما الصورة الثانية فالعدة بالأشهر للمرأة التي لا تحيض ان بلغت سن اليأس ، والمرأة المتوفي عنها زوجها، و تكون للمدخول بها او غير مدخول بها للحائض واليأس ومدتها أربعة أشهر وعشر والصورة الثالثة تنقضي عدة الحامل بوضع حملها وتبدأ من يوم تصريح الزوج بالطلاق الفعلي وليس من تاريخ الحكم القاضي به وله حق التحري بذلك، والمعتدة تبقى في بيت زوجها.

2-**الحضانة:** عرفها المالكية على انها حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه وثيابه وتنظيف جسمه، اما تعرفها قانون فقد سبق ذكره في الفصل الاول.

أ-**شروطها:** ان يكون اهلا لها وبالغا ولو كان مميزا⁴ وان يكون على خلق وامين على تربية الولد اضافة إلى شروط خاصة بالحاضنة وهي عدم زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون ، والاقامة في بيت لا يبغضه المحضون وهناك شروط خاصة بالحاضن وهي أن يكون اهلا لها ومحرمًا على المحضون.

ب-**احكام الحضانة:** ورد ترتيب أصحاب الحضانة في المادة 64 ق.أ.ج " بأن الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الاب، ثم الجدة لام، ثم الجدة لاب، ثم الخالة ثم العمّة ثم الاقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك " .

1- أحمد نصر الجندي : شرح قانون الاسرة الجزائري ، دار الكتب القانونية ، مصر 2009 ، ص 152.

الفصل الثاني.....الحماية القضائية للأسرة من خلال الاعمال القضائية

يختلف الفقه في ترتيب الحضانة غير ان الاجماع على أن الأم هي الأولى بحضانة ولدها والترتيب المذكور ليس إلزاميا للقاضي بل خاضع لسلطته التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون.

ج- مدة الحضانة : وفقا للمادة 65 من ق أ.ج، تنقضي بالنسبة للذكر ببلوغه 10 سنوات وتمدد الى 16 سنة اذا كانت الام الحاضنة لم تتزوج ثانية واما الانثى ببلوغ سن الزواج 19 سنة.

د- سقوط الحضانة: وفقا لنص المادة 66 ق.أ.ج تسقط بزواج الحاضنة بغير قريب محرم عن المحضون ولا تكون الا بحكم قضائي، وتسقط ايضا بالتنازل عنها اختياريا مع مراعاة مصلحة المحضون ، وقد تسقط بالإخلال بأحد الشروط المتعلقة بالحاضن من الاهلية وحسن الخلق وتسقط ايضا بالسفر الى بلد اجنبي وفقا لأحكام المادة 69 من ق.أ.ج.

واخيرا تسقط الحضانة بعدم المطالبة بها لمدة تزيد عن مدة سنة بدون عذر ، وتستعاد الحضانة بزوال سبب سقوطها .

للحاضنة الحق في سكن ملائم لممارسة الحضانة طبقا لأحكام للمادة 72 من ق.أ.ج ، وهو التزام اصلي للاب بتوفيره بعد استقاء الاجراءات ، والحكم نهائيا بالطلاق واسناد الحضانة وان يكون توفير المسكن الملائم خاضع لتقدير القاضي ، وللمطلقة البقاء في بيت الزوجية لحين الفصل بالطلاق وإذا تعذر على الاب توفير السكن فعليه دفع بدل ايجار ويخضع ايضا لتقدير القاضي.

ه- حق الزيارة: وهو حق ممنوح لاحد الوالدين بزيارة ابنه القاصر ، وعلى القاضي الفاصل في موضوع الدعوى ولا سيما الحضانة و اعطاء الاب الحق في الزيارة أو الام وينفذ بقوة القانون ولو سهى عنها القاضي ، وعلى الحاضن تسليم المحضون لمن له حق الزيارة والا يعاقب على ذلك طبقا للمادة 328 من قانون العقوبات .

خاتمة

خاتمة :

في نهاية هذا العمل الذي حاولنا من خلاله الوصول إلى الحماية القضائية للأسرة عن طريق الأعمال الولائية والأعمال القضائية ، ودورها في حماية الأسرة ، فوجدنا أن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة واسعة ومطلقة ، فمن الناحية العملية وجدناها معقدة ومتشعبة بحيث تختلف من قضية لأخرى ومن منطقة لأخرى ومن قاضي لأخر ، ومن أهم النتائج التوصل إليها من خلال هذه الدراسة ما يلي :

ان هدف التدابير المؤقتة حماية الحق والمحافظة عليه ، فهي لا تمس أصل الحق ، و يلجأ إليها القاضي في حالات الاستعجال فقط وفقا للمادة 57 مكرر ق.أ.ج.

اعطى القضاء حماية للقصر وذلك من خلال الإذن بتزويجه شرط توفر المصلحة والضرورة وفقا للمادة 07 ق.أ.ج.

كما حمى القضاء الأسرة عن طريق التصدي لتعسف الزوج في استعمال حقة في تعدد الزوجات وذلك باشتراط الحصول على اذن قضائي اذا راي ان الزوج قادر على توفير الشروط المنصوص عليه في المادة 08 ق.أ.ج.

إضافة الى منح القاصر الحماية عن طريق تقييد الولي بالحصول على اذن من القاضي في ما يخص التصرفات المنصوص عليها في المادة 88 ق.أ.ج بشرط توفر مصلحة او ضرورة للقاصر.

كما وفر القضاء حماية للأسرة من خلال دور القاضي في اثبات الزواج العرفي سواء الزواج العرفي المتنازع فيه او الزواج الغير متنازع .

اعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطات واسعة في اثبات النسب بمختلف الطرق الشرعية والعلمية أو نفيه بالطرق الشرعية.

كما منح المشرع حماية للأسرة من خلال سلطات القاضي في فك الرابطة الزوجية عن طرق جلسات الصلح والتحكيم بهدف اقناع الطرفين عن العدول عن الطلاق .

و منح المشرع السلطة التقديرية للقاضي في الحضانة بما يتماشى مع مصلحة المحضون ، سواء في اسناد الحضانة او اسقاطها او تمديدها كما منح للحاضنة حق البقاء في مسكن الزوجية الى غاية تنفيذ الحكم القضائي بتوفير مسكن او دفع بدل الايجار وفقا للمادة 72 ق.أ.ج.

أما في ما يخص الاقتراحات فإننا نقترح على المشرع الجزائري تحديد سن ادنى لمنح الترخيص بزواج القاصر فالمشرع الجزائري لم يحدد ذلك في المادة 07 ق.أ.ج وترك السلطة التقديرية للقاضي بشرط وجود المصلحة والضرورة .

كما يحسن بالمشرع ان يجعل الفصل في قضايا شؤون الاسرة بتشكيلة جماعية تسمح بمشاركة مؤهلين خاصة في الامور الفقهية لمساعدة القاضي في الاجتهاد القضائي ، وكذلك مختصين في علم النفس والاجتماع لمشاركته في تحليل الوقائع التي تؤثر سلبا على العلاقات الزوجية و استحداث اقطاب منفصلة تتم فيها إقامة محكمة أسرية بعيدة عن المحاكم العامة ومحاولة تطبيق مبدأ السرية في بعض إجراءاتها أكثر اضافة الى التخصص في تكوين القضاة الفاصلين في القضايا التي تمس شؤون الاسرة وإخضاعهم لتدريب خاص يجعلهم أكثر المام ودراية بأمورها .

كما نلفت الى عناية المشرع الجزائري التحفظ عند المصادقة على الاتفاقيات الدولية والتي تتعارض مع مبادئ المجتمع ومثله العليا خاصة ما يتعلق بأمور الاسرة .

كما يجدر بالمشرع الجزائري إثراء المنظومة القانونية بالقواعد القانونية الإجرائية التي تبت على وجه الاستعجال بغية الإسراع في الفصل في القضايا الاسرية لارتباطها بمواعيد شرعية وكذا الحفاظ على المصالح المؤقتة التي لا تحتمل التأجيل .

فهرس سور وآيات القرآن الكريم

فهرس سور وآيات القرآن الكريم

رقم الصفحة	رقم الآية	السورة والآية
سورة البقرة		
58	240	وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا
12	233	وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ .
سورة النساء		
21	03	إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتَىٰ ۖ وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ
48	35	إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا ۗ
46	128	إِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۖ أَنْ يُصَلِّحَا بَيْنَهُمَا صَلِّحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ
سورة مريم		
50	12	وَأَتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا
سورة الطلاق		
52	01	يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ
58	04	اللَّائِي يَيْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِّسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ
15	06	أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ

أولاً: قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

القرآن الكريم

اولا: الكتب الفقهية

- 1-الزمخشري: محمد ابن عمر ابن محمد ابن احمد الخوارزمي الزمخشري جار الله ابو القاسم، اساس البلاغة ، طبعة اولى ، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت لبنان ، 1996 .
- 2-السرخسي : محمد ابن احمد ابن ابي سهل شمس الائمة (ت 483هـ) شمس الدين المبسوط تحقيق الشيخ خليل الميس، دار المعرفة ، بيروت لبنان، 1989 ، ج 5 ، ج 21 ، د ط.
- 3-ابو زهرة محمد: الاحوال الشخصية ، دار الفكر العربي القاهرة ، 1959 ، ط 2.

ثانيا : الكتب القانونية

- 1-السنهوري أحمد عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني ،المجلد الاول، دار النهضة العربية القاهرة، 1982 .
- 2-آث ملويا لحسن بن شيخ : قانون الأسرة دراسة نصا وشرحا ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ،عين ميله الجزائر، 2013.
- 3-الشافعي أحمد محمود: الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، طبعة، 1987.
- 4-الجندي احمد نصر: شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، الجزائر، د ط ، 2009 .
- 5-الجندي أحمد نصر: النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2003 .
- 6-بن ملح الغوثي: القانون القضائي الجزائري ، ديوان لمطبوعات الجامعية ،الجزائر،1995، د ط.
- 7-بربارة عبد الرحمان: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008) ، دار بغدادي للطباعة والنشر ، الجزائر، ط 2.

- 8- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، ج 1 ، د ط .
- 9- بلحاج العربي : قانون الاسرة مع تعديلات 02/ 05 ، ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ط 3.
- 10- بن صاولة شفيقة : الصلح في المادة الادارية ، دار هومة بوزريعة الجزائر، ط1، 2006.
- 11- بناني شوقي: احكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية الفرنسي والمصري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 12- تشوار الجيلالي: الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة ، 2001 .
- 13- تقيّة عبد الفتاح : قانون الاسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية ، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث ، الجزائر، ط1، 2012.
- 14- جعفرور محمد السعيد : مدخل للعلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون ، دار هومة بوزريعة الجزائر، د ط ، 2002.
- 15- داليا مؤمن :الاسرة والعلاج الاسري ، دار السحاب للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ط1 ، 2004.
- 16- دلاندة يوسف : دليل المتقاضي في مادة شؤون الاسرة (الزواج والطلاق) ، دار هومة الجزائر، ط 1 ، 2008.
- 17- راتب محمد : قضاء الأمور المستعجلة ، ط 7 ، 1985 .
- 18- طاهري حسن: الأوسط في شرح قانون الأسرة ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر ، ط 1 ، 2009.
- 19- فراج حسين احمد: أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق و حقوق الأو-لاد ونفقة الأقارب ، طبعة 1991 .

- 20- سعد عبد العزيز : الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري ،، دار البعث قسنطينة، ط1 1989.
- 21- سعد فضيل: شرح قانون الاسرة الجزائري ، ج2 ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، ط 1، 2007.
- 22- سنقوقة سانح : شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية ، ج 1 ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2011.
- 23- سمارة محمد: احكام وآثار الزواج شرح مقارن لقانون الاحوال الشخصية ، ط 1 ، اصدار 2002 .
- 24- شحاته رشدي ابو زيد: رؤية المحضون في الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية دراسة مقارنة ، مكتبة الوفاء القانونية الاسكندرية ، 2011.
- 25- شريفي كمال وبفرورة نسرين: سلسلة من المباحث في قانون الاسرة الجزائري دار بلقيس الجزائر، 2013.
- 26- عمر خليل :انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2015.
- 27- عمر إسماعيل نبيل: الأوامر على عرائض ونظمها القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية ، 2004.
- 28- غازي أحمد: الحماية القانونية لحرمة المسكن ، دار هومة الجزائر، ط1، 2008.
- 29- لمطاعي نور الدين :عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الاحكام القضائية ، بن مرابط للنشر الجزائر، ط1، 2009.
- 30- موريس صادق: قضايا النفقة والحضانة والطاعة ، دار الكتاب الذهبي ، مصر، 1999.
- 31- معوض عبد التواب: الوسيط في قضاء الامور المستعجلة وقضاء التنفيذ ، منشأة المعيار الاسكندرية ، ط 3 ، 1995 .

32- مباروك نصر الدين: قانون الاسرة بين النظرية والتطبيق دار الهلال للخدمات الاعلامية ، الجزائر، 2004.

33- محدة محمد : سلسلة الفقه الاسلامي الخطبة والزواج دراسة مدعمة بالقرارات والاحكام القضائية، الشهاب الجزائر، ط2 ، 2000.

34- يعيش فضيل: شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد ، طبعة ، 2007- 2008 .

ثانيا: البحوث الاكاديمية

1-زيدات محمد : الإجراءات الاستعجالية في ضل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 ، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2016-2017 ص 96.

2-شامي أحمد: السلطة التقديرية للقاضي شؤون الاسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان ، 2014.

3-محروق كريمة: الحماية القانونية للأسرة بين ضوابط النصوص واجتهاد القضاء ، رسالة دكتوراه تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق ، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة ، 2014- 2015.

4-بوعمره محمد: أموال القاصر في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 بن عكنون 2012-2016.

5-تبودوش نعيمة: الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية، مذكرة لنيل الماجستير، كلية الحقوق والسياسية، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، 2000.

6-سميرة سالم: إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثبات عقد الزواج الرسمي والعرفي ، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر ، الجزائر، 2004-2007.

7-سليمة صباطة: دور القاضي في حماية الحقوق المعنوية والمالية للطفل ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون خاص، جامعة ابو بكر بلقايد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2015/ 2016.

8- نينسلطة عمارة: القاضي التقديري في تعويض الضرر عن الطلاق، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص تخصص احوال شخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015 .

9- عبد العزيز سمية : طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الاسلامية والقانون الاسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند اوبلحاج، البويرة ، 2015.

10- محسان حمة: القوة التنفيذية للأمر على العرائض، رسالة ماجستير، في العلوم القانونية تخصص تنفيذ الاحكام القضائية ، كلية الحقوق ، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر 2017 - 2018.

11- مدني نشيدة هجيرة: حقوق الطفل بين الشريعة والقانون مذكرة لنيل الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق، الجزائر، 2012.

12- معروز دليلة : إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي ، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2004.
ثالثا-المقالات:

1- بداوي علي : مقال عقود الزواج العرفية ، مجلة قضائية، 2002 ، العدد 2

2- بشيش صالح : " أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة تحليلية على ضوء الشريعة الإسلامية وواقع التطبيق في المجتمع الجزائري" ، مجلة المعيار ، جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية قسنطينة ، عدد09 ، 2004 .

3- حدادو صورية و حدادو مرفت : الاوامر الولائية لقاضي شؤون الاسرة الجزائري ، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ، جامعة عمار ثليجي الاغواط ، المجلد الثاني عشر، العدد 04، 2019.

4- حداد عيسى ، الأهلية في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية ، جامعة عنابة ، العدد 9 ، 1996.

5- بن علي قادة: "تعدد الزوجات بين الطلاق والتنفيد" ، مجلة المعيار ، جامعة الامير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ، العدد 09 ، 2004.

6-لمين ابنة: زواج القاصر بين المفهوم القانوني والمصلحة المعتبرة شرعا ، دراسة على ضوء تعديل قانون الاسرة والتطبيق القضائي له ، جامعة الجزائر ، العدد 2 ، 2020.

رابعاً- النصوص القانونية

- 1- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05 - 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1428 ، الموافق ل 04 مايو 2005 ، الجريدة الرسمية العدد 43.
- 2- القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق 25 فبراير 2008 م المتضمن قانون الإجراءات المدنية وإدارية .الجريدة الرسمية عدد:21 المؤرخة في افريل سنة 2008.
- 3- القانون رقم 06-03 المؤرخ في 20/02/2006 والمتعلق بتنظيم مهنة الموثق ، ج ر عدد :14 المؤرخة في 08/03/2006
- 4-الأمر رقم 66-156 المؤرخ في : 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات ، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006 والمعدل بموجب القانون رقم 14-01 المؤرخ في 17-02، 2014 عدد 07.
- 5- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في : 19 فبراير سنة 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية معدل ومتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 9 غشت 1914 ج ر 49-2014.

فهرس الموضوعات

ثانيا: فهرس الموضوعات

الصفحة	العنوان
	الاهداء
	الشكر والعرفان
	قائمة المختصرات
أ-ج	مقدمة
	الفصل الاول: الحماية القضائية للأسرة من خلال الأعمال الولائية
07	تمهيد
08	المبحث الأول : الحماية القضائية للأسرة من خلال التدابير المؤقتة المتعلقة بمسائل الاسرة
08	المطلب الاول : مفهوم التدابير المؤقتة المتعلقة بمسائل الاسرة وخصائصها
08	الفرع الأول : تعريف التدابير المؤقتة المتعلقة بمسائل الاسرة:
09	الفرع الثاني: خصائص التدابير المؤقتة المتعلقة بمسائل الاسرة
09	اولا: خاصية التوقيت وعدم المساس بأصل الحق
09	ثانيا: خاصية عدم العلنية
10	ثالثا: تدبير غير و جاهي
10	رابعا : غياب النزاع يقض بعدم الفصل في اصل الحق

10	خامسا : الامر بالتدابير المؤقتة قابل للطعن فيه
10	الفرع الثاني : اجراءات استصدار التدابير المؤقتة
10	اولا: قواعد الاختصاص
10	1-الاختصاص الولائي
11	2-الاختصاص الإقليمي
11	ثانيا: إجراءات استصدار امر على عريضة في التدابير المؤقتة
12	المطلب الثاني: محل التدابير المؤقتة المتعلقة بمسائل الاسرة
12	الفرع الأول: التدابير المؤقتة المتعلقة بالنفقة والسكن
12	اولا : التدابير المؤقتة المتعلقة بالنفقة
12	1-تعريف النفقة
12	2-وجوب النفقة من القران و القانون
13	3- اجراءات المطالبة بالنفقة
14	4-شروط قبول طلب النفقة المؤقتة
14	ثانيا: حق البقاء في المسكن
16	الفرع الثاني : التدابير المتعلقة بالحضانة و حق الزيارة
16	اولا - الحضانة

16	1-تعريف الحضانة
17	2-ترتيب اصحاب الحق في الحضانة
17	ثانيا -الزيارة
18	المبحث الثاني: الحماية القضائية من خلال الأذن القضائية.
19	المطلب: الأذن القضائية بتوثيق عقد الزواج
19	الفرع الاول : الإذن بزواج القصر
19	اولا : تعريف الزواج
19	ثانيا-سلطات القاضي في الاذن بزواج القصر
20	ثالثا- إجراءات طلب الترخيص بزواج القاصر
21	الفرع الثاني: الأذن بتعدد الزوجات
21	اولا: شروط تعدد الزوجات
22	ثانيا: جزاء تخلف شروط تعدد الزوجات
22	ثانيا: سلطات القاضي في منح الإذن بتعدد الزوجات
23	1 -دور القاضي في تقدير المبرر الشرعي
23	2- دور القاضي في تقدير توفر نية العدل، والشروط الضرورية للحياة الزوجية
23	المطلب الثاني :الاذن بالتصرف في اموال القاصر

24	الفرع الاول : تعريف القاصر
24	الفرع الثاني : سلطات القاضي في منح الإذن بالتصرف في اموال القاصر
25	المطلب الثاني :تصرفات الولي التي توجب إذن القاضي
25	الفرع الاول : تصرفات الولي التي ترد على عقار القاصر والمصالحة على ماله
25	اولا: بيع العقار
26	ثانيا: قسمة عقار القاصر
27	ثالثا: رهن عقار
27	رابع: ايجار العقار
27	خامسا: المصالحة على مال القاصر
28	الفرع الثاني: تصرفات الولي التي ترد على اموال القاصر .
28	اولا- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة
28	ثانيا- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة
28	ثالثا - المساهمة في شركة
	الفصل الثاني: الحماية القضائية للأسرة من خلال الأعمال القضائية
30	تمهيد
31	المبحث الأول: سلطات القاضي في الفصل في دعاوى الزواج

31	المطلب الأول: دور القاضي في إثبات عقد الزواج
33	الفرع الأول: طرق إثبات الزواج الرسمي
35	الفرع الثاني : طرق إثبات الزواج العرفي
36	أولا : إثبات الزواج العرفي الغير المتنازع فيه
36	ثانيا : إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه
38	1-الإقرار
39	أ - شروط الاقرار بالرابطة الزوجية
39	ب - حجية الاقرار
39	2-الشهادة
39	أ - شروط الشهادة
40	ب - شروط متعلقة بالشهادة
40	3 - النكول عن اليمين
40	المطلب الثاني : سلطات القاضي في الفصل في دعاوى النسب
41	الفرع الاول : إثبات ونفي النسب بالطرق الشرعية
41	أولا:العقد الصحيح سبب شرعي لثبوت النسب
42	ثانيا : إثبات النسب بالزواج الفاسد

42	ثالثا : إثبات النسب عند الوطاء بشبهة
43	رابعا : إثبات النسب بالإقرار
44	خامسا : ثبوت النسب بالبينة
44	الفرع الثاني: إثبات ونفي النسب بالطرق العلمية
45	المبحث الثاني: سلطات القاضي في فك الرابطة الزوجية
46	المطلب الاول : الصلح والتحكيم
46	الفرع الاول : الصلح
48	اولا : شروط الصلح
48	1- الشروط الموضوعية
48	2-الشروط الشكلية
49	ثانيا : إجراءات الصلح
49	ثالثا : اثار الصلح
49	الفرع الثاني: التحكيم
50	أولا : مفهوم التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق المستمر
50	ثانيا: مشروعية التحكيم
51	ثالثا: شروط التحكيم

51	رابع :اجراءات التحكيم
52	المطلب الثاني: أنواع وآثار فك الرابطة الزوجية
52	الفرع الأول :انواع الطلاق
53	أولا : الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج
54	ثانيا : الطلاق بالتراضي
54	ثالثا: الخلع
54	رابعا: التطليق
55	الفرع الثاني : اثار فك الرابطة الزوجية
55	اولا : الآثار المالية
55	1- النفقة
56	أ - مشتملات النفقة
56	ب - أنواع النفقة
57	ثانيا : متاع بيت الزوجية
57	ثالثا : التعويض عن فك الرابطة الزوجية
58	ثانيا: الآثار الغير مالية لفك الرابطة الزوجية
58	1- العدة

58	2- الحضانة
60	3- جق الزيارة
62	الخاتمة
65	فهرس سور وآيات القرآن الكریم
66	قائمة المصادر والمراجع
73	فهرس الموضوعات
82	الملخص

الملخص بالعربية:

باعتبار ان القضاء هو الملجأ الذي يلجأ إليه الأشخاص من اجل الحصول على حقوقهم وحمايتهم ، ولهذا خول له المشرع الجزائري صلاحيات وسلطات واسعة ، فمنحه سلطة اتخاذ تدابير مؤقتة في مسائل الأسرة طبقا للمادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري ، وهذه التدابير لا تفصل في أصل النزاع ولا تعدو أن تكون تدابير تحفظية من اجل حماية الحق والمحافظة عليه.

أما في مجال الأذن القضائية فقد أعطى المشرع الجزائري القضاء السلطة التقديرية في الترخيص بزواج القصر وفقا لأحكام للمادة 7 من قانون الأسرة الجزائري ، وكذا الإذن بتعدد الزوجات وفقا للمادة 08 من قانون الأسرة الجزائري ، والأذن بالتصرف في أموال القاصر وفقا للمادة 88 قانون الأسرة الجزائري.

وفي مجال الزواج فقد منح المشرع القاضي سلطة تقديرية في تسجيل الزواج العرفي سواء المتنازع فيه أو الغير متنازع فيه وكذا سلطات القاضي في إثبات النسب وفقا للمادة 40 الى المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري

وفي مجال فك الرابطة الزوجية فمنحه المشرع الجزائري السلطة التقديرية في الصلح والتحكيم وكذا سلطة تقديري في أثار فك الرابطة الزوجية.

الكلمات المفتاحية: الاسرة - التشريع - قضائية- حماية - الجزائري .

□□□□□□:

Considérant que la justice est le refuge auquel les personnes ont recours pour obtenir et protéger leurs droits C'est pourquoi le législateur algérien lui a accordé des pouvoirs étendus et des pouvoirs Elle lui a accordé le pouvoir de prendre des mesures provisoires en matière familiale conformément à l'article 57 bis du code algérien de la famille Ces mesures ne séparent pas l'origine du litige et ne sont que des mesures conservatoires afin de protéger et de préserver le droit.

Dans le domaine des autorisations judiciaires, le législateur algérien a donné au pouvoir judiciaire le pouvoir discrétionnaire d'autoriser le mariage des mineurs conformément à l'article 7 du Code algérien de la famille, ainsi que l'autorisation de la polygamie conformément à l'article 08 du Code algérien de la famille, et autorisation de disposer des fonds du mineur conformément à l'article 88 du code algérien de la famille.

Dans le domaine du mariage, le législateur a conféré au juge le pouvoir discrétionnaire d'enregistrer les mariages coutumiers, contestés ou non, ainsi que le pouvoir du juge d'établir la filiation conformément aux articles 40 à 46 du Code algérien de la famille.

Quant à la dissolution de l'union conjugale, le législateur algérien lui a accordé le pouvoir discrétionnaire en matière de conciliation et d'arbitrage, ainsi que le pouvoir discrétionnaire dans les effets de la dissolution de l'union conjugale

Mots clés: la famille–législateur – judiciaire - protection- algérien