**الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**

**وزارة التعليم العالي والبحث العلمي**

**جامعة البليدة 02**

**كلية الحقوق والعلوم السياسية**

**قسم القانون الخاص**

**العنـــــــــــوان**

# دور القاضي في حمايـــة الأســـــــرة من خلال إنشـــاء وفـــك الرابطـــة الزوجية.

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه LMD في القانون الخاص،

**تخصص قانون الأحوال الشخصية.**

**من إعداد الطالب:** **إشراف الدكتورة:**

عيادة الحسين بن شويخ صارة

**السنة الجامعية: 2020/2019**

**الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**

**وزارة التعليم العالي والبحث العلمي**

**جامعة البليدة 02**

**كلية الحقوق والعلوم السياسية**

**قسم القانون الخاص**

**العنـــــــــــوان**

# دور القاضي في حمايـــة الأسرة من خلال إنشـــاء وفك الرابطة الزوجية

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه LMD في القانون الخاص،

**تخصص قانون الأحوال الشخصية.**

**إعداد الطالب:**

عيادة الحسين

أمام اللجنة المشكلة من:

عمرو خليل .....أستاذ ..... جامعة البليدة 02..... رئيسا

بن شويخ صارة ...أستاذة محاضرة قسم أ ... جامعة البليدة 02.... مشرفا ومقررا

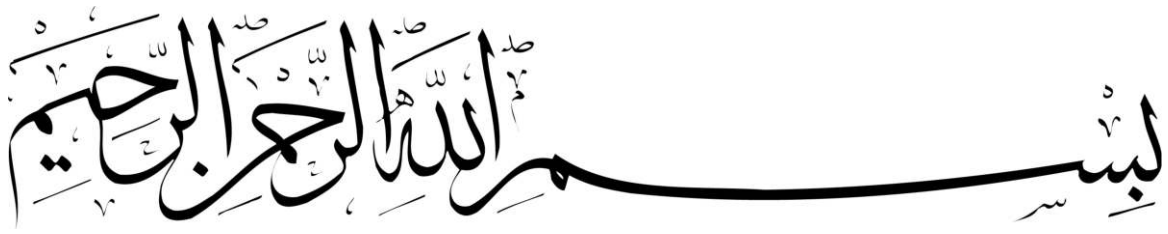
عماري براهيم.....أستاذ ..... جامعة الشلف..... عضوا مناقشا

قنفود رمضان.....أستاذ محاضر قسم أ ..... جامعة المدية ..... عضوا مناقشا

طحطاح علال...أستاذ محاضر قسم أ ... جامعة خميس مليانة... عضوا... مناقشا

مستوري محمد...أستاذ محاضر قسم أ ..... جامعة البليدة 02..... عضوا مناقشا

**السنة الجامعية: 2020/2019**



قال تعـــــالى

﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ ﴾ الآية 72من سورة النحل.

# إهـداء

**أهدي ثمرة عملي إلى الوالدين الكريمين أطال الله عمرهما على طاعة الله تعالى، وإلى أسرتي الصغيرة زوجتي الغالية وأولادي (عبد الله ومُحَمَّد أمين وعادل)، وإلى كافة الإخوة والأخوات،**

**إلى كل من لم تتسع لهم الورقة واتسعت لهم شرايين القلب:**

**– أصدقاء طفولتي وشبابي،**

**– زملائي في الدراسة من الطور الابتدائي إلى الطور الثالث،**

**– زملائي في العمل بجامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف بما فيهم أساتذة وإداريين وعمال،**

**– إلى كل من قدم لي يد العون والمساعدة لإنجاز وإتمام هذا العمل.**

# شكر وتقدير

الحمد الله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا مُحَمَّد وعلى آله وصحبه أجمعين:

عملا بقوله تعالى ﴿**وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ** ۖ﴾ وعملا بقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم "**من لا يشكر الناس لا يشكر الله**"،

نحمد الله سبحانه وتعالى ونشكره على نعمه التي لا تقدر ولا تحصى ومنها توفيقه تعالى على إتمام هذا العمل وأنار لنا الطريق للعلم والمعرفة،

أتقدم بجزيل الشكر والامتنان وخالص العرفان والتقدير إلى أستاذي المشرف الأول قبل تنازله عن الإشراف... الأستاذ الدكتور **بن شويخ الرشيد** الذي شرفني بقبوله الإشراف على هذه الرسالة وعلى دعمه لإنجازها، وأتقدم بخالص الشكر والعرفان إلى أستاذتي الفاضلة...الدكتورة **بن شويخ صارة** التي تكرمت بمواصلة الإشراف ولم تبخل علي بتوجيهاتها القيمة ولم تدخر جهدا في توجيهي لإتمام هذه الرسالة،

كما لا يفوتني أن أتقدم بوافر الشكر والامتنان وعظيم التقدير للأساتذة **أعضاء فرقة التكوين في الدكتوراه تخصص أحوال شخصية** على مساهمتهم ومد يد العون بشكل مباشر أو غير مباشر لاكتمال هذه الرسالة، والشكر موصول لكل الأساتذة الذين أشرفوا على تكويني من الطور الابتدائي إلى الطور الثالث، كما أتوجه بالشكر الجزيل أيضا إلى **قضاة شؤون الأسرة بمحاكم ولاية الشلف** وبالخصوص قضاة **محكمة بوقادير** على إثراء هذا العمل في جانبه العملي.

# الملخص

## الملخص

نظرا للدور الهام الذي تؤديه الأسرة في تكوين المجتمع واستقراره باعتبارها الوحدة الأساسية في المجتمع، فقد حظيت الأسرة باهتمام خاص من قبل المشرع الجزائري لاسيما ضمن نصوص قانون الأسرة الجزائري، إذ حرص المشرع على حمايتها ضمن نصوص هذا القانون بواسطة القضاء من خلال فتح المجال أمام القاضي، للقيام بدوره في حمايتها لاسيما عند إنشاء وفك الرابطة الزوجية، فما مدى فعالية الدور الذي يؤديه القاضي لحمايتها خلال إنشاء وفك الرابطة الزوجية؟

لعل من أبرز الأسباب الدافعة لاختيار موضوع "دور القاضي في حماية الأسرة من خلال إنشاء وفك الرابطة الزوجية"، تكمن في محاولة اكتشاف الدور الذي يؤديه القاضي في حماية الأسرة في مسائل الزواج وانحلاله، وكذا انتشار وتفشي ظاهرة الطلاق والإهمال العائلي في المجتمع الجزائري، وتظهر أهمية دراسة هذا الموضوع من خلال أنه يُحدد فعالية الدور الحمائي للقاضي في حماية الأسرة عند إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها، كما يرصد الآلية المتبعة من طرف القاضي لتحقيق الحماية اللازمة للأسرة.

كما أن دراسة هذا الموضوع يُبتغى من وراءه تحقيق جملة من الأهداف أهمها، تحديد سلطات القاضي في حل المنازعات الأسرية خلال إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها، إبراز دور القاضي في نشر الاستقرار الأسري والاجتماعي، إبراز دور القاضي في حماية الآداب العامة في المجتمع، وتحقيقا لهذه الأهداف فقد تم الاعتماد في هذا البحث على أكثر من منهج فرضته طبيعة الموضوع، لعل أهمها الاعتماد على المنهج الجدلي لأنه الأنسب لهذه الدراسة المتعلقة بموضوع اجتهادي محض، وكذلك الاعتماد على المنهج التحليلي الذي لا يمكن الاستغناء عنه في هذه الدراسة من خلال تحليل آراء الفقهاء والنصوص القانونية المتعلقة بإبراز دور القاضي

في حماية الأسرة في مسائل الزواج وانحلاله، مع الاستعانة في بعض الأحيان بالمنهج المقارن من خلال مقارنة دور القاضي الجزائري في حماية الأسرة مع الدور الذي يؤديه القاضي في بعض التشريعات الأخرى.

وقد خلصت في آخر هذا البحث أن المشرع الجزائري قد فتح الباب واسعا أمام القاضي للقيام بدوره في حماية الأسرة من خلال إعمال سلطته التقديرية، وإيجاد الحل المناسب لكل عارض قد يعترض استقرار الأسرة أو يُهدد مصالح أفرادها، وذلك من خلال إعطاء القاضي الحرية في استنباط الحلول المناسبة للنزاعات المعروضة أمامه سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعد انحلالها، وذلك كله بغية تحقيق كفالة استقرار الأسرة والمحافظة على حقوق أفرادها، ويبرز دور القاضي أكثر في حماية الأسرة في المسائل التي لم يحسم فيها المشرع بصفة قاطعة ونهائية وكذا في الحالات التي لم ينص عليها القانون، ولعل هذه أهم نتيجة من النتائج المتوصل إليها في هذا البحث، كما أن فعالية القاضي في حماية الأسرة تظهر حتى في المنازعات التي وضع لها القانون حلول، وذلك أن الحماية القانونية التي أقرها المشرع الجزائري للأسرة لا تُعطي بذاتها فعالية لنفسها بل لابد من تدخل القاضي لإعطائها هذه الفعالية فتتعزز الحماية القانونية بالحماية القضائية، وهذه أيضا تُعتبر من أهم النتائج المتوصل إليها في هذا البحث.

**الكلمات المفتاحية:** الأسرة، القاضي، سلطة تقديرية، حماية قانونية، حماية قضائية، رابطة زوجية.

## Résumé

Compte tenu du rôle important que joue la famille dans la formation et la stabilité de la société en tant qu'unité fondamentale de la société, la famille a reçu une attention particulière de la part du législateur algérien, en particulier dans le cadre des dispositions du Code algérien de la famille, car le législateur a veillé à ce qu'il soit protégé dans les dispositions de cette loi par la justice par l'ouverture du champ Devant un juge, pour faire sa part dans la protection, en particulier lors de la création et du démantèlement du lien matrimonial, dans quelle mesure le rôle joué par le juge pour la protéger lors de la création et du démantèlement du lien matrimonial est-il efficace?

L'une des principales raisons pour lesquelles le choix du juge dans la protection de la famille par la création et la dissolution de l'association matrimoniale est d'essayer de découvrir le rôle qu'un juge joue dans la protection de la famille en matière de mariage et de désintégration, ainsi que la prévalence et la prévalence du divorce et de la négligence familiale dans la société algérienne, L'importance de cette question est démontrée par le fait qu'elle détermine l'efficacité du rôle protecteur du juge dans la protection de la famille dans l'établissement et la dissolution de l'Association matrimoniale, et surveille le mécanisme suivi par le juge pour obtenir la protection nécessaire de la famille.

L'étude de ce sujet vise, entre autres objectifs, à déterminer les pouvoirs du juge de résoudre les différends familiaux lors de la création et de la dissolution de l'Association du mariage, de mettre en évidence le rôle du juge dans la promotion de la stabilité familiale et sociale, de mettre en évidence le rôle du juge dans la protection de la morale publique dans la société et d'atteindre ces Objectifs que la recherche s'est appuyésur sur plus d'une méthode imposée par la nature du sujet, dont peut-être le plus

important est de s'appuyer sur l'approche controversée parce qu'elle convient le mieux à cette étude sur le thème de la pure discrétionnaire, ainsi que sur l'approche analytique qui est indispensable dans cette étude par l'analyse des opinions des juristes Les dispositions juridiques relatives à la visibilité du rôle du juge dans la protection de la famille en matière de mariage et de dissolution, parfois en utilisant l'approche comparative en comparant le rôle du juge algérien dans la protection de la famille avec le rôle qu'il joue dans une autre législation.

A l'issue de cette recherche, le législateur algérien a ouvert la porte au juge pour son rôle dans la protection de la famille par l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, et la recherche de la bonne solution pour tout exposant qui peut contester la stabilité de la famille ou menacer les intérêts de ses membres, en donnant au juge la liberté de concevoir des solutions appropriées Des conflits qui l'attendent, tant pendant qu'après la dissolution du mariage, afin d'assurer la stabilité de la famille et de préserver les droits de ses membres, et de mettre en évidence le rôle du juge dans la protection de la famille dans les affaires où le législateur n'a pas été définitivement et définitivement résolu, ainsi que dans les cas non prévus par Droit, c'est peut-être le résultat le plus important de cette recherche, et l'efficacité du juge dans la protection de la famille se manifeste même dans les litiges établis par la loi, parce que la protection juridique que le législateur algérien a adoptée pour la famille ne donne pas en soi effet à lui-même, mais le juge doit intervenir Pour leur donner cette efficacité, la protection juridique est renforcée par la protection judiciaire, qui est également l'une des conclusions les plus importantes de cette recherche.

**Mots-clés**: famille, juge, pouvoir discrétionnaire, protection juridique, protection judiciaire, lien matrimonial.

## Abstract

Given the important role that the family plays in the formation and stability of society as a basic unit of society, the family has received special attention from the Algerian legislature, particularly within the framework of the provisions of the Algerian Family Code, as a special legislative body. The legislator ensured that it was protected under the provisions of this law by the judiciary by opening the door to a judge, in order to play its role in protecting it, especially when establishing and dismantling the marital association, and how effective it is for the judge to protect it during the establishment and dissolution of the marriage association?

Perhaps one of the most prominent reasons for choosing the subject ' the role of the judge in family protection by creating and removing marriage ', lies in trying to discover the role of the judge in family protection in matters of marriage and its dissolution, as well as the proliferation and widespread divorce and family neglect in Algerian society, and show The importance of this topic by the protective role that the judge determines the effectiveness in the protection of the family when creating marriage and dissolution, as the mechanism is made by the judge to achieve protection for the family.

It also aims to study the subject from behind him, inter alia, the objectives most important, determining the powers of judge in resolving family disputes through the creation and dissolution of the marriage bond, highlighting the role of the judge in family and social stability, highlighting the role of the judge in the protection of public morals in society, and to that Objectives in this research have been relying on more of the curriculum imposed by the nature of the subject, most notably rely on the dialectic method because it is best suited for this study on the topic of purely discretionary and depend on the analytical approach is indispensable in the study by analyzing the opinions of scholars Legal provisions

concerning the role of the judge in family protection in matters of marriage and its dissolution, with sometimes a comparative method by comparing the role of the judge in family protection with the role played in some other legislation.

This concluded that the Algerian legislature has opened the door to play its role in protecting the family through acts of discretion, and find the right solution for every viewer might object or threaten the stability of the family interests of its members, and that by giving the judge the freedom to devise appropriate solutions Of disputes before either during or after the dissolution of the marriage bond, and all of that in order to ensure family stability and preserve the rights of its members, and highlights the role of the judge more on protection of the family in matters which the legislator has not resolved conclusively and final as well as in those cases provided by law, this is perhaps the most important result of the findings of this research, as to the effectiveness of the judge in family protection show up in disputes with law solutions to legal protection approved by Algerian legislator of the family doesn't give herself. Effective for herself but must enter the judge to give it the efficiency, enhanced legal protection, judicial protection, and this is one of the most important findings of this research.
**Keywords:** family, judge, discretionary power, legal protection, judicial protection, marital bond.

# قائمة المحتويات

# قائمة المحتويات

**الموضوع** **الصفحة**

أ- التقديم

ب- الإهداء

ج- الشكر والتقدير

د- الملخص

هـ- قائمة المحتويات

و- قائمة أهم المختصرات

## محتويات الرسالة

المقدمة.....1

**الباب الأول: دور القاضي في حماية الأسرة خلال إنشاء الرابطة الزوجية.....9**

الفصل الأول: حماية القاضي للأسرة في النزاعات المتعلقة بالخطبة والاشتراط في الزواج...12

المبحث الأول: حماية القاضي للأسرة في النزاع حول الخطبة.....15

المطلب الأول: تدخل القاضي لحماية المعدول عنه من العدول التعسفي في الخطبة.....16

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للخطبة..... 19

الفقرة الأولى: الخطبة عقد.....21

الفقرة الثانية: الخطبة وعد بالزواج.....25

الفرع الثاني: تدخل القاضي لتقرير التعسف في العدول عن الخطبة.....30

الفقرة الأولى: دور القاضي في تحديد وتقدير وجود العدول التعسفي في الخطبة.....31

الفقرة الثانية: أساس التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.....37

## قائمة المحتويات

الفرع الثالث: دور القاضي في إثبات التعسف في العدول عن الخطبة وتقدير جزاء له.....38

الفقرة الأولى: إثبات التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة أمام القضاء.....39

الفقرة الثانية: جزاء التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.....43

المطلب الثاني: حماية القاضي المعدول عنه تعسفيا في الخطبة.....45

الفرع الأول: تقدير القاضي المسؤولية التقصيرية عن الاستعمال التعسفي لحق العدول عن الخطبة.....46

الفقرة الأولى: دور القاضي في تقدير أساس المسؤولية التقصيرية في العدول التعسفي عن الخطبة.....47

الفقرة الثانية: دور القاضي في تقدير أركان المسؤولية التقصيرية الناتجة عن العدول التعسفي في الخطبة.....48

الفرع الثاني: دور القاضي في جبر الضرر المترتب عن التعسف في حق العدول عن الخطبة.....58

الفقرة الأولى: دور القاضي في إقرار التعويض عن الضرر الناتج عن العدول التعسفي في الخطبة.....58

الفقرة الثانية: تقدير القاضي للتعويض اللاحق بسبب التعسف في العدول عن الخطبة.....64

الفرع الثالث: الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم بالتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة.....68

## قائمة المحتويات

الفقرة الأولى: موقف الفقه من التعسف في استعمال الحق كأساس للحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة.....69

الفقرة الثانية: موقف المشرع الجزائري من التعسف في استعمال الحق كأساس للحكم بالتعويض في العدول عن الخطبة.....73

المبحث الثاني: دور القاضي في حماية الأسرة من النزاعات الناتجة عن الاشتراط في الزواج.....78

المطلب الأول: أحكام الاشتراط في عقد الزواج فقها وقانونا.....79

الفرع الأول: حقيقة الشرط المقترن بالعقد.....80

الفقرة الأولى: تعريف الشرط وأقسامه.....80

الفقرة الثانية: مفهوم اقتران الشرط بالعقد.....86

الفرع الثاني: حكم الاشتراط في عقد الزواج فقها وقانونا.....90

الفقرة الأولى: حكم الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي.....90

الفقرة الثانية: موقف التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية من الاشتراط في عقد....98

الفرع الثالث: حكم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج وأثره على العقد.....101

الفقرة الأولى: مذاهب الفقهاء في الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج أثره على العقد.....102

الفقرة الثانية: حكم الوفاء بالشروط في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية.....110

المطلب الثاني: الحماية القضائية للمشترطين (المشترط والمشترط عليه) في عقد الزواج....114

الفرع الأول: حماية القاضي للمشترط عند الإخلال بالشرط المقترن بعقد الزواج.....114

## قائمة المحتويات


الفقرة الأولى: دور القاضي في إجبار المشترط عليه على تنفيذ الشرط المقترن بعقد الزواج.....115

الفقرة الثانية: حماية المشترط عن طريق الفسخ القضائي.....119

الفرع الثاني: تدخل القاضي لحماية المشترط عليه عند الاشتراط في عقد الزواج.....121

الفقرة الأولى: حماية القاضي للمشترط عليه من الشرط الباطل.....121

الفقرة الثانية: تدخل القاضي لحماية المشترط عليه عند تعذر الوفاء بالشرط المقترن بالعقد..124

الفرع الثالث: إقرار القاضي التعويض عن الضرر اللاحق بسبب عدم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج.....127

الفقرة الأولى: المسؤولية العقدية كأساس لإقرار التعويض عن ضرر عدم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج.....128

الفقرة الثانية: تقدير القاضي للتعويض عن الضرر اللاحق بسبب عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج.....133

الفصل الثاني: حماية القاضي للأسرة بالأذون القضائية وبالنسب.....137

المبحث الأول: العمل الولائي للقاضي الهادف لحماية الأسرة.....140

المطلب الأول: دور العمل الولائي للقاضي في حماية القصر عند انعقاد الزواج.....141

الفرع الأول: حكم الزواج دون سن الزواج.....142

الفقرة الأولى: الحكم الشرعي لزواج الصغار.....142

الفقرة الثانية: موقف التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية من الزواج دون سن الزواج....147

الفرع الثاني: شروط وإجراءات منح الترخيص القضائي لزواج القاصر.....153

## قائمة المحتويات


الفقرة الأولى: شروط منح الترخيص القضائي لزواج القاصر.....154

الفقرة الثانية: إجراءات منح الترخيص القضائي لزواج القاصر.....162

الفرع الثالث: الوسائل التي يعتمد عليها القاضي لمنح الترخيص في زواج القاصر.....164

الفقرة الأولى: سماع القاصر وأبويه أو نائبه الشرعي.....165

الفقرة الثانية: الخبرة الطبية.....168

المطلب الثاني: حماية القاضي للأسرة بعمله الولائي عند تعدد الزوجات.....172

الفرع الأول: حكم تعدد الزوجات.....173

الفقرة الأولى: حكم التعدد في الإسلام.....174

الفقرة الثانية: موقف التشريعات الوضعية من تعدد الزوجات.....178

الفرع الثاني: مدى حماية القاضي للزوجة عند التعدد .....184

الفقرة الأولى: مدى مراقبة وتقدير القاضي لتوافر شروط التعدد لحماية للزوجة..... 185

الفقرة الثانية: مدى تدخل القاضي لحماية الزوجة عند مخالفة شروط التعدد..... 191

الفرع الثالث: مدى حماية القاضي للزوج عند التعدد.....195

الفقرة الأولى: دور القاضي في حماية الزوج من الرفض التعسفي في التعدد.....195

الفقرة الثانية: إجراءات تقديم طلب الترخيص بالتعدد.....198

المبحث الثاني: حماية القاضي للأسرة بحماية النسب.....203

المطلب الأول: حماية القاضي للنسب بالطرق العلمية.....204

الفرع الأول: مدى حجية الطرق العلمية في إثبات ونفي النسب.....205

الفقرة الأولى: مدى حجية الطرق العلمية في إثبات النسب..... 205

الفقرة الثانية: مدى حجية الطرق العلمية في نفي النسب..... 210
الفرع الثاني: دور القاضي في حماية النسب بواسطة البصمة الوراثية..... 215
الفقرة الأولى: حالات لجوء القاضي لإثبات النسب بالبصمة الوراثية..... 216
الفقرة الثانية: استخدام القاضي للبصمة الوراثية كدليل في إثبات النسب..... 221
الفرع الثالث: عوائق حماية القاضي للنسب بالبصمة الوراثية..... 226
الفقرة الأولى: المعوقات القانونية والشرعية لحماية النسب..... 227
الفقرة الثانية: المعوقات المادية لحماية النسب.....233
المطلب الثاني: حماية القاضي للنسب بتثبيت الزواج العرفي..... 234
الفرع الأول: حكم الزواج العرفي ومحدداته في الشرع والقانون..... 235
الفقرة الأولى: حكم الزواج العرفي ومحدداته شرعا..... 236
الفقرة الثانية: موقف التشريعات الوضعية العربية من الزواج العرفي..... 241
الفرع الثاني: الشروط القضائية في إثبات الزواج العرفي..... 244
الفقرة الأولى: الشروط الإجرائية القضائية لرفع دعوى إثبات الزواج العرفي..... 245
الفقرة الثانية: الشروط الموضوعية القضائية إثبات الزواج العرفي..... 249
الفرع الثالث: دور الحكم القضائي بتثبيت الزواج العرفي في حماية النسب..... 255
الفقرة الأولى: دور الحكم القضائي بتثبيت الزواج العرفي في إثبات الزوجية..... 256
الفقرة الثانية: دور الحكم القضائي بتثبيت الزواج العرفي في إثبات النسب..... 258
**الباب الثاني: دور القاضي في حماية الأسرة خلال فك الرابطة الزوجية..... 263**
الفصل الأول: الحماية القضائية الإجرائية للأسرة خلال انحلال الرابطة الزوجية..... 266

## قائمة المحتويات


المبحث الأول: العمل الإصلاحي الإجرائي للقاضي ودوره في حماية الأسرة..... 269

المطلب الأول: دور الصلح القضائي في حماية الأسرة..... 270

الفرع الأول: مفهوم الصلح في شؤون الأسرة..... 271

الفقرة الأولى: تعريف الصلح في شؤون الأسرة ومشروعيته..... 271

الفقرة الثانية: تمييز الصلح في ق.أ.ج عن الصلح في القوانين الأخرى..... 276

الفقرة الثالثة: الطبيعة القانونية للصلح في مادة شؤون الأسرة..... 280

الفرع الثاني: الدور الحمائي للقاضي في إجراء الصلح..... 281

الفقرة الأولى: شروط مباشرة القاضي لإجراءات الصلح..... 281

الفقرة الثانية: دور القاضي أثناء إجراء محاولات الصلح..... 287

الفرع الثالث: عوائق حماية القاضي للأسرة بالصلح القضائي وحلولها..... 292

الفقرة الأولى: عوائق حماية القاضي للأسرة بالصلح القضائي..... 292

الفقرة الثانية: الحلول المقترحة لإزالة عوائق حماية القاضي للأسرة بالصلح..... 296

المطلب الثاني: حماية القاضي للأسرة عبر آلية التحكيم الأسري..... 300

الفرع الأول: مفهوم التحكيم في قضايا شؤون الأسرة..... 301

الفقرة الأولى: تعريف التحكيم في قضايا شؤون الأسرة..... 301

الفقرة الثانية: تمييز التحكيم عن بعض الأنظمة المشابهة له..... 306

الفقرة الثالثة: الطبيعة القانونية للتحكيم..... 309

الفرع الثاني: دور القاضي في إصلاح العلاقة الزوجية عن طريق التحكيم..... 312

الفقرة الأولى: دور القاضي في تعيين الحكمين لإصلاح العلاقة الزوجية..... 313

الفقرة الثانية: دور القاضي في الإشراف على عمل المحكمين لإصلاح العلاقة الزوجية.... 319
الفرع الثالث: دور القاضي في حماية العلاقة الزوجية عند اختلاف الحكمين..... 322
الفقرة الأولى: حكم اختلاف الحكمين شرعا وقانونا..... 323
الفقرة الثانية: الدور الحمائي للقاضي عند اختلاف الحكمين..... 327
المبحث الثاني: حماية القاضي للأسرة باتخاذ الإجراءات والتدابير المؤقتة خلال فك الرابطة الزوجية..... 330
المطلب الأول: مدى اختصاص القضاء المختص بالتدابير المؤقتة المستعجلة..... 331
الفرع الأول: شروط اختصاص القضاء المختص بالتدابير المؤقتة..... 332
الفقرة الأولى: شرط الاستعجال لاتخاذ التدابير المؤقتة..... 332
الفقرة الثانية: شرط عدم المساس بأصل الحق في طلبات اتخاذ التدابير المؤقتة..... 338
الفرع الثاني: طبيعة القضاء المختص بالتدابير المؤقتة..... 342
الفقرة الأولى: الرأي القائل باختصاص رئيس المحكمة..... 343
الفقرة الثانية: الرأي القائل باختصاص رئيس قسم شؤون الأسرة..... 346
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للتدابير المؤقتة وحجيتها..... 351
الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية للتدابير المؤقتة..... 352
الفقرة الثانية: حجية التدابير المؤقتة..... 355
المطلب الثاني: الدور الحمائي للقاضي في حالات الاستعجال المنصوص عليها في المادة 57 مكرر من ق.أ.ج..... 359
الفرع الأول: الدور الحمائي للقاضي في تقرير النفقة المؤقتة..... 360

## قائمة المحتويات


الفقرة الأولى: شروط قبول القاضي للحكم بالنفقة المؤقتة..... 361

الفقرة الثانية: دور القاضي في الأمر بتنفيذ النفقة الوقتية حماية للأسرة..... 367

الفرع الثاني: الدور الحمائي للقاضي في تقرير الحضانة والزيارة المؤقتة حماية للأسرة... 369

الفقرة الأولى: الدور الحمائي للقاضي في تقرير الحضانة المؤقتة..... 370

الفقرة الثانية: الدور الحمائي للقاضي في تقرير تدبير الزيارة المؤقتة..... 374

الفرع الثالث: الدور الحمائي للقاضي في تقرير التدبير المؤقت المتعلق بالسكن..... 379

الفقرة الأولى: مدى تدخل القاضي لاتخاذ التدبير المؤقت المتعلق بالسكن..... 379

الفقرة الثانية: عوائق تنفيذ التدبير المؤقت المتعلق بالسكن..... 383

الفصل الثاني: الحماية القضائية الموضوعية للأسرة خلال فك الرابطة الزوجية..... 387

المبحث الأول: الحماية القضائية الموضوعية للزوجين خلال فك الرابطة الزوجية..... 390

المطلب الأول: مواطن تدخل القضاء لحماية الزوج خلال فك الرابطة الزوجية..... 391

الفرع الأول: حماية القاضي للزوج في حقوقه المالية خلال فك الرابطة الزوجية..... 392

الفقرة الأولى: حماية القاضي للزوج من خلال استرداد المهر عند فك الرابطة الزوجية.... 392

الفقرة الثانية: حماية القاضي للزوج عند تقدير بدل الخلع..... 397

الفرع الثاني: حماية القاضي للزوج من نشوز الزوجة خلال فك الرابطة الزوجية..... 402

الفقرة الأولى: حماية القاضي للزوج من نشوز الزوجة بفك الرابطة الزوجية..... 403

الفقرة الثانية: حماية القاضي للزوج بالتعويض عن الضرر اللاحق بسبب نشوز الزوجة... 408

الفرع الثالث: حماية القاضي للزوج خلال إسناد وإسقاط الحضانة..... 411

الفقرة الأولى: دور القاضي في حماية الزوج عند إسناد الحضانة..... 412

الفقرة الثانية: دور القاضي في حماية الزوج عند إسقاط الحضانة..... 415
المطلب الثاني: مواطن تدخل القضاء لحماية الزوجة خلال فك الرابطة الزوجية..... 420
الفرع الأول: موطن حماية القاضي للزوجة من تعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية.... 421
الفقرة الأولى: حماية القاضي للزوجة بتقرير تعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية..... 421
الفقرة الثانية: حماية القاضي للزوجة بجبر الضرر اللاحق بها بسبب تعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية..... 427
الفرع الثاني: مواطن حماية القاضي للزوجة عند طلبها فك الرابطة الزوجية..... 431
الفقرة الأولى: تدخل القاضي لحماية الزوجة عند تقدير حالات التطليق..... 432
الفقرة الثانية: حماية القاضي للزوجة بالتعويض عن الحكم بالتطليق..... 439
الفرع الثالث: حماية القاضي للزوجة عند إسناد وإسقاط الحضانة..... 442
الفقرة الأولى: حماية القاضي للزوجة كأم حاضنة عند إسناد الحضانة..... 443
الفقرة الثانية: حماية القاضي للزوجة كأم حاضنة عند إسقاط الحضانة..... 447
المبحث الثاني: الحماية القضائية الموضوعية للطفل خلال فك الرابطة الزوجية..... 451
المطلب الأول: دور القاضي في حماية حق الطفل في النفقة خلال وبعد انحلال الرابطة الزوجية..... 452
الفرع الأول: دور القاضي في حماية الطفل بإقرار حقه في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية..... 453
الفقرة الأولى: الشروط القضائية لإقرار حق الطفل في النفقة بعد فك الرابطة الزوجية..... 454
الفقرة الثانية: سلطة القاضي في تقدير نفقة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية..... 458

# قائمة المحتويات


الفرع الثاني: الوسائل التي يعتمد عليها القاضي لحماية حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية..... 462

الفقرة الأولى: الوسيلة المدنية، الحجز على أموال المدين بالنفقة..... 463

الفقرة الثانية: الوسيلة الجزائية، إلزام المدين بالنفقة بحكم جزائي..... 468

الفرع الثالث: حماية القاضي لحق الطفل في النفقة عبر صندوق النفقة..... 472

الفقرة الأولى: مفهوم صندوق النفقة..... 472

الفقرة الثانية: دور القاضي في إقرار حق الطفل في النفقة عبر صندوق النفقة..... 476

المطلب الثاني: الحماية القضائية الموضوعية للطفل المحضون بعد انحلال الرابطة الزوجية..... 480

الفرع الأول: مفهوم قاعدة مراعاة مصلحة الطفل المحضون..... 481

الفقرة الأولى: تحديد مضمون قاعدة مصلحة المحضون ومميزاتها..... 481

الفقرة الثانية: المعايير التي يستعين بها القاضي للكشف عن مصلحة المحضون..... 485

الفرع الثاني: حماية القاضي للمحضون عند إسناد وإسقاط الحضانة..... 489

الفقرة الأولى: دور القاضي في حماية الطفل المحضون عند إسناد الحضانة..... 490

الفقرة الثانية: دور القاضي في حماية الطفل المحضون عند إسقاط الحضانة..... 497

الفرع الثالث: دور القاضي في حماية المحضون من خلال حق الزيارة..... 500

الفقرة الأولى: حماية القاضي للمحضون بإقرار حقه في الزيارة..... 500

الفقرة الثانية: دور القاضي في تحديد مجال زيارة المحضون.....503

الخاتمة.....508

# قائمة المحتويات

قائمة المصادر والمراجع.....519

الملاحق.....555

# قائمة أهم المختصرات

| | |
|---|---|
| **ج** | الجزء |
| **ج.ر** | الجريدة الرسمية |
| **ج.ج.د.ش** | الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية |
| **د ط** | دون طبعة |
| **ط** | الطبعة |
| **د ب ن** | دون بلد النشر |
| **د ت ن** | دون تاريخ النشر |
| **ص** | الصفحة |
| **ص.ص** | من صفحة إلى صفحة |
| **غ.أ.ش** | غرفة الأحوال الشخصية |
| **ق.أ.ج** | قانون الأسرة الجزائري |
| **ق.م.ج** | القانون المدني الجزائري |
| **ق.إ.م.إ** | قانون الإجراءات المدنية والإدارية |
| **ق.ع.ج** | قانون العقوبات الجزائري |
| **م.ق** | المجلة القضائية |
| **م.ع** | المحكمة العليا |
| **م.م.ع** | مجلة المحكمة العليا |
| **ن.ق** | النشرة القضائية |

# المقدمـــــــة

## مقدمـــة

حظيت الأسرة باهتمام مميز في جل الشرائع السماوية والقوانين الوضعية باعتبارها اللبنة الأساسية لتطور المجتمع وتماسكه وصلاحه، فشرع الإسلام الزواج وجعله ميثاقا غليظا وجعل من بين الأهداف التي شُرع من أجلها تكوين أسرة ذات قواعد متينة تُساهم في بناء مجتمع سليم ومتماسك، وعلى هذا الأساس حرصت التشريعات الوضعية العربية والتي من بينها التشريع الجزائري هي الأخرى على إرساء قواعد خاصة لتنظيم العلاقات بين أفراد الأسرة الذين تجمع بينهم صلة الزوجية والقرابة، وهذا حفاظا على قيامها وتماسكها وتقرير أحكام لحمايتها من النزاعات التي قد تمس بكيانها واستقرارها.

لقد نوه المؤسس الدستوري الجزائري على قدسية الأسرة في كل دساتيره المتعاقبة وأفرد لها قواعد وقوانين خاصة بها حماية لها، وهو ما أكده في دستور 1996 المعدل والمتمم[1] من خلال نص المادة 72 بنصها " **تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع**"، وحرص المشرع كل الحرص على بقاء الجهود والمقومات الهادفة إلى حماية الأسرة واستمرارها من خلال تقنين الأحكام المتعلقة بالزواج والطلاق في تقنين خاص، ألا وهو قانون الأسرة الجزائري[2]، فحاول

---

[1] **دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية** الصادر بتاريخ 1996/11/28 ج.ر ج.ج.د.ش رقم 76 المؤرخة في 1996/12/08، المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 2002/04/10، ج.ر رقم 25 المؤرخة في 2002/04/14، والمعدل بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 2008/11/15، ج.ر رقم 63المؤرخة في 2008/11/16، والمعدل بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 2016/03/06 ج.ر رقم 14 المؤرخة في 2016/03/07.

[2] **القانون رقم 84-11** المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر ج.ج.د.ش رقم 24، المؤرخة في 1984/06/12، المعدل والمتمم بموجب **الأمر رقم 05-02** الصادر بتاريخ 2005/02/27، ج ر رقم 15، الصادرة بتاريخ 2005/02/27، والمصادق عليه **بالقانون رقم 05-09** المؤرخ في 2005/05/04، ج ر رقم 43 المؤرخة في 2005/06/22.

## مقدمـــــــــة

المشرع الجزائري تنظيم كل المسائل المتعلقة بالأسرة وفق أحكامه، إذ خصص للأسرة حيزا كبيرا في ذلك القانون، نظرا لما تتمتع به من أهمية بالغة و تؤثر تأثيرا مباشرا على المجتمع، على اعتبار أن إصلاح فرد من أفراد الأسرة هو إصلاح للأسرة ككل وبالتالي إصلاح المجتمع بأكمله.

لما كانت العلاقات الزوجية لا تخلو من بعض المشاكل التي قد تهدد الرابطة الزوجية، فتحدث هوة بين طرفي هذه الأخيرة تستحيل معها استمرارية الحياة بينهما تحت سقف واحد، شُرع الطلاق كطريق لفك الرابطة الزوجية، هذا الطريق الذي جعل منه المولى عز وجل آخر طريق وأبغض حل للتفريق بين الزوجين، لذا أكد المشرع الجزائري على ضرورة حماية الأسرة من كل النزاعات التي من شأنها تهديد استقرارها ووحدتها واستمرارها من خلال تخصيص جهة قضائية خاصة، تختص في النزاعات المترتبة عن إنشاء الرابطة الزوجية وعن انحلالها، تتمثل في قاضي شؤون الأسرة باعتبار أن الزواج هو الأساس الذي يبدأ منه تكوين الأسرة التي تُعد اللبنة الأساسية لبناء المجتمع.

لم يحسم المشرع في بعض الأحكام المتعلقة بإنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها بصفة قاطعة ونهائية بسبب كونها عرضة للتغيير تبعا لاختلاف الأشخاص والزمان والأعراف، إضافة إلى عدم استيعاب النص القانوني لجميع ما يتعلق بأحكام هذه المسائل وما يطرأ عليها من مستجدات فقهية، لذا وجب سد هذا الفراغ والنقص من خلال منح المشرع للقاضي دور إيجابي لحسم المنازعات المتعلقة بهذه المسائل عن طريق الاجتهاد والتقدير الموضوعي لإسقاط الحكم الشرعي والقانوني المناسب لها، ففسح المشرع المجال للقضاة في تطبيق القانون من خلال تركه للقضاة مجال واسع للتحرك فيه خاصة في الأحوال والظروف التي تتطلب من القاضي إعمال

النظر والتصرف لإنهاء النزاع، لا لشيئ إلا لكفالة استقرار الأسرة أثناء الحياة الزوجية أو حماية الطرف الضعيف فيها بعد انحلال الرابطة الزوجية، وعليه فإن الدور الذي أناطه المشرع للقاضي هو دور حمائي بالدرجة الأولى يظهر بشكل بارز في الحالات التي لم ينص عليها القانون، أو تلك التي يكون فيها النص القانوني غير قطعي في دلالته الذي يُترك فيه للقاضي فرصة للتحرك في مجال واسع، فيُحكم فكره ونظره بما يقتنع به شخصيا، ويقدر ويقيس الأمور بأشباهها مستعملا في ذلك أساليبه وطرقه التي ترمي إلى تحقيق الصالح العام، والذي على رأسه ضمان حماية الأسرة من كل النزاعات التي قد تحدث عند إنشاء الرابطة الزوجية أو عند انحلالها، ففي الحالات المذكورة أعلاه يظهر جليا دور القاضي في حماية الأسرة خلال إنشاء وفك الرابطة الزوجية.

إن سلطات القاضي في حماية الأسرة ليست مطلقة، فهو يفصل في المنازعات بما يتفق وصحيح القانون دون أن تصل هذه السلطة إلى حد وضع نصوص القوانين لأن هذا يعتبر من صميم اختصاص المشرع وحده، فالقاضي لا يضع قاعدة قانونية جديدة وإنما يقوم بدوره من خلال تدخله التقديري لحل النزاع بهدف تحقيق المصلحة العامة أو إزالة الغموض الذي أحاط بالقاعدة القانونية.

تُعتبر حماية القاضي للأسرة هي حماية لصيقة بممارسة القاضي لعمله سواء الولائي منه أو القضائي، فهي عمل يقوم به القاضي بهدف تحقيق الغاية الموضوعية من القانون، فهي تعد من صميم عمله، ومن ثم فإن هذه الحماية المضمونة من طرف القاضي لا تختلف من حيث ممارستها من قاض إلى آخر فحسب، بل تختلف لدى نفس القاضي باختلاف الظروف والأزمنة.

تبعا للمرونة التي تتميز بها نصوص قانون الأسرة الجزائري، فقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي صلاحيات واسعة للقيام بدوره في حماية الأسرة سواء كان ذلك عند إنشاء الرابطة الزوجية أو عند انحلالها، وذلك بإيجاد الحل المناسب لكل عارض قد يعترض استقرار الأسرة أو يهدد مصالح أفرادها، من خلال إعطاء الحرية للقاضي في استنباط الحلول للنزاعات المعروضة أمامه، وذلك كله بغية تحقيق كفالة استقرار الأسرة والمحافظة على حقوق أفرادها، كما لم يقيد أيضا المشرع القاضي عند القيام بدوره في حماية الأسرة خلال إنشاء وفك الرابطة الزوجية، إتباع مذهب معين يستند إليه عند تقديره للحلول للنزاعات المعروضة أمامه، أي أعطى سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بأي رأي يشاء، مبرره في ذلك حماية مصالح أفراد الأسرة لاسيما الطرف الضعيف.

ومن هنا يمكن القول بأن الدور الذي يُؤديه القاضي في حماية الأسرة من كل المنازعات التي قد تحدث خلال إنشاء الرابطة الزوجية وخلال انحلالها، يختلف عن الدور الذي يقوم به القضاة الآخرين على أساس أن حل المنازعات الأسرية يختلف عن حل المنازعات الأخرى هذا من جهة، ومن جهة أخرى كون المنازعات الأسرية مرتبطة بأمور شديدة الصلة بالمسائل النفسية والاجتماعية والدينية، فدور القاضي هنا في حماية الأسرة فيه جانب اجتماعي كبير على أساس أن إصلاح الأسرة هو إصلاح للمجتمع بأكمله باعتبارها الخلية الأساسية في المجتمع يجب حمايتها بالمحافظة على استقرار الحياة الزوجية على أساس المودة والألفة والمعاشرة بالمعروف.

وهنا تظهر **أهمية موضوع** "دور القاضي في حماية الأسرة من خلال إنشاء وفك الرابطة الزوجية" إذ أن هذا الموضوع يُبرز أهم مظاهر الحماية القضائية للأسرة في مسائل الزواج

وانحلاله، ويُحدد فعالية الدور الحمائي للقاضي عند إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها، كما يرصد الآلية المتبعة من طرف القاضي لتحقيق الحماية اللازمة للأسرة، إضافة إلى إزالة غموض مصطلح السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال حماية الأسرة.

ولعل من أبرز **الأسباب الدافعة لاختيار هذا الموضوع**، تكمن في محاولة اكتشاف الدور الذي يؤديه القاضي في حماية الأسرة في مسائل الزواج وانحلاله، وكذا انتشار وتفشي ظاهرة الطلاق والإهمال العائلي في المجتمع الجزائري، إضافة إلى الميول الشخصي للباحث لدراسة مسائل الزواج والطلاق باعتبارها من مسائل الواقع المعاش يوميا.

ومما لا شك فيه أن دراسة هذا الموضوع يُبتغى منه تحقيق جملة من **الأهداف** أهمها، تحديد سلطات القاضي في حل المنازعات الأسرية خلال إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها، إبراز دور القاضي في نشر الاستقرار الأسري والاجتماعي، إبراز دور القاضي في حماية الآداب العامة في المجتمع، محاولة معرفة الأحوال التي يتدخل فيها قاضي شؤون الأسرة في مسائل الزواج وانحلاله.

هذا البحث كغيره من البحوث سبقت إليه بعض **الدراسات السابقة** التي لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة بهذا الموضوع، ومن بين الدراسات التي لها علاقة مباشرة بهذا الموضوع، نجد كتاب بعنوان "**السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي**"، ورسالة دكتوراه بعنوان"**السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)**"، ومذكرة ماجستير بعنوان "**دور القاضي في انعقاد الزواج وانحلاله**"، أما الدراسات التي لها علاقة غير مباشرة بموضوع الدراسة، توجد تلك الدراسات المنصبة على جزئية من جزئيات هذا البحث، والمتمثلة في رسالة دكتوراه بعنوان

"**التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق –دراسة مقارنة–**"، ومذكرة ماجستير بعنوان "**السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر**"، إلا أن الملاحظ على هذه الدراسات أنها كلها تدور حول فكرة السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، حيث تطرقت هذه الدراسات إلى سرد مواضع ومجالات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة على خلاف هذه الدراسة التي ستنصب على إبراز الدور الحمائي للقاضي والآلية التي يستعملها لتحقيق كفالة استقرار الأسرة عند إنشاء وفك الرابطة الزوجية، لاسيما حماية الطرف الضعيف فيها وذلك من خلال إبراز مختلف مظاهر الحماية القضائية للأسرة، الذي ينتج عنه في الأخير الاستقرار الاجتماعي، أي حماية المجتمع بأكمله الذي يكون كتحصيل حاصل ناتج عن حماية الأسرة، كما أن هذه الدراسة ترتكز على مدى استعمال القاضي لسلطته التقديرية كوسيلة لتحقيق الحماية اللازمة للأسرة على خلاف الدراسات المذكورة أعلاه التي تكمن غايتها في تحديد مجالات السلطة التقديرية للقاضي فقط وهذا ما يميز هذه الدراسة عن باقي الدراسات السابقة.

تحقيقا للغرض المبتغى من وراء اختيار الموضوع فقد تم الاعتماد في هذا البحث على أكثر من **منهج** فرضته طبيعة الموضوع، فتم اللجوء إلى المنهج الاستقرائي باستقراء آراء وأقوال فقهاء الشريعة الإسلامية في مسائل ساعدت على استخراج مظاهر الحماية القضائية للأسرة، والاعتماد على المنهج الجدلي لأنه الأنسب لهذه الدراسة المتعلقة بموضوع اجتهادي محض، وكذلك الاعتماد على المنهج التحليلي الذي لا يمكن الاستغناء عنه في هذه الدراسة من خلال تحليل آراء الفقهاء والنصوص القانونية المتعلقة بإبراز دور القاضي في حماية الأسرة في مسائل الزواج وانحلاله، مع الاستعانة في بعض الأحيان بالمنهج المقارن من خلال مقارنة دور

القاضي الجزائري في حماية الأسرة مع الدور الذي يقوم به القاضي في بعض التشريعات الأخرى.

نظرا لاتساع موضوع البحث ستقتصر هذه الدراسة على معالجة أهم مواطن تدخل القاضي في حماية الأسرة (مظاهر الحماية القضائية للأسرة) خلال إنشاء وفك الرابطة الزوجية وأهم الآثار المترتبة عن هذه العلاقة وانحلالها دون غيرها من المسائل الأخرى، وستُركز هذه الدراسة أيضا على الآلية المتبعة من طرف القاضي لتحقيق الحماية اللازمة والكافية للأسرة، بالاعتماد على ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قراراتها وكذا ما ذهب إليه فقهاء القانون والفقه الإسلامي، من خلال الإجابة على **إشكالية عامة** تتمثل في: **ما هو الدور الذي يؤديه القاضي لحماية الأسرة عند إنشاء وفك الرابطة الزوجية؟**

للإجابة على الإشكالية المطروحة تم تقسيم البحث وفق خطة تكمن في تقسيم البحث إلى بابين، حيث تم التطرق في الباب الأول إلى دور القاضي في حماية الأسرة خلال إنشاء الرابطة الزوجية، حيث تطرق في الفصل الأول منه إلى حماية القاضي للأسرة في النزاعات المتعلقة بالخطبة والاشتراط في الزواج، وفي الفصل الثاني تطرق إلى حماية القاضي للأسرة من خلال الأذون القضائية والنسب، أما الباب الثاني فتم البحث فيه عن دور القاضي في حماية الأسرة خلال فك الرابطة الزوجية، تعرض الفصل الأول منه إلى الحماية القضائية الإجرائية للأسرة خلال انحلال الرابطة الزوجية، وفي الفصل الثاني تعرض إلى الحماية القضائية الموضوعية للأسرة خلال انحلال الرابطة الزوجية.

# الباب الأول: دور القاضي في حماية الأسرة عند إنشاء الرابطة الزوجية

# الباب الأول

# دور القاضي في حماية الأسرة عند إنشاء الرابطة الزوجية

إن أي مطالبة بأي استقرار سياسي أو اقتصادي لا يمكن أن يكون إلا بتحقيق الاستقرار الاجتماعي، هذا الأخير الذي لن يتحقق إلا بالمحافظة على الأسرة وحمايتها باعتبارها الوحدة الأساسية في تكوين المجتمع، فنظرا للدور الهام الذي تؤديه الأسرة في تكوين المجتمع واستقراره شرع الله سبحانه وتعالى الزواج باعتباره رابطة شرعية بين رجل وامرأة لتكوين الأسرة، واعتبر أن أي مساس بوحدتها وكيانها هو مساس بوحدة المجتمع ككل، لذا سعى المشرع الجزائري إلى حمايتها والمحافظة عليها من كل الأخطار والنزاعات التي من شأنها تهديد استقرارها واستمرارها ضمن نصوص قانون الأسرة الجزائري محتذيا في ذلك بحذو الشريعة الإسلامية، فتدخل المشرع لحماية الأسرة عن طريق صياغة الأحكام التى نظمت مسائل الزواج والحلول المحتملة لحل الخلافات الناتجة عن انعقاده في قواعد قانونية، يلتزم بها القاضي عند حل الخلافات والنزاعات التي يمكن أن تثور بين طرفي العلاقة الزوجية عند إنشاء الرابطة الزوجية.

إن حماية المشرع الجزائري للأسرة لا تتوقف عند حد تدخله بوضع الحلول للخلافات والنزاعات التي قد تثور عند إنشاء الرابطة الزوجية ضمن نصوص قانون الأسرة، بل ضمن هذه الحماية أيضا في المسائل التي لم يفصل فيها بصفة قاطعة ونهائية وحتى في المسائل التي لم ينص عليها إطلاقا، وذلك من خلال إلزام القاضي بأحكام الشريعة في استنباط الحلول المناسبة

# الباب الأول: دور القاضي في حماية الأسرة عند إنشاء الرابطة الزوجية

للنزاعات المعروضة أمامه أثناء قيام الرابطة الزوجية، وذلك كله بغية تحقيق كفالة استقرار الأسرة والمحافظة على حقوق أفرادها، فيضمن المشرع الحماية اللازمة للأسرة في مثل هذه الحالات بواسطة القاضي، فهذا الأخير له دور في حماية الأسرة في المسائل والحالات التي نص عليه المشرع وحتى في المسائل والحالات التي لم ينص عليها المشرع، وبناء على هذا فإن الدور الذي يؤديه القاضي للأسرة هو دور حمائي عند إنشاء الرابطة الزوجية وآثارها، إلا أنه ونظرا لكثرة المحطات التي يتدخل فيها القاضي في الحال الأخيرة، وجب الوقوف على أهم المحطات التي يبرز فيها الدور الحمائي الذي يؤديه القاضي لحماية الأسرة، ولعل أهم هذه المحطات تتجلى في حماية القاضي للأسرة في النزاعات المتعلقة بالخطبة والاشتراط في الزواج وهذا ما سنعالجه في الفصل الأول، وكذا حماية القاضي للأسرة بالأذون القضائية وبالنسب وهذا ما سنعالجه في الفصل الثاني.

# الفصل الأول

# حماية القاضي للأسرة في النزاعات المتعلقة بالخطبة والاشتراط في الزواج

# الباب الأول: دور القاضي في حماية الأسرة عند إنشاء الرابطة الزوجية

## الفصل الأول

## حماية القاضي للأسرة في النزاعات المتعلقة بالخطبة والاشتراط في الزواج

لما كان للعلاقة الزوجية قدسية وأهمية كبيرة باعتبارها ليست كباقي العلاقات الأخرى، ونظرا لحساسية هذه العلاقة فقد تميزت عن غيرها بمقدمة تسبق إبرام العقد وهي الخطبة، لذلك اهتم الشرع والقانون بتنظيمها وأحاطها بعناية بالغة وحدد طبيعة العلاقة بين الخاطب والمخطوبة خلال هذه الفترة، وأعطى لكل منهما الحق في التراجع عن إتمام عقد الزواج، إذا لم يجد الطرف الآخر ما يدعوه إلى ذلك أو وجد ما ينفره منه وهذا ما سماه بالعدول عن الخطبة، غير أن هذا العدول وإن كان حقا لكلا الطرفين إلا أنه قد يلحق الطرف الآخر ضرر من ذلك إذا كان هذا العدول من دون مبرر شرعي، فأقرت القوانين الوضعية وعلى رأسها ق.أ.ج حماية المعدول عنه بجبر الضرر المترتب عن العدول في الخطبة، وحماية المعدول عنه هو حماية للأسرة ككل على أساس أن حماية فرد من أفراد الأسرة هو حماية للأسرة ككل، إلا أن هذه الحماية القانونية المقررة تبقى غائبة وغير مفعلة إلا إذا تم تفعيلها عن طريق تدخل القضاء، وهذا يجرنا إلى بحث ملامح حماية القاضي للأسرة خلال هذه المرحلة، وهو ما سنتطرق إليه في المبحث الأول.

إن الحماية القانونية والقضائية المذكورة أعلاه غير قاصرة على المرحلة التمهيدية لعقد الزواج بل تمتد أيضا أثناء إبرام عقد الزواج وحتى بعد إبرامه، ويظهر ذلك من خلال إجازة الشرع والقانون لكلا الزوجين الاشتراط في عقد الزواج بما يحقق مصالحهما المشتركة سواء في

عقد الزواج نفسه أو في عقد رسمي لاحق، وتظهر حماية الأسرة من خلال الاشتراط في عقد الزواج جليا في حماية كلا المشترطين بحماية اشتراطات المشترط وتنفيذها هذا من جهة، ومن جهة أخرى حماية المشترط عليه من الاشتراطات الباطلة، وبطبيعة الحال فإنه لا يمكن تجسيد هذه الحماية القانونية للمشترطين (المشترط والمشترط عليه) إلا عبر القضاء، وهذا يجرنا إلى البحث عن مظاهر الحماية المكفولة من طرف القاضي للمشترطين في عقد الزواج، وهو ما سنحاول التطرق إليه في المبحث الثاني.

## المبحث الأول

## حماية القاضي للأسرة في النزاع حول الخطبة

لقد أجازت الشريعة الإسلامية وكذا معظم التشريعات العربية ومن بينها التشريع الجزائري العدول عن الخطبة، وجعلته حق مقرر شرعا وقانونا لكل من الخاطب والمخطوبة، إلا أن استعمال هذا الحق في غير ما شُرع له يلحق الضرر والأذى بالآخرين، وهذا الضرر ممنوع شرعا لقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم "**لا ضرر ولا ضرار**"[1] و كذا ممنوع قانونا باعتبار أن المشرع قد أجاز الحكم بالتعويض عن الأضرار المترتبة عن العدول في الخطبة. إذ أن هناك تطبيقات تشريعية في ق.أ.ج كالمادة 2/05 الخاصة بجواز الحكم بالتعويض عن الأضرار المادية أو المعنوية الناجمة عن العدول التعسفي عن الخطبة والمادة 52 أيضا من نفس القانون المتعلقة بالحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق[2]، وبناء على هذا فهناك من أعطى وصف العدول في الخطبة وصف العدول التعسفي، أي أنه لجبر الضرر المترتب عن هذا العدول لابد من توفر وصف التعسف في العدول عن الخطبة.

أقر القانون في حال ثبوت التعسف على أي شخص حماية قانونية للشخص المتضرر من التعسف، بتعويض المضرور اختيارا فيقال هنا أن القانون نُفذ تنفيذا اختياريا دون حاجة للجوء

---

[1] **علي بن عمر الدارقطني**، سنن الدارقطني، كتاب الأقضية حديث رقم 83، ط1، دار ابن حزم، بيروت–لبنان سنة2011، ص.1035.

[2] أُنظر **بلحاج العربي** ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع–الإثراء بلا سبب–والقانون)، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون – الجزائر سنة 2001، ج2، ص.121.

إلى القضاء. وفي الفرض الذي يرفض المتسبب في الضرر تعويض المضرور اختياريا، يقال هنا أن القاعدة القانونية الموضوعية عاجزة بذاتها عن إعطاء الفعالية لأثرها القانوني، وعلى ذلك فالحماية القانونية الموضوعية لا تعطي بذاتها فعالية لنفسها، بل لابد من تدخل القاضي لإعطائها هذه الفعالية[1] فتتعززالحماية القانونية بالحماية القضائية، ولعل أهم مظاهر الحماية القضائية في مجال العدول عن الخطبة تكمن في تدخل القاضي لحماية المعدول عنه من العدول التعسفي وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول، وكذا تدخل القاضي لتقرير مسؤولية العادل المتعسف وإلزامه بجبر الضرر الناتج عن التعسف في العدول عن الخطبة وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني.

## المطلب الأول

## تدخل القاضي لحماية المعدول عنه من العدول التعسفي في الخطبة

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام العدول عن الخطبة في المادة 05 من ق.أ.ج فأقر لكل من الخاطب والمخطوبة الحق في التراجع عن إتمام عقد الزواج إذا لم يجد في الطرف الآخر ما يدعوه لذلك وسماه بالعدول عن الخطبة، وقد أعطى الأستاذ "بلحاج العربي" وصف العدول في الخطبة المنصوص عليه في المادة 2/05 من ق.أ.ج وصف العدول التعسفي[2]، فبناء على رأي الأستاذ فإن مجرد العدول ذاته لا يصلح كأساس للمطالبة القضائية، وإنما الذي يصلح لذلك هو ما صاحب العدول من فعل نجم عنه الضرر، المترتب عن التعسف في العدول عن الخطبة، فلم

---

[1] أُنظر **نبيل اسماعيل عمر**، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية(دراسة تحليلية وتطبيقية)، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر سنة 2008، ص.92.

[2] أُنظر **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02، ص.121.

يكن التعسف في استعمال الحق كأساس للمطالبة القضائية بالتعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة محل اتفاق بين الفقهاء، فقد اتجه فقهاء القانون وعلى رأسهم الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري "بأن فسخ الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج، إذا لم يكن خطأ عقديا قد يكون خطأ تقصيريا يُوجب التعويض، ومعيار الخطأ هنا هو المعيار المعروف فإذا انحرف الخطيب في عدوله عن الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل هذه الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب، كان العدول عن الخطبة خطأ يُوجب المسؤولية التقصيرية"[1]، في حين ذهب الفقه الإسلامي الحديث وعلى رأسه الدكتور أبو زهرة إلى تأسيس الحق في التعويض على التغرير "...وعند الكلام على أساس ضمان التعدي يجب أن نُفرق بين أمرين: بين ضرر ينزل نتيجة لاغترار من نزل به الضرر وضرر ينزل نتيجة لتغرير الطرف الآخر، فإن الفقهاء قرروا أن الضرر الذي يكون نتيجة الاغترار لا ضمان على أحد، والضرر الذي يكون نتيجة التغرير فإن من غرره يضمن، وبتطبيق هذه القاعدة على الخطبة نجد بعض الفقهاء المحدثين يقرر أن كل ضرر يكون بسبب الخطبة، ثم العدول لا يخلو من تغرير لأن الأشياء المادية التي يتكلفها الطرف الذي ناله الضرر، تمت تحت عين وبصر من عدل عن الخطبة وذلك لا يخلو من تغرير"[2]، ويرى الدكتور وهبة الزحيلي في نفس السياق أن "الضرر الناشئ عن فسخ الخطبة دون مسوغ فإن بعض المحاكم في البلاد العربية تحكم بالتعويض عنه، عملا بنظرية التعسف في استعمال الحق إذ لا ضرر ولا ضرار أو بناء على المسؤولية التقصيرية أي

---

[1] **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان سنة 2011، المجلد الثاني،ج01، ص.937.

[2] **محمد أبو زهرة**، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، د ط، دار الفكر العربي، د ب ت ن، ص.74.

الخطأ الذي سبب ضررا للغير"[1]، وهو تقريبا نفس الموقف الذي أخذ به الدكتور مصطفى السباعي "فإنه يسند مبدأ التعويض عن الضرر الذي ينشأ عن العدول عن الخطبة إلى أصلين شرعيين وهما:

1- مبدأ إساءة استعمال الحق المقرر في الفقه المالكي والحنفي وغيره والذي جسدته القوانين العربية،

2- مبدأ الالتزام في الفقه المالكي والمبني في هذه الحالة على الوعد بالزواج"[2]،

وفي مرحلة لاحقة بدأت المحاكم المصرية تقرر التعويض عن العدول مؤسسة أحكامها على ما يعرف بنظرية التعسف في استعمال الحق[3]، فنستنتج من الآراء الفقهية المذكورة سواء الفقه الإسلامي أو الفقه القانوني بعض النتائج وهي:

- أن مجرد العدول عن الخطبة الذي لم يُرتب ضررا للمعدول عنه لا يجوز المطالبة بالتعويض.

- حصر الأساس الذي يُؤسس عليه القاضي حكمه بالتعويض عن ضرر العدول ما بين المسؤولية التقصيرية والتعسف في استعمال الحق، ومن ثم إذا استعمل الطرف العادل في الخطبة حقه في العدول بقصد التعسف(عدول تعسفي) فتقوم مسؤوليته، فما مدى حماية القاضي للمعدول عنه من هذا العدول التعسفي في الخطبة؟ وقبل الإجابة على هذا التساؤل لابد أن نتطرق إلى الطبيعة القانونية للخطبة في الفرع الأول، ثم نحاول في الفرع الثاني إبراز دور

---

[1] **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.36.

[2] المرجع نفسه، ص.36.

[3] المرجع نفسه، ص.33.

القاضي في إقرار العدول التعسفي في الخطبة، وأخيرا نبين في الفرع الثالث على من يقع عبء إثبات التعسف في العدول عن الخطبة ودور القاضي فيه والجزاء المترتب عليه.

## الفرع الأول

## الطبيعة القانونية للخطبة

إن الطبيعة القانونية للخطبة هي التي توضح لنا القواعد التي ينبني عليها التعويض في مجال العدول عن الخطبة. وعلى هذا الأساس كان وجوبا تحديد الوصف القانوني للخطبة، أهي عقد ملزم للجانبين؟ أي أن الخاطبين متى اتفقا على الخطبة هل يجب عليهما إتمام الزواج؟ أم هي وعد بالزواج يحق فيه لأي من المخطوبين العدول متى شاء؟ [1]، قبل الإجابة على هذا التساؤل نتطرق إلى بعض أحكام الخطبة، التي تهمنا فيما بعد في دراستنا لكيفية تقدير وتحديد القاضي التعسف في العدول عن الخطبة.

الخطبة لغة بكسر الخاء، الذي يخطب المرأة واختطب القوم فلانا إذا دعوه إلى تزويج صاحبتهم، قال أبو زيد: إذا دعا اهل المرأة الرجل إليها ليخطبها فقد اختطبوا اختطابا[2]. أما اصطلاحا فهناك عدة تعاريف لها نقتصر على التعريف التالي:"الخطبة هي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج منها، والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله"[3]. وقد اشترط الفقهاء شروط واجبة

---

[1] أُنظر **أحمد المصطفى،** في الأحوال الشخصية، د ط، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس – لبنان سنة 2008، ص.44.

[2] أُنظر **أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي الأنصاري الحزرجي المصري،** لسان العرب، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، د ت ن، ج01، ص.348.

[3] أُنظر **محمد أبو زهرة،** محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص.55.

لصحة الخطبة وهما شرطان: أولهما أن تكون المرأة صالحة لأن يعقد عليها في وقت الخطبة[1]. أي أن تكون المخطوبة خالية من الموانع الشرعية، أما الشرط الثاني فهو ألا يخطب الخاطب على خطبة أخيه[2]، لأن ذلك منهي عنه بنص الحديث النبوي عن أبي هريرة رضي الله عمه عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال"**لا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه**"[3]. وهناك من يشترط إضافة إلى هذه الشروط شروط أخرى مستحسنة يُندب لمريد الزواج مراعاتها، لا تؤثر في صحة الخطبة، منها: أن تكون المخطوبة من غير القريبات للخاطب، أن تكون المخطوية بكرا ولودا[4]. والخطبة تكون بالتصريح كقول الخاطب: أريد أن أتزوجك، وتكون بالتعريض فهو إفهام المعنى بالشيء المحتمل له، كأن يقول الخاطب أريد الزواج من امرأة أوصافها كذا. وجمهور الفقهاء متفقين على أن الخطبة ليست أكثر من وعد تمهيدي للزواج وبهذا قال الإمام أبو زهرة "الخطبة ليست عقدا بل هي وعد بالعقد وليس للوعد بعقد الزواج قوة العقد"[5].

انقسم فقهاء القانون الوضعي حول التكييف القانوني للخطبة إلى اتجاهين اثنين، اتجاه يرى بأن الخطبة عقد يرتب التزاما بعمل وجزاء الإخلال به التعويض وهذا ما سنتناوله في

---

(1) المرجع نفسه، ص.56.

(2) أُنظر **مصطفى ابراهيم الزلمي،** أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة بالقانون، د ط، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان سنة 2011، ص.26، و أُنظر أيضا **محمد أبو زهرة،** محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص.59.

(3) **محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري أبو عبد الله،** صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب لا يبيع على بيع أخيه ولا يسوم أخيه حتى يأذن له أو يترك، د ط، مركز الدراسات والإعلام، دار اشبيليا، د ب ت ن، ج03، ص.24.

(4) أُنظر **بلحاج العربي،** الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون – الجزائر سنة 2005، ص.46.

(5) أُنظر **محمد أبو زهرة،** محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص.64.

الفقرة الأولى، والاتجاه الآخر يرى بأن الخطبة مجرد وعد لا يرقى إلى درجة العقد مع اختلاف في الحكم بالتعويض في حال الإخلال به وهذا ما سنتناوله في الفقرة الثانية.

### الفقرة الأولى: الخطبة عقد

يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن الخطبة تُكيف على أساس أنها عقد بين الطرفين ملزم، شأنه في ذلك شأن كافة العقود الملزمة للجانبين. ظهرت هذه الفكرة في الفقه الفرنسي منذ القرن التاسع عشر، حيث اعتبر الخطبة عقد يُرتب التزاما بعمل وجزاء الإخلال به التعويض، وهذا طبقا لنص المادة 1134 من القانون المدني الفرسي، وأن عدم الالتزام بالخطبة كان يترتب عليه الالتزام بالتعويض طبقا لنص المادة 1142 من القانون المدني الفرسي، وهذا النص لا يمكن تقييده إلا بنصوص خاصة[1].

إن الالتزام بإتمام إجراءات الزواج بموجب الخطبة هو التزام بفعل وهو نفس الاتجاه الذي ذهب إليه الفقيه "**مارلان**"، إلا أنه وفقا لهذا الرأي بتقريره أن الخطبة عقد صحيح، لم يقل أحد من فقهاء هذا الرأي بإجبار أحد الخاطبين على التزوج من الآخر، إذ يجوز لأحدهما أو كلاهما العدول عن إتمام الزواج، لكن يبقى القول بالتعويض عن العدول عن الخطبة، وفي نفس السياق اعتبر الفقيه "**جوسران**" الخطبة عقد من نوع خاص وأن هذا العقد يمكن فسخه بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين[2].

---

[1] أُنظر **مسعودة نعيمة إلياس**، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق- دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2010/2009، ص.25.

[2] المرجع نفسه، ص.ص.25 و26.

كما اعتبرت قوانين الأرثوذكس بأن الخطبة هي عقد كنسي، يتم بإقامة الكاهن المأذون الصلاة الدينية الخاصة (المادة 04 من قانون الطائفة)، أما إنجيليا فإنه بموجب المادة 11 من قانون الأحوال الشخصية لهذه الطائفة، فإن الخطبة هي عقد يجري بين ذكر وأنثى ويتضمن اتفاقا على زواج مستقبلي، كما نصت المادة 12 من نفس القانون على كيفية إتمامها بالرشد والرضى ومصادقة الولي أو الوصي على خطبة من لم يكن منهما راشدا أو كان محجورا عليه[1]. كما نظمت الشرائع الطائفية الخطبة على نحو يُوحي بأنها عقد ذو طبيعة خاصة وملزمة، بل إنها استعملت لفظ العقد فعلا عند الحديث عن الخطبة واشترطت شروطا معينة لإبرامها، بحيث أن هناك من هذه الشروط ما هو ذو طبيعة موضوعية (شروط موضوعية)، ومنها ما هو ذو طبيعة شكلية (شروط شكلية) [2]. فتتم الخطوبة في الأرذوكس على يد الكاهن المأذون بعد إقامته الصلاة الدينية (شرط شكلي)، وبموجب المادة 07 يعين موعد الزواج عند عقد الخطبة (شرط موضوعي)، وفي حال عدم الأخذ بهذا الشرط، وجب إبرام عقد الزواج بعد عام من الخطبة للمقيمين في أبرشية واحدة، وفي سنتين إذا كان أحدهما غائبا وإلا أُعتبرت الخطبة مفسوخة والحال هذه[3]. أما إنجيليا فتنص المادة 13 على إتمام الخاطب السنة السابعة عشر من العمر، والمخطوبة على إتمام الخامسة عشر من العمر (شرط موضوعي)، ويجب أن لا تتجاوز مدة الخطبة سنة كاملة إلا إذا اشترط عند عقدها أن تكون لمدة طويلة معينة أو إذا

---

[1] أُنظر **أحمد المصطفى**، المرجع السابق، ص.51.

[2] أُنظر **محمد حسن منصور**، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية سنة 2003، ص.163.

[3] أُنظر **أحمد المصطفى**، المرجع السابق، ص.51.

تجددت مدتها برضى الخاطبين ومصادقة الولي أو الوصي على خطبة من لم يكن منهما راشدا أو من كان منهما محجورا عليه[1].

أما بخصوص موقف المشرع الجزائري من هذا الاتجاه، فقد نصت المادة 02/06 من ق.أ.ج بنصها"...**غير أن اقتران الفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون**"، فمن خلال هذه الفقرة يتضح لنا بأن التكييف القانوني للخطبة يتغير من مجرد وعد بالزواج كما هو منصوص عليه في المادة 05 من ق.أ.ج إلى عقد صحيح ملزم للجانبين، وذلك بتوافر الشروط التالية: ركن الرضا المنصوص عليه في المادة 09 من ق.أ.ج، وتوافر شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من ق.أ.ج وهي: أهلية الزواج، الصداق، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج. إلا أن ما يؤخذ على نص الفقرة 02 من المادة 06 من ق.أ.ج هو عدم تحديد المقصود بالفاتحة، هل هي مجرد قراءة سورة الفاتحة بمناسبة الخطبة، أم المقصود منها إبرام عقد الزواج؟ [2]، لأن هذا الاختلاف في مفهوم الفاتحة ستترتب عليه أحكام مختلفة أهمها: تحديد الوصف القانوني للخطبة هل تبقى مجرد وعد أم ترقى لدرجة العقد؟.

في هذا الشأن فقد جاءت أحكام الاجتهاد القضائي غامضة ومتناقضة. فقد أشارت المحكمة العليا في أكثر من قرار إلى أن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج وليست زواج إلا إذا اقترنت الخطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقد، بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق وتوافر

---

[1] أُنظر **أحمد المصطفى،** المرجع السابق، ص.52.

[2] أُنظر **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط 1، دار الخلدونية، القبة–الجزائر سنة 2008، ص.50.

ركن الرضا، فهو زواج صحيح من الناحية الشرعية إلا أنه غير مسجل من الناحية القانونية[1]، فمن هذه القرارات نجد قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه "...حيث أن المادة 06 من ق.أ.ج تقضي بأنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، فإن سبقت الخطبة الفاتحة فتلك هي الخطبة المنصوص عليها بالمادة 05 من نفس القانون وهي التي تعتبر وعدا بالزواج، أما في حالة اقتران الخطبة مع الفاتحة حسب المادة 06 المشار إليها فهي زواج متى توافرت أركانهطبقا للمادة 09 من ق.أ.ج..."[2]، فيظهر من هذا القرار بأن اقتران الخطبة بالفاتحة متى توافرت أركان الزواج طبقا للمادة 09 من ق.أ.ج، فإن الخطبة تتحول إلى عقد زواج حقيقي، وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1992/03/17 قد اقترنت الخطبة بالفاتحة لكن هذا الاقتران لم يُغير الوصف القانوني للخطبة ببقاءها مجرد وعد بالزواج، حيث جاء في هذا القرار "...حيث أنه بالفعل فإن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم أمام القاضي الأول أو العضو المقرر، يذكرون حضورهم لوليمة الخطبة أو فاتحة الخطبة، أن المحققين لم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود، هل هو مجرد حضور خطبة على معنى المادة 05 من ق.أ.ج، أم أنهم قد حضروا مجلس العقد على معنى المادة 09 من نفس القانون، بينما الفاتحة فهي ليست ركنا من أركان الزواج وليست شرطا لوقوع الخطبة، وإنما هي من باب

---

[1] أُنظر **بلحاج العربي، أ**حكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط 1، دار الثقافة، عمان – الأردن سنة 2012، ص.119.

[2] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش في 1995/04/04، المجلة القضائية للمحكمة العليا عدد خاص لسنة 2001، ص.31، أشار إليه **بن شويخ الرشيد**، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.52 و**بلحاج العربي**، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.120.

التبرك والدعاء وعلى ذلك يجب التفريق على الفاتحتين"[1]. فلكي يتم العقد الشرعي ولقراءة الفاتحة يستوجب الأمر أن تكون الفاتحة في مجلس العقد، وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في الفقرة 02 من المادة 06 من ق.أ.ج، فيجب أن تلي الفاتحة الخطبة وتلي الاتفاق بين العائلتين، وأن تكون العائلتين قد اتفقتا على الصداق وأن يكون في مجلس العقد أشخاص آخرون، إضافة إلى أهل الخاطبين وهم بمثابة الشهود وهذا ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا في قرار رقم 81877[2].

مهما يكن، فإن موقف المشرع الجزائري حول الطبيعة القانونية للخطبة هو تكييفها على أنها مرحلة تمهيدية للزواج أي مجرد وعد وليست عقد، باستثناء اقترانها مع الفاتحة في مجلس العقد وتوافر ركن الزواج وشروطه، ففي هذه الحال يتغير الوصف القانوني للخطبة إلى زواج حقيقي حيث نكون في هذه الحال بصدد عقد زواج، وعليه فإن المشرع الجزائري لم يحذو حذو هذا الاتجاه وإنما حذا حذو الاتجاه الثاني القائل بأن الخطبة هي وعد بالزواج وهذا ما سنتطرق إليه في الفقرة الثانية، كما أن المشرع الفرنسي قد غير رأيه بخصوص التكييف القانوني للخطبة خلال القرن 20 وفقا لما استقر عليه قضاء محكمة النقض من أن الخطبة، عقد غير ملزم وذلك تحقيقا لحرية الزواج وأن المسؤولية عن العدول إنما هي مسؤولية تقصيرية وليست عقدية.

## الفقرة الثانية: الخطبة وعد بالزواج

---

[1] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش في 1992/03/17، ملف رقم 81129 المجلة القضائية للمحكمة العليا عدد خاص لسنة 2001، ص.51، أشار إليه **بن شويخ الرشيد**، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.52 و**بلحاج العربي**، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.119.

[2] أُنظر **يوسف دلاندة**، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، د ط، دار هومة، الجزائر سنة 2011، ص.08.

يرى أصحاب هذا الرأي بأن الخطبة باعتبارها من مقدمات الزواج، تُعد من المراحل التمهيدية لهذا العقد الهام واعتبرها الفقه الإسلامي وعد بالزواج. وليس الوعد عقد فلا يكون هذا الوعد ملزما كالعقد، ولكن الوفاء بالوعد من الخلق الإسلامي المطلوب ولا ينبغي أحد أن ينقض الوعد إلا إذا اقتضت الضرورة، أما بدون ذلك فإن نقض الوعد من الرذائل التي حذر منها الشرع[1]، وقد أمرنا الله سبحانه وتعالى بالوفاء بالعهد في قوله تعالى﴿**وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً** ﴾ الآية 34 من سورة الإسراء.

لقد اتجهت معظم القوانين الوضعية لاسيما العربية منها هذا الاتجاه، بتحديد الوصف القانوني للخطبة بأنها وعد بالزواج وليست عقدا مع وجود خلاف في التعويض المترتب عن الضرر اللاحق بسبب العدول عن الخطبة، فالخطبة وفق هذا الاتجاه ليست ملزمة للجانبين ويحق لكلا الخاطبين العدول عنها، فلا يمكن إضفاء الصبغة الإلزامية عليها لأن ذلك يتعارض مع ما يقوم عليه عقد الزواج باعتبار هذا الأخير بأنه من العقود الرضائية يقوم على ركن الرضا، فلا يمكن إكراه وإجبار الخاطبان أو أحدهما على إتمام إجراءات عقد الزواج.

مؤدى هذا الاتجاه أن الخطبة لا يترتب عليها شيء من الإلزام بإتمام العقد، وأن حق العدول عنها جائز لكل من طرفي الخطبة، وإذا كان هناك عدول عنها فإن العادل يكون قد باشر تصرفا مأذونا له فيه[2].

لقد تعرض المشرع الجزائري للطبيعة القانونية للخطبة وحكم العدول عنها في المادة 05 من ق.أ.ج بنصها "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة". فلقد حدد المشرع

---

[1] أُنظر **أحمد محمد علي داود،** الأحوال الشخصية، ط 1، دار الثقافة، عمان – الأردن سنة 2009، ص.49.

[2] أُنظر **أسامة محمد منصور الحموي،** آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 03 سنة 2011، ص.428.

الجزائري الطبيعة القانونية للخطبة بأنها مجرد وعد بالزواج وليست زواجا ولا يترتب عليها أحكام الزواج وآثاره، وليست لها قوة العقد أو ترقى إلى مرتبته. فإذا وصُفت أو كُيفت الخطبة بأنها مجرد وعد، فهذا لا يعني التطبيق عليها أحكام المادة 71 من القانون المدني الجزائري التي تعرضت إلى الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر[1]، كما يُلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح "**الوعد**" وهذا المصطلح أُستعمل من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني من خلال نص المادة 72 بنصها "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا بتنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد"[2]، يتضح مخ خلال هذا النص أن الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للواعد وهو على صورتين:

**الصورة الأولى:** أن يكون العقد المراد إبرامه في المستقبل من العقود الشكلية، وهنا تطلب القانون أن يكون الوعد المنصب عليه شكلي أيضا وإلا لم يعتد به القانون.

**الصورة الثانية:** أن يكون العقد المراد إبرامه في المستقبل من العقود الرضائية، لا يتطلب الرسمية. في هذه الحالة يكون ملزما لصاحبه فيجب عليه البقاء على وعده إلى إنقضاء ميعاده.

---

(1) أُنظر **الغوثي بن ملحة،** قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون–الجزائر سنة 2008، ص.20.

(2) المادة 72 من **الأمر 75–58** المؤرخ في 1975/09/29 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 78 المؤرخة في 1975/09/30 المعدل والمتمم **بالقانون رقم 88–14** المؤرخ في 1988/05/03 ج ر رقم 18 المؤرخة في 1988/05/04، **وبالقانون رقم 05–10** المؤرخ في 2005/06/20 ج ر رقم 44 المؤرخة في 2005/06/26، **وبالقانون رقم 07–05** المؤرخ في 2007/05/13 ج ر رقم 31 المؤرخة في 2007/05/13.

فإذا انتهى الأجل ولم يعلن الموعود له الرغبة في التعاقد، جاز للواعد الرجوع في الوعد، أما قبل انتهاء الأجل فلا يجوز له الرجوع في الوعد إلا بموافقة الموعود له[1]. وعليه فإن الحكم الوارد في المادة 72 من ق.م.ج والذي يُبقي على الوعد بالتعاقد، لا يمكن تطبيقه على الوعد بالزواج الوارد في المادة 05 من ق.أ.ج لآن المشرع الجزائري اعتبر الخطبة وعدا بالزواج من جهة، ومن جهة أخرى أعطى لكلا الطرفين الحق في العدول عنها وكذا تعويض المتضرر من العدول. لذا فالخطبة هي وعد من نوع خاص، يخضع لأحكام خاصة من حيث الشروط زمن حيث الآثار[2].

وعليه كان لابد من استبدال الصياغة الموجودة في قانون الأسرة بصياغة بديلة عن مصطلح الوعد لتحقيق الغرض المقصود، والصياغة الجديدة المقترحة هي استبدال لفظ "**الوعد**" بلفظ "**تمهيد**" ليصبح النص كما يلي "**الخطبة تمهيد للزواج ولكل طرف العدول عنها**"، فاستعمال هذا اللفظ يُحقق المقصود من جهة في اعتباره الخطبة مجرد مرحلة تمهيدية للعقد، ومن جهة أخرى فإن استعمال هذا اللفظ يؤدي إلى القول بأنه مادامت الخطبة مجرد تمهيد، فإنه لا إلزام ولا التزام، إذ يحق لكل طرف العدول عن الخطبة، ولكن نرى في أنه لا حاجة في تسمية الخطبة بالوعد تفاديا للخلاف الفقهي الواقع في المصطلح واستعمال مصطلح بديل أفضل كي يتضح المعنى[3].

أما بخصوص موقف القضاء، فقد اتجهت اجتهادات المحكمة العليا خاصة بعد تعديل قانون الأسرة في سنة 2005 على اعتبار أن الخطبة مجرد وعد بالزواج لا ترقى إلى مرتبة

---

(1) أُنظر **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.30.

(2) **الغوثي بن ملحة،** قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص.21.

(3) أُنظر **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.31.

العقد، من هذه الاجتهادات نجد قرار المحكمة العليا الذي ينص "من المقرر فقها وقضاء أن الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقدا، وإن تمت بالاتفاق بين الطرفين، وهي لا تبيح لهما أن يختلطا إختلاط الأزواج، وعلى هذا فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقدا ولا زواجا، ولا يترتب عليها شيء من الإلزام بتمام العقد إنطلاقا من مبدأ الرضائية في العقد"[1].

لقد اتفق النظر القانوني في جميع البلاد العربية على أن الخطبة مجرد وعد بالزواج يجوز العدول عنها مع خلاف في قيام مسؤولية العادل في العدول عن الخطبة والتعويض عن الضرر المترتب عن هذا العدول، فقد نصت المادة 05 من مدونة الأسرة المغربية[2] على أن "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج..."، ونصت المادة 06 من نفس القانون على جواز العدول لكلا الطرفين، كما نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية[3] في الفصل الأول على مايلي "كل من الوعد بالزواج والمواعدة لا يعتبر زواجا ولا يقضى به"، ونصت المادة 02 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي[4] على مايلي "**الخطبة لا تلزم بالزواج، ومثلها الوعد به، وقبض المهر وقبول أو تبادل الهدايا،**

---

[1] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش في 1989/12/25، ملف رقم 34089 المجلة القضائية للمحكمة العليا عدد 04 سنة 1993، ص.102، أشارت إليه **مسعودة نعيمة إلياس**، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص.42.

[2] قانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة بتاريخ 2004/02/03، ج ر للمملكة المغربية رقم 5184 الصادرة بتاريخ 2004/02/05، المعدل بالقانون رقم 09-08 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 103-10 بتاريخ 2010/07/16 ج ر عدد 5859 بتاريخ 2010/07/26.

[3] الأمر المؤرخ في 1956/08/13 المتعلق باصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، السنة.100، العدد 66 يتاريخ 1956/08/17.

[4] **قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51** لسنة 1984، ج ر الكويت اليوم العدد 1570 المؤرخة في 1984/07/23، المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1996 ج ر العدد 276 السنة الثانية والأربعون، والقانون رقم 29 لسنة 2004 ج ر العدد 664 السنة 50 وبالقانون رقم 66 لسنة 2007 جر العدد 852 السنة 54.

**أ- لكل من طرفي الخطبة أن يعدل عنها**". كما نصت المادة 17 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي لسنة 2005[1] على مايلي "**الخطبة طلب التزوج والوعد به ولا يُعد ذلك نكاحا...**"، ونصت المادة 18 من نفس القانون على حق الطرفين في العدول عن الخطبة.

فكل هذه النصوص تُكيف الخطبة على أنها وعد بالزواج ليس لها قوة العقد، ويحق لكل من الطرفين العدول عنها. كما قرر القضاء في الدول العربية مثل المجلس الأعلى المغربي، نقض مدني تونسي، نقض مدني مصري، نقض مدني سوري على أن الخطبة ليست إلا تمهيد لعقد الزواج، وهذا الوعد لا يُقيد أحدا من المتواعدين، ولكل منهما حق العدول عنها، لأن في عقد الزواج يجب أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته[2].

## الفرع الثاني

## تدخل القاضي لتقرير التعسف في العدول عن الخطبة

تماشيا مع طرح الأستاذ "بلحاج العربي" المذكور سابقا بخصوص تكييف العدول عن الخطبة المنصوص عليه في المادة 2/05 من ق.أ.ج بأنه عدول تعسفي، فقد قرر المشرع حماية قانونية للمعدول عنه في حال وقوع التعسف ضده، فكيف يتم تفعيل هذه الحماية؟ وما هي الآلية المستعملة لتفعيل هذه الحماية؟ وإجابة على هذه التساؤلات نقول بأن تفعيل حماية المعدول عنه من العدول التعسفي في الخطبة، لا يتقرر إلا عن طريق تدخل القضاء مستعملا في ذلك ما خوله القانون من سلطة تقديرية لتحديد وتقدير وجود التعسف، بواسطة معايير تساعده في تحديد وتقدير وجود هذا العدول التعسفي في الخطبة وهذا ما سنحاول بحثه في الفقرة الأولى، وكذا

---

[1] **قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28** لسنة 2005، متاح على الرابط:
http://www.law-arab.com/2015/10/Personal-Status-Law-UAE.html

[2] أُنظر **بلحاج العربي**، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.116.

بحث مسألة أساس هذا التعسف وهذا ما سنتناوله في الفقرة الثانية، لكن قبل هذا لابد من معرفة ما هو التعسف؟

التعسف **لغة** من عسف عن الطريق يعسف، مال وعدل، كاعتسف وتعسف أو خبطه على غير هداية، وعسّفه تعسيفا: أتعبه، وتعسّفه: ظلمه، وانعسف: انعطف، والعسوف: الظلوم[1].

أما **اصطلاحا** لم يعرفوه الفقهاء القدامى لأنهم لم يبحثوا موضوع التعسف كنظرية مستقلة ووحدة متكاملة، وإنما تعرضوا للتعسف ضمن جزئيات في موضوعات ذات الصلة بالتعسف كما في منع الاحتكار ومنع عمر بن الخطاب رضي الله عنه التزوج بالكتابيات، وقد تناولوه في باب الضمانات وتحت مسميات مختلفة: الاستعمال المذموم، المضارة في الحقوق، أما الفقهاء المعاصرين فقد نظر بعضهم إلى التعسف على أنه صورة من صور المجاوزة والتعدي في استعمال الحق، ونظر بعضهم الآخر إلى التعسف على أنه موضوع مستقل عن المجاوزة، له أركانه وأسسه وتطبيقاته الخاصة به[2]، وقد عرفه الدكتور فتحي الدريني بأنه "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"[3].

## الفقرة الأولى: دور القاضي في تحديد وتقدير وجود العدول التعسفي في الخطبة

---

(1) **مجد الدين الفيروز آبادي**، القاموس المحيط، تحقيق أنس محمد الشامي وزكريا جابر أحمد، د ط، دار الحديث، القاهرة سنة 2008، ص.1091.

(2) أُنظر **جميل فخري محمد جائم**، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، د ط، دار الحامد، عمان-الأردن سنة 2008، ص.26.

(3) **فتحي الدريني**، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان سنة 1988، ص.87.

بناء على طرح الأستاذ "بلحاج العربي" السالف الذكر الذي يعتبر العدول عن الخطبة تعسفا في استعمال الحق يُوجب مساءلة صاحبه وبالتالي إلزامه بالتعويض، وأساس هذه المساءلة هي المسؤولية التقصيرية عن طريق لجوء المعدول عنه المتضرر من العدول التعسفي إلى القضاء برفع دعوى المسؤولية التقصيرية، يُطلب فيها من القاضي إصلاح الضرر المترتب عن التعسف في حق العدول بحمايته من هذا التعسف وتعويضه عن الضرر اللاحق بسبب العدول التعسفي، فكيف يمكن للقاضي تحديد هذا التعسف وتقدير وجوده؟ وبعبارة أخرى ما هي المعايير التي يستعملها القاضي للكشف عن وجود تعسف في العدول عن الخطبة؟ هل هو مقيد في ذلك بحالات منصوص عليها قانونا أم يدخل ضمن نطاق سلطته التقديرية؟

نظرا لورود نص في ق.أ.ج (المادة 2/05) بخصوص التعويض عن الضرر اللاحق بسبب العدول التعسفي عن الخطبة، فإنه في هذه الحال لا يمكن تطبيق أحكام المادة 222 من ق.أ.ج، وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني استئناسا، نجد أن المشرع الجزائري قد أدرج نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن المسؤولية عن الأفعال الشخصية أي في نطاق المسؤولية التقصيرية، وذلك بموجب المادة 124 مكرر من ق.م.ج بنصها "**يُشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:**

- **إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،**
- **إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشىء للغير،**
- **إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.**"

يتبين من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أدرج التعسف في استعمال الحق ضمن صور الخطأ الذي يقصد به "الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي"[1]، كما بينت هذه المادة بعض حالات التعسف في استعمال الحق أو بما يُعرف بـــ "الضوابط التي يُعرف بواسطتها توفر الوصف التعسفي عند استعمال الحق"[2]، وعلى أساس هذه الحالات أو الضوابط يستطيع القاضي الكشف عن التعسف في العدول عن الخطبة، فتتجلى معايير التعسف في استعمال الحق حسب المادة المذكورة أعلاه في ثلاث معايير وهي: معيار قصد الإضرار بالغير، معيار ترجيح الضرر على المصلحة، معيار عدم مشروعية المصالح التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها. فلم يشأ المشرع الجزائري أن يتوسع كما توسع الفقهاء المسلمون وبعض الفقهاء الغربيين، ولم يشأ أن يُضيق كما كانت النظرية التقليدية تحصره في نية الإضرار بالغير فقط، فهو رأي وسط[3]، وعليه سنحاول دراسة كيفية استعمال القاضي لكل معيار من هذه المعايير في العدول عن الخطبة.

**أولا: معيار قصد الإضرار بالغير**

هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف وأصلها بدليل وجوده في الشرائع القديمة، ومجافاته لمبادئ الأخلاق ظاهرة، غير أن الكشف عنه من العسر بمكان، لذا يُستعان بالأمور الظاهرة المادية كالقرائن[4]، وقد نهى الله سبحانه وتعالى عن الإضرار بالغير في عدة آيات وكذا السنة النبوية

---

(1) أُنظر **بلحاج العربي** ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02 ص.63.

(2) أُنظر **جميل فخري محمد جانم**، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.31.

(3) أُنظر **بلحاج العربي** ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02 ص.125.

(4) **فتحي الدريني**، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.243.

ومنها حديث "**لا ضرر ولا ضرار**"[1]. وكذا في أقوال العلماء كابن رجب الحنبلي في شرحه لحديث "**لا ضرر ولا ضرار**"، وكذا الإمام الشاطبي رحمه الله في تحريم هذا النوع ومنع التسبب فيه "لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام[2].

يقوم هذا المعيار على النية أو الباعث فهو معيار شخصي أو ذاتي، حيث تكون نية الإضرار فيه هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله، وبما أن إثبات نية الإضرار هي مسألة نفسية يصعب إقامة الدليل مباشرة عليها، فيستعين القاضي بقرائن تدل على وجود نية الإضرار، كما قد يستعين القاضي بالمظاهر الخارجية وملابسات كل حالة للتعرف على نية الإضرار، وعليه فتدخل القاضي للكشف عن نية الإضرار في العدول عن الخطبة يُعتبر في حد ذاته حماية للمعدول عنه، لأن كشف القاضي نية الإضرار بالمعدول عنه يُعتبر إثبات تعسف العادل في الخطبة، وبالتالي مساءلته عن هذا التعسف والحكم عليه بجبر الضرر المترتب عن التعسف.

**ثانيا: معيار ترجيح الضرر على المصلحة**

جاء هذا المعيار نتيجة للصعوبة التي يعرفها القاضي في بعض الحالات للكشف عن النية الحقيقية لمستعمل الحق. فيعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه وفق هذا المعيار إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، وفي ذلك انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، وهو معيار موضوعي

---

[1] سبق تخريجه في الصفحة 15.

[2] أُنظر **فتحي الدريني**، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.243.

بحت لأنه يُوازن بين المصلحة المقصودة والضرر الذي يصيب الغير، فإذا ثبت أن المصلحة هي دون الضرر بدرجة كبيرة، فيثبت تعسف صاحب الحق وبالتالي تثبت مسؤوليته[1]، فإذا تبين للقاضي بأن الضرر المترتب عن العدول كان بليغا والمنفعة ضئيلة، أي أن استعمال حق العدول رتب ضررا أعظم من المصلحة التي يجنيها صاحب الحق حتى ولو لم يكن هناك قصد الإضرار بالمخطوبة، وحتى ولو كانت كذلك المصلحة مشروعة، فيثبت التعسف هنا في حق الطرف العادل، وهكذا تظهر حماية القاضي للمعدول عنه بحكمه عدم التناسب بين مصلحة العادل وبين الضرر اللاحق بالمعدول عنه، وبالتالي إقرار مسؤولية العادل عن الضرر اللاحق بالمعدول عنه وإلزامه بالتعويض.

**ثالثا: معيار عدم مشروعية المصالح التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها**

لقد قلنا في تعريف التعسف اصطلاحا، أنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل، وهذا المعنى يتحقق في استعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شُرع، لأن قصد ذي الحق في العمل هنا مضاد لقصد الشارع في التشريع، ومعاندة قصد الشارع عينا باطلة، فيكون باطلا بالضرورة كلما أدى إلى ذلك، ولا خلاف بين العلماء في هذا[2]، فوفق هذا المعيار يُعتبر الحق متعسفا فيه إذا كان يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، وهذا يدفعنا إلى طرح التساؤل الآتي: متى تكون المصلحة غير مشروعة في نظر القانون؟ إن المصلحة غير المشروعة هي تلك المصلحة التي تُناقض وتُخالف أحكام القانون، وتتعارض مع النظام العام والآداب العامة ذلك أن المشرع لا يمكن أن يُقر الحماية القانونية

---

(1) أُنظر **بلحاج العربي** ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02 ص.127.

(2) **فتحي الدريني**، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.252.

لمصالح غير مشروعة، لأنها تتعارض مع مصالح الجماعة والنظام القانوني برمته[1]، وكذا نفس الأمر بالنسبة للقضاء فهو الآخر لا يمكن توفير حماية قضائية تتعارض مع ما أقره المشرع بأنها مصالح غير مشروعة، فلو مثلا عدلت المخطوبة عن خطبتها بعد مرور فترة من الزمن بسبب طلبها من خاطبها توثيق الخطوبة أمام الموثق، وكان الخاطب مثلا قد أنفق مصاريف تتعلق بالتحضير للزواج مثل ترميم بيته، فتكييف القاضي لعدول المخطوبة هو عدول تعسفي، وذلك لأن المصلحة غير مشروعة، فطلب المخطوبة توثيق الخطبة خوفا مثلا من تراجع الخاطب في خطبته وضمان لإتمام ابرام عقد الزواج هو طلب غير متماشي مع أحكام ق.أ.ج المنصوص عليها في المادة 05 من ق.أ.ج، باعتبار أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولا ترقى لمرتبة العقد ولا يمكن توثيقه لدى الموثق والاحتجاج بهذا التوثيق، وبالتالي يمكن للقاضي إثبات العدول التعسفي في حق العادلة عن الخطبة لسعي هذه الأخيرة إلى تحقيق مصالح غير مشروعة، وعليه فإن الدور الحمائي للقاضي في حماية المعدول عنه يبرز في تكييف المصالح التي كان يسعى لتحقيقها العادل من وراء العدول بأنها مصالح غير مشروعة، فيثبت التعسف في حق الطرف العادل الذي يُوجب جبر الضرر المترتب عليه.

ختاما فإن المعايير الثلاثة الواردة في المادة 124 مكرر من ق.م.ج، ما هي إلا ضوابط تُهيئ للقاضي عناصر نافعة للاجتهاد، لأنها حالات وردت على سبيل الإرشاد والقياس، ولم

---

[1] أُنظر **بلحاج العربي** ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02 ص.128.

يقصد المشرع أن يُوردها على سبيل الحصر[1]، كما يستعملها قاضي الموضوع لاستجلاء الحقائق بوضوح[2].

**الفقرة الثانية: أساس التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة**

إن موقف المشرع الجزائري يظهر من خلال نص المادة 124 مكرر من ق.م.ج بتبنيه الاتجاه الأول الذي يعتبر التعسف صورة من صور الخطأ التقصيري، إضافة إلى إدراج حالات التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في المادة المذكورة في نطاق المسؤولية عن الأفعال الشخصية، أي في نطاق المسؤولية التقصيرية، وبناء على هذا فيمكن تأصيل وضبط التعسف في العدول عن الخطبة بانحراف الطرف العادل في سلوكه المألوف عن السلوك المألوف للرجل العادي، أي ارتكاب الطرف العادل خطأ تقصيري يرتب ضررا للمعدول عنه، وبالتالي يجب مساءلة الطرف العادل وجبره على إصلاح الضرر. وكما هو مقرر بأن مجرد العدول الذي يترتب عليه ضرر ولا دخل للطرف العادل في ترتيب هذا الضرر، لا يمكن إصلاح هذا الضرر إلا إذا كان هذا العدول من دون مبرر الذي يعتبر تعسفا يجب على الطرف العادل تعويض المعدول عنه، وهذا نوع من الحماية القانونية التي أقرها المشرع في التعويض عن الضرر المترتب عن العدول، إلا أن هذه الحماية، إلا أن هذه الحماية لا تفعل إلا عن طريق تخل القضاء، فالقاضي بما له من سلطة تقديرية هو الذي يُقرر إن كان صاحب حق العدول عن

---

[1] أُنظر **بلحاج العربي** ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02، ص.131.

[2] أُنظر **عبير ربحي القدومي** ، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط 1، دار الفكر، عمان – الأردن سنة 2007، ص.85.

الخطبة قد تعسف استعمال حقه أو لا، فالقاضي هو الذي يُقرر إن كان الطرف العادل قد ارتكب خطأ أو لا.

وعليه نرى اقتراح جزئي في المادة 3/05 من ق.أ.ج على النحو الآتي "**يُعد الطرف العادل متعسفا في استعمال حق العدول عن الخطبة، متى تبين للقاضي خروج الطرف العادل عن السلوك المألوف للرجل العادي، الذي يترتب عليه إلزام الطرف العادل بجبر الضرر على أساس المسؤولية التقصيرية**"، فهذا الاقتراح من شأنه تعزيز الحماية القضائية للطرف المتضرر من العدول التعسفي، كما يُوضح هذا الاقتراح أساس التعسف في العدول عن الخطبة وهو الخطأ التقصيري.

## الفرع الثالث

## دور القاضي في إثبات التعسف في العدول عن الخطبة وتقدير جزاء له

إن الإثبات هو الوسيلة التي يستطيع بها القاضي التحقق من الدعوى، وهو بمثابة الكشاف الذي يستنير به في فض النزاعات الأسرية وإقرار حقوق أفرادها، وبالنظر إلى ما تقوم عليه العلاقة بين أفراد الأسرة من ثقة ومودة فإن هذا الأمر يجعل مهمة القاضي في الإثبات صعبة لأنها تعتبر علاقات داخلية، ويعتبر الإثبات أداة يستعملها القاضي للتحقق من الوجود المادي والقانوني للوقائع والوسيلة التي يضمن بها الأفراد حقوقهم المترتبة عن تلك الوقائع، والتعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة من الوقائع التي يجب أن يطالها الإثبات، نظرا لما يترتب عليه من إقرار حق المعدول عنه في الخطبة في جبر الضرر اللاحق بسبب التعسف في استعمال حق العدول.

بناء على ما سبق، فإذا تعسف الطرف العادل في حقه في العدول عن الخطبة، وتسبب بعدوله في ضرر للمعدول عنه، فكيف يمكن إثبات هذا التعسف؟ وعلى من يقع عبء الإثبات؟ وما هو دور القاضي في هذا الإثبات؟ سنحاول الإجابة على هذه التساؤلات في الفقرة الأولى من هذا الفرع تحت عنوان إثبات التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة أمام القضاء، وبعد إثبات هذا التعسف فما هو الجزاء المترتب عليه؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفقرة الثانية.

## الفقرة الأولى: إثبات التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة أمام القضاء

تطبيقا للقاعدة المعروفة في الإثبات وهي "البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر" فإن عبء إثبات التعسف يقع على المدعي، والمدعي في هذه الحال هو الطرف المعدول عنه والمتضرر من هذا العدول، وبالتالي فإن عبء الإثبات يقع على المعدول عنه هذا الأخير الذي يقع عليه إقامة الدليل على صحة ما يدعيه من ثبوت التعسف من طرف العادل في الخطبة ضده أمام القضاء وإلا رُفضت دعواه. هذا وأن الخصم الآخر لا يعنيه شيء ما دام لم يتم إثبات العكس، وعليه وعند عجز المدعي إقامة الدليل، فتُرفض الدعوى لعدم التأسيس[1]، وعليه فلا يمكن للقاضي أن يسعى لإثبات التعسف في العدول عن الخطبة من تلقاء نفسه وإنما يجب على المعدول عنه المتضرر من العدول أن يسعى لإثباته أمام القضاء، لأن مسألة التعسف في حق العدول عن الخطبة ليست من مسائل النظام العام، فلا يمكن للقضاء التدخل لإثبات التعسف إلا

---

[1] أُنظر **الغوثي بن ملحة**، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، د ط، الديوان الوطني للأشغال التربوية سنة 2001، ص.25.

عن طريق دعوى قضائية يرفعها المعدول عنه يطالب فيها بعد إثبات التعسف ضده بجبر الضرر المترتب على العدول التعسفي في الخطبة.

أما بخصوص الطرق التي يلجأ إليها المعدول عنه لإثبات تعسف الطرف العادل، فهي نفس الطرق تقريبا المحددة في أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام القانون المدني في باب إثبات الالتزام وهي: الكتابة، الشهود، الإقرار، اليمين، القرائن. فهل يمكن للمعدول عنه أن يثبت التعسف أمام القضاء بكافة طرف الإثبات؟ يمكن إثبات التعسف بكل هذه الطرق.

الجدير بالذكر أن إثبات التعسف أمام القضاء يتوقف إلى حد كبير على الظروف المحيطة بالقضية وعلى عرف الجماعات، فقد يكون استعمال الحق تعسفيا في منطقة دون الأخرى وضررا في حال دون حال، وذلك كرفع صوت المذياع إذا كان في السوق العامة أو في الأحياء الآهلة بالسكان وبين سكان البادية.

إن للقاضي أن يتخير الأخذ بأي طريقة من طرق الإثبات لإثبات العدول التعسفي، ويُؤسس عليها حكمه لأن القانون منحه كامل السلطة التقديرية في ذلك، وتعتبر شهادة الشهود أبرز دليل في الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية. فيجب على القاضي قبل الاستماع إلى الشاهد أن يتأكد من توافر عدة شروط في شهادته، منها ما هو خاص بالشاهد كتمتعه بالأهلية اللازمة وعدم وجود علاقة قرابة مع أحد الشهود لهم، ومنها ما يتعلق بالشهادة ذاتها كوجوب تأدية الشهادة أمام القاضي، أي أمام إحدى الجهات القضائية وحلف اليمين[1].

---

[1] أُنظر **براهيمي صالح**، الإثبات بشهادة الشهود في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة في المواد المدنية والجنائية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2012، ص.40.

يبرز دور القاضي في إثبات التعسف في العدول عن الخطبة، إذا ثبت له بأي طريق من طرق الإثبات كشهادة الشهود، أو إقرار الطرف العادل بأن الباعث في استعمال حقه في العدول عن الخطبة، كان بنية الإضرار بالمعدول عنه كعدول الطرف العادل عن الخطبة بقصد تشويه سمعة المعدول عنه، أو إذا تبين للقاضي بأن المصالح التي كان يرمي إلى تحقيقها الطرف العادل قليلة الأهمية مقارنة بالضرر الذي أصاب المعدول عنه بسبب هذه المصالح، أي يترجح عند القاضي جسامة الضرر في حق المعدول عنه مقارنة بتفاهة المصلحة المقصودة عند الطرف العادل، كاستقالة المخطوبة من عملها بناء على طلب خطيبها أو إذا توصل القاضي لعدم مشروعية المصالح التي كان يسعى الطرف العادل لتحقيقها، كذلك يثبت التعسف في العدول عن الخطبة عند القاضي مستعملا في ذلك أي طريق من طرق الإثبات، إذا اتضح له عدم جدية الخاطب أو المخطوبة. وعليه فإذا ثبت للقاضي بأي طريق من طرق الإثبات أمر من هذه الأمور، فإنه يثبت للقاضي بأن الطرف العادل قد انحرف في سلوكه عن السلوك المألوف للرجل العادي، وبالتالي ثبوت تعسف الطرف العادل في استعمال حق العدول عن الخطبة. وعلى هذا فإنه يكفي وجود دافع مسيىء في استعمال الحق لعتباره تعسفا، وأن مجرد استعمال الحق بغير مصلحة مقصودة يُعتبر إساءة تستوجب من صاحبها جبر الضرر وقيام المسؤولية التي تترتب عليهامساءلة المتسبب في الضرر وإلزامه بالتعويض[1].

إن القاضي هو الذي يُحدد فعالية طرق الإثبات الأخرى في حال حصول تعارض وتضارب بينهما، وبالتالي فالقانون يُوجه القاضي إلى الوسيلة التي يتعين عليه ترجيحها، مثل

---

[1] أُنظر **بلحاج العربي** ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02 ص.139.

الحالة التي لا يمكن فيها تغليب تصريحات شاهد على مضمون محرر[1]، وعليه فإن كان قاضي شؤون الأسرة يتمتع بسلطة مطلقة قي تقدير الأدلة من حيث كفايتها والموازنة بينها، وهو في ذلك غير خاضع لأية رقابة للمحكمة، إلا أنه مع ذلك مقيد في سلطته وتقديره بأن يكون تقديره سائغا وإلا خضع لرقابة محكمة النقض من خلال التسبيب[2].

إذن يكمن دور القاضي في إثبات التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، وذلك من خلال استدلاله بوسيلة من الوسائل القانونية للإثبات على تحقق حالة من حالات التعسف في استعمال الحق. كاستدلاله بالقرائن القضائية من خلال استنباطه نية الإضرار بالغيرلدى من يتذرع باستعمال الحق استعمالا مشروعا، مثل قرينة انعدام كلي للمصلحة أو تحقيق منعة ضئيلة أو تافهة أوالدافع المسيء[3]، فإذا ثبت للقاضي تحق حالة من حالات التعسف فيكون بذلك الطرف العادل قد انحرف في سلوكه عن سلوك الرجل العادي، وهذا ما يستوجب مساءلة الطرف العادل عن الضرر اللاحق بالمعدول عنه بسبب العدول التعسفي، وبالتالي إلزام الطرف العادل بجبر الضرر وهذا ما يُحقق في النهاية حماية المعدول عنه بواسطة تدخل القاضي في إثبات العدول التعسفي المترتب عليه إصلاح الضرر.

---

(1) أُنظر **الغوثي بن ملحة**، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص.22.

(2) أُنظر **بن عائشة لخضر**، إثبات الحقوق المالية للزوجين، دراسة مقارنة نقدية تحليلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، السنة الجامعية 2012/2011، ص.28.

(3) أُنظر **بلحاج العربي** ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02 ص.139.

## الفقرة الثانية: جزاء التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

تختلف القواعد التي ينبني عليها الجزاء في مجال العدول عن الخطبة بحسب اختلاف الطبيعة القانونية لهذه الأخيرة، وتختلف أيضا حتى في حال الاتفاق على الطبيعة القانونية لها، والمقصود بالجزاء هنا هو التعويض. فقد يُوقع العدول عن الخطبة ضرر بالخاطب أو المخطوبة، فقد تستمر الخطوبة زمنا طويلا فيعلم الناس بخطوبة تلك الفتاة فيُفوت عليها فرصة أن يتقدم إليها خاطب آخر فيتسبب لها بضرر، فهل من حق المتضرر من هذا العدول أن يُطالب الطرف الآخر بالتعويض أم لا؟ [1].

لم يتعرض الفقهاء القدامى لمسألة التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة، ولم يعثر على فقه واحد من فقهاء المذاهب الأربعة المختلفة، قال بجواز التعويض عن هذا الضرر، والسبب في ذلك راجع إما لعدم حدوث مثل ذلك في عصورهم[2]، فقد كان الشائع عندهم إبرام عقد الزواج مباشرة بالإيجاب والقبول، كما أن عصرهم كان يتسم بالوضوح في المعاملة وعدم المراوغة والخداع[3] أو لأن فترة الخطوبة عندهم كانت تستغرق زمنا قصيرا يتم فيه الإعداد للزواج، وإذا قرر الخاطب إنهاء الخطبة فإن ذلك يحدث ببساطة، أيضا من الأسباب،

---

[1] أُنظر **جميل فخري محمد جانم**، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.122.

[2] أُنظر **فؤاد بن شكرة**، آثار العودل عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة –دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2010/2009، ص.50.

[3] أُنظر **جميل فخري محمد جانم**، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.123.

عدم حدوث ما يقع بين الخطيبين الآن من كثرة كثرة الاتصالات وتعدد الزيارات[1] وإن كان قد حدث العدول عن الخطبة في زمانهم –مع قدرته– فإن الحياة الاجتماعية عندهم لم تترك مجالا للإضرار بالطرف الآخر عند العدول –كما يحدث في زماننا– فقوة الإيمان والوازع الديني والتمسك بتعاليم الإسلام لا يبقى معها مجال لإلحاق الضرر[2].

أما بالنسبة لموقف الفقه الحديث من مسألة التعويض عن الضرر، فقد انقسمت آراؤه إلى ثلاث اتجاهات فقهية، فذهب الاتجاه الأول إلى عدم التعويض مطلقا عن العدول عن الخطبة لو صاحبه ضرر، وذهب الاتجاه الثاني إلى الحكم بالتعويض مطلقا في حال العدول عن الخطبة، في حين اتخذ اتجاه ثالث موقفا وسطا بين الاتجاهين السابقين، حيث أقر كمبدأ بعدم التعويض عن العدول عن الخطبة إلا إذا صاحب هذا العدول أفعال خاطئة ومستقلة عنه أضرت بالطرف الآخر[3].

لقد قررت أحكام الشريعة الإسلامية أربعة أنواع من الجزاء على التعسف وهي: الجزاء العيني (يكون هذا الجزاء في التصرفات القولية والفعلية) والجزاء التعويضي أو الضمان والجزاء التعزيري والجزاء الأخروي [4]، وسنتعرض لهذه الأنواع لاحقا بالتفصيل في المطلب الثاني.

لقد حذى المشرع الجزائري حذو أحكام الشريعة الإسلامية في تقرير الجزاء عن التعسف. فجعل الأصل في جزاء التعسف هو الحكم على المتعسف بمبلغ من المال يدفعه

---

(1) أُنظر **فؤاد بن شكرة**، المرجع السابق، ص.50.

(2) أُنظر **جميل فخري محمد جانم**، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.123.

(3) أُنظر **فؤاد بن شكرة**، المرجع السابق، ص.51.

(4) أُنظر **فتحي الدريني**، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.288.

للمضرورعلى سبيل التعويض عن الضرر الذي لحقه، وأجاز للمحكمة الحكم بالتعويض العيني مع التعويض بمقابل (النقدي)، ويكون الغرض من ذلك التعويض عن الضرر السابق لتلافي الضرر اللاحق، كما يجوز للقاضي الحكم بالجزاء العيني أو النقدي فقط طبقا لطبيعة العمل المتعسف فيه، وقد يكون الجزاء وقائي وهذا من خصوصيات نظرية التعسف فيحول الجزاء دون وقوع الضرر[1]، وقد نص المشرع الجزائري على التعويض عن الضرر (المادي والمعنوي) المترتب عن العدول عن الخطبة في المادة 05 /3 من ق.أ.ج دون تحديد نوع التعويض عن هذا العدول، فالمهم أن المشرع الجزائري قد رتب التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي اللاحق بسبب العدول عن الخطبة، وهذا ما يعتبر أيضا بمثابة حماية قانونية للمعدول عنه، على أن يتم تفعيل هذه الحماية عن طريق القضاء.

## المطلب الثاني

## حماية القاضي المعدول عنه تعسفيا في الخطبة

أدرج المشرع في القانون المدني الاستعمال التعسفي للحق في نطاق المسؤولية عن الأفعال الشخصية أي المسؤولية التقصيرية، هذه الأخيرة التي "تقوم على الإخلال بالتزام قانوني واحد، لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير"[2]، والتعسف في العدول عن الخطبة يرتب ضررا للمعدول عنه فتقوم المسؤولية التقصيرية في حق الطرف العادل المتعسف عن الخطبة، وهذا ما يعتبر بمثابة حماية قانونية للمعدول عنه كرسها المشرع بموجب القواعد العامة

---

[1] أُنظر **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02 ص.ص.140 و141.

[2] **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان سنة 2011، المجلد الثاني، ج01 ص.847.

للمسؤولية في أحكام القانون المدني، غير أن هذه الحماية تكون بدون فاعلية إلا بتفعيلها من طرف القضاء، فلو أن أحد الخطيبين عدل عن الخطبة عدولا تعسفيا وتسبب في ضرر للمعدول عنه، فلا يتم إصلاح هذا الضرر إلا إذا رفع المعدول عنه أمره إلى القضاء بمساءلة الطرف العادل المتعسف في حق العدول وإلزامه بجبر الضرر.

بناء على ما ذكر أعلاه كيف يُقدر القاضي قيام هذه المسؤولية ؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفرع الأول، وما هو الدورالذي يؤديه في جبر هذا الضرر؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفرع الثاني، وعلى أي أساس قانوني يستند في ذلك؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفرع الثالث.

## الفرع الأول

## تقدير القاضي المسؤولية التقصيرية عن الاستعمال التعسفي لحق العدول عن الخطبة

إن المسؤولية التقصيرية تقتضي وجود خطأ، ووجود متسبب في الضرر، وبما أن التعسف في العدول عن الخطبة فيه ضحية وهو المعدول عنه، وفيه المتسبب في الضرر وهو الطرف العادل المتعسف في استعمال حق العدول، فتقوم المسؤولية التقصيرية إذا كانت هناك علاقة سببية بين المتسبب في الضرر والضرر الناتج، إذن لقيام المسؤولية التقصيرية في الاستعمال التعسفي لحق العدول عن الخطبة تماشيا مع الطرح الذي تبنيناه بخصوص تكييف العدول في الخطبة بأنه عدول تعسفي (طرح الأستاذ بلحاج العربي السالف الذكر) يجب توافر أركانها والمتمثلة في: الخطأ، الضرر، علاقة السببية، والشخص المخول له الحكم بتوافر هذه

الأركان هو القاضي، فكيف يقوم القاضي بتقدير توافر هذه الأركان؟ وعلى أي أساس؟ وللإجابة على هذا التساؤل، سوف نتعرض في الفقرة الأولى إلى دور القاضي في تقدير الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في حق العدول عن الخطبة، ونتعرض في الفقرة الثانية إلى دور القاضي في تقدير أركان المسؤولية التقصيرية الناتجة عن العدول التعسفي في الخطبة.

## الفقرة الأولى: دور القاضي في تقدير أساس المسؤولية التقصيرية في العدول التعسفي عن الخطبة

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري بخصوص أحكام المسؤولية المدنية (العقدية والتقصيرية)، يتضح بأنه جعل من الخطأ هو الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية بصفة عامة، دون التطرق لماهية الخطأ فنصت المادة 124 من ق.م.ج على مايلي "**كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويُسبب ضررا للغير يُلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**"[1]، وبناء على هذا إذا ثبت للقاضي أن هناك تعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، فهل يمكن له الحكم بقيام المسؤولية التقصيرية في حق الطرف العادل؟ تُجيبنا المادة 124 مكرر من ق.م.ج بنصها " يُشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية..."، فيتضح من هذه المادة أن التعسف في استعمال الحق ما هو إلا صورة من صور الخطأ التقصيري، وعليه فإن العدول التعسفي في الخطبة يُشكل خطأ يُوجب قيام المسؤولية التقصيرية في حق الطرف العادل. كما تُظهر هذه المادة بأن هناك علاقة طبيعية بين التعسف في استعمال الحق والمسؤولية المدنية، حيث يتمثل جزاء التعسف في استعمال الحق في التعويض الذي يُعتبر جوهر المسؤولية المدنية

---

[1] أُنظر **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02 ص.63.

بما فيها التقصيرية[1]، ويبقى التعسف داخلا في نطاق المسؤولية التقصيرية حتى ولو كان تعسفا متصلا بالتعاقد[2]. ورغم اتجاه الفقه والقضاء إلى البحث عن أساس جديد للمسؤولية التقصيرية لتحقيق أكبر قدر من الحماية للمضرور، إلا أن فكرة الخطأ بقيت تُلوح في الأفق[3].

نخلص مما سبق بأن المشرع الجزائري اعتبر التعسف في استعمال الحق خطأ يُرتب المسؤولية التقصيرية، وعليه تنحصر مهمة القاضي في إثبات التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، سواء كان استعمال حق العدول بقصد الإضرار أو لمصلحة غير مشروعة الذي يُشكل خطأ تقصيري يُوجب المسؤولية، فتوصل القاضي في تأسيس المسؤولية التقصيرية على أساس التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، هو مظهر من مظاهر حماية القضاء للطرف المتضرر من التعسف، وذلك بمساءلة الطرف العادل المتعسف في حق العدول على أساس المسؤولية التقصيرية وإلزامه بإصلاح الضرر.

## الفقرة الثانية: دور القاضي في تقدير أركان المسؤولية التقصيرية الناتجة عن العدول التعسفي في الخطبة

أورد المشرع الجزائري القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية وهي المسؤولية عن العمل الشخصي في المادة 124 من ق.م.ج، هذه الأخيرة أن المسؤولية التقصيرية هي كالمسؤولية العقدية، أركانها ثلاثة وهي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، كما يتضح أيضا

---

[1] أُنظر **علي فيلالي**، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط 2، موفم للنشر سنة 2007، ص.63.

[2] **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، المجلد الثاني،ج01 ص.956.

[3] أُنظر **عبد الرحمن موجبي**، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006/2005، ص.26.

من هذه المادة أن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ الواجب الإثبات حيث يقع على المضرور إثبات هذا الخطأ، كما عليه إثبات باقي أركان هذه المسؤولية، وللقاضي حق تقدير قيام الخطأ كما له حق تقدير إنتفاءه غير أنه يخضع لرقابة المحكمة العليا في عملية تكييفه القانوني[1]، وكما مر معنا بأن أساس المسؤولية التقصيرية الناجمة عن التعسف في حق العدول عن الخطبة هو الخطأ الذي يُسبب ضررا للمعدول عنه، وبالتالي تقوم المسؤولية الناشئة عن التعسف في العدول عن الخطبة على نفس أركان المسؤولية التقصيرية، وعمل القاضي في تقدير قيام أركان هذه الأخيرة هو نفس عمله في تقدير المسؤولية الناشئة عن التعسف في العدول عن الخطبة، وعليه سنتناول أولا دور القاضي في تقدير قيام الخطأ وإنتفاءه، وثانيا دوره في تقدير تحقق الضرر، وثالثا دوره في تقدير علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

**أولا: دور القاضي في تقدير قيام ركن الخطأ في المسؤولية الناشئة عن العدول التعسفي في الخطبة**

لم تتضمن التشريعات المختلفة تعريفا للخطأ حيث تركت هذه المسألة للفقه، والراجح فقها في تعريف الخطأ هو أنه الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، إلا أن ما يُلاحظ على هذا التعريف أنه لم يتضمن عنصر التمييز الذي يجب أن يتوافر في الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية، عالج البعض هذا القصور بتعريف الخطأ بأنه: الإخلال بالتزام

---

[1] أُنظر **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02 ص.ص.60 و61.

قانوني سابق يصدر عن تمييز وإدراك[1]، وعليه فإن الخطأ يقوم على عنصرين هامين، عنصر مادي وهو الانحراف، وعنصر معنوي وهو الإدراك والتمييز.

**أ/- العنصر المادي للخطأ: الانحراف أو التعدي**

هو الإخلال بالالتزام القانوني بعدم الإضرار بالغير، أي هو كل انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، فهو تجاوز للحدود التي يجب على الشخص التزامها في سلوكه، وأكثر صوره وقوعا في الحياة العملية هو تحققه نتيجة إهمال أو عدم إحتياط، أي عدم توجه إرادة فاعله إلى الإضرار بغيره، ولا أهمية في مجال المسؤولية التقصيرية للتمييزبين الخطأ العمدي وغير العمدي ولا بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، فكلها تُوجب التعويض[2]، وبناء على هذا فإذا تعسف الطرف العادل في استعمال حق العدول عن الخطبة يُعتبر ذلك انحرافا عن السلوك المألوف للرجل العادي وبذلك تقوم المسؤولية التقصيرية للخاطب. لأن هناك من اعتبر التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير يُعتبر خطأ عمدي باعتبار أن القصد الوحيد الذي انصرفت إليه نية صاحب هذا الحق هو الإضرار بالغير[3]، ويبرز دور القاضي هنا في تقدير هذا العنصر أنه متى أثبت المعدول عنه تعسف الطرف العادل في استعمال حق العدول، وبالتالي إرتكاب الطرف العادل الخطأ عن طريق إثبات إنحرافه في العدول بأن يكون قصد الإضرار، يتوجب على القاضي إلزام الطرف العادل بالتعويض عن الضرر، ويستند القاضي في تقديره

---

[1] أُنظر **إياد محمد جاد الحق**، مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، دراسة تحليلية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد العشرون، العدد الأول يناير 2012، غزة–فلسطين، ص.ص.203 و204.

[2] أُنظر **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02 ص.ص.64 و65.

[3] أُنظر **علي فيلالي**، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص.64.

لهذا العنصر على المعيار الموضوعي أو المجرد حيث " يتولى القاضي تقدير سلوك الشخص قياسا على سلوك الشخص العادي أي السلوك المألوف لشخص يُمثل أوسط الناس، فهو متوسط الذكاء والعناية، نزيه وحذر وذو حيطة وضمير، فلا هو شديد اليقظة والحرص ولا هو مهمل كل الإهمال[1].

كما على القاضي أن يتأكد بأن وقوع الخطأ كان في الفترة الزمنية التي وقع فيه العدول أو بعده بفترة لا تنفي عنه وصف الاتصال به أو لا تنقطع فيها الصلة بينهما[2]، كما أن القاضي إضافة إلى المعيار الموضوعي يعتد بالظروف الخارجية في تقرير الانحراف. أي أن القاضي يضع الواقعة مجردة في إطار من الظروف الخارجية العامة التي أحاطت بها ثم يبحث عما إن كان الشخص العادي في مثل هذه الظروف أن ينحرف عن سلوك الشخص العادي[3]، ومثال الظروف الخارجية في العدول عن الخطبة، أن يكون المعدول عنه قد ساهم بعمله إلى دفع العادل إلى العدول عن الخطبة.

نرى بأن تقدير القاضي لهذا العنصر في الاستعمال التعسفي لحق العدول عن الخطبة هو أمر غير معقد، لأنه كما قلنا سابقا بأن هناك من اعتبر التعسف في استعمال الحق هو خطأ عمدي، يسهل على القاضي اكتشافه من نية الإضرار لدى الطرف العادل المتعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة أو المصلحة غير المشروعة التي كان يرمي العادل إلى تحقيقها، فإذا ما تبين للقاضي أن الطرف العادل قد تجاوز في عدوله الحدود التي يجب على الشخص العادي

---

[1] أُنظر **علي فيلالي**، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص.71.

[2] أُنظر **نعيمة مسعودة إلياس**، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص.74.

[3] أُنظر **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02 ص.69.

التزامها في سلوكه، يحكم بثبوت التعدي وبالتالي التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، وحكمه بثبوت التعدي يستلزم منه التدخل لحماية المعتدى عليه وذلك بمساءلة الطرف العادل (المعتدي) عن الضرر اللاحق بسبب هذا العدول وبالتالي إلزامه بالتعويض.

**ب/- العنصر المعنوي في الخطأ: الإدراك**

لا يتحقق الخطأ وبالتالي المسؤولية لمجرد التعدي أو الانحراف، إذ يجب نسبة هذا التعدي إلى فاعله باعتباره أنه قام بمثل هذا الفعل بمحض إرادته، فيُسأل الفرد مدنيا وجنائيا، وهكذا فإن رد التعدي إلى الفاعل يقتضي وجود إرادة إرتكاب الفعل لدى الفاعل، ولو لم تكن لديه نية الإضرار بالغير، ما لم نكن بصدد حالة إباحة[1]، وقد اشترط المشرع الجزائري لاعتبار السلوك خطأ يترتب عنه قيام المسؤولية أن يكون مرتكب الخطأ على الأقل مميزا وهذا ما نصت عليه المادة 125 من ق.م.ج.

وتأسيسا على هذا فإنه لابد أن يكون الطرف العادل قد تعسف في العدول عن الخطبة بمحض إرادته، أي أنه يكون مدركا ومريدا لهذا العدول التعسفي باختياره لتترتب المسؤولية التقصيرية، ويجب أن يكون الطرف العادل مميزا على الأقل حتى يُسأل عن هذا التعسف طبقا لنص المادة 125 من ق.م.ج، أما إذا كان عديم الأهلية بسبب عارض من عوارضها، فلا تقوم مسؤوليته عن التعسف في العدول عن الخطبة، وهذا تطبيقا للقواعد العامة في الأهلية في القانون المدني في مقابل إنعدام نصوص قانونية في ق.أ.ج تتطرق لهذه الأحكام.

إن تقدير القاضي لهذا العنصر يكمن في توصله أن الطرف العادل قد عدل وتعسف في عدوله باختياره وهو شخص مميز على الأقل، له قدرة فهم ماهية الفعل الذي أقدم عليه وما

---

[1] أُنظر **علي فيلالي**، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص.72.

ترتب عليه من ضرر للمعدول عنه. فيستحيل وجود الخطأ ما لم يكن الفاعل مميزا ومدركا لما يأتيه من سلوك[1].

مما لا شك فيه أن القاضي عند تقديره لقيام ركن الخطأ، لابد أن يأخذ بعين الاعتبار الحالات التي ينتفي فيها قيام الخطأ لأنه يترتب على إنتفاء الخطأ إنتفاء المسؤولية، وقد حُددت هذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر، من هذه الحالات ما ورد بنصوص القانون المدني كحالة الدفاع الشرعي (المادة 128)، وحالة تنفيذ أمر الرئيس (المادة 129)، وحالة الضرورة (المادة 130)، وحالات أخرى لم ينص عليها القانون مثل حالة الرضا بالضرر، فمن هذه الحالات ما يمكن تطبيقه على التعسف في العدول عن الخطبة مثل إصابة المعدول عنه بأمراض معدية وقت الخطبة، حيث يمكن إدراج هذا المثال ضمن حالة الضرورة مع وجوب توافر شروط هذه الحالة.

**ثانيا: التقدير القضائي للضرر الناشئ عن التعسف في العدول الخطبة**

الضررهو الركن الثاني في المسؤولية المدنية، وأن هذه الأخيرة وُجدت من أجل إصلاح وجبر الأضرار التي تلحق الغير، فلا مسؤولية مدنية بدون ضرر، والحقيقة أن الضرر ليس بركن فقط في المسؤولية المدنية بل هو مقياس مقدار التعويض الذي تستحقه الضحية، كا أن التطورات التي طرأت على المسؤولية المدنية زادت من أهمية الضرر، حيث أصبحت هذه المسؤولية تقوم على الضرر فقط[2]، وباعتبار الضرر واقعة مادية فإنه يثبت بكافة طرق الإثبات

---

[1] أُنظر **علي فيلالي**، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص.73.

[2] المرجع نفسه، ص.ص.282 و283.

ويقع عبء الإثبات على المدعي، وعليه سنقتصر في دراستنا على كيفية وزن القاضي للضرر والتحقق من قيامه.

إن الضرر في التعسف في العدول عن الخطبة هو ما يصيب المعدول عنه (الخاطب أو المخطوبة) من ضرر مادي (مثل مصاريف التحضير للزواج من تهيئة السكن وتأثيثه وتجهيز العروس) أو معنوي (وهو الأذى الذي يصيب الشخص في سمعته أو شرفه أو عاطفته أو شعوره دون أن يُسبب له خسارة مالية أو اقتصادية) وهذا ماانتهى إليه المشرع الجزائري في المادة 182 مكرر من ق.م.ج[1]، وعليه فإن الجهد الذي يقوم به القاضي في تقدير الضرر – كقاعدة عامة– هو تقدير ذاتي (التقدير الشخصي)، ولكن هذا التقدير الذاتي لا يحول دون الاعتداد ببعض العناصر الموضوعية[2]، لأن الضرر يقع على حق ذاتي أو شخصي أي هو الذي يصيب الشخص جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، وحق العدول عن الخطبة خق شخصي، فالتعسف في هذا الحق يُقدره القاضي تقديرا ذاتيا لكفالة حماية الطرف المضرور لاسيما وأن التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة يدخل ضمن أحوال الخطأ العمدي. إن في أحوال الخطأ غير العمدي يجب على القاضي أن يجمع في تقديره بين عناصر التقدير الشخصي والتقدير الموضوعي[3]، لذلك فإن حصول الوقائع المكونة للضرر من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، بيد أن تكييف الوقائع بأنها ضرر محقق يجب التعويض عنه أو ضرر محتمل لا يجب فيه التعويض ومن له حق المطالبة به ومدى انتقاله إلى الورثة،

---

[1] أُنظر **علي فيلالي**، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص.290.

[2] أُنظر **نبيل اسماعيل عمر**، المرجع السابق، ص.307.

[3] المرجع نفسه، ص.304.

هذه كلها من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة[1]، ومن ثم فإن كون الضرر مساسا بحق أو بمصلحة مشروعة أو تكييفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو احتمالي، وتكييفه بأنه ضرر مادي أو أدبي، كلها من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا[2]، والضرر المترتب عن التعسف في حق العدول عن الخطبة شأنه شأن باقي الأضرارفي تقديرها من طرف القاضي، فعلى هذا الأخير أن يتأكد بأن هذا الضرر وقع في إطار علاقة الخطبة وأن العدول المترتب عنه حصل أثناء قيام الخطبة، وأن هذا التعسف في العدول عن الخطبة قد ألحق أذى بالمعدول عنه سواء كان ماديا أو معنويا.

وأخيرا نخلص أن التقدير القضائي للضرر الناشىء عن التعسف عن العدول عن الخطبة، يُعد أيضا مظهر من مظاهر حماية القضاء للمعدول عنه خلال مرحلة الخطبة، فتوصل القضاء إلى إثبات الضرر المترتب عن التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، يقتضي مساءلة المتسبب في الضرر وهو الطرف العادل وإجباره بإصلاح الضرر على أساس المسؤولية التقصيرية.

**ثالثا: التقدير القضائي لعلاقة السببية في المسؤولية الناشئة عن الاستعمال التعسفي لحق العدول عن الخطبة**

معنى علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي لحق المضرور، وهي الركن الثالث من أركان المسؤولية مستقل

---

[1] أُنظر **رضا متولي وهدان**، منازعات إسناد الضرر في دعوى التعويض، مجلة العدل، العدد 54 ربيع الآخر 1433ه، السنة الرابعة عشر، وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، ص.156.

[2] أُنظر **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02 ص.169.

عن باقي الأركان[1]، وعبء إثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر يقع على المدعي، وذلك طبقا للقاعدة العامة في تحميل المدعي عبء إثبات ما يدعيه، قد عبر المشرع الجزائري عن هذا الركن في المادة 124 من ق.م.ج بكلمة "ويُسبب" التي تدل على أنه لكي يستحق المضرور التعويض لابد أن يكون الخطأ المرتكب هو السبب المباشر في حدوث الضرر، بحيث أنه إذا لم ينشأ الضرر عن خطأ المدعى عليه لا تقوم المسؤولية، وهذا الأخير إذا أراد أن يدفع المسؤولية يجب عليه أن ينفي علاقة السببية وذلك بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه طبقا لنص المادة 127 من ق.م.ج.

إن القاضي هو الذي يُقدر وجود رابطة السببية فيجب أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، حيث إذا رجع الخطأ إلى سبب أجنبي انعدمت السببية، وتنعدم أيضا حتى ولو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن هو السبب المنتج، وكذلك تنعدم السببية إذا كان السبب منتج في إحداث الضرر ولكنه لم يكن هو السبب المباشر، وعليه يتحدد نطاق تقدير القاضي لهذه الرابطة في:

1- وجوذ رابطة سببية بين الخطأ والضرر،

2- كون هذه السببية مولدة للضرر أي منتجة وكون هذا الضرر مباشرا[2].

وبناء على هذا فإن تقدير القاضي لعلاقة السببية في التعسف في العدول عن الخطبة يكمن في توصل القاضي إلى أن التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة الذي يُشكل تعدي، كان سببا في إحداث ضرر للمعدول عنه. لأن القاضي لكي يصل إلى هذه النتيجة، يجب

---

[1] **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، المجلد الثاني،ج01 ص.990.

[2] أُنظر **نبيل اسماعيل عمر**، المرجع السابق، ص.308.

عليه أن يدخل في الإطار الداخلي لعنصر التعدي في ركن الخطأ ذاته لكي يرى هل من شأن التعدي الحاصل من محدث الضرر أن يُولد مثل هذا الضرر أم لا؟وهل يتولد هذا الضرر من مثل هذا التعدي بطريق مباشر أم لا؟ أي أن القاضي يبحث مسألة ما إذا كان من طبيعة التعدي الحاصل في ذاته أن يُولد مثل هذا الضرر الواقع في ذاته أم لا؟[1] فإذا خلُص القاضي بأن التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، تسبب في إحداث الضرر بطريق مباشر خلُص في نفس الوقت إلى قيام رابطة السببية وبالتالي مساءلة المتسبب في الضرر، فالجهد الذي يبذله القاضي من خلال إعمال نشاطه الذهني للوصول إذا ما كانت هناك علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر، يُعتبر بمثابة ضمانة قضائية لحماية المضرور تدخل ضمن مظاهر الحماية القضائية لحماية المضرور، من خلال إلزام المتسبب في الضرر بخطئه المباشر في إصلاح الضرر.

إن القاضي عند تقديره لعلاقة السببية ينظر في اتجاهين، اتجاه داخلي داخل عنصر التعدي أو عدم مشروعية الفعل الخاطئ ليرى هل من ذات طبيعة هذا التعدي أن يُحدث ذات الضرر أم لا؟ اتجاه خارجي أي حسب المجرى العادي للأمور، وهل من شأن ذلك توليد الحدث الضارالذي أدى إلى الفعل الخاطئ أم لا؟ وكلا المعيارين هما معياران موضوعيان يستخدمهما القاضي في البحث عن قيام رابطة السببية[2].

---

[1]،أُنظر **نبيل اسماعيل عمر**، المرجع السابق، ص.311.

[2]، المرجع نفسه، ص.313.

## الفرع الثاني

## دور القاضي في جبر الضرر المترتب عن التعسف في حق العدول عن الخطبة

نقصد بجبر الضرر المترتب عن التعسف في حق العدول عن الخطبة هو الجزاء المترتب عن هذا التعسف الذي يتمثل في التعويض، وقد مر معنا بأن مسألة التعويض عن الضرر اللاحق بسبب العدول عن الخطبة، لم تكن محل اتفاق بين الفقهاء ما بين مؤيد للتعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة بصفة مطلقة، وما بين منكر مطلقا لهذه المسألة، واتجاه وسطي ما بين الاتجاهين بإقراره عدم التعويض عن العدول عن الخطبة إلا إذا صاحب هذا العدول أفعال خاطئة ومستقلة عنه أضرت بالطرف الآخر، وهو التجاه الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 05 من ق.أ.ج.

ما يهمنا في هذا المجال هو إبراز دور القاضي من خلال إعمال سلطته التقديرية في التعويض عن الضرر اللاحق بسبب التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، وعليه سنحاول في الفقرة الأولى إبرازدور القاضي في إقرار التعويض عن الضرر المترتب عن التعسف في العدول عن الخطبة، وسنحاول في الفقرة الثانية التطرق إلى كيفية تقدير القاضي لهذا التعويض، أما ما يدخل في مفهوم التعويض وعناصره وشروطه فمحلها المراجع العامة والمتخصصة.

### الفقرة الأولى: دور القاضي في إقرار التعويض عن الضرر الناتج عن العدول التعسفي في الخطبة

لقد اعترف المشرع الجزائري بحق المعدول عنه في التعويض عن الضرر اللاحق بسبب العدول عن الخطبة من خلال المادة 3/05 من ق.أ.ج بنصها "**إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض**"، فمن خلال هذه الفقرة نستنتج بأن المشرع الجزائري قد أقر حماية قانونية للمعدول عنه تتمثل في تعويضه عن الضرر اللاحق بسبب العدول عن الخطبة، إلا أن هذه الحماية تبقى قاصرة وغير مجدية إلا من خلال تفعيلها عن طريق القضاء (حماية قضائية) وذلك برفع الطرف المتضرر (المعدول عنه) من العدول التعسفي في الخطبة دعوى قضائية يُطالب فيها بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، فكيف يتعامل القاضي مع هذه الدعوى؟ نُجيب على هذا السؤال من خلال تتبع كيفية تعامل القاضي مع قضية تتضمن تعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.

**أولا: التكييف القضائي لوقائع الدعوى**

يتعين على القاضي أولا ضرورة أن تثبت له الخطبة، وهذا لن يتأتى إلا بعد اتصاله بالدعوى من خلال عناصر النزاع التي تتمثل في: طبيعة النزاع وموضوعه وكذا أطرافه، فطبيعة النزاع تُحدد مدى اختصاص القاضي بالدعوى أما موضوع النزاع فيُحدد القواعد الموضوعية القابلة للتطبيق عليه من خلال ما يقوم به القاضي من تكييف للوقائع المعروضة عليه وإعطاء وصف قانوني لها، أما أطراف النزاع فيُحدد بها القاضي مدى توافر الشروط الموضوعية لقبول الدعوى والمتمثلة في: الصفة والأهلية والمصلحة المنصوص عليها في قانون

الإجراءات المدنية والإدارية[1]، وعليه فإن القاضي عندما يرى دعوى التعويض عن الضرر المترتب عن التعسف في العدول عن الخطبة، فإنه يقوم أولا بالتأكد من مدى استيفاء الدعوى للشروط الشكلية المنصوص عليها في ق.إ.م.إ، ثم ثانيا يتوجب التأكد من قيام واقعة الخطبة، والتي يقع عبء إثباتها على المدعي الذي له إثباتها بكافة طرق الإثبات، فإذا قام بإثباتها عن طريق الشهود مثلا فإن القاضي يقوم باستدعائهم وسماع شهادتهم، ثم يقوم بعد ذلك بالتأكد من مدى قيامها على النحو الشرعي[2].

فبعد توصل القاضي بأن هناك خطبة وثبوت العدول عنها، يتعين عليه الوصول إلى أن هناك تعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة من الطرف العادل، هذا التعسف في العدول يكون قد ألحق ضررا بالمعدول عنه مما يترتب عليه مساءلة الطرف المتسبب في الضرر وبالتالي إلزامه بالتعويض، وهذه هي الخطوة الثانية التي يقوم بها القاضي التي تتمثل فيمايلي:

**ثانيا: مساءلة المتعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة**

عملا بالأحكام العامة لقواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة 124 من ق.م.ج، فإنه لتعويض المضرور عن الضرر المترتب عن التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، لابد من توافر أركان المسؤولية التقصيرية جملة في حق المتسبب في الضرر والمتمثلة في: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، فيقع على القاضي هنا بحث مدى قيام المسؤولية في

---

[1] أُنظر المادتين 13 و65 من **الأمر 66-154** المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم، ج ر للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 47 المؤرخة في 1966/06/09، المعدل **بالقانون رقم 08-09** المؤرخ في 2008/02/25، ج ر رقم 21 المؤرخة في 2008/04/23.

[2] أُنظر **اسمهان عفيف**، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الغربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2011/2010، ص.ص.136 و137.

حق المتعسف في العدول عن الخطبة من خلال قيام أركانها الذي يمكنه في الأخير من تقرير الحق في التعويض لصالح المتضرر من التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة وبالتالي يُجبر الضرر، وهذا هو المعنى الذي قصدته المادة 124 من ق.م.ج من أن كل خطأسبب ضررا للغير يُلزم من ارتكبه بالتعويض.

يبتدأ القاضي عمله أولا بالبحث عن الخطأ الذي ارتكبه الطرف العادل في الخطبة، ألا وهو العدول عن الخطبة وهذا ما يعتبره القاضي تعسفا على رأي الأستاذ "بلحاج العربي" في استعمال حق العدول عن الخطبة على أساس أن الطرف العادل قد انحرف في سلوكه عن السلوك المألوف للرجل العادي (اعتماد القاضي على المعيارالموضوعي)، وعليه فإذا كان عدول الطرف العادل عن الخطبة مثلا بقصد تشويه سمعة المخطوبة، ويتبين للقاضي هنا بأن الباعث على العدول كان بقصد الإضرار بالغير (المعدول عنه)، فيثبت للقاضي بأن الطرف العادل قد ارتكب خطأ عمديا من خلال أن هذا الأخير كان يرغب في إلحاق ضرر بالمعدول عنه. كما أن استعمال الحق بقصد تحقيق غاية مشروعة، أي الحصول على الغاية التي تقرر من أجلها هذا الحق، لا يُعد خطأ ولو ترتب عليه ضرر للغير[1]، فيجب أن يصل القاضي بأن الطرف العادل قد تعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة بقصد الإضرار، وهذا ما يُشكل خطأ في نظر المشرع تطبيقا لنص المادة 124 مكرر من ق.م.ج التي اعتبرت التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير خطأ.

[1] أُنظر **علي فيلالي**، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص.65.

الجدير بالذكر هو أن نية الإضرار وحدها غير كافية لتجسيد التعسف في استعمال الحق، بل يجب أن يصطحب هذه النية تعدي أو انحراف في سلوك الشخص العادي[1]، وأن يكون الطرف العادل قد عدل عن الخطبة بمحض إرادته وكان مدركا لانحرافه عن سلوك الرجل العادي، فبهذا يستطيع القاضي إثبات قيام الركن الأول من أركان المسؤولية التقصيرية وهو الخطأ، كما يستطيع القاضي أيضا الإرتكاز على حالات أخرى للتعسف ماعدا قصد الإضرار سواء نص عليها القانون أو لم ينص أن يؤسس عليها قيام الخطأ كحالة ترجيح الضرر على المصلحة وغيرها من الحالات.

بعد استكمال القاضي لعملية البحث عن مدى توافر ركن الخطأ، يشرع في البحث عن مدى تحقق الضرر المترتب عن التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، فهذه المرحلة تتمثل في بحث القاضي في توافر شروط قيام الضرر والتي تستدعي بيانها من طرف القاضي عند تقريره لحق التعويض. وبالرجوع إلى نص المادة 3/05 من ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري لم يُحدد للقاضي مسبقا عناصر الضرر التي يتحقق من مدى قيامها مما يتطلب إعمال القاضي لسلطته التقديرية في استخلاص ذلك، وهذا من خلال الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من ق.أ.ج، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن فقهاءها قاموا بوضع شروط معينة تُشكل عناصر الضرر ويستلزم قيامها وجوب التعويض[2]، فينبغي على القاضي التأكد من توافر شروط قيام الضرر ليتسنى له الحكم بأن الخطأ المرتكب قد سبب أذى أصاب المعول عنه في الخطبة من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة

---

[1] أُنظر **علي فيلالي**، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص.65.

[2] أُنظر **اسمهان عفيف**، المرجع السابق، ص.137.

مشروعة له، سواء تعلق هذا الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك.

لقد أقر المشرع الجزائري التعويض عن الضرر بنوعيه (المادي والمعنوي) تاركا للقاضي سلطة تقدير ما يُشكل ضررا ماديا أو معنويا، وفي هذا السياق فقد اعتبر القضاء الجزائري أنه إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، جاز الحكم بالتعويض وذلك في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1997/12/25[1].

بعد تحقق القاضي من وقوع الضرر، يسعى إلى إكتشاف العلاقة ما بين الخطأ والضرر، هل إرتكاب الخطأ كان سببا في إحداث هذا الضرر؟ أي يجب أن يتأكد من توافر رابطة السببية ما بين الخطأ المرتكب والتعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة وبين الضرر اللاحق بالمضرور، فعلى القاضي التوصل بأن الضرر اللاحق بالمعدول عنه كان بسبب التعسف في العدول عن الخطبة وليس لأي سبب آخر.

وأخيرا، فإن وصل القاضي إلى أن كل أركان المسؤولية متوافرة، فيقوم بمساءلة المتعسف في العدول عن الخطبة على أساس المسؤولية التقصيرية وبالتالي يحكم بالتعويض لصالح المعدول عنه، وهذا ما يُجسد حماية القاضي للمعدول عنه من خلال مساءلة الطرف المتعسف في العدول عن الخطبة وإلزامه بالتعويض.

---

[1] قرار المحمكة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 56097، بتاريخ 1997/12/25، المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 4، ص.102، أشار إليه **شامي أحمد**، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية سنة 2010، ص.50.

## الفقرة الثانية: تقدير القاضي للتعويض اللاحق بسبب التعسف في العدول عن الخطبة

يشمل التعويض في المسؤولية التقصيرية كل الضرر المباشر، مادي أو أدبي، متوقعا كان أو غير متوقع، ولكن التعويض إذا كان يشمل كل الضرر المباشر، فإنه يقتصر عليه وحده ولا يمتد في أي حال إلى الضرر غير المباشر، ويملك القاضي سلطة إختيار طريقة التعويض التي يراها أكفل من غيرها في جبر الضرر[1]، وعليه سنتعرض أولا إلى طريقة التعويض ومقداره في التعسف في العدول عن الخطبة، وثانيا نتطرق إلى الوقت الذي يُقدر فيه القاضي الضرر الواجب التعويض عنه.

### أولا: طريقة التعويض ومقداره في الضرر المترتب عن التعسف في العدول عن الخطبة

بالرجوع إلى نص المادة 3/05 من ق.أ.ج ، نجد أن المشرع الجزائري لم يُحدد طريقة منح التعويض ولم يُحدد سقفا معينا للتعويض يتقيد به القاضي، وإنما ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي. وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري استئناسا في هذه المسألة باعتبار أنه يوجد نص المادة 05 من ق.أ.ج نص على التعويض وبالتالي فلا يمكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بتطبيق نص المادة 222 من ق.أ.ج، نجد أن المشرع بموجب نص المادة 131 من ق.م.ج بين للقاضي أسسا يستند إليها في تقدير التعويض وهي: تقدير التعويض استنادا إلى الظروف الملابسة، وبإمكان المضرور عند تعذر تقدير التعويض إمهال الطرف المضرور مدة للمطالبة بالنظر من جديد في التقدير[2].

---

[1] أُنظر **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02 ص.269.

[2] أُنظر **اسمهان عفيف**، المرجع السابق، ص.182.

في هذا الصدد فقد قررت الشريعة الإسلامية أربعة أنواع من الجزاء على التعسف وهي: الجزاء العيني (يكون هذا الجزاء في التصرفات القولية والفعلية) والجزاء التعويضي أو الضمان والجزاء التعزيري والجزاء الأخروي[1]، والتعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة ينطبق عليه نوع من هذه الأنواع، فقد سار المشرع الجزائري وفق أحكام الشريعة الإسلامية في تحديده لطرق التعويض، حيث تظهر هذه الطرق من خلال نص المادة 132من ق.م.ج وهي: التعويض العيني، التعويض بمقابل والذي من بينه التعويض النقدي، فأي نوع يطبقه القاضي على التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة؟

**أ- التعويض العيني**

يُعرف بأنه الحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر، وهو أفضل من التعويض النقدي لأنه يمحو الضرر ويزيله بدلا من بقاء الضرر وإعطاء المتضرر مبلغا من المال فقط[2]. إن التعويض العيني منوط بطلب المتضرر، وللقاضي سلطة تقديرية في تقدير إن كان التعويض العيني ملائما أو غير ملائم، وهو في هذا غير خاضع لرقابة المحكمة[3].

**ب- التعويض النقدي**

وهو التعويض الذي يغلب الحكم به في دعاوى المسؤولية التقصيرية، لأن كل ضرر- حتى الضرر الأدبي- يمكن تقويمه بالنقد، ففي جميع الأحوال التي بتعذر فيها التنفيذ العيني،

---

[1] أُنظر **فتحي الدريني**، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.288.

[2] أُنظر **نصير صبار لفتة**، التعويض العيني (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية صدام للحقوق، جامعة النهرين، العراق (جامعة صدام سابقا)، سنة 2001، ص.18.

[3] المرجع نفسه، ص.144.

يحكم القاضي بتعويض نقدي وهذا هو الأصل[1]، وعند قيام القاضي بتقدير هذا التعويض فهناك مجموعة من العناصر يأخذها بعين الإعتبار التي من بينها: الاعتداد بالمركز المالي للطرفين[2]، ويتمثل هذا التعويض في جبر الضرر المترتب عن التعسف في حق العدول عن الخطبة في المبلغ المالي الذي يُقدره القاضي سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، كما يستطيع القاضي أيضا أن يحكم بهذا النوع من التعويض في رد الهدايا في حال استهلاك الطرف العادل هذه الهدايا، فيُلزمه القاضي بتعويض نقدي وهو رد قيمة هذه الهدايا نقدا، فيستطيع القاضي أن يحكم بهذا النوع من التعويض في كلا نوعي الضرر (المادي والمعنوي). فإن كان الضرر المادي يمكن تقديره بالنقد كما لو اشترط الخاطب على المخطوبة بأن تشتري تجهيزا معينا، وفي هذه الحال يتعذر فيها التنفيذ العيني، فلا يرى القاضي فيها سبيلا إلا التعويض النقدي، وهو ما أكده المشرع الجزائري من خلال المادة 176 من ق.م.ج بنصها "**إذا استحال على المدين أن يُنفذالالتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذه التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأثر المدين في تنفيذ التزامه**"، كما نصت المادة 182 من نفس القانون على انه إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يُقدره وفقا لما لحق المضرور (الدائن) من خسارة وما فاته من كسب، ويشتمل التعويض وفقا للمادة 182 مكرر الضرر المعنوي من آلام وكل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة

---

[1] أُنظر **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، المجلد الثاني،ج01 ص.1094.

[2] أُنظر **نبيل اسماعيل عمر**، المرجع السابق، ص.321.

وغيرها[1]، والتعويض عن الضرر المعنوي يختلف عن تعويض الضرر المادي كثيرا من حيث تقديره، وذلك لصعوبة تقدير العوض في الضرر المعنوي فيما يتعلق بتقدير وحساب قدر هذا التعويض، نظرا لصعوبة تقويم الضرر المعنوي ذاته وتقديره بالنقود، لأنه لا يوجد معيار أو مقياس نقدي مباشر لتقدير القيمة المادية للشرف والسمعة والحب والمعاناة وغير ذلك من صور الضرر المعنوي، ومع ذلك فلم تقف هذه الصعوبة حائلا دون تعويض الضرر المعنوي[2]، فيُمكن أن يُقال أن الضرر الأدبي لا يمكن إصلاحه بالنقود، ولكن يُمكن أن يُقال: إن النقود إذا لم تُصلح كل الضرر فإنها على الأقل تُساعد على التخفيف من حدته أو تشاهم في إرضاء المجني عليه[3].

ما استقر عليه القضاء الجزائري أنه يجيز التعويض عن الضرر المعنوي في حالة العدول عن الخطبة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها[4]، هذا القرار الذي كيف العدول عن الخطبة التي طالت ودامت 04 سنوات بأنه عدول تعسفي رتب ضررا معنويا يتمثل في تفويت فرصة الزواج على المخطوبة طيلة هذه المدة يجب التعويض عليها.

---

(1) أُنظر **شامي أحمد**، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2014/2013، ص.22.

(2) أُنظر **عبد العزيز بن أحمد السلامة**، التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة العدل، العدد 48، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف السعودية سنة 1431، ص.195.

(3) أُنظر **باسل محمد يوسف قبها**، التعويض عن الضرر الأدبي (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس–فلسطين، سنة 2009، ص.99.

(4) المحمكة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 79999، بتاريخ 1991/04/23، المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1999، ص.54، أشار إليه **شامي أحمد**، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص.28.

**ثانيا: الوقت الذي يقدر فيه القاضي الضرر الواجب التعويض عنه**

استقر الفقه والقضاء بأن تقدير الضرر يكون يوم صدور الحكم، ليتحقق التعادل بين الضرر والتعويض، وذلك لأن النتائج التي تترتب على عمل ضار غير مستقرة، فقد تشتد أو تخف تبعا للظروف ومن هنا يجب على القاضي أن يراعي عند تقدير التعويض ما وصلت إليه حالة المضرور وقت الفصل في الدعوى[1]، لأن تغير الزمان والمكان وطباع الناس قد يكون له دور في حكم القاضي[2]، وهذه ظروف من شأنها أن تُؤثر في تقدير القاضي للتعويض، فالضرر المترتب عن التعسف في العدول عن الخطبة قد درجته من يوم العدول عن الخطبة إلى غاية يوم الفصل في دعوى التعويض عن هذا الضرر، وعليه فإن كان التعويض يستحق من وقت وقوع الضرر المترتب عن التعسف في العدول عن الخطبة، وأن التعويض يكون بقدر الضرر، فعلى القاضي إذن تقدير تعويض هذا الضرر يوم الفصل في الدعوى.

ومن هنا يجب على القاضي في تقدير التعويض النقدي باعتباره الأصل، قيمة الضرر يوم إصدار حكمه ومدى تغير قيمة النقد وقوته الشرائية حتى يكون التعويض جابرا للضرر بصفة حقيقية[3].

## الفرع الثالث

## الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم بالتعويض عن ضرر العدول في الخطبة

---

[1] أُنظر **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02 ص.273.

[2] أُنظر **محمود محمد ناصر بركات**، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط 1، دار النفائس، عمان-الأردن سنة 2007، ص.337.

[3] أُنظر **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02 ص.274.

حتى لا يكون القاضي حكمه معيبا وضمانة للطرف العادل، لابد أن يكون حكم القاضي مؤسسا قانونا، أي يستند إلى أساس من القانون بمعنى أنه يجب على القاضي عند استخراجه للوقائع وكذا تكييفها بإعطائها الوصف القانوني ثم الحكم بالتعويض، يجب أن يبين في حكمه النص القانوني الذي استند إليه للحكم بإقرار التعويض، وعليه نقصد بالأساس القانوني هنا النص القانوني الواجب التطبيق من طرف القاضي في دعوى الضرر المترتب عن التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، كما أن الحكم بالتعويض يستلزم مساءلة المتسبب في الضرر، وعليه فإن الأساس القانوني الذي يرتكزعليه القاضي في إصدار حكمه لابد أن يبين نوع المسؤولية التي تترتب عن العدول عن الخطبة.

قد خلصنا فيما سبق بأن مجرد العدول ذاته لا يصلح كأساس للمطالبة القضائية، وإنما الذي يصلح لذلك هو ما صاحب العدول من فعل نجم عنه الضرر، وقد ركزنا على التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة كأساس للمطالبة القضائية عن الضرر المترتب عن التعسف في العدول عن الخطبة تماشيا مع ما ذهب إليه أستاذنا "بلحاج العربي"، ومن هنا نطرح التساؤل التالي: هل يُعتبر التعسف في استعمال الحق هو الأساس الوحيد الذي يُمكن أن يُؤسس عليه القاضي حكمه في التعويض عن العدول عن الخطبة؟ للإجابة على هذا التساؤل نتطرق في الفقرة الأولى إلى موقف الفقه من التعسف في استعمال الحق كأساس للحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة، ونتطرق في الفقرة الثانية إلى موقف المشرع الجزائري من ذلك أيضا.

## الفقرة الأولى: موقف الفقه من التعسف في استعمال الحق كأساس للحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة

لم يكن التعسف في استعمال الحق كأساس للمطالبة القضائية بالتعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة محل اتفاق بين الفقهاء، فقد اتجه فقهاء القانون وعلى رأسهم الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري "بأن فسخ الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج، إذا لم يكن خطأ عقديا قد يكون خطأ تقصيريا يُوجب التعويض، ومعيار الخطأ هنا هو المعيار المعروف فإذا انحرف الخطيب في عدوله عن الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل هذه الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب، كان العدول عن الخطبة خطأ يُوجب المسؤولية التقصيرية"[1]، فيظهر لنا من هذا القول بأن أسس التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على أساس المسؤولية التقصيرية وليس العقدية ولا على أساس التعسف في استعمال الحق. إلا أنه جعل من هذا الأخير إحدى صور الخطأ[2] التي عند تحققها مع باقي الأركان الأخرى تقوم المسؤولية التقصيرية. وقد قرر القضاء ثلاثة مبادئ بخصوص المسؤولية عن استعمال الحق وهي: 1- الخطبة ليست بعقد ملزم،

2- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض،

3- إذا اقترن بالخطبة أفعال أخرى ألحقت ضررا بأحج الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية[3].

في حين ذهب الفقه الإسلامي الحديث وعلى رأسه الدكتور أبو زهرة إلى تأسيس الحق في التعويض على التغرير "...وعند الكلام على أساس ضمان التعدي يجب أن نُفرق بين أمرين:

---

[1] **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، المجلد الثاني،ج01، ص.937.

[2] المرجع نفسه، ص.ص.919 و920.

[3] المرجع نفسه، ص.940.

بين ضرر ينزل نتيجة لاغترار من نزل به الضرر وضرر ينزل نتيجة لتغرير الطرف الآخر، فإن الفقهاء قرروا أن الضرر الذي يكون نتيجة الاغترار لا ضمان على أحد، والضرر الذي يكون نتيجة التغرير فإن من غرره يضمن، وبتطبيق هذه القاعدة على الخطبة نجد بعض الفقهاء المحدثين يقرر أن كل ضرر يكون بسبب الخطبة، ثم العدول لا يخلو من تغرير لأن الأشياء المادية التي يتكلفها الطرف الذي ناله الضرر، تمت تحت عين وبصر من عدل عن الخطبة وذلك لا يخلو من تغرير"[1]، ويرى الدكتور وهبة الزحيلي في نفس السياق أن "الضرر الناشئ عن فسخ الخطبة دون مسوغ فإن بعض المحاكم في البلاد العربية تحكم بالتعويض عنه، عملا بنظرية التعسف في استعمال الحق إذ لا ضرر ولا ضرار أو بناء على المسؤولية التقصيرية أي الخطأ الذي سبب ضررا للغير"[2] ، وهو تقريبا نفس الموقف الذي أخذ به الدكتور مصطفى السباعي "فإنه يسند مبدأ التعويض عن الضرر الذي ينشأ عن العدول عن الخطبة إلى أصلين شرعيين وهما:

1- مبدأ إساءة استعمال الحق المقرر في الفقه المالكي والحنفي وغيره والذي جسدته القوانين العربية،

2- مبدأ الالتزام في الفقه المالكي والمبني في هذه الحالة على الوعد بالزواج"[3]،

وفي مرحلة لاحقة بدأت المحاكم المصرية تقرر التعويض عن العدول مؤسسة أحكامها على ما يعرف بنظرية التعسف في استعمال الحق[4]، وكما يرى الدكتور الصابوني أن ممارسة الحق

---

[1] **محمد أبو زهرة،** محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص.74.

[2] **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.36.

[3] المرجع نفسه، ص.36.

[4] المرجع نفسه، ص.33.

يجب أن تكون في إطار عدم الإضرار بالآخرين، فإذا حدث الضرر حكم بالتعويض دون التفريق بين الخاطب والمخطوبة في ذلك[1].

نستنتج من الآراء الفقهية المذكورة سواء الفقه الإسلامي أو الفقه القانوني بعض النتائج وهي:

- أن مجرد العدول عن الخطبة الذي لم يُرتب ضررا للمعدول عنه لا يجوز المطالبة بالتعويض.

- العدول الذي يُصاحبه أفعال أخرى ضارة يلزم الطرف المتسبب في الضرر بالتعويض.

- عدم اتفاق الفقهاء على أساس واحد يصلح كأساس قانوني يستند إليه القاضي في الحكم بالتعويض في العدول عن الخطبة.

- حصر الأساس الذي يُؤسس عليه القاضي حكمه بالتعويض عن ضرر العدول ما بين المسؤولية التقصيرية والتعسف في استعمال الحق.

والذي يترجح لي –والله تعالى أعلم– هو تأسيس القاضي حكمه بالتعويض عن الضرر اللاحق بسبب العدول عن الخطبة على أساس المسؤولية التقصيرية، لأن التكييف الحقيقي للتعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة ما هو إلا خطأ عمدي يرتكبه الطرف العادل يكون القصد منه في الغالب إلحاق ضرر بالمعدول عنه، كالعدول عن الخطبة بقصد تشويه سمعة المخطوبة أو تفويت فرصة الزواج عليها، ولقيام المسؤولية التقصيرية لابد أيضا من توافر بقية أركانها الأخرى وهي: الضرر وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر، وبالرجوع إلى التعسف في العدول عن الخطبة، نجد بأن كل أركان المسؤولية التقصيرية متوفرة حيث يتمثل الخطأ في

---

[1] **اسمهان عفيف،** المرجع السابق، ص.145.

انحراف الطرف العادل في سلوكه عن السلوك المألوف للرجل العادي وذلك بعدوله عن الخطبة من دون مسوغ شرعي، وركن الضرر يتمثل في الأذى الذي يصيب المعدول عنه بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له كالأذى الذي يلحق المخطوبة من جراء العدول عن الخطبة بتفويت فرصة الزواج عليها، وركن علاقة السببية الذي يتمثل في أن التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة كان سببا في إلحاق الأذى والضرر بالمعدول عنه، أي أن هذا الضرر كان نتيجة خطأ الطرف العادل، وعليه فبتوافر هذه الأركان يستطيع القاضي أن يحكم بالتعويض للمعدول عنه المتضرر من التعسف في العدول عن الخطبة على أساس المسؤولية التقصيرية.

## الفقرة الثانية: موقف المشرع الجزائري من التعسف في استعمال الحق كأساس للحكم بالتعويض في العدول عن الخطبة

إن نص المادة 3/05 من ق.أ.ج جاء غامضا بخصوص الأساس الذي يستطيع القاضي أن يستند عليه في تأسيس حكمه بالتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، كما أنه ليس هناك نص آخر في قانون الأسرة الجزائري يبين هذا الأساس، فترك المشرع الجزائري للقاضي حرية الاجتهاد في تأسيس حكم التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، وقاضي شؤون الأسرة باعتباره هو المختص بتقدير التعويض في هذه الحالة، فلابد له الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، فعلى أي أساس يُؤسس القاضي حكمه بالتعويض عن التعسف في العدول عن الخطبة؟ وما هي النصوص القانونية التي يستند عليها في ذلك؟

ذهب المشرع الجزائري في المادة 3/05 من ق.أ.ج إلى إمكانية التعويض عن الضرر المادي والمعنوي، وقد جاء هنا النص عاما ومطلقا على أساس أن التعويض ليس على مجرد العدول وإنما عن الضرر الناجم على العدول على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية

العقدية، لأن الخطبة ليست بعقد وإن كان العدول عن الخطبة حق لكن لا يجب التعسف في استعمال هذا الحق، غير أنه إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال خاطئة في ذاتها أو مستقلة استقلالا تاما، ومنسوبة لأحد الطرفين وألحقت ضررا ماديا أو أدبيا للطرف الآخر جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية[1]، وهذا ما حكمت به المحكمة العليا في قرار من قراراتها[2].

ولا شك أن من ذهب إلى تأسيس الحكم بالتعويض عن الضرر اللاحق بسبب العدول عن الخطبة على أساس المسؤولية التقصيرية، فإنه يستند في ذلك على النصوص القانونية الآتية: المادة 3/05 من ق.أ.ج، المادة 124 من ق.م.ج، وبما أن العدول عن الخطبة ورد فيه تعسف يستند أيضا عاى نص المادة 124 مكرر من ق.م.ج.

إن استعمال الحق الناتج عن التعسف والمسبب للضرر يُوجب التعويض حسب نص المادة 124 مكرر من ق.م.ج، لأن الخاطب تصرف تصرفا زائدا على مجرد العدول وسبب ضرر للمعدول عنه، أو ظهر أنه أساء استعمال حقه في العدول غير المبرر فإنه يحق للمضرور المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر، ويجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض للطرف المضرور كلما أثبت أن الضرر ناتج عن التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة وهذا ما نصت عليه المادة 3/05 من ق.أ.ج[3]، ونظن بأن من نادى بهذا الرأي هدفه هو التخفيف على

---

[1] أُنظر **بلحاج العربي**، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.137، راجع أيضا كتابه النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02 ص.23.

[2] المحمكة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 39065، بتاريخ 1985/12/30، غير منشور، أشار إليه **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق،ج02 ص.23.

[3] أُنظر **عبد العزيز سعد**، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، د ط، دار هومة، الجزائر سنة 2013، ص.ص.64 و65.

المتضرر من العدول عن الخطبة وعد إثقال كاهله بإلزامه إثبات توافر كل أركان المسؤولية التقصيرية، لأنه هو الذي يقع عليه عبء إثبات هذه الأركان حتى يستفيد من التعويض، وقاضي شؤون الأسرة باعتباره هو المختص فإنه يرجع في إصدار حكمه بالتعويض إلى الأحكام العامة للمسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في القانون المدني، وهذا ما يُخالف نص المادة 222 من ق.أ.ج التي تنص على أنه "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"، في حين أن تأسيس القاضي حكمه بالتعويض عن ضرر العدول على أساس التعسف في استعمال الحق، يتطلب فقط على الطرف المعدول عنه إثبات وقوع تعسف في هذا العدول ليحكم له القاضي بالتعويض عن ضرر التعسف في العدول عن الخطبة، والقاضي في هذه الحال يُؤسس حكمه فقط على القاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار"، وبالتالي فإن القاضي هنا يؤسس حكمه على نص المادة 3/05 من ق.أ.ج وعلى قاعدة شرعية نصت عليها أحكام الشريعة الإسلامية وهذا ما يُعد تطبيقا لنص المادة 222 من ق.أ.ج، وعليه يكون أساس التعويض عن الضرر هو التعسف في استعمال الحق استنادا لأحكام قانون الأسرة الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، كما أن الأخذ بهذا الرأي فيه إقرار للمعدول عنه بنوع من الحماية القانونية والقضائية.

هذا الرأي جيد في نظرنا لولا فيه بعض الأمور التي منها:

– عدم وجود نصوص قانونية في قانون الأسرة الجزائري تُنظم أحكام التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.

– إثبات توافر أركان المسؤولية التقصيرية غير مرهق للمعدول عنه في حال إثباته وقوع تعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، لأن التعسف في استعمال الحق هو صورة من صور

الخطأ بل هناك من اعتبره خطأ عمديا، وهو الركن الصعب الإثبات مقارنة بباقي الأركان الأخرى.

– إن تأسيس حكم التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة على أساس المسؤولية التقصيرية، فيه حماية لكلا الطرفين حيث عند ثبوت مساءلة الطرف العادل المتعسف في العدول عن الخطبة، يُلزم بالتعويض لصالح المعدول عنه وهذا حماية لهذا الأخير، أما الطرف العادل حمايته في أنه لابد على المعدول له أن يُثبت توافر كافة أركان المسؤولية في حقه.

وأخيرا وحتى يكون نص المادة 3/05 من ق.أ.ج منسجما مع كل ما تم ذكره أي بناء على الطرح الذي ذهب إليه أستاذنا "بلحاج العربي"، نقترح إعادة صياغته كما أشرنا سابقا في هذا البحث كمايلي "**يُعد الطرف العادل متعسفا في استعمال حق العدول عن الخطبة، متى تبين للقاضي خروج الطرف العادل عن السلوك المألوف للرجل العادي، الذي يترتب عليه إلزام الطرف العادل بجبر الضرر على أساس المسؤولية التقصيرية**"، ومن هنا بهذه الصياغة كما قال الأستاذ "**بن شويخ الرشيد** "بهذا نخرج العدول المجرد ولو حصل فيه ضرر، لنقيم المسؤولية التقصيرية فقط في مجال التعسف في استعمال الحق، أو سوء استعماله حيث يثبت الخطأ"[1].

أما بالنسبة للقضاء المقارن، فقد أجمعت الاجتهادات القضائية الصادرة عن القضاء المصري وكذا الأردني وحتى القضاء المغربي والتونسي إلى تأسيس حكم التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة على أساس المسؤولية التقصيرية، استنادا إلى نصوص القانون المدني لأن قضاءها سار إلى ما سار إليه القضاء الفرنسي الذي يُؤسس حكم التعويض في

---

[1] **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.38.

العدول عن الخطبة على أساس أحكام المادة 1382 من القانون المدني المتعلقة بالتعويض عن المسؤولية التقصيرية[1].

تجدر الإشارة في الأخير أن نص المادة 1/18 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي هو أحسن نص في مجال العدول عن الخطبة وتعويض الضرر المترتب عن هذا العدول بنصه "**لكل من الطرفين العدول عن الخطبة، وإذا ترتب ضرر عن عدول أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتض كان للطرف الآخر المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر، ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل**"، فواضح من نص هذه المادة بأنه قد كرس الحق في المطالبة بالتعويض في حالة حدوث الخطأ الذي يؤدي إلى حصول الضرر، وهذا التعويض مبني على قواعد المسؤولية التقصيرية، كما أنه أضاف شيئا جديدا لم نجد له نظير لا في القانون الجزائري ولا المغربي وهو استعماله عبارة "**ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل**"، وهو حكم يُحقق الغرض في باب المسؤولية وتقرير التعويضات، ويمنع التحايل بأن يتعمد الخصام مع الطرف الآخر فيدفعه دفعا للعدول وبالتالي يتهرب من المسؤولية والتعويضات[2]، فالنص المذكور في رأينا يضمن حماية لطرفي الخطبة أكثر من النصوص الأخرى، كما أنه يُسهل على القاضي عمله في حال التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، وهذا من خلال قصر تدخل القاضي لحماية المعدول عنه سواء من الطرف العادل أو من الغير في حال كون العدول عن الخطبة بدون مبرر أو كما قال هو "**من غير مقتض**".

---

[1] أُنظر **اسمهان عفيف،** المرجع السابق، ص.147.

[2] أُنظر **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.39.

## المبحث الثاني

## دور القاضي في حماية الأسرة من النزاعات الناتجة عن الاشتراط في الزواج

سعت الشريعة الإسلامية وتبعتها القوانين الوضعية إلى حماية الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية في المجتمع، وكرست هذه الحماية في مختلف أحكامها لاسيما في عقد الزواج الذي يُعتبر اللبنة الأساسية في تكوين الأسرة، هذا الأخير الذي تُحمى الأسرة في نطاقه على عدة مظاهر من بينها الحماية عن طريق الإباحة للزوجين أن يُضمنا عقد زواجهما جملة من الشروط تحقق مصالحهما المشتركة، وهذا ما يُعرف بـــ"الاشتراط في عقد الزواج أو الشروط المقترنة بعقد الزواج".

لقد ضمنت معظم التشريعات الوضعية العربية كما سنرى لاحقا قوانينها بالنص على هذه الشروط ووجوب الوفاء بها، وبالتالي ضمنت هذه القوانين حماية قانونية للأسرة من خلال هذه الشروط، ومما لا شك فيه بأن تحقيق وتجسيد هذه الحماية القانونية لا يكون إلا عن طريق القضاء، **فكيف يحقق القاضي الحماية القانونية للأسرة من خلال الاشتراط في عقد الزواج؟**

يستلزم الإجابة على هذا التساؤل التطرق إلى أحكام الاشتراط في عقد الزواج في الفقه والقانون بصفة موجزة في المطلب الأول، ثم التطرق إلى الحماية القضائية للمشترطين (المشترط والمشترط عليه) في عقد الزواج في المطلب الثاني.

## المطلب الأول

## أحكام الاشتراط في عقد الزواج فقها وقانونا

اتفق الفقهاء على صحة الشرط الذي يُوافق مقتضى العقد، أو ورد به الشرع كاشتراط الزوجة أن ينفق عليها زوجها، أو يُعطيها مهرا، وكاشتراط الزوج أن يُجامعها أو يُسافر بها إن شاء فهذه شروط صحيحة باتفاق الفقهاء لأنها ثابتة بالعقد والشرط مؤكد لها فقط، واتفقوا على بطلان الشروط التي تنافي مقتضى العقد أو جاءت مخالفة للشرع كاشتراط الزوج أن لا مهر للزوجة أو أن لا توارث بينهما[1]، فهذه الأخيرة شروط غير صحيحة باتفاق الفقهاء ومنه فإنه يتحصل لدينا شروط صحيحة باتفاق الفقهاء وشروط غير صحيحة باتفاق الفقهاء، وهناك شروط أخرى لكن مختلف فيها. هذه الأخيرة يشترطها أحد الزوجين على الآخر ولاتكون موافقة لمقتضى عقد الزواج ولا منافية لمقتضاه ولم يرد عن الشارع دليل بخصوص اعتبارها، ويكون فيها منفعة للمشترط[2]، كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا ينقلها من دارها أو بلدها ونحو ذلك، فهي شروط يعود نفعها وفائدتها إلى المرأة[3]، وهذا النوع الأخير من الشروط هو محل بحثنا.

---

[1] أُنظر **صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي،** أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج وآثارها، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي والاجتهاد القضائي، ط 1، جمعية دار البر، الإمارات العربية المتحدة، دبي سنة 2014، ص.ص.79 و80.

[2] أُنظر **محفوظ بن صغير،** الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2009/2008، ص.ص.458 و459.

[3] أُنظر **السيد سابق،** فقه السنة، ط 1، دار الحديث، القاهرة سنة 2004، ص.522.

يجدر بنا قبل البحث في حكم الشروط المقترنة بعقد الزواج وحكم الوفاء بها، التعرض أولا إلى تحليل فكرة الشرط المقترن بالعقد وذلك من خلال توضيح حقيقته، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول، ثم نتعرض إلى حكم الشروط المقترنة بعقد الزواج فقه وقانونا في الفرع الثاني، وسنتعرض في الفرع الثالث إلى حكم الوفاء بهذه الشروط وأثرها على عقد الزواج في الفقه والقانون.

## الفرع الأول

## حقيقة الشرط المقترن بالعقد

قبل التطرق إلى حقيقة الشرط المقترن بالعقد، يجب علينا معرفة الشرط من خلال التطرق إلى تعريفه وتبيين أقسامه في الفقرة الأولى ، ثم نتطرق إلى معنى اقتران الشرط بالعقد وخصائصه في الفقرة الثانية.

### الفقرة الأولى: تعريف الشرط وأقسامه

سنتعرض إلى كل من التعريف اللغوي للشرط والشرعي والاصطلاحي وأخيرا القانوني.

**أولا: تعريف الشرط**

**أ- الشرط لغة:** من إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، ويجمع على شروط، وبمعنى الشرط الشريطة وجمعها شرائط، والشرط بفتح الراء معناه العلامة، ويجمع على أشراط ومنه أشراط الساعة أي علاماتها، والاشتراط العلامة التي يعرفون بها، والواحد شُرطة وشُرطي، ومنه الاشتراط الذي يشترط الناس بعضهم على بعض، ومنه أطلق الشرط لغة على ما يشترطه

الإنسان في عقوده والتزاماته على نفسه أو غيره لأنه كعلامة تميز العقد عن أمثاله بأحكام إضافية تخصه اتفق عليها الطرفان[1].

**ب- الشرط في الاصطلاح الشرعي:** عُرف بعد تعريفات ومنها "الذي يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته"[2]، وهذا الشرط ليس محل دراستنا.

وعُرف أيضا "عبارة عما لا يوجد الشروط مع عدمه، لكن لا يلزم أن يوجد عند وجوده"[3].

**ج- الشرط في الاصطلاح الفقهي الحديث:** عُرف بعدة تعريفات نقتصر على التعريف التالي لأحمد مصطفى الزرقا بأنه "التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه، وذلك كما لو باع الإنسان بضاعة على شرط أن تكون محمولة على حسابه إلى محل المشتري، فالبائع هنا قد التزم بالشرط في ضمن عقده ووجب عليه حمل المبيع إلى محل المشتري، هذا التعريف الموضوع هنا هو أدق تصويرا لحقيقة الشرط التقييدي وأوضح صوره"[4].

**د- الشرط في القانون:** يستعمل شراح القانون لفظ الشرط على عدة معان:

---

[1] أُنظر **أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي،** المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق عبد العظيم الشناوي، ط 2، دار المعارف، القاهرة، د ت ن، ج01، ص.309، وأُنظر أيضا **الفيروز أبادي،** المصدر السابق، ص.853، وأُنظر أيضا **ابن منظور،** المصدر السابق، ج09، ص.202.

[2] **محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار،** شرح الكوكب المنيرالمسمى بمختصر التحرير أو المختبر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه، تحقيق **محمد الزحيلي ونزيه حماد،** د ط، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، مكتبة العبيكان، المملكة العربية السعودية، سنة 1993، ج01، ص.452.

[3] أُنظر **أبي حامد محمد بن محمد الغزالي،** المستصفى من علم الأصول، تحقيق أحمد زكي حماد، ط 1، دار الميمان، الرياض- السعودية، د ت ن، ج02، ص.509.

[4] **مصطفى أحمد الزرقا،** المدخل الفقهي العام، ط 2، دار القلم، دمشق سنة 2004، ج01، ص.575.

**الأول:** هو عبارة عما يحتاجه العقد ليكون منعقدا صحيحا، فيقال "شروط الانعقاد" وهي: التراضي والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية، ويقال "شروط صحة" وهي: الأهلية وسلامة الرضا من العيوب، وهذا ما يسميه الفقهاء أركان العقد وشروط صحته.

**الثاني:** وهو ما يتفق على اتباعه العاقدان في العقد، ويتعلق بجزئية من جزئياته كشرط ضمان الاستحقاق، وهي التي يطلق عليها الفقهاء الشروط المقترنة بالعقد أو الشروط الجعلية[1]، والشروط الجعلية في عقد الزواج هي الشروط التي تكون من أحد طرفي عقد الزواج، بحيث يجب الوفاء بها إذا كانت مشروعة، وتكون مشروعة في إحدى الحالات الثلاث الآتية:

1- إذا كانت مؤكدة لمقتضى عقد الزواج، كطلب الزوجة تأمين البيت الشرعي،

2- إذا ورد بها العرف كالاشتراط الإنفاق بالمعروف،

3- إذا ورد به الشرع كاشتراط عدم التعدد عليها[2].

**الثالث:** وهو الذي يعلق انعقاد العقد على تحققه ووجوده في المستقبل، حيث لا يكون العقد ملزما إلا بوجود الشرط، وينقسم إلى قسمين: شرط واقف وشرط فاسخ[3].

وعليه ومن خلال هذه التعاريف، نستنتج بأن لفظ الشرط لهة عدة دلالات ومعاني مختلفة، إلا أن ما يهمنا هنا هو لفظ الشرط الذي يقترن بالعقد والذي يُطلق عليه للدلالة على حكم من الأحكام التي يتفق عليها المتعاقدان في عقدهما.

---

[1] أُنظر **صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي،** المرجع السابق، ص.31.

[2] أُنظر **مصطفى ابراهيم الزلمي،** المرجع السابق، ص.54.

[3] أُنظر **صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي،** المرجع السابق، ص.32.

**ثانيا: أقسام الشرط**

إن للشرط عدة أقسام تختلف على حسب الزاوية التي يُنظر منها إلى الشرط، فإذا نظرنا إلى الشرط باعتبار مصدر اشتراطه، فإنه ينقسم إلى شرط شرعي وشرط جعلي وشرط عرفي، وباعتبار وظيفة الشرط فإنه ينقسم إلى شرط تعليق وشرط إضافة ثم شرط التقييد، أما إذا نظرنا إلى الشرط من حيث موضعه من العقد فيُقسم إلى شرط متقدم وشرط متأخر وشرط مقارن[1]، وينقسم باعتبار توفر شروط صحته وعدم توفرها إلى شرط صحيح وشرط فاسد[2].

**أ/- أقسام الشرط من حيث المصدر**

**1- الشرط الشرعي:** وهو ذلك الشرط الذي يفرضه الشارع فيجعل تحققه لازما لتحقق أمر آخر ربط به عدما، بحيث إذا لم يتحقق الشرط لم يتحقق ذلك الأمر، وإن وجد الشرط لا يلزم من وجوده المشروط كالوضوء للصلاة فإذا لم يُوجد لا تصح الصلاة 'إن تُرك الشرط بطُل العمل)، ولا يشترط من وجود الوضوء إقامة الصلاة، وكذلك الشاهدان في عقد النكاح ووجود الولي فيه، فهذه شروط مصدرها الشرع وعلى هذا تُسمى شروطا شرعية[3].

**2- الشرط الجعلي:** وهو الشرط الذي يُنشئه الإنسان بتصرفه وإرادته، فيجعل بعض عقوده أو التزاماته معلقة عليه ومرتبطة به، بحيث أنه إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقق تلك العقود

---

[1] أُنظر **مسعودي يوسف،** الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة، المركز الجامعي بشار، السنة الجامعية 2007/2006، ص.20.

[2] أُنظر **باسم علوان العقابي وإسراء فهمي ناجي،** الشرط المقترن بالعقد في الفقه الجعفري، مجلة رسالة الحقوق العلمية، المجلد الأول، العدد الأول سنة 2009، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، ص.62.

[3] أُنظر **سامي محمد أبو عرجة،** الشروط المقترنة بعقد النكاح في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية 2008، المجلد العاشر، العدد A-02 سنة 2008، جامعة الأزهر، غزة -فلسطين، ص.18.

والالتزامات ومثله كما لو علق الرجل طلاق زوجته بفعل أو عدم فعل فقال لها: إن فعلت كذا أو إن لم تفعلي كذا اليوم فأنت طالق، فلا يقع هذا الطلاق المعلق ما لم يتحقق ذلك الشرط، وقد سُمي جعليا لأن الأمر الذي صار شرطا للالتزام لم تكن له هذه الصفة شرعا، وإنما جعله الشخص شرطا معلقا عليه في أمر كان له فيه حق التنجيز والتعليق، ومصدر هذا الشرط هو إرادة الشخص[1]، وقد أطلق عليه فقهاء كثيرون تسمية "الشرط اللغوي"[2]، وتنقسم الشروط الجعلية من حيث مشروعيتها إلى ثلاثة أنواع وهي:

1- شرط لا يُنافي الشرع بل هو مكمل للعقد، كما لو اشترط المقرض على المقترض رهنا لضمان سداد القرض[3].

2- شروط منافية لمقتضى العقد، ويُراد بها كافة الشروط التي لا يقتضيها العقد لمناقضتها لمقتضى العقد ومقاصده، كاشتراط الزوج عدم الإنفاق على زوجته[4].

3- شروط لا تُخالف روح العقد ولا مقتضياته، ولكنها تُغير من التزامات الطرفين وتُحقق مصلحة أحد المتعاقدين أو كليهما، كاشتراط الزوج على زوجته الموطفة المساهمة في الأعباء المادية لبيت الزوجية[5].

---

[1] أُنظر **مصطفى أحمد الزرقا،** المرجع السابق، ص.394.

[2] أُنظر **أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن القيم الجوزية،** إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ج05، ص.211.

[3] أُنظر **مسعودي يوسف،** المرجع السابق، ص.21.

[4] أُنظر **لعريبي إيمان،** الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2014/2013، ص.10.

[5] أُنظر **أمينة ناعيمي،** أحكام الشرط في القانون المدني المغربي على ضوء الفقه والعمل القضائي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدرا البيضاء، المغرب سنة 2007، ص.216. وأُنظر أيضا **مسعودي يوسف،** المرجع السابق، ص.22.

**3- الشرط العرفي:** وهو ذلك الشرط الذي تعارف الناس عليه وصاروا يتلقونه بالقبول، ومثاله تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في الأخذ بهذا الشرط وتقييد العقود به[1].

**ب/- أقسام الشروط من حيث الوظيفة:** يُقسم الشرط من حيث الوظيفة إلى ثلاثة أقسام نشير إليها باختصار وهي:

**1- شرط تعليق:** وهو كل شرط يُعلق فيه الإنسان تصرفه على حصول أمر من الأمور، وسُمي كذلك لأنه جعل وجود التصرف مرتبطا بحدوث هذا الأمر الذي شرطه، ولابد أن يكون الشرط معدوما وممكنا حدوثه في المستقبل، لأنه لو كان موجودا وقت العقد فهو تنجيز ولو كان مستحيلا فهو تعجيز،

**2- شرط الإضافة إلى المستقبل:** ويقصد به تأخير حكم التصرف القولي المنشئ للالتزام إلى زمن مستقبل ومعين، مثل أُزوجك ابنتي بعد شهر، وعليه فإن سريان الحكم وآثار العقد تتأخر إلى المدة المحددة وإن كان العقد قد نشأ،

**3- شرط التقييد:** وهو الشرط الذي يقترن بالعقد فيزيد من التزاماته أو يُقويها، ومقتضاه التزام لا يُوجد في العقد أصلا، وبعض الفقهاء يسميه "شرط الاقتران" حيث يكون مقترنا بالعقد، وهو شرط يعدل من آثار العقد الأصليةبالتزامات زائدة وضعها المتعاقدان أو أحدهما[2].

**ج/- أقسام الشرط من حيث موضعه من العقد:** ينقسم الشرط باعتبار مكانه من العقد إلى ثلاثة أقسام، إما أن يكون مقارنا للعقد ويذكر في أثناء العقد، وإما أن يحصل الاتفاق عليه قبل العقد

---

[1] أُنظر **صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي،** المرجع السابق، ص.35.

[2] أُنظر **سامي محمد أبو عرجة،** المرجع السابق، ص.18.

ولا يجري له ذكر عند إبرام العقد لا بالإثبات ولا بالنفي ويسمى شرطل متقدما، وإما يحصل الاتفاق عليه بعد إنشاء العقد وإبرامه ويُسمى بالشرط اللاحق أو المتأخر، ولا خلاف بين الفقهاء فيما يتعلق بثبوت الشرط المقارن للعقد وتأثيره فيه، ولكن الخلاف قائم بينهم بخصوص الشرط المتقدم والشرط المتأخر[1].

**د/- أقسام الشرط من حيث الصحة والفساد:** نتطرق إليها بإيجاز، وأحسن ما قيل فيه قول إمام المحققين والمحررين للمذهب الحنبلي من المتأخرين، الإمام المرداوي بقوله "الشروط قسمان: صحيح مثل اشتراط زيادة في المهر أو نقد معين، أو لا يخرجها من دارها أو بلدها أو أن لا يتزوج...، القسم الثاني: فاسد وهو ثلاثة أنواع: أحدها، ما يبطل النكاح وهو ثلاثة أشياء: أحدها وهو نكاح الشغار...، الثاني وهو نكاح المحلل...، الثالث وهو نكاح المتعة...، النوع الثاني: أن يشترط أن لا مهر لها ولا نفقة أو أن يقسم لها أكثر من امرأته الأخرى أو أقل، فالشرط باطل ويصح النكاح، الثالث أن يشترط الخيار أو إن جاءها بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما، فالشرط باطل"[2]، وسنتعرض لهذه الشروط بالتفصيل لاحقا في حكم الوفاء بهذه الشروط.

## الفقرة الثانية: مفهوم اقتران الشرط بالعقد

جاء التشريع الإسلامي بمنهج سليم ميسر، ليُنظم حياة المجتمع الإسلامي من حيث المعاملات الجارية بين الناس، وجعل من حق المتعاقدين الاشتراط في العقود كيف كانت، فكان

---

[1] **زكي الدين شعبان،** نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1968، ص.46.

[2] أُنظر **علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي،** الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، كتاب النكاح، تحقيق رائد بن صبري ابن أبي علفة، د ط، شركة بيت الأفكار الدولية، لبنان سنة 2004، ج02، ص- ص.1386 و1388 و1390.

من حق المتعاقدين أو أحدهما الاشتراط في العقد (تقييد تصرفاتهم بشروط)، حيث أنه ازدادت حاجة الناس في هذا العصر إلى الاشتراط، وذلك لحفظ حقوقهم وتفاديا لأي نزاع قد يحدث بعد العقد، وقد تحدث العلماء عن هذه الشروط خاصة الشروط المقترنة بعقد النكاح، وذلك لأنه عقد له خصوصيته[1]، وعليه فما المقصود بالشرط المقترن بالعقد؟ وماهي مميزاته التي تميزه عن غيرهمن المصطلحات المشابهة؟ نجيب على هذه التساؤلات من خلال تعريف الشرط المقترن بالعقد وخصائصه أولا، وذكر أمثلة على هذا الشرط ثانيا.

**أولا: تعريف الشرط المقترن بالعقد وخصائصه**

**أ/- تعريف الشرط المقترن بالعقد:** يُعرف بأنه "التزام العاقد في عقده أمرا زائدا غلى أصل العقد، سواء أكان الالتزام الزائد مما يقتضيه العقد نفسه أم مؤكدا له أم كان مخالفا له، وسواء كان ينتج منفعة لمن اشترط له الشرط أم كان الاشتراط لصالح الغير أم لم تكن هناك منفعة لأحد مطلقا[2]. فبناء على هذا التعريف يمكن تعريف الشروط المقترنة بعقد الزواج بأنها: اقتران العقد أو التصرف بالتزام أحد الطرفين بالوفاء بأمر زائد مما يقتضيه العقد أو التصرف بناء على اشتراط الطرف الآخر بأية عبارة تفيد ذلك[3].

**ب/- خصائص الشرط المقترن بالعقد:** الشرط المقترن بالعقد له خصائص ومميزات تميزه عن غيره من المفاهيم المشابهة له، وهذه الخصائص يمكن استنتاجها من التعريفات الفقهية له وهي:

**1- أنه أمر زائد على أصل العقد**

---

(1) أُنظر **خديجة أحمد أبو العطا،** الشروط المشترطة في عقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة سنة 2007، ص.6.

(2) **سامي محمد أبو عرجة،** المرجع السابق، ص.17.

(3) أُنظر **محفوظ بن صغير،** المرجع السابق، ص.454.

تعريف الفقهاء الأقدمين أو المحدثين يُضح هذه الخاصية بذكر أن الشرط المقترن بالعقد، هو إلزام إضافي وزائد لمصلحة خاصة خارجة عن أصل العقد، فوجود الشرط مرهون بوجود الأصل، والعقد الأصلي بل العقد المنجز مبرم غير معلق بالشرط كما هو حال العقد المعلق[1].

**2- كونه مستقبلا**

وضح الشربيني هذه الخاصية أكثر بقوله "ولو شرط وصفا يقصد ككون العبد كاتبا...صح العقد مع الشرط، لأنه يتعلق بمصلحة العقد، وهو العلم بصفات المبيع التي تختلف بها الأغراض، ولأنه التزام موجود عند العقد، ولا يتوقف التزامه على إنشاء أمر مستقبل، فإن الشرط لا يكون إلا مستقبلا[2].

**3- أنه أمر محتمل الوقوع**

يجب أن يكون الشرط متعلقا بأمر يكون في وسع المتعاقد المشترط عليه تنفيذه، وهذ يقتضي أن يكون ممكن الوقوع في المستقبل فلا التزام بمستحيل، لأنه إذا كان الشرط مستحيل الوقوع فإن العقد يكون باطلا، والاستحالة إما أن تكون مادية أو قانونية، وتتحقق الاستحالة المادية متى وجد في طبيعة الأشياء عقبة تحول دون تحقق الشرط، كتعليق الهبة على الطيران في الهواء يغير طائرة أو على عدم غروب الشمس في اليوم الموالي، أما الاستحالة القاننونية

---

[1] أُنظر **صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي،** المرجع السابق، ص.65.

[2] **شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني،** مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، د ط، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د ت ن، ج02، ص.48.

فمناطها نص القانون حيث يعتبر الشرط مستحيلا إذا واجه عقبة قانونية تحول دون تحققه كالزواج من إحدى المحارم[1].

**4- أنه يقترن بالعقد**

هذه الخاصية تقتضي أن يُذكر الشرط أثناء العقد، فلا يجوز الاشتراط قبل وبعد العقد، أما بخصوص الشرط العرفي فهو لا يذكر أثناء العقد، فهل يُعتبر شرط مقترن بعقد الزواج أم لا؟

يقول الإمام ابن القيم رحمه الله "المشروط عرفا كالمشروط لفظا، وعدمه يملك به الفسخ"[2].

**5- مشروعية الشرط**

يجب ألا يكون الشرط مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وهذا لأن صحة ومشروعية الشرط يُعتبر محض تقرير لمقتضى العقد وهو في حقيقته لازم دون أن يكون في حاجة إلى شرط[3].

**ثانيا: أمثلة عن الشرط المقترن بالعقد**

الشرط المقترن بالعقد له أمثلة عديدة منها مثلا، اشتراط عدم تعدد الزوجات، اشنراط المرأة طلاق ضرتها، اشتراط الزوجة العمل. فلو اشترطت الزوجة العمل على الزوج، لا يمنعها من الاشتغال خارج البيت أو لا يمنعها من الاستمرار في وظيفتها، فهذا الشرط ملزم للزوج، فإذا

---

[1] **محمد شتى أبو السعد،** أحكام العقود المعلقة على شرط، د ط، دار الجامعة الجديدة، القاهرة سنة 2000، ص.50.

[2] **ابن القيم الجوزية ،** زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب وعبد القادر الأرناؤوط، د ط، مؤسسة الرسالة، د ب ت ن، ج05، ص.108، راجع أيضا كتابه إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج04، ص.318.

[3] **أحمد عبد الرزاق السنهوري،** مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان سنة 1998، ج03، ص.107.

منعها فلا تكون ناشزة بخروجها للعمل بناء على ما اشترطته عليه في العقد لأنه يمكن القول أن تمتع الزوجة في الشريعة الإسلامية بالأساس الذي تُبنى عليه الحقوق المالية، يتطلب السماح لها بممارسة مختلف الأنشطة التي تنضوي تحت حق العمل مع مراعاة حقوق الزوج، وإن أقوال بعض الفقهاء لا تخلو من التشدد في هذه المسألة[1].

## الفرع الثاني

## حكم الاشتراط في عقد الزواج فقها وقانونا

نتطرق في هذا الفرع إلى آراء الفقهاء لاسيما المذاهب الأربعة حول الاشتراط في عقد الزواج في الفقرة الأولى، ثم نتعرض ونناقش موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية من هذه المسألة في الفقرة الثانية.

### الفقرة الأولى: حكم الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي

إن مسألة الاشتراط في عقد الزواج هي من المسائل الاجتهادية الخلافية بين الفقهاء قديما وحديثا، وكما مر معنا بأن الشروط في الزواج أنواع مختلفة، فمنها ما يجب الوفاء به باتفاق الفقهاء كاشتراط العشرة بالمعروف، ومنها ما لا يجوز الوفاء به باتفاق الفقهاء كاشتراط عدم التوارث، ومنها ما أُختلف فيه، وهذه الأخيرة هي التي انقسمت آراء الفقهاء فيها إلى ثلاثة آراء سنتعرض إليها بشكل من الاختصار وهي: القول الأول: الأصل في الشروط الحظر والمنع إلا ما ثبت بنص أو إجماع، القول الثاني: الأصل في الشروط الجواز والصحة إلا ما أبطله النص

---

[1] أُنظر **عمر صلاح الحافظ مهدي الغزاوي**، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة) في إطار الفقه الإسلامي-التشريعات العربية والغربية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان سنة 2010، ص.ص.84 و85.

والإحماع، القول الثالث: الأصل في الشروط المنع إذا خالفت مقتضى العقد، فمن هذه الآراء يظهر بأن هناك من ضيق من مجال حرية الاشتراط وهم أصحاب القول الأول، ومنهم من وسع من مجال الاشتراط وهم أصحاب القول الثاني، ومنهم من كان وسطا بين القولين وهم أصحاب القول الثالث.

**أولا: الأصل في الشروط الحظر والمنع إلا ما ثبت بنص أو إجماع**

مفاد هذا القول أن كل شرط لم يرد في الشرع أو لم تجتمع معه الأمة فهو باطل، وقد قال ابن حزم "إن كل شرط اشترطه إنسان على نفسه، أو لها على غيره فهو باطل ولا يلزم من التزامه أصلا، إلا أن يكون النص والإجماع[1].

لقد نادى بهذا القول الظاهرية، حيث يرون الشروط التي تم اشتراطها من قبل أحد الزوجين وفيها منفعة للمشترط، تُعد شروط باطلة. فالشرط الصحيح عند الظاهرية ما ورد النص بجوازه بعينه أو انعقد عليه الإجماع، فذهبوا إلى أن الأصل في الشروط الحظر فليس لأحد المتعاقدين أن يشترط في العقد إلا ما ورد النص بجوازه بعينه، أو انعقد على جوازه إجماع، فليس للإرادة الإنسانية أي سلطان في اشتراط أي شرط في صلب العقد وصيغته إلا بدليل من الشرع أو بالإجماع[2]، وقد استدلوا بعدة أدلة على قولهم أهمها:

**أ- من الكتاب**

---

[1] **أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم،** الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق إحسان عباس، د ط، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، د ت ن، ج02، ص.31.

[2] أُنظر **فتحي الدريني،** بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط 2، مؤسسة الرسالة، دمشق-سوريا سنة 2008، ج02، ص.375.

قوله تعالى ﴿**الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ**﴾الآية 03 من سورة المائدة، وقوله تعالى ﴿**وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظّالِمُونَ**﴾ الآية 229 من سورة البقرة، وقوله تعالى أيضا ﴿**وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ**﴾ الآية 01 من سورة الطلاق، ووجه الاستدلال من هذه الآيات يقول ابن حزم "فهذه الآيات براهين قاطعة في إبطال كل عهد وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحة عقده، لأن العقود والعهود الأوعاد شروط واسم الشرط يقع على جميع ذلك"[1].

**ب- من السنة**

استدل ابن حزم من السن بقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم "**من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد**"[2]، ووجه الدلالة من هذا الحديث يقول ابن حزم "فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه، إلا ما صح أن يكون عقدا جاء النص أو الإجماع بإلزامهباسمه أو بإباحته التزامه بعينه"[3]، كما استدل هذا الرأي أيضا بما ورد عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه قال "**ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق**"[4]، ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن كل شرط أوعقد لم يرد بمشروعيته بعينه نص في كتاب الله أو

---

[1] **ابن حزم،** الإحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق، ج02، ص.13.

[2] **أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري،** كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، ط 1، دار الفكر، بيروت-لبنان، د ت ن، ص.866.

[3] **وهبة الزحيلي،** الفقه الإسلامي وأدلته، د ط، دار الفكر سنة 1992، ج04، ص.199.

[4] **البخاري،** المصدر السابق، كتاب الشروط، باب الشروط في الولاء، ج03، ص.177.

السنة أو الإجماع باطل، فإذا اقترن بالعقد بطُل كذلك[1]، وهناك أدلة أخرى لا يسعنا المقام لسردها.

إن كل أدلة هذا القول نوقشت وتم الرد عليها من أصحاب الرأي القائل بمشروعية الاشتراط في عقد الزواج، ومن هذه الردود مثلا، بالنسبة للآيتين الكريمتين اللتين استدلوا بها على منع الاشتراط، ليس فيها ما يدل على ما ذهبوا إليه لأنهما واردتان فيمن خالف شرع الله تعالى، فيترك أمره بفعله ويرتكب ما نهاه عنه، ثم إن الآية الأولى جاءت مسبوقة بذكر أحكام حددها الله تعالى لعباده وبينها لهم من اليمين بالله تعالى والإيلاء والطلاق بمال وغير مال، ثم أعقب الله تعالى ذلك بقوله ﴿**تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ**﴾ أي قوانينه وأحكامه فلا تعتدوها بفعل يخالفها، وجاءت الآية الثانية مسبوقة بأحكام شرعها الله لعباده وألزمهم بها من تطليق النساء في عدتهن وإحصاء العدة، ومن نهي المطلقين أن يخرجوا مطلقاتهم من بيوتهن، وبعد تبيان هذه الأحكام جاء قوله تعالى ﴿**وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ**﴾، ومن ثم فإن استدلال الظاهرية بهذه الآيات استدلال ليس في محله، لأنها لا تدل على النهي عن الاشتراط في العقود، وإنما دلت على بيان حكم المتعدي لحكم الله وشريعته ردعا للناس وزجرا لهم عن مخالفة شرع الله ودينه[2].

**ثانيا: الأصل في الشروط الجواز والصحة إلا ما أبطله النص والإجماع**

ذهب إلى هذا القول طائفة من الفقهاء واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وأصحاب هذا القول يوسعون من مجال الاشتراط في العقود بما يتطابق مع إرادة المتعاقدين ويُحقق مصالحهما لكن دون مخالفة للنص أو إبطال لمقصود الشارع من العقد، سواء أخالف

---

[1] **فتحي الدريني،** بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ج02، ص.376.

[2] **زكي الدين شعبان،** المرجع السابق، ص.73.

الاشتراط مقتضى هذا العقد أو وافقه، يقول ابن تيمية "لا يحرم إلا ما كان مخالفا لمقصود العقد أو مقصود الشارع وغيره مما يحتاجه الناس فيحل"[1]، وقد قال ابن القيم في هذا السياق "كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائنا ما كان وأن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه –وهو ما يجوز بذله وفعله بدون الشرط– فهو لازم بالشرط، ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء، وقد دل عليها كتاب الله عز وجل وسنة رسوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم واتفاق الصحابة رضي الله عنهم"[2].

الحنابلة أكثر الأئمة عملا بهذا المبدأ، ومن هنا كانوا أكثر الفقهاء تصحيحا لهذه الشروط حيث يرون أن الشارع الحكيم هو اذن وفوض للإرادة أن تنشيء من العقود والشروط ما تشاء، وأن الشرط لا يفسد إلا إذا أوجب أمرا يحرمه الشارع بدليل شرعي بأن كان مشتملا على معنى الرباأو الغرر، أو أوجب ما ينقض الحكم الأصلي للعقد ويلغيه أو يُنافي الشرع نفسه في قواعد مقاصده[3]. وهناك فرق بين ما قال به شيخ الإسلام ابن تيمية وما ذهب إليه الحنابلة، ويظهر هذا الفرق في أنه لو شرط لا مهر ولا نفقة أو يقسم لها أقل من ضرتها أو عدم الوطء، فالحنابلة هنا أبطلوا الشرط والنكاح صحيح أما شيخ الإسلام ابن تيمية فقد صحح شرط عدم النفقة وشرط عدم الوطء وأبطل العقدفي شرط عدم المهر، وكذلك اشتراط الخيار –أن يأتي بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح– فالمذهب على بطلانه وصحح الشرط شيخ الإسلام[4]، وفقد استدل أصحاب هذا القول على رأيهم بعدة أدلة نذكر بعضا منها:

---

(1) أُنظر **صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي،** المرجع السابق، ص.89.

(2) **ابن القيم الجوزية ،** إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج05، ص.379.

(3) أُنظر **فتحي الدريني،** بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ج02، ص.391.

(4) أُنظر **صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي،** المرجع السابق، ص.89.

**أ- من الكتاب**

استدل أصحاب هذا القول بالآية الكريمة التي أوجبت الوفاء بالعقود وهي في قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا أفوا بالعقود" الآية 01 من سورة المائدة، والنكاح من العقود التي أمرنا بالوفاء بها كما قال ابن كثير[1]، ووجه الدلالة من هذه الآيةأنها تُوجب الوفاء بما أحل الله من عقود وعهود[2]، وكل ما يصدق عليه اسم العقد فهو واجب الوفاء به حتى يقوم الدليل على التحريم والبطلان[3]، واستدلوا بآيات أخرى تُوجب الوفاء بالعهود وتُحرم الغدر فيها ومنها قوله تعالى ﴿**وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً** ﴾ الآية 34 من سورة الإسراء، وقوله تعالى ﴿**وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ**﴾ الآية 08 من سورة المؤمنون، ووجه الدلالة من هذه الآيات أن الشرط بين المتعاقدين عهد قيدت به ذمتهما فيجب الوفاء به، وليس العقد بين المتعاقدين سوى عهد قُيدت به ذمتهما ولهذا فالوفاء به نوع من الوفاء بالعهد[4].

**ب- من السنة**

ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه قال "**إن أحق الشروط أن يُوفى بها، ما استحللتم به الفروج**"[5]، وقوله عليه الصلاة والسلام أيضا "**الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل**

---

[1] أُنظر **أبي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي،** تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد السلامة، ط 2، دار طيبة، الرياض-السعودية سنة 1999، ج03، ص.8.

[2] **محمد جمال الدين القاسمي،** محاسن التأويل، د ط، دار الكتب العلمية، بيروت سنة 1997، ج04، ص.5.

[3] أُنظر **زكي الدين شعبان،** المرجع السابق، ص.63.

[4] **محي الدين اسماعيل،** نظرية العقد، د ط، دار النهضة العربية، د ب ن سنة 1994، ص.98.

[5] **محمد بن عيسى بن سورة الترمذي،** سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في الشرط عند عقدة النكاح، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، ط 1، مكتبة المعارف، الرياض، د ت ن، ص.267.

**حراما**"[1]، ويُؤكد هذا المعنى اجتهاد عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وهو نص في الموضوع "مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت"[2]، فالحديث الأول يدل على وجوب الوفاء بالشروط وأشدها وجوبا شروط النكاح، وما كان يجب الوفاء به فهو صحيح في حكم الشارع ومباح اشتراطه، لأنه لو كان الأصل في الشروط المنع لما أمرنا الله تعالى بالوفاء بها بصيغة مطلقة، وقال ابن تيمية "وإذا كان حسن الوفاء ورعاية العهد مأمورا به، علم أن الأصل صحة العقد والشروط إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده ومقصوده هو الوفاء به"[3].

هذا القول كسابقه فلقد أُنتقد وأجابوا على انتقاداته ومن بينهاما جاء في حديث "إن أحق الشروط..."أن الرسول عليه الصلاة والسلام في هذا الحديث، لم يُرد قط تحريم حلال أو تحليل حرام أو إسقاط فرض أو إيجاب غير فرض، لأن ذلك خلاف لأوامر الله تعالى وأوامره عليه الصلاة والسلام، واشتراط المرأة أن لا يتزوج أو أن لا يتسرى أو أن لا يغيب عنها أو أن لا يرحلها عن دارها كل ذلك تحريم حلال[4]، وأُجيب عن هذا الرد بأنه تخصيص بلا دليل، والأصل الأخذ بظاهر العموم[5].

---

[1] **أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني،** كتاب الأقضية، باب في الصلح، تحقيق محمد عبد العزيز الخالدي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان سنة 1996، ج02، ص.511.

[2] **البخاري،** المصدر السابق، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، ج03، ص.175.

[3] أُنظر **صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي،** المرجع السابق، ص.94.

[4] أُنظر **ابن حزم،** المحلى بالآثار، كتاب النكاح، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان سنة 2003، ج09 ، ص.126.

[5] أُنظر **صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي،** المرجع السابق، ص.94.

هناك عدة أدلة أخرى من السنة ومن الأثر وحتى من المعقول يستدل بها أصحاب هذا القول لا يسعنا بسطها، وهي موجودة في كتب الفقه.

**ثالثا: الأصل في الشروط المنع إذا خالفت مقتضى العقد**

هذا القول يُعتبر قول وسط بين القولين السابقين، حيث لم يحظر الشروط إلا الشروط المخالفة لمقتضى العقد، وفي المقابل لم يجز كل الشروط باستثناء تلك الموافقة لمقتضى العقد، وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية وأكثر المالكية.

إن المتمعن في الضوابط التي يتحقق جواز الشرط المقترن بالعقد بأحدها عند الحنفية، يرى بأن الأصل في الاشتراط عندهم هو الحظر غير أنهم يختلفون عن الظاهرية من حيث أن أصول التشريع عندهم التي يجوز الاشتراط على أساسها لا تقف عند حد الإجماع، بل تشمل – إلى ذلك– القياس والمصالح المرسلة والاستحسان والعرف، فاتحدا في الأصل واختلفا في مدى حرية الاشتراط[1]، أما عند الشافعية فقد قال الماوردي "اعلم أن الشرط في النكاح ضربان: **جائز** وهو ما وافق حكم الشرع في مطلق العقد مثل أن يشترط عليها أن يتزوج عليها أو يسافر بها، أو أن تشترط عليه أن يوفيها صداقها أو أن ينفق عليها نفقة مثلها، وشرط **محظور** والذي ينقسم إلى أربعة أقسام، أحدها ما يبطل به النكاح، والثاني ما يبطل به الصداق، والثالث ما يختلف حكمه لاختلاف مشترطه، والرابع ما اختلف أصحابه فيه[2]، نستنتج من قول الماوردي بأن الشافعية أجازوا الشروط الموافقة لمقتضى العقد وهي المطابقة للشرع. أما المالكية فعلى الرغم

---

[1] أُنظر **فتحي الدريني،** بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ج02، ص.378.

[2] أُنظر **أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري،** الحاوي الكبير في فقه المذهب الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني، تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان سنة 1994، ج09، ص.505.

من أن الأصل عندهم في الاشتراط هو الحظر كالحنفية والشافعية غير أنهم توسعوا في تصحيح الشروط على نحو يقربهم زلفى إلى مذهب متأخري الحنابلة الذين يرون أن الأصل في الشروط الإباحة[1].

يتضح لنا من مواقف المذاهب الثلاثة بأن الأصل في الشروط عندهم هو الحظر، وذلك من خلال التضييق والتشديد في مجال الاشتراط ولكنهم أكثر توسعا من الظاهرية في هذا المجال، وذلك عن طريق توسيع الاستثناءات الواردة على هذا الأصل، وقد استدلوا على حظر هذه الشروط بنفس الأدلة التي استدل بها الظاهرية عموما.

استنادا إلى الأقوال الثلاثة بخصوص حكم الاشتراط، فإني أميل –والله تعالى أعلم– إلى القول القائل بجواز الاشتراط ولاسيما كما قرره شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى، لأنه قول يتماشى مع التطورات التي طرأت على الأسرة المسلمة وكثرة المعاملات، كما أن القول بجواز الاشتراط يُعتبر حماية للأسرة من النزاعات والخلافات التي قد تطرأ بعد الزواج بين الزوجين، وبالتالي حماية المجتمع واستقراره باعتبار أن الأسرة هي الخلية الأساسية في المجتمع باستقرارها يستقر المجتمع ككل.

## الفقرة الثانية: موقف التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية من الاشتراط في عقد الزواج

### أولا: موقف التشريع الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج

يتضح جليا موقف المشرع الجزائري من الاشتراط في عقد الزوج من خلال أحكام نص المادة 19 من ق.أ.ج والتي تنص على مايلي "**للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد**

[1] أُنظر **فتحي الدريني**، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ج02، ص.384.

**رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضروررية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون**"، فقد أجاز وأباح هذا النص للزوجين الاشتراط في عقد الزواج سواء كان ذلك عند إبرام عقد الزواج أو بعقد رسمي لاحق بعد عقد الزواج، وقيد المشرع مشروعية هذا الاشتراط على قيد واحد ألا وهو عدم تعارضها مع القانون، كما يُلاحظ أن النص قد نص على نوعين من هذه الشروط وهي على سبيل المثال لا الحصر وهي: شرط عدم الزواج على الزوجة وشرط عدم منعها من ممارسة العمل أو عدم إجبارها بعد الزواج على التوقف عن العمل.

لقد جاء نص المادة المذكورة أعلاه متطابق مع قرار المحكمة العليا بخصوص ضابط هذه الشروط وهو عدم مخالفتها للقانون، وقد نص هذا القرار على مايلي "من المقرر قانونا وشرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، والذي يحتل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإن القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يُعد مخالفا للأحكام الشرعية. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده بالبقاء بزوجته بالعاصمة، يكونوا بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة..." [1]، وعليه فإن القيد الأساسي على حرية الاشتراط في عقد الزواج في القانون الجزائري وطبقا لنص المادة 19 من ق.أ.ج هو أن لا تكون هذه الشروط المقترنة بعقد

---

[1] المحمكة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 49575، بتاريخ 1988/06/20، م.ق سنة 1991، عدد 02، ص.53، أشار إليه **أحمد شامي**، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.129.

الزواج مخالفة لأحكام وقواعد قانون الأسرة الجزائري. هناك من يضيف قيد آخر ويجعله هو القيد الأساسي وهو عدم مخالفة هذه الشروط للنظام العام[1].

إن موقف المشرع الجزائري جاء متماشيا مع رأي الحنابلة بخصوص الاشتراط في عقد الزواج، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 19 من ق.أ.ج حيث جعل الأصل حرية الاشتراط وجوازه بشرط عدم مخالفته للقانون. كما جاء موقفه متماشيا مع رأي الأحناف بخصوص التعدد، حيث يُجيز الأحناف هذا الشرط[2].

مما لا شك فيه أن المشرع الجزائري عند اعترافه بحرية الاشتراط في عقد الزواج لكلا الزوجين، فإن هذا يُعتبر من الحماية القانونية للأسرة، فمن خلال الاشتراط تتحقق المودة أكثر وتستقر الأسرة أكثر، وذلك من خلال سد ذريعة العداوة والبغضاء بين الأزواج ومنع الإضرار بهما بفسح مجال الاشتراط أمامهما، فالاشتراط في عقد الزواج يُعتبر مظهر من مظاهر الحماية القانونية للأسرة لاسيما عدم حصر المشرع الجزائري لهذه الشروط واكتفى بذكر أهمها على سبيل المثال.

**ثانيا: موقف بعض التشريعات العربية من الاشتراط في عقد الزواج**

بالرجوع إلى قوانين الأحوال الشخصية العربية نجد أن معظمها تبيح الاشتراط في عقد الزواج، حيث اعتبر المشرع المغربي الشروط التي تُحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكزن صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين (المادة 48 من مدونة الأسرة المغربية)، كما أجاز للزوجة أن تشترط على زوجها عدم الزواج عليها (المادة 40 من مدونة الأسرة المغربية)، وقد

---

[1] أُنظر **علي محي الدين،** مبدأ الرضا في العقود، ط 2، دار البشائر الإسلامية، د ب ن سنة 2002، ج02، ص.54.

[2] أُنظر **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.127.

نصت أيضا مجلة الأحوال الشخصية التونسية على جواز الاشتراط في عقد الزواج (الفصل 11 من المجلة)، واعتبر الزواج فاسد إذا تضمن شرطا يتنافى مع جوهر العقد، وقد نص القانون السوري [1]على جواز الشروط المقترنة بعقد الزواج من خلال نص المادة 41 من قانون الأحوال الشخصية السوري، كما نصت مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية[2]على حرية الاشتراط في عقد الزواج لكلا الزوجين (المادة 28)، كما نص أيضا كل من قانون الأحوال الشخصية الكويتي (المواد 40 و41 و42) وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي (المادة 20)على الإباحة للزوجين تضمين عقد الزواج بشروط تقترن به ويتفقان عليها.

إلا أن الملاحظ على النصوص العربية أنها قد تطرقت إلى حكم الوفاء بهذه الشروط على خلاف المشرع الجزائري الذي أغفلها في نص المادة 19من ق.أ.ج.

## الفرع الثالث

## حكم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج وأثره على العقد

إن مسألة حكم الوفاء بالشرط المقترن بالعقدهي من المسائل المختلف فقها وقانونا، وذلك لعدم وضوح وتحديد الضابط الذي تقوم عليه هذه الشروط، كما لها أهمية في التأثير على صحة العقد وبطلانه، لذلك وجب التطرق لهذه المسألة في الفقه الإسلامي وتحديدها وضبطها وتأصيلها بصفة موجزة ثم إسقاطها على التشريعات الوضعية، وعليه سنتطرق في الفقرة الأولى إلى

---

[1] **مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري الجديد 2009** متاح على الرابط:
http://law-library.syriaforums.net/t33-topic

[2] **مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية 2001-052** المؤرخة في 19 جويلية 2001، ج ر للجمهورية الإسلامية الموريتانية، العدد 1004، المؤرخة في 15 أوت 2001.

مذاهب الفقهاء في الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج، ونتطرق في الفقرة الثانية إلى حكم الوفاء بهذه الشروط في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية.

## الفقرة الأولى: مذاهب الفقهاء في الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج أثره على العقد

لقد حثت الشريعة الإسلامية على الوفاء بالشروط التي يأخذها العباد على أنفسهم ويلتزمون بها نحو غيرهم على وجه العموم، وما يتعلق بعقد الزواج على وجه الخصوص، كما فصل الفقهاء وبينوا أقسام وأحكام هذه الشروط مع اختلاف في وضع القواعد التي تبين صحة الشرط وفساده على حسب كل نوع من هذه الشروط[1]، فإذا اشترطت مثلا الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها أو اشترط الزوج على زوجته التوقف عن العمل، فهل يجب الوفاء بهذه الشروط أم لا؟ وما مدى تأثيرها على عقد الزواج؟ تستدعي الإجابة على هذه التساؤلات التطرق أولا إلى أنواع الشروط المقترنة بعقد الزواج من حيث الصحة والفساد في المذاهب المذاهب الفقهية الأربعة، ثم ثانيا تبيين حكم الوفاء بها بها حسب كل مذهب.

### أولا: الشروط المقترنة بعقد الزواج عند الحنفية

الشروط المقترنة بالعقد عند الحنفية أنواع ثلاثة وهي: الشرط الصحيح، الشرط الفاسد، الشرط الباطل، وهم بذلك يختلفون عن الظاهرية الذين لا يعرفون هذا التقسيم إذ الشروط عندهم نوعان: إما صحيح أو باطل ولا واسطة[2]، وقد وضع الأحناف ضوابط أربعة للشرط الصحيح يتحقق في أي منها:

---

[1] أُنظر **محفوظ بن صغير**، المرجع السابق، ص.455.

[2] أُنظر **فتحي الدريني**، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ج02، ص.ص.382 و383.

1- أن يكون من مقتضى العقد كاشتراط الزوجة على زوجها أن يُنفق عليها، وهذا يثبت بمطلق العقد،

2- أو يكون ملائما لمقتضى العقد كاشتراط كفيل أو رهن بالثمن المؤجل،

3- أو يكون مما ورد به نص كاشتراط الخيار واشتراط خيارالرؤية،

4- أو يكون مما جرى به عرف التعامل كاشتراط المشتري على البائع أن يقوم بإصلاح المبيع لمدة معينة[1].

وأثر عدم الوفاء بهذه الشروط الصحيحة عندهم أنه يجب الوفاء بها، ولكن إذا لم يف بالشرط فإنه لا يترتب عليه أي أثر في العقد ولا يُعطي صاحب الشرط حق الفسخ لعدم الوفاء، لأن فوات الشرط يترتب عليه فوات الرضا وفوات الرضا لا أثر له في النكاح، فيصح النكاح مع الإكراه[2].

أما الشرط الفاسد عندهم فهو الشرط الذي لا ينوافر فيه أي ضابط من ضوابط الشرط الصحيح[3]، أسي هو الشرط الذي لا يكون من مقتضى العقد، ولا ملائما له، ولا ورد به نص، ولا مما جرى به العرف. وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين[4]، أما بخصوص تأثير الشروط الفاسدة على عقد الزواج، فبالنظر إلى الخصوصية التي ينفرد بها عقد الزواجب باعتباره أسمى العقود، فإن هذه الشروط الفاسدة لا يلزم الوفاء بها لأنها ليست من مقتضيات عقد الزواج، وفسادها لا تأثير له على عقد الزواج إذ أنها لا تُبطل العقد في حد ذاته وإنما يُلغى الشرط ويبقى

---

(1) المرجع نفسه، ص.ص.377 و378.

(2) أُنظر **سامي أبو عرجة**، المرجع السابق، ص.28.

(3) أُنظر **فتحي الدريني**، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ج02، ص.380.

(4) المرجع نفسه، ص.381.

العقد صحيحا، وذلك لأن النكاح لا تبطله الشروط الفاسدة مستدلين في ذلك بحديث النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم "**كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط**"[1]، وهذه الشروط ليست في كتاب الله لأن الشرع لا يقتضيها[2].

أما الشرط الباطل عندهم فهو ما ليس فيه مصلحة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما[3]، أي أن الشرط الباطل هو ما لم تتوفر فيه إحدى ضوابط الشرط الصحيح وتوفرت فيه إحدى ضوابط الشرط الفاسد إضافة إلى عدم توفر المصلحة لأحد المتعاقدين. ويرى الإمام أبو حنيفة بأن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد[4]، فإن اشتراط أحد العاقدين الخيار له أو لغيره ثلاثة أيام مثل: تزوجتك على أن يكون لي الخيار أو لأبي الخيار وقالت قبلت، فإن هذا الشرط يبطل ويصح العقد[5]، ومن هنا يتضح لنا بأن الحنفية اعتبر شرط الخيار من الشروط الباطلة، ومن أمثلة الشرط الباطل أيضا: اشتراط الزوجة على زوجها أن لا تطيعه أو أن يشترط الزوج أن لا مهر للزوجة.

**ثانيا: الشروط المقترنة بعقد الزواج عند الشافعية**

قال النووي رحمه الله تعالى "إذا شرط في العقد إعلام المنكوحة فبانت ذمية أو شرط نسب أو حرية في أحد الزوجين فبان خلافه، فهل يصح النكاح أم يبطل؟ فيه قولان أظهرهما: الصحة ويجري القولان في كل وصف شرط فبان خلافه، سواء كان المشروط صفة كمال

---

(1) سبق تخريجه في الصفحة 92.

(2) أُنظر **لعريبي إيمان،** المرجع السابق، ص.21.

(3) أُنظر **فتحي الدريني،** بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ج02، ص.382.

(4) أُنظر **فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي،** تبيين الحقائق شرح كنوز الدقائق، ط 1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر سنة 1314ه، ج04، ص.14.

(5) أُنظر **سامي أبو عرجة،** المرجع السابق، ص.28.

كالجمال والنسب والشباب واليسار والبكارة، أو صفة نقص كأضدادها أو كان مما لا يتعلق به نقص ولا كمال، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور"[1]، وقسم الشافعية الشروط إلى أربعة أقسام وهي:

1- الشروط الموافقة لمقتضى العقد كشرط القسم والنفقة،

2- الشروط التي لا توافق مقتضى العقد ولكن لم يتعلق بها غرض كأن لا تأكل إلا كذا، هذين القسمين لا يُؤثران في صحة النكاح والمهر، ولكنه في الأول مؤكد لمقتضى العقد، فليس المراد بالإلغاء فيه بطلانه بطلان الثاني، وما أوهمه كلام بعض الشارحين من استوائهما في البطلان وكلام آخر من استوائهما في عدمه غير صحيح، وعليه فالنكاح والمهر صحيح،

3- الشروط التي تُخالف مقتضى العقد ولم تُخل بمقصوده الأصلي، كشرط أن لا يتزوج عليها أو لا نفقة، فهنا صح النكاح وفسد الشرط لمخالفته للشرع،

4- الشروط التي تخالف مقتضى العقد وتخل بمقصوده كاشتراط ولي الزوجة على الزوج أن لا يطأها مطلقا أو في نحو نهار أو أن لا يستمتع بها أو يطلقها بعد النكاح أو أن لا يتوارثا، بطُل النكاح، أما إذا كان الشارط لعدم الوطء هو الزوج فلا بطلان لأنه حقه[2].

إن الأقسام الثلاثة الأولى هي التي تعتبر شروط صحيحة عند الشافعية لا تُؤثر في صحة النكاح، أما القسم الرابع فهي الشروط الباطلة عندهم، وعند اشتراطها تُؤثر في النكاح وتبطله. فالشرط الصحيح عندهم ينبغي أن يتوافر فيه مايلي:أ- أن يكون من مقتضى العقد، ب- أن يكون

---

[1] أُنظر **أبي زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي،** روضة الطالبين، ط 1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان سنة 2002، ص.1239.

[2] أُنظر **شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير،** نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د ت ن، ج06، ص.ص.343 و344.

ملائما لمقتضى العقد ويُطلقون عليه اسم "الشرط الذي في مصلحة العقد"، أما الشرط الباطل عندهم هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد وليس من مصلحتهن وبذلك كان مذهب الشافعية من أضيق المذاهب الفقهية في حرية اشتراط الشروط التقييدية لآثار العقد أثناء إنشاءه بعد الظاهرية[1].

**ثالثا: الشروط المقترنة بعقد الزواج عند المالكية**

قسم المالكية الشروط في عقد النكاح إلى أربعة أقسام هي:

1- أن يشترط شروطا يقتضيها العقد كشرط أن لا يضر بها في عشرة أو أن يكسوها أو ينفق عليها، وشروط يجب الوفاء بها،

2- أن يشترط شروطا لا يقتضيها العقد، وهذه الشروط تنقسم إلى قسمين من حيث الحكم:

أ- شروط لا يقتضيها العقد محرمة مثل: زوجني فلانة على ان لا أسوي بينها وبين ضرتها في القسم، فإذا اشترط هذا الشرط قبل الدخول فُسخ العقد، أما إذا اشترطه بعد الدخول يبقى العقد ويبطل الشرط،

ب- شروط لا يقتضيها العقد مكروهة مثل: أن يتزوجها بشرط أن لا يتزوج عليها، فهذه الشروط مستحب الوفاء بها وإن لم يف بها لا يُفسخ العقد ويبطل الشرط،

3- أن يشترط شرطا مقترنا لعقد مفسدا له كاشتراط الخيار للزوج أو الزوجة أو لغيرهما مثل: زوجتك فلانة على أن يكون لها الخيار في فسخ العقد في مدة يومين،

---

[1] أُنظر **فتحي الدريني،** بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ج02، ص.ص.383 و384.

4- أن يشترط شروطا تُناقض العقدكشرط النكاح لأجل[1].

أباح الفقهاء اشتراط السلامة من العيوب، وهذا ما أُصطلح عليه في الفقه بشرط الخيار. ويثبت الخيار للصحيح من الزوجين إن لم يسبق له العلم بعيب صاحبه قبل عقده أو حينه وإن عقد ولم يسبق العلم ثم علم فله الخيار، ما لم يكن صاحبه من نفسه أو ما لم يرفض بصريح القول وإن عقد أو ما لم يتلذذ بصاحبه[2]، وذكر الخرشي بأن الخيار في العيوب يكون بشروط وهي:

- يجب أن يكون العيب الذي يُوجب الخيار لأحد الزوجين على صاحبه أن يكون موجودا عند العقد أو قبله، لأن الطارئ بعده لا يُوجب خيارا إلا ما استثني،
- ألا يكون أحد الزوجين عنده علم بالعيب قبل العقد أو يكون له علم به ولم يتلذذ بزوجته[3].

إن الشرط الصحيح عند المالكية هو ما كان على الوجه التالي:

1- مما يقتضيه العقد،

2- أو ما يُلائم مقتضاه،

3- أن يكون مما جرى به العرف والتعامل،

4- ألا يُنافي مقتضى العقد وإن كان العقد لا يقتضيه ولا يُلائمه[4].

**رابعا: الشروط المقترنة بعقد الزواج عند الحنابلة**

---

[1] أُنظر **سامي أبو عرجة،** المرجع السابق، ص.ص.29 و30.

[2] أُنظر **أبي عبد الله محمد بن محمد عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني،** مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، د ط، دار عالم الكتب، د ب ت ن، ج05، ص.144.

[3] أُنظر **أبي عبد الله محمد الخرشي،** الخرشي على المختصر الجليل للإمام أبي الضياء سيدي خليل، ط 2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر سنة 1317، ج03، ص.235.

[4] أُنظر **فتحي الدريني،** بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ج02، ص.386.

كما مر معنا بأن الحنابلة هم أوسع المذاهب بالنسبة للشروط حيث توسعوا فيها كثيرا، وقسموا الشروط في النكاح إلى قسمين:

**أ- شروط صحيحة**

هي شروط من مقتضى العقد وإن لم يُذكر في صلبه، لأن مشروعية العقد من أجله وذكرها في العقد لا يؤثر، كما أن إهمالها لا يسقطها وذلك مثل اشتراط تسليم المرأة لزوجها وتمكينه من الاستمتاع بها، وكاشتراط النفقة والسكن، فهذه شروط من مضمون العقد، وشروط تكون فيها منفعة لأحد المتعاقدين، وهو ما يشترطه أحد الزوجين في عقد النكاح مما له فيه منفعة، كاشتراط المرأة ألا يُخرجها من دارها أو بلدها أو لا يتزوج عليها، وهذا هو القسم الذي وقع فيه الخلاف، والصحيح أنه يجب الوفاء بهذه الشروط[1].

**ب- شروط غير صحيحة (فاسدة):** وهي نوعان:

أ- شروط غير صحيحة أي فاسدة لكن لا تُفسد العقد مثل أن يشترطا أو يشترط أحدهما الوطء أو تشترط العزل أو يشترط أن لا مهر لها أو تشترط أن يميزها عن ضرتها، حكم هذه الشروط البطلان لمنافاتها لمقتضى العقد ولإسقاطها حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، أما العقد فهو صحيح لأن هذه الشروط تعود لمعنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به، فلم يبطله كما لو شرط فيه صداقا محرما ولكن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الفاسد،

ب- شروط غير صحيحة أي فاسدة تُفسد العقد وتُبطله، وقد حصرها الحنابلة في سبعة شروط فقط هي: نكاح الشغار، نكاح المتعة أو المؤقت، نكاح المحلل، اشتراط الزوجة أن يطلقها في

---

[1] أُنظر **بندر بن نافع العبدلي،** الشروط في العقود "دراسة حديثية فقهية"، مجلة العلوم الشرعية، المجلد 03، العدد 02 يوليو 2010، جامعة القصيم، المملكة العربية السعودية، ص.ص.445 و446.

وقت معين، أن يشترطا أو يشترط أحدهما الخيار في العقد، اشتراطهما أو أحدهما شرطا مستقبليا غير المشيئة، فهذه الشروط تُفسد العقد وتُبطله[1].

لقد قسم ابن قدامة الشروط في النكاح إلى ثلاثة أقسام، أحدها من يلزم الوفاء به وهو ما يعود إليها نفعه وفائدته مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارهاأو بلدها أو لا يتزوج عليها، فهنا يلزمه الوفاء بالشرط فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح[2]، وأكثر فقهاء الحنابلة على استحباب الوفاء بالشرط المقترن بعقد النكاح، وذهب شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى وجوب الوفاء بتلك الشروط وهو وجه عند الحنابلة[3]، وقد قال الشيخ ابن عثيمين رحمه الله تعالى "...والغريب أن فقهاء المذهب –رحمهم الله– يرون أن الوفاء بالشروط في عقد النكاح سنة وليس بواجب، حتى فيمن لا يملك الفسخ، ولكن هذا القول ضعيف ومخالف لقول الرسول عليه الصلاة والسلام " **إن أحق الشروط أن يُوفى بها...**" [4] فالصواب أنه يجب على الزوج والزوجة وعلى كل من شُرط عليه شرطا أن يوفي به استنادا إلى الآيات التي أشرنا إليها، وإلى الحديث الصحيح، ومن الغريب أن نُوجب الوفاء بالشرط في عقد بيع لا يُساوي خمسة دراهم، ولا نُوجب

---

[1] أُنظر **سامي أبو عرجة،** المرجع السابق، ص.33.

[2] أُنظر **موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي،** المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد آكلو، ط 3، دار عالم الكتاب، الرياض–السعودية سنة 1997، ج09، ص.483.

[3] أُنظر **صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي،** المرجع السابق، ص.211.

[4] سبق تخريجه في الصفحة 95.

الوفاء بالشرط في عقد يكون العوض فيه الزوجة التي هي محل الحرث والعوض الذي أعطيته خمسون ألفا"[1].

## الفقرة الثانية: حكم الوفاء بالشروط في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية

بعد تعرضنا لحكم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي بصفة موجزة، نتطرق الآن إلى معرفة حكم الوفاء بهذه الشروط في القوانين الوضعية، حيث سنتناول موقف المشرع الجزائري أولا ثم بعض التشريعات العربية ثانيا.

### أولا: موقف المشرع الجزائري من الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج

إن نص المادة 19 من ق.أ.ج المنظم لأحكام الاشتراط في عقد الزواج، لم يتعرض إلى حكم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج كونه لم يبين أقسام الشروط من حيث الصحة والفساد والآثار المترتبة على الإخلال بهذه الشروط، فكل ما جاء في هذه المادة هو عبارة عن قاعدة عامة والمتمثلة في إباحة المشرع الجزائري حرية الاشتراط في عقد الزواج لكلا الزوجين واستثناء عن هذه القاعدة والمتمثل في تقييد حرية الاشتراط بعدم تعارضه مع أحكام القانون، إلا أن هناك نصوص أخرى في قانون الأسرة الجزائري أشارت إلى حكم الوفاء بالشرط الصحيح المقترن بعقد الزواج وأثره على العقد، تتمثل هذه النصوص في المواد 32 و35 و9/53 ، حيث رتب المشرع الجزائري في المادة 9/53 على جزاء إخلال الزوج بالتزاماته التعاقدية أي جزاء إخلاله بالشرط المقترن بالعقد، حق الزوجة في رفع دعوى قضائية ضد زوجها تتضمن طلب تطليقها، كما نصت المادة 35 من ق.أ.ج على بطلان الشروط المنافية لعقد الزواج، أما نص

---

[1] **محمد بن صالح العثيمين،** الشرح الممتع على زاد المستقنع، د ط، دار ابن الجوزي، السعودية، د ت ن، ج12، ص.ص.164 و165.

المادة 32 من ق.أ.ج فقد تطرق إلى مدى تأثير هذه الشروط على عقد الزواج، حيث رتب بطلان عقد الزواج في حال اشتماله على شرط يتنافى ومقتضيات العقد.

ما يُلاحظ على المشرع الجزائري في المادة 32 من ق.أ.ج أنه قد خلط بين المانع من الزواج والذي يُؤدي بالضرورة إلى بطلان عقد الزواج، وبين الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تتناقض ومقتضيات العقد والذي نص على إلغاء هذه الشروط وهو ما يُؤكده نص المادة 35 من ق.أ.ج التي تُؤكد على صحة العقد والشرط، وبالتالي ينبغي تصحيح النص بحذف عبارة "مقتضيات" في المادة 32 وإضافة هذه العبارة إلى المادة 35، أما حالة بطلان العقد بسبب الشرط فيكون في حال كون الشرط يُنافي أصل العقد كأن يكون شرط توقيت الزواج بمدة محددة[1]، وعليه فإن المشرع الجزائري يرى أن الشرط المقترن بعقد الزواج هو جزء من مقتضى العقد وبالتالي يلزم الوفاء به، وبهذا فإن موقف المشرع الجزائري بخصوص الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج جاء متماشيا مع موقف الحنابلة وبالخصوص شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وهذا ما يُعد بمثابة تدعيم لحماية الأسرة من خلال الاشتراط في عقد الزواج.

إن إطلاق المشرع الجزائري العنان للزوجين بإقراره حرية الاشتراط في عقد الزواج هو لحماية الأسرة واستقرارها وإلزامه بوجوب الوفاء بهذه الشروط هو تأكيد على هذه الحماية وتدعيمها، وقد عزز هذه الحماية أكثر في النظام المالي للزوجين، إذ أنه أمام التطور الذي عرفته العلاقات المالية بين الزوجين التي أدت إلى اختلاط أموالهما أورد المشرع الجزائري استثناء في المادة 2/37 من ق.أ.ج أعطى بموجبها حرية أكثر للزوجين لتنظيم شؤونهما المالية، بحيث نص على إمكانية اتفاقهما في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول مصير الأموال

---

[1] أُنظر **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.129.

المكتسبة خلال الحياة الزوجية وتحديد النسبة التي تؤول إلى كل واحد منهما، وعليه يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد أقر حماية قانونية لكلا الزوجين بخصوص تدبير شؤونهما المالية. فأجاز من خلال نص المادة المذكورة أعلاه للزوجين في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق إدراج شرط اتفاقي مضمونه أن تكون جميع الأموال المكتسبة بعد الزواج والتي يكتسبانها من عملهما أثناء الحياة الزوجية مشتركة مع تحديد النسب لكل واحد، شريطة عدم المساس بالحق الشرعي الثابت لكل منهما بالميراث[1].

إن الحماية التي أقرها المشرع الجزائري لكلا الزوجين بموجب نص المادة المذكورة أعلاه (أي المادة 02/37 من ق.أ.ج)هي حماية قاصرة، لأن المشرع لم يتطرق فيها إلى تحديد نصيب حصة كل من الزوجين في حال الخلاف والنزاع بينهما واكتفى بالنص على تحديد النسبة التي تؤول إلى كل منهما، إضافة إلى أن نص المادة حدد مصير الأموال المكتسبة بين الزوجين في حال الاتفاق سواء كانت هذه الأموال مكتسبة داخل بيت الزوجية أو خارجه، إذ لا يجد القاضي إشكال لتقسيم هذه الأموال المتنازع عليها عند وجود اتفاق بين الزوجين حول تقسيم هذه الأموال، وإنما يُطرح إشكال تقسيم هذه الأموال المكتسبة بين الزوجين عند تعذر وغياب الاتفاق بين الزوجين فلا يستطيع القاضي تطبيق أحكام المادة المذكورة أعلاه، وأمام الواقع الذي تعيشه الأسرة الجزائرية المتمثل في مساهمة كلا الزوجين في إنماء الثروة العائلية الذي يؤدي حتما إلى اختلاط أموال بعضهما البعض، ونظرا لما تقوم عليه الحياة الأسرية من ثقة وأمان متبادل بين الزوجين، حيث لا يستطيع أحدهما المطالبة بتوثيق هذه الثروة المكتسبة بينهما بالاشتراك خلال الحياة الزوجية، فبمجرد تعكر صفو الأسرة واشتداد النزاع بين الزوجين يلجأ أحد طرفي العلاقة

---

[1] أُنظر **لعريبي إيمان**، المرجع السابق، ص.89.

الزوجية أو كلاهما إلى القاضي ويطلب منه التدخل لحل أو فض النزاعات المالية التي قد تنشأ بسبب عدم توثيق هذه الأموال المكتسبة بينهما بالاشتراك خلال الحياة الزوجية، فيُساهم القاضي بعمله هذا في تحقيق وتجسيد حماية الأسرة ككل وذلك من خلال فض هذه النزاعات المالية بين الزوجين.

**ثانيا: موقف بعض التشريعات العربية من الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج**

بالرجوع إلى قوانين الأحوال الشخصية العربية، نجدها تُوجب الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج، حيث نصت المادة 48 من المدونة المغربية على أن هذه الشروط ملزمة لمن التزم بها من الزوجين، ورتب المشرع التونسي في الفصل 11 من المجلة على مخالفة هذه الشروط إمكانية طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء، كما تضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة 3/40 على وجوب الوفاء بالشرط الذي لا يُنافي أصل العقد ولا مقتضاه، ورتب حق الفسخ في حال عدم الوفاء به، كما أقر قانون الأحوال الشخصية الأردني[1] التفريق لعدم الإيفاء بالشرط الوارد في وثيقة عقد الزواج طبقا لنص المادة 2/37 منه على أن يشترط في الشرط تحقيق مصلحة غير محظورة شرعا ولا يمس حق الغير ولا ينافي مقاصد العقد[2]، كما أوجب هذا النص أيضا الوفاء بالشرط المقترن بعد الزواج، وتعرض أيضا قانون الأحوال الشخصية الإماراتي لوجوب الوفاء بالشرط المقترن بعقد

---

[1] **قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010**، المؤرخ في 2010/10/26 متاح على الرابط:
https://www.mohamah.net/law2010-لسنة-36-رقم-الشخصية-الأحوال-قانون-مواد

[2] أُنظر **ناصر جبر القرم**، دور القضاء الشرعي في إصلاح الأسرة، ط 1، دار الثقافة، عمان-االأردن سنة 2010، ص.208.

الزواج وذلك من خلال نص المادة 4/20 منه، ويعتبر القانون الإماراتي هو الأكثر تفصيلا وتوضيحا لموضوع الشروط المقترنة بعقد الزواج مقارنة مع التشريعات العربية الأخرى.

إلا أن ما يُؤخذ على التشريعات العربية بما فيها التشريع الجزائري، اتجاه معظمها لإعطاء حق الفسخ والطلاق وهذا الأمر كان ينبغي أن يكون في آخر المطاف بعد استنفاذ كل الوسائل الممكنة لإجبار ودفع الملتزم بالشرط للوفاء به، وإلا تعرض للمسؤولية وبعد ذلك يمكن اللجوء لفسخ العقد مع إمكانية التعويض زيادة على الحق في طلب الطلاق بحسب الأحوال[1].

## المطلب الثاني

## الحماية القضائية للمشترطين (المشترط والمشترط عليه) في عقد الزواج

سنتطرق في هذا المطلب إلى حماية القاضي للمشترط عند الإخلال بالشرط المقترن بعقد الزواج في الفرع الأول، ودور القاضي في حماية المشترط عليه عند الاشتراط في عقد الزواج في الفرع الثاني، وأخيرا نتطرق إلى إقرار القاضي التعويض عن الضرر اللاحق بسبب عدم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج في الفرع الثالث.

### الفرع الأول

### حماية القاضي للمشترط عند الإخلال بالشرط المقترن بعقد الزواج

لما كانت وظيفة النظام القانوني للشرط هي حماية الطرف الضعيف بغض النظر عن كونه دائنا أو مدينا، بقصد ضمان عدالة التوازن العقدي وتحقيق متطلبات استقرار المعاملات،

---

[1] أُنظر **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.141.

فإن وظيفة القضاء هي حماية هذا النظام القانوني وتفعيله[1]، ولن يتأتى ذلك إلا عن طريق ضمان حماية قضائية لكلا المشترطين خاصة الطرف المشترط، فكيف يمكن للقاضي حماية الطرف المشترط في عقد الزواج عند رفض المشترط عليه تنفيذ الشرط المقترن بعقد الزواج بعد تعذر وصولهما إلى اتفاق حول تنفيذ الشرط فيما بينهما؟

إن المتعاقدان ملزمان بتنفيذ كل ما ورد في العقد دون تمييز بين ما هو مهم وبين ما هو دون ذلك، فهم ملزمون بالشروط الواردة في العقد بصفة عامة وفي عقد الزواج بصفة خاصة،[2]، وعليه يكون أمام المشترط في عقد الزواج عند عدم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج من طرف المشترط عليه خياران وهما: إما إلزام المشترط عليه على تنفيذ الشرط المقترن بعقد الزواج أمام القضاء وهذا ما سنتعرض إليه في الفقرة الأولى، وإما لجوءه إلى فسخ عقد الزواج أمام القضاء وهذا ما سنتناوله في الفقرة الثانية، وكلا الخياران يعتبران بمثابة مظهر من مظاهر حماية القاضي للمشترط في عقد الزواج.

## الفقرة الأولى: دور القاضي في إجبار المشترط عليه على تنفيذ الشرط المقترن بعقد الزواج

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إطلاقا إلى دور القاضي في الشروط المقترنة بعقد الزواج، وتطبيقا لنص المادة 222 من ق.أ.ج لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة.

---

[1] **أمينة ناعيمي،** المرجع السابق، ص.11.

[2] أُنظر **علي فيلالي،** الالتزامات، النظرية العامة للعقد، د ط، موفم للنشر، الجزائر سنة 2008، ص.364.

إن مسألة إلزام المشترط عليه على تنفيذ الشرط المقترن بعقد الزواج أمام القضاء، هي مسألة خلافية بين الفقهاء، لأنهم لم يتعرضوا إلى ذلك في كتبهم لكن جاءت تلميحات بذلك، فجماهير الفقهاء لا يُوجبون ذلك لكن الذي يظهر أن الأمر مرده للقاضي واجتهاده وما يراه في مصلحة الزوجين[1].

تكمن أدلة أن للقاضي إجبار المشترط عليه على تنفيذ الشرط المقترن بعقد الزواج في عدة أدلة منها:

الدليل الأول: النصوص التي تأمر بالوفاء بالعقود والعهود وتنهى عن الخلف والغدر، وتُحرمها ومنها ما جاء في وصف المنافق "إذا وعد أخلف"[2]، ومنها في شروط النكاح "أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"[3]،

الدليل الثاني: تطبيق القاعدة الفقهية الكلية "لا ضرر ولا ضرار" وفسخ النكاح غالبا ما يكون فيه ضرر، ولذلك وجب دفعه بإجبار المشترط عليه أداء الشرط، وعدم الإخلال به، والناس يرجعون في إزالة الضرر عنهم إلى القضاء،

الدليل الثالث: أن في تدخل القضاء مراعاة لمقاصد الشارع في تشريع الزواج، لأنه بالوفاء بالشرط تتحقق المودة والرحمة والاستقرار في الأسر، وتُسد ذريعة البغضاء والعداوة بين الأزواج، إذ المشترط لم يضع شرطه، ليفسخ نكاحه بعد ذلك، بل وضعه ليُحقق الاستقرار والدوام في زواجه،

---

[1] أُنظر **صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي،** المرجع السابق، ص.65.

[2] **البخاري،** المصدر السابق، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق 121/1، ص.34.

[3] سبق تخريجه، ص95.

والراجح أنه ليس للقاضي أن يُجبر المشترط عليه بالوفاء بالشرط، لأن الفاروق لم يُجبر الزوج الذي اشترطت عليه زوجته أن لا يسافر بها على الوفاء، ولأن ذلك سيُؤدي إلى إضرار كل زوج بالآخر وعدم المعاشرة بالمعروف، فإما الوفاء الحسن بالشرط، أو الفسخ الحسن للنكاح، والله أعلم[1].

إن كان هذا هو التأصيل الفقهي لدور القاضي في إجبار المشترط عليه على تنفيذ الشرط المقترن بعقد الزواج ولو بصورة موجزة، فإن الأمر جوازي بالنسبة للقاضي في إلزام المشترط عليه على تنفيذ الشرط المقترن بعقد الزواج، ويمكن للقاضي الإستناد في هذه الجوازية على فعل وعمل سيدنا عمر بن الخطاب في عدم إجباره للمشترط عليه على تنفيذ الشرط، إلا أنه في عصرنا الحاضر ونظرا لنقص الوازع الديني فنرى من الأفضل أنه على القاضي وحماية للأسرة إجبار المشترط عليه على تنفيذ الشرط المقترن بعقد الزواج، لأنه غالبا ما يتوقف استمرار الحياة الزوجية على تنفيذ مثل هذه الشروط، فمن خلال هذا الإجبار تتحقق حماية القاضي للمشترط وبالتالي حماية الأسرة ككل.

فإذا كان القانون يفترض حسن النية في تنفيذ العقود المالية، فعقد الزواج هو الأولى بهذا الافتراض، لأن العلاقة الزوجية تقوم على أساس الثقة المتبادلة والمفترضة بين الزوجين ولا شك أن التزام أحد الزوجين بتهيئة كل الظروف التي تساهم في تنفيذ الشرط الذي اشترطه عليه الطرف الآخر، يعمل على استمرار هذه العلاقة ولأن الإخلال به يؤدي إلى زعزعة هذه الثقة، مما يترتب عليه فك الرابطة الزوجية بينهما، والالتزام مهما كان نوعه عقدا أم شرطا،

---

[1] أُنظر **صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي**، المرجع السابق، ص.213-215.

يجب تنفيذه والاستمرار فيه، وللقاضي سلطة إلزام المتعاقد أو المشترط عليه على تنفيذه في حال عدم الوفاء به[1].

إن هدف القاضي من جبر المشترط عليه على تنفيذ الشرط المقترن بعقد الزواج: هو سعيه في إيجاد توازن بين حماية حرية الإرادة وحماية التوازن العقدي والعدالة وحماية حسن النية سواء أثناء إبرام العقد أو أثناء تنفيذه أو انقضاءه[2].

لقد مر معنا بأن المشرع الجزائري أوجب الوفاء بالشروط الصحيحة المقترنة بعقد الزواج، وخير دليل على هذا الوجوب هو إعطاء الزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بسبب مخالفة الزوج شرط من الشروط المتفق عليها في عقد الزواج طبقا لنص المادة 9/53 من ق.أ.ج، وأعطى لها حق المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها بسبب التطليق (المادة 53 مكرر من ق.أ.ج).

في الأخير نقول إن تدخل القاضي بناء على طلب المشترط في إجبار المشترط عليه على تنفيذ الشرط المقترن بعقد الزواج، بعد تعذر وصولهما إلى اتفاق فيما بينهما على تنفيذ هذا الشرط، يُعتبر حماية للمشترط من طرف القضاء الذي يترتب عليه حماية الأسرة ككل وبالتالي المجتمع، على أساس أن الأسرة هي الخلية الأساسية في المجتمع، يصلح بصلاحها ويفسد بفسادها، لأنه في غالب الأحيان عند اشتراط هذه الشروط في عقد النكاح تكون مواصلة واستمرار الحياة الزوجية مرتبطة بتنفيذ هذه الشروط، لأن كلا الزوجين لم يرضيا بهذا الزواج

---

[1] أُنظر **صافية بولحارس،** سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2014/2013، ص.92.

[2] **أمينة ناعيمي،** المرجع السابق، ص.11.

إلا بهذه الشروط، وعليه فخيار إجبار القاضي للمشترط عليه على تنفيذ الشرط المقترن بعقد الزواج لا شك أنه هو الخيار الأفضل والأكمل للأسرة والحياة الزوجية، لمساهمته في استقرار الأسرة واستمرار الحياة الزوجية بالمعروف.

### الفقرة الثانية: حماية المشترط عن طريق الفسخ القضائي

إذا لم يتفق الزوجين على تنفيذ الشروط المقترنة بعقد الزواج، وإذا لم يُفلح المشترط في إجبار المشترط عليه على تنفيذ شرطه أمام القضاء، فلا يبقى أمام المشترط المتضرر من عدم الوفاء بالشرط ضررا جسيما إلا خيار واحد ألا وهو فك الرابطة الزوجية سواء عن طريق الطلاق (سنتعرض له لاحقا بالتفصيل في الباب الثاني) أو فسخ عقد الزواج بسبب صعوبة واستحالة مواصلة الحياة الزوجية بدون الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج، وهذا الخيار الأخير لم ينص عليه المشرع الجزائري في أحكام ق.أ.ج مما يستدعي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 222 من ق.أ.ج. وفي هذا الصدد يرى شيخ الإسلام ابن تيمية أن الفسخ كجزاء لعدم الوفاء بالشرط لا يحتاج إلى حكم القاضي، ولكن إذا وقع نزاع بين الزوجين حول هذا الشرط ورُفِعَ الأمر به إلى القاضي، فعندئذ يخضع لسلطته التقديرية [1]، كاشتراط مثلا الزوج على زوجته خدمة وعناية أمه المريضة مرضا مزمنا يتطلب هذا المرض العناية بالمريض في كل الأوقات، وكان هذا الزوج هو الولد الوحيد لأمه وأبيه المتوفي واستحالة العناية بأمه بسبب عمله البعيد عن المنزل، وكانت الزوجة قد قبلت الشرط في البداية ثم بعد الزواج لم تكن عند شرطها برفضها خدمة أم زوجها المقعدة، وبعد تعذر وصولهما إلى اتفاق حول تنفيذ

---

[1] **ابن تيمية**، مجموع فتاوى ابن تيمية، المجلد الثاني والثلاثون،(النكاح)، مكتبة المعارف، المغرب، د ت ن، ص.167 و168.

هذا الشرط وبعد فشل محاولة الزوج أمام القضاء إجبار زوجته على تنفيذ الشرط، فليس للزوج هنا إلا تطليق هذه الزوجة أو فسخ عقد الزواج بسبب مخالفة الشرط المتفق عليه في عقد الزواج.

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري، لم ينص المشرع الجزائري صراحة على فسخ عقد الزواج بسبب عدم الوفاء بالشرط المقترن بالعقد، ونص فقط على حق الزوجة في طلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج (المادة 9/53 من ق.أ.ج) على خلاف ما قال به فقهاء الشريعة وكذا معظم تشريعات الأحوال الشخصية العربية، حيث قرروا صراحة الفسخ كجزاء لعدم الوفاء بالشرط المقترن بالعقد. فلقد قرر الحنابلة أنه إذا اشترط أحد الزوجين شرطا صحيحا فلم يف به المشترط عليه، فيثبت هنا للمشترط خيار الفسخ، أي أن المشترط له الخيار ما بين الاستمرار في الزواج أو فسخ الزواج[1]، كما كرست معظم التشريعات العربية لاسيما تشريعات المشرق العربي الحق في الفسخ من حيث البدأ كجزاء لعدم الوفاء بالشرط المقترن بالعقد، من هذه التشريعات مثلا نجد قانون الأحوال الشخصية الإماراتي (المادة 4/20 و5 و7) وقانون الأحوال الشخصية الكويتي (المادة 3/40) ومجلة الأحوال الشخصية التونسية (الفصل 11)، وعليه، وتطبيقا لنص المادة 222 من ق.أ.ج وتماشيا مع موقف معظم تشريعات الأحوال الشخصية العربية نقترح تعديل المادة 19 من ق.أ.ج بإدراج فيها النقاط الآتية:

- تحديد الضابط الذي يحكم الشروط المقترنة بعقد الزواج (ضوابط الشروط الصحيحة والفاسدة)،

---

[1] أُنظر **صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي**، المرجع السابق، ص.218.

– النص صراحة على وجوب الوفاء بالشروط الصحيحة،

– منح الخيار للمشترط إذا لم يف المشترط عليه بالشرط بين تنفيذ الشرط أمام القضاء أو فسخ العقد قضائيا،

– إلزام المشترط عليه بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمشترط بسبب عدم الوفاء بالشرط.

## الفرع الثاني

## تدخل القاضي لحماية المشترط عليه عند الاشتراط في عقد الزواج

لقد سبق القول بأن تدخل القاضي من خلال الاشتراط في عقد الزواج فيه إقرار نوع من الحماية للمشترط وبالتالي حماية الأسرة، وعددنا مظاهر هذه الحماية في الفرع السابق، إلا أن حماية القاضي للأسرة من خلال الاشتراط في عقد الزواج لا تقتصر على حماية المشترط فقط، بل تتعدى لتشمل أيضا المشترط عليه، فكيف يُؤمن القاضي للمشترط عليه هذه الحماية؟ هذا ما سنتعرف عليه من خلال التطرق إلى حماية القاضي للمشترط عليه من الشرط الباطل في الفقرة الأولى، وحماية القاضي للمشترط عليه عند تعذر الوفاء بالشرط في الفقرة الثانية.

### الفقرة الأولى: حماية القاضي للمشترط عليه من الشرط الباطل

إذا اشترط الزوج على زوجته أن لا يُنفق عليها أو اشترطت الزوجة على زوجها أن لا يطئها أو اشترطا أن لا يتوارثا، فما حكم الوفاء بهذا الشرط وأثره على العقد؟

لقد مر معنا فيما سبق أن مذاهب الفقهاء في الشروط المقترنة بعقد الزواج، يُصنفون الشروط التي تنافي مقتضى العقد ضمن الشروط الباطلة أو الفاسدة، يترتب عليها بطلان الشرط وصحة العقد، وقد سارت القوانين الوضعية ومن ضمنها التشريع الجزائري على منحى الفقه

بخصوص الشروط الباطلة، فاعتبرت هذه القوانين أن الشروط التي تُنافي أصل العقد هي شروط باطلة والعقد صحيح.

أبطل المالكية الشرط الفاسد في جميع الأحوال، أما أثره في العقد، فتارة يُبطله وتارة يُبطل الشرط وحده ويبقى العقد وتارة أخرى يبطل الشرط والعقد معا إلا إذا نزل المشترط عن الشرط فيسقط الشرط ويبقى العقد، فيبدو أن المالكية أخذوا بإنقاص العقد في حال إذا ناقض الشرط مقتضى العقد ولكن العقد لا يختل إذا أعمل الشرط، فيبطل الشرط ويبقى العقد إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا يُطلقها أو ألا ينقلها من بلدها[1]، وقد جعل الإمام مالك الشروط تنقسم عنده إلى ثلاثة أقسام: شروط تبطل هي والبيع معا، شروط تجوز هي والبيع معا، وشروط تبطل ويثبت البيع، وقد يظن أن عنده قسما رابعا وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع وإن تركه جاز البيع[2].

بناء على ما ذهب إليه المالكية بخصوص مسألة أثر الشرط على العقد، فلقد نص المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة الجزائري، على هذه المسألة من خلال نص المادة 35 من ق.أ.ج بنصها "**إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا**". فإذا توافرت شروط الإنقاص المنصوص عليها في المادة 104 من ق.م.ج، يجب على

---

[1] أُنظر **أحمد عبد الرزاق السنهوري،** مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، محل العقد، ط 1، دار إحياء التراث العربي، كؤسسة التاريخ العربي، بيروت–لبنان، د ت ن، ج03، ص.ص.111 و112.

[2] **أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد،** بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 3، مكتبة الخانجي، القاهرة، سنة 1994، ج02، ص.133.

القاضي أن يقوم بتجزئة عقد الزواج، فيكون الشرط الباطل منعدما كأنه لم يكن ولا يترتب عليه أي أثر، أما بالنسبة للشق الصحيح فإنه يُرتب كل آثاره القانونية الأصلية[1].

يظهر لنا من نص المادة 35 من ق.أ.ج أن المشرع الجزائري قد أقر حماية قانونية للمشترط عليه عن طريق حمايته من الشرط الباطل بإلغاءه الشرط الباطل وتصحيح العقد، وقد عزز وأكد على هذه الحماية بالسماح للقاضي بالتدخل لمراقبة صحة الشرط المشترط في إطار ممارسة سلطته التقديرية، فلو اشترط الزوج على زوجته مثلا أن لا يُنفق عليها، فيتدخل القاضي هنا لحماية المشترط عليه وهي الزوجة بما له من سلطة بموجب نص المادة المذكور أعلاه، وذلك بإلغاء الشرط الباطل وتصحيح عقد الزواج فيلزم القاضي الزوج بالنفقة على زوجته، إلا أن القاضي لا يستطيع التدخل إذا كان هذا الشرط الباطل هو الدافع للتعاقد. لأن هذا الشرط الأخير يكون في الغالب هو الدافع إلى التعاقد أي أن هذا الشرط هو الذي حمل الزوج أو الزوجة على إبرام عقد الزواج[2].

نخلص أن حماية القاضي للمشترط عليه تتحقق من خلال تدخل القاضي بموجب سلطته التقديرية في تعديل عقد الزواج بإلغاء الشرط الباطل وتصحيح عقد الزواج طبقا لنص المادة 35 من ق.أ.ج، وهذا لا يُعد إلا وجه من أوجه حماية القاضي للمشترط عليه، إذ يستطيع القاضي أيضا حماية المشترط عليه من خلال الاشتراط في عقد الزواج عن طريق، تدخل القاضي في إبطال عقد الزواج بسبب الشرط الباطل ومثاله كاشتراط الزوج على زوجته عدم الإنجاب أو

---

[1] أُنظر **علي فيلالي**، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.357.

[2] أُنظر **صافية بولحارس**، المرجع السابق، ص.97.

كنكاح الشغار أو كنكاح المتعة أو الزواج المؤقت، ففي مثل هذه الأنكحة أثر الشرط الباطل يتعدى إلى عقد الزواج وبالتالي يبطل عقد الزواج.

**الفقرة الثانية: تدخل القاضي لحماية المشترط عليه عند تعذر الوفاء بالشرط المقترن بالعقد**

لو اشترطت الزوجة على زوجها في عقد الزواج عدم مغادرة البلد الذي تزوجا فيه، ثم صدر أمر بتحويل وظيفة هذا الزوج إلى بلد آخر، فماذا يفعل هذا الزوج؟ هل يبقي على تنفيذ الشرط وبالتالي من المحتمل فصله عن وظيفته التي تعتبر مصدر رزق أسرته؟ أم يُخالف الشرط ويُحافظ على وظيفته الذي قد يترتب عليه طلب الزوجة التطليق منه، وبالتالي تعريض الأطفال إلى الآثار السلبية للطلاق؟

في هذه الحال إذا لم يحصل توافق بين الزوجين على تعديل الشروط المقترنة بعقد الزواج، فلا يكون لهما من سبيل إلا اللجوء إلى القضاء[1]. فهل يمكن للمشترط عليه أن يطلب من القضاء إعفاءه من تنفيذ الشرط؟

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري، لا نجد فيه نصا يُعطي الحق للمشترط عليه اللجوء إلى القضاء من أجل إعفاءه من الوفاء بالشرط بسبب ظروف غير متوقعة أدت إلى صعوبة تنفيذ الشروط، على خلاف المشرع المغربي الذي أخذ في المادة 2/48[2]من مدونة الأسرة المغربية بنظرية الظروف الطارئة حيث يجوز له أن يطلب من القضاء في حالة صعوبة

---

[1] أُنظر **مسعودي يوسف،** المرجع السابق، ص.93.

[2] تنص المادة 2/48 من المدونة المغربية على مايلي **"إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني مرهقا، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه"**

التنفيذ العيني أن يعفيه من الشرط أو أن يُعدل فيه، ويبدو أن القانون المغربي هو الوحيد من القوانين العربية الذي نص على نظرية الظروف الطارئة في مدونة الأسرة المغربية في حال تعذر الوفاء بالشروط لأسباب قاهرة. أما القانون الجزائري فلم ينص على نظرية الظروف الطارئة في قانون الأسرة وإنما نص عليها ضمن القواعد العامة في أحكام القانون المدني الجزائري من خلال نص المادة 3/107 من ق.م.ج التي نصت على مايلي "**غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يُصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك**"[1].

لقد خول المشرع المغربي المشترط عليه الملزم بالشرط حق طلب الإعفاء من الشرط المقترن بعقد الزواج أو تعديله بناء على طلب يُقدمه المشترط عليه إلى المحكمة عندما يُصبح تنفيذه مرهقا، وراجع إلى أسباب طارئة منعت من التنفيذ أو فرضت عدم الالتزام بالشرط ما دام الظرف الطارئ الذي حال دون تنفيذه قائما[2].

وعليه فإن تعديل الشرط المقترن بعقد الزواج أو الإعفاء منه في هذه الحالات لا يُفهم أنه إخلال بالشروط، لأن الوفاء بالشرط في عقد الزواج هو الأصل، إلا أن تدخل القاضي في هذه الحالات غير المتوقعة ينبغي أن يكون مبنيا على دوره الفعال في إقناع الزوجين أو أحدهما، بضرورة تعديل الشرط أو إعفاء الطرف الآخر منه محافظة على قدسية عقد الزواج مع إقرار

---

[1] أُنظر **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.138.

[2] أُنظر **لعريبي إيمان،** المرجع السابق، ص.66.

التعويض للمشترط، أو وقف تنفيذ الشرط حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان هذا الأخير وقتي وليس بقوة قاهرة، يستحيل معها تنفيذ الشرط المدرج في عقد الزواج خاصة في الحالات التي تستعجل فيها المرأة طلب التطليق بسبب عدم الوفاء الشرط، وكانت ظروف الزوج لا تسمح له بالوفاء[1].

نخلص إلى القول بأن تدخل القاضي لحماية المشترط عليه وكما نص المشرع المغربي في نص المادة 48 من المدونة، لابد أن يكون نتيجة حدوث ظروف طارئة وغير متوقعة يتعذر معها الوفاء بالشرط، وبهذا تتحقق حماية المشترط عليه في مقابل عدم إلحاق ضرر بالمشترط من جراء عدم الوفاء بالشرط. ولأنه يقع أيضا على القاضي مراعاة مدى جسامة الضرر الحاصل بسبب عدم الوفاء بالشرط، فإذا كان الضرر اللاحق بالزوج أكبر من الضرر الذي يلحق بالزوجة من جراء نقلها من بلدها، كما لو فقد الزوج وظيفته التي تعبر مصدر رزقه بسبب عدم الوفاء بشرط زوجته عليه بألا ينقلها من البلد الذي تزوجا فيه، فيكون دفع هذا الضرر مقدم على ضرر الزوجة المتخوفة من العيش خارج بلدها[2].

من الضروري الإشارة إلى أنه في إطار الشروط المقترنة بعقد الزواج، يكون الظرف الطارئ خاصا بالمدين (المشترط عليه) وحده أي الزوج أو الزوجة[3]، وهذا ما لا يتفق مع أحد شروط نظرية الظروف الطارئة، والمتمثل في كون أن يكون الظرف عاما، أي لا يقتصر على المدين وحده فقط بل يشمل عدد كبير من الناس أو فئة معينة من الناس، وهذا ما يُوجب على المشرع الجزائري إدراج مادة جديدة أو إضافة فقرة جديدة في المادة 19 من ق.أ.ج تنص على

---

(1) المرجع نفسه، ص.69.

(2) أُنظر **مسعودي يوسف،** المرجع السابق، ص.95.

(3) أُنظر **أمينة ناعيمي،** المرجع السابق، ص.231.

ضرورة الأخذ بنظرية الظروف الطارئة كسبب يستند عليه المشترط عليه في عدم الوفاء بالشرط مع فسح المجال للسلطة التقديرية للقاضي في توافر شروط هذه النظرية، على غرار ما قام به المشرع المغربي في المادة 2/48 من المدونة المغربية للأسرة على أن تكون صياغة هذه المادة أو الفقرة على النحوالآتي "**إذا تبين للقاضي تعذر الوفاء بالشرط بسبب ظروف غير متوقعة ومرهقة للمشترط عليه، جاز للقاضي تبعا للظروف أن يحكم للمشترط عليه بإعفاءه من تنفيذ الشرط ما دامت تلك الظروف قائمة**"، فهذا نص صريح في إمكانية لجوء المشترط عليه إلى القضاء وطلب إعفاءه من تنفيذ الشرط.

ختاما نقول بأن مظاهر حماية القاضي للمشترط عليه تتجلى في إمكانية وقف تنفيذ الشرط مؤقتا أو إلغاء هذا الشرط بما يتلائم مع مصلحة المشترطين (الزوج والزوجة) هذا من جهة، وبما يتلائم مع مصلحة الأسرة وبالتالي المجتمع ككل من جهة أخرى، وبهذا يتحقق التوازن العقدي للمشترطين فيما بينهما الذي يُحقق ويضمن كفالة استقرار الأسرة.

## الفرع الثالث

## إقرار القاضي التعويض عن الضرر اللاحق بسبب عدم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج

لم يتعرض المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة الجزائري إلى أحكام التعويض عن الضرر المترتب عن عدم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج إلا في مادة وحيدة معزولة، وهي المادة 53 مكرر من ق.أ.ج بنصها "**يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم**

**بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**"، فلم يتطرق المشرع الجزائري إلى كل أحكام التعويض ولم يُحدد طبيعة المسؤولية الناتجة عن عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج.

في هذا الصدد ذهب بعض الشراح إلى اعتبار أن أساس طلب التطليق في حالة عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج هو المسؤولية العقدية، وكان ذلك قبل صدور التعديل الأخير لقانون الأسرة لسنة 2005، حيث اعتبروا أن الزوجة التي لحقها ضرر من جراء مخالفة زوجها للشرط الذي اشترطته عليه، يكون لها حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها، وتُؤسس دعواها على أساس المسؤولية العقدية[1]، وعليه واعتمادا على هذا الرأي واستئناسا بأحكام القانون المدني وتطبيقا لنص المادة 222 من ق.أ.ج في الإعتماد على أحكام الفقه الإسلامي في بعض الحالات لخلو نصوص ق.أ.ج النص على هذه المسألة سنتطرق في الفقرة الأولى إلى المسؤولية العقدية كأساس لإقرار التعويض عن الضرر اللاحق بسبب عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج، مع التركيز على دور القاضي في تأسيس هذه المسؤولية، ثم نتطرق في الفقرة الثانية إلى كيفية تقدير القاضي للتعويض عن الضرر اللاحق بالمشترط بسبب عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج.

## الفقرة الأولى: المسؤولية العقدية كأساس لإقرار التعويض عن ضرر عدم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج

إذا تعذر تنفيذ عقد الزواج تنفيذا عينيا، فيكون من حق المشترط طلب التعويض طبقا لنص المادة 119 من ق.م.ج، ويكون هذا التعويض كجزاء نتج عن مساءلة المشترط عليه عن عدم تنفيذه للشرط المقترن بعقد الزواج، وباعتبار أن هذه المساءلة تتم في إطار عقد الزواج

---

[1] أُنظر **صافية بولحارس**، المرجع السابق، ص.ص.117 و118.

الصحيح، فإن نوع المسؤولية القائمة في حق المشترط عليه هي مسؤولية عقدية. هذه الأخيرة التي تعتبر في حقيقتها جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها، وتكون عند استحالة التنفيذ العيني ولم يكن من الممكن إجبار المدين على الوفاء بالتزاماته المتولدة عن العقد عينا، فيكون المدين مسؤولا عن الأضرار التي يُسببها للدائن نتيجة عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، وقيامها يفترض وجود عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه، وأن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى فعله أي إلى خطئه، فلا تقوم هذه المسؤولية إلا إذا توافر الخطأ في جانب المدين، أما عندما ينتفي الخطأ بقيام سبب أحنبي فلا محل لمساءلة المدين[1]، وتنطبق أحكام المسؤولية العقدية على الشروط المقترنة بعقد الزواج على أساس أن وعاء هذه الشروط هو العقد.

لا تقوم المسؤولية العقدية إلا بتوافر أركانها الثلاثة والمتمثلة في: الخطأ العقدي الذي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي سواء كان عن قصد أو إهمال، وكذلك الضرر الذي لحق الدائن، وأخيرا يجب توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر بأن يكون الخطأ العقدي هو السبب المباشر قي وقوع الضرر[2]، وسنتعرض لهذه الأركان وكيفية تقريرها من طرف القاضي بصفة موجزة مع إسقاطها وربطها بالشروط المقترنة بعقد الزواج فيمايلي:

## أولا: دور القاضي في تقرير الخطأ العقدي كركن للمسؤولية العقدية الناتجة عن عدم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج

---

[1] أُنظر **بلحاج العربي،** النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، المرجع السابق،ج01، ص.ص.264 و265.

[2] أُنظر **مصطفى العوجى،** القانون المدني (المسؤولية المدنية)، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، د ب ن، سنة 2004، ج03، ص.141.

الخطأ العقدي هو الركن الأول من أركان المسؤولية العقدية، ويُقصد به: عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشىء عن العقد أو التأخير في تنفيذه أو التنفيذ الجزئي له أو تنفيذه بصورة غير مطابقة مع ما تم الاتفاق عليه، فالمدين ملزم بالعقد، إذن يجب عليه تنفيذ التزامه، يستوي في عدم التنفيذ أن يكون عدم التنفيذ نشأ عن عمده أو إهماله أو عن فعله دون عمد أو إهمال، على أن لا يكون عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي[1]، وقد حدد المشرع الجزائري الخطأ العقدي على النحو المذكور أعلاه في المادة 176 من ق.م.ج[2]، وعليه فإن الخطأ العقدي في الشروط المقترنة بعقد الزواج هو عدم الوفاء بهذه الشروط أو التأخير في تنفيذها أو تنفيذها بخلاف ما أُتفق عليه أو تنفيذها بصفة جزئية، سواء كان عدم التنفيذ عن عمد أو عن إهمال من المشترط عليه، ويُدرج هذا الخطأ ضمن مسؤولية المشترط عليه عن عمله الشخصي لأن عدم تنفيذ الشروط المقترنة بعقد الزواج تدخل في نطاق الأحوال الشخصية.

لقد اتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على أنه يقع على المدعي المتضرر عبء الإثبات، وذلك بأن يثبت خطأ المتعدي ووقوع الضرر، وإذا تعارضت البينتان فإن إثبات السبب المحدث للضمان يُرجح إحدى البينتين على الأخرى، لإثبات الخطأ العقدي في المسؤولية العقدية، يُميز بين كون يد المدين يد ضمان أو يد أمانة فإذا كانت يده يد ضمان فعليه إثبات قيامه

---

[1] أُنظر **إدريس فاضلي**، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، د ط، قصر الكتاب للنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2007/2006، ص.144، وأُنظر **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، المجلد الثاني،ج01 ص.735، وراجع أيضا **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، المرجع السابق،ج01، ص.267.

[2] تنص المادة 176 من ق.م.ج على مايلي **"إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"**

بالتزامه، وإذا كانت يده يد أمانة فعلى الدائن إثبات تقصير المدين في أنه لم يبذل العناية الواجبة للمحافظة على الشيء، لأن القاعدة الفقهية تقرر أن "الأمين مصدق بالأمين"[1]، فبناء على هذا فإنه يقع على المشترط أن يثبت أمام القاضي استحالة التنفيذ العيني للشرط وكذا عدم استعداد المشترط عليه لتنفيذ الشرط، ويُقدر القاضي بأن عدم التنفيذ راجع إلى تعمد المشترط عليه أو إهماله تنفيذ هذا الشرط أو التأخر في تنفيذه أو تنفيذه تنفيذا جزئيا، كما يجب على القاضي أن يتحقق من أن عدم التنفيذ راجع إلى غير سبب أجنبي ليس للمشترط عليه فيه دخل، ليخلص في الأخير إلى تقرير الركن الأول من أركان المسؤولية العقدية والمتمثل في الخطأ العقدي.

**ثانيا: دور القاضي في تقرير الضرر كركن للمسؤولية العقدية الناتجة عن عدم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج**

الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية، وقد عرف الفقه الضرر بعدة تعريفات التي من بينها أن الضرر هو "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك"[2]، ويُشترط في الضرر بنوعيه المادي والمعنوي حتى يكون موجبا للتعويض توافر الشروط الآتية: أن يكون محققا ومباشرا وشخصيا ولم يُعوض بعد[3]، والضرر باعتباره واقعة مادية فإنه يثبت بكافة وسائل الإثبات. إلا أنه إذا كان

---

[1] **وهبة الزحيلي،** نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط 9، دار الفكر، سوريا سنة 2012، ص.232.

[2] أُنظر **علي فيلالي،** الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص.283، وراجع أيضا **بلحاج العربي،** النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، المرجع السابق،ج01، ص.284.

[3] أُنظر **علي فيلالي،** الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص.293.

الدائن يطالب بالتنفيذ العيني فإنه لا يُطالب بإثبات الضرر لأن الضرر ثابت بموجب عدم التنفيذ، أما إذا كان الدائن يُطالب بالتنفيذ بطريق التعويض فعليه إقامة الدليل على الضرر الذي لحقه من عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو من تأخيره في القيام بتنفيذه، ويقتصر تطبيق هذه القاعدة على التعويض القضائي فقط[1]، وعليه فإذا تضرر المشترط من عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج فيقع عليه عند استحالة التنفيذ العيني إثبات الضرر في حقه، فإذا اشترطت الزوجة على زوجها هدم الزواج عليها وخالف الزوج الشرط بعد إبرام عقد الزواج وتزوج من إمرأة أخرى، فإنه يقع على الزوجة الأولى عبء إثبات لحوق الضرر بها جراء هذا الزواج الثاني بإهمال الزوج لها وعدم الإنفاق عليها، فإذا تمكن المشترط من إثبات الضرر اللاحق به جراء عدم الوفاء بالشرط، يتدخل القاضي ليحكم بالتعويض عن هذا الضرر بعد تحقق القاضي من توافر شروط الضرر المذكورة، أي على القاضي التحقق من وقوع الضرر فعلا بالمشترط بأن هذا الضرر وقع فعلا وكان نتيجة لعدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، وأن هذا الضرر قد أصاب المشترط شخصيا في حق من حقوقه أو مصالحه الشخصية وأن المشترط لم يحصل على تعويض على هذا الضرر، فإن القاضي ما عليه سوى الحكم بتقرير الضرر الناتج عن عدم الوفاء بالشرط.

### ثالثا: دور القاضي في تقرير علاقة السببية كركن للمسؤولية العقدية الناتجة عن عدم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج

---

[1] أُنظر **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، المرجع السابق،ج01، ص.289.

علاقة السببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية العقدية، ولتحقيقها يجب أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر فقد يكون هناك خطأ من المدين كما قد يكون هناك ضرر أصاب الدائن، دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في الضرر، والمفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة فلا يُكلف الدائن بإثباتها بل يُكلف المدين بنفي هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة، فعبء الإثبات يقع عليه لا على الدائن، والمدين لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي وذلك بإثبات أن الضرر راجع إلى قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ الدائن أو يرجع إلى فعل الغير[1]، وعليه لقيام المسؤولية الناتجة عن عدم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج، لابد من اقتناع القاضي بأن عدم الوفاء بالشرط أو التأخر في الوفاء به أو الوفاء به على نحو يُخالف ما أُتفق عليه كان هو السبب المباشر في إلحاق الضرر بالمشترط، كتضرر الزوجة جراء إهمالها من طرف الزوج وعدم الإنفاق عليها بسبب مخالفته شرط عدم الزواج عليها وإنفاقه على الزوجة الثانية فقط، فيكون الضرر الحاصل للزوجة نتيجة عدم وفاء الزوج بشرطه، ولنفي علاقة السببية يطلب القاضي من المشترط عليه أن يثبت أن عدم الوفاء بالشرط أو التأخر في الوفاء به كان بسبب أجنبي لا يد له فيه.

## الفقرة الثانية: تقدير القاضي للتعويض عن الضرر اللاحق بسبب عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج

إذا توافرت للقاضي أركان المسؤولية العقدية يستطيع الحكم بموجب ما توصل إليه بالتعويض عن الضرر اللاحق بسبب عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج، وله سلطة

---

[1] أُنظر **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، المجلد الثاني،ج01 ص.774.

تقديرية في تحديد طريقة التعويض المناسبة. ولأنه من الثابت أنه إذا لم يُوجد نص أو اتفاق يُقدر التعويض فإن القاضي هو الذي يتولى تحديد طريقة التعويض، وهذا بالإعتماد على مجموعة من العناصر للقيام بهذا التقدير القضائي للتعويض[1].

يُقدر القاضي التعويض كأصل عام على أساس درجة الضرر اللاحق بالمشترط، ويشمل هذا التعويض طبقا لما تنص عليه المادة 182 من ق.م.ج[2] ما لحق المضرور المشترط من خسارة وما فاته من كسب، غير أن التعويض العقدية يقتصر على الضرر المتوقع وقت التعاقد، باستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم على خلاف المسؤولية التقصيرية كمت رأينا فإن التعويض يشمل التعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع.

يجب أن يكون التعويض مساويا للضرر لا يزيد عليه ولا ينقص عنه، لأن القاعدة العامة في التعويض هي مراعاة المثلية التامة بين الضرر وبين العوض وهذا ماديا أو معنويا، فالمثلية معدومة وقد قال الله تعالى ﴿**وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّابِرِينَ**﴾ الآية 126 من سورة النحل، وزيادة التعويض عن الضرر أو نقصانه أكل لأموال الناس بالباطل[3]، قال تعالى ﴿**وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ**﴾ الآية 188 من سورة البقرة، فلقد أجازت الشريعة الإسلامية أخذ المال بعوض مع التراضي إذا روعي شرط العوضين وشرط العاقدين وشرط اللفظين أي الإيجاب والقبول، مما يُعتد به الشرع من اجتناب الشرط

---

(1) أُنظر **لعربيي إيمان**، المرجع السابق، ص.81.

(2) تنص المادة 182 من ق.م.ج على مايلي "**...ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به...غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد**"

(3) أُنظر **صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي**، المرجع السابق، ص.253.

المفسد[1]، والشاهد من هذا أنه يجوز للقاضي الحكم بالتعويض وذلك عن طريق أخذ المال من المشترط عليه مقابل عدم الوفاء بالشرط.

باعتبار أن وعاء الشروط هو العقد، فإن الشروط في عقد الزواج تخضع لأحكام القواعد العامة في التعويض إلا ما أُستثني منها بأحكام خاصة، وتطبيقا لذلك فإنه يكون للمرأة التي تضررت من جراء مخالفة شرطها في عقد الزواج، كفقدانها لمنصب عملها بسبب إخلال الزوج بالشرط فلها الحق في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها من جراء ذلك، ولها أن تُؤسس دعواها على أساس المسؤولية العقدية[2]، وتبعا لأحكام المادة 132 من ق.م.ج التي أعطت السلطة التقديرية للقاضي في تحديد طريقة التعويض تالمناسبة لجبر الضرر، ولقد مر معنا بأن طرق التعويض هي: التعويض العيني والتعويض بمقابل هذا الأخير الذي يندرج ضمنه التعويض النقدي، فإذا اشترط الزوج على زوجته في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق عدم إتمام الدراسة، فالزوجة إذا أخلت بهذا الشرط بعد إبرام عقد الزواج وواصلت الدراسة، فإنه يكون منحق الزوج مطالبتها بالتعويض العيني عن طريق طلب الزوج من القاضي توقيف الزوجة عن الدراسة، وفي مقابل ذلك قد تشترط الزوجة على زوجها الإستمرار في وظيفتها فإذا أخل الزوج بالشرط بمنع الزوجة من الإستمرار في وظيفتها، يكون للقاضي أن يحكم بالتعويض العيني بناء على طلب الزوجة بإجبار الزوج على الوفاء بالشرط بالسماح للزوجة الإستمرار في عملها، كما يمكن للزوج أو الزوجة أيضا المطالبة بالتعويض النقدي من أجل إصلاح الضرر اللاحق بأحدهما جراء مخالفة الآخر الشرط المتفق عليه.

---

[1] أُنظر **محمد الرازي فخر الدين ابن ضياء الدين عمر**، تفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب، د ط، دار الفكر، د ب ت ن، ج05، ص.126.

[2] أُنظر **مسعودي يوسف**، المرجع السابق، ص.106.

أخيرا نقول بأن إعمال القاضي لنشاطه الذهني، من خلال البحث في مدى توافر أركان المسؤولية العقدية الناتجة عن عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج والحكم بالتعويض لفائدة المشترط المتضرر، وكذا تدخله في اختيار طريقة التعويض المناسبة والملائمة عن الضرر الناتج عن عدم الوفاء بالشرط، يعتبران مظهران من مظاهر حماية القاضي للمشترط في عقد الزواج، وتبرز هذه الحماية أكثر في حال حكم القاضي بالتعويض العيني كجزاء لعدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج، وذلك من خلال الوفاء بالشرط وبالتالي حماية الأسرة ككل من التفكك، لأنه غالبا ما تتوقف مواصلة الحياة الزوجية على الوفاء بهذه الشروط.

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالاشتراط في عقد الزواج، لم يرتب أي جزاء على مخالفة الشروط المقترنة بعقد الزواج ما عدا إعطاء الزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج طبقا لنص المادة 9/53 من ق.أ.ج وهذا غير كافي لحماية الأسرة، وعليه نقترح في هذا الشأن إضافة مادة جديدة أو فقرة جديدة في المادة 19 من ق.أ.ج تسمح للمشترط اللجوء إلى القضاء عند عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج، المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بسبب عدم الوفاء بهذه الشروط على أساس المسؤولية العقدية، أي تدخل القاضي في إقرار التعويض عن الضرر اللاحق بسبب عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج على أساس أحكام المسؤولية العقدية ، وبالتالي توفير حماية أكثر للأسرة من طرف القضاء بمساءلة المشترط عليه وإلزامه بالتعويض إذا ترتب عن عدم الوفاء بالشرط ضرر للمشترط.

# الفصل الثاني

# حماية القاضي للأسرة بعمله الولائي وبالنسب

## الفصل الثاني

## حماية القاضي للأسرة بعمله الولائي وبالنسب

لعل من أبرز المجالات التي يبرز فيها دور القاضي في حماية الأسرة خلال ابرام عقد الزواج، مجال ممارسة القاضي لسلطته الولائية لاسيما تلك المتعلقة بمنح التراخيص والأذون القضائية، وكذا مجال دور القضاء في إثبات أو نفي النسب، هذا الأخير الذي يندرج ضمن سلطته القضائية، ففي بعض الأحيان يلجأ الأشخاص إلى القضاء بحكم ما له من ولاية عامة ومن دون منازعة بينهم لاستصدار أوامر ولائية لحماية حقوقهم، لذلك جعل المشرع للقضاء دورا فاعلا في حماية الأسرة من خلال عمله الولائي الهادف لكفالة استقرار الأسرة، إذ علق زواج بعض الفئات على ضرورة استصدار طالب الزواج أمر ولائي يتضمن الترخيص بالزواج، كما هو الحال في زواج القصر وزواج الرجل بامرأة ثانية، فأخضع المشرع زواج هؤلاء إلى رقابة القضاء بواسطة سلطتة الولائية حماية لمصالح الطرف الضعيف في هذا الزواج، سواء كان القاصر في زواج القصر أو الزوجة الأولى أو الثانية في زواج الرجل بامرأة ثانية، وهذا ما يجرنا إلى التساؤل **عن دور العمل الولائي للقاضي في حماية الأسرة؟** وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في المبحث الأول بتحديد العمل الولائي للقاضي الهادف لحماية الأسرة.

كما ذكرنا أعلاه، فإن من أبرز مجالات تدخل القاضي لحماية الأسرة مجال النسب، إذ يترتب على حماية القاضي للنسب بناء أسرة قوية على أسس صلبة تضمن بقائها واستمرارها واستقرارها، كما أن أثر حماية القاضي للنسب لا يقتصر على حماية الأسرة فقط، بل يمتد ليصل

إلى حماية المجتمع ككل، وبناء على هذا فقد قرر المشرع الجزائري حماية قانونية للأسرة من خلال النسب، ويظهر ذلك عن طريق عدم الاقتصار على الطرق الشرعية القطعية (الزواج الصحيح أو الفراش، الإقرار، نكاح الشبهة، البينة) في إثباته بتوسيع هذه الطرق بواسطة ابتكاره لطرق أخرى لا ترقى في حجية الاثبات إلى مرتبة الطرق الشرعية القطعية، لكن تُساعد القاضي في التوصل إلى إثبات النسب، **وهذا ما يجرنا إلى التساؤل عن الطرق الأخرى التي يستعين بها القاضي في إثبات أو نفي النسب وبالتالي حماية الأسرة؟** وسنحاول الإجابة على هذا التساؤل في المبحث الثاني بإبراز دور القاضي في حماية الأسرة من خلال حماية النسب.

## المبحث الأول

## العمل الولائي للقاضي الهادف لحماية الأسرة

يُعتبر موضوع التمييز بين العمل الولائي والقضائي محل جدل فقهي، إذ يعتبر معتنقو المذهب الشكلي أن كل عمل صادر بناء على عريضة دون تكليف الخصم بالحضور هو عمل ولائي، أما من استند إلى معيار القاضي فمتى تمتع القاضي بسلطة واسعة غير مقيد بقواعد إثبات فهو عمل ولائي، ومنهم من يرى أن كل عمل يقرر حقوقا سابقة كان عملا ولائيا [1]،كما أن العمل لو أنشأ مركزا قانونيا جديدا فهو ولائي[2]، وهناك من يرى أن كل عمل يصدر من القاضي دون نزاع بين الطرفين فهو ولائي [3].

لقد حاول المشرع الجزائري أن يجعل للقاضي دورا فاعلا في حماية الأسرة من خلال عمله الولائي الذي يهدف أساسا لكفالة استقرار الأسرة والتسهيل على بعض الفئات الزواج لتكوين أسر، من أجل هذا أخضع المشرع الجزائري زواج هذه الفئات إلى رقابة القاضي، إذ علق زواجهم على استصدارهم تراخيص وأذون قضائية لعقد هذا الزواج، فمنح للقاضي سلطة واسعة في منح هذه التراخيص سواء الترخيص بزواج القاصر أو الترخيص بتعدد الزوجات، وهذا ما يجرنا إلى بحث مدى مساهمة هذه التراخيص القضائية الصادرة من القاضي باعتبارها أعمال ولائية في كفالة استقرار الأسرة، وهذا ما سنعالجه في دور العمل الولائي للقاضي في

---

(1) أُنظر **عمر زودة**، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، د ط، دار أنسيكلوبيديا، الجزائر، د ت ن، ص.199.

(2) المرجع نفسه، ص.200.

(3) أُنظر **فاسي عبد الله**، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2015/2014، ص.91.

حماية القصر عند انعقاد الزواج في المطلب الأول، ثم نتطرق إلى حماية القاضي للأسرة بعمله الولائي عند تعدد الزوجات في المطلب الثاني.

## المطلب الأول

## دور العمل الولائي للقاضي في حماية القصر عند انعقاد الزواج

يُشاع بأن من أهم وأبرز أسباب انتشار ظاهرة الطلاق هو الزواج دون بلوغ سن الزواج، لذا تدخلت التشريعات الوضعية العربية ومنها التشريع الجزائري لتنظيم أحكام الزواج دون سن الزواج، بتحديد السن الذي يُصبح فيها الزوجان أهلا لتحمل مسؤولية الزواج، وقد سبقتها في ذلك الشريعة الإسلامية التي اختلف فقهاءها ما بين مجيز ومانع لزواج الصغار وهذا ما سنبحثه في الفرع الأول بتحديد حكم الزواج دون سن الزواج فقها وقانونا.

بالرجوع إلى أحكام ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري قد اشترط توافر الأهلية لإبرام عقد الزواج، طبقا لنص المادة 09 مكرر من ق.أ.ج، وهذا هو الأصل، إلا أن المشرع الجزائري قد أورد استثناء في المادة 01/07 من ق.أ.ج[1] عن هذا الأصل، بإجازته الزواج للقاصر بترخيص من القاضي بتوافر شروط وإجراءات لمنح هذا الترخيص وهذا ما سنحاول التطرق إليه في الفرع الثاني، كما أن المشرع الجزائري لم يُحدد في نصوص ق.أ.ج على سبيل الحصر الوسائل والمعايير التي يستند عليها القاضي لمنح هذا الترخيص، وهذا سنحاول تبيانه في الفرع الثالث.

---

[1] تنص المادة 01/07 من ق.أ.ج على "**...وللقاضي أن يُرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج**".

## الفرع الأول

## حكم الزواج دون سن الزواج

نتطرق في هذا الفرع إلى معرفة الحكم الشرعي لزواج الصغار في الفقرة الأولى، ثم نتطرق إلى موقف القوانين الوضعية العربية والاتفاقيات الدولية من هذا الزواج في الفقرة الثانية.

### الفقرة الأولى: الحكم الشرعي لزواج الصغار

الجمهور من الفقهاء على صحة زواج الصغير والصغيرة وعدم اشتراط البلوغ، غير أن هناك من يقول باشتراط البلوغ، فلقد انقسم الفقهاء في صحة زواج الصغار إلى ثلاثة آراء: 1- الجواز مطلقا، 2- عدم الجواز مطلقا، 3- التفرقة بين زواج الصغيرة والصغير[1].

**أولا: الجواز مطلقا**

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز زواج الصغير والصغيرة[2]، كما أنه لا يعني جواز زواج الصغيرة جواز الدخول بها، فإن كان الدخول بها يُلحق ضررا فإنه لا يحل للزوج الدخول

---

[1] أُنظر **محمد سمارة**، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط01، دار الثقافة، عمان، سنة 2008، ص.104.

[2] أُنظر **أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي**، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق وتقديم وتعليق محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، ط01، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض- البطحاء، سنة 1987، ج02، ص.ص.522 523، وراجع أيضا **عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي**، الاختيار لتعليل المختار، تعليق محمود أبو دقيقة، د ط،دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د ت ن، ج03، ص.94.

بها ولو كانت كبيرة السن[1]، وقد استدل المجيزون لنكاح الصغار بأدلة من الكتاب والسنة والآثار والمعقول وذلك على النحو التالي: [2]

**1- من الكتاب:**

قوله تعالى﴿**وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ...** ﴾الآية 04 من سورة الطلاق، فقد بين الله تعالى أن عدة اللائي لم يحضن ثلاثة أشهر إلا من طلاق في نكاح أو فسخ، فدل ذلك على أنها تُزوج وتُطلق، ولا إذن لها يُعتبر[3].

**2- من السنة:**

استدلوا بما روي أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، تزوج عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة وهي بنت ست سنين، وبنى بها وهي بنت تسع سنين[4].

**3- من الآثار:**

استدلوا بجملة من الآثار في هذا الصدد، ومنها أن قدامة بن مظعون زوج ابنة أخيه عثمان بن مظعون من ابن عمر رضي الله عنه، ومنها روي أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه زوج ابنته أم كلثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنه[1].

---

[1] **جميل فخري محمد جانم**، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، ط01، دار الحامد، عمان-الأردن، سنة 2009،ص.196.

[2] **أسامة عبد العليم الشيخ**، البلوغ وأثره في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 2008، ص.49.

[3] **أُنظر شمس الدين السرخسي**، المبسوط، د ط، دار المعرفة، بيروت-لبنان، د ت ن، ج03، ص.212.

[4] **البخاري**، المصدر السابق، كتاب مناقب الأنصار، باب تزويج النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم عائشة رضي الله عنها، ج04، ص.251، و**مسلم**، المصدر السابق، كتاب النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغيرة، ص.281.

**4- من المعقول:**

إن النكاح من جملة المصالح وضعا في حق الذكور والإناث جميعا، وهو يشتمل على أغراض ومقاصد لا يتحقق ذلك إلا بين الأكفاء، والكفء لا يتفق في كل وقت فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات الولاية للولي في صغرها، ولأنه لو انتظر بلوغها لفات ذلك الكفء ولا يوجد مثله، ولما كان هذا العقد يُعقد للعمر تتحقق الحاجة إلى ما هو من مقاصد هذا العقد، فتجعل تلك الحاجة كالمتحققة في الحال لإثبات الولاية للولي[2].

**ثانيا: عدم الجواز مطلقا**

وفقا لهذا الرأي فزواج الصغار باطل، ولا يترتب عليه أثر من آثار الزواج. هذا الرأي رأي ابن شبرمة وأبي بكر الأصم اللذان لم يُجيزا نكاح الصغير والصغيرة، حتى يبلغا بأدلة من الكتاب والمعقول:

**أ- من الكتاب:**

قوله تعالى﴿ **وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى حَتَّىَ إِذَا بَلَغُواْ النِّكَاحَ...** ﴾الآية 06 من سورة النساء، ووجه الدلالة من الآية أنه لو جاز تزويج الصغير أو الصغيرة قبل البلوغ لم يكن لهذه الآية فائدة[3]،

---

[1] **شمس الدين السرخسي**، المرجع السابق، ج04، ص.214، وأُنظر أيضا **عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي** المرجع السابق، ج03، ص.94.

[2] أُنظر **شمس الدين السرخسي**، المرجع السابق، ج04، ص.215، وأُنظر أيضا **عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي** المرجع السابق، ج03، ص.94.

[3] أُنظر **شمس الدين السرخسي**، المرجع السابق، ج04، ص.212.

وقد أجيب عن ذلك بأن المراد بالنكاح هنا الاحتلام، فإن ابن عباس ومجاهد والسدي قالوا"هو الحلم وهو بلوغ حال النكاح من الاحتلام"[1].

**ب- من المعقول:**

فقد استدل ابن شبرمة وأبو بكر الأصم على عدم جواز نكاح الصغير أو الصغيرة بالمعقول، وذلك لوجهين: -أولهما: إن مقصود النكاح طبعا هو قضاء الشهوة، وشرعا هو النسل، والصغر يُنافيهما.

- ثانيهما: إن هذا العقد يُعقد للعمر وتلزمهما أحكامه بعد البلوغ، فلا يكون لأحد أن يلزمهما ذلك، إذ لا ولاية لأحد عليهما بعد البلوغ[2].

**ثالثا: التفرقة بين زواج الصغير والصغيرة**

ذهب ابن حزم إلى التفرقة بين زواج الصغير وزواج الصغيرة، فأجاز تزويج الأب للصغيرة ولم يُجزه للصغير بل اعتبره باطلا، وذلك عملا بالآثار المروية[3].

هذه مجمل آراء الفقهاء في تزويج الصغار وأدلتهم في ذلك، وبالنظر فيها نرى بأن الأدلة متضافرة في تزويج الصغار، وعليه فإننا نميل -والله تعالى أعلم- إلى رأي الجمهور وذلك بجواز تزويج الصغار لقوة الأدلة التي استدل بها أصحاب هذا الرأي من جهة، وحماية لهذه الفئة من جهة أخرى، إلا أن هذا الرأي لابد من تقييده بشرط أن يكون زواج الصغير أو الصغيرة تحت إشراف وليه، لأن هذا الأخير هو الأدرى بمصلحة هذا الصغير او الصغيرة وهو

---

(1) أُنظر **أبي بكر أحمد الرازي الجصاص**، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، د ط، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت-لبنان، سنة 1992، ج02، ص.93.

(2) **أسامة عبد العليم الشيخ**، المرجع السابق، ص.ص.52 و53.

(3) أُنظر **ابن حزم**، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 09، ص-ص.38- 44.

الأدرى بما يضره، فهذا الولي هو الذي يدرأ عن هذا الصغير المفاسد ويحفظ له مصالحه، وهذا ما عبر عنه عز الدين بن عبد السلام بقوله"ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرف بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها...وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها نص ولا إجماع ولا قياس خاص"[1].

أما بخصوص سن أهلية الزواج في الشريعة الإسلامية، فكانت محل خلاف بين الفقهاء، حيث لم يتفقوا على سن موحدة تُؤهل طرفي عقد الزواج لإبرام عقودهم بأنفسهم، وربطوا ذلك بالبلوغ لأن كل شخص كامل الأهلية هو شخص بالغ، وقد عرف الفقهاء البلوغ بأنه: قوة تحدث في الصغير يخرج بها من حالة لبطفولة إلى حالة الرجولة[2]، فلم يتفق جمهور الفقهاء على سن واحدة للبلوغ.

نخلص في الأخير أن هناك اختلاف فقهي حول مسألة الحكم الشرعي لزواج الصغار، فلقد اتفقوا بأنه يجب أن يكون كلا العاقدين أهلا لمباشرة العقد وهذا هو الأصل، إلا أنه في أصح أقوال العلماء كما رأينا أنه يجوز الزواج دون سن الزواج، وذلك بشروط والتي من أهمها أن يتم هذا الزواج تحت إشراف الولي مع اختلافهم فقط حول من له الحق في تزويج البكر الصغيرة وإجبارها كما هو مقرر في كتب الفقه.كما اختلفوا في السن التي يبني عليها الزواج بين الخامسة عشر (15) سنة و الثامنة عشر (18) [3]، فالمهم أنهم قد أجازوا زواج الصغار حتى إن هناك من الفقهاء من قال بالإجماع في هذه المسألة على غرار ابن منذر بقوله "أجمع كل من نحفظ

---

[1] **عز الدين بن عبد السلام**، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، د ط، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1991، ج 01،.ص.05.

[2] **أبو العباس أحمد الصاوي**، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، د ط، دار المعارف، د ب ن، د ت ن، ج 01، ص.133.

[3] أُنظر **أحمد مصطفى الزرقا**، المرجع السابق، ج 02، ص.777.

عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفء، ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها"[1].

بعد التأصيل الشرعي لحكم زواج الصغار، يتبادر بأذهاننا التساؤل التالي حول موقف التشريعات الوضعية العربية من هذا الزواج، فهل تجيز هذه التشريعات للقصر أو الصغار الزواج دون سن الزواج؟ وماهو موقف الاتفاقيات الدولية أيضا من هذا الزواج؟ وهذا ما سنتطرق إليه في الفقرة الموالية.

## الفقرة الثانية: موقف التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية من الزواج دون سن الزواج

يُعد الزواج من الحريات العامة، مما يقتضي ضرورة تمتع الشخص بكامل الإرادة والحرية في تقرير الزواج من عدمه ودون شرط أو قيد، لأن الزواج وتكوين اسرة حق لكل شخص ابتداء من سن البلوغ، بصرف النظر عن الجنسية أو الأصل أو الدين طبقا للإعلان العالمي لحقوق الإنسان[2]، وضمانا لعدم المساس بهذه الحرية، فقد وسعت جل التشريعات العربية من هذه الحرية وذلك بالترخيص للقصر بالزواج دون اكتمال السن القانونية للزواج وهذا ما سنتطرق إليه أولا، وفي مقابل هذا فهناك تشريعات عربية لم تُجز هذا الزواج وهذا ما سنتطرق إليه ثانيا، وفي الأخير سنتطرق إلى موقف الاتفاقيات الدولية من هذا الزواج ثالثا.

---

(1) **ابن قدامة،** المرجع السابق، ج 09، ص.398.

(2) أُنظر **منادي مليكة،** الحرية في الزواج، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد 02، المجلد 03، جامعة مولاي الطاهر–سعيدة، ص.11.

**أولا: التشريعات المجيزة لعقد الزواج دون السن القانونية للزواج**

بالرجوع إلى جل قوانين الأحوال الشخصية العربية ومن بينها ق.أ.ج، نجد أن موقفها بخصوص حكم الزواج دون سن الزواج يتطابق ويتماشى مع رأي جمهور الفقهاء، وذلك بجواز تزويج القاصر دون اكتمال السن القانونية للزواج، وسنذكر البعض من هذه التشريعات على النحو الآتي:

أشارت مجلة الحوال الشخصية التونسية في الفصل الخامس بأن أهلية الزواج، بالنسبة للرجال هي بلوغ سن 20 سنة و17 سنة للمرأة، كما سمحت بالزواج دون ذلك بتر خيص من المحكمة لأسباب قاهرة، وفي السياق ذاته نصت المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية على أهلية الزواج باتمام الفتى والفتاة 18 سنة كاملة مع سلامة العقل، ورخصت لمن لم يبلغ هذه السن بالزواج بموجب مقرر معلل صادر من القاضي، كما اشترط قانون الأحوال الشخصية الأردني في أهلية الزواج في المادة 10 منه أن يكون كل من الزوجين قد بلغا سن 18 سنة شمسية، وأجاز الزواج دون هذه السن وبلوغ سن 15 سنة برخصة من القاضي، وبموافقة قاضي القضاة إذا كان في هذا الزواج ضرورة تقتضيها المصلحة، وقد منع قانون اظلحوال الشخصية الكويتي في المادة 26 منه توثيق عقد الزواج والمصادقة عليه ما لم تبلغ الفتاة 15 سنة والفتى 17 سنة وقت التوثيق، "بمعنى أنه يمكن الزواج قبل ذلك، لكن لا يجوز توثيقه إلا ببلوغ السن المطلوبة"[1].

أما بخصوص المشرع الجزائري، فقد شدد في ق.أ.ج في بعض مواده على ضرورة بلوغ الفتى والفتاة سن معينة ليتمتع بأهلية عقد الزواج. فإن كان الأصل في ق.أ.ج هو منع

---

[1] **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.62.

الزواج قبل بلوغ السن المحددة قانونا في المادة 07 من ق.أ.ج بـــ 19 سنة، وهو في نفس الوقت سن الرشد المدني (المادة 40 من ق.م.ج)، إلا أنه يُلاحظ على المشرع الجزائري قد أعطى للقاضي السلطة التقديرية للترخيص بالزواج عند الضرورة وتحقق المصلحة بعد التأكد من تحملهما للمسؤولية وقدرتهما على ذلك[1].

ما يُلاحظ على هذه التشريعات أنها قد أجازت الزواج دون السن القانونية للزواج رغم تباينها في هذه السن، إلأن عقد هذا الزواج مرهون بحصول القاصر على رخصة من القاضي، وحسنا ما فعلت هذه التشريعات بإجازة زواج القاصر دون السن القانونية للزواج، لما يترتب على هذه الرخصة ومساهمتها في القضاء على ظاهرة التأخير الكبير للزواج.هذه الأخيرة تُعد من المظاهر السلبية للأمة وليست لها علاقة بتعاليم ديننا الحنيف، إنما لها أسبابها النسية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية، بل هي مشكلة اجتماعية كانت تُؤرق من قبلنامن العلماء المصلحين، وإن لم تكن مستفحلة كما هو الحال اليوم، وقد كتب فيها العلامة الشيخ البشير الإبراهيمي–رحمه الله تعالى– فقال "أعضل هذه المشاكل وأعمقها أثرا في حياة الأمة، وأبعدها تأثيرا في تكوينها مشكلة الزواج بالنسبة للشبان، وذلك بإعراضهم عن الزواج إلى ان يبلغ الواحد منهم سن الثلاثين فما فوق، مما يترتب على هذا أن الكثير من الشابات يتعطلن عن الزواج إلى تلك السن، فيضيع على الجنسين ربيع حياتهم وأزهاره، ويضيع على الأمة نبات ذلك الربيع ثم

---

[1] أُنظر **شويرف عبد العالي،** اشتراط الأهلية في الزواج، دراسة فقهية قانونية، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد 02، المجلد 09 (2016)، جامعة غرداية، ص.218.

تضيع بسبب ذلك أخلاق وأعراض وأموال، وهذا ما يؤدي إلى تلاشي الأمة في عشرات السنين"[1].

**ثانيا: التشريعات المانعة لعقد الزواج دون سن الرشد القانوني**

لقد منع القانونان الكويتي في المادة 26 منه والقطري في المادة 17 منه توثيق عقد زواج القاصر والمصادقة عليه إلا إذا بلغ 17 سنة في الكويت و18 سنة في قطر، ويُجيز القانون القطري التوثيق دون 18 سنة بعد موافقة الولي، والتأكد من رضا الطرفين وبإذن من القاضي المختص، وفي البحرين لا يتولى غير الرشيد إجراء العقد (المادة 1/8 من لائحة المأذونين) [2]. كما ذهب كل من قانون الأحوال الشخصية المصري وقانون الأحوال الشخصية السوري إلى عدم عقد الزواج دون سن الرشد للجنسين مهما كانت الأسباب[3]، وقد ذهب المشرع المصري إلى أبعد من ذلك في القانون 56 لسنة 1922 إذ منع الموثقين من توثيق عقد الزواج إلا إذا ثبت لديهم أن سن الزوجة لا يقل عن 16 سنة، وسن الزوج لا يقل عن 18 سنة وأن لا تُسمع الدعوى إذا كانت سن الزوجينوقت الإنشاء دون هذه السن المحددة، مستأنسا بما قرره ابن شبرمة وأبو بكر الأصم في مسألة زواج الصغار[4]، وتحديد هذه السن لا يعني بطلان العقد قبلها، بل إن الغرض من هذا التحديد هو تعيين الوقت الذي تُسمع فيه دعوى الزوجية،

---

(1) أُنظر **بن زعمية محمد،** الزواج المبكر، مفهومه، حكمه وآثاره، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 04، جامعة سعد دحلب، البليدة، ص.198.

(2) أُنظر **أحمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور علي،** أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة)، ط 01، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2009/2008، ص.61.

(3) أُنظر **شويرف عبد العالي،** المرجع السابق، ص.219.

(4) أُنظر **محمد أبو زهرة،** الأحوال الشخصية، ط 02، دار الفكر العربي، د ب ت ن، ص.ص.123 و124.

وبناء عليه فلو زوج الأولياء الصغيرين فإن العقد صحيح، لكن لا تسمع دعوى إثباته أما القضاء، بل لابد من الانتظار حتى يبلغ الطرفان السن القانونية ثم يتصادقان على الزواج، والتصادق في الحقيقة ليس إنشاء لعقد جديد، بل هو إثبات لعقد سابق صحيح يعتد به القانون[1].

لعل سبب منع هذه التشريعات الزواج دون سن الرشد القانوني، يعود إلى جملة من المخاطر والأضرار الصحية والنفسية والاجتماعية والاقتصادية المترتبة عن الزواج المبكر. فمن المخاطر الصحية المترتبة عن الزواج المبكر، نجد مخاطر الحمل المبكر الذي قد يؤدي إلى زيادة نسبة التعرض لمضاعفات الحمل، مثل فقر الدم وتسمم الحمل، كما أن الولادة المبكرة لها تأثيرها المباشر على زيادة نسبة وفيات اظلطفال حديثي الولادة، أما عن المخاطر الاجتماعية للزواج المبكر فهي عديدة، لكن أبرزها يتمثل في تحمل الزوج أو الزوجة مسؤولية اجتماعية قد تكون أكبر من أن يستطيعا تحملها، وعدم القدرة على القيام بمسؤولية رعاية وتربية الأطفال كما يجب، كما يترتب على الزواج المبكر مخاطر وأضرار اقتصادية عديدة ومن أبرزها، أنه غالبا ما يسهم الزوااج المبكر في عدم إكمال أحد الزوجين أو كلاهما التعليم مما يؤدي إلى تقليل فرص الحصول على عمل ملائم ومجدي، بالإضافة إلى زيادة العبء المعيشي للأسرة نتيجة زيادة عدد أفراد الأسرة بسبب الحمل المبكر وبالتالي زيادة معدلات الفقر في المجتمع[2].

**ثالثا: موقف الاتفاقيات الدولية من الزواج دون سن الزواج**

لم تتعرض الاتفاقيات الدولية سواء الخاصة بحماية الطفل أو بحماية المرأة إلى مسألة

---

[1] **شوقي ابراهيم عبد الكريم علام،** الولاية في عقد النكاح ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، سنة 2013، ص.62.

[2] أُنظر **علي جداي،** السن القانوني للزواج "دراسة مقارنة"، مجلة البحوث والدراسات، العدد02، المجلد 10، جامعة الوادي،ص. ص.170 و171.

الزواج دون سن الرشد القانوني، فقد اعتبرت المادة 01 من اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1989[1] بأن الطفل هو كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر سنة ما لم يبلغ سن الرشد، فيُستنتج من هذه المادة أنه في ظل هذه الاتفاقية يُمنع زواج الأطفالدون سن 18 سنة.كما نصت المادة 02/16 من الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) [2] على أنه لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الاجراءات الضرورية بما في ذلك التشريعية منها لتحديد سن أدنى للزواج، ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا، فالملاحظ من هذه المادة أنها أيضا منعت الزواج دون سن الزواج، وذلك من خلال اعتبارها لخطوبة الطفل أو زواجه ليست لها أي أثر قانوني، وهو نفس الموقف الذي اتخذه الإعلان العامي لحقوق الإنسان لسنة 1948 في مادته 16[3]، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 في المادة 23 منه[4].

في الختام نستطيع القول بأنه رغم تباين التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية بخصوص حكم الزواج دون سن الزواج، إلا أنني أميل وأُفضل رأي التشريعات المجيزة لعقد الزواج دون سن الرشد القانوني تماشيا مع ما ذهب إليه رأي جمهور الفقهاء بخصوص زواج

---

[1] **اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989**، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 1989/11/10، تاريخ بدأ النفاذ 1990/09/02، صادقت عليها الجزائر في 1990/12/19، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 461/92، المؤرخ في 24 جمادى عام 1413، الموافق لـــ 19 ديسمبر 1992، ج.ر.ج.ج.د.ش العدد 91 بتاريخ 1992/12/23.

[2] **اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)** المؤرخة في 1979/12/18.

[3] المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص **"للرجل والمرأة متى أدركا سن البلوغ حق التزوج وتأسيس أسرة..."**

[4] المادة 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي تنص **"الأسرة هي الوحدة الجماعية... يكون للرجل والمرأة ابتداء من بلوغ سن الزواج ، حق معترف به في التزويج وتأسيس أسرة..."**

الصغار، لكن يجب أن يتم هذا الزواج برخصة من القاضي، هذه الرخصة لا يجب منحها إلا إذا توافرت جملة من الشروط في طالبها، واحترام الإجراءات المقررة لطلبها لتتحقق بالتالي الحماية الحقيقية للقصر عند انعقاد زواجهم من طرف القضاء وهذا ما سنتعرف عليه في الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

## شروط وإجراءات منح الترخيص القضائي لزواج القاصر

اقتداء برأي جمهور الفقهاء، مراعاة للظروف الاجتماعية في مجتمعنا وتحقيقا لمصلحة معينة، نزولا عند الأعراف المحلية أحيانا، أجاز ق.أ.ج تزويج الصغير والصغيرة إجازة مقيدة بشروط[1] وذلك من خلال حصول القاصر على ترخيص من القاضي، يُرخص له فيه بالزواج طبقا لما نصت عليه المادة 07 من ق.أ.ج، ومن استقراء هذه المادة الأخيرة والمادة 02/11 من ق.أ.ج التي تنص على مايلي"**دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم، وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له**"، يتبين لنا أن منح الترخيص القضائي لزواج القاصر مقيد بتوافر جملة من الشروط، وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن هذه الشروط؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفقرة الأولى، كما أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومن خلال الممارسة القضائية، لمنح هذا الترخيص يستوجب اتباع إجراءات معينة، فما هي الإجراءات المتبعة لمنح هذا الترخيص؟ وهذا ما سنحاول التعرف عليه في الفقرة الثانية، وبطبيعة الحالفإن القاضي هو الذي يقوم بمراقبة مدى توفر هذه الشروط واتباع الإجراءات المقررة قانونا لمنح هذا الترخيص أو الإذن، وبالتالي تحقيق قدر من الحماية للقاصر عند إبرام عقد زواجه.

---

[1] **فاسي عبد الله**، المرجع السابق، ص.13.

## الفقرة الأولى: شروط منح الترخيص القضائي لزواج القاصر

يمكن استخلاص شروط منح الترخيص القضائي لزواج القاصر من نصي المادتين 07 و02/11 من ق.أ.ج وهي على النحو الآتي:

أولا- أن يكون المرخص له أو المأذون له ناقص أهلية لصغر السن في نظر القانون.

ثانيا- أن يتم زواج القاصر تحت إشراف الولي أو النائب الشرعي.

ثالثا- أن يكون الدافع في الترخيص لزواج القاصر ضرورة أو مصلحة.

رابعا- قدرة الطرفين على هذا الزواج.

فحماية للقاصر يجب على القاضي أن يتحقق من توافر هذه الشروط حتى يمنح هذا الإذن، وبالتالي فالقاضي يحمي القاصر وفق مرحلتين، فيحميه في المرحلة الأولى عند مراقبة توافر هذه الشروط، ويحميه في المرحلة الثانية عند منح الإذن.

### أولا: أن يكون المرخص له ناقص أهلية لصغر السن

لإبرام عقد الزواج يجب توفر الأهلية التامة الكاملة من أجل انعقاده، وصحته وترتيب آثاره سواء بالنسبة للمتعاقدين أو لغيرهما، ولكن قد تطرأ في بعض الأحيان ظروف قاهرة فتستدعي ابرام عقد الزواج قبل سن 19 سنة، فيكون ابرام غقد الزواج هذا معلق على الحصول على إذن من القاضي، فالمشرع لما اشترط سنا معينة لاكتمال أهلية الزواج راعى وضعية بعض الأشخاص وحالتهم فرخص للقاصر الزواج بإذن من القاضي[1]، وعليه فلحماية القاصر يجب على القاضي عند دراسته لملف طالب الترخيص أن يتأكد أولا من أن طالب الترخيص هو

---

[1] أُنظر **دزيري خليل**، دور القاضي في انعقاد الزواج وانحلاله، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 01، السنة الجامعية 2015/2014، ص.16.

شخص ناقص الأهلية بسبب صغر السن أي قاصر الذي عرفه الفاموس القانوني بأنه "الذي لم يبلغ سن الرشد ولا يزال تحت السلطة الوالدية أو الوصاية، والقاصر المأذون هو الذي يتزوج أو يسمح له بعمل من قبل والديه أو وصيه فيكتسب أهلية القيام بهذا العمل"[1].

أما القانون الجزائري سواء ق.م.ج أو ق.أ.ج، لم يتعرض لتعريف القاصر تعريفا واضحا، وأشار إليه ضمن أحكام ناقص الأهلية وفاقدها وذلك ضمن مواد من ق.م.ج (المواد 40 و42 و43 و44) ومواد من ق.أج (المواد من 81 إلى 86)، ومواد من قانون العقوبات[2](المواد من 326 إلى 329).

بالرجوع إلى نص المادة 07 من ق.أ.ج، فقد رخص المشرع الجزائري عن طريق القضاء للقاصر الذي لم يبلغ سن 19 سنة بالزواج، إلا أن الإشكال الذي يقع في حالة الترخيص بالزواج دون السن القانونية، هو أن النص لم يحدد السن الأدنى الذي يمكن للقاضي أن يصل إليه[3]، فمن هو إذن القاصر المقصود في النص؟ أهو القاصر الذي لم يبلغ سن التمييز أم القاصر الذي بلغ سن التمييز؟ أم هما معا؟ ففي ظل هذا الفراغ القانوني، يتدخل القاضي هنا بسلطته التقديرية لتحديد القاصر المعني بالترخيص، إلا أنه كان على المشرع أن يفصل في هذه النقطة بتحديد القاصر المعني بالترخيص، لكن ترك هذا للقاضي، هذا الأخير يجب عليه أن لا

---

(1) **موريس نخلة، روجي البهلبكي وصلاح مطر**، القاموس القانوني الثلاثي، قاموس قانوني موسوعي شامل ومفصل، عربي–فرنسي–إنجليزي، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، سنة 2002، ص.1269.

(2) **الأمر 66–156** المؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، ج ر للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 49، المؤرخة في 1966/06/11، المعدل والمتمم، بموجب **القانون 16–02** المؤرخ في 19 يونيو 2016 ج ر رقم 37 المؤرخة في 2016/06/22.

(3) أُنظر **بن شويخ الرشيد**، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.61.

يمنح الترخيص إلا لمن كان تحت سن الرشد وهو 19 سنة سواء كان ناقص أهلية أو عديمها، فالقرار الأخير يرجع للقاضي هو الذي يُحدد لمن تُمنح هذه الرخصة.

غير أنه لا يمكن في جميع الأحوال النزول عن سن 15 سنة، لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي والنفسي، لأن مرحلة البلوغ هذه في الفقه الإسلامي هي الحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات الدينية والدنيوية كأصل عام، خصوصا وأن القانون قد نص أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي بشأن الحقوق والواجبات[1].

**ثانيا: أن يتم زواج القاصر تحت إشراف الولي أو النائب الشرعي**

يرجع سبب ثبوت الولاية إلى عاملين أساسيين وهما: **أ- نقص الأهلية:** تثبت على ناقص الأهلية، ليتولى الولي مباشرة العقود والتصرفات بدلا من المولى عليه، سواء كانت ذات صبغة مالية أو لا، والعلة في ذلك أن صغر السن يمنعه من حسن تقدير الأمور، ومن إدارة اعماله ومصالحه.

**ب- الأنوثة:** تُعد الأنوثة من أسباب الولاية بذاتهامن غير أن تكون مرتبطةبغر سن أو آفة من آفات العقل لسببين هما: 1- كون المرأة بطبيعة تكوينهاعرضة لآفات المجتمع أكثر من الرجل، 2- قوامة الرجل على المرأة[2].

نص المشرع الجزائري على هذا الشرطفي نص المادة 02/11 من ق.أ.ج، وذلك بأن زواج القاصر لا يتم إلا تحت إشراف الولي أو احد أقاربه أو القاضي، فحفاظا على مصالح

---

(1) أُنظر **بلحاج العربي،** الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.121، و أُنظر كذلك **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.61.

(2) أُنظر **إلياس مسعودة نعيمة،** نظام الولاية في ابرام عقود الزواج بين الثابت والمستحدث، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد 02، المجلد 01، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، ص.ص.128 و129.

القاصرية والقاصرات في مسائل الزواج، تدخل المشرع بواسطة القضاء لضمان زواج القاصر فأوجب ابرام هذا العقد تحت إشراف الولي أو أحد أقاربه أو القاضي لمن لا ولي له.

يجب على القاضي أن لا يمنح الإذن بزواج القاصر إلا إذا تأكد بأن ولي القاصر أو أحد أقاربه هو الذي سيتولى زواج القاصر، كما أنه يتوجب على القاضي أيضا عدم منح الإذن للقاصر إلا بحضور وليه أو أحد أقاربه، وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل حول أحقية تقديم القاصر طلب الإذن بالزواج بمفرده؟

بالرجوع إلى أحكام ق.أ.ج بخصوص زواج القصر، فإن المشرع الجزائري قد أقرسلطة الولي في تزويج القاصر، وعليه فإن حق تقديم طلب الإذن بزواج القاصر يرجع إلى الولي أو أحد أقاربه فقط، وحتى من الناحية العملية فإن القضاة نجدهم يستقبلون طلبات الإذن بزواج القصر من الأولياء، ويُؤكدونعلى حضورهم وسماعهم كما سنرى لاحقا في الوسائل التي يعتمج عليها القاضي لمنح الإذن لزواج القاصر في الفرع الموالي.

تجدر الإشارة أن سلطة الولي في تزويج القاصرة أو القاصر مقيد بقيدن: **أولهما** ضرورة استصدار الولي ترخيص من القاضي لتزويج من تحت ولايته وهذا مانصت عليه المادة 07 من ق.أ.ج، و**ثانيهما** أن الولي لا يمكن إجبار القاصرة التي تحت ولايته على الزواج بغير رضاها. إذن فسلطة تزويج القاصرة موزعة بين الولي والقاضي، لأنه لا يمكن أن يُباشر ذلك إلا إذا استصدر ترخيصا، وبالتاليفتزويج الولي للقاصرة يخضع لرقابة القاضي[1].

---

[1] أُنظر **محمد بجاق،** مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، العدد 01، المجلد 01، ديسمبر 2015، جامعة الوادي، ص.166.

يُستنتج من كل هذا أن سلطة الولي في العقد مقيدة، ولايمكن أن يُمارسها إلا بترخيص من القاضي.هذا ما يُضفي حماية اكبر لحق القاصرة في الزواج، ويمنع أي تعسف أو سوء اتعمال لهذه السلطة من قبل الولي[1].

في ختام هذا الشرط، نُلاحظ بأن هذا الشرط يُحقق حماية قضائية مزدوجة للقاصر، حيث أنه من جهة فإن القاضي لا يقدم على منح الترخيص للقاصر إلا بحضور وليه أو أحد أقاربه، ومن جهة أخرى حماية القاصرمن تعسف الولي في استعمال سلطته في التزويج، وذلك بحق لجوء القاصر إلى القاضي لمنحه الترخيص عند ثبوت التعسف من طرف الولي.

**ثالثا: أن يكون الدافع في الترخيص لزواج القاصر ضرورة أو مصلحة**

قيد المشرع منح الترخيص بالزواج بالنسبة للقاصر بما تقتضيه المصلحة والضرورة، غير أنه لم يبين حدود هذه المصلحة، ولم يُقدرها بقدرها، كما أنه لم يحدد المعيار الذي يمكن اعتماده لتحديدهما، وهو موقف صائب إلى حد بعيد تغير مفهوم كل من المصلحة والضرورة وحسب الظروف والأحوال[2]، فيتوجب على القاضي الحفاظ على مصالح القاصر بعدم منح الترخيص بالزواج إلا إذا كان من وراء هذا الزواج مصلحة أو ضرورة دفعت بالقاصر للاقدام على الزواج، فهنا يجب على القاضي التأكد من وجود الضرورة والمصلحة الواضحة أو الثابتة للقاصر طالب الترخيص، وهذا كله من أجل ضمان حياة زوجية هادئة بعد الزواج.

لم يحدد المشرع الجزائري في المادة 07 من ق.أ.ج المعيار الذي تُحدد به المصلحة. إذ حددها قوم بالعرف كالعرف الذي كان يقضي لدى الرومان بوضع الطفل عقب ولادته في إناء

---

(1) أُنظر **محمد بجاق،** المرجع السابق، ص.167.

(2) أُنظر **دزيري خليل،** المرجع السابق، ص.20.

مملوء بالنبيذ، فإن بقي مفيقا أبقوه واستحق التربية والحياة، وإلا أهملوه لبيوت غير مأسوف عليه[1]، وقد حددها بنتام أنها ميزان للخير والشر[2]، وعليه فمعيار تحديد المصلحة غير محدد وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى ترك أمر تحديدها إلى السلطة التقديرية للقاضي.

إذا تبين أن الولي والقاصر تجمعهما مصلحة واحدة من وراء هذا الزواج ولم تكن مخالفة للنظام العام والآداب، فيمنح القاضي الترخيص، أما لو تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي فإن القاضي يتدخل بسلطته التقديرية لترجيح مصلحة القاصر باعتباره معنيا بهذا الزواج، وطرفا حياديا لا يرتجي مصلحة شخصية[3]، فيبرز دور القاضي في تقدير المصلحة من وراء هذا الزواج ليمنح الترخيص، فإن رأى مثلا ان الزوج هو شخص كفء أي شخص متدين وله أخلاق حسنة فلا يُفوت على القاصرة طالبة الترخيص فرصة الزواج، فيُعد عدم تفويت فرصة الزوج الكفء من صور المصلحة التي تخضع لتقدير القاضي حتى يمنح الترخيص.كما أنه من صور المصلحة أيضا الخوف من الوقوع في الزنا أو التعرض لضرر الكبت أو الانزلاق إلى الفساد[4]، فيجب على القاضي حماية للقاصر قبل أن يمنح الإذن أن يتأكد أن المصلحة هي الدافع الأساسي لطلب الترخيص.

أما فيما يخص الضرورة، ففي إطار حماية القاضي للقاصر فلا يمنح له الترخيص بالزواج إلا إذا كانت هناك ضرورة دفعت بالقاصر للزواج، ويخضع تقدير وجود الضرورة من

---

(1) أُنظر **محمد سعيد رمضان البوطي**، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، د ط، مؤسسة الرسالة، د ب ت ن، ص.26.

(2) المرجع نفسه، ص.35.

(3) أُنظر **فاسي عبد الله**، المرجع السابق، ص.98.

(4) **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.120.

عدمها إلى السلطة التقديرية للقاضي، وذلك لعدم تحديد المشرع الجزائري في نصوص ق.أ.ج الحالات التي تُشكل ضرورة تدفع زواج القاصر.

تقوم الضرورة على جملة من الشروط:أ- أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، كأن يكون زواج القاصر مخرجا من ضرر قد يلحق به عاجلا أم آجلا، كالخوف على القاصر من الانحراف.

ب- أن لا يجد المضطر وسيلة اخرى تغنيه عما سيقدم عليه، وفي هذا الشرط فإن الزواج لا بديل له في الاستجابة للضرورة الملحة.

ج- ألا يخالف المضطر مبادىء الإسلام، كأن يقدم الولي على تزويج القاصرة من كافر.

د- ان يتوافر عذر يُبيح الزواج، ذلك أن للقاضي أن يتأكد توافر سبب جدي أو خطير يدعو إلى منح الرخصة.

ه- أن يُقدر الضرورة ذوو الاختصاص، هذا إذا كانت في مجال طبي أو نحوه، أما إن كانت اجتماعية فيؤول التقدير للقاضي مباشرة[1].

ختاما لهذا الشرط، فإن تقدير المصلحة أو الضرورة يبقى أمر متروك للقاضي، إلا أن هذا التقدير دائما مقيد بحماية مصالح القصر والحفاظ عليهممن الأضرار التي قد تنجم عن الترخيص بالزواج لهم، وبهذا تتجسد حماية القاضي للقصر عند انعقاد الزواج.

**رابعا: قدرة الطرفين على الزواج**

إن الضرورة والمصلحة كشرطين لمنح الإذن بالزواج غير مجديتين ما لم يكن طالب هذا الإذن قادرا على مواجهة الحياة الزوجية قدرة جسدية ونفسية، لأن العجز يُعيق الحياة

---

[1] أُنظر **فاسي عبد الله**، المرجع السابق، ص.101.

الزوجية سواء كان من الزوج أو من الزوجة، بدليل أن المشرع قد أجاز للزوجة طلب التطليق من الزوج متى اعتراه عيب يحول دون الغاية من الزواج، لذلك اشترط المشرع القدرة في طلب الإذن بالزواج[1].

لقد اشترط المشرع الجزائري في المادة 07 من ق.أ.ج في الترخيص بزواج القاصر قدة الطرفين على الزواج، إلا ان المشرع لم يحدد نوع القدرة المطلوبة في هذا الزواج، فمن الناحية العلمية فإن القضاة يُركزون ويشترطون عىلى القاصر أو وليه إحضار شهادة طبية بها صورة القاصر المعني بالزواج في ملف الترخيص بالزواج، إلا أننا نرى أن هذا غير كافي لأن الشهادة الطبية المطلوبة من طرف القضاة، تكشف فقط عن وجود أمراض عضوية بالمعني أو لا، في حين أن كثيرا من الأزواج افترقا بسبب إصابة أحدهما بأمراض نفسية، فيجب أيضا إحضار شهادة طبية صادرة من طبيب نفساني تُثبت خلو الزوجين من أي مرض نفسي، وعليه فعلى القاضي أن لا يُبادر بمنح الترخيص للقاصر حتى يتأكد من قدرته الجسدية والنفسية للزواج، وبالتالي فيُوفر هنا القاضي للقاصر حماية وقائية قبل ابرامه لعقد الزواج

مما لا شك فيه أن اشتراط القاضي لمنح الترخيص بزواج القاصر ضرورة إجراء الفحص الطبي فهذا يُساهم من جهة في حماية الزوجين، وذلك بالحد من الإصابة بالأمراض المعدية والمنقولة جنسيا، وتثقيف الخطيبين وتبصيرهم بالعديد من المسائل المتعلقة بالعلاقات الزوجية التي تُؤثر بشكل كبير في صحتهم وصحة أبنائهم فيما بعد، ومن جهة أخرى يساهم في

---

[1] أُنظر **فاسي عبد الله**، المرجع السابق، ص.102.

حماية مصالح المجتمع في كونه يُخفف أعباء المؤسسات القضائية والمؤسسات الصحية والتأهيلية[1].

وعليه فإن القاضي لا يمنح رخصة الزواج للقاصر إلا إذا تأكد من القدرة الجسدية والعقلية والنفسية للقاصر، ويعتمد في ذلك على أهل الخبرة والاختصاص لتحديد مستوى قدرة هذا القاصر على الزواج، ليتخذ قراره في الأخير بمنح الترخيص أو عدم منحه، وهذا كله حماية للقاصر وللحفاظ على مصالحه.

**الفقرة الثانية: إجراءات منح الترخيص القضائي لزواج القاصر**

باعتبار أن منح الترخيص أو الإذن بزواج القاصر يندرج ضمن الأعمال الولائية، فمن إذن القاضي المختص نوعيا بمنح هذا الترخيص؟

قبل تعديل ق.إ.م.إ فمن الناحية العملية كانت هناك محاكم يصدر الترخيص بزواج القاصر فيها من طرف رئيس المحكمة، على أساس أن هذا الترخيص هو عمل ولائي فيختص به رئيس المحكمة، كما أنه كانت هناك محاكم كان رئيس المحكمة يتنازل ويُفوض فيها إلى قاضي شؤون الأسرة مهام الترخيص بزواج القصر، لكن بعد تعديل ق.إ.م.إ عهد المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة صراحة بحماية مصالح القصر، وهذا ما نصت عليه المادة 424 من ق.إ.م.إ بنصها "**يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح مصالح القصر**".

---

[1] أُنظر **فاتن البوعيشي الكيلاني**، الفحوصات الطبية للزوجين قبل ابرام عقد الزواج، أسانيدها ومقاصدها، دراسة مقارنة، ط 01، دار النفائس، الأردن سنة 2011، ص.ص.118 و156.

إن من صور ومظاهر حماية القاضي لمصالح القصر، منح الترخيص أو الإذن لزواج القاصر استثناء عن القاعدة العامة المقررة في المادة 07 من ق.أ.ج التي تشترط كمال الأهلية للزواج، فنصت المادة 480 من ق.إ.م.إ بأن منح الإذن لزواج القاصر هو من اختصاص قاضي شؤون الأسرة بنصها "**يُقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا**"، كما أوضحت هذه المادة أيضا الطبيعة القانونية للترخيص القضائي بزواج القاصر إذ صنفته ضمن مجموعة الأعمال الولائية للقاضي.

بعد تحديد القاضي المختص بمنح الترخيص، لابد من تحديد وثائق ملف الترخيص، هذه الأخيرة هي أيضا باعتبارها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي تختلف من محكمة إلى أخرى، لكن هناك وثائق أساسية مشتركة نجدها في كل المحاكم مثل الشهادة الطبية، فعمليا يطلب القضاة لمنح الإذن الوثائق التالية: -شهادة ميلاد أصلية للقاصر، شهادة عائلية لإثبات أبوة الولي على القاصر (هناك من يطلب شهادة ميلاد أصلية لأبي القاصر بدل الشهادة العائلية)، شهادة ميلاد أصلية للزوج، بطاقة إقامة لا تتجاوز مدة صلاحيتها 06 أشهر، شهادة طبية محررة من طبيب عام يُثبت فيها قدرة الزوج القاصر الجسدية والنفسية على الزواج (كان من الأفضل بخصوص القدرة النفسية للقاصر على الزواج طلب شهادة طبية من طبيب نفساني). وهناك من يُضيف حماية للقاصر وثائق أخرى مثل: شهادة تُثبت عدم الحمل للبنت القاصرة لإثبات براءة الرحم يُحررها طبيب مختص في الأمراض التناسلية والولادة أو قابلة، شهادة الخلو من الأمراض يحررها طبيب مختص في الأمراض الباطنية والتحاليل البيولوجية والأمراض المعدية تطبيقا

لنص المادة 07 مكرر من ق.أ.ج، وثيقة إثبات هوية الولي ورابطته مع المولى عليه للتحقق من العلاقة القانونية ومن ترتيت الأولياء، شهادة إثبات مصدر عيش لزوج الزوجة القاصرة[1].

أما بخصوص الاختصاص الإقليمي فلقد حددت المادة 07/424 من ق.إ.م.إ بمكان إقامة طالب الترخيص، أي موطن القاصر طالب الترخيص، كما أنه وتطبيقا لنص المادة 03 مكرر من ق.أ.ج يجب إعلام النيابة العامة عند منح هذا الترخيص، أما فيما يخص المواعيد فلم ينص القانون (سواء ق.إ.م.إ أو ق.أ.ج) على ميعاد أو أجل يلتزم فيه طالب الترخيص بتقديم طلبه.

نخلص في الأخير أن عمل القاضي في مراقبة مدى توافر شروط وإجراءات منح الترخيص القضائي لزواج القاصر، هو كله من أجل حماية مصالح القاصر والحفاظ عليه من كل الأضرار المتوخاة من هذا الزواج قبل السن القانونية للزواج، فمنح هذا الترخيص يُجسد الحماية القضائية للقاصر عند انعقاد الزواج.

## الفرع الثالث

## الوسائل التي يعتمد عليها القاضي لمنح الترخيص في زواج القاصر

لم يُحدد المشرع الجزائري الوسائل التي يلجأ ويستند عليها القاضي لمنح الترخيص لزواج القاصر، على خلاف المشرع المغربي الذي حدد مجموعة من الوسائل والمعايير التي يعتمد عليها القاضي عند البث في ملف الزواج من هم دون الأهلية، وذلك قبل إصداره مقرره بمنح الإذن من عدمه، فنص على هذه الوسائل في المادة 20 من المدونة المغربية وتتمثل فيمايلي: الاستماع إلى أبوي القاصر أو نائبه الشرعي، إجراء بحث اجتماعي، وكذا إجراء خبرة طبية، وتندرج هذه الوسائل أيضا في إطار حماية القاصر من مخاطر الزواج دون بلوغ سن

---

[1] أُنظر **فاسي عبد الله**، المرجع السابق، ص.ص.89 و90.

الرشد القانوني، وعليه فأي طريقة أحسن لحماية القاصر؟ هل الطريقة التي اعتمدها المشرع الجزائري في ترك عدم تحديد هذه الوسائل في الترخيص لزواج القاصر؟ أم تحديد هذه الوسائل على سبيل الحصركما فعل المشرع المغربي؟ فهذه التساؤلات تجرنا إلى بحث الوسائل التي يعتمد عليها القاضي لمنح الترخيص في ظل الممارسات القضائية للمحاكم الجزائرية.

عمليا يمكن القول أن المحاكم الجزائرية تعتمد على وسيلتين أساسيتين لمنح الترخيص القضائي لزواج القاصر بالإضافة إلى وجود أيضا وسائل أخرى، فتتمثل هاتين الوسيلتين الأساسيتين في: سماع القاصر وأبويه أو نائبه الشرعي، الخبرة الطبية، وهذا ما سنعالجه في الفقرتين المواليتين.

## الفقرة الأولى: سماع القاصر وأبويه أو نائبه الشرعي

لا يمنح قاضي شؤون الأسرة الترخيص للقاصر للزواج حتى يستمع إلى القاصر المعني بالزواج وأبويه أو نائبه الشرعي، حتى يقف على المصلحة المتوخاة من هذا الزواج، وحتى يتحقق من أن هذا الزواج هو برضا هذا القاصر، والطريقة التي يستعملها القاضي في الاستماع لهم هي الاستماع إلى كل واحد منهم على انفراد، وحتى أنه في كثير من الأحوال يطلب القاضي أيضا الاستماع إلى زوج القاصر ليتأكد القاضي إن كان هذا الولي قد زوج موليته من كفء أم لا.على خلاف المشرع المغربي الذي حصر وقصر الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي طبقا لنص المادة 20 من المدونة المغربية، حيث يعتمد القاضي على سماع الأولياء بوضوح تام

حتى يكون الإذن موافقا لما طُلب له، وكذا تطبيق المادة 21 من المدونة التي تشترط موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على الطلب[1].

وسيلة الاستماع تُساهم في حماية القاصر وذلك من خلال تأكد وتحقق القاضي أن هذا القاصر غير مكره على هذا الزواج، كما أن هذا الاستماع هو فرصة يستغلها القاضي ليبين للقاصر حجم مسؤولية الزواج، وما يترتب عليه من التزامات من رعاية شؤون البيت والأطفال فيما بعد، وبالتالي يكون دور القاضي هنا كدور المرشد الاجتماعي.هذا بخلاف المشرع المغربي الذي أجاز بموجب المادة 20 من المدونة إجراء بحث اجتماعي بالاستعانة بمساعدات اجتماعيات متخصصات في إنجاز مثل هذه البحوث، يضعن بين يدي القاضي تقريرا مفصلا يمكنه من الوقوف على توافر عنصر المصلحة في زواج القاصر، خصوصا وأن لهذا البحث أهمية جد بالغة في تكوين قناعة القاضي بهذا الزواج، إذن فقد أدرج المشرع المغربي سماع القاصر ضمن وسيلة إجراء القاضي لبحث اجتماعي، لأن هذا البحث ينصب على القاصر نفسه، وأدرج سماع أبوي القاصر أو نائبه الشرعي ضمن وسيلة مستقلة عن هذه الوسيلة، وكلتا الوسيلتين يستعملها القاضي في تكوين اقتناعهلمنح الترخيص أو الإذن للقاصر بالزواج.

نظرا لما أُبتلي به المجتمع المسلم في الولاية على المرأة في النكاح، وذلك بوجود طرفين متناقضين، طرف فرط بجعل الحق في نكاح المرأة إلى وليها ولم يرع لها حقها فيه، بل

---

[1] أُنظر **أحمد الأمراني**، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، تقديم محمد السيسي وابراهيم بحماني، ط 01، دار القلم، الرباط–المغرب، سنة 2011، ص.63.

جعلها آخر من يعلم أو ربما لاتعلم به إلا عند زفافها، وطرف أفرط في ذلك بجعل كامل الحق فيه لها، ولم يرع لوليها أدنى حق بل جعله آخر ن يعلم بنكاحها أو لا يعلم به إلا بعد زفافها[1].

نجد أن موقف كلا التشريعين الجزائري والمغربي، قد أحسنا صنعا سواء بنصهما بشكل مباشر أو غير مباشر على وجوبية موافقة ولي القاصر على هذا الزواج، بحيث انه من خلال وسيلة الاستماع يستطيع القاضي اكتشاف مدى موافقة ولي القاصر أو نائبه الشرعي على هذا الزواج، فموافقة ولي القاصر على الزواج تزيد في الاقتناع الشخصي للقاضي على وجود مصلحة في هذا الزواج، لأنه من المعروف في أغلب الأحوال حرص الولي أو النائب الشرعي على مصلحة من هو في ولايته وشفقته عليه والاهتمام بمصالحه، وهذا ما يدفع القاضي لمنح الترخيص لزواج القاصر.

إن المشرع الجزائري لم يُبين المصلحة المتوخاة من زواج القاصر، إذن فعلى القاضي التدخل واستخلاص هذه المصلحة عن طريق الاستماع إلى القاصر وزوجه وأبويه أو نائبه الشرعي، وفي حال غياب أحد الأبوين الأب مثلا فتحل الأم محله، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/05/17 بقولها "من المقرر قانونا أن يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"[2].

لعل هدف القاضي من الاستماع إلى كل من القاصر وزوجه وأبويه أو نائبه الشرعي، هو من جهة حماية للقاصر في أن يُغبن بزواج فاشل فتضيع حياته، ومن جهة أخرى وضع حد

---

(1) أُنظر **عبد الرحيم بن ابراهيم بن عبد الرحمن السيد الهاشم**، إذن المرأة بالنكاح وتوليها عقده، مجلة العدل، العدد 56، شوال 1433، السنة الرابعة عشر، وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، ص.40.

(2) المحكمة العليا، غ.م، القرار بتاريخ 1998/05/17، ملف رقم 167835، م.ق، عدد 02، سنة 1997، ص.77.

للأساليب التي قد يلجأ إليها الناس للتهرب من الزواج دون السن القانونية للزواج، مثل اللجوء إلى الزواج العرفي الذي تنتفي فيه أية رقابة للقاضي.

**الفقرة الثانية: الخبرة الطبية**

إن إجراء الخبرة الطبية هو من إجراءات التحقيق، أجاز المشرع للقاضي اللجوء إليها لإبداء رأي يتعلق بواقعة مادية لا يتوافر في الشخص العادي ليقدم فيه رأيا فنيا لايستطيع القاضي الوصول إليه، وهذا ما نصت عليه المادة 01/25 من ق.إ.م.إ بنصها "**يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة**".

إن لجوء القاضي لوسيلة الخبرة الطبية رغم دورها الاستشاري يُساهم كثيرا في تكوين الاقتناع الشخصي للقاضي لمنح الإذن بزواج القاصر أو رفضه، فبواسطة هذه الخبرة يستطيع القاضي التأكد من نضج القاصر وأهليته الجسدية ليتأكد من وجود المصلحة أو انتفائها.فلإثبات البلوغ وصلاحية القاصر في الزواج يأمر القاضي المكلف بالزواج القاصر المعني بالترخيص للزواج على طبيب محلف، ليتأكد من بلوغه وضرره من تأخره في الزواج، إذن تعتبر شهادة الطبيب من أهم الوسائل التي يستند ويعتمد عليها القضاة لمنح الإذن للقاصر بالزواج، ولهذا فإن جميع الملفاتن التي توقع من طرف القضاة في هذا الصدد تتضمن شهادة طبية من طبيب محلف، الشيء الذي يجعلهاتحظى بالقبول[1].

---

[1] أُنظر **أحمد الأمراني**، المرجع السابق، ص.63.

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يُقيد أو يُعلق قرار القاضي بمنح الإذن لزواج القاصر على التقرير الذي يقدمه الطبيب الخبير، إذ يبقى دائما القرار الأخير في منح الإذن بالزواج راجع للقاضي، فقناعة القاضي تبقى دائما هي الأساس في منح الإذن، وبالتالي فإن تقرير الطبيب الخبير لا يلزمه في شيء، وإنما هو مجرد وسيلة يستعين بها القاضي في تكوين اقتناعه الشخصي ليس إلا، وهذا ما يُؤكده نص المادة 01/425 من ق.إ.م.إ. إلا أن اشتراط المشرع الجزائري إخضاع المقبل على الزواج دون السن القانونية للفحص الطبي الذي يُؤكد قدرة المأذون له على تحمل الأعباء الجسمانية والنفسية للزواج ، فيكون بذلك قد ضمن حماية للقاصر وراعى مصلحته وحسن ما فعل، وبهذا الشرط أصبح من الواجب على القاضي اللجوء إلى أهل الخبرة لمعرفة ما إذا كان القاصر المقبل على الزواج أهلا لذلك أم لا، وأن لا يكتفي عند منحه للترخيص بالسلطة التقديرية للقاضي[1].

بالنظر إلى الجانب العملي في هذه المسألة، نجد أن القضاة يُركزون كثيرا على طالب الترخيص في أن يتضمن ملف طلب الترخيص بالزواج شهادة طبية بها صورة المعني بالزواج صادرة من طبيب عام، وتركيزهم على وجود كلمة "apt" أو "inapt" بالشهادة من أجل منح الإذن بالزواج، و طريقة النظر هذه في فحوى الشهادة فيها قصور، كونه أولا ونظرا لما سيترتب على الزواج من التزامات عائلية تقع على عاتق الزوج أو الزوجة القاصرة من نفقة أو تربية للأولاد تربية حسنة، هاته الالتزامات التي تتطلب القدرة الجسدية والنفسية والعقلية اللازمة في الشخص المأذون له بالزواج، وعليه فإن الاقتصار على الشهادة الطبية الصادرة من طبيب

---

[1] أُنظر **كريمة محروق**، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري –قسنطينة، السنة الجامعية 2015/2014، ص.ص.149 و150.

عام في نظرنا غير كافي لمنح الإذن، إذ لابد من شهادة طبيب مختص سواء في الأمراض الجنسية والأمراض المزمنة، وشهادة طبيب نفساني مختص تُثبت سلامة عقل القاصر المعني بالترخيص، كما أنه ونظرا في أغلب الأحوال إلى لا مقروئية الشهادات الطبية بسبب عدم وضوح الخط، فإننا نرى من الأحسن كتابة هذه الشهادات بآلة راقنة أو بجهاز الإعلام الآلي مع كتابتها باللغة العربية كما ينص القانون.

نخلص إلى أن وسيلة الخبرة الطبية هي وسيلة فعالة في تكوين قناعة القاضي لمنح الإذن للقاصر بالزواج، يستعملها القاضي للكشف عن مدى توفر شرط قدرة الطرفين على الزواج، وهذا كله حماية للقاصر من زواج فاشل، كما أن استعانة القاضي بطبيب خبير لا يُعد تنازلا منه عن اختصاصه، وذلك لأن الخبير يبقى دائما مقيد بالأمور الفنية (الطبية) ولا يتجاوز أو يتعدى ذلك إلى الجانب القانوني، وبالتالي فإن دور القاضي هنا هو دور إيجابي في حماية القاصر عند عقد زواجه، إذ هو المقرر الوحيد والأخير لمنح الترخيص للزواج بغض النظر عن ما يتضمنه تقرير الخبر الطبية.

تبعا لأهمية الخبرة الطبية في تكوين قناعة القاضي لمنح الإذن بالزواج للقاصر، وتماشيا مع جل الممارسات القضائية التي تشترط في كل ملفات الترخيص بالزواج الشهلدة الطبية، فإننا نقترح في هذا الشأن تعديل المادة 07 من ق.أ.ج على النحو الآتي "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يُرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة وتعليق منح الترخيص على تقرير طبي يُثبت قدرة المقبلين على الزواج جسديا وعقليا ونفسيا"، فمن خلال هذا الاقتراح نكون قد أضفنا حماية أخرى للقاصر المقبل على الزواج، وذلك بتدخل

المشرع بواسطة القضاء في اشتراط أن تتضمن كل ملفات الترخيص بالزواج للقصر، تقرير طبي يُثبت القدرة الجسدية والعقلية والنفسية لكلا الزوجين.

ختاما لمسألة منح الترخيص القضائي لزواج القصر، ونظرا لأن زواج القصر أصبح ظاهرة اجتماعية في مجتمعنا لا يمكن استئصالها بصفة نهائية، ورغم أن المشرع الجزائري عمل على تضييق نطاق هذا الزواج عن طريق إخضاع ابرامه إلى ضرورة استصدار إذن أو ترخيص قضائي سابق حماية للقاصر، وحتى يبقى هذا النوع من الزواج دائما تحت رقابة القضاء، كان على المشرع الجزائري أيضا لمزيد من الحماية للقاصر، ترتيب جزاء للزواج المبرم بدون ترخيص قضائي في أحكام ق.أ.ج ، والذي لم ينص عليه في أحكام هذا القانون، وذلك عن طريق إقرار جزاء مدني متمثل في بطلان هذا الزواج بدون ترخيص قضائي، وإقرار جزاء عقابي (جنائي) يتمثل في تسليط عقوبات بدنية ومالية على كل من ساهم في هذا الزواج. فلا يمكن أن يأتي المشرع بنص قانوني (المادة 07 من ق.أ.ج) دون أن يقابله الجزاء، لأن من خصائص القاعدة القانونية نجد خاصية الإلزام، وهذه الأخيرة مقترنة بالجزاء[1].

لعل المشرع الجزائري في عدم تنصيصه على الجزاء المترتب على الزواج دون ترخيص قضائي، سواء الجزاء المدني أو الجنائي يرجع فيه إلى كون أن حكم هذا الزواج من حيث صحته، يُرجع فيه إلى تطبيق القواعد العامة في حكم الزواج المنصوص عليه في ق.أ.ج، لاسيما المواد 09 و33 من هذا القانون، فلا يكون التراضي المنصوص عليه في المادة 09 من ق.أ.ج صحيحا إلا إذا صدر من كامل الأهلية، وبالتالي ووفقا للمادة 33 من ق.أ.ج، فإن هذا الزواج باطل لاختلال ركن الرضا فيه، والقاصر هو شخص ناقص الأهلية ناقص الأهلية

---

[1] أُنظر **كريمة محروق**، الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص.146.

فإرادته معيبة وعليه فزواجه باطل، وهذا ما يسمح للقاضي بالتدخل لإبطال هذا الزواج، وهذا أيضا ما يُشكل شكلا من أشكال حماية القاضي للقاصر، كما أن المشرع الجزائري أشار إلى الجزاء المقرر على الأشخاص الذين يبرمون عقد الزواج دون رخصة في نص المادة 77 من قانون الحالة المدنية[1] بنصها "**يعاقب القاضي الشرعي (الموثق حاليا) الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 441 المقطع الأول من قانون العقوبات. يعاقب ضابط الحالة المدنية أو القاضي الشرعي (الموثق حاليا)الذي لم يُطبق الإجراءات المقررة في هذا الفصل بغرامة لا يمكن أن تتجاوز 200 دينار بموجب حكم صادر عن المحكمة الناظرة في المسائل المدنية**".فمن خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري قد ضمن أيضا حماية جنائية للقاصر عند ابرام عقد زواجه، وذلك بتوقيع القاضي العقوبة المنصوص عليها في المادة المذكورة أعلاه، لنخلص أخيرا أن العمل الولائي للقاضي يساهم في حماية القاصر عند انعقاد زواجه.

## المطلب الثاني

## حماية القاضي للأسرة بعمله الولائي عند تعدد الزوجات

اعتبر المشرع الجزائري الترخيص أو الإذن القضائي بتعدد الزوجات ضمن طائفة الأعمال الولائية وأوكل صلاحية منح هذا الترخيص إلى رئيس المحكمة، ولقد حمى المشرع الجزائري الأسرة عند إرادة أي زوج التعدد، فإضافة إلى الشروط التي اشترطها لكي يُعدد هذا

---

[1] **أمر رقم 70-20** مؤرخ في 1970/02/19، بتعلق بالحالة المدنية، ج.ر.ج.ج.د.ش العدد 21 السنة السابعة، المؤرخة في 1970/02/27، المعدل والمتمم بموجب القانون 14-08 المؤرخ في 2014/08/08، العدد 49، السنة الواحد والخمسون المؤرخة في 2014/08/20.

الزوج، اشترط منه كذلك وجوب الحصول أيضا على ترخيص من رئيس المحكمة لإمكانية التعدد، وباعتبار أن رئيس المحكمة هو في الأصل قاضي من القضاة وهو الوحيد المخول له منح رخصة التعدد، فيكون بهذا للقضاء دور فاعل في حماية الأسرة من خلال حماية أطرافها عند إرادة التعدد، وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن مدى الحماية المضمونة من طرف القضاء لكل الأطراف المعنية بالتعدد لاسيما الزوج والزوجة (الأولى والثانية)؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل يستلزم الأمر بحث مسألة حكم التعدد في الفقه والقانون وهذا ما سنحاول تبيانه في الفرع الأول، ثم بعدها نتطرق إلى مدى حماية القاضي للزوجة والزوج عند التعدد في الفرع الثاني والثالث على التوالي.

## الفرع الأول

## حكم تعدد الزوجات

إن الإسلام ليس أول من شرع تعدد الزوجات، فقد كان موجودا في الأمم القديمة عند اليونانيين والصينيين والهنود والبابليين وقدماء المصريين، وقد أباحته الديانة اليهودية دون حد، وأنبياء التوراة قد أكثروا من النساء كداود وسليمان، ولم يرد في كتب الديانة المسيحية نص صريح بتحريم تعدد الزوجات، وكان العرب قبل الإسلام يعملون بنظام تعدد الزوجات بدون قيد[1].

أما بعد مجيئ الإسلام فقد نظم هذه المسألة وضبطها وهذبها، وهذا ما يدفعنا إلى طرح التساؤل التالي: كيف نظر الإسلام إلى مسألة التعدد؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في حكم التعدد في الإسلام، ثم أتت التشريعات الوضعية التي اختلفت مواقفها حول هذه المسألة ما بين

---

[1] **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.106.

مجيز على إطلاقه وما بين مانع للتعدد وما بين متماشي مع الشريعة الإسلامية، وما بين مجيز ومقيد للتعدد بشروط وضوابط، وهذا ما سنتعرف عليه في الفقرة الثانية في موقف التشريعات الوضعية من مسألة تعدد الزوجات مع التركيز على التشريعات العربية والإشارة إلى بعض التشريعات الغربية.

## الفقرة الأولى: حكم التعدد في الإسلام

لقد أباحت الشريعة الإسلامية للرجل أن يتزوج بأربع حدا أعلى ومنعته من الزيادة على هذا الحد، واشترطت عليه شروطا لابد من الوفاء بها، ولعل أهم الأسباب الداعمة إلى التعدد تكمن في:

1- التمسك بسنة النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم الذي توفي وعنده تسع زوجات، وهو صلى الله عليه وعلى آله وسلم أسوة وقدوة لكل مسلم في كل شيء إلا ما خص به من أمور، فعلينا جميعا مسلمين ومسلمات التمسك بسنته والإقتداء به فيما أباحه الله تعالى من التعدد والاعتقاد الجازم بأن إنكار هذه الإباحة يؤدي إلى الكفر والعياذ بالله تعالى.

2- كثرة عدد النساء وقلة عدد الرجال ولاسيما في البلدان التي تكثر فيها الحروب، وعندها يصبح التعدد عقب هذه الحروب ضرورة اجتماعية وأخلاقية تقتضيها المصلحة وصيانة النساءعن الإنحراف[1].

---

[1] أُنظر **داود سلمان النعيمي**، الحكمة في تعدد الزوجات، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد 02/21، كلية التربية، جامعة المستنصرية، العراق، ص.11.

كما أن هناك أسباب أخرى تدفع إلى التعدد نكر منها: عقم الزوجة، العجز عن القيام بالواجبات الزوجية لمرض أو سواه، رغبة الرجل في الاقتران بإمرأة أحبها، كره الرجل لزوجته، كثرة أسفار الزوج[1].

لقد اتفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء معا وذلك للأحرار من الرجال، واختلفوا في العبيد وفيما فوق الأربع[2]، واتفقوا على أن نكاح الحر البالغ العاقل العفيف الصحيح غير المحجور المسلم، أربع حرائر مسلمات غير زوان صحائح فأقل حلال، واتفقوا على أن نكاح أكثر من أربع زوجات لا يحل لأحد بعد رسول الهه صلى الله عليه وعلى آله وسلم[3]، وقد استدل الفقهاء على مشروعية التعدد بآيات قرآنية وأحاديث نبوية شريفة نذكر منها:

**من القرآن الكريم:** قوله تعالى ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا**﴾ الآية 04 من سورة النساء، وقوله تعالى ﴿**وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ۚ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا**﴾ الآية 129 من سورة النساء، والذي يُستخلص من مجموع هاتين الآيتين، إباحة تعدد الزوجات حتى الأربع، والآية نصت على إباحة التعدد بدليل قطعي الثبوت وهو القرآن، ولفظ الآية لا يحتمل إلا معنى واحد فقط وهو إباحة الرجل أن يتزوج بأكثر من إمرأة على أن لا يتعدى أربع

---

[1] أُنظر **الهادي أحمد محمد حسن**، تعدد الزوجات، الأسباب والضوابط، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 01 سنة 2010، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة القضارف، السودان، ص.ص.26 و27.

[2] **محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرابي**، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 04، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، سنة 1985، ج02، ص.40.

[3] **ابن جزم الظاهري**، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات ويليه نقد مراتب الإجماع للإمام الحافظ ابن تيمية، بعناية حسن أحمد، ط 01، دار ابن حزم، بيروت–لبنان، سنة 1998، ص.115.

زوجات، وبالتأمل في النص القرآني نجد أن دلالته على إباحة التعدد أكثر من دلالته على إباحة الزواج في حد ذاته[1]، فتدل هاتان الآيتان على جواز تعدد الزوجات إلى

أربع وبهذا قال المفسرون وأجمع عليه المسلمون لا خلاف في ذلك[2]. فلقد ضبط الإسلام نظام التعدد وحدد بما لا يزيد عن أربع بعدما كان مطلقا بدون حد في الجاهلية. وقد أفادت الآية الأولى المذكورة أعلاه أن العدل شرط لإباحة التعدد، فإذا خاف الرجل من عدم العدل بين زوجاته إذا تزوج أكثر من واحدة كان محظورا عليه الزواج بأكثر من واحدة، ولا يشترط اليقين من عدم العدل لحرمة الزواج بالثانية، بل يكفي غلبة الظن فإذا كان غالب ظنه أنه إذا تزوج زوجة أخرى مهدع زوجته، لم يستطع العدل بينهما حرم عليه هذا الزواج[3]، وعليه فمن الضوابط التي وضعتها أحكام الشريعة الإسلامية لضبط التعدد هي: ضابط العدد وهو عدم الزواج بأكثر من أربع زوجات، وضابط العدل، وضابط القدرة على الإنفاق.

لقد جاء الإسلام وتعدد الزوجات على نطاق واسع، ليس له أنظمة متبعة ولا حدود مرعية، فكان من الحكمة في تشريع الإسلام أن لا يمنعه بالكلية، بل عمل على وضع نظام حكيم للحفاظ على الأسرة وتنظيما للمجتمع، فقصر التعدد على أربع زوجات مع اشتراطه العدل بين

---

(1) أُنظر **شعيب يوسفي**، تعدد الزوجات بين المستند الشرعي وشبهات المعارضين، مجلة المعيار، العدد 14، المجلد 07، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ص.289.

(2) أُنظر **محمد الرازي فخر الدين**، تفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب، د ط، دار الفكر، د ب ت ن، ج09، ص.180، وأُنظر **أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي**، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي بمشاركة محمد رضوان عرقسوسي وماهر حبوش، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت–لبنان، سنة 2006، ج06، ص.33، وأُنظر كذلك **ابن كثير**، تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد السلامة، ط 02، دار طيبة للنشر، الرياض–السعودية، سنة 1999، ج02، ص.209.

(3) **حسن سهيل الجميلي**، القسم بين الزوجات في الشريعة الإسلامية، ص.05، شبكة الألوكة متاح على الرابط:www.alukah.net.

الزوجات والقدرة على الإنفاق عليهن[1]، وأن حكم التعدد وفق ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بأنه حلال ومباح[2] وليس من قبيل الواجب المفروض، وحجتهم في ذلك تتجلى في عدة أدلة منها:

1- أن الفعل﴿ **فَانْكِحُوا** ﴾ ليس من قبيل الوجوب بدليل قوله تعالى﴿ **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً** ﴾، وعليه صار معلوما أن قوله تعالى﴿ **فَانْكِحُوا** ﴾ وإذا كان مخرجه الإلزام إلا أنه جاء للإباحة، لأنه إذا كان ملزما واجبا ما امر الله عز وجل بعدم إتيانه حين خوف العدل[3].

2- يدل أيضا على ان الفعل﴿ **فَانْكِحُوا** ﴾ لم يأت على سبيل الوجوب، هو أن الله عز وجل خير عباده الراغبين في التعدد بين نكاح الإثنتين أو الثلاث أو الأربع، وإذا كان أمرا واجبا ملزما لا سبيل فيه للتخيير، شأنه شأن الأوامر الإلهية[4].

**من السنة:** ما أخرجه ابن ماجه وغيره عن ابن عمر أنه قال: أسلم غيلان بن سلمة وتحته عشر نسوة، فقال له النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم "خذ منهن أربعا"[5]، وحديث قيس

---

(1) **قادة بن علي**، تعدد الزوجات بين الإطلاق والتقييد، مجلة المعيار، العدد 09، المجلد 05، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ص.159.

(2) أُنظر **محمد علي الصابوني**، روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن، ط03، مكتبة الغزالي دمشق ومؤسسة مناهل العرفان بيروت، سنة 1980، ج01، ص.425 وراجع أيضا **أبي جعفر محمد بن جرير الطبري**، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق وتعليق محمود محمد شاكر وراجعه وخرج أحاديثه أحمد محمد شاكر، ط02، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ج07، ص.546.

(3) **أبي جعفر محمد بن جرير الطبري**، المرجع السابق، ج07، ص.546.

(4) أُنظر **محمد علي الصابوني**، المرجع السابق، ج01، ص.425.

(5) **أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه**، سنن ابن ماجه، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه محمد ناصر الدين الألباني، كتاب النكاح، باب الرجل يُسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، ط01، مكتبة المعارف، الرياض، د ت ن، ص.338.

بن الحارث الذي قال فيه، أسلمت وعندي ثمان نسوة، فأتيت النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم فقلت له ذلك، فقال "اختر منهن أربعا"[1].

**من الأثر:** عن سعيد بن جبير قال: قال لي ابن عباس: "هل تزوجت؟ قلت لا، قال تزوج فإن خير هذه الأمة أكثرها نساء"[2].

ولقد نقلنا فيما سبق الإجماع على إباحة التعدد، وعليه نستنتج من كل هذه الآيات والأحاديث والآثار أن حكم التعدد مباح وجائز في الإسلام، إلا أن الإسلام لم يترك هذه الإباحة على إطلاقها، فكما رأينا أنه قد قيدها وضبطها بقيود وضوابط وهذا كله حماية لكلا الزوجين وبالتالي حماية الأسرة ككل.مما لا شك فيه أن الله سبحانه وتعالى شرع التعدد لحكم عظيمة أهمها: إحداث التوازن في المجتمع البشري بين الذكور والإناث، وإيجاد ضمان الحياة الأسرية الكريمة لجميع الإناث في المجتمع، وحماية المجتمع من الرذيلة، فقد أثبتت الإحصائيات أن عدد الإناث أكثر من الذكور لأسباب كثيرة منها الحروب، العمل الشاق وتحمل المسؤوليات الجسام وغير ذلك[3].

## الفقرة الثانية: موقف التشريعات الوضعية من تعدد الزوجات

لقد سايرت معظم التشريعات العربية بما في ذلك التشريع الجزائري موقف الشريعة الإسلامية في الأخذ بنظام تعدد الزوجات وقصرته على أربع زوجات، إلا أن بعض التشريعات

---

(1) **أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه**، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب الرجل يُسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، المصدر السابق، ص.338.

(2) **أبي عبد الله أحمد بن حنبل**، مسند الإمام الحافظ أبي عبد الله أحمد بن حنبل، حديث رقم2048، د ط، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، سنة 1998، ص.201.

(3) **أُنظر عطية علان**، تعدد الزوجات بين رشد الشريعة وطيش القوانين، ص.02، متاح على الرابط: .www.alukah.net/shaui/0/5643/

نتيجة للضغوطات التي مارستها بعض الحركات والجمعيات النسوية على حكومات هذه الدول، قررت إدخال بعض الشروط والقيود على نظام التعدد، في حين لجأت بعض التشريعات الأخرى إلى تحريم التعدد تحريما صريحا تجعل منه جريمة يعاقب عليها القانون بالسجن وبالغرامة المالية[1]، أما بخصوص موقف التشريعات الغربية فإن هذه الأخيرة لا تعاقب ولا تمنع إلا التعدد الرسمي فقط، أما عمليا فتبيح المعاشرة الجنسية وتقرر وجود علاقات غير مشروعة، فهو متبع فعلا، بل تسن له قوانين وتجري من أجله التعديلات، وقد اعترف هؤلاء الغربيين بهذا كقول إحدى الكاتبات الغربيات والتي تُدعى"آني بيزانت"بقولها "إن فردية الزواج، أي نظام الزوجة الواحدة المتبع في دول المغرب ما هو إلا نظام ادعائي أو طريقة تصنيعية فقط، فهناك تعدد عملي في الزوجات ولكن من غير مسؤولية ودون تحمل تبعة وهو إتخاذ المحظيات"[2].

بالرجوع إلى موقف التشريعات العربية من تعدد الزوجات، نجد أنها لم تتخذ موقفا موحدا من مسألة تعدد الزوجات، بحيث يمكن حصر مواقفها في ثلاث اتجاهات وهي: 1- اتجاه أخذ بنظام التعدد الموافق لحكم التعدد في الشريعة الإسلامية، 2- اتجاه أخذ بنظام التعدد لكن مع تقييده بقيود وشروط، 3- اتجاه لم يأخذ بنظام التعدد ومنعه وجرمه، سنعرض هذه الاتجاهات الثلاث أولا ثم نتعرف على موقف المشرع الجزائري من هذه الاتجاهات ثانيا

---

[1] **قادة بن علي**، المرجع السابق، ص.159.

[2] أُنظر **شامي أحمد**، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص.79.

**أولا: موقف التشريعات العربية من نظام التعدد**

**الاتجاه الأول: التشريعات التي تُبيح التعدد طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية**

أخذ بهذا الاتجاه كل من التشريع السعودي والكويتي واليمني والليبي والسوداني، فقد أخذت هذه التشريعات بنظام التعدد دون إضافة أي شرط أو قيد، بل اكتفت بالشرطين اللذين أقرتهما الشريعة الإسلامية، وهما العدل بين الزوجات والقدرة على الإنفاق[1].

**الاتجاه الثاني: التشريعات التي تُبيح التعدد بشروط**

معظم تشريعات الأحوال الشخصية العربية تحذو حذو هذا الاتجاه، نذكر منها على سبيل المثال: مدونة الأسرة المغربية حيث خصصت هذه الأخيرة المواد من 40 إلى 46 للتعدد وشروطه، فعلقت المدونة جواز التعدد على مدى تحقق جملة الشروط المشترطة في هذه المواد، فقد نصت المادة 40 من المدونة"يُمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يُمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها"، كما نجد أيضا أن المشرع السوري في قانون الأحوال الشخصية السوري نص على تعدد الزوجات في الكتاب الثاني المتعلق بالزواج، وفي الفصل السادس الذي نظم فيه تعدد الزوجات وذلك في المواد من 71 إلى 75، والتي بينت حكم التعدد وجملة القيود والشروط التي يجب مراعاتها حتى يحق للزوج الزواج بإمرأة ثانية، فنصت المادة 71 منه "للقاضي أن يأذن لمتزوج أن يتزوج على إمرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي وكان الزوج قادرا على نفقتها"، كما ورد في قانون الأحوال الشخصية العراقي[2] جواز تعدد التعد لكن بشروط وبعد إذن من القاضي، نصت عليها المادة 4/03 و5 و6 و7 فنصت في الفقرة

---

[1] أُنظر **قادة بن علي**، المرجع السابق، ص.166.

[2] قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته، متاح على الرابط:
iraq-lg-law.org/webfm_send/803

04 من هذه المادة على أنه "لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن من القاضي ويُشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين: أ- أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة، ب- أن تكون هناك مصلحة مشروعة".

للإشارة فإن الفرق بين الاتجاه الأول والثاني يظهر في كون هذا الأخير أنه اشترط شروطا إضافية للتعدد لم تشترطها الشريعة الإسلامية، وذلك بعدم السماح للزوج بالزواج بإمرأة أخرىإلا بعد حصوله على إذن وترخيص من القاضي أو رئيس المحكمة، اشترطت أيضا وجوب إعلام الزوجة الأولى وموافقتها على هذا الزواج وإخبار الزوجة الثانية على خلاف الاتجاه الأول الذي اقتصر في شروط التعدد على الشروط التي حددتها الشريعة الإسلامية.

**الاتجاه الثالث: التشريعات التي تمنع التعدد مطلقا**

انتهج هذا الاتجاه التشريع التونسي الذي حرم التعدد وجرمه وحدد عقوبة لكل زوج تزوج على زوجته، وهذا ما يظهر جليا في مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل 1/18 و2 بنصه "1- تعدد الزوجات ممنوع.

2- كل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق، يُعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين، ولو أن الزواج المبرم لم يبرم طبق أحكام القانون"، فهذه مخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية من المشرع التونسي بخصوص منعه التعدد، ولعل سبب حذو المشرع التونسي هذا الاتجاه بخصوص التعدد هو قوة النشاط الجمعوي النسوي المتشبع بالفكر الغربي في تونس الداعي إلى تحرير المرأة.

لقد اعتبر المشرع التونسي حكم الزواج بزوجة ثانية زواج فاسد ناصا في ذلك على إيقاع عقوبات على مرتكبيه.إن موقف المشرع التونسي في منعه التعدد وفي غيرها من المواقف

الداعية إلى تحرير المرأة والمساواة بينها وبين الرجل بغض النظر عن تماشي هذه المواقف مع أحكام الشريعة الإسلامية أم لا، جعله يتوج من طرف الغربيون على أنه، أحسن قانون قانون عربي إسلامي نصف المرأة وحفظ كرامتها متماشيا في ذلك مع المواثيق والإعلانات الدولية والإقليمية خاصة منها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[1].

وبهذا فقد شذ المشرع التونسي عن الاتجاهين السابقين وخالفهما كليا، إذ لا مجال للمقاربة بين هذا الاتجاه والاتجاهين السابقين.

**ثانيا: موقف المشرع الجزائري من التعدد**

تبعا لتغير الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والثقافية في الجزائر من سنة 1984 إلى سنة 2005، أدت هذه الظروف إلى تغير حاجيات المواطن المادية والفكرية، وحفاظا على مكانتها بين الدول التي أدت بها إلى عقد العديد من الاتفاقيات الدولية وخضوعها لما احتوت عليه هذه الاتفاقيات، ونظرا للدور الكبير الذي لعبته الجمعيات النسوية، أدى كل هذا إلى دفع المشرع الجزائري إلى إقرار تعديل ق.أ.ج سنة 2005، حيث أصبح ق.أ.ج بعد هذا التعديل هو قانون المرأة بامتياز، ذلك لما تضمنه من محاولته إقرار المساواة التامة بين الرجال والنساء ومنح حماية أكبر للمرأة، ومن بين مظاهر هذه الحماية التضييق قدر المستطاع في مسألة تعدد الزوجات، فعُدلت وأُضيفت مواد قانونية في ق.أ.ج، هذه المواد هي 08 و08 مكرر و08 مكرر1.

---

[1] أُنظر **بن عومر محمد الصالح**، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 02، سنة 2012، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، ص.43.

يُستخلص من المواد المذكورة أعلاه أن المشرع الجزائري وبمقتضى التعديل الجديد، قد سمح بالزواج بأكثر من واحدة، لكنه فرض جملة من الضوابط والإجراءات لا يمكن ابرام الزواج إلا من خلالها[1]، هذه الضوابط هي: 1- وجود المبرر الشرعي، 2- توفر شروط ونية العدل، 3- توفر الشروط الضرورية للحياة الزوجية، 4- يجب إخبار الزوجة السابقة واللاحقة، 5- تقديم ما يُثبت موافقة الزوجتين على هذا الزواج، 6- تقديم طلب الترخيص المسبق بالزواج لرئيس المحكمة.

وعليه فيظهر بأن المشرع الجزائري في مسألة التعدد قد حذى حذو الاتجاه الثاني من اتجاهات التشريعات العربية من مسألة التعدد، وذلك بإقراره نظام التعدد لكن في إطار ضوابط، فالمشرع أباح التعدد كمبدأ عام لكن قيد الأمر بضرورة توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 08 من ق.أ.ج.

لقد لوحظ على المشرع الجزائري في صياغته لتعديل المادة 08 من ق.أ.ج ذكر الشروط التي كانت موجودة قبل التعديل ، ثم بعد ذكره للترخيص القضائي أعاد مرة أخرى ذكرها، أي بعد أن كانت الشروط السابقة مفرغة من محتواها، لأن ضابط الحالة المدنية أو الموثق لم يكن لديه آلية للتأكد من توفرها، بل ولم يُطلب منه ذلك على الأساس فجاء التعديل ليبين أن القاضي هو من سيتأكد من توفر شروط التعدد، لأنه هو من يملك سلطة إعطاء الترخيص القضائي الذي يسمح لضابط الحالة المدنية أو الموثق عقد الزواج الجديد[2]، كما يظهر

---

[1] أُنظر **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.110.

[2] أُنظر **أمينة عبيشات وعماري ابراهيم،** إشكالية تعدد الزوجات بين الإباحة والتقييد في تشريعات الأسرة المقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد04 نوفمبر 2017، مخبر القانون الخاص المقارن، جامعة حسيبة بن بوعلي-الشلف، ص.154.

من نص المادة 08 من ق.أ.ج أن المشرع الجزئري بتقييده للتعدد بهذه الشروط والضوابط ليس إلا لغاية وحيدة، وهي حماية الأسرة من المشاكل التي قد تنجم عن هذا التعدد، كإهمال الزوجة الأولىوأولادها جراء زواج الزوج بزوجة ثانية، فعزز من هذه الحماية عن طريق عدم السماح بالتعدد إلا بموجب ترخيص قضائي صادر عن المحكمة، وهذا ما يُجسد الحماية القانونية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها عن طريق القضاء، وهذا ما يجرنا إلى طرح التساؤل عن كيفية تحقيق القاضي حماية الأسرة عند تعدد الزوجات؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفرعين المواليين.

## الفرع الثاني

## مدى حماية القاضي للزوجة عند التعدد

إجابة على التساؤل المطروح في نهاية الفرع السابق، والذي يتعلق بكيفية تحقيق القاضي حماية الأسرة عند تعدد الزوجات، وطبقا لما جاءت به المادة 08 من ق.أ.ج من ضوابط التعدد فإن حماية القاضي للأسرة عند التعدد، تظهر في حمايته لكلا الأطراف المعنيين بالتعدد وهم: الزوجتين السابقة واللاحقة، الزوج، وعليه سنحاول تحديد مدى تدخل القاضي حماية كلا الزوجتين عند التعدد في هذا الفرع، وتحديد مدى تدخله لحمايةالزوج في الفرع الموالي.

بالرجوع إلى نص المادة 08 من ق.أ.ج، نجد أن المشرع الجزائري قد نص على آلية قضائية لتحقيق حماية الزوجة عند التعدد، وتكمن هذه الآلية في الترخيص القضائي للتعدد، هذا الأخير الذي لا يمنح إلا بعد استيفاء شروط وإجراءات التعدد المنصوص عليها في هذه المادة، فكيف يحمي القاضي الزوجة عند تعدد الزوجات بموجب هذا الترخيص؟ وهذا ما سنتعرف عليه في الفقرة الأولى وذلك بتحديد مدى مراقبة القاضي لتوافر شروط التعدد حماية للزوجتين، كما

أن المشرع الجزائري لم يكتفي بهذا الحد من الحماية للزوجة عند التعدد، إذ وسع من مجال حمايتها عند التعدد ليصل إلى حد منحها حق التطليق والفسخ كما نصت عليه المادة 08 مكرر والمادة 08 مكرر1 من ق.أ.ج، فمتى يحق للزوجة أن تطلب من القاضي التطليق أو فسخ عقد الزواج بالزوجة الثانية؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفقرة الثانية من خلال تحديد مدى حماية القاضي للزوجة عند مخالفة شروط التعدد.

## الفقرة الأولى: مدى مراقبة وتقدير القاضي لتوافر شروط التعدد لحماية للزوجة

إن المشرع الجزائري وضع شروطا كما سبق بيانه لحماية مبدأ التعدد وضمان حسن تطبيقه في المادة 08 من ق.أ.ج، كما كفل ضرورة الالتزام بهذه الشروط بالنص على جزاءات في حال مخالفتها[1]، فيبدو أن المشرع الجزائري قد احتاط للأمر أكثر فجعل الإذن بالتعدد من اختصاص رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية، وجعل النيابة العامة طرفا أصليا في جميع قضايا الأسرة، غير أنه لم يُرتب جزاء عقابيا على الزوج المعدد المخالف لقانون الأسرة[2].

إننا نرى بأن صلاحية منح الترخيص القضائي لرئيس المحكمة كما نصت عليه المادة 08 السالفة الذكر، ليست في محلها إذ كان على المشرع الجزائري منحها إلى القاضي المختص بشؤون الأسرة من باب أولى، وذلك لسببين وهما:

**السبب الأول:** كون أن قاضي شؤون الأسرة أوسع دراية من رئيس المحكمة بالمشاكل الناجمة عن الزواج، وكيفية حلها، ولحسن تقديره في إيجاد الحلول لهذه المشاكل.

---

(1) أُنظر **صالح بوبشيش،** أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري، دراسة نقدية في ضوء الشريعة الإسلامية وواقع التطبيق في المجتمع الجزائري، مجلة المعيار، العدد 09، المجلد 05، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ص.135.

(2) **أحمد الأمراني،** المرجع السابق، ص.94.

**السبب الثاني:** بعد تعديل ق.إ.م.إ منح المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة صلاحية إصدار أوامر ولائية، والتي من بينها الترخيص بالزواج وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 426 من ق.إ.م.إ.

لقد حدد نص المادة 08 السالف الذكر شروط التعدد التي تتوج عند توافرها بمنح ترخيص من القاضي للزوج للزواج بزوجة ثانية، فمسؤولية مراقبة مدى توفر هذه الشروط تقع على القاضي، وهذا كله من أجل حماية الأسرة من العواقب الوخيمة الناجمة عن التعدد، فعند إيداع طلب الترخيص بالتعدد يجب على القاضي أن يتحقق من توافر هذه الشروط، وبالتالي فإن تةافر شروط التعدد أو عدمها يخضع للسلطة التقديرية للقاضي (رئيس المحكمة)، فما مدى مراقبته لهذه الشروط؟ للإجابة على هذا التساؤل نتطرق إلى دور القاضي في تقدير شروط التعدد شرطا بشرط على النحوالآتي:

**أ- دور القاضي في تقدير شرط وجود المبرر الشرعي:**

إن شرط وجود المبرر الشرعي من حيث المبدأ هو مناسب بل ضروري لإباحة التعدد، غير أنه يُؤخذ على المشرع إطلاقه للشرط وعدم توضيح المقصود به، وأشكاله التي يُباح معها للزوج أن يتزوج من إمرأة أخرى[1]، و بهذا الصدد وتسهيلا لعملية تقدير القاضي لوجود هذا الشرط، أصدر المشرع الجزائري سنة 1984 منشورا وزاريا[2] الذي جاء يبين كيفية تطبيق الشروط الواردة في المادة 08 من ق.أ.ج، الذي وضح فيه بأنه على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، عند ابرام عقد الزواج بزوجة ثانية أن يتحقق من توفر شرط المبرر الشرعي، إذ يكتفي

---

[1] أُنظر **صالح بوبشيش**، ، المرجع السابق، ص.136.

[2] المنشور الوزاري رقم 84/102 الصادر في 1984/12/23، المتضمن تطبيق وتفسير المادة 08 من ق.أ.ج.

في إثباته بشهادة طبية من طبيب مختص تُثبت عقم الزوجة الأولى أو مرضها بالعضال، فإذا لم يُثبت هذا لا يُبرم عقد الزواج، ونظرا لتجاهل هذا المنشور المبررات الأخرى الأمر الذي دفع بوزير العدل لإصدار منشور ثاني سنة 1985[1] الذي أضاف فيه مبررا آخر لتعدد الزوجات ألا وهو إثبات وجود دعوى طلاق مرفوعة أمام القضاء، بتقديم شهادة من كاتب الضبط وترك تقدير هذه المبررات إلى السلطة التقديرية للقاضي، وبناء على المنشورين السابقين إضافة على نص المادة 08 من ق.أ.ج فإن تقدير وجود المبرر الشرعي للتعدد من عدمه يُرجع فيه إلى القاضي.فاشترط المشرع لإمكانية التعدد وجوب وجود مبرر شرعي، وترك الحلاية للقاضي ليُمارس سلطته التقديرية لتقييم المبرر الذي قدمه الزوج للزواج بإمرأة ثانية، أهو مبرر شرعي أو غير شرعي[2].

إذن ينحصر عمل القاضي في تكييف هذا المبرر من حيث وجوده ومن حيث شرعيته، إلا أن الملاحظ على هذه المهام الأخيرة أن القاضي لا يمنح الترخيص للتعدد إلا إذا تضمن ملف الترخيص بالتعدد شهادة طبية تُثبت مرض الزوجة بالعقم أو العضال طبقا للمنشور الصادر في سنة 1984، أو شهادة محررة من كاتب الضبط تثبت وجود دعوى طلاق مرفوعة أمام القضاء طبقا لما نص عليه منشور 1985، إلا أنه من الناحية العملية فإن هذين المنشورين أصبحا طي النسيان، وأصبح تقدير هذا الشرط يرجع فيه إلى السلطة التقديرية للقاضي وذلك بعد التعديل الأخير لقانون السرة، إذ ضيق المشرع أكثر في التعدد وذلك باستصدار إذن بالزواج من القاضي.

---

[1] المنشور الوزاري رقم 14 الصادر في 1985/08/22.

[2] **عبد العزيز سعد**، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط04، دار هومة، الجزائر، سنة 2010، ص.86.

تظهر حماية القاضي للزوجة عند تقدير هذا الشرط في أن القاضي لا يأذن للزوج بالزواج بزوجة ثانية، إلا إذا قدم هذا الزوج مبررا مقنعا للقاضي، فإن رأى القاضي مثلا بأن المبرر المقدم من طرف الزوج وبعد فحصه لهذا المبرر فحصا دقيقا هو مجرد نزوة عابرة للزوج، فالقاضي حماية للزوجة الأولى من المشاكل التي قد تنجم عن هذا الزواج الثاني لا يأذن للزوج بهذا الزواج، وقد ينجح الزوج في إقناع القاضي بهذا الزواج والذي قد يترتب عليه حماية الزوجة الثانية، مثل عودة الزوجة المطلقة إلى زوجها السابق لمصلحة الأولاد، ففي هذه الحال الأخيرة يساهم القاضي في حماية الأسرة ككل باقتناعه بهذا المبرر، وبالتالي الترخيص بهذا الزواج الثاني وعودة لم شمل الأسرة من جديد.

**ب- دور القاضي في تقدير شرطي توفر نية العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية**

إن ثاني قيد أورده المشرع لإباحة التعدد، العدل بين الزوجات فيجب على المقبل على الزواج بإمرأة ثانية أن يُثبت قدرته على توفير شروط العدل بين زوجاته في النواحي المادية كقدرته على النفقة ، وقدرته على توفير السكن المفرد وغيرها من الأمور المادية التي يمكن تحقيقها من طرف الزوج، أما بالنسبة للدل القلبي، فهو عدل غير مطلوب لإباحة التعدد لأنه غير مقدور على تحقيقه فلا يُلزم به، حتى وإن كان المشرع الجزائري استعمل عبارة مبهمة وهي "نية العدل"[1]، كما أن المشرع الجزائري لم يُبين للقاضي سبل التحقق من توفر العدل القلبي، إذن فإن العدل الذي قصده المشرع في المادة هو العدل المادي والتسوية بين الزوجات في النواحي المادية من حسن النمعاشرة والمبيت والنفقة. إن كان هذا الشرط هو شرط لا يمكن

---

[1] أُنظر **توفيق شندرالي،** مظاهر الاختلاف في قوانين الأحوال الشخصية العربية-نظام تعدد الزوجات أنموذجا- مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 04، المجلد 01، ديسمبر 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، ص.94.

تحقيقه إلا بعد الزواج، فإن القاضي في إطار حمايته للأسرة والمحافظة عليها يجب عليه أن يُنبه الزوج على ضرورة الالتزام بالعدل بين زوجاته تفاديا للآثار السلبية الناتجة عن عدم العدل بينهن.

لقد أساء كثير من الرجال بالتعدد فأقدموا عليه وهم غير قادرين على العدل أو غير قادرين على الإنفاق، مما أدى ذلك إلى كثرة المشاكل الاجتماعية داخل الأسرة بين الزوجة وضرتها أو بين الأبناء فيما بينهم[1]، فالقاضي ليس له دور أساسي في تقدير هذا الشرط سوى اكتفاءه فقط بتوجيه النصائح والإرشادات للزوج المقبل على الزواج الثاني، وبالتالي حمايته من خلال هذا الشرط هي حماية نسبية.

أما شرط توفر الشروط الضرورية للحياة الزوجية، فيجب على من يطلب الإذن بالتعدد أن يُثبت بحجة تُقنع القاضي بأن له القدرة المالية الكافية لإعالة أسرتين كاملتين[2]، فلا يمنح القاضي الترخيص حتى يتفحص الوضعية الاقتصادية للزوج الراغب في التعدد، كاشتراط تقديم شهادة كشف الراتب للزوج أو رصيده في البنك، وذلك حتى يتمكن القاضي من معرفة أو تقدير مدى كفاية الوضعية المالية للزوج لإعالة الأسرتين معا، خشية الوقوع مستقبلا في عجز الزوج على الإنفاق على كلا الأسرتين معا، ومن هنا يظهر الدور الحمائي للقاضي من خلال هذا الشرط في محاولة القاضي ضمان وضعية اقتصادية مريحة للزوج تُمكنه من إعالة كلتا الأسرتين مستقبلا.

---

[1] أُنظر **بومدين محمد**، رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، العدد02، المجلد01، جامعة أحمد دراية-أدرار، ص.10.

[2] **شامي أحمد**، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص.81.

**ج- دور القاضي في تقدير شرط إعلام الزوجتين السابقة واللاحقة وموافقتهما**

لقد أورد المشرع الجزائري في نص المادة 08 من ق.أ.ج السالف الذكر، شرط ضرورة إخبار الزوجة السابقة التي هي في عصمته برغبته في الزواج بالثانية، كما ألزمه أيضا بضرورة إعلام المرأة الثانية التي ينوي العقد عليها بوجود ضرة لها، واشترط المشرع وجوب موافقتهما (الزوجتين السابقة واللاحقة) على هذا الزواج، وعليه فلا يجوز للقاضي أن يُرخص بالزواج إلا بعد أن يتأكد من موافقة الزوجتين السابقة واللاحقة على الزواج بعد إعلامهما بهذا الزواج.

الحقيقة أن مسألة الموافقة المسبقة على الزواج من طرف الزوجتين صعب تحقيقها من الناحية الواقعية، لأنها مسألة نادرة جدا لأن الموافقة تُعد مستحيلة في الكثير من الأحيان[1].

تكمن حماية القاضي للزوجتين من خلال هذا الشرط، بحرصه على حضورهما شخصيا عنده، ليتأكد من موافقتهما الصريحة على هذا الزواج من دون ضغط أو إكراه أو إغراء، غير أن موافقتهما غير ملزمة للقاضي إذ يعود له القرار النهائي والأخير وحده في منح الترخيص من عدمه، فإذا تأكد القاضي من من موافقة الزوجتين على هذا الزواج فلا إشكال هنا، لكن الذي يحدث في معظم الأحوال عدم موافقة الزوجة الأولى على هذا الزواج، فيُحاول القاضي بما له من ذكاء وخبرة إقناع هذه الزوجة بالموافقة على هذا الزواج إذا رأى أن هذا الزوج في أمس الحاجة غلى التعدد، كأن تكون الزوجة الأولى مصابة بمرض معدي لا يمكنه الاتصال بها جنسيا.

---

[1] أُنظر **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.113.

في الحالة التي يتعذر فيها على الزوجة السابقة الحضور أما القاضي لسبب جدي، يجوز للقاضي أن يتنازل عن صلاحياته في هذا الصدد إلى ضابط عمومي (المحضر القضائي) بموجب أمر على ذيل العريضة، ويكتفي فقط في طلب الترخيص بالزواج بالمحضر الذي يحرره المحضر القضائي[1].

ختاما لهذه الشروط، فإن تجسيد القاضي للحماية الحقيقية للزوجتين تظهر في تحقق القاضي من توفر الشروط أولا وتقديره لهذه الشروط ثانيا، إذ أمن منح القاضي الترخيص بالزواج الثاني متوقف على قناعته بهذه الشروط، سواء باقتناعه بالمبرر الشرعي الذي يقدمه الزوج الراغب في التعدد، والقدرة على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، وتحققه من إخبار الزوجتين السابقة واللاحقة وموافقتهما، وبالتالي فإن الترخيص الذي يمنحه القاضي، يُعد بمثابة آلية أو ضمانة قضائية لحماية الزوجتين وبالتالي حماية الأسرة ككل من العواقب والمشاكل التي قد تنجم مستقبلا عن التعدد، وخير دليل على أن الترخيص الذي يمنحه القاضي يُساهم في حماية الزوجتين، هو أن المشرع الجزائري قد رتب جزاء على الزواج بدون هذا الترخيص ومخالفة شروط التعدد وهذا ما سنعالجه في الفقرة الموالية.

### الفقرة الثانية: مدى تدخل القاضي لحماية الزوجة عند مخالفة شروط التعدد

بالرجوع إلى نص المادة 08 مكرر ونص المادة 08 مكرر1 من ق.أ.ج، نستنتج أن المشرع الجزائريقد رتب جزاء على الزوج عند مخالفته لشروط وضوابط التعدد، يتمثل هذا الجزاء في منح كلتا الزوجتين حق طلب التطليق للتدليس طبقا لنصي المادتين 08 مكرر و08

---

[1] أُنظر**كريمة محروق**، الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص.138.

مكرر1 من ق.أ.ج، وحق الزوجة الأولى في فسخ الزواج الثاني طبقا لما نصت عليه المادة 08 مكرر1 من ق.أ.ج.

إن المشرع لما اشترط في نص المادة 08 من ق.أ.ج على الزوج الراغب في التعدد الشروط السابقة الذكر، لم يُرتب على تخلفها أي أثر على صحة عقد الزواج واعتبره صحيحا ونافذا ومرتبا لجميع آثاره[1]، ولكنه رتب على تخلف تلك الشروط حق الزوجة في طلب التطليق أو الفسخ، إلا أن هذا الجزاء لا يمكن تنفيذه إلا بواسطة اللجوء إلى القضاء، وهنا يظهر دور القضاء عن طريق المشرع في حماية الزوجتين السابقة واللاحقة عند التعدد.

وتظهر حماية القاضي لكلتا الزوجتين أو إحداهما بعد رفع دعوى قضائية من المتضرر من التدليس في اكتشافه، للغش المرتكب من طرف الزوج أو الكذب على الزوجة بعد البحث والتحري وإجراء التحقيقات اللازمة مع الزوج، فيتصدى القاضي لكل المناورات والتلاعبات والأكاذيب التي قد تصدر عن الزوج المدلس من أجل ضمان حماية كلتا الزوجتين أو إحداهما، فعند اكتشاف القاضي بأن هناك تدليس من طرف الزوج فلا يتردد في الحكم لصالح الزوجتين أو إحداهما بالتطليق، وبالتالي فإن حكمه بالتطليق لصالح كلتا الزوجتين أو إحداهما، يُعد ضمانة تلجأ إليها الزوجتين أو إحداهما لحمايتها وحماية أسرتها من تعسف الزوج المدلس.

للإشارة فإن نص المادة 08 مكرر من ق.أ.ج لم ينص على حق طالبة التطليق في التعويض بسبب التدليس.إلا أنه كان من المفروض أن ينص أيضا على حقها في المطالبة

---

[1] أُنظر **محفوظ بن صغير**، المرجع السابق، ص.447.

بالتعويض في حالة حصول ضرر، إضافة إلى حقها في رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق لأن التدليس فعل عمدي يستحق التعويض عليه[1].

كما تظهر حماية القاضي للزوجتين أو إحداهما وذلك بتدخله لفسخ الزواج الجديد قبل الدخول والذي تم بدون ترخيص منه.إن المشرع لم يقرر الفسخ بعد الدخول لحماية الأسرة بصفة عامة والأطفال الذين يولدون عن هذا الزواج بصفة خاصة، حيث أنه إذا تم الدخول بالزوجة الجديدة ولم يستصدر الزوج ترخيصا لهذا الزواج، هنا يُعد الزواج صحيحا ولكن يعد سلوك الزوج هنا خطأ تقصيري موجب للتعويض، ومبررا موجبا لطلب الزوجة التطليق من القاضي[2]، وبالتالي لا يكون أمام الزوجة إذا لم تكن راضية سوى المطالبة بالتطليق والتعويض عن الضرر اللاحق بها وفقا للقواعد العامة[3].

بالرجوع إلى التطبيقات القضائية، نجد أن هناك الكثير من القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، التي تُجسد الجزاءات المترتبة عن مخالفة شروط التعدد أو الزواج بدون ترخيص من القاضي، من هذه القرارات قرار المحكمة العليا الذي نص على "حيث أن المادة 08 من ق.أ.ج تعطي الحق للزوجة–السابقة–في طلب التطليق، عندما لا يخطرها الزوج بالزواج الجديد، وفي حالة عدم رضاها يمكنها أن تلجأ إلى القضاء للمطالبة بالتطليق.وأن قضاة الاستئناف بقضائهم بعدم الاستجابة لطلب الطاعنة بالتطليق، يكونوا قد خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية وكذا المادة السالفة الذكر من ق.أ.ج مما يستوجب نقض وإبطال القرار المطعون

---

(1) أُنظر **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.113.

(2) أُنظر **فراج حسين،** أحكام الأسرة في الإسلام، د ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2004، ص.145.

(3) **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.113.

فيه"[1]، كما أباح الاجتهاد القضائي للزوجة المتضررة بسبب عدم العدل في حقها في طلب التطليق، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا والذي جاء فيه "عدم العدل بين الزوجات يُشكل الضرر المعتبر شرعا طبقا للفقرة 06 من المادة 53 من ق.أ.ج ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق"[2].

ختاما لهذا الفرع نصل إلى أن تقييد التعدد بوجوب استصدار الزوج الراغب في التعدد إذن أن ترخيص من القاضي، يحمي ويُجنب الأسرة من الوقوع في المفاسد التي تحمل الدولة أعباء ثقيلة الناتجة عن كثرة الأولاد المهملين بسبب التعدد، ويساهم في ربط أواصر القرابة والرحم بين كلتا الأسرتين، كما تساعد هذه الرخصة المقدمة من طرف القاضي على كفالة استقرار الأسرة، وذلك بمنع الزوج من التهور والجري وراء النزوات العابرة، إلا أنه ما يُعاب على هذا الترخيص في كونه أنه يضيق من التعدد الذي يمكن أن تنتشر بسببه الرذائل والفواحش، كما أنه يعتبر آلية غير فعالة في حماية الأسرة لكونه يمكن التهرب منه عن طريق الزواج العرفي، بل ساعد كثيرا في انتشار هذا الزواج، كما أنه يطرح أيضا عدة إشكالات قانونية لعل أهمها عن كيفية موازنة القاضي، بين حق الرجل في التعدد وبين الشروط التي وضعها القانون، فهل يحق مثلا للقاضي منح الترخيص للزوج الراغب في التعدد رغم عدم موافقة الزوجة الأولى على الزواج الجديد؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفرع الموالي.

---

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، القرار بتاريخ 1995/09/26، ملف رقم 122443، م.ق، عدد 55، سنة 1999، ص.171.

[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش، القرار بتاريخ 2007/07/12، ملف رقم 356997، م.ق، عدد 02، سنة 2006، ص.441.

## الفرع الثالث

## مدى حماية القاضي للزوج عند التعدد

لقد اشترط المشرع من بين شروط التعدد كما مر معنا سابقا، شرط إعلام الزوجتين السابقة واللاحقة بضرورة موافقتهما على الزواج الجديد طبق لما نصت عليه المادة 08 من ق.أ.ج، فإذا استطاع الزوج الراغب في التعدد تقديم ملف كامل بجميع الشروط المنصوص عليها في المادة 08 السالفة الكر، باستثناء شرط الموافقة، نظرا لتعسف الزوجة في عدم موافقتها، فهل يستطيع القاضي منح الترخيص في هذه الحال؟

للإجابة على هذا السؤال نتطرق في الفقرة الأولى إلى دور القاضي في حماية الزوج من التعسف في استعمال حق الموافقة على التعدد، فإذا استوفى الزوج الراغب في التعدد كافة شروط التعدد المنصوص عليه في المادة السالفة الذكر، فما هي الإجراءات التي يجب على الزوج أن يتخذها حتى يمنحه القاضي الترخيص بالزواج الجديد؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفقرة الثانية من خلال تحديد إجراءات تقدير طلب ترخيص التعدد

### الفقرة الأولى: دور القاضي في حماية الزوج من الرفض التعسفي في التعدد

بداية نتساءل عن مدى وجوب أخذ الزوج موافقة الزوجة على الزواج الجديد من أجل منح الترخيص للزوج الراغب في التعدد؟ فبالرجوع إلى نص المادة 08 السالف الذكر، نجد أن التعدد يُعد رخصة بين يدي الرجال يتصرفون فيه كما يشاؤون لكن تحت رقابة القضاء[1]، وبالتمعن في قراءة المادة المذكورة أعلاه لاسيما الفقرة الأخيرة منها، نستنتج بأن الزوج غير

---

[1] أُنظر **أحمد الأمراني**، المرجع السابق، ص.102.

ملزم بأخذ موافقة الزوجتين، وهذا ما كان يقصده المشرع عندما جعل أمر التأكد من موافقة الزوجتين من صلاحيات القاضي.

حسنا ما فعل المشرع لأنه لو طلب من الزوج الحصول على موافقتهما، فإنه حتما سيلجأ إلى الضغط عليهما، ولربما تهديدهما وانتزاع موافقتهما بالقوة، خاصة وأن المرأة مجبولة على الغيرة ولها رغبة جامحة في أن يكون زوجها لها وحدها وأن لا تشاركها فيه إمرأة أخرى، ولو خيرت بين التنازل على النفقة عليها وارتباط زوجها بأخرى لقبلت التنازل على النفقة[1].

مما ذُكر أعلاه نستنتج بأن الزوج غير مجبر على أخذ موافقة الزوجتين السابقة واللاحقة ما عدا إجبارية إعلامهما بالزواج الجديد، كما نستنتج بأن المشرع جعل القرار الأول والأخير في منح الترخيص بالتعدد، راجع إلى مدى قناعة القاضي بهذا الزواج، أي للسلطة التقديرية للقاضي، فمعناه أنه يمكن لكل أطراف الزواج الموافقة عليه لكن لا يمنح القاضي الترخيص بالزواج الجديد إذا رأى بأن هذا الزواج ليس فيه مصلحة وهو مجرد نزوة عابرة من نزوات الرجل، وبالتالي فالأمر كله يُرجع فيه للقاضي، فقد يمنح الترخيص رغم رفض الزوجة الأولى زواج زوجها بزوجة ثانية إذا اكتشف القاضي بأن سبب الرفض ناتج عن تعسف هذه الزوجة ليس إلا، وهنا تظهر حماية القاضي للزوج الراغب في التعدد من التعسف، وذلك بتدخله ومحاولته أولا إقناع الزوجة السابقة على الموافقة على هذا الزواج، بأن هذا الزوج مضطر للزواج مرة ثانية نظرا لعقم هذه الزوجة، ففي حال عدم إقناعها وتوفر للقاضي كافة شروط التعدد المنصوص عليها في المادة 08 من ق.أج، فعلى القاضي منح الترخيص للزوج الراغب

---

[1] **دزيري خليل**، المرجع السابق، ص.44.

في التعدد دون تردد، لأنه يكون قد ثبت للقاضي الرفض التعسفي للزوجة السابقة على الزواج الثاني.

مما لا شك فيه أن القاضي يتقيد عند بحثه تعسف الزوجة السابقة بمعايير تحديد التعسف المنصوص عليها في المادة 124 مكرر من ق.م.ج والتي من بينها معيار قصد الإضرار بالغير، وفي المثال الذي أوردناه سابقا، يظهر تعسف الزوجة السابقة في حرمانها لزوجها من الزواج بزوجة ثانية قصد الإضرار بزوجها في عدم موافقتها على زواجه مرة ثانية من أجل إنجاب الأولاد.لقد اتفق الفقهاء جميعا على تحريم قصد الإضرار بالغير، وعلى تأثيم من يفعل ذلك، وأنه يستوجب الجزاء الأخروي إلا أنهم لم يتفقوا على وجوب الجزاء الدنيوي، فبعضهم اكتفى بالجزاء الأخروي دون أن يبسط عليها سلطان القضاء، ومنهم من لم يقف عند حدود الجزاء الأخروي فقط بل أوجب كذلك جزاء قضائيا[1]، وقد سلكت معظم التشريعات الوضعية مسلك الاتجاه الأخير بإقرار الجزاء الدنيوي على قصد الإضرار بالغير، وذلك بإقرار التعويض عن الضرر المترتب عن هذا الإضرار في حال ثبوته.

يرى أستاذنا بن شويخ الرشيد في موضوع تعسف الزوجة في عدم منح موافقتها على الزواج الجديد رغم وجود المبرر القوي الذي يسمح له بالزواج، أنه ينبغي إعادة النظر بما يحقق مصلحة جميع الأطراف، وذلك بإيجاد آلية إجرائية تسمح لرئيس المحكمة –في حال عدم موافقة الزوجة وتمسك الزوج بحقه– أن يستدعي الزوجة الأولى ويُناقش معها الموضوع، ومن خلال

---

[1] **أحمد الصويعي شلبيك**، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، أُجيز النشر بتاريخ 2008/06/05، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص.33.

هذه المناقشة والاستماع إليها يمكن له بعد ذلك أن يخلص إلى نتيجة بمنح أو عدم منح الرخصة، وهذا حسب الوقائع والظروف[1].

نخلص في الأخير أن تقييد المشرع تعدد الزوجات بضرورة إستصدار ترخيص قضائي من رئيس المحكمة، يُشكل شكل من أشكال تدخل القضاء لحماية كل أطراف الزواج سواء الزوجتين أو الزوج، هذا الأخير الذي تظهر حمايته جليا من طرف القضاء عند تعسف الزوجة السابقة عند عدم منح موافقتها على الزواج الثاني، فيتدخل القاضي ليوازن بين مصلحة الطرفين (مصلحة الزوج في تمسكه بالزواج) ومصلحة الزوجة (في عدم موافقتها على هذا الزواج)، وذلك بمحاولته إقناع هذه الزوجة بالموافقة على الزواج الثاني، وذلك لحاجة هذا الزوج لهذا الزواج دون اللجوء إلى استعمال حقها في التطليق، وبالتالي يُحافظ القاضي على كلتا الأسرتين ويحميهما في حال إقناع الزوجة السابقة بهذا الزواج، أما إذا فشل القاضي في إقناع هذه الزوجة ورأى أن رفض الزوجة السابقة لا لشيء إلا لمحاولتها الإضرار بزوجها، فلا يلتفت القاضي لموافقة هذه الزوجة ويمنح الترخيص للزوج الراغب في التعدد لحاجته لهذا الزواج حماية لهذا الزوج، وفي كلتا الحالتين يبرز الدور الحمائي للقاضي في حماية كل أطراف الزواج، وبالتالي حمايته للأسرة ككل.

### الفقرة الثانية: إجراءات تقديم طلب الترخيص بالتعدد

إن أهم ما جاء به تعديل ق.أ.ج لسنة 2005 فيما يخص تعدد الزوجات هو فرض رقابة قضائية على الراغب بالزواج بأكثر من زوجة واحدة، وإجبار طالب الزواج الحصول على

---

[1] أُنظر **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.114.

ترخيص قضائي من رئيس المحكمة التي توجد بدائرة اختصاصها مقر الزوجية في حال إثباته للمبرر الشرعي وقدرته على توفي العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

لقد ألزم المشرع الجزائري الزوج الراغب في التعدد تقديم طلب الترخيص بالتعدد إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية طبقا لنص المادة 2/08 من ق.أ.ج بحيث يجب أن يتضمن الطلب: عنوان طالب الزواج والأسباب الدافعة والمبررة للتعدد وإرفاق هذا الطلب بمجموعة من الوثائق تختلف من محكمة إلى أخرى، فالمحاكم لم تُوحد الجانب الشكلي في منح الترخيص سواء ما تعلق منه بالبيانات الواجب توافرها في الترخيص أو الوثائق الواجب توافرها لتقديم الطلب، غير أن اجتهاد بعض القضاة وصل إلى تحديد الوثائق الآتية:- شهادة ميلاد أصلية لطالب الزواج.

- بطاقة الإقامة التي تثبت إقامة طالب الزواج بالإقليم الخاضع لاختصاص محكمة مكان مسكن الزوجية.

- وثيقة هوية الزوجتين السابقة واللاحقة.

- وثيقة تثبت إخبار الزوجتين السابقة واللاحقة إن وجدت.

- وثيقة هوية طالب الزواج.

- أي وثيقة تُثبت مصدر عيش طالب الزواج مثل ضهادة كشف الراتب، شهادة الرصيد في البنك...إلخ.

- بطاقة عائلية لطالب الزواج.

- عقد الزواج.

- شهادة ميلاد الزوجتين السابقة واللاحقة.

– كل وثيقة تُثبت المبرر الشرعي للزواج بزوجة ثانية.

– تصريح شرفي من الزوجة الأولى يتضمن موافقتها على الزواج الثاني.

– تصريح شرفي من الزوجة الثانية يتضمن موافقتها على الزواج الثاني.

تجدر الملاحظة بأن المشرع المغربي يشترط أن يكون طلب الترخيص بالتعدد مرفقا بإقرار عن الوضعية المادية لطالب الزواج[1].

يُودع الملف المذكور أعلاه لدى امانة رئيس المحكمة باعتبار هذا الأخير هو المختص نوعيا في منح هذا الترخيص طبقا لنص المادة 2/08 منق.أ.ج، إلا أنه كان على المشرع إسناد هذه المهام إلى قاضي شؤون الأسرة للأسباب التي ذكرناها فيما سبق، علاوة على أن الترخيص بتعدد الزوجات يُعتبر من ضمن الأعمال الولائية للقاضي والتي يمكن لرئيس المحكمة تفويض القيام بها لقاضي شؤون الأسرة، باعتبار أن هذا الأخير وبموجب التعديل الأخير لـــ ق.إ.م.إ قد منحه صلاحية إصدار أوامر ولائية طبقا لنص المادة 480 من ق.إ.م.إ.

بعد إيداع الزوج الراغب في التعدد طلبه رفقة الملف المذكور أعلاه، يقوم بعدها رئيس المحكمة بدراسة الطلب والتحقيق في الأسباب، ولابد عليه من استطلاع رأي وكيل الجمهورية طبقا لنص المادة 03 مكرر من ق.أج[2] لدى نفس المحكمة أي محكمة مكان مسكن الزوجية، فإن اتضح لرئيس المحكمة جدية الأسباب الدافعة للتعدد، وتحققه من توفر الشروط الضرورية للحياة الزوجية لكلتا الأسرتين، ورأى بأن هذا الزواج يُحقق مصلحة أو يدرأ مفاسد عن طالب الزواج، منح الترخيص لطالب التعدد، وعليه فإن إعمال رئيس المحكمة لنشاطه الذهني بدراسة

---

[1] أُنظر **أحمد الأمراني**، المرجع السابق، ص.96.

[2] تنص المادة 03 مكرر من ق.أ.ج على مايلي **"تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"**

طلب الترخيص وإجراء التحقيقات اللازمة حول الملف المرفق بطلب الترخيص بتفحص مختلف وثائقه، فهذا كله في سبيل حماية هذا الزوج من المخاطر التي قد تترتب مستقبلا عن مسؤولية الأسرتين، وبالتالي فتدخل رئيس المحكمة بمنح الترخيص للزواج الجديد، يندرج ضمن مواطن تدخل القضاء لحماية الأسرةككل.

إن المشرع المغربي كان أكثر تنظيما وضبطا من المشرع الجزائري بخصوص إجراءات تقديم طلب الترخيص بالتعدد، حيث حددت مدونة الأسرة المغربية في موادها 42 و43 و44 الإجراءات المسطرية للتعدد[1]، حيث بينت هذه المادة الاجراءات والشكلية الواجب احترامها من طرف الراغب في التعدد، والذي لم تشترط عليه زوجته عدم الزواج عليها، فألزمته بتقديم طلب بذلك إلى المحكمة، متضمنا بيان الأسباب المبررة لطلبه ومرفقا بما يُثبت وضعيته المادية، كما بينت المادة 43 إجراءات استدعاء الزوجة أمام المحكمة بحضورها الشخصي أو في حال غيبتها عن طريق توجيه إنذار بواسطة عون كتابة الضبط يُشعرها فيه بالبت في الجلسة المحددة في طلب الزوج، كما تضمنت المادة 44 المسطرة الواجب اتباعها لمناقشة الإذن بالتعدد بغرفة المشورة بحضور الطرفين والاستماع إليهما، ومحاولة المحكمة إجراء صلح وتفيق بين الطرفين قبل النطق بقرارها[2]، وهكذا فإن المشرع المغربي تعرض بنوع من التفصيل لإجراءات طلب الإذن بالتعدد من خلال تحديده لجملة المسائل الإجرائية التي نص عليها للقيام بالتعدد.

---

(1) أُنظر **أحمد الأمراني**، المرجع السابق، ص.96.

(2) **وزارة العدل للمملكة المغربية**، دليل عملي لمدونة الأسرة، الناشر جمعية المعلومة القانونية والقضائية، الطبع مطبعة فضالة، العدد 01 سنة 2004، ص-ص.39 إلى 41.

أما المشرع الجزائري فإن القانون الجزائري قد خلا من ذكر الجانب الإجرائي للتعامل مع الضوابط الموجودة، مما يجعلنا نتساءل مجددا عن الكيفية التي تتم بها عملية التعدد في القانون الجزائري[1]، فالمشرع الجزائري لم يبين لا في ق.أ.ج أو ق.إ.م.إ الإجراءات الواجب اتباعها من طرف الزوج الراغب في التعدد، تاركا هذه المسألة حسب اجتهادات كل محكمة، ولعل هذا الفراغ القانوني بخصوص إجراءات منح الترخيص بالتعدد، يُعد من بين أهم الدوافع التي تدفعنا إلى المطالبة بضرورة إصدار قانون إجراءات تقاضي في مادة الأحوال الشخصية مستقل عن ق.أ.ج وق.إ.م.إ كما هو الشأن في بعض التشريعات العربية على غرار التشريع المغربي والمصري، ليكون بمثابة مرجع يُرجع فيه إلى كافة الإجراءات المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة.

[1] أُنظر **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.117.

## المبحث الثاني

## حماية القاضي للأسرة بحماية النسب

نظرا لما يشهده العصر الحديث من نماذج جديدة وهائلة من التطورات العلمية والتقنية لعل من أبرزها في عالم المعلومات الطبية باعتبارها الأكثر مساسا وقربا من هموم الإنسان الشخصية، فبعد أن كان العالم بأكمله يخضع لطريقة واحدة للدلالات الوراثية لنظام (A.B.O)، تم اكتشاف ما يسمى بالبصمة الوراثية، إذ أصبحت هذه الأخيرة من الحقائق المهمة في مجال إثبات ونفي النسب[1]، وقد ساير المشرع الجزائري هذا التوجه بموجب تعديل 2005 لقانون الأسرة، إذ أجاز للقاضي الاعتماد على الطرق العلمية وعلى رأسها البصمة الوراثية في إثبات النسب إلى جانب الطرق الشرعية القطعية المنصوص عليه في ق.أ.ج، فأطلق المشرع العنان للقاضي في إثبات النسب بهذه الطرق لا لشيء إلا لحماية نسب الولد وهويته. ولأن رعاية النسب وحمايته من كل شبهة أو ادعاء أو تزييف هي حماية ووقاية الروابط الأسرية المستقبلة من أي تصدع أو تفكك[2]، فإن حماية القاضي للنسب بواسطة هذه الطرق العلمية تُحقق هي الأخرى حماية الأسرة ككل، **فما مدى حماية القاضي للنسب بهذه الطرق العلمية؟** هذا ما سنحاول الإجابة عليه في المطلب الأول بإبراز دور القاضي في حماية النسب بالطرق العلمية.

---

[1] أُنظر **يوسفات علي هاشم،** أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد–تلمسان، السنة الجامعية 2015/2014، ص.ص.236 و237.

[2] أُنظر **بلخير سديد،** الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة، ط 01، دار الخلدونية، القبة القديمة–الجزائر، سنة 2009، ص.71.

كما أن حماية القاضي للنسب لا تنحصر في الطرق الشرعية والعلمية لإثباته، بل تتحقق أيضا عبر آلية أخرى نص عليها المشرع خارج الأحكام المنظمة للنسب وهي الزواج العرفي، **فكيف تتحقق حماية القاضي للنسب وبالتالي الأسرة من خلال الزواج العرفي؟** وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في المطلب الثاني من خلال حماية النسب بتثبيت الزواج العرفي.

## المطلب الأول

## حماية القاضي للنسب بالطرق العلمية

إن من الإشكالات التي أثارتها المادة 2/40 من ق.أ.ج[1] أنها فتحت المجال للقاضي في استنباط الطرق العلمية في مسألة إثبات النسب نتيجة عدم حصر المشرع لها، مما استدعى الاستعانة إلى ما توصلت إليه الدراسات العلمية بوجود نوعين من هذه الطرق العلمية من حيث حجيتها، وهي طرق علمية قطعية تتمثل في نظام البصمة الوراثية (ADN) ونظام هلا (HLA)، وطرق علمية ظنية والتي تتمثل في: نظام ال ABO فحص الدم، ونظام ال MNS[2]، إلا أننا في دراستنا سنركز على نوع واحد فقط ألا وهو نظام البصمة الوراثية نظرا للدور الفعال الذي تلعبه في إثبات النسب وحمايته، **فكيف يمكن للقاضي حماية النسب بواسطة هذه الطرق العلمية لاسيما بالبصمة الوراثية؟**

للإجابة على هذه الإشكالية يتطلب منا الأمر، التطرق إلى معرفة مدى حجية الطرق العلمية في إثبات ونفي النسب في الفرع الأول، ثم نتطرق إلى كيفية حماية القاضي للنسب

---

[1] تنص المادة 02/40 من ق.أ.ج على "**يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب**".

[2] أُنظر **راضية عيمور**، العلمية الحديثة وثبوت النسب، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 02، المجلد 10 سنة 2017، جامعة زيان عاشور-الجلفة، ص.ص.240 و241 و242.

باستخدام البصمة الوراثية في الفرع الثاني، وأخيرا في الفرع الثالث نتطرق إلى العوائق التي تعترض القاضي في تحقيق وتجسيد هذه الحماية.

## الفرع الأول: مدى حجية الطرق العلمية في إثبات ونفي النسب

تظهر أهمية تحديد حجية الطرق العلمية في إثبات ونفي النسب في مدى تأثيرها على حكم القاضي وجودا أو عدما بخصوص مسائل النسب، وبالتالي تأثيرها على الأسرة ككل مما يستوجب منا تحديد القيمة الثبوتية لهذه الطرق.رغم وجود خلاف فقهي بخصوص اعتماد الطرق العلمية لإثبات النسب بين فريقين، فريق معارض لإثبات النسب بالطرق العلمية واعتبارهم أن اللعان هو الطريق الوحيد لإثبات النسب أو نفيه، وفريق مؤيد لإثبات النسب بالطرق العلمية، وهو التوجه الذي تبناه المشرع الجزائري إثر تعديل ق.أ.ج بالأمر 05-02 في المادة 2/40[1]، إلا أن من جملة ما يُؤخذ على المشرع الجزائري في هذا الصدد هو عدم تحديده لحجية الطرق العلمية في إثبات ونفي النسب، وهذا ما يدفعنا إلى بحث مسألة حجية الطرق العلمية في إثبات النسب في الفقرة الأولى ومعرفة هذه الحجية في مسألة النفي في الفقرة الثانية.

### الفقرة الأولى: مدى حجية الطرق العلمية في إثبات النسب

تتمثل وسائل إثبات النسب المتفق عليها بين العلماء في كل من: الفراش والإقرار والبينة، أما الوسائل التي اختلفوا فيها، فتتجلى في كل من القيافة التي قال بها الجمهور، والقرعة التي قال بها بعض أهل العلم وقد اعتبروا الوسائل الأولى أدلة قطعية في إثبات النسب، والثانية

---

[1] أُنظر **سامية بلجراف،** إثبات النسب نصا وتطبيقا وأثر المستجدات العلمية عليه، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 04 يناير 2012، جامعة الوادي، ص.ص.220 و221.

أدلة ظنية في إثبات النسب [1]، ومع استحداث وسيلة البصمة الوراثية ذهب العلماء المعاصرون إلى القول بجواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية[2]، وقد دفع هذا الحدث العالمي الجديد (البصمة الوراثية) كلا من "بل كلينتون" الرئيس السابق لـــ و.م.أ و"توني بلير" رئيس وزراء بريطانيا السابق للاشتراك في الإعلان عنه، ووصفه لهما بأنه من أهم الاكتشافات العلمية في التاريخ، ويُقارن باكتشاف الطاقة الذرية[3]، وقد ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أبعد من ذلك من خلال جعلهم البصمة الوراثية دليلا مقدما على الأدلة التقليدية (الفراش، الإقرار، البينة) مبررين ذلك بـــ: 1- أن دلالة البصمة الوراثية على الارتباط بين المولود ووالده يقينية، والشرع يقيني، ولا يمكن أن يعارض اليقين اليقين،2 - أن الحق كما يثبت بالبينات يثبت بالقرائن القاطعة، والبصمة الوراثية قرينة قاطعة، إلا أن هذا القول قد تم رده من قبل العديد من الفقهاء للأسباب التالية: 1- إجماع الأمة على الطرق التقليدية منذ عهد الصحابة، 2- أن البصمةالوراثية تأخذ حكم القيافة، 3- سلبيات البصمة الوراثية وتأثيرها على دقة نتائجها كتلوث العينة المشبتبه فيها وغيرها من العمليات[4].

---

[1] أُنظر **أشرف عبد الرزاق ويح،** موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، د ت ن، ص.41.

[2] **بلبشير يعقوب،** حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، السنة الجامعية 2013/2012، ص.17.

[3] أُنظر **بندر بن فهد السويلم،** البصمة الوراثية وأثرها في النسب، مجلة العدل، العدد 37، محرم 1429، وزارة العدل السعودية، ص.83.

[4] أُنظر **أم الخير بوقرة،** دور البصمة الوراثية في حماية النسب، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 07، المجلد01، مخبر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر-بسكرة، ص.82.

يظهر جليا مما سبق أن الطرق العلمية لاسيما البصمة الوراثية تساعد بشكل كبير في مجال إثبات النسب، لكن لا ترقى إلى مرتبة الطرق الشرعية أو التقليدية المتفق عليها من طرف العلماء (الفراش، الإقرار، البينة)، إذ تظل هذه الطرق مقدمة عليها مهما بلغت نسبة نجاح هذه الطرق العلمية في تحديد وإثبات النسب، إذ تظل الطرق الشرعية هي سيدة الأدلة على إثبات النسب.

أما بخصوص موقع أو منزلة الطرق العلمية خاصة البصمة الوراثية من باقي الطرق الأخرى المختلف فيها في إثبات النسب (القيافة والقرعة)، فهناك من جعل منزلتها في ثبات النسب في منزلة القيافة، وهذا ما قال به الأستاذ الدكتور حسن علي الشاذلي في الندوة الفقهية الحادية عشر بالكويت سنة 1998 بقوله "أرى أن البصمة الوراثية تلتقي مع القيافة في عدة جوانب بحسب ما نص عليه الفقهاء..." [1]، وقد وافقه في ذلك في نفس الندوة الدكتور سعد العنزي باعتبار منزلة البصمة الوراثية في منزلة القيافةفي إثبات النسب[2].

وفي مقابل هذا هناك من أعطى للبصمة الوراثية منزلة أعلى من القيافة في إثبات النسب، وهذا ما قال به الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأشقر في نفس الندوة المنعقدة في الكويت سنة 1998 بقوله "أما الجواب عن السؤال الثاني وهو منزلة هذه الوسلة (يقصد البصمة الوراثية) بين الطرق الشرعية...ولكن يجب أن تقدم على القيافة، بل القيافة طريقة بدائية بالنسبة إلى هذه الطريقة المتقنة التي يكاد يجزم بصدق نتائجها"[3].

---

[1] **سعد الدين مسعد هلالي،** البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، آفاق فقهية وقانونية جديدة، دراسة مقارنة، ط02، مكتبة وهبة، القاهرة، سنة 2010، ص.82.

[2] المرجع نفسه، ص.83.

[3] المرجع نفسه، ص.82.

وعليه وفي جميع الأحوال نستنتج بأن منزلة البصمة الوراثية في إثبات النسب ترقى إلى منزلة القيافة، وهذا هو قول الجمهور من فقهاء العصر مستدلين بعدة أدلة، "أن البصمةالوراثية ترقى إلى مستوى القيافة وتقدم عليها أدلة إثبات النسب المعروفة في الشريعة الإسلامية، فتثبت الأبوة بالفراش الذي هو العلاقة الزوجية، كما تثبت الأمومة بالولادة المشهودة أو المقر بها، كما تثبت بالإقرار والبينة، وهذه هي الأدلة الرائدة على بقيثة الأدلة الأخرى، فإذا وجدت كلها أو بعضها كانت مقدمة على البصمة الوراثية، ولا يصار إلى البصمة الوراثية إلا عند التنازع، لأن لها حكم القيافة[1].

إن المشرع الجزائري لم يحدد الطرق العلمية في إثبات النسب ولم يحصرها في المادة 40 المعدلة، إلا أن هذا لا ينفي كون هذه الطرق تخضع لعدة تصنيفات، تجمع بين الظنية والقطعية حسب ما جاء به المتخصصون في هذا المجال من البحوث العلمية والتوصيات المقدمة، بحيث تتجلى الطرق العلمية القطعية لإثبات ونفي النسب في نظام ADN (البصمة الوراثية) ونظام HLN(Polymrphe)، أما الطرق الظنية فتتمثل في نظام فحص الدم ABO ونظام ال ANS [2]، إذن السؤال المطروح هنا: أي حجية أو منزلة تتمتع بها الطرق العلمية القطعية لا سيما البصمة الوراثية في إثبات النسب مقارنة مع الطرق التقليدية في إثبات النسب؟ من استقراء نص المادة 40 من ق.أ.ج يظهر لنا تأكيد المشرع الجزائري على أمرين هامين وهما: 1- تقديم المشرع الجزائري الطرق والأدلة الشرعية في إثبات النسب على الطرق العلمية، 2- خضوع إثبات النسب بالطرق العلمية إلى السلطة التقديرية للقاضي.

---

[1] **وهبة الزحيلي،** قضايا الفقه والفكر المعاصر، ط01، دار الفكر، دمشق، سنة 2006، ص.430.

[2] أُنظر **خلف فاروق،** أحكام إثبات النسب في التشريع الجزائري ما بين الإطار القانوني والتطبيق القضائي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 04 جوان 2016، جامعة عمار ثليجي-الأغواط، ص.ص.98 و99.

إذن فلا يمكن أن تقدم الطرق العلمية بأي حال من الأحوال على الأدلة الشرعية لثبوت النسب، وذلك بإبقاء المشرع الجزائري الأدلة الشرعية لثبوت النسب كما هو منصوص عليها في المادة 1/40، وفي حال لجوء القاضي إلى البصمة الوراثية يُعتبر ذلك بمثابة دليل إحتياطي يلجأ إليه القاضي في حال النسب المجهول أو حال تعارض الأدلة، وللقاضي الحرية الكاملة في الأخذ بما ورد في تقرير البصمة الوراثية أو استبعاده متى كان حكمه قائما على أسباب معقولة، كما يجوز للقاضي قبول أو رفض طلب أحد أطراف الدعوى ندب خبير البصمة الوراثية متى كانت في الدعوى القائمة أدلة تكون قناعته في الموضوع[1].

وعليه فإن موقف المشرع الجزائري بخصوص حجية ومنزلة الطرق العلمية في إثبات النسب جاء متماشيا مع موقف جمهور الفقهاء المعاصرين، وذلك من خلال تقديم الأدلة والطرق الشرعية لثبوت النسب المعروفة في الشريعة الإسلامية، وهي الفراش والإقرار والبينة على البصمة الوراثية باعتبارها طريق من الطرق العلمية لإثبات النسب، وجعل المشرع الجزائري مسألة اللجوء إلى هذه الطرق لإثبات النسب مسألة متروكة للسلطة التقديرية للقاضي بشرط وجود أدلة تساعده في الفصل في موضوع القضية، رغم ما تحققه البصمة الوراثية من نتائج جد يقينية في هذا المجال.

إذن فالمشرع الجزائري يأخذ بالطرق الشرعية المعروفة في إثبات النسب كقاعدة عامة، إلا في حال التنازع أو إنكار نسب الولد وإنتفاء الطرق الشرعية، فحينئذ أجاز المشرع للقاضي أن يأمر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم (سواء الزوجين أو غيرهما من الأقارب)

---

[1] أُنظر **مجاهدي ابراهيم**، استخدامات البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 12، جامعة لونيسي علي-البليدة 2، ص.286.

الأخذ بالبصمة الوراثية كدليل قطعي لإثبات نسب الولد، أي أن المشرع الجزائري أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية واستعمالها عند الضرورة فقط، وحتى من الناحية العملية فإن القضاة في مسألة إثبات النسب يتحاشون ويتفادون قدر الإمكان اللجوء إلى هذه الطرق لأسباب سنذكرها لاحقا.

نخلص في الأخير أن المشرع الجزائري قد أعطى حجية لهذه الطرق العلمية في إثبات النسب، لكن هذه الحجية لا ترقى إلى حجية الطرق الشرعية أو التقليدية، أي أنها حجية نسبية يلجأ إليها القاضي في حالات معينة ووفق ضوابط وشروط محددة، ولعل خير دليل على نسبية هذه الحجية، كون مسألة اللجوء إلى هذه الطرق مسألة متروكة للسلطة التقديرية للقاضي.

**الفقرة الثانية: مدى حجية الطرق العلمية في نفي النسب**

شدد الشارع على الآباء الذين ينكرون نسب أولادهم لقوله عليه الصلاة والسلام حين نزلت آية المتلاعنين "**أيما إمرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين**"[1]، ومن ثم فأهمية النسب تكمن في أنه يحقق الهوية للأفراد ويعطي لهم الشعور بالإنتماء ويقوي الروابط الاجتماعية ويؤسس من ثم لدولة قوية[2]، وأمام الوعيد الذي تضمنه الحديث المذكور بحرمان كل إمرأة من الدخول إلى الجنة بسبب إدخالها إلى قومها من ليس منهم، وكذا الوعيد في حق كل رجل أنكر نسب ابنه إليه، وامتثالا لأمر الله عز وجل بخصوص نفي النسب (آية الملاعنة)، جاءت معظم التشريعات الوضعية العربية متفقة حول

---

[1] **رواه أبو داود،** سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء، حديث رقم2263، ج02، ص.145.

[2] أُنظر **بوسطلة شهرزاد،** ثبوت النسب بين القواعد الشرعية والبصمة الوراثية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد01 جانفي 2009، جامعة قاصدي مرباح–ورقلة، ص.208.

طرق نفي النسب، وذلك بإقرار طريق واحد لنفي النسب ألا وهو اللعان، إلا أنه نتيجة التطور العلمي البيولوجي في تحديد هوية الأشخاص ، هناك من اعتمد على الطرق العلمية لاسيما البصمة الوراثية إلى جانب اللعان في نفي النسب على أساس أن "البصمة الوراثية تقوم بوظيفتين لا ثالث لهما: الوظيفة الأولى هي إثبات النسب، الوظيفة الثانية هي نفي النسب"[1].

لقد تعددت مجالات استخدام البصمة الوراثية في الدول المتقدمة في الوقت الحاضر، ففي و.م.أ وأوربا واليابان صارت البصمة الوراثية تستخدم في عدة مجالات والتي منها مجال نفي النسب[2]، وحتى في بعض الدول العربية أصبحت البصمة الوراثية طريق من طرق نفي النسب إلى جانب اللعان، بل هناك من استغنى عن اللعان بسببها.فقد ذهب أحد العلماء المعاصرينإلى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية والإكتفاء بها عن اللعان، إذا دلت نتائجها على انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه، معللا ذلك بأن الزوج إنما يلجأ إلى اللعان لنفي النسب عند فقد من يشهد له بما رمى به زوجته من أن الحمل ليس منه، وحيث أن الفحص من خلال البصمة الوراثية قد يدل على صحة قول الزوج، فإنها تكون بمثابة الشهود التي تدل على صدق الزوج فيما يدعيه على زوجته[3]، وهذا بطبيعة الحال قول مردود على صاحبه تبعا للأدلة التي استدل بها العلماء على بطلانه والتي من ظاهرها معارضة حكم شرعي قطعي منصوص عليه في القرظين الكريم والسنة النبوية (آية وأحاديث اللعان).كما أنه ذهب الجمهور من العلماء المعاصرين إلى أنه لا يجوز الإكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان في نفي الولد، لأن الولد

---

[1] **يوسفات علي هاشم،** مدى استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 02 جوان 2012، معهد الحقوق، جامعة تمنراست، ص.52.

[2] أُنظر **الهادي الحسين شبيلي،** استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب (نظرة شرعية)، مجلة المعيار، العدد 05، المجلد 03، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية–قسنطينة، ص.95.

[3] **أشرف عبد الرزاق ويح،** المرجع السابق، ص.149.

منسوب بالفراش إلى أن يُلاعن مستدلين على قولهم بمايلي: 1- أن اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، وله صفة تعبدية في إقامته فلا يجوز إلغاءه، 2- أن الشارع الحكيم تشدد في نفي النسب بعد ثبوته، وجعل الطريق الوحيد للنفي هو اللعان حتى يحمي الزوجة من اتهام زوجها لها بالباطل[1].

وعليه فإنه يظهر لنا من قول جمهور العلماء المعاصرين بأن الطرق العلمية (البصمة الوراثية) ليست لها حجية في نفي النسب، وأن الطريق الوحيد لنفي النسب هو اللعان، وذلك بتحقق شروطه. إذ أن الزوج إذا نفى نسب الولد إليه فلا ينتفي إلا بشرطين وهما: 1- أن يسارع في نفيه بأن ينفيه ساعة ولادته أو في وقت شراء أدواتها أو في أيام التهنئة المعتادة، لأنه إن سكت عن نفيه في هذه الأوقات أُعتبر سكوته إقرارا بنسبه فلا يقبل منه نفيه بعد ذلك، 2- أن يلاعن زوجته لأنه ينفي نسب ولدها منه يرميها بأنها زانية وهي ترميه بأنه قاذفها، فلابد من شهادات منهما مقرونات بالأيمان تدرأ حد الزنا عنها وحد القذف عنه بأن يشهد الزوج أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وتشهد الزوجة أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين[2]، كما أن هناك من يضيف شرط أخر لصحة نفي النسب وهو أن لا يسبق النفي باعتراف صريح أو ضمني بنسب الولد إليه، فإن اعترف به ثم

---

[1] **أشرف عبد الرزاق ويح،** المرجع السابق، ص.ص.151 و153.

[2] أُنظر **عبد الوهاب خلاف،** أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط02، دار القلم، الكويت، سنة 1990، ص.178.

نفاه فلا يصح النفي ويثبت النسب، ومن الاعتراف الضمني قبول التهنئة به، وتوزيع الحلوى بعد الولادة[1].

بتوافر شروط نفي النسب أو اللعان، يتحقق نفي النسب باللعان ويجب الاستغناء عن البصمة الوراثية، فوفقا للقاعدة الفقهية "إذا حضر الماء بطل التيمم"، فإن كانت شروط اللعان ممكنة التحقق، فلا داعي للجوء إلى البصمة الوراثية رغم ما تقدمه من نتائج قطعية لاتقبل الظن أو الشك في نفي النسب.

رغم الإجماع شبه المؤكد بين التشريعات الوضعية العربية بانتهاجها ما ذهب إليه جمهور العلماء المعاصرين بخصوص حجية الطرق العلمية (البصمة الوراثية) في نفي النسب، إلا أن هناك بعض التشريعات أدرجت ضمن قوانينها إمكانية نفي النسب بالطرق العلمية على غرار مدونة الأسرة المغربية، حيث نصت المادة 153 من المدونة " **يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية.**

**يعتبر الفراش بشروطهحجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين: 1- إدلاء الزوج بدلائل قوية على إدعائه، 2- صدور حكم قضائي بهذه الخبرة"**.فهكذا حسب مقتضيات هذه المادة، فإن اللجوء إلى الخبرة الطبية لنفي النسب لا يتم إلا بشرطين: إدلاء، صدور أمر قضائي بهذه الخبرة[2]، إذن المشرع المغربي أجاز نفي النسب بالخبرة الطبية لكن وضع قيودا للتضييق من نطاقهان وفي مقدمة هذه

---

[1] أُنظر **محمود علي السرطاوي،** شرح قانون الأحوال الشخصية، ط03، دار الفكر، عمان-الأردن، سنة 2010، ص.351.

[2] أُنظر **محمد العربي لعبيدي،** إشكالية إثبات النسب ونفيه في التشريع الأسري المغربي على ضوء العمل القضائي، المعهد العالي للقضاء، وزارة العدل، المملكة المغربية، فترة التدريب 2011/2009، ص.54.

القيود وجوب تدخل المحكمة بحكم قضائي في الموضوع، أي أن المشرع المغربي أقر حجية للطرق العلمية في نفي النسب لكن هي حجية نسبية، إذ تبقى متوقفة على توفر الشرطين المذكورين في المادة المذكورة أعلاه.

أما بخصوص المشرع الجزائري، فإنه لا يجوز استخدام البصمة الوراثية لغرض التأكد من الأنساب الثابتة بالطرق الشرعية طبق لنص المادة 1/40 من ق.أ.ج، لما قد يترتب عليه من سوء العشرة الزوجية وتفكك أواصر العلاقات الأسرية والاجتماعية، وغير ذلك من المفاسد ذلك أن النسب إذا ثبت ثبوتا شرعيا، فإنه لا يجوز إلغاءه أو إبطاله إلا عن طريق واحد وهو اللعان[1]، فالبصمة الوراثية (الطرق العلمية) ليس لها أي دور في نفي النسب وهذا ما يُؤكده أيضا نص المادة 41 من ق.أج بنصه "**ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة**"، فيتضح من نص المادة أن الطريق الشرعي والقانوني لنفي النسب الثابت هو اللعان.

إن نصوص الشرع والإجماع تكاد تشل حركة البصمة الوراثية، إذ لا اجتهاد مع النص، فاللعان والفراش أمران تعبديان توقفيان، إذ لا يجوز للقاضي إلغاؤهما أو إحلال غيرهما محلهما، أو قياس أي وسيلة حديثة عليهما مهما بلغت من الدقة واليقين في نظر أهل الاختصاص[2]، وقد جاءت التطبيقات القضائية الجزائرية تؤكد هذا بالتزامها في قضايا نفي النسب بنفيه عن طريق العان فقط تماشيا مع أحكام الشرع والقانون، هذا الأخير(التزام القضاة بأحكام الشرع والقانون)

---

[1] أُنظر **بن صغير مراد،** حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب–دراسة تحليلية مقارنة لمدى إنسجام تعيلات قانون الأحوال الشخصية الجزائري الحديثة مع الفقه الإسلامي، دفاتر السياسة والقانون، العدد09 جوان 2013، جامعة قاصدي مرباح –ورقلة، ص.267.

[2] أُنظر **محمد حجاري،** نظام الإثبات في أحكام الأسرة–دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المصري والجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، سنة 2007، ص.560.

يعتبر العامل الأساسي لعزوف القضاة عن استخدام الطرق العلمية (البصمة الوراثية) في نفي النسب. إضافة إلى أن إجراء تحاليل البصمة الوراثية كسائر الخبرات الطبية لا يشاهدها القاضي ولا يعلم المشرف عليها، وهذا ما يؤدي إلى انعدام صفة التأثير في نفسيته فضلا عن أن الأمر لا يعدو مجرد ورقة مطبوعة آليا تحمل رموزا ومصطلحات علمية[1]، إضافة إلى عوامل أخرى كإمكانية وقوع خطأ في نقل العينات...إلخ، فكل هذه العوامل جعلت من البصمة الوراثية (الطرق العلمية) لا ترقى لمرتبة القطع واليقين في نفي النسب مع تشدد الشرع والقانون في هذه المسألة مقارنة مع تساهله في مسألة الإثبات.

## الفرع الثاني

## دور القاضي في حماية النسب بواسطة البصمة الوراثية

من بين النتائج التي خلصنا بها في الفرع السابق، أن للبصمة الوراثية حجية نسبية في مجال إثبات النسب، يلجأ إليها القاضي في حالات معينة ووفق ضوابط وشروط محددة، وبأنه رغم اعتبارها من الطرق العلمية القطعية لإثبات النسب، فإنها لا ترقى إلى مرتبة الطرق الشرعية المتفق عليها بين العلماء في إثبات النسب، إلا أن كل هذا لا يعني الاستغناء عنها تماما لأن هناك حالات يتعذر إثبات النسب فيها بالطرق الشرعية، مما يوجب على القاضي اللجوء إلى إثباته بغيرها كالبصمة الوراثية، وهذا من أجل حماية النسب وبالتالي حماية الأسرة ككل، التي تعتبر الخلية الأساسية في المجتمع، إلا أن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا السياق يتمحور حول كيفية حماية القاضي للنسب بواسطة البصمة الوراثية؟

---

[1] أُنظر **خليفة علي الكعبي،** البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2003، ص.94.

لتحديد معالم هذه الحماية المضمونة من طرف القضاء يجب البحث عن الحالات التي يلجأ فيها القاضي لإثبات النسب بالبصمة الوراثية حماية للنسب، وهذا ما سنتطرق إليه في الفقرة الأولى، وكذا بحث مسألة استخدام القاضي الصمة الوراثية في هذه الحالات تجسيدا لحماية النسب، وهذا ما سنبحثه في الفقرة الثانية.

## الفقرة الأولى: حالات لجوء القاضي لإثبات النسب بالبصمة الوراثية

يرى المختصون في المجال الطبي وخبراء البصمات أنه يمكن استخدام البصمات الوراثية في مجالات كثيرة، ترجع في مجملها إلى مجالين رئيسيين هما: **المجال الجنائي** ويدخل ضمنه الكشف عن هوية المجرمين في جرائم القتل والاختطاف وغيرها من الجرائم، و**مجال النسب** وذلك في حالة الحاجة إلى إثبات البنوة أو الأبوة لشخص أو نفيه عنه، وفي حالة اتهام المرأة بالحمل من وطء شبهة أو زنا[1].

بالرجوع إلى المشرع الجزائري في ق.أ.ج نجد أنه من المؤاخذات التي تُؤخذ على المشرع الجزائري في نص المادة 2/40 من ق.أ.ج السالف الذكر، هو عدم تحديده متى يلجأ القاضي إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب؟ أي ما هي حالات إثبات النسب بالبصمة الوراثية؟

لقد أصاب المشرع الجزائري عندما أجاز للقاضي إمكانية اللجوء إلى تحليل DNA لإثبات النسب لأنها قرينة قوية يأخذ بها الفقهاء في مجال إثبات النسب، ويمكن الاعتماد عليها في تحديد هوية الأطفال في حال ضياعيهم واختلاطهم في المستشفيات أو مراكز رعاية الطفولة،

---

[1] أُنظر **عمر بن محمد السبيل،** البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، بحث متاح على الرابط:
Kotobdroit.blogspot.com/2017/10/pdf_7html

كما تمكن من التعرف الجثث المشوهة بسبب الحوادث والحروب والكوارث[1]، ففي مثل هذه الحالات لابد على القاضي أن يلجأ إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب وتحديد هوية الأشخاص المجهولي النسب، خاصة إذا كانت دعاوى هذه الحالات تتعلق بإثبات النسب.

هناك عدد من الحالات والمسائل المتفق على إثبات النسب فيها بالبصمة الوراثية، والتي يمكن عرضها في النقاط التالية:- حالة ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الحروب أو الكوارث، وكذا حالة الاشتباه في اختلاط المواليد بالمستشفيات ومراكز رعاية الأطفال نتيجة لفعل متعمد من بعض القابلات أو نتيجة لإهمال منهن أو حصول حالة طوارئ بالمستشفى، وكذا حالة الاشتباه في أطفال الأنابيب داخل مراكز التلقيح الاصطناعي[2]، فهنا على القاضي وحماية لحقوق هؤلاء الأطفال والمواليد في معرفة أسرهم وحماية لحقوق الآباء والأمهات في معرفة أولادهم، يجب عليه أن يلجأ إلى البصمة الوراثية لتحديد نسب كل واحد منهم وإلحاقه بأهله، وبالتالي تفادي اختلاط الأنساب، وعليه فاستعانة القاضي بالبصمة الوراثية يُجسد الحماية القضائية للأسرة.

- في حالة إلحاق شخص طفل لقيط أو ضائع لنفسه، ثم يظهر أهله ومعهم الأدلة على نسبه إليهم، ويصر الشخص الذي ألحقه به على نسبه إليه، فهنا يتم اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات نسب الطفل إلى والده

---

[1] أُنظر **العربي هشماوي وأحسن زقور**، حقيقة البصمة الوراثية ومجالات العمل بها، مجلة الدراسات الحقوقية ، العدد01، المجلد 04، جامعة طاهر مولاي-سعيدة، ص.137.

[2] أُنظر **بوقندول سعيدة**، دور البصمة الوراثية في مجال الإثبات في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 08ج02 جوان 2017، جامعة عباس لغرور-خنشلة، ص.ص.1063 و1064.

الحقيقي[1]، ونفس الحكم بالنسبة لمجهول النسب، أما حكم نسبة الولد غير الشرعي لأبيه فالمشرع الجزائري تبنى موقف جمهور الفقهاء الرافض لنسب ابن الزنا لأبيه، فلم يضمن المشرع الجزائري أي حماية لهذه الفئة، كما رفض القضاء الجزائري في العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا إثبات نسب المولود خارج رابطة الزواج بواسطة الخبرة الطبية (الطرق العلمية) كالقرار الصادر في 2006/03/05[2].

هناك تشريعات قد اعترفت بنسب ابن الزنا لأبيه بواسطة البصمة الوراثية، وذلك في نطاق توفر جملة من الشروط والضوابط. من هذه التشريعات المشرع التونسي وقضاءه إذ أن هذا الأخير تأرجح موقفه بين الرفض والإثبات لنسب المولود خارج رابطة الزواج، ويتضح ذلك من خلال تليين موقفه في هذه المسألة بعد سن المشرع التونسي القانون عدد 75 لسنة 1998 المعدل والمتمم[3]، كما كرس القضاء التونسي هذه المسألة في قرارات، والتي من ضمنها الحكم الصادر عن المحكمة الإبتدائية بصفاقس المؤرخ في 1999/06/25 بأن رفض الوالد المزعوم للطفل إجراء التحليل الجيني يعتبر إقرارا حكميا بالأبوة، وكذا حكم ابتدائي لمحكمة صفاقس

---

(1) أُنظر **مجاهدي ابراهيم**، المرجع السابق، ص.278.

(2) أُنظر **عيادة الحسين وبن شويخ الرشيد**، نسب ابن الزنا بين النفي والإثبات، رؤية فقهية قانونية مدعمة بالاجتهاد القضائي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد05 ديسمبر 2017، مخبر بحث القانون الخاص المقارن، جامعة حسيبة بن بوعلي–الشلف، ص.ص.163 و166.

(3) **القانون عدد 75 لسنة 1998** المؤرخ في 1998/10/28 المعدل والمتمم بالقانون **عدد 51 لسنة 2003** المؤرخ في 2003/07/07 المتعلق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. السنة 146، العدد 54 بتاريخ 2003/07/08.

مؤرخ في 1999/06/11، هذا الحكم الذي يظهر الإعتراف بثبوت نسب الطفل المولود خارج رابطة الزواج، بواسطة شهادة الشهود والتحليل الجيني[1].

من خلال ما سبق بخصوص مسألة نسبة ابن الزنا لأبيه، فإننا نرى ضرورة إلحاق حكمه في ثبوت نسبه لأبيه بحكم مجهول النسب واللقيط، من خلال وضع نظام قانوني حمائي خاص بهذه الفئة المحرومة من عدة حقوق وعلى رأسها، حق هذ الطفل غير الشرعي في معرفة نسبه لأنه حق لا يُقارن بأية حقوق أخرى، ويعتبر أغلى حق لاسيما مع إمكانية إثبات هذا الحق بواسطة البصمة الوراثية عند إنعدام الطرق الشرعية لإثبات النسب، فيمكن إدراج حق الولد غير الشرعي في نسبته إلى أبيه الزاني ضمن الحالات التي يلجأ فيها القاضي لإثبات النسب بالبصمة الوراثية، وبالتالي تُجسد حماية القاضي لنسب هذه الفئة بواسطة البصمة الوراثية. فلذلك نرى أن من مسؤوليات أولي الأمر أن يبحثوا في أنساب أبناء الزنا بالطرق المختلفة بشرط كونها جازمة ثم إلحاقهم بآبائهم، وخاصة مع توفر الوسائل العلمية الحديثة التي تؤكد ذلك، رعاية لمقصد الشرع من حفظ الأنساب وإلحاقها بأصحابها[2].

– حالة التحقق من مدعي الانتساب إلى شخص آخر لا يقره ولا ينكره، مثال فقدان الأطفال أو ضياع لأي سبب من الأسباب، فيعجز ذووه من إيجاده، وقد يظهر الشخص بعد سنوات وتغيرت

---

[1] أُنظر **عيادة الحسين وبن شويخ الرشيد،** المرجع السابق، ص.168.

[2] **نور الدين بولحية،** حكم استعمال البصمة الوراثية لإثبات نسب (ابن الزنا)–برؤية مقاصدية، مجلة الإحياء، العدد 15، جامعة باتنة1 الحاج لخضر، ص.403.

ملامحه وشكله بالكلية فيدعي نسبته إلى عائلة ما، أو يكون المدعون كثرا ولا بينة لهم فيشتبه الأمر، فتكون البصمة الوراثية هي الوسيلة المناسبة للتحقق من النسب[1].

-حالة الولادة من فراشين، صورتها عندما توطأ المرأة في طهر جامعها فيه زوجها من قبل من تظنه زوجها ويظنها زوجته، وهو أحد أنواع الوطء بشبهة، ففي هذه الحال لا يمكن إلحاق الولد بصاحب الفراش مع وجود الفراش، وذلك بسبب وجود الوطء بشبهة، لأن الحمل الحاصل يحتمل أن يكون من الواطء الأجنبي، كما يمكن أن يكون من الزوج نفسه[2]، ففي هذه الحال لابد على القاضي لحماية النسب اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب وإلحاق الولد بأبيه الحقيقي.

- حالة استعمال البصمة الوراثية للإثبات والنفي في حالات إدعاء القرابة بغرض الإرث بعد وفاة شخص المورث[3].

نخلص في آخر هذه الفقرة بأن القاضي وحتى يتسنى له تحقيق الحماية اللازمة للنسب في ظل غياب الطرق الشرعية لإثبات النسب أو تعارضها، لابد عليه من اللجوء إلى البصمة الوراثية لاسيما في الحالات التي ذكرناها، ولابد على المشرع الجزائري أن يوسع من هذه الحماية لتشمل حتى نسب ابن الزنا، هذا الأخير الذي لا ذنب له فيما اقترفه أبواه بفعل فاحشة الزنا. فقد كشفت الدراسات الكثيرة والمختلفة التي درست الأوضاع النفسية والاجتماعية للأطفال مجهولي النسب والذي قد يكون من بينهم ابن الزنا، مجموعة من المشكلات النفسية والاجتماعية

---

[1] **عبد الهادي الحسين الشبيلي،** استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب (نظرة شرعية)، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، عدد 35 مارس 2003، ص.390.

[2] **يوسفات علي هاشم،** مدى استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب، المرجع السابق، ص.54.

[3] **شامي أحمد،** السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص.378.

التي تواجهها هذه الفئة نذكر منها: – عدم وضوح الهوية الشخصية، وهذا ما يؤدي إلى إدخاله في دوامة من الحيرة والقلق تنتهي في الغالب إلى حالة عدم الاستقرار وعدم التكيف.

– الشعور بالحقد والكراهية على من حولهم والرغبة في الانتقام.

– الشعور بعدم التقبل الاجتماعي وبعدم الإنتماء والعزلة والفشل في بناء علاقات اجتماعية[1].

كما نؤاخذ المشرع الجزائري على منحه اللقب العائلي لمجهول النسب بموجب عقد الكفالة طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 24–92 المؤرخ في 1992/01/18 المعدل والمتمم والمتعلق بتغيير اللقب[2]، ورفضه منح اللقب العائلي للزاني لإبنه الناتج من الزنا والمولود من صلبه، فالأولى منح هذا اللقب إلى الطفل المولود من صلب أبيه بغض النظر عن شرعية العلاقة خاصة مع توفر وتطور الوسائل العلمية الحديثة التي تؤكد ذلك على غرار البصمة الوراثية، التي قد جزم خبراءها بدقة نتائجها في إثبات النسب، وبالتالي فإن المشرع الجزائري لم يوفر أية حماية قانونية وقضائية لهذه الفئة.

## الفقرة الثانية: استخدام القاضي للبصمة الوراثية كدليل في إثبات النسب

لابد من الإشارة أولا أن القضاء في الجزائر وقبل تعديل ق.أ.ج في سنة 2005 لم يكن يعتمد على الطرق العلمية كدليل لإثبات النسب وإنما ظل متمسكا بالطرق الشرعية والقانونية المتمثلة في: الفراش، الإقرار، البينة، وذلك نتيجة عدم اعتماد المشرع الجزائري على هذه

---

[1] أُنظر**سمير أبيش**، المشكلات النفسية والاجتماعية للطفل مجهول النسب وانعكاساتها على حياته المدرسية (دراسة لحالة تلميذ مجهول النسب)، مجلة تطوير العلوم الاجتماعية، العدد01، المجلد10 سنة 2017، مخبر استراتيجيات الوقاية ومكافحة المخدرات–جامعة الجلفة، ص.11.

[2] **المرسوم التنفيذي رقم 24–92** المؤرخ في 1992/01/18 المعدل والمتمم للمرسوم 71–157 المؤرخ في 1971/06/03 المتعلق بتغيير اللقب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 05، بتاريخ 1992/01/22.

الطرق العلمية كدليل لإثبات النسب قبل تعديل ق.أ.ج في سنة 2005، وقد كرس القضاء الجزائري موقفه هذا في العديد من القرارات والأحكام الصادرة عن أجهزته أو هيئاته القضائية، والتي من بينها قرار المحكمة العليا الصادر في 1999/06/15 حيث جاء فيه "...من المقرر أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون"[1]، وقد صدرت أيضا قرارات قضائية قبل تعديل ق.أ.ج ترفض صراحة استخدام البصمة الوراثية كدليل في إثبات النسب، والتي من بينها قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه "يمكن طبقا للمادة 40 من ق.أ.ج إثبات عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من ق.أ.ج) وبين إلحاق النسب في العلاقة غير الشرعية"[2]، إن هذا القرار الأخير تطرق لوقائع حدثت قبل تعديل 27 فيفري 2005 وصدر بعد صدور التعديل الذي تبنى الطرق العلمية لإثبات النسب، مما جعل من قضاة المحكمة العليا محاولتهم التوفيق بين وقائع حدثت أثناء سريان القانون القديم، والبث فيها في خضم صدور القانون الجديد، حيث قبل القضاة اللجوء إلى الطرق العلمية(ADN) كصورة من صور البينة طبقا لنص المادة 40 من ق.أ.ج قبل التعديل وليس تطبيقا لنص المادة 40 من ق.أ.ج المعدلة[3].

---

(1) أُنظر **قرار المحكمة العليا**، غ.أ.ش، القرار بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 222674، م.ق، عدد 01، سنة 1999، ص.126.

(2) أُنظر **قرار المحكمة العليا**، غ.أ.ش، القرار بتاريخ 2006/03/05، ملف رقم 355180، م.ق، عدد 01، سنة 2006، ص.469.

(3) أُنظر **باديس ذيابي**، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، إقرار، بينة، تلقيح اصطناعي، البصمة الوراثية (ADN)، نظام تحليل الدم(ABO)، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، د ط، دار الهدى، عين مليلة–الجزائر، سنة 2010، ص.101.

بعد تعديل المشرع الجزائري لقانون الأسرة سنة2005 وإجازة المشرع للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، والطرق العلمية تتضمن الخبرات الطبية والتي تشتمل سواء على تحليل الدم أو نظام البصمة الوراثية، فمن هنا بدأ القضاء يعتمد على الوراثة كدليل قطعي الدلالة لإثبات النسب عند غياب الطرق الشرعية لإثبات النسب، خاصة في الحالات التي تطرقنا إليها في الفقرة السابقة، وبهذا دعم المشرع الجزائري معالم الحماية القضائية للنسب، هذه الأخيرة التي تعد مظهرا من مظاهر حماية القاضي للأسرة من خلال حماية النسب، إلا أنه من الناحية العملية نجد أن القضاة ينأون عن تجسيد هذه الحماية، ويحاولون قدر المستطاع تفادي اللجوء إلى البصمة الوراثية كدليل في إثبات النسب، وهذا راجع للأسباب التالية: [1]

– كون طبيعة اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب مسألة جوازية، إذ قد يلجأ القاضي إليها كما يمكنه أن لا يلجأ إليها تبعا لما تفرضه ملابسات القضية، لاسيما عند توفر أدلة أخرى يستطيع القاضي بواسطتها إثبات النسب.

– إرتفاع تكاليف إجراء خبرة التحاليل البيولوجية التي قد تصل إلى مبلغ: 200 000,00دج وهذا ما يشكل نفقات إضافية على الدولة.

– استغراق وقت طويل لظهور نتائج تحاليل البصمة الوراثية، وهذا ما ينتج عنه تراكم قضايا النسب في المحاكم مما يؤدي إلى التأخر في الفصل في هذه القضايا.

من هنا فإننا نرى عزوف وإحجام القضاة من الناحية العملية اللجوء إلى البصمة الوراثية كدليل في إثبات النسب له ما يبرره، ولا يعد تضييق من نطاق حماية القضاء للنسب بواسطة

---

[1] اكتشفت هذه الأسباب من خلال سلسلة المقابلات التي كنت أُجريها مع قضاة شؤون الأسرة بالولاية التي أقطن بها.

البصمة الوراثية، لأن القاضي عندما يتفادى اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب، فإنه حتما له بديل أو طريقة أخرى يتوصل بها لإثبات النسب، وعليه قيبقى دائما القضاء يراعي مصلحة الأسرة في حماية حقوق أفرادها لاسيما الأطراف الضعيفة في الأسرة وهم الأطفال.

تجدر الإشارة أنه لا يمكن للقاضي تجسيد حماية النسب وبالتالي حماية الأسرة، بالاعتماد على البصمة الوراثية كدليل في إثبات النسب إلا بتوافر مجموعة من الشروط نص عليها المشرع الجزائري في ق.أ.ج في المواد 41 و42 و43 نذكرها فيمايلي:

1- يجوز للقاضي الاعتماد على البصمة الوراثية كدليل في إثبات النسب بشرط أن يكون الزواج شرعي، أي ثبوت الفراش (المادة 41 من ق.أ.ج). والفراش بصفة عامة سواء كان قائما على أساس زواج صحيح أو ما يلحق به من زواج فاسد إذا تم الدخول أو كان وطء شبهة[1]، وهذا الشرط ينبغي إعادة النظر فيه وهذا من أجل كفالة حق الطفل غير الشرعي في الانتساب لأبيه كما بينا سابقا من خلال توسيع الحماية القانونية والقضائية لهذه الفئة.

2- إمكانية الاتصال بين الزوجين، فقد أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور الذي يتفق مع المنطق والمعقول وأحكام الشرع وأقر أن الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال، وإلا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق، وعليه إذا تم الزواج بين زوجين غائبين بالوكالة مثلا فإن هذا العقد يكون سببا لثبوت النسب ضمن الفترة المقررة شرعا وقانونا إذا أمكن الاتصال بين الزوجين، أما إذا استحال بأن كانا بعيدين فإن نسب الولد لا يلحق

---

[1] **مصطفى مناصرية،** مبدأ الاحتياط في ثبوت النسب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد01 سنة 2011، جامعة سعد دحلب-البليدة، ص.187.

بأبيه[1](المادة 41 من ق.أ.ج)، فإذا ثبت عدم التلاقي فلا مجال للحديث عن إجراء التحاليل البيولوجية لإثبات النسب.

3- أن لا ينفه بالطرق المشروعة (المادة 41 من ق.أ.ج)، والمقصود هنا اللعان ومن ثم فإن الولد لا ينتفي نسبه عن الزوج إلا بحكم القاضي[2]، إذ لا يمكن إثبات النسب بالبصمة الوراثية تم نفيه باللعان.

4- ولادة الولد بين أقل مدة الحمل وهي ستة (06) أشهر (المادة 42 من ق.أ.ج) وأقصاها هي عشرة (10) أشهر (المادة 43 من ق.أ.ج)، وقد استقر قضاء المحكمة العليا على هذه المدة سواء في أقلها أو في أقصاها[3].

إن إعمال القاضي لنشاطه الذهني في التحقق من مدى توفر هذه الشروط، يندرج ضمن مظاهر حماية القاضي للنسب بواسطة البصمة الوراثية، هذه الأخيرة في ظل تحقق هذه الشروط تساعد القاضي في إثبات النسب عند التنازع عليه، بحيث يمكن للقاضي تدعيم حكمه القاضي بإثبات النسب بواسطة هذه الوسيلة، إلا أن هذه الوسيلة تعد هنا دليل إثبات لكن ذا حجية نسبية على خلاف الحالات التي تطرقنا إليها سابقا أين تعتبر هذه الوسيلة ذات حجية قاطعة.

في كل الأحوال فإن اعتماد القاضي على البصمة الوراثية كدليل في إثبات النسب بغض النظر عن قوتها الثبوتية (حجية قاطعة أو نسبية)، فإنها تساعد القاضي في المساهمة في حماية النسب، خاصة في حالات انتفاء الطرق الشرعية لثبوت النسب أو تعارضها، وعليه فإن لجوء القاضي للبصمة الوراثية من شأنه توسيع دائرة أدلة ثبوت النسب، وبالتالي توفير الحماية

---

[1] أُنظر **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص.192.

[2] المرجع نفسه، ص.194.

[3] أُنظر **سامية بلجراف**، المرجع السابق، ص.199.

للأنساب وصيانة أعراض الناس، غير أنه وأمام الفراغ القانوني لتنظيم العمل بالبصمة الوراثية، فإن مسألة الحماية تبقى نسبية وبهذا الصدد وتدعيما للحماية نقترح إدراج الآليات والضوابط التي نص عليها قرار المجمع الفقهي رقم 07 في دورته 16 المنعقدة بمكة المكرمة بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها في المدة من 05 إلى 2002/01/10.

## الفرع الثالث

## عوائق حماية القاضي للنسب بالبصمة الوراثية

لقد خلصنا في الفرع السابق أن للبصمة الوراثية دورا هاما في حماية النسب وإن كان هذا الدور لا يظهر ولا يتحقق إلا في ظل احترام مجموعة من الشروط والضوابط منها ما هو منصوص عليه في ق.أ.ج، ومنها ما اعتمده المجمع الفقهي رقم 07 في دورته 16 بمكة المكرمة، وهي في جميع الأحوال يستعين بها القاضي لحماية النسب سواء مع وجود الطرق الأخرى لثبوت النسب أو انعدامها، غير أن تعامل القاضي مع البصمة الوراثية كدليل في إثبات النسب ليس على إطلاقه، ذلك أن هناك العديد من المعوقات التي تعترض القاضي في الاعتماد عليها كدليل في إثبات النسب، هذه المعوقات منها ما هي معوقات قانون وشرعية ومنها ما هي معوقات مادية، إذ باتت هذه المعوقات تتخذ كذريعة في يد الخصم للحيلولة دون إخضاعه للفحص الجيني أي فحص ADN.

إذن فإن استخدام القاضي للبصمة الوراثية لحماية النسب، لايحول دون وجود عقبات وعوائق قد تؤدي إلى عدم تكريسها على أرض الواقع، وعليه ففيما تتمثل العوائق التي تعترض القاضي في حماية النسب بواسطة البصمة الوراثية؟ للإجابة على هذه الإشكالية نتطرق إلى

دراسة المعوقات القانونية والشرعية في الفقرة الأولى، ثم نتطرق إلى دراسة المعوقات المادية في الفقرة الثانية.

## الفقرة الأولى: المعوقات القانونية والشرعية لحماية النسب

رغم المكانة التي وصل إليها الدليل العلمي ADN في مسائل الإثبات الجنائية منها والمدنية والعلمية وغيرها، في شتى التوجهات الطبية منها الفهية والقانونية، إلا أن استخدامه يصطدم ببعض المعوقات خاصة عندما تصطدم البصمة الوراثية ببعض المبادئ والحقوق المكرسة وطنيا ودوليا، التي يتخذها الخصم كعقبات للإفلات من الخضوع إلى الفحص الجيني (ADN)، ومن هاته المبادئ: مبدأعدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه، ومبدأ الحق في السلامة الجسدية، ومبدأ حرية الحياة الخاصة ومبدأ قرينة البراءة[1].

تندرج هذه العقبات المذكورة ضمن المعوقات القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية، أما بخصوص المعوقات الشرعية فتتجلى في معوق واحد ألا وهو اللعان. فبعد ظهور البصمةالوراثية إلى الوجود أُثيرت إشكالية مدى حجية البصمة الوراثية باعتبارها قرينة قطعية في نفي النسب، فأصبحت البصمة الوراثية تواجه عائقا كبيرا، أسست عليه الشريعة الإسلامية أغلب أحكام النسب وهو اللعان الثابت بالنصوص الشرعية، باعتباره السبيل الوحيد لنفي النسب

---

[1] أُنظر **صفاء هاجر خالدي وولد خسال سليمان،** معوقات العمل بالبصمة الوراثية مدى تطبيقها في مادة النسب، مجلة الدراسات القانونية، العدد 02، المجلد 03، مخبر السيادة والعولمة، جامعة يحي فارس–المدية، ص.03.

في الشريعة الإسلامية[1]، فلم يستطع القضاء تجسيد مسألة حماية النسب بواسطة البصمة الوراثية تجسيدا عمليا وبصفة واضحة ودقيقة بسبب هذه المعوقات والتي تتمثل فيمايلي:

**أولا: المعوقات القانونية لحماية النسب**

**أ/-مبدأ عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه**

المبدأ العام الذي كرسته أغلب الدول في قوانينها هو عدم إجبار شخص على تقديم أي دليل ضد نفسه، مهما كان هذ الدليل قاطعا في الدعوى وذلك على أساس تصور معين للخصومة، وهو أنها معركة يدافع فيها كل خصم عن مصالحه دون أن ينتظر معاونة من الآخر بتقديم ما يكون تحتهمن أدلة تفيده في إدعاءاته، فالطرف الواقع عليه عبء الإثبات يخسر الدعوى إذا ما عجز عن تقديم الدليل الذي يؤيد ادعاءه، في حين يكسبها الطرف الآخر ذو الموقف السلبي، حتى ولم كانت الشكوك تحيط بسلامة موقفه[2].

إن تطبيق هذا المبدأ على إطلاقه له أثر بالغ في مجال إثبات النسب بالصمة الوراثية، حيث أن تطبيق هذا المبدأ يساهم في التضييق على الحماية القانونية التي قررها المشرع الجزائري على النسب بواسطة القضاء والمقررة في المادة 2/40 من ق.أ.ج باعتبار أن موضوع إثبات النسب، يعد من المواضيع الهامة ذات التأثير الكبير على الأسرة ومن ثم على المجتمع ككل، فعدم إجبار القاضي للأفراد على إجراء تحاليل البصمة الوراثية لإثبات النسب من شأنه أنه قد يؤدي إلى اختلاط الأنساب، وبالتالي فإن هذه الحريةتقع عائقا وعقبة أمام القاضي في

---

[1] أُنظر **زقاوي حميد،** عقبات إثبات ونفي النسب بالبصمة الوراثية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد03 ديسمبر 2016، مخبر القانون الخاص المقارن، جامعة حسيبة بن بوعلي-الشلف، ص.101.

[2] **حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد،** البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، ط02، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2011، ص.861.

حمايته للنسب وذلك من خلال إلحاقه لبعض الأنساب لغير أهلها، وعليه وتفاديا للآثار السلبية التي قد تنجم عن إطلاق تطبيق هذا المبدأ لاسيما في مجال إثبات النسب بالصمة الوراثية، فإننا ننادي في هذا السياق بإعطاء السلطة الكاملة للقاضي في إجبار الزوجين على إجراء تحاليل البصمة الوراثية من أجل إثبات النسب كإستثناء على مبدأ عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه. كما أن هذا المبدأ لا يتماشى مع موضوع إثبات النسب بالبصمة الوراثية، لأن الرجل من مصلحته سواء كان مدعي أو مدعى عليه أن يعرف إذا كان هذا الطفل المتنازع في نسبه ابنه أو لا، وبالتالي فإن الخبرة (البصمة الوراثية) تضيف له أكثر مما تضره[1].

**ب/- مبدأ الحق في السلامة الجسدية**

لقد كرس دستور الجزائر لسنة 1996 المعدل والمتمم هذا الحق صراحة في كل من نص المادة40 بنصها "**تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان.**

**يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة...**" ونص المادة 41 بنصه "**يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس بسلامة الإنسان البدنية والمعنوية**"، فمن خلال هاتين المادتين يظهر بأن الدستور الجزائري يمنع أي اعتداء على سلامة الإنسان الجسدية سواء كان هذا الإعتداء على كافة الجسم أو على عضو من أعضاءه.

إن الأخذ بحرفية النصين المذكورين أعلاه، يشكل عائق أما القاضي في حمايته للنسب بمنعهما التعرض لجسم الإنسان بأي شكل من الأشكال بالأخذ منه خلية أو عينة من جسمه، سواء من دمه أو شعره أو منيه وغيرها من العينات وإجراء التحاليل عليها من أجل إثبات نسب

---

[1] أُنظر **باديس ذيابي،** حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.114.

متنازع عليه، وهذا ما يتنافى مع مقصد الشارع الحكيم في المحافظة على الأنساب ويفسح المجال لاختلاط الأنساب.

يمكن القول أنه يمكن الخروج استثناء على مبدأ عدم المساس بسلامة الجسد، عند موافقة السلطات المختصة وذلك للحصول على حقيقة تفيد القضاء بغية تحقيق المصلحة العامة وتقديمها لمصلحة الجماعة على حق الفرد، وإعمالا كذلك لقاعدة تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام[1]، وبناء على هذا فإننا نتماشى مع هذا الطرح أو الاستثناء في مقابل ما يحققه تدخل القاضي بطلبه إجراء التحاليل من أجل ثبوت النسب وتفاديا لاختلاطه، فحفاظا على المصلحة العامة للمجتمع بما فيها ملحة الأسرة، فإن وخزة إبرة أو قص شعرة لا يمكن تكييفها بأنها تشكل اعتداء على السلامة الجسدية للإنسان، فأي ضرر تسببه هذه الوخزة أو القصة.

**ج/- مبدأ حرمة الحياة الخاصة**

هناك من اعتبر أن تطبيق المادة 40 من دستور 1996 إحدى العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية الحديثة في النسب خصوصا فحص الحمض النووي الذي يشكل تدخلا في الحياة الخاصة للفرد، كونها تبحث عن الخصائص الوراثية من خلال الاستعداد الوراثي للشخص مما قد يمد للغير بمعلومات خاصة بالزوجين وتكون ذات طابع شخصي خاص[2]، فالمشرع الجزائري بتبنيه هذا المبدأ كغيره من التشريعات ، فلا يكون أمام القاضي إلا الامتثال لما جاء به هذا المبدأ في مجال إثبات النسب ، بعدم إجبار الزوجين بإجراء تحاليل البصمة الوراثية لإثبات

---

[1] **حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد،** البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، المرجع السابق، ص.ص.874 و882.

[2] أُنظر **باديس ذيابي،** حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.111.

النسب كونه يعد تدخلا في حياتهما الخاصة، إلا عند الاقتضاء أو عند انعدام أدلة إثبات النسب الأخرى، وهذا ما يضيق من مجال حماية القاضي للمسب بواسطة البصمة الوراثية.

يمكن للقاضي الخروج عن هذا المبدأ استثناء في حالة الضرورة كالمصلحة العامة، والحفاظ على النظام العام والآداب العامة، وكذا في حالة أخذ إذن من المعني بإسقاط حقه في الخصوصية.

**د/- مبدأ قرينة البراءة**

لقد نص دستور 1996 المعدل والمتمم في المادة 56 منه على "**كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، في إطار محاكمة عادلة تؤمن له الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه**"، فتضمنت هذه المادة مبدأ المتهم بريء حتى تثبت إدانته، وهو حق من الحقوق التي نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948. ففي مجال التحليل الجيني (البصمة الوراثية) هناك ضمانات تجد أساسها في الدستور والاتفاقيات الدولية الموقع عليها، وترتكز الضمانات الموجودة على شقين اثنين ، أحدهما **تقني** والآخر **إنساني**، فأما **الضمانات التقنية** فهي توخي الدقة في أخذ العينة من الشخص، أما **الضمانات الإنسانية** تكمن في مراقبة الفحص وحماية حقوق المتهم باعتباره كائنا بشريا سواء كان برضاه بالفحص، كضمانة اختياره للخبير الذي يقوم بالفحص، أو في حالة امتناعه ورفضه أخذ عينة من جسمه كضمانة إصدار إمر الإكراه من أحد القضاة[1]، فلو كان مثلا الزوج متهما بجريمة ما، وحدث نزاع بينه وبين زوجته حول إثبات النسب، فلابد على قاضي شؤون الأسرة أن يأخذ في الحسبان قرينة البراءة عند طلبه إجراء تحاليل البصمة الوراثية والضمانات التي يتمتع بها الزوج المتهم، باعتبارها

---

[1] أُنظر **صفاء هاجر خالدي وولد خسال سليمان**، المرجع السابق، ص.09.

تتعلق بمبدأ السلامة الجسدية وعلاقته بالبصمة الوراثية، وهذا العائق هو نوعا ما عائق نسبي لا تأثير له في إثبات النسب، إذ يستطيع القاضي تجاهل هذا الاتهام باعتبار أن هذا الزوج هو رجل بريء ولم يرتكب أي جريمة، طبقا لما يقضي به مبدأ المتهم بريء حتى تثبت إدانته، ويفصل في قضية إثبات النسب بينه كرجل عادي وبين زوجته أن الأصل في الإنسان البراءة.

**ثانيا: المعوقات الشرعية لحماية النسب**

كما سبق وذكرنا بأن المعوقات الشرعية لحماية النسب تتجلى في معوق واحد ألا وهو اللعان، وأنه من الثابت شرعا وقانونا لنفي النسب هو نفيه باللعان. إلا أنه يمكن الاستفادة من البصمة الوراثية في حال اللعان في الأحوال التالية:1- جعل البصمة الوراثية قرينة على منع اللعان، ويكون ذلك إذا عزم الزوج على أن يلاعن زوجته لنفي نسب ولده منه لوجود شك كبير فيه، فإنه يمكنه اللجوء إلى البصمة الوراثية لدفع هذا الشك.

2- التأكيد في حال النفي، إذا كانت نتيجة تحليل البصمة الوراثية تؤكد بأن الولد المولود على فراش الزوج ليس منه، فإنها تؤكد ادعاء الزوج بنفي الولد، وفي تلك الحال لاينتفي النسب إلا باللعان.

3- في حال السكوت دون نفي أو إثبات في أدلة الشرع، ونسبة الولد لأمه وثبوت زنا الزاني، يؤخذ بالدليل العلمي في تكوين قناعة القاضي في نفي النسب أو إثباته[1].

إن البصمة الوراثية في الحالات المذكورة أعلاه، تساعد القاضي في إثبات أو نفي النسب وبالتالي حماية الأسرة من اختلاط الأنساب وكذا حمايتها من آثار اللعان، إلا أنه بالرجوع إلى التطبيقات القضائية في القضاء الجزائري، فإننا نجد استبعاد القضاة البصمة الوراثية لنفي

---

[1] أُنظر **أشرف عبد الرزاق ويح**، المرجع السابق، ص.ص.155 و160 و161.

النسب على أساس أن هناك طريق واحد لنفي النسب ألآ وهو اللعان، بغض النظر عن ما تقدمه البصمة الوراثية من مساعدة للقضاة في مجال إثبات أو نفي النسب، فالإعتقاد الراسخ لدى القضاة بأن نفي النسب لا يكون إلا باللعان، فهذا الاعتقاد هو الذي يشكل عائقالحماية النسب بالبصمة الوراثية في حين أنه يمكنهم الاعتماد عليها كوسيلة مساعدة إلى جانب اللعان لنفي النسب كما بيناه في الحالات المذكورة أعلاه.

الفقرةالثانية: المعوقات المادية لحماية النسب

يعتبر العائق المادي أهم عائق يقف أمام القاضي في حمايته للنسب بواسطة البصمة الوراثية، لأن عملية إجراء التحاليل البيولوجية للبصمة الوراثية تستدعي توفر مراكز حديثة ومهيأة بأحدث التجهيزات، علاوة على وجوب توافر عنصر الخبرة والتجربة لدى القائمين على هذه الأجهزة، فعلى مستوى الجزائر تم تدشين مخبر البصمة الوراثية (ADN) بتاريخ 2004/07/22، وهو مخبر يحتوي على كل التقنيات الحديثة ويشرف عليه تقنيون وباحثون مختصون[1]، وبدأ سريان العمل في هذا المخبر سنة 2006، يتفرع عنه مخبران جهويان أحدهما بولاية وهران والآخر بولاية قسنطينة، وهي مصالح ملحقة تابعة لبناية الشرطة العلمية والتقنية بمديرية الشرطة القضائية، إذ تتمثل مهمة هذه المخابر في تقديم المعلومات التي تحتاجها مصالح الأمن والعدالة، وتساهم بشكل كبير في فض بعض القضايا المتعلقة بالنسب[2].

رغم زيادة عدد هذه المخابر إلى ثلاثة مخابر إلاأن العجز يبقى قائما إذا ما أخذنا العدد الهائل والمتزايد لدعاوى النسب لإثبات البنوة أو إنكارها، إضافة إلى الاعتماد على هذه المخابر

---

[1] أُنظر **باديس ذيابي،** حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.115.

[2] أُنظر **زقاوي حميد،** المرجع السابق، ص.96.

في التحاليل المتعلقة بالجانب الجنائي[1]، فهذا ما يشكل عائقا ماديا أمام القضاء عند لجوءه لى إثبات النسب بواسطة البصمة الوراثية، وربما أيضا هذا ما يفسر تفادي القضاة من الناحية العملية اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب، إلا أن هذا العائق يمكن تجاوزه من خلال فتح المزيد من المخابر الجديدة تعتمد على أحدث التقنيات في هذا المجال، وتزويدها بخبراء متخصصون في مجال عملهم وتحفيزهم ماديا ومعنويا وهذا كله في سبيل حماية الأسرة من اختلاط الأنساب.

## المطلب الثاني

## حماية القاضي للنسب بتثبيت الزواج العرفي

إن المشرع الجزائري مشى على نهج العديد من التشريعات الحديثة، إذ اشترط وجوب توثيق وتسجيل عقد الزواج ليرتب آثاره الشرعية، لسد الطريق أمام الأشخاص المقبلين على الزواج العرفي وما يسببه من مشاكل، مثل كثرة النزاعات وضياع الحقوق[2]، ولعل أهم حق قد يضيع بسبب هذا الزواج هو الحق في النسب، إذ هو حق لا يقارن بأي حق من الحقوق الأخرى نظرا لما يترتب عليه هو الآخر من حقوق من محرمية، ميراث...إلخ.

في إطار حماية هذا الحق أجاز المشرع الجزائري تثبيت الزواج العرفي أمام القضاء، إلا أن الإشكال المطروح هنا أنه **كيف يحمي القاضي هذا الحق (الحق في النسب) في الزواج**

---

[1] **بلحاج العربي**، الأحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة، د ط، دار هومة، بوزريعة–الجزائر، د ت ن، ج02،ص.666.

[2] أُنظر **ليلى جمعي**، ضبط حقيقة الزواج بالفاتحة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 17، المجلد 13، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة السانية–وهران، ص.265.

**العرفي وصولا لحماية الأسرة ككل؟** للإجابة على هذا الإشكال لابد أن نتطرق في الفرع الأول إلى حكم الزواج العرفي ومحدداته في الشرع والقانون، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى المبادئ والشروط القضائية لإثبات الزواج العرفي، ثم نتطرق في الفرع الثالث إلى دور الحكم القضائي بتثبيت الزواج العرفي في حماية النسب.

## الفرع الأول

## حكم الزواج العرفي ومحدداته في الشرع والقانون

لمعرفة حكم الزواج العرفي لابد من معرفة صوره التي تتعدد وتختلف من بلد إلى آخر ومن زمان إلى آخر. فقد يتم في صورة الإيجاب والقبول وشهادة الشهود وموافقة الولي لكن دون توثيقه كتابة عند المأذون، ومن صوره أيضا أن يقول الرجل للمرأة أنت زوجتي أمام الله وبلا شهادة شهود أو موافقة ولي، وأحيانا تقول هي له: وهبتك نفسي...إلى غير ذلك من الصيغ[1]، فنلاحظ على هذه الصور أنه قد تأخذ كل صورة حكما خاصا بها، ففي الصورة الأولى نجد أن هذا الزواج العرفي تتوافر فيه أركان وشروط الزواج مما يمكن القول بجوازه، أما الصورة الثانية والثالثة، نجد أن الزواج فيها فاقد لأركانه وشروطه أو بعضها مما يمكن القول بعدم جوازه، فمدار تحديد حكم الزواج العرفي يتوقف على محدداته (الأركان والشروط)، وهذا ما يجرنا إلى طرح التساؤل بخصوص حكم الزواج العرفي ومحدداته شرعا وكذا موقف التشريعات الوضعية منه؟ للإجابة على هذا التساؤل نتطرق في الفقرة الأولى إلى حكم الزواج

---

[1] أُنظر **سعيد عبد العظيم**، الزواج العرفي، ط02، دار القمة ودار الإيمان، الاسكندرية، سنة 2002، ص.ص.14 و15.

العرفي ومحدداته شرعا، ثم نتطرق في الفقرة الثانية إلى حكم أو موقف بعض التشريعات الوضعية من هذا الزواج بما فيها التشريع الجزائري.

## الفقرة الأولى: حكم الزواج العرفي ومحدداته شرعا

أجمع العلماء أن الزواج العرفي الذي يتم بين الرجل والمرأة دون اكتمال الأركان والشروط المعتبرة شرعا على أنه ليس بزواج أصلا وإن سمي زواجا، كما أجمعوا على أن الزواج الذي يكتمل فيه فيه كامل الأركان والشروط المعتبرة أن العقد فيه صحيح، وأن شرط الكتابة ليس لصحة العقد وإنما لصيانته، والخشية من ضياع الحقوق فيه، ويبقى الخلاف في صحة الزواج من حيث مخالفته لمقاصد النكاح العظيمة أو ما يسببه من آثار سيئة على المجتمع، ولهذا فقد اختلف العلماء المعاصرون في حكمه من هذه الجهة على قولين: الأول الإباحة، والثاني عدم الإباحة[1].

### أولا: آراء العلماء المعاصرين بإباحة الزواج العرفي

من الذين قالوا بإباحته، فضيلة الشيخ عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين-رحمه الله تعال- عضو الإفتاء والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية بقوله "...فإذا تمت الشروط وزالت الموانع صح عقد النكاح، وليس من شروطه إثبات ذلك في وثائق عند أحد المأذونين..." [2]، وكذا فضيلة الشيخ صالح بن الفوزان الفوزان-حفظه الله تعالى- بقوله "الزواج العرفي إذا تكاملت فيه أركان النكاح وهي الزوجان الخاليان من الموانع، والإيجاب والقبول، وتكاملت فيه

---

[1] أُنظر **عبد الملك بن يوسف المطلق،** الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها، دراسة فقهية واجتماعية نقدية، تقديم وتقريظ عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، ط01، دار العاصمة، الرياض، سنة 1427-2006، ص.ص.497 و498 و500.

[2] أُنظر **الملحق رقم 01** ص.556.

شروط صحة العقد...فالنكاح صحيح..." [1]، كما أفتى الشيخ ناصر بن سليمان العمر بجواز الزواج العرفي إذا كان مكتمل الشروط، من ولي وشهود وإيجاب وقبول ومهر وموافقة المرأة، بأنه زواج شرعي ولولم يسجل رسميا[2]، وقد أفتى الرئيس السابق للجنة الفتوى بالأزهر، الشيخ عطية صقر بأن الزواج العرفي المستكمل الأركان والشروط تحل به المعاشرة الجنسية، لأنه صحيح شرعا، ولكن له أضرار وتترتب عليه أمور محرمة، وقد ذهب الدكتور محمد شتا–رئيس محكمة استئناف القاهرة– إلى القول بحل الزواج العرفي وصحته، باعتبار أن الزواج من وجهة نظره عبارة عن توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني أو شرعي، فإذا تراضى رجل وإمرأة ، وكان هناك شاهدان موافقة الولي، فقد انعقد الزواج سواء كان بوثيقة رسمية أو في ورقة عرفية[3].

هذا القول هو قول أغلب العلماء المعاصرين، إذ نستنتج من أقوال العلماء المذكورة أعلاه بأن الزوج العرفي هو زواج شرعي صحيح، جائز متى توافر فيه أركان الزواج وشروطه وانتفت فيه موانع الزواج، وتترتب على هذا الزواج أحكام الزواج الصحيح وحقوقه وآثاره الشرعية ولا تؤثر الرسمية في صحته وإباحته ومشروعيته، رغم أهميتها في العصر الحاضر في إثبات الحقوق المترتبة على هذا الزواج.

لقد استدل أصحاب هذا القول بعدة أدلة على جواز الزواج العرفي من بينها:

---

[1] أُنظر **الملحق رقم 02** ص.557.

[2] أُنظر **الملحق رقم 03** ص.559.

[3] أُنظر **حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد،** الزواج العرفي بين الحظر والإباحة، دراسة تأصيلية مقارنة، ط01، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2011، ص.ص.185 و187.

1- أن العقد مكتمل الأركان والشروط الواجب توافرها في الزواج الصحيح، وقد تم الرد على هذا الدليل بأن ليس كل عقد اكتمل فيه أركانه وشروطه يكون مباحا ومن ذلك نكاح التحليل، فبالرغم من اكتمال عقده إلا أن النصوص الشرعية جاءت بتحريمه، وقد تم الرد على هذا بأن نكاح التحليل فيه نص شرعي على تحريمه، بينما عقد الزواج العرفي ليس فيه شيء بل هو الأصل والتوثيق طارئ،

2- أن توثيق الكتابة ليس شرطا ولاسنة وأن هذا التوثيق قديعيق الزواج، مما يكون سببا لفتح الطريق أمام الزنا، وقد رد على هذا بأن التوثيق يحفظ العقد من التلاعب والتحايل والتزوير، ويحفظ كذلك حقوق المرأة من الضياع، وقد تم الرد على هذا بأت التحايل والتلاعب يوجد أيضا في العقد الرسمي[1].

نخلص في آخر القول بأن الزواج العرفي هو زواج صحيح وجائز ومحدداته هي بتوافر أركانه وشروطه وانتفاء الموانع، وهو عقد غير مسجل وغير موثق، لذا رأى أصحاب هذا القول بضرورة التسجيل والتوثيق ضمانا للحقوق وإثباتا لها لاسيما الحق في النسب.

**ثانيا: آراء العلماء المعاصرين القائلين بحظر الزواج العرفي**

ذهب فريق من العلماء الذين أفتوا في الزواج العرفي إى أنه ممنوع وحرام، ولا يجوز، لاسيما في هذا العصر الذي كثر فيه الفساد والفتن...، ومن هؤلاء الدكتور نصر فريد-مفتي

---

[1] أُنظر **عبد الملك بن يوسف المطلق**، المرجع السابق، ص.511.

الديار المصرية- والشيخ محمد صفوت نور الدين-الرئيس العام لجماعة أنصار السنة المحمدية بمصر- وغيرهما، ومنهم من قال ببطلانه، ومنهم من قال بصحته مع كونه حراما ممنوعا[1].

يرى أصحاب هذا القول منع وتحريم الزواج العرفي خاصة في هذا الزمان الذي كثر فيه التلاعب وشهادات الزور، الذي يترتب عليه ضياع حقوق الزوجين وحقوق الأولاد، وبالتالي تهديد الأسرة ككل التي تعتبرالخلية الأساسية في المجتمع.

هذه أقوال بعض العلماء القائلين بمنع وتحريم الزواج العرفي. لقد سئل فضيلة الشيخ محمد متولي الشعراوي-رحمه الله- عن رأيه في الزواج العرفي أهو حلال أم حرام؟ أجاب فضيلته بلهجة حادة وقاطعة: "زنا، الزواج العرفي زنا، لأن الزواج إذا كان في الخفاء انتهت المسألة لعدم وجود الإعلان والإشهار، لماذا يقبل إنسان أن يكون زواجه عرفي؟ إنه يشبه نفسه ببعض البلطجية والمنحرفين الذيت يلتفون حول المرأة في الخفاء...الزواج العرفي حرام...حرام...حرام لافتقاده شرط الإعلان والإشهار[2]، ويقول الدكتور نصر فريد واصل- مفتي جمهورية مصر العربية-: "إن الزواج العرفي لا يكون صحيحا شرعا في هذا الزمن الذي نحن فيه، والذي قل فيه الوازع الديني وكثرت فيه الفتن، وإنكار الشهادات التي يشهد بها الشهود وشهادات الزور، وضياع الحقوق الزوجية والنسب"[3]، وقد مال إلى هذا القول فضيلة الشيخ الدكتور محمد سيد طنطاوي-شيخ الأزهر- بأنه قال "إن الزواج السري المعروف بالزواج العرفي في مصر تتوافر فيه جميع الأركان لكنه ينقصه التوثيق، وأنا شخصيا لا أشهده لا أحبه

---

[1] **أحمد بن يوسف بن أحمد الدريوش،** الزواج العرفي، حقيقته وأحكامه، آثاره والأنكحة ذات الصلة به، دراسة فقهية مقارنة، ط01، دار العاصمة، المملكة العربية السعودية، سنة 1426-2005، ص.142.

[2] أُنظر **حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد،** الزواج العرفي بين الحظر والإباحة، دراسة تأصيلية مقارنة، المرجع السابق، ص.ص184و185.

[3] أُنظر **عبد الملك بن يوسف المطلق،** المرجع السابق، ص.504.

ولا أجلس في مجلسه، لأنه يترتب عليه ضياع حقوق المرأة ومخالفة النظام العام الذي وضعته الدولة" وقد دعا فضيلته إلى إصدار قانون يعاقب من يسلك هذا المسلك بعقوبات معينة[1].

هناك قول آخر يمكن إدراجه ضمن أصحاب هذا القول، لاتفاقه مع هذا القول في تحريم هذا الزواج، حيث يرى هذا القول بصحة الزواج العرفي غير الموثق رسميا مع تأثيم فاعليه، وقد قال بهذا فضيلة الشيخ عطية صقر-رئيس لجنة الفتوى بالأزهر- "إذا تم الزواج بإيجاب وقبول وشهود كان صحيحا حتى ولو لم يحرر في وثيقة رسمية...وع صحة هذا الزواج فهو حرام، ويطلق عليه الزواج العرفي لأن فيه مخالفة لولي الأمر بالتسجيل وطاعته واجبة فيما فيه مصلحة...ولأن فيه تعريض الحقوق للضياع...وتعريض الحقوق للضياع منهي عنه..." [2].

لقد استدل أصحاب هذا القول بعدة أدلة على منع وتحريم الزواج العرفي لا يسعنا المقام لبسطها، وهي في غالبها ردود على أدلة أصحاب القول الأول، إلا أن الشيء الملاحظ على أصحاب هذا القولبأنهم يحرمون الزواج العرفي وفق محددين وهما: إما لعدم توفر أركانه وشروطه وإما يحرمونه نظرا للآثار السيئة المترتبة عليه على الأسرة والمجتمع ككل، فهذه هي محددات الزواج العرفي عند أصحاب هذا القول.

بعد الموازنة بين القولين الأول والثاني بخصوص حكم الزواج العرفي يترجح عندنا -والله تعالى أعلم- أن الزواج العرفي إذا انعقد مستوفيا لأركانه وشروطه وانتفاء الموانع الشرعية فيه، فهو زواج شرعي صحيح تترتب عليه آثاره الشرعية من حل الاستمتاع، النسب،

---

[1] **أحمد بن يوسف بن أحمد الدريوش،** المرجع السابق، ص.ص.143 و144.

[2] أُنظر **جمال بن محمد بن محمود،** الزواج العرفي في ميزان الإسلام، راجعه الشبخ علي أحمد عبد العال الطهطاوي، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت-لنان، سنة 1424-2004، ص.121.

الإرث...إلخ نظرا لعدم وجود دليل على تحريمه، باعتباره من قبيل المعاملات والعقود والتي الأصل فيها الإباحة والمنع فيها لا يكون إلا بنص، إلا أننا نرى بضرورة التوثيق أما الجهات الرسمية، إذ أن التوثيق يعتبر آلية حمائية خاصة في هذا العصر لحفظ الحقوق والأنساب من الضياع، والقضاء على التلاعب بالأعراض وهذا ما أخذت به التشريعات الوضعية العربية الإسلامية في قوانينها المتعلقة بالأحوال الشخصية، وإن كان هناك تفاوت بخصوص حكم هذا الزواج من تشريع لآخر، وهذا ما سنتطرق إليه في الفقرة الموالية.

**الفقرة الثانية: موقف التشريعات الوضعية العربية من الزواج العرفي**

كل قوانين الأحوال الشخصية العربية تلزم بتسجيل عقود الزواج، ولكنها متفاوتة فيما بينها في الحكم على من يتزوج زواجا عرفيا غير موثق في الدوائر الرسمية الحكومية، ولقوانين الأحوال الشخصية بخصوص الزواج العرفي أربعة اتجاهات هي:

الأول: يلزم بتسجيل العقد من غير ذكر عقوبة لهذه المخالفة،

الثاني: يرفض سماع الدعوى في الزواج العرفي المقدمة إلى المحاكم في حالة الإنكار،

الثالث: يوجب عقوبة على هذا الزواج مع تفاوت مقدار العقوبة من قانون لآخر،

الرابع: عتبرها عقود باطلة[1].

**الاتجاه الأول: إلزامية تسجيل العقد دون عقوبة**

سلك هذا الاتجاه كل من مدونة الأسرة المغربية وكذا ق.أ.ج، حيث نص المشرع المغربي في المادة 1/68 من المدونة على مايلي "**يسجل نص العقد في السجل المعد لذلك لدى**

[1] أُنظر **أسامة عمر سليمان الأشقر،** مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، زواج المسيار، الزواج العرفي، الفحص الطبي، الزواج بنية الطلاق،ط01، دار النفائس، الأردن، سنة 1420-2000، ص.145.

**قسم قضاء شؤون الأسرة، ويوجه ملخصه إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، مرفقا بشهادة التسليم داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ الخطاب عليه"**، فمن خلال هذا النص يظهر بأن المشرع المغربي أكد على تسجيل عقد الزواج أمام قسم قضاء شؤون الأسرة، ولم يفرض أي عقوبة على الذين لا يسجلون عقود زواجهم، وفي مقابل ذلك اعتبر وثيقة عقد الزواج هي الوسيلة الوحيدة لإثبات الزواج (المادة 1/16 من المدونة)، كما نص في المادة في المادة 3/65 من المدونة على توثيق عقد الزواج من طرف العدلين بعد إذن القاضي، ومن هنا يظهر موقف المشرع المغربي بخصوص الزواج العرفي بعدم الإعتراف به.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 18 من ق.أ.ج على أن يتم عقد الزواج أمام الهيئات المخولة لذلك، وأن إثباته يكون بمستخرج من سجل الحالة المدنية وبسعي من النيابة العامة طبقا لنص المادة 22 من ق.أ.ج، هذه الأخيرة التي أجازت أيضا إثبات الزواج غير المسجل بحكم قضائي. وعليه فقد نص ق.أ.ج في المادة 18 منه على وجوب التقيد بشرط الشكلية في إبرام عقد الزواج، إلا أنه اعترف من خلال المادة 06 والمادة 22 من ق.أ.ج بالزواج بالفاتحة والمعروف بالزواج العرفي[1].

إن موقف المشرع الجزائري بخصوص الزواج العرفي باعتباره زواج شرعي صحيح، ليس على أساس العرف بل على أساس التشريع (المادة 06 من ق.أ.ج).

**الاتجاه الثاني: رفض سماع الدعوى في الزواج العرفي المقدمة إلى المحاكم في حالة الإنكار**

هناك قوانين ألزمت القضاء على عدم قبول دعوى ثبوت الزوجية أو الإقرار بها إلا عند تقديم وثيقة رسمية. هذا ما استقر عليه القضاء المصري منذ عام 1931، فقد وضعت المادة 99

---

[1] أُنظر **ليلى جمعي،** المرجع السابق، ص.268.

من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة وفقا للمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 والمعدلة بالقانون رقم 87 لسنة 1951 قيودا على سماع دعوى الزوجية وتجيزها بشروط معينة، وقد نصت في الفقرة الأولى منها على أنه "لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين...إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير على صحتها"[1].

نفس الموقف سار عليه المشرع الكويتي في قانونه للأحوال الشخصية بعدم سماع دعوى الزوجية عند الإنكار إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية (المادة 92 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي).

**الاتجاه الثالث: وجوب فرض العقوبة على الزواج العرفي مع تفاوت مقدار العقوبة من قانون لآخر**

هناك قوانين فرضت عقوبة على الذين لا يسجلون عقد الزواج لدى الدوائر الرسمية في الدولة، كقانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 3/36 منه بنصها "**ج- إذا أجري عقد الزواج ولم يوثق رسميا يعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات وتغرم المحكمة كل واحد منهم بغرامة مقدارها مائتا دينار**"، ونفس الموقف مشى عليه المشرع العراقي مع وجود تفاوت في مقدار العقوبة بين القانونين، إذ نصت المادة 5/10 منه بتوقيع عقوبة لا تقل عن ستة(06) أشهر، ولا تزيد على سنة حبسا، أو بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار ولا تزيد على ألف دينار، كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة.

**الاتجاه الرابع: بطلان عقد الزواج العرفي**

---

[1] أُنظر **ممدوح عزمي**، الزواج العرفي، د ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، د ت ن، ص.44.

أخذ بهذا الاتجاه مجلة الأحوال الشخصية التونسية بنصها في الفصل الرابع منها "**لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية يضبطها قانون خاص**"، فيظهر من خلال هذا النص أن المشرع التونسي لا يعترف بالزواج العرفي ولا بآثاره، وذلك من خلال عدم ثبوت هذا الزواج أي بطلانه، وهذا خرق صارخ لأحكام الشريعة الإسلامية على أساس أن الزواج العرفي هو زواج مكتمل الأركان والشروط وينقصه التوثيق فقط.

نخلص في الأخير أن كل التشريعات الوضعية العربية لاتعترف إلا بالزواج المنعقد أمام دوائرها الرسمية، أي تصنيفها لعقد الزواج من العقود الشكلية إلا أن المشرع الجزائري يعتبره زواج صحيح لكنه غير مكتوب. من هذا المنطلق أكدت مختلف التشريعات الأسرية مهما كانت انتماءاتها، نظرا لما تقتضيه متطلبات التطورات الاجتماعية التي أسفرت عن توسيع دائرة النزاعات عامة والنزاعات الأسرية على وجه الخصوص على أهمية توثيق عقد الزواج، باعتبار أن التوثيق هو وسيلة لحفظ الزواج وحماية طرفيه والآثار المترتبة عنه بمجرد انعقاده صحيحا[1].

## الفرع الثاني

## الشروط القضائية في إثبات الزواج العرفي

تعد مشكلة إثبات العلاقة الزوجية في الزواج العرفي من أخطر المشاكل في العصر الحاضر، بل من أدقها وأعمقها وذلك لأنه في كثير من الحالات يعقد لأهداف محددة إذ بمجرد تحقيق هذه الأهداف وإنهاء الخلافات يتهرب البعض من الالتزامات المفروضة عليه طبقا للزواج

---

[1] أُنظر **بن شويخ صارة،** نظم توثيق عقد الزواج في دول المغرب العربي، مجلة البحوث والدراسات القانونيةوالسياسية، العدد 01، سنة 2011، جامعة سعد دحلب –البليدة، ص.219.

العرفي، فأول مشكلة تصادف طرفي هذا الزواج هي مشكلة إثباته، إذ تعد عملية الإثبات هي حجر الزاوية التي ينقلب منها الزواج العرفي إلى زواج رسمي[1]، هذا الأخير الذي تتأكد به الحقوق وتُصان به الأسرة من خلال المحافظة على الأعراض والأنساب من الضياع والتلاعب، ومن هنا فقد كفل المشرع الجزائري حماية قانونية لطرفي عقد الزواج العرفي من خلال السماح بتثبيته أمام القضاء حتى في حالة النزاع على مشروعية هذا الزواج، إلا أن هذه الحماية بواسطة القضاء لا تتحقق خاصة في حال النزاع إلا بناء على وجوب الالتزام أو التقيد بجملة من الشروط الإجرائية والموضوعية القضائية في إثبات هذا الزواج العرفي، وهذا ما يقودنا إلى بحث مسألة الشروط الإجرائية القضائية لرفع دعوى إثبات الزواج العرفي في الفقرة الأولى، ثم نبحث في الفقرة الثانية الشروط الموضوعية القضائية لقبول دعوى إثبات الزواج العرفي.

## الفقرة الأولى: الشروط الإجرائية القضائية لرفع دعوى إثبات الزواج العرفي

نظرا لاستمرار وجود الزواج العرفي فإن المحاكم ما زالت تتلقى طلبات إثباته، فإذا كان الطلب متعلقا بتسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه، فالإجراء الذي حددها المشرع في المادة 39 من ق.ح.م يتمثل في صدور حكم بسيط من رئيس محكمة الدائرة التي أُبرم فيها العقد، ويكفي لإصدار الحكم تقديم طلب من الزوج أو الزوجة أو ممن له مصلحة إلى وكيل الدولة مرفقا بشهادة ميلاد الزوجين وشاهدين بالغين عاقلين يشهدان على قيام الزواج، ثم يُحال الطلب إلى رئيس المحكمة للفصل فيه بموجب عريضة مختصرة وبالإستناد إلى كل الوثائق والإثباتات

---

[1] أُنظر **عبد رب النبي علي الجارحي**، الزواج العرفي، المشكلة والحل، والزواج السري ونكاح المتعة، والزواج العرفي عند المسيحية وزواج المسيار، د ط، دار الروضة، القاهرة، د ت ن، ص.110.

المادية[1]، أما إذا كان الزواج العرفي متنازع فيه بأن كان أحدهما يدعي قيام الزواج والآخر يزعم نفيه، فإن الطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة[2].

باستقراء نص المادة 13 من ق.إ.م.إ إلى جانب نصوص أخرى واردة في تشريعات أخرى، نستخلص أن الحق في رفع أي دعوى قضائية سواء كانت متعلقة بإثبات وتسجيل الزواج أو لأي موضوع آخر يبقى متوقفا بتوافر شروط عامة ، بعضها إيجابي مثل المصلحة والصفة والأهلية، وبعضها سلبي كانعدام سبق الفصل في الدعوى، وانعدام الصلح وانعدام الاتفاق على التحكيم، وذلك إلى جانب شروط خاصة أخرى أهمها شرط الميعاد[3].

حتى تقبل دعوى إثبات الزواج العرفي، لابد من توافر شروط رفع الدعوى سواء كانت الشروط العامة وهي: المصلحة والصفة والأهلية أو كانت الشروط الخاصة بدعوى إثبات الزواج العرفي، هذه الأخيرة التي كان لاجتهادات المحكمة العليا موقفا متميزا لبعضها لاسيما شرط سبق الفصل في دعوى إثبات وتسجيل الزواج العرفي فباعتبار سبق الفصل في الدعوى

---

[1] **نوارة العشي،** دور قاضي شؤون الأسرة في حفظ الآداب العامة، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجز الثاني، جامعة الجزائر 1، ص.279.

[2] أُنظر **عبد الله حاج أحمد،** إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه "دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية ، العدد 01، المجلد 01، ديسمبر 2015، جامعة الوادي، ص.128.

[3] أُنظر **حسين بلحيرش،** الاجتهاد القضائي في مجال إثبات وتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 01، سنة 2011، جامعة سعد دحلب-البليدة، ص.141.

من الشروط العامة السلبية، فإنه إعمالا لنص المادة 338 من ق.م.ج[1] لا يتوجب تفر هذا الشرط إلا أن هناك اجتهادات للمحكمة العليا تتعلق بهذا الشرط، ومن هذه الاجتهادات نجد قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه "من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد، لأن ثبوت النسب يُعد إحياء له ونفيه قتلا له.

ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزواج والنسب، بحجة أن الحكم حاز قوة الشيء المقضي فيه فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تتطبيق القانون، لأن حجية الشيء المقضي فيه لاتُطبق في قضايا الحال كإثبات الزواج والنسب، وأنه يمكن إثبات الزواج والنسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[2].

نستنتج من هذا القرار بأن قوة الشيء المقضي فيه لا يمكن للقضاة الاعتماد عليها في قضايا الحالة كإثبات الزواج والنسب، أي أنه ينبغي على القضاة النظر في دعوى إثبات الزواج العرفي رغم وجود حكم حائز لحجية الشيء المقضي فيه في مثل هذا النزاع وهذا كإستثناء على المادة 338 من ق.م.ج، وقد أشارت المحكمة العليا لهذا الإستثناء في قرار آخر لها بأنه "إن

---

[1] نصت المادة 338 من ق.م.ج **"الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به، تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولايجوز قبول أي دليل يتقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب، و لايجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا".**

[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش، القرار بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 172333، م.ق، عدد 01، سنة 1997، ص.42.

قضايا إثبات الزواج والنسب تُعد من قضايا الحالة، لا تطبق بشأنها المادة 338 من ق.م.ج، فكان يتعين على قضاة الموضوع القيام بإجراء تحقيق للوصول إلى الحقيقة"[1].

نستنتج من كلا القرارين المذكورين أعلاه بأن حكم إثبات أو عدم إثبات واقعة الزواج العرفي يكتسي حجية مؤقتة، أي حجية نسبية وذلك بحسب توفر الأدلة على إثبات هذ الزواج العرفي.

أما بخصوص شرط الميعاد في دعوى إثبات وتسجيل الزواج ، فقد استقر اجتهاد المحكمة العليا، بأن دعوى إثبات الزواج غير محددة بمهلة معينة[2]، وهذ ما جاء في قرار للمحكمة العليا بأنه "من المبادئ المستقر عليها قضاء وقانونا أن دعوى إثبات الزواج غير محددة بمهلة معينة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القواعد الجوهرية في الإجراءات غير سديد يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت–في قضية الحال–أن المطعون ضدها رفلعت دعواها لإثبات الزواج بعد عشرين سنة من انعقاده وبعد وفاة الزوج، فإن قضاة الموضوع الذين أثبتوا هذا الزواج بناء على شهادة الشهود ولتوفره على جميع أركان عقد الزواج، وقرائن تسجيل الولدين باسم أبيهما أثناء حياته دون أن يعترض على ذلك، يكونوا قد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب

---

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، القرار بتاريخ 2001/04/18، ملف رقم 262912، م.ق، عدد 02، سنة 2002، ص.409.

[2] أُنظر **حسين بلحيرش**، المرجع السابق، ص.142.

رفض الطعن"[1]، فنستنتج من هذا القرار أنه من المبادئ المستقر عليها في قضاء الأحوال الشخصية أن دعوى إثبات الزواج لا تحدد بميعاد معين.

## الفقرة الثانية: الشروط الموضوعية القضائية إثبات الزواج العرفي

بعد تحديد الشروط الإجرائية القضائية لرفع دعوى إثبات الزواج العرفي، فهناك أيضا شروط موضوعية قضائية يجب أن تراعى لإثبات الزواج العرفي، هذه الأخيرة هي شروط أو مبادئ استقر عليها قضاء الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، وهذه الشروط منها ما يتعلق بإثبات الزواج العرفي من حيث وجوده أو عدمه وهذا ما سنتطرق إليه أولا، ومنها ما يتعلق بمجدى صحة الزواج العرفي وهذا ما سنتطرق إليه ثانيا.

إن هذه الشروط بنوعيهاتحقق أحد الأمرين، إما الوصول إلى إضفاء الشرعية على الزواج الصحيح والحكم بإثباته وبهذا تتحق حماية الحقوق وحفظ النظام العام، أو الحكم بعدم إثبات الزواج العرفي الذي يكون في أصله علاقة غير شرعية وبهذا يتحقق حفظ الآداب العامة في المجتمع[2]، وبالتالي فإن تحقق القاضي من توفر هذه الشروط يساهم في حفظ النظام العام والآداب العامة في المجتمع في كلتا الحالتين، سواء في حالة الحكم بإثبات الزواج العرفي أو في حالة الحكم بعدم إثباته.

---

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، القرار بتاريخ 1991/04/23، ملف رقم 71732، م.ق، عدد 02، سنة 1993، ص.51.

[2] أُنظر **نوارة العشي**، المرجع السابق، ص.280.

**أولا: الشروط الموضوعية القضائية المتعلقة بإثبات الزواج العرفي من حيث وجوده أو عدمه**

بالرجوع إلى العديد من قرارات المحكمة العليا، يمكن اعتبار بعض المبادئ القضائية استقر العمل بها على مستوى قضاء الأحوال الشخصية، بخصوص إثبات الزواج العرفي بمثابة شروط يمكن إجمالها فيمايلي:

1- وجوب توفر الشروط والأركان الشرعية للزواج للحكم بوجود الزواج العرفي، إذ استقر قضاء المحكمة العليا في العديد من قراراته على إثبات الزواج العرفي أو الزواج بقراءة الفاتحة متى توفرت شروطه وأركانه، من هذه القرارات أنه "متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة، فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية، وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاء موافقا للشرع والقانون"[1].

2- ضرورة إجراء تحقيق من طرف قضاة الموضوع قبل الحكم بإثبات وجود الزواج العرفي أو عدمه، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا بأنه "يتعين على قضاة الموضوع القيام بإجراء نحقيق للوصول إلى الحقيقة"[2].

3- في حالة وفاة أحد الزوجين فإن الشهادة وحدها لا تكفي لإثبات الزواج العرفي بل لابد من يمين الطرف المدعي، وقد جاء في قرار المحكمة العليا بأنه "يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود ويمين، وهذا طبقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة "لانكاح بعد موت".

---

[1] م.ع، غ.أ.ش، القرار بتاريخ 1989/12/25، ملف رقم 58224، م.ق، عدد 04، سنة 1991، ص.110.

[2] م.ع، غ.أ.ش، القرار بتاريخ 2001/04/18، ملف رقم 262912، م.ق، عدد 02، سنة 2002، ص.409.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدها حول إعادة زواجها العرفي من الهالك إضافة إلى سماع شهادة الشهود، طبقوا القانون تطبيقا سليما، ومتى كان كذلكاستوجب رفض القرار المطعون فيه"[1].

4- خضوع إثبات الزواج العرفي أو نفيه إلى السلطة التقديرية للقاضي ومدى قناعته بالشهادة المقدمة عند التحقيق[2].

تجدر الإشارة أن الشروط الموضوعية القضائية لإثبات الزواج العرفي، تنصب معظمها حول التحقق من وجود أركان الزواج العرفي من عدمها، والذي يترتب عليه إما إثبات الزواج العرفي أي الحكم بوجوده، وإما نفيه أي الحكم بانعدامه.

**ثانيا: الشروط الموضوعية القضائية المتعلقة بمدى صحة الزواج العرفي**

هي شروط تتعلق بصحة الزواج العرفي، فهي بذلك تنصب على أحد أركانه أو شروطه، وهذا ما يترتب عليه تعدد هذه الشروط حسب أركان وشروط الزواج وسنوجزها فيمايلي:

1- وجوب توفر ركن الرضا لانعقاد الزواج العرفي، إذ اعتبر المشرع الجزائري بموجب المادتين 09 و09 مكرر رضا الزوجين الركن الوحيد لانعقاد الزواج.

2- وجوب خلو كلا الزوجين من الموانع الشرعية للزواج، المنصوص عليها في ق.أ.ج سواء كانت مؤبدة (الأم، البنت، الأخت، العمة، الخالة، بنت الأخ وبنت الأخت، وأصول الزوجة وفروعها إن حصل الدخول بها، وأرامل ومطلقات أصول الزوج وإن علو، وأرامل ومطلقات فروع الزوج وإن نزلوا، والأخت من الرضاع) أو كانت مؤقتة (كالمحصنة، والمعتدة من طلاق

---

[1] م.ع، غ.أ.ش، القرار بتاريخ 1998/09/22، ملف رقم 204254، م.ق، عدد 02، سنة 2002، ص.173.

[2] م.ع، غ.أ.ش، القرار بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 34046، م.ق، عدد 01، سنة 1990، ص.67.

أو وفاة، والمطلقة ثلاثا، والجمع بين الأختين، أو بين المرأة وعمته أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع، أو زواج المسلمة بغير المسلم)[1]، إذ استقر قضاء المحكمة العليا على بطلان الزواج إذا اشتمل هذا الزواج على مانع من الموانع الشرعية للزواج، من هذه القرارات أنه "من المقرر في الشريعة الإسلامية أن المحصنة تحرم على الزوج الثاني، وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب"[2]، وقد أشارت في قرار آخر بأنه "من الموانع المؤقتة المانعة لزواج المرأة هو وجودها في عصمة رجل آخر، أو في عدة من طلاق أو في عدة من وفاة"[3].

3- وجوب توفر في الزواج العرفي الشروط المنصوص عليها في المادة 09مكرر من ق.أ.ج وهي: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، اتعدام الموانع الشرعية للزواج، ولقد استقر قضاء المحكمة العليا في العديد من قراراته على وجوب توفر هذه الشروط، حيث جاء في قرار له بخصوص شرط الولي أن "الزواج المنعقد بدون ولي الزوجة، هو زواج باطل بطلانا مطلقا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه"[4]، وقد جاء في قرار آخر له بخصوص شرط الصداق على أنه "يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة 33 من ق.أ.ج، وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم

---

(1) أُنظر المواد من 23 إلى 30 من ق.أ.ج.

(2) أُنظر قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1986/02/24، تحت رقم 39362 (غير منشور)، أشار إليه **بلحاج العربي**، قانون الأسرة-مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2000، ص.07.

(3) أُنظر قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1983/01/03، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية الصادرة عن معهد الحقوق، جامعة الجزائر 1984، ج03 ص.731.

(4) أُنظر قرار المحكمة العليا، غ.القانون الخاص، بتاريخ 1966/12/07، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية الصادرة عن معهد الحقوق، جامعة الجزائر 1968، ج01 ص.139.

حضور الولي فإنهم خالفوا القانون"[1]، كما أشار في قرار آخر له بخصوص شرط الشهادة بأنه "من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية"[2].كما أنه يجب على القاضي بخصوص الشهادة أن يستمع بنفسه لشهادة كل شاهد ولا يمكن إسناد مهمة السماع لغيره، مع وجوب التقيد باتباع إجراءات التحقيق في سماع الشهود المنصوص عليها من المادة 150 إلى المادة 163 من ق.إ.م.إ[3]، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا "من المقرر قانونا أنه يتوجب على القاضي الاستماع بنفسه شهادة كل شاهد وعلى الانفراد سواء بحضور الخصوم أو غيابهم، ويذكر كل شاهد قبل الإدلاء بشهادته، اسمه ولقبه ومهنته وسنه زموطنه وعلاقته ودرجة قرابته ومصاهرته أو تبعيته للخصوم ثم يحلف بأن يقول الحق. ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أن قضاة المجلس أغفلوا توجيه اليمين القانونية للشاهدات، وسماعهن على انفراد والأهم إغفال مناقشة إسناد المهمة للخبير بسماع الشهود، وإن مثل هذه المهمة تعتبر أساسا من اختصاص القضاة واسنادها لموثق يعتبر تنازلا منهم عن اختصاصاتهم، مما يجعل قرارهم عرضة للنقض"[4].

---

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، القرار بتاريخ 2001/01/23، ملف رقم 253366، م.ق، عدد 02، سنة 2002، ص.440.

[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش، القرار بتاريخ 1986/12/15، ملف رقم 43889، م.ق، عدد 02، سنة 1993، ص.37.

[3] أُنظر **نوارة العشي**، المرجع السابق، ص.281.

[4] المحكمة العليا، غ.أ.ش، القرار بتاريخ 1993/05/25، ملف رقم 90683، م.ق، عدد 01، سنة 1994، ص.58.

وعليه فمتى تم ابرام عقد الزواج العرفي وفقا لهذه الشروط والمبادئ القضائية المذكورة، سواء منها الإجرائية أو الموضوعية فإنه ينبغي على القاضي إصدار حكم تثبيت الزواج العرفي، هذا الأخير يقوم مقام عقد الزواج وبالتالي فإن هذا الزواج يعتبر زواجا صحيحا منتجا لكافة آثاره القانونية، لاسيما ما تعلق منها بصحة العلاقة الزوجية بين الزوجين وشرعيتها ووجوب حقوق الزوجين على بعضهما البعض، وإثبات نسب الأبناء الناتجين عن هذا الزواج وغيرها من آثار الزواج الصحيح، وبطبيعة الحال، فإن مسؤولية التحقق من توفر هذه الشروط تقع على القاضي، وبالتالي فإن للقاضي في إثبات الزواج العرفي دور هام يتمثل في أنه لا يمكنه الحكم بإثبات الزواج العرفي إلا بعد معاينة وتكييف وقائع القضية، والتأكد من شرعية العلاقة بين الرجل والمرأة بالاعتماد على هذه الشروط سواء الإجرائية منها أو الموضوعية، فيحكم بتثبيت الزواج العرفي الذي اكتملت أركانه وشروطه، وفي المقابل يرفض تثبيت الزواج الذي اختلت أركانه وشروطه اعدمت الأدلة على صحته.

إذن فإن تثبيت القاضي للزواج العرفي يساهم في حفظ وحماية عقد الزواج، وما يترتب على هذا العقد من آثار وحقوق لأطرافه خاصة حقوق الطرف الضعيف في الأسرة ألا وهو الطفل وحقه في معرفة والديه الشرعيين وإنتسبه إليهما، على أساس أن هذا الحق أغلى حق عند هذه الفئة ، إذ غالبية الحقوق الأخرى المترتبة على عقد الزواج مثل الحق في الإرث تتأكد بثبوت هذا الحق (الحق في النسب).

نخلص في الأخير أن نص المشرع الجزائري على تثبيت الزواج العرفي من شأنه المساهمة في حماية الأسرة وتحقيق أهداف الزواج، لاسيما هدف المحافظة على الأنساب، ولن يتأتى ذلك إلا بواسطة اللجوء إلى القضاء، إلا أن الإشكال المطروح هنا يدور حول دور القاضي

في حماية النسب في الزواج العرفي؟ أي البحث عن مظاهر الحماية القضائية للنسب في الزواج العرفي؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفرع الموالي.

## الفرع الثالث

## دور الحكم القضائي بتثبيت الزواج العرفي في حماية النسب

إذا كان القاضي يضطلع بسلطة واسعة في تطبيق المقتضيات المتعلقة بتوثيق الزواج وإثباته، فلابد أن يكون على قدر من المسؤولية والوعي، بما جاء في المواد المتعلقة بإثبات الزوجية من أجل تطبيقها تطبيقا سليما تفاديا لما قد يترتب على الزواج غير الموثق من ضياع حقوق الأبناء (الحق في النسب) أو الزوجين أو الأسرة[1]، ولعل من أخطر الآثار التي قد تنجر عن الزواج العرفي أن تنشأ عنه قضايا لإثبات النسب وأخرى لنفيه، لأن الرجل بعد استمتاعه بمن تزوجها عرفيا يتركها ويهرب خاصة إذا علم أنها حامل[2]، وهنا ما على هذه الزوجة سوى اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى إثبات نسب المولود لأبيه، فالحكم القضائي القاضي بتثبيت الزواج العرفي يساهم في حماية الأسرة بحماية الأعراض بإثبات الزوجية بتثبيت الزواج العرفي وهذا ما سنتطرق إليه في الفقرة الأولى، وكذا يساهم هذا الحكم القضائي في حماية الأسرة من خلال المحافظة على الأنساب وصونها من الضياع والاختلاط وهذا ما سنتطرق إليه في الفقرة الثانية.

---

(1) أُنظر **بن شويخ صارة،** نظام توثيق الزواج بين الثابت والتطور، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة–المغرب، السنة الجامعية 2014/2013، ص.305.

(2) أُنظر **فارس محمد عمران،** الزواج العرفي وصور أخرى من الزواج غير الرسمي، د ط، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، سنة 2005، ص.49.

## الفقرة الأولى: دور الحكم القضائي بتثبيت الزواج العرفي في إثبات الزوجية

كما مر معنا سابقا في إثبات الزواج العرفي في أنه لا إشكال في إثباته عند عدم وجود تنازع في إثباته، لكن الإشكال يطرح عند وجود تنازع في إثباته ونفيه، الأمر الذي يستوجب من المعني بالإثبات سواء كان الزوج أو الزوجة اللجوء إلى القضاء من خلال رفع دعوى إثبات الزواج العرفي، هذه الأخيرة التي يفصل فيها القاضي بعد تحققه من توفر شروط قبولها الإجرائية والموضوعية بحكم يثبت فيه الزواج العرفي، أي الإقرار يثبوت الزوجية وشرعية العلاقة بين الزوجين.

إن هدف المشرع الجزائري من وراء فتح الباب أمام الأزواج الذين لم يوثقوا عقود زواجهم برفع دعوى قضائية لتثبيتها، هو حيازة هؤلاء الأزواج سند رسمي يثبت قيام الرابطة الزوجية، إذ بصدور الحكم القضائي القاضي بإثبات الزوجية بين الطرفين وتسجيله، يعتبر الزواج قد خرج من دائرة عدم التوثيق إلى دائرة الزواج الموثق بسند رسمي، وهو الحكم القضائي الذي يتمتع بحجية في الإثبات، ويتم تسجيله في سجلات الحالة المدنية مثله مثل العقد الأصلي[1]، وبالتالي يصبح الحكم القضائي بتثبيت الزواج العرفي يتمتع بحجية قانونية قاطعة وهذا ما يؤكده نص المادة 284 من ق.إ.م.إ بنصه "**يكون للحكم حجية العقد الرسمي مع مراعاة أحكام المادة 283 أعلاه**"، إلا أن هذه الحجية كما مر معنا سابقا هي حجية مؤقتة إذ لا يمكن للقضاة الاعتماد عليها في قضايا الحالة كإثبات الزواج والنسب وهذا كإستثناء على المادة 338 من ق.م.ج، إذ يمكن للأطراف رفع نفس الدعوى أمام جهة أخرى أو نفس الجهة إذا ما توفرت لديهم الأدلة لذلك الزواج.

---

[1] أُنظر **بن شويخ صارة**، نظام توثيق الزواج بين الثابت والتطور، المرجع السابق، ص.343.

لايكفي لإثبات الزوجية في الزواج العرفي مجرد صدور حكم تثبيت هذا الزواج، إضافة إلى الحجية المؤقتة التي يتمتع بها هذا الحكم، إذ يجب تسجيل الحكم القاضي بإثبات هذا الزواج لدى مصالح الحالة المدنية. هذا الحكم يسجل بسعي من النيابة العامة في الحالة المدنية حماية لقواعد النظام العام من جهة وحماية لمصلحة الزوجين والنسب الناتج عن هذا الزواج من جهة أخرى[1]، وعليه فحتى يحقق الحكم القاضي بتثبيت الزواج العرفي الحماية اللازمة للعلاقة الزوجية، لابد من تسجيل هذا الحكم بمصالح الحالة المدنية، إذ يكون على الزوج الذي صدر لصالحه الحكم القضائي بإثبات الزوجية أن يستخرج الحكم الممهور بالصيغة التنفيذية، ويرفقه بشهادة ميلاد الزوجين في رسالة تتضمن طلب استصدار أمر بتقييد عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية.

يُرفع الطلب المرفق بالحكم وشهادتي الميلاد إلى السيد وكيل الجمهورية التابع للمحكمة الابتدائية مصدرة الحكم، ويكون على هذا الأخير أن يأمر ضابط الحالة المدنية بإجراء التنفيذ، من ثم يسجل ضابط الحالة المدنية ما جاء في الحكم القضائي ويقيده في السجلات المعدة لعقود الزواج بتاريخ سابق، أي أنه يسجل بأثر رجعي يعود للتاريخ الفعلي للزواج، ويمكن للأطراف طلب نسخة من العقد المثبت بحكم قضائي للاحتجاج به وقت الحاجة[2].

---

[1] أُنظر **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص.ص.143 و144.

[2] أُنظر **بن شويخ صارة**، نظام توثيق الزواج بين الثابت والتطور، المرجع السابق، ص.346.

كما يكون على ضابط الحالة المدنية التأشير بالزواج المثبت على هامش شهادتي الميلاد الأصلية للزوجين، وتحتفظ الإدارة بنسخة من الحكم، وترسل الحكم الأصلي ونسخة من عقد الزواج المسجل إلى وكيل الجمهورية ليتحقق من تسجيله ويعيد الحكم الأصلي للأطراف[1].

نخلص في الأخير أن مسألة إثبات الزوجية في الزواج العرفي رغم كونها مسألة متروكة للسلطة التقديرية للقاضي ومحاولة هذا الأخير بمقتضى هذه السلطة حماية كل أطراف العلاقة الزوجية، إلا أن هذا لا يكفي لتحقيق وتجسيد الحماية الفعالة للأسرة، بل يزيد من حدة ظاهرة الزواج العرفي، وفي هذا الشأن نقترح وتأسيا ببعض التشريعات العربية للقضاء أو الحد من هذه الظاهرة صياغة نصوص قانونية ضمن قانون العقوبات، تتضمن تسليط عقوبات بدنية ومالية على كل من ساهم في عقد وابرام هذا الزواج العرفي.

## الفقرة الثانية: دور الحكم القضائي بتثبيت الزواج العرفي في إثبات النسب

لعل من أخطر الآثار السلبية المترتبة عن الزواج العرفي هو ضياع حق الطفل في انتسابه لأبيه، فينشأ هذ الطفل بدون هوية وبدون معرفة والده، وهذا قد يؤدي إلى اختلاط الأنساب بين الأسر، لذا فمن هذا الباب ودرء لمفسدة اختلاط الأنساب الذي قد ينتج عن الزواج العرفي، أعطى المشرع الجزائري الحق في تثبيت الزواج لكلا الزوجين ولكل من له مصلحة في تثبيت هذا الزواج، إلا أنه قيد هذا الحق بخضوعه للسلطة التقديرية للقاضي.

مما لا شك فيه أن أحكام الشريعة الإسلامية كانت السباقة قبل التشريعات الوضعية في دعوتها إلى المحافظة على الأنساب. ولأن عدم توثيق عقد الزواج لا يلزم الأب بأن ينسب إليه

---

[1] **كريمة محروق،** عقد الزواج غير الموثق، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، قسم الشريعة والقانون، تخصص الأحوال الشخصية، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر-قسنطينة، السنة الجامعية 2007/2006، ص.228.

من يأتي من الولد مما يؤدي إلى ضياع نسبه، وأن يعيش هذا الولد في تشتت وضياع، فجاء البعد المقاصدي لأحكام الشريعة الإسلامية محققا لقاعدة سد الذرائع في منع الزواج العرفي، وسن القوانين الرادعة من أجل المحاسبة عليه[1]، وحسنا ما فعل المشرع الجزائري بإعطاءه السلطة التقديرية للقاضي ف تثبيت الزواج العرفي، فالقاضي عند تحققه من توفر شروط وأركان الزواج، يحكم بإثبات الزواج العرفي وفي أغلب الأحوال يحكم أيضا بإلحاق النسب، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية مقصد حفظ النسل

من الضروري التنبيه على أن بعض القضاة من الناحية العملية، يرفضون النظر والفصل في إثبات الزواج العرفي وإلحاق النسب في نفس الدعوى، إذ يشترطون رفع دعوى مستقلة لإلحاق النسب عن دعوى إثبات الزواج العرفي وهذا تحسبا واحتياطا منهم لإمكانية ظهور أدلة جديدة من شأنها التشكيك في صحة الزواج العرفي، ومن ثم فإن هؤلاء القضاة لا ينظرون ولا يفصلون في دعوى إلحاق النسب إلا بعد استكمال إجراءات إثبات الزواج العرفي بمصالح الحالة المدنية، فيكون عقد الزواج العرفي المثبت بالنسبة لهؤلاء القضاة الدليل القاطع الذي يستندون عليه في تأسيس حكمهم بإلحاق النسب المترتب عن الزواج العرفي، والأكيد من كل هذه الحيطة والحذر بالنسبة لهؤلاء القضاة هو حرصهم على المحافظة على الأعراض من التلاعبات والأنساب من الاختلاط لاسيما ونحن في عصر كثر فيه ضحايا الزواج العرفي. هنا يقول أحد الضحايا "أبي لا يعرف الرحمة، تزوج أمي وقبل ولادتي اختفى وهرب ولانعرف له مكانا...خرجت للدنيا بلا قيد أو هوية أو نسب...لا أعرف من أبي ولا أين هو؟ وحيثما حاولت

---

[1] أُنظر **أحمد حسن الربابعة،** البعد المقاصدي لقاعدة سد الذرائع وأثره في درء مفاسد الزواج العرفي المعاصر، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد 02، المجلد27، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية–قسنطينة ، ص.215.

استخراج بطاقة شخصية مثل كل الناس، كانت المفاجأة أنني لست مقيدا بالسجلات–أي ساقط قيد– ولأم أجد سوى اللجوء للمحكمة لإقامة دعوى لإثبات نسب"[1].

إن القاضي عند حكمه بتثبيت الزواج العرفي، فإن أثر هذا الحكم لا يقتصر ولا يتوقف على حماية العلاقة الزوجية بإثباتها بين الزوجين، وكذا حماية النسب من خلال إلحاق الأطفال الناتجين عن هذا الزواج بوالدهم الأصلي، وإنما يمتد إلى أبعد من هذا ليصل إلى حد حماية الأدآب العامة في المجتمع. فباعتبار هذه الأخيرة هي مجموعة من الأسس التي يقوم عليها نظام المجتمع، أكد القانون على احترامها وصرحت نصوصه على حمايتها، وبالرغم من عدم تصريح ق.أ.ج بمصطلح الآداب العامة في نصوصه إلا أن معانيها تفهم من خلال أحكامه، فإن لقاضي شؤون الأسرة دور فعال في حفظ هذه الآداب لاسيما في القضايا المتعلقة بالزواج العرفي والقضايا المتعلقة بإثبات النسب[2].

ففيما يخص القضايا المتعلقة بالزواج العرفي، فبحكم أن تثبيت هذا الزواج هو مسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي وحصل وأن الحجج والأدلة المقدمة للقاضي لم تُكون قناعته في تثبيت هذا الزواج، وبالتالي الحكم برفض تثبيت الزواج العرفي بسبب كون أصله علاقة غير شرعية بين الزوجين، فبواسطة هذا الحكم يستطيع القاضي التصدي لكل محاولة للاعتداء على أعراض الناس والتلاعب بها بعدم إقراره لمثل هذه العلاقات غير الشرعية، وقد جسدت المحكمة العليا هذه الحماية في العديد من قراراتها منها ما جاء في قرارها المؤرخ في 2002/07/03

---

[1] **فارس محمد عمران،** المرجع السابق، ص.51.

[2] أُنظر **نوارة العشي،** المرجع السابق، ص.272.

على أن "القضاء برفض دعوى تثبيت الزواج الناتج عن علاقة غير شرعية قضاء سليم"[1]، وبهذا يساهم القاضي في حماية الآداب العامة بتطهير المجتمع من هذه العلاقات اللاأخلاقية المتعلقة بالزواج العرفي.

أما بخصوص القضايا المتعلقة بإثبات النسب ومدى علاقتها بحماية الآداب العامة، فإن القاضي من خلال رفض إلحاق النسب في الزواج العرفي بسبب كون أن أصل العلاقة هي علاقة غير شرعية أو لانعدام ركن أو شرط من أركان وشروط الزواج أو لوجود مانع من الموانع الشرعية للزواج، يكون بهذا الرفض في هذا الحكم قد حرص على عدم اختلاط الأنساب في المجتمع، وذلك بحكمه بالرفض بإلحاق النسب في العلاقات غير الشرعية، وهنا يظهر جليا دور القاضي في حماية الآداب العامة بعدم إقراره نسب الأولاد الناتجين عن علاقات غير شرعية، وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها القرار المؤرخ في 1984/10/08 على أن "من المقرر شرعا أن الزواج الذي لايتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا...إذا كان الثابت في قضية الحال أن العلاقة التي كانت تربط الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية"[2].

---

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، القرار بتاريخ 2002/07/03، ملف رقم 261925، م.ق، عدد 02، سنة 2003، ص.271.

[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش، القرار بتاريخ 1987/10/08، ملف رقم 34137، م.ق، عدد 01، سنة 1989، ص.79.

نخلص في الأخير أن المشرع الجزائري بخصوص الزواج العرفي، أنه قد وفق من جهة أنه قد كفل للأطفال الناتجين عن هذا الزواج حقهم في الانتساب إلى أوليائهم الشرعيين، ولن يتأتى ذلك إلا من خلال اللجوء إلى القضاء بصدور حكم يقضي بتثبيت الزواج العرفي وإلحاق النسب، وبالتالي تتجسد هنا الحماية القانونية والقضائية للأسرة من خلال حماية النسب، لكن من جهة أخرى أن الحكم بتثبيت الزواج العرفي وإلحاق النسب من شأنه المساهمة في تفشي العلاقات غير الشرعية وانتشار ظاهرة الأولاد الناتجين عن الزنا، لاسيما ونحن في عصر ضعف فيه الوازع الديني وكثرت فيه شهادات الزور وخيانة الأمانة، وهذا ما يتطلب ضرورة تدخل المشرع لإعادة النظر في تنظيم أحكام الزواج العرفي وطرق إلحاق النسب فيه.

# الباب الثاني: دور القاضي في حماية الأسرة عند فك الرابطة الزوجية

# الباب الثاني

# دور القاضي في حماية الأسرة خلال فك الرابطة الزوجية

رغم التعاليم والتوجيهات التي جاءت بها أحكام الشريعة الإسلامية في حماية عقد الزواج من الانحلال لحماية الأسرة والمحافظة على وحدة أفرادها وكذا حقوقهم، إلا أنه قد يحصل سبب أو عدة أسباب تدعو إلى استحالة استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين، فشُرع الطلاق بمختلف صوره تفاديا للمفاسد التي قد تحصل في حال استمرار الحياة الزوجية وجلبا لبعض المصالح المرجوة من هذا الطلاق، وقد سارت التشريعات الوضعية للأحوال الشخصية العربية والتي من بينها قانون الأسرة الجزائري وفق هذا النهج، فأقرت ضمن قوانينها مسألة انحلال الرابطة الزوجية بمختلف صورها عند استحالة مواصلة الحياة الزوجية بين الزوجين.

لقد تناول المشرع الجزائري صور فك الرابطة الزوجية بموجب أحكام المادة 48 من ق.أ.ج، وأناط مهمة النظر والفصل في دعاوى فك الرابطة الزوجية بمختلف صورها إلى القضاء، ولا شك أن الغاية من إسناده هذه المهام الأخيرة للقضاء لا لشيء إلا لحماية أفراد الأسرة لاسيما الفئة الضعيفة فيها، باعتباره المرجع والضامن لحقوق أفرادها، فخول المشرع للقاضي في سبيل ضمان حماية الأسرة خلال فك الرابطة الزوجية، اتخاذ أي إجراء أو تدبير من شأنه هدفه إعادة العلاقة الزوجية إلى حالتها الطبيعية وبالتالي حماية الأسرة من مخاطر التفكك، أو على الأقل ضمان حقوق أفرادها لاسيما الأضعف فيهم كالزوجة والأولاد قبل النظر والفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية، فيُساهم الإجراء أو التدبير المتخذ من طرف القاضي في حماية

الأسرة ككل، وهذا ما يُجسد الحماية القضائية الإجرائية للأسرة خلال فك الرابطة الزوجية والتي سنتطرق إليها في الفصل الأول، كما أن حماية القاضي للأسرة خلال فك الرابطة الزوجية لا تقتصر على هذه الحماية الإجرائية، بل تمتد هذه الحماية إلى حد إقرار حقوق كل فرد من أفراد الأسرة بعد انحلال الرابطة الزوجية وفق الصورة التي تنحل بها هذه الرابطة، فتتجسد بذلك الحماية القضائية الموضوعية للأسرة خلال انحلال الرابطة الزوجية، باعتبار أن إقرار الحقوق كان من طرف القاضي فهي حماية قضائية وباعتبار أن هذه الحماية منصبة على إقرار حقوق لفرد أو أفراد من الأسرة فهي حماية موضوعية، وسنتطرق لهذه الحماية بشيء من التفصيل في الفصل الثاني.

# الفصل الأول

# الحماية القضائية الإجرائية للأسرة

# عند انحلال الرابطة الزوجية

## الفصل الأول

## الحماية القضائية الإجرائية للأسرة عند انحلال الرابطة الزوجية

نظرا للخصوصية التي قد تتميز بها القضايا الأسرية لاسيما في مسائل انحلال الزواج، فقد خصها المشرع الجزائري بنصوص تتوافق وتلك الخصوصية، هادفا بذلك إلى تحقيق أكبر قدر من الحماية للأسرة عند انحلال الرابطة الأسرية، ولعل من أبرز مظاهر هذه الحماية القانونية وضع المشرع الجزائري آليات قانونية وقائية ذات طابع إجرائي إصلاحي هدفها الأساسي، المحافظة على الأسرة من التفكك بإعادة العلاقة الزوجية إلى حالتها الطبيعية، تكمن هذه الآليات في إجراءات الصلح والتحكيم، كما أن المشرع الجزائري لم يكتفي بهذا الحد لحماية الأسرة، إذ خول للقاضي في حال تعذر الإصلاح بين الزوجين المتنازعين اتخاذ إجراءات وتدابير مؤقتة خلال سير دعوى فك الرابطة الزوجية هدفها بالدرجة الأولى، ضمان حماية استعجالية مؤقتة لحقوق بعض الأطراف على غرار الزوجة والأولاد وبالتالي حماية الأسرة ككل حتى وإن كانت بصفة مؤقتة إلى حين صدور الحكم النهائي في أصل النزاع.

إن تكريس المشرع الجزائري هذه الحماية القانونية الإجرائية للأسرة، لا يكون ذا فاعلية إلا عن طريق تفعيل هذه الحماية بواسطة القضاء، إذ قد حرص القضاء الجزائري بأن يكون له دور فاعل في حماية الأسرة بالحفاظ على كيانها ومنع تشرد الأطفال، وذلك باتخاذه كافة الإجراءات سواء الإجراءات الإصلاحية (الصلح والتحكيم) أو الإجراءات المؤقتة (التدابير المؤقتة) التي خوله المشرع اتخاذها لحماية هذه الخلية الأساسية في المجتمع لاسيما عند انحلال الرابطة الزوجية، ومن هنا يثور التساؤل التالي حول **مدى فعالية الاجراءات والتدابير التي**

**يتخذها القاضي خلال فك الرابطة الزوجية لحماية الأسرة؟** أي **مدى فعالية الحماية القضائية الإجرائية للأسرة خلال فك الرابطة الزوجية؟** وللإجابة على هذا التساؤل، نتطرق في المبحث الأول إلى العمل الإصلاحي الإجرائي للقاضي ودوره في حماية الأسرة، ثم نتطرق في المبحث الثاني إلى حماية القاضي للأسرة بالإجراءات والتدابير المؤقتة خلال فك الرابطة الزوجية.

## المبحث الأول

## العمل الإصلاحي الإجرائي للقاضي ودوره في حماية الأسرة

إن كان العمل القضائي هو العمل الأبرز للقاضي فإن لهذا الأخير مع هذه المهمة الجليلة مهام أخرى لا تقل أهمية عن فصل الخصومات وقطع المنازعات، بحيث أن من هذه المهام ما يكتسي طابعا إصلاحيا، تبرز هذه المهام خصوصا في محاولة القاضي التوفيق بين الأطراف المتنازعة وإزالة النزاع وديا دون لجوءه إلى إصدار حكم في النزاع، بحيث يكون كلا طرفي الخصومة متراضيان بما وصلا إليه من حل للنزاع فتكون مهمة القاضي الأساسية هنا هي الإصلاح، وهذا ما يُعرف بالعمل الإصلاحي للقاضي، ويتجسد هذا الأخير فيما يُعرف بإجراءات الصلح والتحكيم، إذ قد نصت معظم القوانين الوضعية العربية المعاصرة ومنها قانون الأسرة الجزائري على أهمية هذه الإجراءات الوقائية (الصلح والتحكيم) نظرا لما تحققه هذه الإجراءات من حماية وقائية للأسرة من التفكك والحد من المنازعات الأسرية.

لقد أوجب المشرع الجزائري على القاضي في إطار عمله الإصلاحي اللجوء إلى إجراءات الصلح والتحكيم لحل النزاعات التي قد تنشأ بين الزوجين قبل الشروع في بحث موضوع النزاع وإصدار حكم بشأنه، لاسيما إذا تعلق الأمر بالطلاق إذ اعتبر هذه الإجراءات ضرورية لمساهمتها في الحفاظ على كيان الأسرة من التفكك، وبطبيعة الحال فإن هذه الإجراءات لا تكون ذات فائدة إلا بتدخل القاضي بتحريكها سواء بطريق مباشر كإشرافه بنفسه على إجراء الصلح وهذا ما سنحاول بحثه في المطلب الأول بإبراز دور الصلح القضائي في حماية الأسرة ، أو بطريق غير مباشر عن طريق بعث حكمين للإصلاح بين الزوجين وهذا ما

سنحاول التعرف عليه في المطلب الثاني من خلال حماية القاضي للأسرة عبر آلية التحكيم الأسري.

## المطلب الأول

## دور الصلح القضائي في حماية الأسرة

نظرا لكثرة المعاملات بين الناس مع اختلاف أحوالهم وتطلعاتهم، شرع الله تعالى الصلح لقطع المنازعات، فالصلح يُزيل الحقد والضغائن ويرفع الخلاف ويُعيد المحبة والإخاء إلى المتنازعين ليصبحوا بنعمة الله إخوانا[1]، كما يُعتبر الصلح من أسمى الوسائل التي اعتمدها المشرع الوضعي لضمان استقرار الأسرة والحفاظ على مقوماتها، لأن الصلح يُخفف العبء عن القضاء ويحافظ على استقرار الأسرة والمجتمع [2].

لقد نص المشرع الجزائري على إلزامية إجراء الصلح قبل الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية بموجب نص المادة 49 من ق.أ.ج[3] وكذا نص المادة 439 من ق.إ.م.إ[4]، ولا شك أن إلزام المشرع الجزائري القاضي بإجراء الصلح قبل الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية لم يكن عبثا، وإنما كان لغاية نبيلة وهدف محدد ألا وهو حماية الأسرة، **ففيما يكمن الدور الحمائي للقاضي في مجال إجراء الصلح؟** لكن قبل الإجابة على هذا التساؤل يستدعي

---

[1] أُنظر **عوض بن محمد بن علي العمري**، إصلاح ذات البين ودوره في تماسك المجتمع المسلم، بحث مكمل لنيل درجة الماجستير في التربية الإسلامية والمقارنة، كلية التربية، جامعة أم القرى–المملكة العربية السعودية، الفصل الدراسي الثاني 1430/1429، ص.3.

[2] أُنظر **أحمد الأمراني**، المرجع السابق، ص.165.

[3] تنص المادة 49 من ق.أ.ج على **"لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين".**

[4] تنص المادة 439 من ق.إ.م.إ على **"محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية".**

الأمر التطرق إلى مفهوم الصلح في شؤون الأسرة في الفرع الأول، ثم إبراز الدور الحمائي للقاضي في مجال إجراء الصلح في الفرع الثاني، ثم بعدها تحديد أهم العوائق التي تعترض القاضي في تحقيق هذه الحماية والحلول المقترحة لهذه العوائق وذلك في الفرع الثالث.

## الفرع الأول

## مفهوم الصلح في شؤون الأسرة

إن دراسة مفهوم الصلح في شؤون الأسرة يتطلب منا تعريف الصلح في شؤون الأسرة ومشروعيته في الفقرة الأولى من خلال تعريفه بصفة عامة من حيث اللغة والاصطلاح أولا، لنرى بعد ذلك تعريفه في شؤون الأسرة ثانيا، ثم بعدها نحاول تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن بعض صور الصلح المشابهة له والمنصوص عليها في القوانين الأخرى في الفقرة الثانية، كما يقتضي مفهوم الصلح يف شؤون الأسرة التطرق إلى تحديد الطبيعة القانونية له وذلك في الفقرة الثالثة.

### الفقرة الأولى: تعريف الصلح في شؤون الأسرة ومشروعيته

#### أولا: تعريف الصلح بصفة عامة

**أ- لغة:** الصاد واللام والحاء أصل واحد يدل على خلاف الفساد، يقال صلح الشيء وصلح صلوحا وصلاحا فهو صالح ونافع، والاسم الصلاح الذي هو ضد الفساد، ويقال أصلح الشيء بعد فساده أقامه وأصلح الدابة أحسن إليها، ويُطلق عليه أيضا في كلام العرب بمعنى "السلم"،

والصلح في اللغة أيضا من تصالح القوم بينهم، يقال قد أصلحوا وتصالحوا واصالحوا بتشديد الصاد، وقال قوم صلوح أي متصالحون كأنهم وصفوا بالمصدر[1].

**ب- اصطلاحا:** لقد عرف الفقهاء الصلح بعدة تعاريف، إلا أن هذه التعاريف كلها ترمي إلى مضمون واحد للصلح وهو رفع الخلاف وإزالة النزاع يالتوفيق بين الخصمين، وسنتطرق إلى ذكر أهم التعاريف وهي على النحو التالي:

- **الحنفية:** عرفوه على أنه "عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد ومثار الفتن"[2].

- **المالكية:** عرفوه على أنه "الانتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه"[3].

- **الشافعية:** عرفوه على أنه "العقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين، أو عقد يحصل به ذلك"[4].

- الحنابلة: عرفوه على أنه "الصلح معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المتخاصمين"[5].

نستنتج من هذه التعاريف بأن المقصود بالصلح هو: رفع الخلاف والنزاع والتوفيق بين المتخاصمين، بشكل يُرضي كل طرف بالحل الذي توصلا إليه، كما أن الملاحظ على هذه

---

[1] **أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا**، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، د ط، دار الفكر، د ت ب ن، ج 03 ص.303، وأُنظر أيضا **ابن منظور**، المصدر السابق، ج 03، ص.348.

[2] **عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي**، الاختيار لتعليل المختار، د ط، دار المعرفة، لبنان، سنة 1975، ج 03، ص.05.

[3] **الصادق عبد الرحمن الغرياني**، مدونة الفقه المالكي وأدلته، د ط، مؤسسة الريان، لبنان، سنة 2002، ج 03، ص.704.

[4] **أبي زكريا يحي بن شرف النووي**، روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف زهير الشاويش، ط 03، المكتب الإسلامي، بيروت-لبنان، سنة 1991، ج 03، ص.427.

[5] **ابن قدامة المقدسي، موفق الدين محمد عبد الله بن أحمد بن محمد**، المغني والشرح الكبير، د ط، دار الكتاب العربي، د ب ن، سنة 1983، ج 04، ص.419.

التعاريف أنها تتفق تقريبا في اعتبار الصلح عقد كسائر العقود، و"العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"[1]، والمقصد من الصلح هو إزالة النزاع وقطع سبل التنافر والتنازع، كما أن هذه التعاريف تتفق مع الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 459 من ق.م.ج بنصها **"الصلح عقد يُنهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"**، بخلاف ق.أ.ج الذي يعتبر الصلح كإجراء قضائي لا كعقد، وهذا ما سنوضحه فيما بعد عند تحديد الطبيعة القانونية للصلح.

**ثانيا: تعريف الصلح في شؤون الأسرة ومشروعيته**

**أ- تعريف الصلح في شؤون الأسرة**

بالرجوع إلى نصوص ق.أ.ج وكذا نصوص ق.إ.م.إ في الفصل المتعلق بإجراء الصلح، نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف الصلح في كلا القانونين. وما ورد في المادة 49 من ق.أ.ج يتعلق بإجراءات الطلاق حيث أنه يتوجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق، وإلا سيكون حكمه معيبا وكخالفا للقانون ويتحتم نقضه[2]، فالمشرع الجزائري لم يعط تعريفا صريحا وضمنيا للصلح وإنما اعتبره إجراء قضائي تاركا في ذلك المجال مفتوح للفقه، إذ خلص جانب من الفقهاء إلى أن الصلح في شؤون الأسرة هو إجراء قضائي وأطلقوا عليه أيضا الصلح القضائي[3]، ولعل من أهم محاولات نعريف الصلح في شؤون الأسرة، نجد تعريف الأستاذ "لمطاعي نور الدين" بقوله بأن "محاولة الصلح في قانون الأسرة هي عبارة عن إجراء

---

(1) **الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا**، شرح القواعد الفقهية، مصححة ومعلق عليها مصطفى أحمد الزرقا، ط 02، دار القلم، دمشق، سنة 1989، ص.55.

(2) أُنظر **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.357.

(3) أُنظر **بن هبري عبد الحكيم**، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2015/2014، ص.14.

يهدف إلى تقدين النصح والإرشاد والموعظة الحسنة للزوج، حتى يتمكن القاضي من الوصول إلى المبتغى والهدقف المنشود ألا وهو إقناع الزوج الذي أوقع الطلاق بضرورة الحفاظ على الرابطة الزوجية، واستعمال حق الرجعة لا غير، وذلك لا يتأتى إلا إذا تم استعمال هذا الحق خلال مدة عدة الطلاق الرجعي...بحيث لا يكون الهدف من الصلح إقناع الزوج عن العدول عن الطلاق وإنما من أجل مواصلة واستمرار الحياة الزوجية..." [1]، وقد عرفه الأستاذ "لحسين بن الشيخ آث ملويا" بأنه "تلك المحادثة التي يقوم بها قاضي الأحوال الشخصية مع الزوجين بهدف تفادي الطلاق وإرجاع الزوحين إلى بعضهما هو السبيل المنشود ويكون للزوج حق مراجعة زوجته"[2]، وهناك عدة تعاريف أخرى لا يسعنا المقام هنا لبسطها.إلا أنه يمكن القول بأن الصلح في مادة شؤون الأسرة يُعد إجراء وليس عقدا، يسعى القاضي لإيجاد حل ودي بين الطرفين من أجل استمرار الحياة الزوجية وبالتالي فهو إجراء وقائي[3]، يقوم به القاضي لتفادي وقوع فك الرابطة الزوجية واستمرار الحياة الزوجية.

**ب- مشروعية الصلح في شؤون الأسرة**

إن مشروعية الصلح بين الناس في كل المجالات، بما فيها الإصلاح بين الزوجين ثابت في القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الصحابة والفقهاء، ففي القرآن الكريم أمر الله عز وجل في العديد من الآيات على وجوب القيام بالصلح، باعتباره السبيل الوحيد لحل الأزمات

---

[1] أُنظر **لمطاعي نور الدين،** عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون – الجزائر، السنة الجامعية 2006، ص.ص.141 و142.

[2] **بن الشيخ آث ملويا لحسين،** المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، د ط، دار هومة، الجزائر، سنة 2005، ج 01، ص.254.

[3] أُنظر **بن حليمة يمينة،** خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة-دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون-تيارت، السنة الجامعية 2012/2011، ص.115.

والخلافات كقوله تعالى﴿**وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلاَ جُنَاْحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَإِن تُحْسِنُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ اللّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيراً{128}**﴾ الآية 128 من سورة النساء، فحثت هذه الآية الزوجين على إصلاح ذات البين، وذلك لعظم الفائدة المرجوة والأجر العظيم والثواب الجزيل للمصلحين من هذا الفعل الخير[1].

أما من السنة النبوية، فقد جاءت عدة أحاديث تحث على الصلح والإصلاح بين الناس ومن بينهم الزوجين، منها قوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم "**الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما**"[2]، فهذا الحذيث واضح الدلالة على مشروعية الصلح ولا يوصف إلا ما كان مشروعا في أصله، و لا يظلم فيه أحد الطرفين ولا يحرم حلالا فهو جائز، فالصلح إذا تم بين الخصمين فهو منتهى وقمة العدل وأقرب إلى دوام المودة والأولى بذلك أن يتم بين الزوجين لما فيه صلاح الأسرة وصلاح المجتمع ككل[3].

كما ثبتت مشروعية الصلح في كل المجالات بما فيه الصلح بين الزوجين بإجماع الأمة الإسلامية، إذ قال صاحب كتاب المغني "وأجمعت الأمة على جواز الصلح في هذه الأنواع،

---

(1) **المسيعديين خالد ابراهيم،** أحكام الصلح بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة، قسم الفقه وأصوله، جامعة مؤتة-الأردن، سنة 2006، ص.10.

(2) **أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي،** الجامع الكبير، تحقيق بشار عواد معروف، حديث رقم 1352، باب ما ذكر عن رسول الله عليه الصلاة والسلام في الصلح بين الناس، كتاب الأحكام والوصايا، ج 03، ص.27.

(3) أُنظر **بن هبري عبد الحكيم،** المرجع السابق، ص.21.

صلح بين المسلمين وأهل الحرب، وصلح بين أهل العدل وأهل البغي، وصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما"[1].

## الفقرة الثانية: تمييز الصلح في ق.أ.ج عن الصلح في القوانين الأخرى

بعدما خلصنا إلى ثبوت مشروعية الصلح بما فيه الصلح بين الزوجين بالكتاب والسنة والإجماع، لابد من تمييز الصلح في شؤون الأسرة المنصوص عليه في ق.أ.ج عن غيره من بعض الصور المشابهة له في قوانين أخرى، فقد نص المشرع الجزائري على إجراء الصلح في كل من المجال الجنائي والمجال المدني وكذا في المجال الإجرائي، وعليه سنحاول تمييز الصلح المنصوص عليه في ق.أ.ج أولا عن الصلح المنصوص عليه في القانون الجنائي، ثم ثانيا عن الصلح المنصوص عليه في القانون المدني، ثم ثالثا عن الصلح المنصوص في ق.إ.م.إ.

### أولا: تمييز الصلح في ق.أ.ج عن الصلح في القانون الجنائي

إن للصلح في القانونالجنائي أو ما يعرف بالصلح الجنائي معنيان، معنى ضيق ويتخذ شكل الصلح بين المجني عليه والمتهم، ومعنى واسع يتعلق بمحاولة فض النزاع بين الطرفين أحدهما يتمثل في الدولة، هذه الأخيرة قد تكون ممثلة في غدارة تحمي مرفق اقتصادي أو مالي، وقد تكون ممثلة للمجتمع ونائبه، من خلال حمايتها للنظام العام[2]، وعليه فإن الصلح في شؤون الأسرة يلتقي مع الصلح الجنائي من حيث الهدف المراد تحقيقه ألا وهو فض النزاع، ويختلفان من حيث الأطراف، إذ أن الصلح في شؤون الأسرة يكون بين الزوجين أما الصلح الجنائي

---

[1] **ابن قدامة المقدسي، موفق الدين محمد عبد الله بن أحمد بن محمد**، المغني والشرح الكبير، المرجع السابق، ج 05، ص.06.

[2] أنظر **بوالزيت ندى**، الصلح الجنائي، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، فرع قانون العقوبات والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري–قسنطينة، السنة الجامعية 2009/2008 ، ص.ص.11 و12.

فطرفاه يختلفان عن طرفي الصلح في شؤون الأسرة، إذ يتمثل طرفا الصلح الجنائي بالمعنى الضيق في كل من المجني عليه والمتهم، وبالمعنى الواسع أين يكون أحد طرفيه الدولة، وهذه هي أهم نقاط الاختلاف بين الصلح في شؤون الأسرة والصلح الجنائي.

كما أن هناك نقاط أخرى يختلفان فيها مثل مسألة التعويض، إذ أن لا تعويض في الصلح في شؤون الأسرة وفي مقابل ذلك فإن الصلح الجنائي يضمن تعويض المجني عليه، كما أن هناك من يقول بإجراء الصلح الجنائي خارج المحكمة[1]، على خلاف الصلح في شؤون الأسرة الذي يُعتبر إجراء وجوبي يقوم به القاضي أي يكون داخل نطاق المحكمة.

إن الصلح في شؤون الأسرة هدفه الأساسي هو حماية الأسرة من التفكك، فهو بذلك يحمي عينة

أساسية في المجتمع، أما الصلح الجنائي بمعنييه(الضيق والواسع) فإن مداه يصل إلى غاية حماية النظام العام في الدولة، كما أن الصلح في شؤون الأسرة محدد بميعاد معين على خلاف الصلح الجنائي الذي لم يُحدد له المشرع أي ميعاد.

**ثانيا: تمييز الصلح في ق.أ.ج عن الصلح في القانون المدني**

يختلف الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح المدني في عدة جوانب أهمها:

– **من حيث أطراف الصلح:** طرفي الصلح في شؤون الأسرة دائما شخصين طبيعيين وهما الزوج والزوجةطبقا لنص المادة 04 من ق.أ.ج[2]، أم طرفي الصلح في القانون المدني يمكن أن

---

[1] أنظر **حمدي رجب عطية**، دور المجني عليه في إنهاء الدعوى الجنائية، رسالة دكتوراه حقوق، القاهرة، سنة 1990، ص.312.

[2] تنص المادة 04 من ق.أ.ج على مايلي **"الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".**

يكونا شخصين طبيعيين أو شخص طبيعي وشخص معنوي، لأن نص المادة 459 من ق.م.ج جاء عاما بخصوص طرفي الصلح.

– **من حيث الشخص القائم بالصلح:** يعتبر قاضي شؤون الأسرة هو المكلف بإجراء الصلح في قضايا شؤون الأسرة طبقا لنص المادة 49 من ق.ا.ج السالف الذكر وطبقا لنص المادة 431 من ق.إ.م.إ، أما الصلح في القانون المدنيفقد يكون بمبادرة من الخصوم أنفسهم أو أحدهم أو بسعي من القاضي.

– **من حيث ميعاد الصلح:** لقد حدد المشرع الجزائري ميعاد إجراء الصلح في قضايا شؤون الأسرة بثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، إذ بمجرد أن تُرفع دعوى الطلاق لابد على القاضي الشروع في إجراء محاولات الصلح خلال المدة المحددة له، على خلاف الصلح في القانون المدني فإن إجراء الصلح غير محدد بميعاد معين. إذ يمكن أن يكون في أي لحظة طيلة مراحل سير الدعوى، بحيث خول المشرع للقاضي وللأطراف إبرام الصلح في اللحظة المناسبة، وهذا راجع إلى التطور الذي قد تشهده الخصومة خلال سير الدعوى، فقد تكون بعض لحظات الخصومة أكثر ملائمة من اللحظات الأخرى[1]، وعليه فالقاضي له السلطة التقديرية في اختيار الوقت المناسب لإجراء الصلح بين أطراف النزاع على خلاف قاضي شؤون الأسرة الذي تكون سلطتهمقيدة في ذلك[2].

**من حيث الطبيعة:** يعتبر الصلح في قضايا شؤون الأسرة مجرد إجراء قضائي لابد على القاضي القيام به قبل الفصل في الدعوى، على خلاف الصلح في القانون المدني الذي يُعتبر عقد طبقا

---

[1] أُنظر **خوخي خالد**، التسوية الودية للنزاعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2012/2011، ص.128.

[2] المرجع نفسه، ص.130.

لنص المادة 459 من ق.م.ج، وما يترتب على هذا أن الصلح في القانون المدني تُطبق عليه أحكام العقد المنصوص عليها في القانون المدني، كأحكام الفسخ والبطلان على خلاف الصلح في شؤون الأسرة باعتباره إجراء قضائي فلا يخضع للنظرية العامة للعقد.

رغم هذه الفروق بين الصلح في شؤون الأسرة والصلح في القانون المدني وفروق أخرى لم نذكرها، فإن كلا الصلحين يهدفان إلى إنهاء النزاع بطريقة ودية وقطع دابر الخصومة.

**ثالثا: تمييز الصلح في ق.أ.ج عن الطرق البديلة لحل النزاعات المنصوص عليها في ق.إ.م.إ**

لقد ابتكر المشرع الجزائري في ق.إ.م.إ طرق بديلة لحل النزاعات والتي من بينها الصلح والوساطة، اللذان يهدفان إلى إزالة الخلاف ورفع النزاع وإنهاء الخصومة، حيث نص على هذه الطريقين في الكتاب الخامس، الباب الأول من ق.إ.م.إ من المادة 990 إلى 1005 من نفس القانون، وباستقراء نصوص هذه المواد ونصوص مواد ق.أ.ج الخاصة بالصلح، تظهر الفروق بين كل من الصلح في شؤون الأسرة والطرق البديلة لحل النزاعات المنصوص عليها في ق.إ.م.إ (الصلح والوساطة) والتي من أهمها نجد:

- إن الصلح في قضايا شؤون الأسرة إجراء وجوبي ويتعلق عموما وعلى الخصوص بفك الرابطة الزوجية[1]، يقع على القاضي القايام به بين الزوجين طبقا لنص المادة 49 من ق.أ.ج السالف الذكر، على خلاف الطرق البديلة لحل النزاعات فهي إجراءات اختيارية طبقا لنص المادة 990 من ق.إ.م.إ إذ تُعتبر كطرق تعويضية، يمكن لأحد طرفي الخصومة أن يلتجأ إليها.

---

[1] أُنظر **عروي عبد الكريم**، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية "الصلح والوساطة القضائية" طبقا لـــ ق.إ.م.إ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن عكنون-الجزائر، السنة الجامعية 2012، ص.31.

– طرفي الصلح في شؤون الأسرة هما دائما شخصين طبيعيين على خلاف الطرق البديلة، التي يمكن أن يكون أحد طرفيها غير شخص طبيعي طبقا لنص المادة 997 من ق.إ.م.إ.

– سلطة قاضي شؤون الأسرة كما أسلفنا هي سلطة مقيدة في إجراء الصلح، أما سلطة القاضي في الطرق البديلة لحل النزاعات هي سلطة تقديرية، يملك القاضي بمقتضاها سلطة تحديد الزمان والمكان الذي يراهما مناسبين لإجراءه.

**الفقرة الثالثة: الطبيعة القانونية للصلح في مادة شؤون الأسرة**

لقد كان القضاء الجزائري بشأن محاولة الصلح متضاربا ومتناقضا في أحكامه وقراراته، بمعنى أنه يمكن أن يقع الطلاق بدون صلح[1]، فلقد اختلف الكثير من رجال القانون عند تفسيرهم لنص المادة 49 من ق.أ.ج إلى اتجاهين، اتجاه يرى بأن الصلح من الإجراءات الجوهرية، وبالتالي فهو من النظام العام، ويترتب على إغفاله أو عدم قيام القاضي به بطلان العمل القضائي، ومنه حكم الطلاق أو التطليق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي، واتجاه يرى عكس ذلك بأن محاولة الصلح لا تُعد إجراء جوهري ولا علاقة له بالنظام العام[2].

بالرجوع إلى التطبيقات القضائية، نجد كما قلنا بأن هناك تضارب إذ أن هناك قرارات قضائية تؤيد الاتجاه القائل بأن محاولة الصلح إجراء غير جوهري، وهذا ما يُؤكده قرار المحكمة العليا بنصه على أن "إن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق، ليست من

---

[1] أُنظر **حبار آمال**، الصلح ودوره في حل النزاعات الأسرية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة 02، العدد 12، ص.445.

[2] أُنظر **بن هبري عبد الحكيم**، المرجع السابق، ص.43.

الإجراءات الجوهرية وإن لفظ الطلاق والتطليق تصدر دائما نهائية"[1]، وفي مقابل هذا الاتجاه هناك العديد من القرارات القضائية خاصة بعد تعديل ق.أ.ج وق.إ.م.إ تؤيد الاتجاه القضائي المؤيد لفكرة الصلح كإجراء جوهري، فقد جاء في قرار المحكمة العليا ما نصه "من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد محاولة صلح من القاضي...ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يُعد خطأ في تطبيق القانون...".

## الفرع الثاني

## الدور الحمائي للقاضي في إجراء الصلح

تظهر حماية القاضي للأسرة من خلال إجراء الصلح، عند مباشرة القاضي لهذا الإجراء ومدى التقيد والعمل به قبل الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية، ولن تتأتى هذه المباشرة إلا بتوفر شروط لابد على القاضي التحقق من توافرها وهذا ما سنتطرق إليه في الفقرة الأولى بدراسة شروط مباشرة القاضي لإجراءات الصلح، وتكتمل حماية القاضي للأسرة من خلال إجراء الصلح بإبراز الدور الذي يقوم به القاضي أثناء محاولات الصلح من خلال اتخاذه لبعض التدابير المعينة لحماية الأطراف الضعيفة في الأسرة (الزوجة والأولاد)، وهذا ما سنتناوله في الفقرة الثانية بالتركيز على دور القاضي أثناء محاولات الصلح.

### الفقرة الأولى: شروط مباشرة القاضي لإجراءات الصلح

اشترط المشرع الجزائري على القاضي لمباشرته إجراء الصلح في قضايا شؤون الأسرة شروطا، من هذه الشروط ما هو موضوعي ومنها ما هو شكلي، وعليه سنتطرق في أولا إلى

---

[1] المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار رقم 36962 مؤرخ في 1985/06/03، م.ق عدد 02 لسنة 1990، ص.40.

الشروط الموضوعية لمباشرة القاضي إجراء الصلح، ثم نتطرق ثانيا إلى الشروط الشكلية لمباشرة القاضي إجراء الصلح، وذلك لأن حماية القاضي للأسرة من خلال إجراء الصلح لا تتحقق ولا تتجسد إلا عن طريق توفر هذه الشروط.

**أولا: الشروط الموضوعية لمباشرة القاضي لمحاولات الصلح**

عملا بنص المادة 49 من ق.أ.ج السالفة الذكر، نستنتج أنه يمكن للقاضي إجراء الصلح في قضايا شؤون الأسرة متى توفرت الشروط التالية: أ- ضرورة وجود نزاع قائم بين زوجين، ب- ضرورة رفع دعوى فك الرابطة الزوجية، ج- ضرورة وجود عقد زواج.

**أ- ضرورة وجود نزاع قائم بين زوجين**

من البديهي والظاهر أن يُعتبر شرط وجود نزاع أول شروط الصلح، لأنه هو الداعي إلى الخصومة بين الطرفين، وعليه هو الداعي إلى ترتيب وإبرام الصلح بينهما، فلا عبرة بتسمية الطرفين للعقد صلحا إذا لم يوجد بينهما نزاع[1].

إن محل الصلح بين الزوجين هو النزاع والخلاف القائم بينهما، إذ لا صلح في غياب هذا النزاع. فمحل الصلح هو الحق المتنازع فيه، ويتحقق الصلح بنزول كل طرف عن جزء من حقه[2]، ولعل الوسيلة التي يستعين بها القاضي للكشف عن وجود نزاع حقيقي بين الزوجين بعد سماع كل منهما على حدى وسماعهما معا، هي رفع دعوى قضائية من أحد الزوجين لفك

---

[1] أُنظر **الطاهر برايك،** عقد الصلح، دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون-جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2002/2001، ص.24.

[2] **علي بن عوالي،** الصلح ودوره في استقرار الأسرة-دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، السنة الجامعية 2012/2011، ص.62.

الرابطة الزوجية، وعليه فإن القاضي يصل إلى النزاع والشقاق الواقع بين الزوجين عن طريق السماع وعن طريق دعوى فك الرابطة الزوجية المرفوعة من أحد الزوجين.

وعليه فإذا كان هناك اتفاق بين الزوجين لفك الرابطة الزوجية أو ما يُعرف بالطلاق بالتراضي، فإنه لا يتوجب على القاضي اللجوء إلى إجراء الصلح بين الزوجين بسبب انتفاء النزاع بينهما، بحيث ما على القاضي في هذه الحال سوى تطبيق الاتفاق بين الزوجين.

إذن نخلص بأنه حتى يتمكن القاضي من مباشرة إجراء الصلح، لابد من ضرورة وجود نزاع باعتبار أن الصلح يقتضي وجود نزاع.

**ب- ضرورة رفع دعوى فك الرابطة الزوجية**

لا يمكن للقاضي مباشرة محاولات الصلح غلا برفع دعوى قضائية من أحد الزوجين يكون موضوعها فك الرابطة الزوجية، إذ أن برفع الدعوى يتضح للقاضي جدية النزاع بين الزوجين وعزمهما على إنهاء العلاقة الزوجية بينهما. وعليه فإن مجال محاولة الصلح يتحدد بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بالإرادة المشتركة للزوجين أو بالذي يكون بطلب من الزوجة وهو التطليق والخلع[1].

لقد أوجب المشرع الجزائري على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل الفصل في موضوع دعوى الطلاق، وبالتالي فإن محاولة الصلح ودعوى فك الرابطة الزوجية أمران متلازمان، أي أنه يستلزم أحدهما الآخر، فلا يجري القاضي صلحا إذا لم تُرفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين.

---

[1] أُنظر **نوري عمر**، النظام القانوني للصلح بين الزوجين في تشريع الأسرة الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور-الجلفة، العدد 03، المجلد 02، ص.298.

مما لا شك فيه أنه لابد من توافر شروط رفع الدعوى المنصوص عليها في ق.إ.م.إ لاسيما المواد 13 و14 و15 من هذا القانون، فحتى يستطيع القاضي إجراء محاولات الصلح لابد أن تكون الدعوى مستوفية شروطها ومقبولة من الناحية الشكلية.

**ج- ضرورة وجود عقد زواج**

ترتبط محاولة الصلح التي يعقدها القاضي بمفهوم نص المادة 49 من ق.أ.ج بالعلاقة التي تربط الزوجين وهي عقد النكاح، فلا مجال لمحاولة الصلح من غير وجود لعقد زواج قائم فعلا، فشرط عقد الزواج هو الركن الأساس لمحاولة الصلح، لأن الطلاق لا يكون إلا في عقد زواج قائم فعلا من الناحية الشرعية على الأقل[1]، فلا يكون إلا بناء على عقد زواج صحيح ولازم[2].

هذا الشرط يطرح عدة إشكالات قانونية وعملية من أهمها، هل يُشترط لإجراء الصلح أن يكون هناك دخول حقيقي بالزوجة؟ وماذا ينبغي على القاضي أن يفعل إذا عُرض عليه نزاع ناتج عن زواج عرفي؟ فبخصوص إشكالية مدى تأثير الدخول بالزوجة على إجراء الصلح، فعملا بأحكام المادة 04 من ق.أ.ج باعتبار أن الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، فإن العبرة بالعقد لا بالدخول، فلو عقد رجل على امرأة ولم يدخل بها وحصل بينهما نزاع وخلاف أدى بأحدهما إلى رفع دعوى لفك الرابطة الزوجية، فإنه يتوجب على القاضي وعملا بأحكام المادة 49 من ق.أ.ج إجراء محاولات الصلح وإلا أُعتبر الحكم الصادر في دعوى فك الرابطة الزوجية باطلا. أما بخصوص إشكالية مدى تأثير الزواج العرفي

---

(1) أُنظر **نوري عمر**، المرجع السابق، ص.297.

(2) **زيدان عبد النور**، الصلح في الطلاق، دراسة للنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون-الجزائر، السنة الجامعية 2007/2006، ص.101.

على إجراء الصلح، فهنا على القاضي النظر في إثبات الزواج أولا ثم النظر في دعوى فك الرابطة الزوجية، وقد ثبت في الاجتهادات القضائية أنه في حال اجتماع النظر في إثبات زواج عرفي والطلاق من هذا الزواج، يمكن للقاضي الحكم بتثبيت الزواج العرفي وفي نفس الوقت الحكم بالطلاق، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا على أن "...إذا توافرت الأركان الشرعية للزواج يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق..." [1].

وعليه يمكن القول أنه يتوجب على القاضي إجراء الصلح عند تثبيت الزواج العرفي حتى لا يكون حكمه بخصوص فك الرابطة الزوجية معرضا للبطلان.

**ثانيا: الشروط الشكلية لمباشرة القاضي لمحاولات الصلح**

بالرجوع إلى نصوص ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على الشروط الشكلية (الجانب الشكلي) لانعقاد وسير جلسة محاولة الصلح أما القاضي، إلا أنه تدارك هذا النقص من خلال ق.إ.م.إ حيث جاء بإجراءات وشروط خاصة متعلقة بانعقاد وسير جلسة الصلح نوجزها في نقطتين أساسيتين، أولها تتعلق بأطرف جلسة الصلح وثانيها تتعلق بإجراءات محاولة الصلح.

**أ- أطراف جلسة الصلح**

بخصوص أطراف جلسة الصلح، فإنه تبعا لأحكام المادة 49 من ق.أ.ج والمادة 443 من ق.إ.م.إ، فإن الأطراف المخول لها حضور جلسة الصلح هم: الزوجان بطبيعة الحال والقاضي، وكاتب الضبط، وقد رخص المشرع الجزائري بناء على طلب أحد الزوجين لأحد أفراد العائلة

[1] م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 34980 مؤرخ في 1997/04/01، نشرة القضاة، عدد 53 سنة 1998، ص.56.

الحضور والمشاركة في محاولة الصلح (المادة 440 من ق.إ.م.إ)، فمن غير هؤلاء الأطراف لا يسمح لأي طرف حضور جلسة الصلح حتى المحامين للحفاظ على الطابع السري للجلسة (المادة 439 من ق.إ.م.إ)، وبهذا تتحدد أطراف جلسة الصلح في ثلاثة أطراف وهم: الزوجين، القاضي، كاتب الضبط.

**ب- إجراءات محاولة الصلح**

تتلخص هذه الإجراءات في إجراءين جوهريين، أولهما يتعلق بميعاد إجراء محاولة الصلح، حيث لأنه بموجب المدة 49 من ق.أ.ج والمادة 442 من ق.إ.م.إ ينبغي على القاضي أن يعقد جلسة محاولة الصلح في أجل ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. فالمدة التي حددها المشرع ليست بالطويلة ولا بالقصيرة، لأنه من الجانب العملي فإن عرض الموضوع على القاضي بجدولة القضية يكون بعد عشرون (20) يوما على الأقل وشهر على الأكثر من ذلك، وعليه فإن ما تبقى من المدة يكون معقولا جدا لامكانية عقد جلسات الصلح، فيمكن معه استغراق مدة الثلاثة أشهر في عدة محاولات للصلح[1].

أم الإجراء الثاني فيتمثل في انعقاد وسير جلسة محاولة الصلح، والتي تنطلق بعد رفع دعوى فك الرابطة الزوجية من أحد الزوجين بإبلاغ الزوج الآخر من طرف الظوج المدعي عن طرريق المحضر القضائي باستدعائه للحضور إلى المحكمة في الجلسة المحددة، وعند حضور الزوجين أول جلسة أمام المحكمة يستدعيهما القاضي إلى مكتبه بواسطة مكتب الضبط لحضور

---

[1] أُنظر **زيدان عبد النور**، المرجع السابق، ص.108.

جلسة الصلح[1]، فيقوم الكاتب بالمناداة على الزوجين وتُعطى الكلمة للمدعي في دعوى الطلاق لمعرفة أسباب ودوافع طلب فك الرابطة الزوجية، ثم بعدها يحيل الكلمة للطرف الآخرليرى أقواله وتكون له نظرة، ثم بعدها ينطلق القاضي في محاولة الصلح وتقريب وجهات النظر بين الطرفين، بإقناعهما بالتنازل عن ادعاءاتهما ويبرز لهما مفاسد الفرقة وأثرها على الأسرة والأولاد، فإن تجاوبا الزوجان مع القاضي أصلح بينهما، أما في حالة العكس يعلمهما القاضي بتاريخ الجلسة القادمة لإجراء الصلح[2].

ختاما لهذه الفقرة، فإنه يتوجب على القاضي قبل شروعه في إجراء محاولات الصلح، التحقق من توفر شروط إجراءه الموضوعية والشكلية ليتسنى له بعدها إجراء محاولات الصلح بين الزوجين، إذ أن توفر شروط إجراء محاولات الصلح من شأنه أن يساهم في حماية الأسرة، وذلك عن طريق إلزام القاضي بإجراء محاولات الصلح متى توفرت الشروط السابقة الذكر، بحيث أنه بواسطة هذا الإلزام الذي كان نتيجة توفر الشروط السابقة الذكر يستأصل القاضي النزاع ويرفع الخلاف ويقطع دابر الخصومة، وبالتالي يُساهم القاضي عن طريق إجراء محاولات الصلح في المحافظة على العلاقة الزوجية وحماية الأسرة ككل من التفكك والتصدع.

## الفقرة الثانية: دور القاضي أثناء إجراء محاولات الصلح

لقد أصبح القاضي يتدخل بشكل إيجابي في سير إجراءات دعوى فك الرابطة الزوجية، إذ منحه ق.إ.م.إ أن يأمر في إطار التحقيق باتخاذ أي تدبير يراه لازما لذلك (المادتين 450 و451 من ق.إ.م.إ)، ومما لا شك فيه أن منح المشرع للقاضي هذه السلطات الواسعة في اتخاذ

---

[1] أُنظر **بلحاج العربي،** طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 03، 1990، ص.609.

[2] إجراءات اكتشفناها من سلسلة المقابلات التي كنا نجريها مع قضاة شؤون الأسرة.

التدابير اللازمة كله من أجل حماية الأسرة من التفكك والتصدع، وخير دليل هلى ذلك منحه هذه السلطات حتى أثناء إجراءات الصلح طبقا لنص المادة 425 من ق.إ.م.إ، وعليه سنحاول تبيان حماية القاضي للأسرة باتخاذ التدابير الضرورية في إطار التحقيق أثناء محاولات الصلح أولا، ثم نبين أيضا حماية القاضي للأسرة بااتخاذ التدابير المؤقتة أثناء محاولات الصلح ثانيا.

**أولا: حماية القاضي للأسرة باتخاذ التدابير الضرورية أثناء محاولات الصلح**

عملا بأحكام المواد 425 و450 و451 من ق.إ.م.إ السالفة الذكر، فإن المشرع الجزائري منح للقاضي صلاحيات واسعة كتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة أو الانتقال للمعاينة، من أجل التأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق أو تكييف الوقائع المدعمة لطلب التطليق وذلك حتى أثناء إجراءات الصلح. فأصبح القاضي يتخذ كل تدبير يراه ضروريا ولازما من أجل الكشف والبحث عن إرادة الزوج طالب فك الرابطة الزوجية، بما في ذلك وسائل التحقيق من أجل التأكد من إرادة طالب فك الرابطة الزوجية[1]، كما أصبح القاضي يبحث ويتقصى وفقا للآليات التي رسمها له القانون بموجب نص المادة 451 من ق.إ.م.إ عن مدى توفر الأسباب الموجبة للتطليق والخلع. ومدى تمسك الزوجة بفك الرابطة الزوجية، وذلك من خلال اتخاذه كل التدابير التي يراها ملائمة لاسيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الانتقال للمعاينة[2].

يستعين القاضي بوسائل التحقيق المنصوص عليها في المواد المذكورة أعلاه أثناء إجراءه لمحاولات الصلح بغرض إنهاء النزاع القائم بين الزوجين، فمثلا إذا تبين للقاضي أثناء

---

[1] **بن هبري عبد الحكيم،** المرجع السابق، ص.230.

[2] أنظر **بربارة عبد الرحمن،** شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 02، منشورات بغدادي، الجزائر، سنة 2009، ص.340.

إجراءه لمحاولة الصلح أن أحد الزوجين يُعاني من اضطراب عقلي، فله أن يأمر بإجراء خبرة طبية للتأكد من السلامة العقلية للزوج المريض، حيث إذا تبين أن هذا الزوج غير سليم في عقله، فللقاضي أن يحكم بعدم قبول دعوى فك الرابطة الزوجية من حيث الشكل لانعدام الأهلية طبقا لنص المادة 64 من ق.إ.م.إ، وبالتالي المحافظة على العلاقة الزوجية القائمة وحماية الأسرة من التفكك، ونفس الأمر بالنسبة لوسائل التحقيق الأخرى.ففيما يخص وسيلة المعاينة ففي إطار التأكد من إرادة الزوج بخصوص الطلاق الذي لم يحضر إلى جلسة الصلح لسبب قانوني، جاز لقاضي شؤون الأسرة أن ينتقل لمعاينة الحياة الزوجية واستجواب الأقارب والجيران في عين المكان، وهو ما نصت عليه المادة 1/451 من ق.إ.م.إ، فإذا تبين له من خلال سماع الأقارب والجيران بأن سبب النزاع بين هذه الزوجين عو سبب تافه لا يستحق معه التفريق بين هذه الزوجين، فللقاضي أن يُحاول إقناع كلا الزوجين بإنهاء الخلاف بينهما خلال محاولات الصلح الأخرى، فإذا فشل في ذلك فله أن يحكم برفض دعوى فك الرابطة الزوجية من حيث الموضوع لعدم التأسيس، فتكون هناك فرصة أخرى لإجراء الصلح بينهما، وبهذا يكون قد حافظ على العلاقة الزوجية والأسرة ككل.

نخلص إلى أن وسائل التحقيق التي يستعملها القاضي باتخاذه لكل التدابير الضرورية واللازمة لذلك، من شأنها المساهمة في تحقيق الحماية القضائية للأسرة من كل أنواع التفكك أثناء إجراء محاولات الصلح.

**ثانيا: حماية القاضي للأسرة باتخاذ التدابير المؤقتة أثناء محاولات الصلح**

لقد منح ق.إ.م.إ. لقاضي شؤون الأسرة بمناسبة نظره في القضايا المعروضة عليه، باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية والوقائية أثناء سير الخصومة، مثل منح نفقة مؤقتة، حضانة

مؤقتة، زيارة مؤقتة، أثاث الزوجة أو الزوج...إلخ[1]، كما خولت المادة 57 مكرر من ق.أ.ج للقاضي امكانية الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في التدبير المؤقتة سواء أثناء مرحلة الصلح أو بعدها، وفي كل مراحل النزاع في دعاوى فك الرابطة الزوجية، وقد ذكر المشرع الجزائري على سبيل المثال لا الحصر في هذه المادة بعض التدابير المؤقتة التي يمكن للقاضي أن يتخذها سواء أثناء إجراءه لمحاولات الصلح أو في أي مرحلة كانت عليها الدعوى قبل الفصل فيها، مثل التدابير المؤقتة المتعلقة بالمفقة المؤقتة. فقد أقر المشرع إجراءات سريعة للحصول على النفقة، لأنه جرى في الواقع المعاش أن تنتقل الزوجة من بيت زوجها عند رفع دعوى فك الرابطة الزوجية أو قبلها، وأثناء هذه الفترة تحتاج حتما لمن يُنفق عليها لسد حاجياتها هي وأولادها، ومن هنا يحق للزوجة أن تلجأ إلى القاضي قصد استصدار أمر على عريضة يتضمن الحكم لها ولأولادها بمبلغ من المال كنفقة[2]، فاتخاذ القاضي لهذا الإجراء أو التدبير الوقتي المتعلق بالنفقة يضمن حماية القاضي للزوجة ولأولادها وبالتالي الأسرة ككل من الفقر وإغناءهم عن سؤال الناس، لاسيما مع طول مدة إجراء الصلح (03 أشهر) وكذا طول الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية.

أيضا من أمثلة الإجراءات والتدابير المؤقتة التي يتخذها القاضي أثناء سير دعوى فك الرابطة الزوجية قبل الفصل فيها، وأثناء إجراءه لمحاولات الصلح، نجد التدابير المتعلقة بالحضانة المؤقتة.فإذا كان أحد الزوجين أقام دعوى الطلاق أمام المحكمة المختصة وكان بينهما

---

[1] **بداوي علي،** الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة، نشرة القضاة، وزارة العدل، العدد 64، سنة 2009/2008، ج 01، ص. ص.353 و354.

[2] أُنظر **بن جناحي أمينة،** دور القاضي في الخلع، دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة آمحمد بوقرة–بومرداس، بتاريخ 2014/05/21، ص. 103.

ولد أو أكثرممن هم في سن الحضانة، فإن الفصل في طلب إسناد حق الحضانة مقرر لأحد مستحقيها في تلك الفترة، وغالبا ما تكون أثناء فترة محاولات الصلح قبل صدور حكم في الموضوع[1]، إذن فإن التدبير المؤقت الذي يتخذه القاضي بخصوص الحضانة من شأنه حماية الأولاد من التشرد والضياع بتأمين لهم شخص يقوم بتربيتهم وتعليمهم ورعايتهم، وبالتالي تتحقق حماية القاضي للأسرة عبر هذا التدبير المؤقت المتعلق بالحضانة أثناء إجراءه لمحاولات الصلح.

هناك أيضا أمثلة أخرى حول التدابير المؤقتة التي يمكن أن يتخذها القاضي أثناء إجراءه لمحاولات الصلح وحال قيام دعوى فك الرابطة الزوجية سواء ما نصت عليها المادة 57 مكرر من ق.أ.ج أو غيرها من المواد الأخرى، وعليه ونظرا لأهمية هذه التدابير المؤقتة ومدى مساهمتها في حماية الأسرة فقد خصصنا المبحث الثاني من هذا الفصل لتحديد أهم مظاهر الحماية القضائية للأسرة من خلال هذه التدابير المؤقتة سنتطرق إليها لاحقا.

ختاما لهذه الفقرة، فإننا ننوه بالدور الإيجابي الذي يقوم به القاضي أثناء إجراء محاولات الصلح من خلال أمره باتخاذ كل التدابير الضرورية والمؤقتة اللازمة، ليست لها غاية سوى حماية الأسرة بالدرجة الأولى كما بينا سابقا، وقد دعم المشرع هذه الحماية من خلال هذه التدابير إذ جعل الفصل فيها من الأمور المستعجلة، إذ يجب على القاضي الفصل على وجه الاستعجال في الطلب المتعلق بالتدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن، حتى ولو كان الفصل في هذا الطلب قبل أو بعد إجراء محاولات الصلح، فيُضفي طابع الاستعجال من خلال هذه التدابير حماية استثنائية للأسرة تقع على القاضي مهمة تأمينها.

---

[1] أنظر **بن جناحي أمينة**، المرجع السابق، ص. 19.

## الفرع الثالث

## عوائق حماية القاضي للأسرة بالصلح القضائي وحلولها

إن عمل القاضي في إجراء الصلح بين الزوجين تعترضه عدة عوائق تحول دون تحقيق الغاية المبتغاة من الصلح، فإذا كانت غاية الصلح تهدف بحق إلى الحفاظ على التماسك الأسري وإنهاء الخصومة بصفة نهائية، فإن هذه الغاية الملقاة على عاتق القاضي تحقيقها تعترض تطبيقها عدة عوائق سنتطرق إليها في الفقرة الأولى، إلا أن هذه العوائق يمكن معالجتها من خلال بعض الحلول المقترحة من شأنها على الأقل المساهمة في تذليل هذه العوائق أو القضاء عليها وبالتالي نجاح القاضي في إجراء الصلح، وهذا ما سنحاول تبيانه في الفقرة الثانية.

### الفقرة الأولى: عوائق حماية القاضي للأسرة بالصلح القضائي

إذا كان الأصل أن تُفلح جهود القاضي في محاولات الصلح بين الزوجين، فقد أصبح الغالب عليها عدم النجاح، وهذا مؤشر على وجود عائق وخلل في جهود أطراف الصلح، وهذا الخلل أو العائق مما لا شك فيه أن له أسباب عديدة لعل أهمها مايلي:

– ازدياد عدد القضايا المنظورة من قبل القاضي الواحد، بحيث يتعذر مع هذه الكثرة إعطاء كل قضية حقها من بذل الجهد ومحاولة الإصلاح، حتى أصبح في كثير من الأحيان عرض الصلح أمرا إجرائيا شكليا، لا يستغرق سوى دقائق معدودة لا يتصور معها نجاح في تحقيق صلح أو رأب صدع أو توفيق بين الآراء[1]، فتكمن أولى هذه العوائق في إسناد مهمة الصلح إلى قاضي

---

[1] **واصف عبد الوهاب البكري**، سلطة القاضي في الحد من المنازعات الأسرية، بحث مقدم لأعمال المؤتمر القضائي الشرعي الأول المقرر انعقاده في عمان–أيلول 2007، دائرة قاضي القضاة، المملكة الأردنية الهاشمية، ص. 15.

واحد ألا وهو قاضي الحكم. فيقوم نفس القاضي بعملية التصالح ومتابعة القضية لإصدار حكم فيها، وقد كرس ق.أ.ج هذا المبدأ بإسناده إجراء الصلح لقاضي الأسرة الذي هو قاضي الحكم وهذا من شأنه أن يُعطل هذه العملية ويُنقص من فعاليتها[1]، فالإختصاص المزدوج للقاضي يؤدي إلى نتائج تنبىء بفشله وبالتالي عدم نجاحه، كما قد يتخلى عن دوره المتمثل في دفع الطرفين للتصالح وتقريب وجهة نظرهما، الشيء الذي يجعله يكتفي بالإشارة إلى مقتضيات الصلح بمجرد الإشارة العابرة كإجراء روتيني، ويتعامل معه كشكلية ضرورية يقتضيها النص القانوني الذي ينص على الرقابة القضائية للمحكمة[2]، فيتلخص هذا العائق في كثرة الملفات والقضايا المعروضة على قاضي واحد مما قد يُؤدي إلى فشل الصلح، وبالتالي لابد على القاضي الفصل والحكم في دعوى فك الرابطة الزوجية بتفريق الزوجين نظرا لفشل الصلح بينهما، وهذا ما يجعل الأسرة عرضة للتفكك وتشرد الأطفال وضياعهم نتيجة الآثار السلبية للطلاق.

– إن عدم الخبرة الكافية عند بعض القضاة خاصة في مجال الإصلاح والتوفيق الأسري سبب هام في فشل جهود الوساطة والإصلاح[3]، فعائق نقص الخبرة للقضاة يعود سببه إلى تولي مهمة الصلح بين الزوجين قضاة حديثي عهد بالتوظيف أو نقص في التكوين أو التدريب للقضاة القائمين بهذه المهمة أو إلى قضاة شباب في مقتبل العمر غير متزوجين، فلا يدركون ما يُسببه الطلاق من آثار سلبية على الأطفال وعى الأسرة ككل.

---

[1] أُنظر **كريمة محروق**، الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص. 214.

[2] أُنظر **حبار آمال**، المرجع السابق، ص.449.

[3] **واصف عبد الوهاب البكري**، المرجع السابق، ص. 15.

– عدم الجدية والاهتمام الكافي من قبل بعض القضاة أثناء عرضهم للصلح، فيتعاملون مع المسألة وكأنها أمر شكلي عرضي[1]، وتظهر عدم الجدية في هذه المهمة في تسرع القاضي بالحكم بفك الرابطة الزوجية بعد فشل محاولة الصلح الأولى دون ان يبذل جهدا إضافيا بعقد جلسات صلح أخرى كما نص عليها المشرع في نص المادة 49 من ق.أ.ج السالف الذكر.

– محاولة بعض المحامين إقناع موكليهم بأن إجراء الصلح لا فائدة منه، ومحاولتهم إبعاد موكليهم عن الصلح لأغراض مادية لا لشيء آخر، باعتبار أن المتقاضي لا يعي مزايا الصلح ومساهمته في توحيد الأسرة وحمايتها، إذ أن بعض المحامين هداهم الله تجدهم هم من يعرقلون نجاح محاولة الصلح بين الزوجين.

– يُعتبر أيضا من عوائق إجراء الصلح، إصرار الزوجين على موقفهما وتصلبهما غير مدركين مزايا الصلح وخصوصياته، وما يصبو إليه من تحقيق السلم وحل النزاعات وديا وبعيدا عن نشر الحقد والكراهية بين الأطراف، فتمسك الخصوم بالمواقف يُبقي الخلاف قائما والحل الاتفاقي مستعصيا[2].

– عدم خضوع القضاة في أداء مهامهم في إجراء محاولات الصلح بين الزوجين لأي رقابة، وبالتالي التواني في أداء هذه المهام وعدم حرصهم على تحقيق النتيجة المبتغاة من الصلح، والمتمثلة في الحفاظ على التماسك الأسري وقطع دابر الخصومة بين المتنازعين.

– غياب نشر ثقافة الحلول البديلة للنزاعات، وذلك بالاعتقاد السائد لدى البعض بأن من شأن نشر هذه الثقافة هيمنة تلك الحلول على النزاعات وإقصاء الأحكام وتهميش القضاء، مع عدم

---

[1] **واصف عبد الوهاب البكري**، المرجع السابق، ص. 15.

[2] **حبار آمال**، المرجع السابق، ص.450.

وجود الوقت الكافي لإبرام الصلح، إضافة كثرة المنازعات الأسرية وقلة الموارد البشرية، وعدم اقتناع الأطراف المتنازعة بثقافة الصلح وحل النزاعات بالطرق السلمية وتدخل الأطراف الأجنبية في النزاع بشكل سلمي[1].

– رفض مبدأ الصلح، فقد يحصل بأن كل من الزوجين أو أحدهما يأبى مواصلة الحياة الزوجية مع الطرف الآخر، كما يحدث أن يتمسك طالب فك الرابطة الزوجية من أحد الزوجين بطلبه بالرغم من رغبة الطرف الآخر إجراء محاولة الصلح معه، ومواصلة محاولة الحياة الزوجية بينهما وبالتالي يفشل الصلح[2].

– ضعف الوازع الديني الذي يُرغب في الصلح ويُرهب من الفرقة للأطراف المعنية بالصلح سواء الزوجين أو القاضي، فرغم أن الله سبحانه وتعالى رغب في الصلح في العديد من الآيات وأكدت السنة النبوية على فضل الصلح ونبذ الفرقة والتنازع، إلا أننا نجد الزوجين عند حدوث خلاف بينهما ينسون ويتناسون هذه الآياتوالأحاديث التي تُرغب في إصلاح ذات البين، كما أن ضعف الوازع الديني لبعض القضاة يجعلهم يرون الصلح مجرد إجراء من إجراءات قبول دعوى فك الرابطة الزوجية.

ختاما نقول بأن هذه العوائق عديدة ومتنوعة تختلف وتتنوع حسب أسباب نشوءها، إلا أنه يمكن معالجتها. فنظرا للمقاصد التي يحققها الصلح بين الزوجين سواء كانت مقاصد عامة

---

[1] أُنظر **كريمة محروق،** الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص. 215.

[2] أُنظر **نوري عمر،** المرجع السابق، ص.295.

والتي تشمل الحفاظ على النسل، الاسهام في ترابط المجتمع أو كانت مقاصد خاصة والتي تشمل تحقيق السكن والمودة والرحمة، المحافظة على الدين، حسن تربية الأولاد[1].

بعد تبيان عوائق حماية القاضي للأسرة بالصلح، سنتطرق في الفقرة الموالية إلى الحلول المقترحة لإزالة هذه العوائق.

## الفقرة الثانية: الحلول المقترحة لإزالة عوائق حماية القاضي للأسرة بالصلح

هناك حلول عديدة للعوائق التي قد تعترض عمل القاضي في حماية الأسرة من خلال الصلح، وسنقتصر فيمايلي على ذكر أهم الحلول الفعالة الهادفة لتفعيل دور القاضي في حماية الأسرة من خلال الصلح:

– إنشاء مكتب أو مجلس لتسوية المنازعات الأسرية قبل عرضها على المحكمة[2]، من مهامه وأهدافه تهدئة النفوس والتخفيف من حدة الغضب والتوتر والمساعدة على إطفاء نار الحقد المشتعلة بين الزوجين، والتخفيف من النزاعات الأسرية بحلها بطرق ودية بعيدا عن المحاكم وإجراءاتها وتقديم الاستشارات القانونية المجانية، لكل من يطلبها سواء كان ذلك بالحضور إلى المجلس أو بالإتصال، وإذا لم يتوصل المجلس إلى الإصلاح بين الزوجين تحول القضية إلى القضاء[3]، وتظهر أهمية إنشاء هذا المجلس في تخفيف العبء على القضاء، حيث يتفرغ ويتخصص هذا المجلس لحل المنازعات الأسرية فقط وهذا ما من شأنه تعزيز وتدعيم حماية الأسرة. وهناك من يرى بإنشاء لجان خاصة على مستوى المحاكم في الأقسام المتعلقة بشؤون

---

[1] أُنظر **أحمد عثمان المجدوب،** الصلح بين الزوجين، مجلة الجامعة الأسمرية، العدد 23، سنة 2014، الجامعة الأسمرية الإسلامية–ليبيا،ص. ص.من 114 إلى 116.

[2] أُنظر **عدلي أمير خالد،** محكمة الأسرة، قواعد وإجراءات في ضوء أحكام وقوانين الأحوال الشخصية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 2005، ص.12.

[3] أُنظر **كريمة محروق،** الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص. 217.

الأسرة، وأن تكون هذه اللجان عالمة بالمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية شرعا وقانونا ولها مكانة في المجتمع، يوكل إليها النظر في المشاكل الأسرية والبحث عن الحلول المناسبة لها، انطلاقا من البحث عن أسباب الخلاف والنزاع، وانتهاء بمحاولة الصلح والتوفيق بين الطرفين المتنازعين، حفاظا على استقرار الأسرة واستمرارها[1]، وهذا ما يُجسد الحماية القضائية للأسرة من خلال الصلح باعتبار أن هذه اللجان الخاصة تتكون منطقيا من قضاة متخصصين في شؤون الأسرة وبالأخص في مجال الإصلاح الأسري.

– على وزارة العدل وكذا الجهات القضائية إخضاع المكلفين بالمهام الصلحية لدورات تكوينية في كل ما يتعلق بمحاولات الصلح فقها وقانونا، ودعمها بعلوم النفس كعلم الاجتماع وعلم النفس السلوكي وعلم التواصل، وتفعيل المقاربة الوقائية في التعامل مع قضايا الأسرة بدل التركيز على المقاربة القانونية المحضة والتي أبانت عن قصورها في تغليب كفة نسبة نجاح العملية الصلحية على كفة نسبة فشلها[2]، فلابد من إخضاع القضاة لهذه الدورات التكوينية المتخصصة في مجال الإصلاح والتوجيه الأسري والاستعانة في هذه الدورات بأهل الخبرة والاختصاص في هذا المجال، حيث أن هذه الدورات التكوينية من أهدافها الأساسية معالجة نقص الخبرة لدى بعض القضاة في مجال الإصلاح الأسري، وبالتالي إزالة عائق نقص الخبرة الكافية لدى بعض القضاة في مجال الصلح وهذا ما يُؤدي إلى تجسيد حماية القاضي للأسرة عبر آليةالصلح القضائي.

– يجب على القاضي في إطار حمايته للأسرة عبر إجراء محاولات الصلح، تذكير الزوجين بمزايا الصلح الواردة في آيات القرآن الكريم وأحاديث السنة النبوية لتقوية الوازع الديني لهما،

---

(1) **علي بن عوالي،** المرجع السابق، ص.ص.203 و204.

(2) **بن هبري عبد الحكيم،** المرجع السابق، ص.317.

وترهيبهم بمساوئ الفرقة والاختصام بما جاء في كتاب الله وسنة نبيه في ذم التنازع والتنافر والتدابر والتشاجر، فتكون هنا مهمة القاضي كمهمة الخطيب وهو يخطب في الناس ويعظهم في فضل الصلح وترك التنازع.

– إعداد برامج إعلامية ومدرسية وجامعية ومسجدية وجمعوية لتوعية المتزوجين والمقبلين على الزواج بأهمية الإستقرار الأسري، وانعكاساته الإيجابية على الأسرة والمجتمع[1]، فتحقيق هذه البرامج للأهداف المنشودة منها من شأنها تخفيف العبء على القاضي عند حصول نزاع بين الزوجين في محاولة الإصلاح بينهما، فتبعث هذه البرامج وتنشر ثقافة الحلول البديلة للنزاعات بين الناس بصفة عامة وبين الأزواج بصفة خاصة، فتُسهل هذه البرامج التوعوية من مهمة القاضي في إجراء محاولة الصلح بين الزوجين، وبالتالي إزالة عائق غياب نشر ثقافة الحلول البديلة للنزاعات ومساهمة القاضي عبر الصلح في حماية الأسرة ككل من التفكك.

– يجب على المحامين المتوكلين عن الزوجين المتنازعين مساعدة القاضي في إجراء محاولة الصلح، لأنه هو الأصل في إجراءه، ويُلاحظ في فرنسا أنه عندما يقيد طلب الطلاق بمختلف صوره فإنه لا يُذكر أي شيء في العريضة حتى يُتيح للقاضي إجراء الصلح، ولا يحمل أي طرف تجريح أو تظليم للطرف الآخر، ولذلك يرى الأستاذ "**المطاعي**" أن يمنع القاضي أو المشرع تبادل المذكرات إلى غاية فشل إجراءات الصلح[2]، فعلى المحامين مساعدة القاضي المكلف بالصلح عن طريق إقناع موكليهم بضرورة التصالح والمحافظة على وحدة أسرهم وحماية أولادهم من التشرد والضياع، والترفع عن النظرة المادية لمثل هذه القضايا، حتى لا

---

(1) **السعيد هراوة وعبد القادر مهاوات،** المرجع السابق، ص.123.

(2) أُنظر **بن هبري عبد الحكيم،** المرجع السابق، ص.320.

تصدق عليهم العبارة القائلة باللغة الفرنسية "**l 'avocat c 'est un escroc autoriseé**"، فلا ينبغي أن يكون همهم في قضايا الصلح تحقيق الربح وجمع المال فقط، بل يجب عليهم مساعدة القاضي قدر المستطاع في محاولة الإصلاح بين الزوجين.

– يجب على وزارة العدل وفي إطار تسهيل عمل القاضي في إجراء محاولات الصلح بين الزوجين، إعداد دليل عملي خاص في قضايا الأسرة، تُوضح فيه كل إجراءات الصلح للمتخاصمين، وتضمن النشر الواسع لهذا الدليل على مستوى مختلف أجهزتها القضائية بمختلف مستوياتها (المحاكم الابتدائية، المجالس القضائية، المحكمة العليا) وكذا على مستوى الأجهزة المساعدة للعدالة على غرار مكاتب المحضرين القضائيين وغيرها من المكاتب التي لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة بجهاز العدالة.

– الأفضل إسناد مهمة إجراء محاولات الصلح لقاضي له أقدمية في هذا المجال ويكون في وضعية عائلية متزوج وأب لأطفال، لأنه في هذه الوضعية العائلية حتما سيُقدر أهمية الصلح وضرورة المحافظة على الأسرة والأولاد، كما أن الأقدمية يكتسب بفضلها الخبرة والتجربة في معالجة مثل هذه النزاعات، فهذه الصفات تمكنه وتساعده في إنجاح محاولة الصلح بين الزوجين وبالتالي ضمان استقرار الأسرة.

نخلص في الأخير أن هناك عدة حلول أخرى إضافة إلى الحلول المذكورة أعلاه، منها ما يساهم بشكل مباشر ومنها ما يساهم بشكل غير مباشر لتجاوز وإزالة العوائق التي قد تعترض القاضي في تحقيق الحماية القانونية للأسرة عبر الصلح القضائي، وفي هذا الصدد نقترح صياغة هذه الحلول في نصوص قانونية ضمن ق.أ.ج حتى يكون للصلح نظام قانوني خاص به، يستند عليه القاضي في حل النزاعات بين الزوجين.

## المطلب الثاني

## حماية القاضي للأسرة عبر آلية التحكيم الأسري

إن الخلافات بين الزوجين من المشكلات التي ما إن تهدأ حتى تثور مرة أخرى، تحت دعاوى الإرهاق والضغوط النفسية التي قد تُعاني منها الزوجة والزوج على حد سواء، مما يتوجب تدخل من يستطيع التوفيق بين وجهات نظر الطرفين لعودة الحياة الزوجية إلى طبيعتها[1]، فالأصل أن يحل الزوجان خلافهما دون تدخل أطراف خارجية، ولكن إذا تعذر عليهما الوصول إلى حل يرضيان به، فإنه يشرع لهما التحكيم، فالتحكيم بين الزوجين من الطرق الشرعية والقانونية لحل الخلافات الزوجية.

بالرجوع إلى التشريع الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري قد تناول هذه الوسيلة في المادة 56 من ق.أ.ج[2] من خلال إسناد مهمة تعيين الحكمين للقضاء، ومن هنا يثور التساؤل التالي، **في إطار حماية القاضي للأسرة ما هو الدور الذي يقوم به القاضي لإصلاح العلاقة الزوجية عبر آلية التحكيم؟**

---

[1] أُنظر **جميلة الرفاعي وأمل مرجي نزال،** التدابير الإصلاحية قبل التحكيم لحل المنازعات الأسرية، ص.03، بحث متاح على الرابط:
التدابير الإصلاحية قبل التحكيم /http: //ar.islamway.net/book/29595، تاريخ الولوج: 2018/08/12 لحل المنازعات الأسرية

[2] تنص المادة 56 من ق.أ.ج على **"إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما،**
**يُعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يُقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".**

يستوجب الإجابة على هذا التساؤل التطرق إلى تحديد مفهوم التحكيم في شؤون الأسرة في الفرع الأول، ثم تبيان دور القاضي في إصلاح العلاقة الزوجية عن طريق التحكيم في الفرع الثاني، ثم أخيرا تحديد دور القاضي في حال اختلاف الحكمين في الفرع الثالث.

## الفرع الأول

## مفهوم التحكيم في قضايا شؤون الأسرة

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى تعريف التحكيم في قضايا شؤون الأسرة ومشروعيته في الفقرة الأولى، ثم نحاول أن نميز بين التحكيم الأسري عن بعض الأنظمة المشابهة له في الفقرة الثانية، ثتم نحاول تبيان الطبيعة القانونية للتحكيم الأسري في الفقرة الثالثة.

### الفقرة الأولى: تعريف التحكيم في قضايا شؤون الأسرة

نتطرق في هذه الفقرة أولا إلى تعريف التحكيم في شؤون الأسرة، ثم ثانيا نتطرق إلى مشروعيته.

#### أولا: تعريف التحكيم في قضايا شؤون الأسرة

لمعرفة المقصود بالتحكيم في قضايا شؤون الأسرة أو ما يعرف بالتحكيم الأسري أو التحكيم في الشقاق بين الزوجين، لابد أن نتطرق إلى تعريف التحكيم بصفة عامة.

**أ- تعريف التحكيم بصفة عامة**

**1- لغة:** مصدر حكم، يقال حكمه في المر تحكيما بتشديد الكاف، أي أمره أن يحكم فاحتكم وتحكم، يعني جاز فيه حكمه، واستحكم فلان في مال فلان، إذا جاز فيه حكمه، وحكمت الرجل، أي فوضت الحكم إليه، ويقال: حكمته إلى حاكم، أي خاصمته إليه ودعوته لحكمه، ومن اختاره

الطرفان للتحاكم إليه يسمى حكما، أو محكما، أو حاكما، ويسمى أطراف النزاع المحكم فيه، محتكما أو محكما بكسر الكاف وتشديدها[1].

**2- اصطلاحا:** عرف الفقهاء التحكيم بعدة تعاريف، إلا أنها كلها تصب في مضمون واحد، نذكر من هذه التعاريف مايلي:

- **الحنفية:** عرفوا التحكيم بأنه "تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما"[2].
- **المالكية:** عرفوه بأنه "تولية الخصمين حكما يرتضيانه ليحكم بينهما"[3].
- **الشافعية:** عرفوه بأنه "أن يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه"[4].
- **الحنابلة:** عرفوه بأنه "تولية شخصين حكما صالحاللقضاء يرتضيانه للحكم بينهما"[5].

نستخلص من هذه التعاريف أن التحكيم يتم بإرادة الطرفين واتفاق بينهما، وبه يتم حسم النزاع بين الطرفين بغير طريق القضاءن ويتولى حسم النزاع والفصل فيه بحكم له ولاية خاصة

---

[1] **بطرس البستاني**، معجم وسيط اللغة العربية، مجمع اللغة العربية، مكتبة لبنان، د ب ت ن، ج 02، ص.223 و**أنيس ابراهيم**، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط 02، دار المعارف، مصر، سنة 1973، ص.190.

[2] **ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم بن محمد**، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، د ط، مصورة عن الطبعة المصرية، د ب ت ن، ج 07، ص.24.

[3] **ابن فرحون ابراهيم بن علي بن محمد**، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 01، ص.43.

[4] **الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب**، أدب القاضي، د ط، دار الكتب العلمية، د ب ن، سنة 1998، ج 01، ص.320.

[5] **ابن قدامة**، المغني، المرجع السابق، ج 11، ص.484.

على المتخاصمين[1]، كما أن هذه التعريفات لم تُبين صفة التحكيم بأنه عقد، ولابد أن يتم بالتراضي[2].

**ب- تعريف التحكيم في قضايا شؤون الأسرة**

لم يتطرق الفقهاء إلى تعريف التحكيم في الشقاق بين الزوجين، وحتى القوانين الوضعية لم تضع تعريفا للتحكيم بين الزوجين، إلا أن هناك بعض المحاولات لشراح القانون لتعريفه تعريفا خاصا، من أهم هذه المحاولات نذكر مايلي:

- "التحكيم الزوجي هو تفويض طرفي العقد الزوجي لشخصين مناسبين من أهلهما أو من غيرهما ليفصلا في موضوع نزاعهما دون القاضي المولى"[3]، وهناك من عرفه بأنه "بعث القاضي حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة عند حدوث شقاق بينهما إذا لم يتبين له المخطئ منهما، ليقوم الحكمان أولا بالإصلاح بين الزوجين فإن لم يتمكنا يُفرقان بينهما"[4].

---

[1] **محمد خلف بني سلامة**، الطبيعة القانونية للتحكيم، دراسة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور-الجلفة، العدد 19، المجلد 07، ص.425.

[2] أُنظر **جمال حشاش**، التحكيم في النزاع بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، فلسطين، العدد 07، المجلد 28، سنة 2014، ص.1742.

[3] **محمد بن حسين الشيعاني**، بعث الحكمين ودورهما في الإصلاح بين الزوجين، دراسة وصفية تحليلية مع شرح موجز لنظام مراكز المصالحة المعتمد بوزارة العدل السعودية، بحث محكم منشور بمجلة الدراسات الإسلامية بجامعة الأمير سونكلا فطاني تايلند، بتاريخ 2014/07/10، العدد 2011/01، متاح على شبكة الألوكة، ص.06، على الرابط:
www.alukah.net/books/files/book_7255/boofile/almohkaman.p، تاريخ الولوج 2018/08/12.

[4] **محمد سليمان النور**، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي زقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، العدد 02، المجلد 09، يونيو 2012، ص.164.

أم بالنسبة للمشرع الجزائري فطبقا لنص المادة 56 من ق.أ.ج السالف الذكر والمادة 446 من ق.إ.م.إ[1]، يمكن تعريف التحكيم الأسري بأنه "وسيلة يلجأ إليها القاضي في حالة عدم تمكنه من إيجاد

الحل بالصلح بين الزوجين، مخولا فيه أقاربهما في تقريب وجهات النظر والتوفيق بين الآراء المختلفة"[2].

**ثانيا: مشروعية التحكيم بين الزوجين**

إن التحكيم مشروع بالكتاب والسنة والإجماع، وسنذكر فيمايلي بعض الأدلة على هذه المشروعية:

**أ- من الكتاب:** عموم قوله تعالى﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾ الآية 35 من سورة النساء، فأمر الله سبحانه وتعالى بإرسال حكمين عدلين ليفعلا ما فيه المصلحة[3]، وقد قيل بأن الخطاب للأزواج والزوجات واستدلوا على جواز التحكيم[4].

---

[1] تنص المادة 446 من ق.إ.م.إ على مايلي "**إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلحبينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة**"

[2] أُنظر **سعيد خنوش،** الإطار التنظيمي لتفعيل دور الحكمين في قانون الأسرة الجزائري، دراسة شرعية قانونية مقارنة، مجلة الصراط، كلية العلوم الإسلامية-جامعة الجزائر 1، العدد 36، المجلد 15، ديسمبر 2015، ص.352.

[3] أُنظر **محمد علي الصابوني،** المرجع السابق، ص.465.

[4] أُنظر **ناصر الدين أبي الخير عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي الشافعي البيضاوي،** أنوار التنزيل وأسرار التأويل المعروف بتفسير البيضاوي، إعداد وتقديم محمد عبد الرحمن المرعشلي، د ط، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت-لبنان، د ت ن، ج 02، ص.73.

**ب- من السنة:** عن يزيد بن المقدام بن شريح عن أبيه عن جده شريح عن أبيه هانئ، أنه لما وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم مع قومه، سمعه يكنونه بأبي الحكم، فدعاه رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فقال "**إن الله هو الحكم، إليه الحكم، فلم تُكنى أبا الحكم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين، فقال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: ما أحسن هذا! فمالك من الولد؟ قال: لي شريح ومسلم وعبد الله، قال: فمن أكبرهم؟ قلت شريح، فقال فأنت أبو شريح**"[1]، فالرسول صلى الله عليه وعلى آله وسلم في هذا الحديث أقر التحكيم إقرارا صريحا، وهو تحكيم القوم لهانئ، وحكمه بينهم، وأتى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم بصيغة التعجب-ما أحسن هذا!- مبالغة في حسنه[2].

**ج- من الإجماع:** حكى جملة من أهل العلم إجماع الصحابة رضي الله عنهم على جواز التحكيم، من بينهم: قال الإمام النووي رحمه الله تعالى "...فيه جوازالتحكيم في أمور المسلمين وفي مهماتهم العظام وقد أجمع المسلمون على التحكيم ولم يُخالف فيه إلا الخوارج"[3].

بعد تعريف التحكيم بصفة عامة والتحكيم في شؤون الأسرة وتبيان مشروعيته، نتطرق في الفقرة الموالية إلى تمييز التحكيم الأسري عن ما يشابهه من بعض الأنظمة.

---

[1] **أخرجه أبو داود في سننه،** المصدر السابق، كتاب الأدب، باب في تغيير الاسم القبيح، ج 03، ص.294.

[2] أُنظر **وائل طلال سكيك،** التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية-غزة، فلسطين، سنة 2007، ص.22.

[3] **أبو زكريا يحي بن شرف النووي،** شرح النووي على صحيح مسلم، ط 02، دار إحياء التراث العربي، بيروت، سنة 1392 ، ج 12، ص.335.

## الفقرة الثانية: تمييز التحكيم عن بعض الأنظمة المشابهة له

بالرغم من أن التحكيم الأسري له طابع خاص ونظام قانوني خاص به، إلا أنه قد يشتبه مضمونه مع بعض الصور التي تقترب مفاهيمها مع مفهوم التحكيم الأسري، وعليه سنتطرق إلى المفاهيم والصور التي تقترب كثيرا من مفهوم التحكيم الأسري وهي: الصلح، القضاء، الوكالة والتوفيق، وسنقتصر على أهم الفروق فقط.

### أولا: تمييز التحكيم عن الصلح

يختلف الصلح عن التحكيم في أن هذا الأخير يتفق فيه الطرفان على المحكمين، أما الصلح فأطرافه المتنازعين هم الخصوم أنفسهم، كما أنه لا يُشترط في التحكيم التنازل من الطرفين أو أحدهما، بخلاف الصلح الذي غالبا ما يشتمل على تنازلات، كما ان التحكيم نظام قضائي نظمه القانون، يلزم الأطراف بنتائجه وآثاره القانونية، بخلاف الصلح فهو نظام توفيقي يصل فيه الأطراف إلى نتيجة و لايلزم فيه الأطراف إلا بعد الوصول إلى حل وقبوله[1]، كما يختلف الصلح عن التحكيم في كون أن القائم بالصلح هو القاضي نفسه على التحكيم حيث يقوم بالصلح الحكمين المعينين من قبل القاضي.

ينتهي نظام التحكيم بحكم حاسم للنزاع، يكون قابلا للتنفيذ مباشرة بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه واستكمال باقي الإجراءات القانونية المطلوبة في القواعد العامة، أما في نظام الصلح فإنه لا يقبل التنفيذ إلا بعد تصديق القضاء في الدولة والذي يجعله قابلا لامكانية وضع الصيغة التنفيذية عليه[2].

---

[1] أُنظر **شامي أحمد،** السلطة التقديرية، المرجع السابق، ص.96.

[2] **مختار بربري،** التحكيم التجاري الدولي، ط 02، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1999، ص.53.

**ثانيا: تمييز التحكيم عن القضاء**

يختلف القضاء عن التحكيم من حيث أن:

– القاضي معين من قبل الدولة وليس له أن يرفض الفصل في الخصومات، أما المحكم فهو من عامة الناس يختاره المتخاصمين بإرادتهما، فإن شاء نظر فيها وإن شاء رفض نظرها فهو غير ملزم بالنظر في الخصومة[1].

– أن صاحب الحق أو المدعي، متى رفع دعواه إلى القاضي أصبح المدعى عليه ملزما بمخاصمته والحضور إلى مجلس القاضي، فإن لم يفعل حكم عليه القاضي غيابيا[2]، أما في حالة التحكيم فلا عبرة به إلا إذا تراضى الطرفان على القبول به وحضروا إلى الحكم طائعين مختارين[3].

– المحكم لا يتقيد ببلد التحكيم، فله الحكم في كامل البلاد لأن الذي يحدد له الزمان والمكان أطراف النزاع، على عكس القاضي فإنه مقيد بالحكم في حدود ولايته التي يحددها القانون[4].

– المحكم هو الشخص الذي ينيط به المتخاصمان مهمة فصل النزاع القائم أو المحتمل الوقوع بينهما، ويتم تعيين المحكم برضا الطرفين[5]، ويكون في قضية معينة وتنتهي مهمة المحكم

---

(1) أُنظر **منير العجلاني،** عبقرية الإسلام في أصول الحكم، ط 03، دار النفائس، د ب ت ن، ص.331.

(2) **محمود علي السرطاوي،** التحكيم في الشريعة الإسلامية، ط 01، دار الفكر، عمان، سنة 2007، ص.12.

(3) أُنظر **مهند أحمد الصانوري،** دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ط 01، دار الثقافة، عمان، سنة 2005، ص.36.

(4) **فريجة حسين،** التحكيم بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد 18، ص.233.

(5) **مهند أحمد الصانوري،** المرجع السابق، ص.57.

بالفصل في النزاع المعروض أمامه برضا الأطراف، أما سلطة القاضي فتتناول النظر في جميع القضايا التي تعرض على القاضي[1].

**ثالثا: التمييز بين التحكيم والوكالة**

يختلف التحكيم عن الوكالة في أن هذه الأخيرة الأصل فيها أن الوكيل يستمد سلطاته من الموكل على خلاف المحكم الذي يكون مستقلا تمام عن الخصوم، كم أن الموكل التهرب من عمل وكيله إذا خرج عن حدود وكالته بينما المحكم بمجرد الاتفاق عليه تصبح له صفة الفصل في الخصومة، كما أن الوكيل لا يملك القيام إلا بما يقوم به الموكل على خلاف المحكم الذي لا يمكن للخصوم التدخل في عمله[2].

**رابعا: التمييز بين التحكيم والتوفيق**

التوفيق هو نظام بمقتضاه يقوم شخص أو هيئة يتم اختياره من قبل الأطراف، بمهمة بحث ودراسة موضوع النزاع بالتشاور مع الأطراف، والتعرف على وجهات النظر المختلفة، واقتراح أفضل الحلول الودية لتسوية الخلاف[3].

يختلف التوفيق عن التحكيم في أن هذا الأخير اختياري وحكمه ملزم لأطراف المنازعة. أما التوصية الصادرة عن لجنة التوفيق فإنها غير ملزمة إلا إذا وافق عليها كل من الجهة الإدارية والطرف الآخر في النزاع، كما أن التوفيق أوسع نطاقا من التحكيم، حيث يشمل التوفيق

---

[1] **قحطان الدوري،** عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون، ط 01، مطبعة الخلود، بغداد، سنة 1985، ص.ص.42 و43.

[2] أُنظر **فريجة حسين،** المرجع السابق، ص.238.

[3] **خالد ممدوح ابراهيم،** التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، د ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2008، ص.ص.38 و39.

جميع المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها حتى ولو كانت خاصة بمسائل تتعلق بالنظام العام، أما التحكيم فلا يجوز في المسائل التي تتعلق بالنظام العام[1].

نخلص في الأخير أنه إذا كان التحكيم يتشابه مع هذه الأنظمة حتى الوكالة في إنهاء النزاع بين المتخاصمين وقطع دابر الخصومة، فإنه يختلف عنهم في عدة زوايا كما رأينا، سواء كان التحكيم بصفة عامة أو التحكيم بين الزوجين.

بعد تبيان وتمييز التحكيم عن بعض الأنظمة المشابهة له، سنتطرق في الفقرة الموالية إلى تحديد الطبيعة القانونية له في شؤون الأسرة.

### الفقرة الثالثة: الطبيعة القانونية للتحكيم

اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم وتعددت آراءه[2]، فاتجه بعض إلى ترجيح "الطبيعة القضائية" في حين رجح البعض الآخر "الطبيعة العقدية أو التعاقدية للتحكيم" وحاول البعض الآخر الأخذ بموقف وسطباعتبار نظان التحكيم يتسم بطبيعة مختلطة[3]، وهناك رأي آخر يرى بالطبيعة المستقلة للتحكيم، وعليه سنتعرف على هذه الآراء بصفة موجزة أولا، ثم نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري من هذه الآراء ثانيا.

---

[1] **خالد ممدوح ابراهيم،** المرجع السابق، ص.39.

[2] **أحمد أبو الوفا،** التحكيم الاختياري والإجباري، ط 04، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 1983، ص.17.

[3] أُنظر **محمود السيد عمر التحيوي،** الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، د ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 2003، ص.22.

**أولا: آراء الفقهاء حول الطبيعة القانونية للتحكيم**

**أ- طبيعة التحكيم العقدية**

التحكيم حسب وجهة نظر هذا الرأي هو ذو طبيعة تعاقدية بحتة، ومصدر قرارات التحكيم هو اتفاق أطراف النزاع باعتبار أن الأساس القانوني للتحكيم هو الاتفاق مابين الأطراف ليصل هذا الاتفاق إلى حد اختيار المحكمين، ومن هنا فإن التحكيم بهذه الطبيعة العقدية، هو اتفاق يخضع لمبدأ سلطان الإرادة الخاصة[1].

هذا الرأي تعرض لعدة انتقادات لعل أهمها، المبالغة في اعتبار أن إرادة الأطراف هي الأساس لحل النزاع، فاختيار هيئة التحكيم قد يكون عن طريق المحكمة وبالتالي فإن المحكم له سطوة القوة التنفيذية على حكم التحكيم، وعليه فإن هذه النظرية يشوبها الكثير من العيوب[2].

**ب- طبيعة التحكيم القضائية**

يرى بعض فقهاء القانون أن التحكيم نوع من القضاء أو من أشكال القضاء[3]، وهذا القضاء ينشئه وينظمه المشرع وعليه لا يجوز القيام به أو مباشرته إلا بعد أن تأذن به السلطة القضائية، وبالتالي تأذن لمثل هؤلاء الأشخاص بحل المنازعات بين أطراف الخصومة فيكون هذا التحكيم عملا قضائيا[4].

---

(1) أُنظر **فيصل عبد الحافظ الشوابكة ومحمد خلف بني سلامة،** الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دراسة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح-ورقلة، العدد 12، المجلد 07، جانفي 2015، ص.17.

(2) أُنظر **محمد خلف بني سلامة،** المرجع السابق، ص.427.

(3) **فيصل عبد الحافظ الشوابكة ومحمد خلف بني سلامة،** المرجع السابق، ص.18.

(4) **سليم سلامة حتاملة،** الطبيعة القانونية للتحكيم وتطبيقاته في مجال العقود الإدارية، دراسة في القانون الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة-الأردن، العدد 02، المجلد 04، نيسان 2012، ص.112.

غير أن أنصار الطبيعة القضائية[1] للتحكيم اختلفوا حول أساس الوظيفة القضائية التي يباشرها المحكم، فمنهم من اعتقد بأن أساس سلطة المحكم في تسوية النزاع بين الخصوم هو تفويض الدولة للمحكم بإقامة العدل بين الخصوم استنادا إلى النظام القانوني للدولة، التي سمحت بالتحكيم كوسيلة يمكن للأطرف الاتجاه إليها للفصل في المنازعات، في حين اعتقد آخرون بأن أساس سلطة القاضي في الدولة هي ذاتها التي يتمتع بها المحكم، بل لأن هذا الأخير فضلا عن سبق ظهوره على قضاء الدولة فإنه يشكل إلى جانب قضاء الدولة العام قضاء خاص حيث يتمتع بأصالة وتنظيم خاص[2].

**ج- الطبيعة المختلطة للتحكيم**

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التحكيم له صفتان، الصفة التعاقدية الطبيعة القضائية لتدخل السلطة القضائية [3]، فالطبيعة التعاقدية تجد أساسها في اتفاق الأطراف للجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع القائم، أما الطبيعة القضائية تجد أساسها في الفصل في هذا النوع وفقا لإجراءات قضائية[4]، وقد أُنتقد هذا الرأي كذلك.

---

[1] **ناريمان عبد القادر،** اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1996، ص.16.

[2] **مصطفى حسيني،** المفيد في التجارة الدولية وقواعدها، د ط، د د ب ن، سنة 2014-2015، ص.141.

[3] **أبو زيد رضوان،** الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1981، ص.32.

[4] أُنظر **ياسمين زرزور،** الطبيعة القانونية للتحكيم وتمييزه عن غيره من الوسائل المشابهة له، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، بحث متاح على الرابط: www.droitetentreprise.com/الطبيعة-القانونية-للتحكيم-وتمييزه-عن/ ، تاريخ الولوج 2018/08/14.

**د- طبيعة التحكيم المستقلة**

وفقا لهذه النظرية فإن التحكيم يُعتبر عملا مستقلا له طبيعة متميزة خاصة به، فلا يُعد التحكيم عملا إراديا ولا عملا قضائيا، وإنما يُعتبر عملا ذاتيا مستقلا، لأنه ينطلق من اعتبارات خاصة يجب مراعاتها بقدر المستطاع لتحقيق مصالح الخصوم، فالتحكيم وفقا لهذا الرأي يُعد أداة إجرائية[1].

**ثانيا: موقف المشرع الجزائري تجاه الطبيعة القانونية للتحكيم**

مما تقدم وباستقراء كل من المادة 56 من ق.أ.ج والمادة 446 من ق.إ.م.إ يتضح أن موقف المشرع الجزائري بخصوص الطبيعة القانونية للتحكيم، قد جمع بين الطبيعة القضائية كون أن تعيين الحكمين ومراقبة عملهما من خلال التقرير الذي يقدمانه يكون تحت إشراف القضاء، وبين الطبيعة المستقلة كون أن الحكمين أحرار في تأدية عملهما المتمثل في محاولة الإصلاح بين الزوجين، وعليه يمكن القول بأن التحكيم هو وسيلة إجرائية يستعين بها القاضي عند فشله في الإصلاح بين الزوجين، وهو إجراء وجوبي من الناحية القانونية بموجب المادة 56 من ق.أ.ج.

## الفرع الثاني

## دور القاضي في إصلاح العلاقة الزوجية عن طريق التحكيم

يُعتبر التحكيم من أهم الوسائل الشرعية والقانونية لمساعدة القاضي في التوفيق بين الزوجين بإنهاء الشقاق بينهما، كما يُساعد أيضا في إعادة العلاقة الزوجية إلى طبيعتها وبالتالي يتحقق للأسرة استقرارها بتدخل القاضي في إصلاح العلاقة الزوجية عبر آلية التحكيم الأسري،

---

[1] أُنظر **ياسمين زرزور**، المرجع السابق.

وذلك من خلال تعيين حكمين يقومان بمهمة الإصلاح، وحرصا من المشرع الجزائري على حماية الأسرة واستقرارها فقد أوكل مهمة تعيين الحكمين والإشراف على عملهما إلى القضاء من أجل إصلاح العلاقة الزوجية، وهذا ما سنحاول التعرف عليه في الفقرة الأولى بإبراز دور القاضي في تعيين الحكمين لحماية الأسرة، كما سنحاول التعرف أيضا على الدور الذي يقوم به القاضي في تحديد مهمة وعمل الحكمين من أجل إصلاح العلاقة الزوجية وهذا في الفقرة الثانية.

## الفقرة الأولى: دور القاضي في تعيين الحكمين لإصلاح العلاقة الزوجية

إن القاضي قبل أن يلجأ إلى تعيين الحكمين من أجل إصلاح العلاقة الزوجية، لابد أن يتأكد أولا من توافر شروط العمل بالتحكيم، فإذا توافرت هذه الشروط حينها فقط يمكن له الانتقال إلى الخطوة الموالية ألا وهي التحقق من توافر جملة من الصفات والشروط التي ينبغي أن تكون وتتوفر في الحكمين وهذا ما سنتطرق إليه ثانيا.

### أولا: شروط العمل بالتحكيم

قبل إرسال الحكمين لابد من التحقق أولا من طبيعة النزاع ما إذا كان يقبل التحكيم أو لا، فليس كل نزاع يعمل فيه بالتحكيم، فقد بينت الشريعة الإسلامية صفة النزاع الذي يلجأ فيه إلى التحكيم، كما جاء في المادة 56 من ق.أ.ج مطابقا لما تضمنته الشريعة الإسلامية، ذلك أنه متى وصل الزوجان إلى هذه الحال وجب اللجوء في سبيل إصلاحه إلى التحكيم، وعليه ففي منظور الشريعة الإسلامية فإنه يلجأ إلى التحكيم عند كل حالة يشتد فيها الخلاف والعداوة بين الزوجين وادعاء كل منهما إضرار بالآخر، أما شروط العمل بالتحكيم في ق.أ.ج فقد عمل

الباحثون في قانون الأسرة على تحديد النزاع الذي يمكن أن يُعمل فيه بالتحكيم وذلك بتحقق الشروط التالية: [1]

**أ- أن يشتد الخصام بين الزوجين**

يقصد باشتداد الخصام تفاقم النزاع واستحالة استمرار المعيشة المشتركة بينهما، ولم يثبت الضرر، فتختار المحكمة حينئذ حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة للإصلاح بينهما، ومصطلح "اشتداد الخصام" في الشريعة الإسلامية مصطلح "الشقاق" وهما تعبيران يُؤديان نفس المقصود [2]، ومن هنا فإن القاضي لا يلجأ إلى التحكيم حتى تبلغ شدة الخصام بين الزوجين ذروتها وعجزه في محاولة الإصلاح بينهما، وقد يستنبط القاضي شدة الخصام بين الزوجين من جلسات محاولات الصلح التي يجريها معهما قبل لجوءه إلى التحكيم.

**ب- عدم ثبوت الضرر**

يتحقق هذا الشرط في حالين، أولهما في حال إذا أضر أحد الزوجين بالآخر ولم يستطع الزوج المتضرر إثبات الضرر، وثانيهمافي حال لم يتبين للقاضي أيهما تسبب في الضرر للآخر. فمثال الحال الأولى كأن تطلب الزوجة التطليق للضرر ولم تقدم ما يثبت ذلك الضرر، فالقاضي هنا يحكم برفض الدعوى لعدم التأسيس، لكن وعملا بأحكام المادتين 56 من ق.أ.ج و446 من ق.إ.م.إ يمكن للقاضي في هذه الحال اللجوء إلى التحكيم قبل الفصل في الدعوى[3]، ومثال الحال الثانية أن كلا الزوجين يدعيان الضرر من استمرار الحياة الزوجية، ولا يتبين

---

[1] أُنظر **عبد الله حاج أحمد،** التحكيم في دعوى التطليق للشقاق بين الزوجين-دراسة مقارنة- مجلة الشهاب معهد العلوم الإسلامية، جامة الوادي، العدد 01، نوفمبر 2015، ص.ص.159 و160.

[2] **عبد الله حاج أحمد،** المرجع نفسه، ص.160 و أُنظر **بلحاج العربي،** الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.359.

[3] أُنظر **سعيد خنوش،** المرجع السابق، ص.354.

للقاضي ما هو الضرر الذي يدعيانه وأيهما المتسبب فيه، فهنا وبعد فشله في إجراء محاولات الصلح لابد عليه أن يلجأ إلى التحكيم قبل الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية.

**ج- تعيين القاضي حكمين للتوفيق والإصلاح بين الزوجين**

بعد تحقق القاضي من الشرطين السابقين، وحتى يستطيع اللجوء للعمل بالتحكيم، لابد عليه أن يعين حكمين، حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة تطبيقا لنص المادة 56 منق.أ.ج والمادة 446 من ق.إ.م.إ، وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها بقولها "من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة صلح من طرف القاضي، وعند نشوز أحد الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية (39-55-56 من ق.أ) يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

بالنسبة لتعيين الحكمين، فالقاضي يعينهما سواء من تلقاء نفسه تطبيقا للقانون أو بناء على طلب الزوجين، ويجب عليه أن يراعي قرابتهما من الزوجين، إضافة إلى تأثيرهما عليهما وقدرتهما على حل النزاع، وهنا يظهر دور القاضي في حسن اختيار الحكمين العدلين اللذين يمكن لهما حل النزاع المطروح[2]، ولا يتأتى حسن اختيار الحكمين إلا بتوافر شروط يتحقق القاضي من توافرها في الحكمين المختارينللإصلاح بين الزوجين، وبالتالي حماية العلاقة

---

[1] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 75812 مؤرخ في 1989/12/25، م.ق، عدد 03 سنة 1991، ص.71.

[2] أُنظر **شامي أحمد**، السلطة التقديرية، المرجع السابق، ص.122.

الزوجية من التفكك، من هذه الشروط ما هو موضوعي ويتعلق بشروط تعيين الحكمين، ومنها ما هو إجرائي تتعلق بالإجراءات اللازمة والواجبة لتعيين الحكمين وهذا ما سنحاول التعرف عليه في النقطة الموالية.

تجدر الإشارة أن عمل القاضي في التحقق من مدى توافر شروط العمل بالتحكيم، من شأنه المساهمة في حماية الأسرة من خلال المحافظة على أسرار الزوجين وعدم فضح بعضهما البعض وكشف عيوبهما سواء أمام القاضي أو في جلسات المحاكم، فيبقى كلا الزوجين بالسمعة الطيبة التي يُعرفان بها.

**ثانيا: شروط القاضي في تعيين الحكمين**

تثير مسألة تعيين الحكمين مسألتين هامتين، أولهما الجهة التي لها صلاحية تعيين الحكمين والثانية تتمثل في شروط تعيين الحكمين.

**أ- الجهة التي لها صلاحية تعيين الحكمين**

اختلف العلماء في الشخص الذي يبعث الحكمين تبعا لاختلافهم في المخاطب بقوله تعالى﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ... فَابْعَثُوا ...**﴾ على خمسة أقوال: - القول الأول: المخاطب هو السلطان ومثله القاضي وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، - القول الثاني: المخاطب هما الزوجان وهو قول علي وابن عباس والحسن والسدي، - القول الثالث: المخاطب هم أهل الزوجين وهو قول لبعض المالكية وعند الإمامية، - القول الرابع: المخاطب هما الوليان إذا كان الزوجان محجورين وهو قول عن مالك نقله ابن العربي، -القول الخامس: المخاطب هو كل واحد من صالحي الأمة وهو قول الرازي وما رجحه ابن جرير الطبري[1]، أما بخصوص موقف المشرع

[1] أُنظر **وائل طلال سكيك**، المرجع السابق، ص.ص.51 و53 و55 و56.

الجزائري من هذه المسألة، فنجد موقفه يتماشى مع موقف جمهور الفقهاء، وذلك بنصه صراحة في المادة 1/56 من ق.أ.ج على إسناد مهمة تعيين الحكمين إلى القاضي بنصها "يعين القاضي الحكمين...".

إن القاضي عند تعيينه للحكمين إما أن يعينهما بناء على اختياره الخاص أو بناء على اختيار الزوجين، والأفضل أن يكون تعيين الحكمين باقتراح من الزوجين لدرايتهما بالأصلح من أهلهما للتحكيم [1].

**ب- شروط تعيين الحكمين**

حتى يختار القاضي الشخص الذي يكون أهلا للتحكيم، فإنه يجدر أن تتوافر فيه جملة من الشروط، والقاضي باعتباره هو السلطة التي لها صلاحية تعيين الحكمين فإنه هو الذي يقع على عاتقه التحقق من توفر هذه الشروط، هذه الشروط لم يشر أو يذكرها المشرع الجزائري في المادة 56 من ق.أ.ج باستثناء شرط واحد ألا وهو شرط أن يكون الحكمين من أهل الزوجين، وحتى هذا الشرط هو شرط ناقص لعدم ذكر المشرع بديل الحكمين من أهل الزوجين في حال عدم وجودهم أو وجودهم مع عدم صلاحيتهم للتحكيم، وعليه وإعمالا للمادة 222 من ق.أ.ج فإنه يتوجب على القاضي عند تعيينه للحكمين لإصلاح العلاقة الزوجية وبالتالي حماية الأسرة من التفكك والأولاد من التشرد، الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص ما اشترطته من شروط في تعيين الحكمين.

اتفق الفقهاء على وجوب توافر بعض الشروط في الحكمين (شروط واجبة) واختلفوا في بعضها حسب المصلحة، فاتفقوا على شروط الإسلام والعدالة والحرية والتكليف (العقل والبلوغ)

---

[1] أُنظر **عبد الله حاج أحمد** المرجع السابق، ص.162.

والأمانة والتقوى والاهتداء للمقصود لما بُعثا إليه، واتفقوا على عدم اشتراط الاجتهاد زاختلفوا في شرط الذكورة[1]، فيُشترط في المحكم أن يكون مسلما بالغا عاقلا عدلا معينا بالاسم أو بالصفة، أهلا للقضاء وتحمل الشهادة، غير خصم، وعالما بموضوع الخلاف، فهذه الشروط مطلوبة فيمن تسند إليه مهمة التحكيم واشتراط وجودها في الحكم بين الزوجين من باب أولى[2]، وعليه يمكن تصنيف هذه الشروط إلى نوعين: **شروط واجبة** وهي تلك الشروط الواجب توافرها في شخص الحكم وتتمثل في: الإسلام، التكليف، العدالة، العلم بفقه الجمع والتفريق، و**شروط مستحسنة** وهي شروط يُفضل توافرها في الحكمين إلا أنه إذا فقدت لم تُؤثر في صحة التحكيم وهي: الذكورة وأن يكون الحكمان من أهل الزوجين[3].

وهكذا فإن الشريعة الإسلامية قد عددت عدة شروط في تعيين الحكمين على خلاف ق.أ.ج الذي اعتمد على شرط وحيد فقط، وفي هذا السياق فإنه ينبغي على القاضي وحماية للأسرة من خطر التفكك وتشرد الأولاد عند تعيينه للحكمين أن يعتمد على ما أقرته أحكام الشريعة الإسلامية من شروط في تعيين الحكمين، لأنها شروط ضرورية وجوهرية خاصة شرط العدالة والعلم، ومن هنا نضم رأينا إلى الآراء التي تنادي بضرورة تعديل المادة 56 من ق.أ.ج، وذلك بتعداد وذكر الشروط الواجبة على الأقل في تعيين الحكمين في نص المادة المذكورة، وذلك من أجل توسيع مجال حماية القاضي للأسرة عبر آلية التحكيم من خلال مراقبة القاضي للشروط التي ينبغي مراعاتها في تعيين شخص الحكم.

---

(1) أُنظر **وائل طلال سكيك**، المرجع السابق، ص.ص.67 و68.

(2) **محمد بن حسين الشيعاني**، المرجع السابق، ص.10.

(3) أُنظر **عبد الله حاج أحمد** المرجع السابق، ص.ص.162 و163.

في الأخير نقول بأنه إن كانت الشروط المذكورة أعلاه هي شروط موضوعية، فهناك أيضا شروط شكلية أو إجرائية لتعيين القاضي للحكمين لإصلاح العلاقة الزوجية. فيتم تعيين الحكمين –من طرف القاضي– في قانون الأسرة وفق إجراءات معينة نصت عليها المادة 56 من ق.أ.ج بأن تعيين الحكمين موكل إلى القاضي، إلا أنها لم توضح إجراءات هذا التعيين، وفي الغالب وحسب ما جرى به العمل في القضاء، فإن تعيين الحكمين يكون كتابة [1]، ويذكر في سند تعيينهما المهلة اللازمة لإنجاز مهامهم مع وجوب آداء اليمين من طرف الحكمين[2]، وهكذا فإن توفر هذه الشروط بشقيها الموضوعي والإجرائي من شأنه تدعيم الحماية القضائية للأسرة، عن طريق إسناد القاضي مهمة التحكيم بين الزوجين لفئة من الناس يتصفون بصفات العدل والعلم.

بعد تبيان دور القاضي في تعيين الحكمين لإصلاح العلاقة الزوجية، نتطرق في الفقرة الموالية إلى دور القاضي في الإشراف وتحديد عمل المحكمين لإصلاح العلاقة الزوجية.

## الفقرة الثانية: دور القاضي في الإشراف على عمل المحكمين لإصلاح العلاقة الزوجية

ينبغي للحكمين بعد بعثهما أن ينويا الإصلاح ويبذلا جهدهما باتباع كافة الوسائل التي تضمن عودة المودة والرحمة بين الزوجين، وعليهما أن يُخلصا في ذلك النية لوجه الله تعالى خشية أن يقعا في وساوس الشيطان فينويا التفريق ابتغاء التسهيل في العمل، فإذا ما صلحت عندهما النية كانت سببا للتوفيق بين الزوجين، وعلى الحكمين أن يتذكر ما روي عن عمر رضي الله عنه عندما اختصم زوجان فترافعا إليه وبعث الحكمين فلم يُصلحا، فقال لهما "ما

---

[1] **عبد الله حاج أحمد** المرجع السابق، ص.164.

[2] أُنظر **شامي أحمد**، السلطة التقديرية، المرجع السابق، ص.123.

قصدتما وجه الله"، فيجب عليهما أن يصلحا بين الزوجين بكا وجه أمكنهما لأجل الألفة[1]، وعليه فإن المهمة الأساسية للحكمين هي الوقوف على أسباب الشقاق بين الزوجين قصد إصلاح ذات البين بينهما ووضع حد للنزاع الحاصل بينهما.

يُعبر الحكمان عن الجهد المبذول من طرفهما في محاولة الإصلاح بين الزوجين من خلال التقرير الذي يرفعانه إلى القاضي في المدة المحددة قانونا بشهرين (02).فلقد أوجب القانون على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضيعن مهمتهما في أجل شهرين، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه[2]، وبالتالي فإن القاضي يشرف على عمل الحكمين من خلال التقرير المرفوع إليه من قبلهما، كما خول المشرع للحكمين إطلاع القاضي بكل الإشكالات التي تعترضهما أثناء قيامهما بعملهما (المادة 447 من ق.إ.م.إ)، ومنه فإنه يتوجب على القاضي إزالة هذه الإشكالات والعقبات التي تعترض الحكمين أثناء قيامهما بمهمتهما، إذن فإنه يقع على القاضي مهمة تذليل الصعوبات التي قد تعترض الحكمين أثناء تأديتهما مهامهما والمتمثلة في إصلاح العلاقة الزوجية وإعادتها إلى حالتها الطبيعية، وبهذا الإشراف الذي يقوم به القاضي على عمل الحكمين تُصان الأسرة من مظاهر التفكك والافتراق ويُحفظ الأولاد من التشرد والضياع.

بعد اجتماع الحكمين بالزوجين كل على حدة، يجتمع الحكمان وحدهما ويبحثان أسباب الشقاق في ضوء ما سمعه وعرفه كل منهما من صاحبه، ثم يُحددان مسؤولية كل واحد من الزوجين عن الشقاق الذي حصل، والمتسبب فيه منهما وسبيل معالجته، ثم يعود كل جكم إلى صاحبه ليتبين له مدى مسؤوليته في حصول الشقاق وما يجب عليه شرعا لرفع وإزالة هذا

---

[1] أُنظر **وائل طلال سكيك،** المرجع السابق، ص.74.

[2] **بلحاج العربي،** الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.359.

الشقاق، طاعة لله عز وجل وحفظا لرابطة الزواج من الانقطاع، ثم يجتمع الحكمان لاتخاذ القرار المناسب واقتراح حل للخلاف وإزالة أسباب الشقاق[1]، إلا أنه يجب على الحكمان أن يقوما بهذه المهمة في الأجل المصوص عليه في المادة 56 من ق.أ.ج، فهذه الأخيرة جاء مضمونها بخصوص عمل الحكمين مطابقا لما تضمنته أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص عمل الحكمين ألا وهي التركيز على الإصلاح والتوفيق بين الزوجين، وأحسن ما فعل المشرع في هذه المادة تقييده لعمل الحكمين حيث أوجب عليهما أن يسعيا للإصلاح بين الزوجين خلال مدة قانونية محدودة بشهرين من تاريخ تعيينهما، وأوجب عليهما أن يُرفقا تقريرا بذلك إلى القاضي.فقد أحسن المشرع بإضافة قيد المدة، حتى لا يتراخى الحكمان في عملهما فتطول مدة النزاع، والزوجان على ما هما عليه من الخلاف والشقاق، فلا أُصلح بينهما فعاشا زوجين ولا فُرق بينهما فأغنى الله كلا من سعته بحياة جديدة[2]، فحقيقة أن ترك عمل الحكمين دون قيد زمني من شأنه تغذية النزاع بين الزوجين واتساع الهوة بينهما، وعليه فلابد على القاضي أن يحرص بأن يسلم الحكمين التقرير في المدة القانونية المذكورة في نص المادة 56 من ق.أ.ج السالف الذكر.

يحكم القاضي وفق تقرير الحكمين ولا يُشترط فيه أن يكون معللا، كما يجوز له تعيين حكمين آخرين في حال رفض التقرير، فإذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال وثبت الضرر، حكم القاضي بالطلاق بين الزوجين وألزم الزوج بالتعويض عن الضرر غذا طلبت الزوجة ذلك[3]، فيبرز دور القاضي لإصلاح العلاقة الزوجية من خلال الإشراف على عمل الحكمين عند عدم اقتناعه في التقرير السلبي المقدم من قبل

---

[1] **كريمة محروق،** الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص. 207.

[2] **عبد الله حاج أحمد** المرجع السابق، ص.166.

[3] أُنظر **بلحاج العربي،** الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.359.

الحكمين بفشلهما في التوفيق بين الزوجين، وذلك بإعادته تعيين حكمين آخرين لنفس الغرض، فتدخل القضاء في هذا الموطن يُجسد ويُدعم حماية القضاء للأسرة بحرصه بالمحافظة على العلاقة الزوجية القائمة بإعادة تعيينه لحكمين آخرين يسعيان للإصلاح بين الزوجين.

إذا كان العلماء قد أجمعوا أن قول الحكمين في الجمع والصلاح نافذ من غير توقف على رضا الزوجين أو إذن الحاكم كما قال ابن رشد "...وأجمعوا على أن قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين"[1]، وقد اختلفوا في سلطة الحكمين في التفريق بين الزوجين إذا اتفقا على خلاف ذلك كما قال ابن رشد "...واختلفوا في تفريق الحكمين بينهما إذا اتفقا على ذلك هل يحتاج إلى إذن من الزوج أو لا يحتاج إلى ذلك..."[2]، **فما الحل في حال اختلاف الحكمين سواء في الإصلاح أو التفريق؟** وهذا ما سنحاول دراسته في الفرع الموالي مع إبراز دور القاضي في حماية العلاقة الزوجية عند هذا الإختلاف.

## الفرع الثالث

## دور القاضي في حماية العلاقة الزوجية عند اختلاف الحكمين

إذا لم يُفلح الحكمين في مهمتهما الإصلاحية والتوفيقية بين الزوجين وإزالة الشقاق بينهما أو على على العكس، أي أنهما نجحا في المهمة التي أُسندت إليهما وذلك بالإصلاح بين الزوجين، فهنا لا إشكال يُثار لأن حكم الحكمين جاء متوافقا سواء في الجمع أو في التفريق، لكن الإشكال يظهر في أنه قد يحدث أن يختلفا في حكمهما كأن يرى أحدهما امكانية التوفيق بين

---

[1] **ابن رشد،** بداية المجتهد، ط 03، المرجع السابق، ج 02، ص.81.

[2] المرجع نفسه، ص.81.

الزوجين، ويرى الآخر استحالة ذلك بوجوب التفريق، وغيرها من الحالات التي يختلفان فيها، كما أن هذا الإشكال يترتب عنه إشكال آخر يتمثل في التساؤل عن دور القاضي في هذه الحال؟

للإجابة على هذه الإشكالات نتطرق في الفقرة الأولى إلى محاولة معرفة حكم اختلاف الحكمين شرعا وقانونا، ثم نتطرق في الفقرة الثانية إلى دور القاضي عند اختلاف الحكمين.

## الفقرة الأولى: حكم اختلاف تاحكمين شرعا وقانونا

إذا كان الأصل أن يتوصلا الحكمان إلى حكم يتفقان عليه سواء كان بالإصلاح أو بالتفريق، إلا أنه قد يحدث وأن يختلفا في حكمهما، كأن يرى أحدهما امكانية التوفيق بين الزوجين، ويرى الآخر استحالة ذلك ووجوب التفريق، أو يتفقان على التفريق ولكنهما يختلفان في نوعه: ببدل أو بغير بدل، أو يتفقان على ظان يكون ببدل ويختلفان في مقداره، حيث تُعد جميع هذه الحالات صورا لاختلاف الحكمين[1]، فكيف نظر الفقه الإسلامي لهذه الصور؟ وما موقف المشرع الجزائري منها؟

للإجابة على هذهين الإشكالين نتطرق في أولا إلى حكم اختلاف الحكمين في الفقه الإسلامي، ثم نتطرق ثانيا إلى موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة في ق.أ.ج.

### أولا: حكم اختلاف الحكمين في الفقه الإسلامي

لقد نقل ابن رشد في كتابه "بداية المجتهد ونهاية المقتصد في باب بعث الحكمين، اتفاق العلماء على عدم نفاذ قول الحكمين في حال اختلافهما في حكمهما، كأن يرى أحدهما اكانية التوفيق بين الزوجين ويرى الآخر يضرورة التفريق بينهما بقوله "وأجمعوا على أن الحكمين إذا

---

[1] **عبد الله حاج أحمد** المرجع السابق، ص.171.

اختلفا لم يُنفذ قولهما..." [1]، وقد جاء في قرار هيئة كبار العلماء بالسعودية "فإن لم يتفق الحكمان أو لم يوجد أو تعذرت العشرة بالمعروف بين الزوجين نظر القاضي في أمرهما..." [2].

فمن خلال هذين القولين المذكورين أعلاه نستنتج بأنه لا عبرة بقول الحكمين في حال اختلافهما وعدم اتفاقهما على حكم واحد سواء في الجمع أو في التفريق. وقد ذكر بعض من المالكية علة عدم الأخذ برأي الحكمين في حال اختلافهما، لأن كل واحد منهما مال إلى صاحبه باجتماعهما عليه [3]، فيُفهم من كلام ابن القاسم أنه لا ينفذ حكم الحكمين عند اختلافهما ولا يقع تفريق، وأرجع السبب في عدم الأخذ بحكمهما بأن اختلافهما دليل على ميل كل حكم إلى الزوج الذي قبله، وهذا الميل يُخرجهما عن معنى الإصلاح الذي أُرسلا لأجله إلى الحكم بالهوى[4].

إذن فإن حكم الحكمين يكون نافذا إذا صدر باتفاقهما، فإن اختلفا فيه لم يؤخذ برأي واحد منهما[5]، وفي هذا السياق قال القرطبي "فإن اختلف الحكمان لم ينفذ قولهما ولم يلزم من ذلك شيء إلا ما اجتمعا عليه، وكذلك كل حكمين حكما في أمر فإن حكم أحدهما بالفرقة ولم يحكم بها الآخر أو حكم أحدهما بمال وأبى الآخر فليس بشيء حتى يتفقا[6].

---

[1] **ابن رشد،** بداية المجتهد، ط 03، المرجع السابق، ج 02، ص.81.

[2] **المكتب العلمي–هيئة الشام الإسلامية،** عمل المحاكم ولجان التحكيم عند وقوع الشقاق بين الزوجين، رقم الفتوى 77، سنة النشر 28 يوليو 2016، بحث متاح على الرابط: https://islamicsham.org/fatawa/3008 ، تاريخ الولوج 2018/08/17.

[3] أُنظر **أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي الحميري،** المدونة الكبرى، د ط، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، د ت ن، ج 05، ص.51.

[4] أُنظر **عبد الله حاج أحمد،** المرجع السابق، ص.172.

[5] أُنظر **جمال حشاش،** المرجع السابق، ص.1757.

[6] **أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي،** المصدر السابق، ج 06، ص.294.

نخلص بأن موقف الفقهاء قديما وحديثا بخصوص حكم اختلاف الحكمين، يتجلى في عدم الأخذ برأي الحكمين في حال اختلافهما في الإصلاح والتوفيق بين الزوجين.

**ثانيا: موقف المشرع الجزائري من اختلاف الحكمين في الاصلاح بين الزوجين**

بالرجوع إلى نص المادة 56 من ق.أ.ج السالف الذكر، وحتى نصوص ق.إ.م.إ المتعلقة بالتحكيم، نجدها قد خلت من النص على حالة اختلاف الحكمين وعدم النص على حكم هذه المسألة، وهذا ما يترتب عنه وقوع القاضي في إشكال عند النظر والفصل في مثل هذه الحالات مما يستوجب على القاضي، اللجوء إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في هذه الحال تطبيقا لنص المادة 222 من ق.أ.ج، ومن هنا ندعو المشرع الجزائري إلى تدارك النقص المتعلق بحكم اختلاف الحكمين التي أغفلها في نص المادة 56 من ق.أ.ج السالف الذكر، على غرار ما فعلته العديد من التشريعات العربية بخصوص هذه المسالة نذكر منها:

– قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في نص المادة 2/121 بنصه "**2– يحكم القاضي بمقتضى حكم الحكمين إن اتفقا، فإن اختلفا عين القاضي غيرهما أو ضم إليهما حكما ثالثا يُرجح أحد الزوجين، وتُحلف المحكمة الحكم الجديد أو المرجح اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة**".

– قانون الأحوال الشخصية الأردني في نص المادة 2/131 بنصه "**إذا اختلف الحكمان، ضمت إليهما المحكمة حكما ثالثا مرجحا من غير أهل الزوجين قادرا على الإصلاح**"، ونص المادة 1/132 بنصه "**يرفع المحكمون الثلاثة تقريرهم بالاتفاق أو بالأكثرية إلى المحكمة لتفصل في الدعوى وفق المادة 130**".

- قانون الأحوال الشخصية العراقي في نص المادة 3/41 بنصه "**على الحكمين أن يجتهدا في الإصلاح فإن تعذر عليهما ذلك، رفعا الأمر إلى المحكمة موضحين لها الطرف الذي ثبت تقصيره، فإن اختلفا ضمت لهما المحكمة حكما ثالثا**".

- قانون الأحوال الشخصية السوداني (قانون رقم 42 لسنة 1991) [1] في نص المادة 166 بنصه "**اذا إختلف الحكمان، فيعين القاضى غيرهما، أو يضم إليهما حكماً ثالثاً ويحلفه اليمين**".

نستنتج من نصوص المواد المذكورة أعلاه في هذه القوانين مايلي:

1- أن هذه القوانين قد حذت حذو أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص حكم اختلاف الحكمين، وذلك بعدم الأخذ برأي الحكمين في حال اختلافهما، وهو قول أجمع عليه العلماء كما نقله ابن رشد، وقد أوجدت حلولا لهذه المسألة.

2- أوكلت هذه القوانين مسألة معالجة اختلاف الحكمين إلى القضاء.

3- من هذه القوانين من أعطت السلطة التقديرية للقاضي لمعالجة مسألة اختلاف الحكمين، بتخييره إما بعث حكمين آخرين أو ضم حكم ثالث للحكمين المختلفين ليكون مرجحا لأحد الرأيين، وهذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الإماراتي وقانون الأحوال الشخصية السوداني.

4- كل هذه القوانين ألزمت القاضي في حال اختلاف الحكمين على ضم حكم ثالث. وإن القول بضم حكم ثالث هو اجتهاد معاصر أخذت به بعض قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية

---

[1] **قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991** متاح على الرابط:
http://arabic.hudocentre.org/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%A3%، تاريخ الولوج 2018/08/18.

تفاديا للتطويل الذي قد ينجم من بعث حكمين آخرين[1].

بعد تبيان حكم اختلاف الحكمين في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، نتطرق في الفقرة الموالية إلى الدور الحمائي للقاضي عند اختلاف الحكمين.

## الفقرة الثانية: الدور الحمائي للقاضي عند اختلاف الحكمين[2]

إذا فشل الحكمان في مهمتهما الإصلاحية، كما لو اختلفا ولم يصلا إلى رأي موحد وكانت مصلحة الزوجين تقتضي وجوب الإصلاح بينهما، فهنا يجب على القاضي وبناء على ما نصت عليه بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية أن يلجأ إلى إحدى الحلول التي نصت عليها هذه القوانين لمعالجة مسألة اختلاف الحكمين هذا من جهة، ومن جهة أخرى حماية العلاقة الزوجية بالمحافظة على استمرارها وبالتالي المافظة على الأسرة ككل.

إن الآليات التي يمكن أن يستعملها القاضي لمعالجة مسألة اختلاف الحكمين وفق ما نصت عليه بعض قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية، يكمن في آليتين هما: 1- تعيين الحكم المرجح، 2- تبديل الحكمين.

### أولا: تدخل القاضي في تعيين الحكم المرجح لحماية العلاقة الزوجية

إذا اختلف الحكمان وكان تقريرهما سليما من الناحية الشكلية والموضوعية، فطبقا لما نصت عليه نصوص المود 121 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي و2/131 و1/132 من قانون الأحوال الشحصية الكويتي و3/41 من قانون الأحوال الشخصية العراقي و166 من قانون الأحوال الشحصية السوداني، فإنه يجوز للقاضي أن يعين حكما ثالثا للحكمين المختلفين ليكون

---

[1] **محمد سليمان النور**، المرجع السابق، ص.164.

[2] نظرا لعدم توافر مراجع بخصوص هذه النقطة، فإن كل ما يتم ذكره فيها هو بمثابة استنتاجات وتعليقات وتحليلات لنصوص المواد التي تطرقت لمسألة اختلاف الحكمين في بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية.

مرجحا لأحد الرأيين، بشرط أن يكون منضما للحكمين السابقين وغير متقل في عمله، إذ تنحصر مهمة الحكم الثالث في ترجيح رأي أحد الحكمين، وليس له تعيين حكم ثالث جديد، كما أن عمل المرجح لا يبدأ قبل الحكمين المختلفين فهو موجود أصلا للترجيح بين رأيي هذه الحكمين، فاختلافهما هو سبب وجود المرجح.

للحكم المرجح قبل أن يجتمع بالزوجين المتنازعين أن يجتمع بالحكمين المختلفين، ليتعرف منهما سبب اختلافهما ويحاول بعدها تقريب وجهات النظر بينهما، فإذا نجح بذلك له أن يطلب من القاضي عقد جلسة صلح تضم كل من الزوجين، الحكمين وبطبيعة الحال لابد من حضوره هو أيضا، وتكون هذه الجلسة تحت إشراف القاضي، ويقدم الحكم المرجح تقرير إلى القاضي في هذه الجلسة، فيحكم القاضي على ضوء هذا التقرير بالإصلاح بين الزوجين وبإلغاء دعوى فك الرابطة الزوجية، وبالتالي فلولا تدخل القاضي عند اختلاف الحكمين بتعيين حكم ثالث مرجح لما وصل إلى الإصلاح والتوفيق بين الزوجين، وبهذا تتحقق حماية العلاقة الزوجية باستمرارها وإعادة الحال بين الزوجين إلى ما كان عليه، فتدخل القاضي هنا في تعيين حكم مرجح يُعد شكلا من أشكال حماية القاضي للأسرة.

**ثانيا: تدخل القاضي في تبديل الحكمين لحماية العلاقة الزوجية**

إن من بين الآليات القانونية التي يمكن أن يعتمد عليها القاضي لإصلاح العلاقة الزوجية في حال اختلاف الحكمين، لجوءه إلى تبديل الحكمين المختلفين السابقين وتعيين بدلهما حكمين آخرين، وهذا ما أشارت إليه بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية على غرار قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في نص المادة 2/121 منه، وقانون الأحوال الشخصية السوداني في نص المادة 166 منه، ولقد أعطى المشرع في هذه المواد للقاضي الخيار ما بين لجوءه إلى هذه

الوسيلة (تعيين حكمين جديدين أو تعيين حكم ثالث يُرجح بين الحكمين المختلفين، وبالتالي فإن للقاضي في هذه الحال السلطة التقديرية في اختيار الآلية والوسيلة التي تمكنه من رفع الخلاف وإنهاء النزاع بين الزوجين المتنازعين.

إن ما يمكن ملاحظته من المواد المذكورة أعلاه، أن المشرع قد أعطى للقاضي الحق في تعيين حكمين جديدين لمرة واحدة فقط، إذ لم يبين ماذا يفعل القاضي في حال اختلاف الحكمين الجديدين، مع استحالة ضم حكم ثالث في هذه الحال إليهما ليكون مرجحا، فلا يمكن للقاضي هنا تبديل الحكمين الجديدين لأنه لا يملك هذا الحق إلا لمرة واحدة فقط، ولا يستطيع أن يعين مرجحا لأن المرجح لا يمكنه إنشاء رأي جديد، كما أنه لا يستطيع اعتماد التقرير الأول للحكمين السابقين لأن تقرير الحكمين الجديدين يُلغي التقرير السابق.

رغم النقائص التي تنطوي عليها هذه المواد في معالجة مسألة اختلاف الحكمين، إلاأنها تفي بالغرض وأحسن حال من ق.أ.ج الذي خلت نصوصه لاسيما المادة 56 منه على النص على مثل هذه الحال أصلا ناهيك عن وجد حلول لها، ومن ثم فإنه يتوجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في أحكام المادة 56 من ق.أ.ج باعتماده وتبنيه على الأقل الآليات والوسائل التي تبنتها بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية لحل الإشكالات التي قد يقع فيها القاضي عند اختلاف الحكمين، فلا يمكن للقاضي إعمال سلطته التقديرية في هذه الحال نظرا لوجود نص المادة 56 من ق.أ.ج، هذا الأخير الذي تعرض للنظام القانوني للتحكيم، وبالتالي فإنه لتكريس الحماية القضائية للأسرة عبر آلية التحكيم الأسري لابد من استكمال النظام القانوني للتحكيم في ق.أ.ج.

## المبحث الثاني

## حماية القاضي للأسرة باتخاذ الإجراءات والتدابير المؤقتة خلال فك الرابطة الزوجية

إن مما لا شك فيه أنه أثناء رفع أحد الزوجين دعوى فك الرابطة الزوجية، يكون هذين الأخيرين على درجة كبيرة من الخلاف إلى حد تضييع حقوق أولادهم المادية والمعنوية، وأمام هذا الوضع تدخل المشرع الجزائري لحماية هذه الفئة أثناء وقبل الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية باستحداثه لنص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج[1].

إن الغاية التي تسعى االمادة المذكورة أعلاه لتحقيقها هو تحقيق وضمان أكبر قدر من الحماية لحقوق الأولاد بواسطة القضاء أثناء سير الخصومة وحتى أثناء جلسات محاولات الصلح التي يجريها القاضي، وبالتالي يضمن القاضي حقوق أولاد الزوجين المتنازعين بواسطة اتخاذه لهذه التدابير المؤقتة، هذه الأخيرة التي عرفها الأستاذ شامي أحمد بقوله "تلك الإجراءات أو التدابير المؤقتة والمتعلقة بقضايا لا تحتمل البطء والتأخير في الفصل، لتعلقها بحقوق شخصية لا تقبل التنازل أو الإهمال"[2].

لقد أجاز المشرع الجزائري للقاضي إصدار أوامر ولائية في شكل تدابير مؤقتة من خلال نص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج لاسيما في حالات النفقة والحضانة والبقاء في مسكن الزوجية، فحرص المشرع الجزائري على حماية الأسرة وذلك بتخويله للقاضي اتخاذ جميع

---

[1] تنص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج على مايلي "**يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن**"

[2] أُنظر **بن هبري عبد الحكيم**، المرجع السابق، ص.242.

التدابير المؤقتة التي من شأنها المحافظة على حقوق الأولاد إلى غاية الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية، إلا أن المشرع الجزائري لم يُحدد مدى سلطة القاضي في اتخاذه لهذه التدابير وهذا ما سنحاول التعرف عليه في المطلب الأول ، كما أن بلوغ القاضي تحقيق هذه الحماية لا يمنع إبراز الدور الحمائي للقاضي في حالات الاستعجال المنصوص عليها في المادة 57 مكرر من ق.أ.ج، وهذا ما سنحاول التعرف عليه في المطلب الثاني.

## المطلب الأول

## مدى اختصاص القضاء المختص بالتدابير المؤقتة المستعجلة

إن التدابير المؤقتة والقضاء المستعجل يتفقان ويلتقيان في عدة جوانب لهما، كالمحافظة على الأوضاع القائمة مثل استمرار الزوج في الانفاق على الزوجة والأولاد إلى غاية الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية، فإنهما يفترقان في كون أن القضاء المستعجل يختص بكل المسائل التي يتوفر فيها عنصر الاستعجال بصفة عامة، أما التدابير المؤقتة فيختص بها القضاء في المسائل المتعلقة بالأسرة فقط، فمن هنا يمكن طرح تساؤل **حول مدى اختصاص القضاء المختص بالتدابير المؤقتة المستعجلة؟** للإجابة على هذا التساؤل يستدعي الأمر تحديد شروط اختصاص القضاء المختص بالتدابير المؤقتة في الفرع الأول، ثم التطرق إلى تحديد طبيعة القضاء المختص بهذه التدابير في الفرع الثاني، ثم أخيرا التطرق إلى الطبيعة القانونية لهذه التدابير ومدى حجيتها في الفرع الثالث.

## الفرع الأول

## شروط اختصاص القضاء المختص بالتدابير المؤقتة

يكون القضاء الاستعجالي مختص لحماية الحق أو المركز القانوني من الضياع أو التلف وذلك إلى غاية الفصل في أساس النزاع، ويكون قضاء شؤون الأسرة مختصا بصفته قاضي استعجال بتوفر حالة الاستعجال وبدون المساس بأصل الحق، وأن يكون الخطر حالا، فإذا لم يتوفر أي شرط قضى قاضي الاستعجال بعدم اختصاصه[1]، وباعتبار أن التدابير المؤقتة تدخل ضمن الاختصاص النوعي لقاضي الاستعجال، إذن فيجب هي الأخرى أيضا أن تتوافر فيها هذه الشروط لاسيما شرطي: الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، وعليه سنحاول التطرق في الفقرة الأولى إلى مدى توفر شرط الاستعجال لاتخاذ التدابير المؤقتة، وسنحاول التطرق في الفقرة الثانية إلى مدى توفر شرط عدم المساس بأصل الحق لاتخاذ التدابير المؤقتة.

### الفقرة الأولى: شرط الاستعجال لاتخاذ التدابير المؤقتة

إن القاضي عند اتخاذه أي تدبير مؤقت قبل الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية، لابد أن تتوافر في طلب هذا التدبير المؤقت حالة الاستعجال، وبالرجوع إلى النصوص القانونية التي تحددت بموجبها شروط الاختصاص النوعي للقضاء المستعجل، لا نجد تعريفا لمفهوم فكرة الاستعجال بل اكتفت بالنص سواء على شروط الاستعجال في ق.إ.م.إ أو حالاته مثل حالات الاستعجال المنصوص عليها في المادة 57 مكرر من ق.أ.ج، لأنه بإعطاء تعريف لفكرة الاستعجال يمكن الحكم بمدى توفره في طلبات اتخاذ التدابير المؤقتة، وعليه سنبحث أولا مدى توافر الاستعجال في طلبات التدابير المؤقتة، وهذا لن يتأتى إلا بالتطرق إلى تعريف الاستعجال،

---

[1] **زودة عمر**، المرجع السابق، ص.137.

ثم نتطرق ثانيا إلى البحث عن وقت توافر الاستعجال، فهل يجب أن يتوافر الاستعجال من وقت رفع الدعوى حتى صدور الحكم؟ أو يجب توافره في مرحلة من مراحل سير الدعوى؟

**أولا: توافر الاستعجال في طلبات اتخاذ التدابير المؤقتة**

كما سبق أون قلنا بأن الكشف عن مدى توافر الاستعجال في طلبات اتخاذ التدابير المؤقتة، لا يتأتى إلا عن طريق معرفة المقصود بالاستعجال، ونظرا لعدم تعريف المشرع للاستعجال فنلجأ إلى المحاولات الفقهية في تعريفه، فعرفه جانب من الفقه بأنه "الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درؤه عنه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده"[1]، وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه "ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة التي لا تتحقق باتباع الإجراءات العادية للتقاضي نتيجة لتوافر ظروف تمثل خطرا على حقوق الخصم أو تتضمن ضررا قد يتعذر تداركه أو إصلاحه"[2].

ما يمكن استخلاصه من التعاريف الفقهية المذكورة أعلاه أن الاستعجال:

-يكون في حالة وجود خطر حقيقي يُحق بحقوق الخصم أوخطر يتضمن ضرر لا يمكن تداركه أو إصلاحه.

- أنه لا يمكن تدارك هذا الخطر باتباع الإجراءات العادية للتقاضي.

- أن القضايا المستعجلة يجب الفصل فيها بسرعة لا تحتمل البطء والتأخير.

---

[1] **محمد علي راتب وآخرون،** قضاء الأمور المستعجلة، ط 07، عالم الكتب، القاهرة، سنة 1985، ج 01، ص.ص.26 و27.

[2] **سمير محمد المحادين،** صلاحيات قاضي الأمور المستعجلة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط- الأردن، السنة الجامعية 2014، ص.29.

وعليه يتأكد الطابع الاستعجالي في القضايا المطروحة أمام القاضي للنظر والفصل فيها، متى كان هناك خطر حقيقي محدق بالحق المراد المحافظة عليه، والذي لا يحتمل البطء والتأخير للفصل فيه، حيث يلزم درئه بسرعة لا تكون في التقاضي العادي، كما ان الطابع الاستعجالي قد لا يتأكد بدرجة الخطر، وإنما يلجأ إليه من أجل وقف ضرر مؤكد يتعذر تعويضه وإصلاحه مستقبلا. كما أن الاستعجال ينشأ من طبيعة الحق المطلوب صيانته وحمايته زمن الظروف المحيطة به، لا من فعل الخصوم أو اتفاقهم إذ لا يتوافر الاستعجال لمجرد رغبة رافع الدعوى في الحصول على حكم في طلباته بسرعة[1]، وبالتالي فإن القاضي يستلهم وينتزع هذا الوصف من تكييف مدعييه وتبيان هذا في عريضة الدعوى أو من بيان الوقائع التي تتكشف بمناقشة طرفي الخصومة.

بالرجوع إلى مدى توافر هذا الوصف في طلبات اتخاذ التدابير المؤقتة، حيث يكتشف القاضي توافر هذا الوصف من طبيعة الحق المطلوب حمايته ومن الظروف المحطية به وليس من مجرد الادعاءات والطلبات، فمتى رأى القاضي بأن هذه الزوجة وأولادها ليس لهم معيل يُعيلهم ويُنفق عليهم أثناء وطيلة سير دعوى فك الرابطة الزوجية، فيتوجب عليه لبفصل في طلب النفقة بسرعة وبدون تأخير من أجل وقف الضرر الذي قد يترتب على عدم الانفاق، ومن هنا يتأكد للقاضي الطابع الاستعجالي في مثل هذه الطلبات وعليه المبادرة متى توفر عنصر الاستعجال بمفهومه المذكور باتخاذ أي تدبير وقتي من شأنه المحافظة على الحقوق من الخطر المحدق بها، والفصل فيها على وجه السرعة وذلك لتفادي ضرر لا يمكن تداركه أو إصلاحه مستقبلا.

---

[1] أنظر **سمير محمد المحادين**، المرجع السابق، ص.29.

**ثانيا: وقت توافر الاستعجال في طلبات اتخاذ التدابير المؤقتة**

إن الاستعجال كشرط لاختصاص القاضي بالدعوى فإنه يُعد شرطا مستمرا، لا يلزم توافره عند رفع الدعوى فحسب، وإنما يلزم وجوده كذلك وقت صدور الحكم، ويجوز إثارة عنصر الاستعجال في أي مرحلة تكون عليها الدعوى حتى أمام المجالس القضائية، ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا إذا لم يدفع به الخصم أمام محكمة الموضوع، باعتبار أن وجود الاستعجال من عدمه من المسائل الموضوعية[1]، فيتعين أن يستمر الاستعجال من وقت رفع الدعوى حتى صدور الحكم، فإذا رفعت القضية أمام القضاء المستعجل متوافرة على ركن الاستعجال ثم فقدته قبل الفصل فيها لأي سبب، وجب على المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها بطرحها، طالما أن الدعوى التي فُصلت فيها أصبحت مفتقرة إلى ركن الاستعجال، ذلك أن القضاء المستعجل هو قضاء استثنائي قصد به دفع الخطر الداهم عن توافر الاستعجال الذي يلزم درؤه بسرعة لا تتوافر في التقاضي العادي، بحيث ينتفي هذا الاستعجال سواء رقت رفع الدعوى أو أثناء نظرها لاي كون لتدخله محل ويسري هذا الحكم على الدعوى أكانت في مرحلتها الأولى أما المحكمة الابتدائية أو في مرحلة الاستئناف[2].

فبخصوص وقت توافر الاستعجال في طلبات انخاذ التدابير المؤقتة، فبما أن عنصر الاستعجال هو شرط مستمر كما رأينا لا يلزم توافره عند رفع الدعوى فقط، وإنما يجب أيضا توافره وقت صدور الحكم، فيجب على القاضي أن يُراعي ويحرص على وجوب توافر

---

[1] أُنظر **الغوثي بن ملحة،** القانون القضائي الجزائري، ط 02، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2000، ص.314.

[2] أُنظر **سمير محمد المحادين،** المرجع السابق، ص.32.

الاستعجال في طلبات اتخاذ التدابير المؤقتة من وقت رفع دعوى فك الرابطة الزوجية إلى غاية النظر والفصل في الدعوى.

لقد حرص القضاء الجزائري بأن يكون له دور فاعل في حماية الأسرة والطفولة وذلك بسعيه للحفاظ على كيان الأسرة ومنع تشرد الأطفال من خلال، الاسراع في حسم دعاوى النفقة بأسرع وت ممكن لضمان حقوق الزوجة والأطفال، عن طريق التدابير المؤقتة التي يُمكن اتخاذها بناء على الأوامر على العرائض[1]، فالاسراع في حسم الدعاوى لضمان حقوق الأطراف الضعيفة في الأسرة دليل ومؤشر على وجوب توافر عنصر الاستعجال وقت وأثناء سير دعوى فك الرابطة الزوجية، إلى غاية الفصل فيها ولأن العبرة من الاستعجال باتخاذ إجراء أو تدبير وقتي بسرعة لا تكون عادة في القضاء العادي من أجل حماية الحق المراد المحافظة عليه من الخطر الحقيقي المحدق به، أو من أجل وقف ضرر مؤكد يتعذر تعويضه وإصلاحه مستقبلا، فيجب على القاضي النظر والفصل في طلبات اتخاذ التدابير الوقتية المستعجلة ضمن الوقت الذي يتوافر فيه الاستعجال، وهو ما بين وقت رفع دعوى فك الرابطة الزوجية إلى غاية صدور الحكم فيه، بحيث أنه إذا لم يتوافر شرط الاستعجال بمفهومه وجود الخطر الداهم الذي يُهدد حقوق ومصالح الخصم طيلة هذه الفترة الزمنية، يحكم القاضي بعدم اختصاصه، وبالتالي لا يحق له اتخاذ أي تدبير أو إجراء طيلة رفع الدعوى.

باعتبار أن عنصر الاستعجال من النظام العام، فلا يجوز للأطراف الاتفاق على وجوده من عدمه، ولا يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بأي إجراء ما لم يكن هذا الأمر مسببا على

---

[1] أُنظر **كريمة محروق،** الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص. 116.

أساس توافر عنصر الاستعجال[1]، وعليه فمادام عنصر الاستعجال من النظام العام فيجوز إثارته في أي مرحلة تكون عليها الدعوى سواء كان أمام المحكمة الابتدائية أو أمام المجالس القضائية.

إن الإشكال الذي يطرحه وقت توافر الاستعجال في طلبات اتخاذ التدابير المؤقتة المستعجلة، هو في حال ما إذا زال عنصر الاستعجال أثناء سير دعوى فك الراطة الزوجية أو حال الفصل فيها، فهل يجوز للقاضي في هذه الحال اتخاذ هذه التدابير أم لا؟ إن الإجابة على هذا الإشكال تُستنتج من كون أن الاستعجال ينشأ من طبيعة الحق المراد حمايته والمحافظة عليه ومن الظروف المحيطة به، فيتعين أن يستمر من وقت رفع الدعوى إلى وقت صدور الحكم كما رأينا سابقا، فإذا رفعت دعوى فك الرابطة الزوجية وقدمت الزوجة أثناء سير الدعوى طلب اتخاذ تدبير وقتي مثلا يتعلق بالنفقة المؤقتة تطلب فيه من القاضي وجوب إلزام الزوج في الاستمرار بالانفاق عليها وعلى أولادها، ثم قبل الفصل في الدعوى الأصلية وقبل البت في طلبها من طرف القاضي، عاد الزوج من تلقاء نفسه للانفاق عليها وعلى أولاده، فهنا يجب على القاضي أن لا يستجيب لطلب الزوجة الخاص بالتدجبير المؤقت المتعلق بالنفقة، وذلك لعدم توفر الاستعجال في طلبها أثناء سير الدعوى.

نخلص في الأخير أنه، يجب على القاضي بمناسبة نظره وفصله في طلبات اتخاذ التدابير الوقتية أن يتحقق من توفر شرط الاستعجال، باعتبار أن طلبات اتخاذ التدابير الوقتية هي طلبات مستعجلة، إذ يجب على القاضي أن يفصل فيها على وجه الاستعجال طبقا لنص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج السالف الذكر هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن طلب اتخاذ التدابير المؤقتة هو بمثابة دعوى استعجالية وذلك لسعيهما لتحقيق نفس الهدف ألا وهو حماية الحق

---

[1] أُنظر **طاهري حسين،** قضاء الاستعجال فقها وقضاء، د ط، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2005، ص. 11.

المراد المحافظة عليه من الخطر الحقيقي المحدق به أو وقف ضرر لا يمكن تداركه أو إصلاحه مستقبلا على وجه السرعة، بعدم اتباع إجراءات التقاضي العادي، ومن ثم فإنه يتوجب على القاضي معاملة هذه الطلبات نفس المعاملة مع الدعوى الاستعجالية من حيث شروط قبولها للنظر والفصل فيها، هذه الأخيرة أيضا يُشترط لقبولها شرط عدم المساس بأصل الحق، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في الفقرة الثانية من خلال البحث عن توافر شرط عدم المساس بأصل الحق في طلبات اتخاذ التدابير المؤقتة.

## الفقرة الثانية: شرط عدم المساس بأصل الحق في طلبات اتخاذ التدابير المؤقتة

لا يكفي توفر شرط الاستعجال وحده حتى يُعلن القاضي اختصاصه بالنظر في طلبات اتخاذ التدابير المؤقتة، بل يجب عليه أن يتحقق من توافر شرط ثاني ألا وهو شرط عدم المساس بأصل الحق، وأصل الحق هنا ينحصر في دعوى فك الرابطة الزوجية ، فيجب على القاضي عند اتخاذه لتدبير وقتي يهدف به إلى حماية الحقوق أن لا يمس بالنزاع القائم بين الزوجين والمتعلق بفك الرابطة الزوجية.

لا نجد في الفقه القانوني الجزائري من يُعرف أصل الحق، ولكننا بالمقابل نجده يعتمد على قرار شهير صادر عن المحكمة العليا [1]، الذي نص في منطوقه على مايلي "...إن المقصود بأصل الحق الذي يمتنع قاضي الأمور المستعجلة عن المساس به، هو السبب القانوني الذي يُحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين قبل الآخر، فلا يجوز أن يتناول هذه الحقوق والالتزامات بالتفسير والتأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني بينهما، كما ليس

---

[1] أُنظر **بلعابد عبد الغني،** الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر–دراسة تحليلية مقارنة– مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المؤسسات السياسية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري–قسنطينة، السنة الجامعية 2008/2007، ص. 18.

له أن يُغير أو يُعدل من مركز أحد الطرفين القانوني، أو أن يتعرض في أسباب حكمه إلى الفصل في موضوع النزاع أو يُؤسس قضاؤه في الطلب الوقتي على أسباب تمس أصل الحق، أو أن يتعرض إلى قيمة المستندات المقدمة من أحد الطرفين، أو يأمر باتخاذ إجراء تمهيدي كالإحالة على التحقيق أو ندب خبير، أو استجواب الخصوم، أو سماع شهود، أو توجيه يمين حاسمة أو متممة لإثبات أصل الحق، بل يتعين عليه أن يترك جوهر النزاع سليما ليفصل فيه قاضي الموضوع المختص دون غيره"[1].

إن القضاء المستعجل يقوم على الحماية العاجلة التي تكسب حقا ولا تهدره، فقاضي الاستعجال يصدر فقط الحكم بالإجراء المؤقت والحماية المطلوبة دون المساس والفصل في الموضوع[2]، ونفس الأمر بالنسبة لاتخاذ التدابير المؤقتة، فلا يجوز لقاضي الاستعجال اتخاذ تدبير وقتي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني بين الزوجين ألا وهو فك الرابطة الزوجية، فعند التأكد من توافر عنصر الاستعجال في الطلب المقدم، فيجب عليه أيضاأن يتأكد من أن طلب الخصم لا يمس بأصل الحق وإلا قضى بعدم اختصاصه، ولقد كرس المشرع الجزائري هذا الشرط في المادة 303 من ق.إ.م.إ بنصها **"لا يمس الأمر الاستعجالي أصل الحق..."**

إن التدابير التي يأمر بها قاضي الأمور المستعجلة، هي تدابير مؤقتة في انتظار الفصل النهائي في أصل الحق من طرف قاضي الموضوع، وعلى هذا فإن الفصل في أصل الحق من اختصاص قاضي الموضوع، ويمنع على قاضي الاستعجال أن يأمر بالتدابير التي من شأنها أن

---

[1] م.ع، ملف رقم 35444 مؤرخ في 1985/12/18، م.ق، عدد 01 سنة 1990، ص.46.

[2] أُنظر **بلعابد عبد الغني**، المرجع السابق، ص. 19.

تمس بأصل الحق[1]، وعليه فإن شرط عدم المساس بأصل الحق يُعتبر سبب قانوني لانعقاد اختصاص قاضي الأمور المستعجلة للوصول إلى اتخاذ إجراء أو تدبير وقتي يتعلق بمسألة من المسائل المطلوبة من أحد الخصوم، وأصل الحق كما أسلفنا لا يرتبط بفك الرابطة الزوجية فقط بل أيضا يمتد ليرتبط بالآثار المترتبة على فك هذه الرابطة، إذ أن القاضي بخصوص هذه الأخيرة عند اتخاذه لتدبير مؤقت مثلا يتعلق بإسناد الحضانة إلى الزوجة بناء على طلبها، فيتخذ القاضي هذا التدبير بإسناد الحضانة إليها مؤقتا حماية لحقوق ومصالح الأولاد الصغار، لكن عند الفصل في الدعوى الأصلية الموضوعية قد يُسند الحضانة إلى غير الزوجة من الحاضنين الأخرين المستحقين لها حسب ترتيبهم في ق.أ.ج، إذا تبين للقاضي وجود مانع في إسناد الحضانة للزوجة كتزوجها من رجل أجنبي مسلم يقيم خارج البلاد.

إن القاضي المستعجل إن كان يمنع عليه القانون التعرض إلى أصل الحق، إلا أن القانون كلفه أن يفحص الموضوع وأصل الحق من حيث الظاهر، وذلك حتى يصل إلى حكم في الإجراء أو التدبير الوقتي المطلوب منه اتخاذه، وعندها فلا مانع يمنعه من هذا على أن يكون بحثه في موضوع الحق غير حاسم لموضوع النزاع بين الطرفين، بل مجرد بحث سطحي عرضي يتحسس به ما يحتمل لأول نظرة أن يكون هو وجه الصواب في الطلب المعروض عليه، ويبقى الموضوع محفوظا سليما يتناضل فيه ذوو الشأن لدى جهة الاختصاص[2]، وهذا ما ينطبق على المثال الذي ذكرناه آنفا بخصوص أصل الحق في دعوى فك الرابطة الزوجية

---

[1] **بشير بلعيد،** القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، د ط، مطبعة قرفي عمارة باتنة–الجزائر، سنة 1993، ص. 55.

[2] أُنظر **خميس السيد اسماعيل،** موسوعة القضاء المستعجل، ط 03، دار المعارف، القاهرة، سنة 1990–1991، ص.ص.34 و35.

وإدراج توابع العصمة في الطلاق ضمن أصل الحق، فلا مانع هنا على قاضي الاستعجال أن يتعرض إلى فحص موضوع فك الرابطة الزوجية وتوابعها باعتبارها أصل الحق بصفة سطحية تُمكنه من النظر والفصل في طلب اتخاذ تدبير وقتي يتعلق مثلا بإسناد الحضانة إلى الزوجة بناء على طلبها، إذ أجاز نص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج السالف الذكر للقاضي أن يفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في التدبير المؤقت المتعلق بالحضانة، بشرط أن يكون التدبير الوقتي المتخذ من طرف القاضي غير حاسم لموضوع النزاع بين الزوجين بخصوص إسناد الحضانة.

إن قاضي الاستعجال عند إثارة أية منازعات أمامه يجب أن لا ينفض يده منها، وينأى عن البحث فيها على أساس أن مثل هذا البحث سيمس أصل الحق، بل يجب على قاضي الاستعجال أن يبحث منازعات الطرفين ليتوصل لتحديد اختصاصه[1]، وعليه فإنه يتوجب على قاضي الاستعجال النظر في أصل الدعوى وهو النزاع القائم بين الزوجين وما يندرج ضمنه على غرار توابع الطلاق، وذلك حتى يصل إلى اختصاصه بالنظر والفصل في طلبات التدابير المؤقتة المرفوعة من قبل أحد الزوجين.

نخلص في آخر هذا الشرط، أن القاضي عند نظره في طلبات اتخاذ التدابير المؤقتة، يجب عليه أن لا يتعرض إلى أصل الحق ألا وهو فك الرابطة الزوجية وتوابعها، إلا أن هذا المنع ليس على إطلاقه، إذ يجوز للقاضي بل يجب عليه النظر في أصل الحق حتى يصل إلى حكمه بخصوص قبول طلبات اتخاذ التدابير المؤقتة، بشرط أن تكون نظرته إلى أصل الحق مجرد نظرة سطحية عرضية لا تحسم موضوع النزاع الأصلي.

---

[1] أُنظر **سمير محمد المحادين**، المرجع السابق، ص.40.

ختاما، نرى بأن اعتماد القاضي على مدى توفر شروط الدعوى الاستعجالية من أجل النظر والفصل في طلبات اخاذ التدابير المؤقتة، يُساهم في دعم حماية الأسرة عن طريق القضاء، إذ يتوجب على القاضي عدم الفصل في هذه الطلبات إلا إذا كانت مستعجلة وغير ماسة بأصل الحق، ومعلوم أن الاستعجال في مادة الأحوال الشخصية موجود، فلا يبقى على القاضي فقط التحقق من توفر الشرط الثاني، وهو عدم تعرضه عند الفصل في هذه الطلبات إلى موضوع الدعوى الأصلية، وما دام أن الغاية من الاستعجال كما رأينا هي المحافظة على حقوق قائمة للأطراف مثل حق الزوجة والأولاد في الانفاق عليهم من طرف الزوج، وبالتالي فإنه على قاضي الاستعجال في هذه الحال أن يحرص على المحافظة على حقوق هؤلاء، لاسيما الفئة الضعيفة في الأسرة، وبهذا يتجسد مظهر من مظاهر الحماية القضائية للأسرة.

## الفرع الثاني

## طبيعة القضاء المختص بالتدابير المؤقتة

بعد تبيان شروط اختصاص القضاء المختص بلتدابير المؤقتة، نحاول التطرق في هذا الفرع إلى تحديد طبيعة القضاء المختص بالتدابير المؤقتة أي **من هو القاضي المختص باتخاذ هذه التدابير والفصل فيها؟**

إن هذ الإشكال هو أحد الإشكالات التي يطرحها نص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج السالف الذكر، بعدم تحديده للجهة القضائية المختصة في اتخاذ التدابير المؤقتة، وفي هذا السياق يقول الأستاذ **"فضيل العيش"** حول نقص هذه المادة مايلي "إن المادة 57 مكرر تطرح عدة إشكالات حول الجهة المختصة في اتخاذ التدابير المؤقتة، هل هو قاضي الأمور المستعجلة، أو

رئيس قسم الأحوال الشخصية أو رئيس المحكمة ضمن الأعمال الولائية المخولة له قانونا..." [1].

كما استعملت المادة 57 مكرر مصطلحين، الأول مصطلح الاستعجال والثاني أمر على عريضة، وإذا كان المصطلح الأول يُحيل إلى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، فإن المصطلح الثاني يتصل باختصاص رئيس المحكمة في مجال إصدار الأوامر على ذيل العريضة، أي ضمن الأعمال الولائية المخولة له قانونا خاصة إذا علمنا أن الاختصاص أمام القاضي الاستعجالي يختلف تماما عن الإجراءات المتبعة أما رئيس قسم شؤون الأسرة، فلمن ينعقد الاختصاص بشأن الفصل في التدابير المؤقتة، هل ينعقد لرئيس المحكمة بحكم اختصاصه بإصدار الأعمال الولائية أو لرئيس قسم شؤون الأسرة[2].

لقد اختلف شُراح القانون الجزائري حول هذه المسألة وانقسموا إلى فريقين، حيث ذهب فريق إلى القول بأن الاختصاص حق يعود لرئيس المحكمة وهذا ما سنتطرق إليه في الفقرة الأولى، وذهب فريق آخر إلى القول بأن الاختصاص يعود إلى رئيس قسم شؤون الأسرة وهذا ما سنتطرق إليه في الفقرة الثانية.

## الفقرة الأولى: الرأي القائل باختصاص رئيس المحكمة

يذهب هذا الرأي إلى القول بأن رئيس المحكمة هو صاحب الاختصاص بالتدابير المؤقتة المستعجلة باعتبار أنه هو صاحب الاختصاص والولاية العامة في الأمور المستعجلة بإصدار الأوامر على ذيل العريضة.

---

[1] **فضيل العيش،** شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، د ط، مطبعة طالب، د ب ن، سنة 2007-2008، ص.75.

[2] **كريمة محروق،** الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص. 120.

لقد ذهب الأستاذ "**سعد عبد العزيز**" إلى القول بهذا الرأي بخصوص التدبير الوقتي المتعلق بحق الزيارة بقوله "وفي هذه الحال يجوز لقاضي الأمور المستعجلة الذي يكون عادة هو رئيس المحكمة المختصة إقليميا داخل دائرة اختصاصها في الفصل في الأحكام المنصوص عليها في المادة 426 من ق.إ.م.إ وبعد أن يتحقق من مبررات الطلب، ومن وجود دعوى طلاق مرفوعة أما نفس المحكمة بقصد استصدار حكم قضائي بالطلاق أن يصدر أمرا استعجاليا مؤقتا بحق الزيارة لصالح الزوج الذي لا يوجد المحضون في رعايته ولا في حضانته المؤقتة"[1]،كما أنه من الناحية العملية هناك عدة أوامر استعجالية تتعلق بقضايا الأسرة، كان صاحب الاختصاص فيها رئيس المحكمة.

لا شك أن اتجاه هذا الرأي إلى القول باختصاص رئيس المحكمة بالتدابير الوقتية الاستعجالية يرجع إلى عدة أسباب والتي من بينها، مبررات الحفاظ على الأسرة وحمايتها لاسيما الفئة الضعيفة فيها وهم الأولاد، فباعتبار أن الأسرة هي الخلية الأساسية في المجتمع يصلح هذا الأخير بصلاحها ويفسد بفسادها، فلذلك يرى هذا الرأي باختصاص رئيس المحكمة باعتباره المسؤول الأول عن استقرار هذه الخلية واستقرار المجتمع ككل، كذلك من الأسباب المؤدية إلى القول بهذا الرأي، هو سعي وحرص رئيس المحكمة للقيام بمهامه القانونية التي أمره بها المشرع في القضايا المختص بها لاسيما القضايا الاستعجالية والتي تندرج ضمنها التدابير الوقتية الاستعجالية، وهو ما أكده المشرع الجزائري قبل تعديل ق.إ.م.إ، إذ أنه قبل تعديل هذا القانون سنة 2008، كان الاختصاص بإصدار الأوامر على ذيل العريضة المتعلقة بكل القضايا

---

[1] **سعد عبد العزيز**، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد–أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل– ط 02، دار هومة، الجزائر، سنة 2009، ص. 158.

الاستعجالية وحتى قضايا شؤون الأسرة، تدخل ضمن العمل الولائي لرئيس المحكمة، إذ أن هذا الأخير كان هو صاحب الاختصاص بإصدار الأوامر على ذيل العريضة قبل التعديل. فكان الاختصاص للفصل في القضايا الاستعجالية قبل التعديل منوط برئيس المحكمةن إذ قبل صدور ق.إ.م.إ، كان رئيس المحكمة هو من يختص بالفصل في قضايا الاستعجال الخاصة بقسم شؤون الأسرة[1].

يستدل أصحاب هذا الرأي على رأيهم بأدلة وهي: – خطأ المشرع في تقدير المعنى القانوني للمصطلح عند ذكر عبارة أمر على ذيل عريضة، – المتفق عليه فقها وقضاء أن التدابير المتعلقة بالنفقة او الحضانة أو الزيارة أو المسكن بطبيعتها من اختصاص محكمة الموضوع وفي حالات الاستعجال تنتقل إلى قاضي الأمور المستعجلة، – إن الاعتراف للقاضي بإصدار الأمر على ذيل العريضة على وجه الاستعجال يُؤدي إلى الاستغناء عن الضمانات التي تتسم بها الدعوى القضائية، كاحترام مبدأ المواجهة وحق الدفاع لأن الأمر على ذيل العريضة هو قرار ولائي، يُتخذ في غرفة المشورة دون تكليف الخصم، وهو بدون شك ما لم يقصده المشرع، ويُدعم رأيهم بالاختصاص رئيس المحكمة، هو استعمال النص الفرنسي في المادة 57 مكرر لمصطلح "**référé**" والتي تعني الاستعجال، [2]. – إن العبارة الواردة في نص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج السالف الذكر بنصه "**...يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال...**" جاءت عامة إذ أنه يمكن أن يرفع طلب اتخاذ الإجراء الوقتي من طرف أحد الزوجين إلى رئيس المحكمة باعتباره هو الآخر قاضي، وله الحق في إصدار أمر على ذيل العريضة. – صاحب

---

[1] أُنظر **حمليل صالح وصديقي الأخضر**، إجراءات التقاضي أما قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد 28، ص.ص.37 و38.

[2] أُنظر **كريمة محروق**، الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص. 120.

الاختصاص كما سبق وأن أوضحنا قبل تعديل ق.إ.م.إ هو رئيس المحكمة باعتباره صاحب الاختصاص بإصدار الأوامر على ذيل العريضة فلم يأتي المشرع بجديد[1].

كما سبق وقلنا بأن هذا الرأي كان سائدا قبل تعديل ق.إ.م.إ سنة 2008 في معظم المحاكم الجزائرية، على أساس أن الأمر على ذيل العريضة يندرج ضمن الأعمال الولائية، وأن هذه الأخيرة قبل تعديل ق.إ.م.إ سنة 2008 كان الاختصاص فيها يعود إلى رئيس المحكمة، إلا أن هذا الرأي والتوجه اندثر بعد تعديل ق.إ.م.إ وذلك من خلال إسناد الاختصاص بإصدار الأمر على ذيل العريضة في قضايا شؤون الأسرة المستعجلة إلى رئيس قسم شؤون الأسرة باعتباره قاضي استعجال، وهذا ما سنتطرق إليه في الفقرة الموالية.

**الفقرة الثانية: الرأي القائل باختصاص رئيس قسم شؤون الأسرة**

تبعا للنقائص التي كانت غالبا ما تجعل القاضي يلجأ إلى الاجتهاد القضائي لحل المنازعات الأسرية المعروضة عليه، هذا الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى إعادة النظر في الجانب الإجرائي مع الأخذ بعين الاعتبار ما تمتاز به قضايا شؤون الأسرة من طبيعة استعجالية، قد تجعله يضطر إلى اتخاذ بعض الأوامر ذات الطابع الاستعجالي والتدابير المؤقتة لحماية المصالح الأسرية، لذلك توجه المشرع الجزائري بموجب ق.إ.م.إ الجديد رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 بتخصيص قسم كامل خاص باختصاصات قاضي شؤون الأسرة نظم فيه عدة أحكام إجرائية، مميزا بذلك هذا القسم عن غيره من الأقسام الأخرى كالعقاري والتجاري

---

[1] أنظر **كريمة محروق**، الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص. 120.

وغيرهما[1]، حيث أنه بموجب القانون الجديد المذكور أعلاه، خول المشرع لرئيس قسم شؤون الأسرة ممارسة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال في نص المادة 425 من ق.إ.م.إ بنصه **"يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون..."** فنصت هذه المادة صراحة على ان اختصاص الاستعجال من مهام قاضي شؤون الأسرة، وله أن يتخذ أي إجراء يراه ضروريا وله اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراءات الصلح، مما يُعد تكريسا وتدعيمالما جاءت به المادة 57 مكرر من قانون الأسرة المعدل والمتمم[2].

تجدر الإشارة أنه كما سبق وأوضحنا بأنه لابد من توافر شروط اختصاص القضاء المختص بالتدابير المؤقتة، لاسيما شرطي توافر حالة الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، فيكون هنا قاضي شؤون الأسرة مختصا بصفته قاضي استعجال، بحيث أنه إذا لم يتوفر أي شرط من هذه الشروط قضى قاضي الاستعجال الذي هو قاضي شؤون الأسرة بعدم اختصاصه.

من خلال نص المادة 425 من ق.إ.م.إ ونص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج السالفي الذكر، يذهب هذا الرأي إلى القول بأن الاختصاص في إصدار الأمر على ذيل العريضة في قضايا شؤون الأسرة يعود إلى قاضي شؤون الأسرة. إذ أنه قبل صدور ق.إ.م.إ كان رئيس المحكمة هو من يختص بالفصل في قضايا الاستعجال الخاصة بقسم شؤون الأسرة، إلا أنه ومنذ تعديل ق.أ.ج سنة 2005 بإضافة المادة 57 مكرر، أصبح لقاضي شؤون الأسرة أن يفصل على

---

[1] أُنظر **مانع سلمى وزواوي عباس، مانع سلمى وزواوي عباس،** اختصاصات قاضي شؤون الأسرة طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر –بسكرة، العدد 16، مارس 2018، ص.56.

[2] أُنظر **حمليل صالح وصديقي الأخضر،** إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 38.

وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن[1].

بالرجوع إلى نص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج يظهر أن المشرع الجزائري قد أدرج اختصاص قاضي شؤون الأسرة باعتباره قاضي استعجال في إصدار الأمر على ذيل العريضة للفصل في التدابير المؤقتة ضمن الاختصاص النوعي للقضاء المستعجل بنص خاص في ق.أ.ج، باعتبار أن القضاء المستعجل له عدة اختصاصات في مجالات أخرى.

يستدل أصحاب هذا الرأي على رأيهم بالدلة التالية: – إسناد اختصاص إصدار أمر على ذيل العريضة للفصل في التدابير المؤقتة بموجب التعديل الأخير لقانون الأسرة إلى قاضي شؤون الأسرة، باعتبار هذا الأخير هو الأكثر إلماما ودراية بالملف مما يسهل له الفصل فيه على وجه السرعة، – عدم وجود نص قانوني يمنع إصدار الأمر على ذيل العريضة من قاضي آخر غير رئيس المحكمة وهذا ما يُستشف من نص المادة 310 من ق.إ.م.إ، – أن هذا الاختصاص الجديد من شأنه أن يُخفف من اكتظاظ الملفات بمكتب رئيس المحكمة، وبالتالي يضمن للمواطن السرعة في استصدار الأمر[2].

إن اعتماد المشرع الجزائري هذا الرأي بموجب التعديل الأخير لكل من ق.إ.م.إ (المادة 425) وق.أ.ج (المادة 57 مكرر)، من شأنه الإعتراف لقاضي شؤون الأسرة بصلاحية إصدار أوامر ولائية باعتبار أن التدابير الوقتية المتخذة من قبل القاضي أوامر ولائية لا قضائية، وبالتالي أصبحت صلاحية إصدار الأوامر الولائية غير مقتصرة على رئيس المحكمة فقط، كما

---

[1] أُنظر **حمليل صالح وصديقي الأخضر**، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 38.

[2] أُنظر **كريمة محروق**، الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص. 121.

أن الأخذ بهذا الرأي من شأنه تدعيم مبدأ تخصص القضاة، فقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما أناط الاختصاص بالقضايا الاستعجالية الخاصة بشؤون الأسرة إلى قاضي متخصص في شؤون الأسرة، بعدما كان الفصل في مثل هذه القضايا منوط برئيس المحكمة فقط، هذا الأخير الذي قد يكون متخصص في شؤون الأسرة وهنا لا إشكال يُطرح، كما قد لا يكون متخصص في هذا المجال مما يطرح إشكتال قد يترتب عليه تعريض حقوق الخصم الذي طلب اتخاذ التدابير المؤقتة للخطر من أجل حماية بعض الحقوق إلى غاية الفصل في الدعوى الأصلية.

مما لا شك فيه أن الأخذ بهذا الرأي يُساهم في تحقيق الحماية القضائية الاستعجالية الاستثنائية للأسرة، وذلك من خلال إصدار قاضي شؤون الأسرة باعتباره قاضي استعجال أوامر ولائية عن طريق إصدار أمر على ذيل العريضة للفصل على وجه السرعة في طلبات اتخاذ التدابير المؤقتة، وبالتالي حماية الحق المراد المحافظة عليه من الخطر المحدق به أو من أجل وقف ضرر لا يمكن إصلاحه او تداركه مستقبلا، ولعل أهم تجليات حماية قاضي الاستعجال للأسرة باتخاذ التدابير الوقتية المستعجلة تكمن فيمايلي:

– تحقيق حماية قضائية سريعة ووقتية للحقوق التي يتهددها الخطر الحقيقي المحدق بها، وذلك باتخاذ تدابير وقتية لا تمس أصل الحق أو موضوع تلك الحقوق.

– النظر والفصل في التدابير الوقتية المستعجلة يكون باتباع إجراءات مختصرة إلى حد كبير عن تلك الإجراءات المتبعة والمكرسة أمام القضاء العادي.

– تحقيق استقرار الأوضاع القانونية بين الزوجين بصفة مؤقتة، وذلك باتباع إجراءات غير معقدة وفي وقت وجيز تحقيقا لفكرة استقرار الأوضاع القانونية بين الزوجين، وبالتالي تحقيق استقرار الأسرة ككل بصفة مؤقتة.

– يتدخل قاضي شؤون الأسرة باعتباره قاضي استعجال في العديد من المجالات، والتي من أهمها قضايا النفقة والحضانة والزيارة والمسكن، وذلك من خلال وقت قصير وإجراءات بسيطة وسهلة لرعاية مصالح وحقوق الطفل المحضون بالدرجة الأولى.

نخلص بعد دراسة كلا الرأيين السابقين أن الراجح فيهما هو الرأي الثاني، الذي يقضي باختصاص قاضي شؤون الأسرة بالفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على ذيل العريضة في مواد النفقة والحضانة والزيارة والمسكن وكل ما يتعلق بشؤون الأسرة، وما يؤكد هذا التوجه ما جاء به التعديل الجديد لق.إ.م.إ لاسيما كل من المادة 425 السالفة الذكر وكذا المادة 449 بنصها "**يجوز لقاضي شؤون الأسرة وعن طريق الاستعجال، أن يتخذ جميع التدابير التحفظية...**". فهاتين المادتين (425 و449 من ق.إ.م.إ) تؤكد بأن نية المشرع في نص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج تعطي الحق في الاختصاص بالنظر والفصل في التدابير المؤقتة لقاضي شؤون الأسرة وذلك بموجب أمر على ذيل عريضة، كما لا يمنع الأطراف م رفع الطلب إلى رئيس المحكمة لأن العبارة في نص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج السالف الذكر جاءت عامة "**للقاضي الفصل على وجه الاستعجال**" ذلك أن القاضي لم يسلب القضاء المستعجل اختصاصه بتقدير التدابير المؤقتة، فالمهم في كل الأحوال أن يتوفر في النزاع المعروض عنصر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، ويبقى الاختلاف بين القضاة بشأن تطبيق المادة قائم في انتظار صدور اجتهاد من المحكمة العليا[1].

إذا كانت التدابير الوقتية هي عبارة عن تدابير يتخذها رئيس المحكمة أو قاضي شؤون الأسرة وفق الرأيين السابقين، وذلك من خلال إصدار أوامر ولائية في الطلبات المقدمة من ذوي

---

[1] أُنظر **كريمة محروق**، الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص. 121.

المصلحة في شكل أمر على ذيل العريضة، وهي لا تحسم النزاع الأصلي وإنما الهدف منها المحافظة على الحق من الخطر المحدق به أو وقف ضرر لا يمكن تداركه أو إصلاحه، فهل يحق الطعن في هذه التدابير؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفرع الموالي من خلال تحديد الطبيعة القانونية لهذه التدابير.

## الفرع الثالث

## الطبيعة القانونية للتدابير المؤقتة وحجيتها

لما كان للقضاء وظيفتان، الأولى ولائية والأخرى قضائية، وهاتان الوظيفتان تترتب عليهما إما إصدار أوامر ولائية بخصوص الوظيفة الولائية أو إصدار أحكام قضائية بخصوص الوظيفة القضائية، ولقد توصلنا فيما سبق أن صلاحية إصدار الأوامر الولائية غير مقتصرة على رئيس المحكمة فقط، وإنما يجوز أيضا لقاضي شؤون الأسرة في القضايا المتعلقة بالأسرة صلاحية إصدار أوامر ولائية، ففي ظل غياب نص صريح في ق.أ.ج أو ق.إ.م.إ يوضح الطبيعة القانونية للتدابير المؤقتة، فهل يمكن إدراج هذه التدابير ضمن طائفة الأوامر الولائية التي يصدرها قاضي شؤون الأسرة؟

لقد سبق وأن تمت الإجابة على هذا السؤال بشكل غير مباشر في ثنايا هذا البحث، بإدراج التدابير الوقتية ضمن طائفة الأعمال الولائية للقاضي على القول الراجح من الرأيين السابقين، ورغم ذلك سنحاول في الفقرة الأولى الالتطرق إلى تحديد الطبيعة القانونية للتدابير المؤقتة والمنصوص عليها في المادة 57 مكرر من ق.أ.ج، وفي نفس السياق سنحاول التطرق في الفقرة الثانية إلى مدى حجية هذه التدابير.

**الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية للتدابير المؤقتة**

لقد سبق وأن خلصنا بأن التدابير المؤقتة هي ظاعمال ولائية، هذه الأخيرة التي تباين الفقه في تعريفها. إذ عرفها بعض الفقهاء بقولهم "تتمثل الأعمال الولائية في القرارات والأوامر التي تصدر باتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي، بناء على طلب طرف وفي غياب الطرف الثاني ودون تسبيب غالبا" وعرفها آخرون بأنها "ما يصدره القضاة من قرارات بناء بناء على طلب خصم دون سماع أقوال الخصم الآخر، ودون تكليفه بالحضور"[1]، فما مدى تطابق مدلول هذه التعاريف مع مدلول التدابير الوقتية من أجل إدراج هذه الأخيرة وإعطائها وصف الأعمال الولائية؟

لقد استحدث المشرع الجزائري التدابير المؤقتة ونص عليها في المادة 57 مكرر من ق.أ.ج السالفة الذكر، ومن خلال القراءة القانونية لهذه المادة استطعنا التوصل إلى أن التدابير المؤقتة هي عبارة عن تدابير يتخذها قاضي شؤون الأسرة بصفى استعجالية بناء على أوامر يصدرها بما له من سلطة ولائية، وبناء على طلبات مقدمة من ذوي المصلحة في شكل أمر على ذيل عريضة، إذ أن هذه الأخيرة لا تحسم النزاع وإنما تهدف إلى المحافظة على الحق بصفة وقتية إلى غاية الفصل في النزاع الأصلي، وعليه فمدلول العمل الولائي يلتقي مع مدلول التدبير المؤقت في كونهما يهدفان إلى تحقيق نفس الغاية، ألا وهي الحصول على نوع معين من أنواع الحماية القضائية الوقتية للحقوق، هذه الحماية الوقتية لا تتحقق إلا بناء على طلب ذوو الشأن أو المصلحة من اتخاذ التدابير الوقتية، ويُعتبر عنصر طلب الخصم أو ذوو المصلحة في اتخاذ هذه

---

[1] **مشهور محمد الدعيس،** الحكم القضائي والأمر الولائي في قانون المرافعات اليمني (دراسة تحليلية)، بحث مقدم استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدبلوم في قسم القانون الخاص بالأكاديمية اليمنية للدراسات العليا- صنعاء، سنة 2014، ص. 13.

التدابير أو العمل الولائي هو العنصر الأساسي والمشترك في الجمع بين كلا المدلولين (مدلول العمل الولائي ومدلول التدابير المؤقتة). ومن هنا فإن هناك من يصطلح على تسمية الأعمال الولائية بالأعمال الإرادية لأن الأفراد يطلبون من القضاء القيام بها بمحض إرادتهم غالبا[1].

لما كان الفصل في التدابير المؤقتة طبقا لنص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج يكون بموجب أمر على ذيل العريضة. فلقد اتفق الفقهاء حديثا على أن الأوامر على العرائض هي النموذج الأساسي للأعمال الولائية، إلا أنهم اختلفوا في تحديد الطبيعة القانونية للعمل الولائي على أربعة اتجاهات[2] نوجزها فيمايلي مع إبراز موقف المشرع الجزائري من هذه الاتجاهات.

**الاتجاه الأول:** ذهب بعض الفقهاء إلى ان الأعمال الولائية هي أعمال إدارية بحتة أي عمل إداري محض، يمكن أن يقوم بها رجال الإدارة، وأن قيام القضاء بهذه الأعمال لا يُغير من صفتها شيئا، وقد أُنتقد هذا الاتجاه بأن النشاط الإداري يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة للإدارة، في حين أن العمل الولائي يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة أو حمايتها في أغلب الأحوال[3].

**الاتجاه الثاني:** يرى أن العمل الولائي عبارة عن نشاط قضائي إلا أنه يختلف عنه بالدرجة ولا يختلف عنه من حيث الطبيعة، يمثل هذا الاتجاه بعض الفقه الحديث في إيطاليا وفرنسا ومصر، وأُنتقد هذا الرأي بأنه لم يضع معيار محدد للتفرقة بين العمل القضائي والعمل الولائي، وكأنه

---

[1] أُنظر **عبد الناصر موسى أبو البصل،** نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، تقديم محمد نعيم ياسين، د ط، دار النفائس، الأردن، د ت ن، ص. 79.

[2] أُنظر **مشهور محمد الدعيس،** المرجع السابق، ص. 13.

[3] أُنظر **عبد الناصر موسى أبو البصل،** المرجع السابق، ص.ص.79 و80.

جعلهما عملا واحد يتمايزا بالدرجة فقط، وهذه الأخيرة لاتصلح أن تكون معيارا للتفرقة لجهالتها في ذاتها، فكيف تُعرف درجة العمل القضائي ناهيك عن الولائي؟ [1]

**الاتجاه الثالث:** يرى هذا الاتجاه أن العمل الولائي له طبيعة إدارية وطبيعة قضائية، أي أنه ذو طبيعة مختلطة، وهذا الرأي يُعتبر صيغة مبتكرة للرأيين السابقين[2]، فالأعمال الولائية وفقا لهذا الاتجاه ليست أعمال إدارية محضة وليست أعمال قضائية خالصة إذ هي مزيج من الإدارة والقضاء، فهي ليست قضائية محضة لأن القاضي لا يصدر بشأنها أحكاما قضائية، وليس إدارية محضة كأعمال رجال الإدارة التابعين للسلطة التنفيذية.

**الاتجاه الرابع:** يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العمل الولائي ليس له طابع قضائي وإنما له وظيفة تخدم وظيفة القضاء الأساسية، لأن القضاء يفترض دائما سبق وجود رابطة قانونية، بينما لا يفترضها العمل الولائي، كما أن قيام القضاء بالأعمال الولائية لا يمنحها الطبيعة القضائية، كما أنها لا تُرتب ما ترتبه الأعمال القضائية من آثار، أهمها الحجية واستنفاذ الولاية والحق في ممارسة طرق الطعن[3].

**الرأي الراجح:** العمل الولائي ليس عملا إداريا بحتا بدليل إناطته بالقضاء، الأمر الذي يجعل له خصوصية معينة، إضافة إلى أنه باستقراء الأعمال الولائية نجد أنها ليست على شاكلة واحدة، بل لكل عمل طبيعته الغالبة عليه، فقرار النفقة المستعجلة وقرار المنع من السفر...ليس كقرار إثبات حجة حصر إرث أو توثيق العقود ونحوها، ولكن لا نستطيع القول أن الأعمال الولائية

---

[1] **مشهور محمد الدعيس،** المرجع السابق، ص. 16.

[2] **عبد الناصر موسى أبو البصل،** المرجع السابق، ص. 80.

[3] **مشهور محمد الدعيس،** المرجع السابق، ص. 15.

هي أحكام قضائية بالمعنى الدقيق، بل نسميها قرارات ولائية يصدرها القضاء بصفته القضائية وباستناده إلى ولاية القضاء[1].

أما بخصوص موقف المشرع الجزائري فيبدو أنه يأخذ بالرأي الراجح، إذ اعتبر الأوامر على العرائض ما هي إلا قرارات ولائية يتخذها القاضي أو رئيس المحكمة بموجب سلطته الولائية، ومن هنا نستنتج أن الطبيعة القانونية للتدابير المؤقتة بأن هذه الأخيرة ما هي إلا قرارات وأوامر ولائية يتخذها القاضي بموجب سلطته الولائية، وبناء على طلب ذوو المصلحة في شكل تدابير بموجب أمر على ذيل العريضة وذلك من أجل ضمان حماية قضائية لحقوق أحد الطرفين قبل الفصل في النزاع الأصلي، إلا أن الإشكال الذي قد يُطرح بعد تحديد طبيعة هذه التدابير يدور حول مدى حجية هذه التدابير، هل هي ذات حجية مطلقة أو ذات حجية نسبية أو لا تتمتع بأية حجية؟ وهذا ما سنحاول التعف عليه في الفقرة الموالية.

**الفقرة الثانية: حجية التدابير المؤقتة**

بما أن التدابير المؤقتة تتخذ من طرف القاضي في شكل تدابير بموجب أمر على ذيل العريضة، فإنه لتحديد حجية هذه التدابير يجب تحديد سلطة القاضي في إصدار الأمر على ذيل العريضة، إذ أنه كما مر معنا بأن للقاضي مطلق السلطة التقديرية في إصدار أو عدم إصدار الأمر المطلوب بشرط توفر شروط اختصاصه لاسيما شرط الاستعجال وشرط عدم المساس بأصل الحق.

يتضمن الأمر على ذيل العريضة تدذابير مؤقتة ويجوز لقاضي شؤون الأسرة الذي أصدر الأمر بالنفقة المؤقتة أو الحضانة أو الزيارة أن يتراجع عن موقفه السابق، عن طريق

---

[1] أُنظر **عبد الناصر موسى أبو البصل،** المرجع السابق، ص. 80.

تعديل الأمر أو إصدار أمر جديد مخالف للأمر السابق، ولا يحتاج إلى تسبيب بل ينبني على الملائمة والتقدير والموازنة بين الاعتبارات المختلفة، فهي إجراء تحفظي لا يمس أصل الحق وينتهي مفعوله بمجرد صدور حكم قضائي[1]، ويصدر قاضي شؤون الأسرة الأمر على العريضة بناء على طلب الخصم في غير مواجهة الخصم الآخر أي في غيبته ودون اتباع الإجراءات اللازمة في الدعوى، فلا يحوز حجية الشيء المقضي فيه، لكنه يحوز على الصيغة التنفيذية ذلك أنه عمل ولائي لا يؤدي إلى اكتساب الحقوق ولا إلى إهدارها فيهي تنفذ فورا بمجرد صدورها ودون انتظار آجال التبليغ، ويبقى ساريا في مادة الحضانة الوقتية أو النفقة الوقتية إلى غاية فصل قاضي الأحوال الشخصية فيهما[2].

إن دراسة حجية التدابير المؤقتة المتخذة بموجب أمر على ذيل العريضة، تتطلب أيضا دراسة مدى قابلية هذه التدابير المتخذة للطعن أم لا، ولا يتضح هذا إلا بدراسة سلطة القاضي في الاستجابة أو عدم الاستجابة لطلب اتخاذ التدابير المؤقتة، وعليه سنتطرق أولا لحالة استجابة القاضي لطلب اتخاذ التدابير المؤقتة، ثم نتطرق ثانيا إلى حالة عدم استجابة القاضي لطلب اتخاذ هذه التدابير.

**أولا: حالة استجابة القاضي لطلب اتخاذ التدابير المؤقتة**

تنص المادة 1/312 من ق.إ.م.إ. على مايلي "**في حالة الاستجابة إلى الطلب، يمكن الرجوع إلى القاضي الذي أصدر الأمر للتراجع عنه أو تعديله**"، يُفهم من نص المادة أن الفذقاضي المختص بإصدار الأمر على عريضة لا يتحرك من تلقاء نفسه ولا يمسك بزمام

---

[1] **رشدي شحاتة أبو زيد،** الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، ط 01، دار الوفاء، الاسكندرية، سنة 2008، ص.ص.510 و511.

[2] **كريمة محروق،** الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص.ص.118 و119.

المبادرة، فليس له نشاطا ذاتيا أو إيجابيا وإنما لابد من الالتجاء إليه لكي يمارس سلطته الولائية، وهو يكون ملزما بالإجابة على الطلب المقدم إليه سواء بالرفض أو القبول وإلا أُعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة[1]، ونفس الأمر ينطبق على التدابير المؤقتة غذ تُقدم إلى القاضي بناء على طلب ذوو الشأن فيمارس القاضي سلطته الولائية بالإستجابة لهذا الطلب سواء بالقبول أو بالرفض بموجب أمر على ذيل العريضة طبقا لنص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج السالف الذكر.

كما يظهر من نص المادة 1/213 المذكور أعلاه أنه يجوز للقاضي الذي أصدر الأمر التراجع عنه أو تعديله، ومن هنا فإن الأمر على ذيل العريضة المتضمن تدابير مؤقتة لا يتمتع بحجية مطلقة، إذ يجوز للقاضي الذي أصدر مثلا الأمر بالنفقة المؤقتة أن يتراجع عن موقفه بإلغاء هذا الأمر وتعديله أو إصدار أمر جديد يكون مخالف للأمر السابق، فلا حجية للأمر على ذيل العريضة الذي يتضمن تدابير مؤقتة تجاه القاضي.

إن الشخص الصادر ضده الأمر على ذيل العريضة الذي يتضمن تدابير مؤقتة، لا يملك الحق في الاستئناف بل يبقى له اللجوء إلى القضاء لمخاصمة صاحب الأمر عن طريق دعوى قضائية عادية أمام القاضي الذي أصدر طبقا للقواعد العامة، ومنه فإن الأمر على ذيل العريضة هو ذات حجية ضد الشخص الذي صدر الأمر ضده.

**ثانيا: حالة عدم استجابة القاضي لطلب اتخاذ التدابير المؤقتة**

تنص المادة 2/312 من ق.إ.م.إ. على مايلي "**...وفي حالة عدم الاستجابة إلى الطلب، يكون الأمر بالرفض قابلا للاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي**"، يُفهم من نص المادة أنه في

---

[1] أُنظر **محمود السيد التحيوي**، أوامر الآداء وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية، د ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2003، ص. 62.

حالة ما إذا تقدم طالب الأمر على عريضة إلى القاضي المختص يطلب منه إصدار أمر على ذيل عريضة يتضمن تدابير وقتية، وقدر القاضي أحقيته في ذلك مستجيبا لطلبه، فمن هنا تنعدم مصلحته في الطعن بالاستئناف في اظلمر الصادر، أما إذا لم يستجب القاضي لطلبه فيكون من حق طالب الأمر استئناف الأمر بالرفض أمام المجلس القضائي طبقا لنص المادة 2/312 المذكورة أعلاه.

إذا كان الأمر على ذيل العريضة الذي يتضمن تدابير مؤقتة يقبل الاستئناف، إذا ما رفض القاضي المختص الاستجابة لطلب إصدار الأمر على ذيل العريضة، فهذا معناه أن حجية هذا الأمر تجاه طالب الأمر هي حجية بسيطة يمكن الطعن فيها بالاستئناف، وقد حددت المادة المذكورة أعلاه ميعاد رفع الاستئناف بخمسة عشر (15) يوما من تاريخ رفض الأمر، حيث جاء في نص المادة 3/312 من ق.إ.م.إ ما نصه "**يرفع الاستئناف خلال خمسة عشر (15) يوما من تاريخ أمر الرفض**".

إن المشرع الجزائري في القانون الجديد لم يساير التشريعات العربية (مصر ولبنان...) التي جعلت التظلم طريق من طرق الطعن[1]، وذلك تماشيا مع النظام القانوني للأوامر على العرائض، فالمشرع الجزائري جعل الاستئناف طريقا للطعن في حالة عدم الاستجابة للطلب، وذلك طبقا للمادة 2/312 السالفة الذكر، وبذلك يمكن القول أن المشرع الجزائري اعتبر الأمر على عريضة عمل قضائي ما دام يجوز فيه الاستئناف كالتشريع الفرنسي[2]، وهذا ما يكشف عن وجود تناقض موقف المشرع الجزائري أولا بخصوص طبيعة الأوامر على العرائض

---

[1] **مزعزع موسى،** العمل القضائي والولائي لرئيس المحكمة، مذكرة التخرج لنيل إجازة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشر، سنة 2009/2006، ص.51.

[2] المرجع نفسه، ص.ص.52 و53.

باعنتبارها تارة أعمال ولائية وتارة أخرى أعمال قضائية، وثانيا بخصوص قابلية التدابير المؤقتة للطعن وهذام ما يتعارض مع نص المادة 442 من ق.إ.م.إ بنصها بعدم قابلية هذه التدابير المؤقتة لأي طعن.

نخلص في الأخير أن حجية التدابير المؤقتة لها حجية بسيطة تجاه القاضي المختص بالأمر على ذيل العريضة الذي يتضمن تدابير مؤقتة، إذ يجوز له أن يتراجع عن هذا الأمر عن طريق تعديله أو إصدار أمر جديد مخالف للأمر السابق، وأيضا هي ذات حجية بسيطة تجاه طالب الأمر ويظهر ذلم من خلال أحقيته في حالة عدم الاستجابة لطلبه استئناف أمر الرفض خلال 15 يوما من تاريخ أمر الرفض، وهي ذات حجية قاطعة تجاه الشخص الصادر ضده الأمر بعدم امتلاكه حق الطعن بالاستئناف في الأمر الصادر ضده، كما ندعو المشرع الجزائري إلى إزالة التناقض بخصوص طبيعة الأوامر على العرائض ومنها الأمر على ذيل العريضة الذي يتضمن تدابير مؤقتة، بتحديد موقفه في هذه المسألة بشكل واضح، وكذا إزالة التناقض بخصوص قابلية هذه التدابير المؤقتة للطعن.

## المطلب الثاني

## الدور الحمائي للقاضي في حالات الاستعجال المنصوص عليها في المادة 57 مكرر من ق.أ.ج

تُعتبر مسائل النفقة والحضانة والزيارة والمسكن من أهم المسائل التي يمكن للقاضي أن يتخذ بشأنها تدابير مؤقتة حفاظا عليها وما يتعلق بها من حقوق، إلا أن هذه الحالات ليست على سبيل الحصر وإنما وردت على سبيل المثال، باعتبار أن هناك مسائل أخرى قد تُطرح وتكون

ذات طابع مستعجل ومؤقت. فيمكن أن تترك الزوجة محل الزوجية بسبب وقوع خلاف، فبناء على طلب منها يتخذ القاضي تدابير يلزم الزوج أن يمكنها من متاعها وحاجياتها وغيرها من الأشياء الشخصية، فيكون بذلك-متاع الزوجين- من بين المسائل المستعجلة التي تتطلب اتخاذ تدابير مؤقتة بشأنها خلال هذه المدة، خوفا من تبديدها من طرف الزوج الآخر[1]،

وبناء على هذا سنتطرق إلى المسائل المنصوص عليها في المادة 57 مكرر من ق.أ.ج فقط، نظرا لأهميتها في سير الحياة الأسرية هذا من جهة ومن جهة أخرى لكونها من المسائل التي تكثر فيها النزاعات، فنتطرق في الفرع الأول إلى الدور الحمائي للقاضي في تقرير النفقة المؤقتة، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى الدور الحمائي للقاضي في تقرير الحضانة والزيارة المؤقتة، ثم نتطرق في الفرع الثالث إلى الدور الحمائي للقاضي في تقرير حق البقاء بمسكن الزوجية.

## الفرع الأول

## الدور الحمائي للقاضي في تقرير النفقة المؤقتة

لما كان من حق الزوجة أن تلجأ إلى القاضي قصد استصدار أمر على عريضة يتضمن الحكم لها ولأولادها بمبلغ من المال كنفقة، ريثما يصدر حكم في الدعوى الأصلية، وعليه يضمن القاضي للزوجة والأولاد حماية مؤقتة من خلال هذا التدبير المؤقت الذي يتعلق بالنفقة، فإن القاضي يضمن كذلك قدر من الحماية للزوج، ويظهر ذلك في تدخل القاضي من خلال تحققه من مدى توافر شروط الحكم بالنفقة المؤقتة، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في الفقرة الأولى بتحديد

---

[1] **تبودشت نعيمة،** الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون-الجزائر، السنة الجامعية 2000 ص.ص.206 و207.

شروط قبول القاضي للحكم بالنفقة المؤقتة، كما أن القاضي يضمن أيضا للزوجة والأولاد عند إصداره الأمر على عريضة الذي يتضمن النفقة المؤقتة تنفيذ هذا الأمر من طرف الزوج وذلك من أجل سد حاجيات الزوجة والأولاد وحمايتهم من الجوع والفقر، ولا يتحقق ذلك إلا بتوفير هذه الحاجيات من الزوج أو دفع مبلغ النفقة المؤقتة إلى أصحابها وهم الزوجة والأولاد، وعليه فإن القاضي لاينتهي دوره بمجرد إصدار الأمر على عريضة الذي يتضمن النفقة المؤقتة بل يستمر دوره إلى غاية تنفيذ هذا الأمر، وهذا ما سنحاول تبيانه في الفقرة الثانية بتحديد دور القاضي في الأمر بتنفيذ النفقة الوقتية.

## الفقرة الأولى: شروط قبول القاضي للحكم بالنفقة المؤقتة

إن نفقة الزوجة والأولاد واجبة على الزوج سواء كان معسرا أو مويسرا ما دام عقد الزواج قائم، وفي حال امتناع الزوج عن دفعها ولمدة طويلة من الزمن لاسيما في حال وجود خلاف بين الزوجين، فإن هذا الامتناع يُعتبر تعبيرا ضمنيا عن إرادته في فك الرابطة الزوجية، وهنا يحق للزوجة أن تطلب من القاضي إصدار أمر على عريضة يتضمن الانفاق عليها وعلى أولادها مؤقتا إلى غاية صدور الحكم النهائي في الموضوع.

هناك من يُطلق على النفقة المؤقتة اسم النفقة الضرورية التي تكون للزوجة أولصغارها من الزوج، هذه النفقة يتعين للقضاء بها توافر شروط[1]، يتعين على القاضي التأكد من تحققها قبل إصدار الأمر على العريضة الذي يتضمن التدبير المؤقت المتعلق بالنفقة المؤقتة، فيجب على

---

[1] أُنظر **عدلي أمير خالد،** الجامع لأحكام وإجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، د ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 2002، ص. 288.

القاضي أن يتحرى توافر هذه الشروط للنظر والفصل في طلبات اتخاذ التدابير المؤقتة، هذه الشروط هي: شرط الاستعجال وشرط عدم المساس بأصل الحق.

إن دعاوى النفقة متعددة وتختلف باختلاف نوع المطلوب وأهمها دعوى النفقة الزوجية، دعوى نفقة العدة، دعوى نفقة الأولاد...إلخ، وتُعتبر كل هذه القضايا من صميم القضاء الاستعجالي في ميدان شؤون الأسرة، لأنها ذات طبيعة متميزة تتوفر على عنصر الاستعجال، حتى أنها أصبحت بمجرد تقديم عريضة تتضمن طلب النفقة تُعطى لها الأولوية لنظرها والفصل فيها مؤقتا وغالبا ما تُرفع بطريقة تبعية حين النظر في النزاع القائم بين الأطراف[1]، ويُستشف عنصر الاستعجال في الأمر بالنفقة من إعطاء صيغة النفاذ المعجل للأمر الاستعجالي طبقا لنص المادة 1/303 من ق.إ.م.إ هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد ذكر المشرع الجزائري في نص المادة 57 مكرر السالف الذكر صراحة عنصر الاستعجال إذ جعل النفقة المؤقتة من التدابير الاستعجالية المؤقتة.فتثور النفقة الوقتية إذا توفر عنصر الاستعجال والذي يتحقق كلما ثبت من ملف الدعوى أن حاجة طالب النفقة ملحة لانعدام مورد آخر للرزق ولا يستطيع الانتظار دون انفاق، أما إذا تبين من أوراق الملف أن الزوجة التي طالبت بالنفقة، ميسورة الحال ولها من المال ما يعيلها وأبنائها تكون قد فقدت شرط الاستعجال، ويقضي القضاء المستعجل بعدم الاختصاص بنظر الدعوى[2].

كما يجب على القاضي أن يتحقق من توفر شرط عدم المساس بأصل الحق في طلب اتخاذ التدبير الوقتي المتعلق بالمفقة المؤقتة، فلا يكفي توفر شرط الاستعجال فقط لقيام القاضي

---

[1] أُنظر **حمليل صالح،** إجراءات التقاضي في الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس–سيدي بلعباس، السنة الجامعية 1998، ص. 55.

[2] **براهيمي محمد،** القضاء المستعجل، ط 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2007، ص. 124.

بالنظر والفصل في طلبات اتخاذ التدابير المؤقتة المتعلقة بالمنفقة. إن هذا الشرط كما يقول الأستاذ "**فضيل العيش**" يطرح إشكالات في الصميم، لأن حسب المادة 57 مكرر المستحدثة نصت بأن أمر على عريضة هو إجراء تحفظي لا يمس أصل الحق بينما النفقة والزيارة والمسكن أغلبها ن توابع الطلاق، مما يجعل هذه المادة تعرف عدة إشكالات في التطبيق وتحرم أحد الأطراف من درجات التقاضي المنصوص عليها دستوريا، والامتناع من تطبيق هذا الأمر على العريضة لا يترتب عنه جزاء، وبالنتيجة هذه المادة شملت النزاع الأساسي والجدي في قضايا الطلاق وتوابعه، ولم تقدم حلولا، بل قدمت إشكالات يستحيل تنفيذها قانونا... [1]، فيرى الأستاذ هنا بأن النفقة ولو كانت بصفة مؤقتة فتدخل ضمن النزاع الأساسي والجدي أي أنه تتدرج ضمن أصل الحق.

باعتبار أن النفقة هي من توابع الطلاق، إذ أن هذا الأخير الذي يُعتبر بتوابعه هو أصل الحق، لكن كما أضحنا سابقا عند الحديث عن شرط عدم المساس بأصل الحق، لا مانع على قاضي شؤون الأسرة باعتباره قاضي استعجال أن يبحث ويتعرض لموضوع النزاع ويتخذ إجراء أو تدبير وقتي بخصوصه، لكن بشرط أن يكون بحثه عرضي سطحي لا يحسم النزاع في الموضوع، ويكون سبب تعرضه لموضوع النزاع حتى يتخذ الإجراء أو التدبير الوقتي المناسب التي تتحقق بها حماية حقوق مثلا الزوجة والأولاد خصوصا، وأن الحالات والمسائل التي تطرق إليهم نص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج هي حالات مستعجلة إذ أثبت الجانب العملي في هذا الخصوص، أنه بمجرد تقديم طلبات في هذه الحالات، فإن القاضي يعطي لها الأولوية للنظر والفصل فيها، إذ مثلا لا يمكن للقاضي أن يؤجل النظر والفصل في طلب الزوجة من زوجها

---

[1] أُنظر **فضيل العيش**، المرجع السابق، ص. 75.

الانفاق عليها وعلى أولادها خصوصا إذا لم يكن هناك من يعيلهم وينفق عليهم، وبالتالي فإن تدخل القاضي هنا بعد فحصه توفر شرطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق أن يستجيب لطلب الزوجة، وذلك بإصدار أمر على عريضة يتضمن إلزام الزوج بالانفاق على الزوجة وعلى أولادها إلى غاية صدور حكم في الدعوى الأصلية أو إجراء الصلح بينهما وهذا ما يُجسد حماية القاضي للأسرة حتى إن كانت حماية مؤقتة، كما أن تحقق القاضي من شرطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، أيضا من شأنه تحقيق الحماية القضائية للأسرة وذلك من خلال مثلا أن القاضي عند فحصه لشرطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، من أوراق الملف المقدم إليه من طرف الزوجة، ويكتشف أن الزوجة طالبة النفقة لها ولأولادها ميسورة الحال لها من المال ما يكفي وكان الزوج فقير الحال ، فهنا القاضي لا يستجيب لطلب الزوجة لأن طلبها لا يتوفر فيه شرط الاستعجال، وبالتالي يحمي القاضي برفضه هذا الطلب أموال الزوج، أو تتحقق هذه الحماية في الحالة العكسية إذا ما اكتشف القاضي بأن الزوجة فعلا ليس لها ولا لأولادها مصدر رزق يقتاتون منه. كما يتضمن شرط عدم المساس بأصل الحق أن تكون النفقة وقتية لا دائمة، وأن يكون الحق المدعى به والسبب الذي يُبنى عليه الطلب غير متنازع فيه جديا، سواء كان النزاع منصبا على وجود الحق أو على حلول أجل أدائه[1].

إذن نستنتج أنه حتى تتحقق حماية القاضي للأسرة (سواء الزوجة وأولادها أو الزوج وحده فقط) من خلال التدبير المتعلق بالنفقة المؤقتة حتى وأن كانت حماية مؤقتة، لابد على القاضي أن تتوفر له ثلاثة أمور أو بالأحرى شروط حتى يحكم بالنفقة المؤقتة، هذه الشروط هي: 1- ثبوت الحاجة الملحة للنفقة، 2- أن تكون النفقة وقتية، 3- أن يكون طلب النفقة غير

---

[1] **كريمة محروق،** الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص. 123.

متنازع فيه وجدي، وسنحاول توضيح مدى مساهمة توفر هذه الشروط في تحقيق الحماية القضائية للأسرة بشكل مختصر، كما أن هذه الشروط هي شروط مستشفة من شرطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق.

**أولا: ثبوت الحاجة الملحة للنفقة**

يكتشف القاضي حاجة الزوجة الملحة للنفقة المؤقتة من انعدام أي مورد لها تكتسب منه قوتها وقوت أولادها، ولا يستطيع الزوج المدعى عليه أن يُقدم أي دليل يدل على وجود مورد رزق للزوجة، وبالتالي يتوفر للقاضي هنا عنصر الاستعجال. فالاستعجال يتحقق في دعوى النفقة المؤقتة إذا لم يُقدم المدعى عليه دليل جدي على وجود مورد آخر للمدعي يكسب منه ويرفع عنه الحاجة الملحة[1]، وهنا تتجدذ الحماية الحقيقية والفعلية للزوجة والأولاد بواسطة القضاء، وذلك بإصدار هذا الأخير أمر على عريضة يتضمن تدبير استعجالي مؤقت يتعلق بإلزام الزوج باستمراره بالانفاق على زوجته وأولاده إلى غاية الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية.إلا أنه متى قام الدليل الجدي على وجود مورد آخر للزوجة وأن هذه الأخيرة ليست بحاجة ملحة إلى مبلغ النفقة التي تُطالب به، فلا استعجال هنا وبالتالي يقضي القضاء المستعجل بعدم اختصاصه، ويقع على المدعى عليه إثبات ثراء المدعي لأن تكليف هذا الأخير بإثبات فقره هو تكليف بإثبات النفي وهو الأمر المستحيل قانونا[2]، وبالتالي فإن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الظاهر، وتتحقق في هذه الصورة أيضا حماية القاضي للأسرة من خلال حماية أمواله بعدم الاستجابة لطلب الزوجة باتخاذ تدبير مؤقت يتعلق بالنفقة المؤقتة، وذلك طبعا بعد

---

[1] أُنظر **محمد علي راتب وآخرون،** المرجع السابق، ص.457.

[2] المرجع نفسه، ص.457.

تقديم الزوج دليل للقاضي على وجود مورد أخر تكتسب منه الزوجة رزقها ورزق أولادها، فنلاحظ أن حماية القاضي للأسرة تتحقق في كلتا الصورتين، صورة حمايته للزوجة وأولادها باتخاذ تدبير مؤقت يضمن استمرار الزوج الانفاق عليها وعلى أولادها ريثما يصدر حكم في الموضوع، وصورة حمايته للزوج في أمواله كما بينا سابقا.

**ثانيا: أن تكون النفقة وقتية**

يستشف القاضي هذا الشرط عند تحققه من أن الطلب المقدم لا يمس موضوع النزاع الأصلي، وأنه طلب مؤقت وليس دائم. ذلك أن عدم المساس بأصل الحق يقتضي أن يكون الطلب منصبا على نفقة مؤقتة لمدة معينة إلى أن يحسم في النزاع الأصلي، أما إذا انصب الطلب على نفقة عادية فإنه يمس بالموضوع وبالتالي يخرج عن اختصاص القضاء الاستعجالي[1]، وعليه فإن تحقق القاضي من توفر هذا الشرط يضمن به حماية قضائية استعجالية مؤقتة للزوجة وأولادها إلى حين الفصل في موضوع النزاع الأصلي.

**ثالثا: أن يكون طلب النفقة غير متنازع فيه وجدي**

لا يثبت تحقق هذا الشرط عند القاضي إذا ما طلبت الزوجة نفقة مؤقتة إلى حين الفصل في أصل النزاع، ويدفع الزوج بأن الزوجة المدعية في حالة نشوز ويثبت للقاضي هذا النشوز، وبالتالي يحكم القاضي لصالح الزوج بعدم استجابته لطلب الزوجة بخصوص الحكم لها بنفقة مؤقتة ويحكم بعدم اختصاصه باعتباره قاضي استعجال، وذلك لأن طلب النفقة متنازع فيه وعليه لتحقق هذا الشرط عند القاضي، يقتضي خلو دعوى النفقة المؤقتة من أي دفع أو منازعة يُثيرها

---

[1] أُنظر **كريمة محروق،** الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص. 123.

الزوج، كما أنه يتوجب على القاضي التأكد من جدية طلب النفقة المؤقتة، ويتأكد من ذلك من المستندات المقدمة مع الطلب.

في الأخير يجب على القاضي في حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفر شذروطها المذكورة أعلاه أن يفرض للزوجة وأولادها في مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ تقديم الطلب، نفقة مؤقتة بحكم غير مسبب واجب النفاذ فورا إلى حين الحكم النهائي بالنفقة، للزوج أن يجري المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عيله نهائيا، بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذي يفي بحاجتهم الضرورية[1]، وعليه نخلص بأن تدخل القاضي للتحقق من مدى توفر شروط قبول الحكم بالنفقة الوقتية يبرز الدور الفاعل والفعال للقاضي في حرصه على حماية الأسرة، وذلك من خلال إصداره للأمر على عريضة يتضمن اتخاذ تدبير مؤقت يتعلق بالنفقة المؤقتة وذلك طبعا بعد تحققه من توفر شروط إصداره، وبالتالي يحقق ويضمن القاضي حماية للزوجة وأولادها في الانفاق عليها من قبل زوجها، وتتحقق هذه الحماية أيضا في حال عدم توفر الشروط المذكورة آنفا، من خلال حماية القاضي أموال الزوج من الانفاق غير القانوني.

بعد تبيان هذه الشروط، نتطرق في الفقرة الموالية إلى دور القاضي في الأمر بتنفيذ النفقة الوقتية حماية للأسرة.

## الفقرة الثانية: دور القاضي في الأمر بتنفيذ النفقة الوقتية حماية للأسرة

تنص المادة 2/323 من ق.إم.إ. على مايلي "**باستثناء الأحكام الواجبة التنفيذ بقوة القانون، يُؤمر بالنفاذ المعجل، رغم المعارضة أو الاستئناف، عند طلبه في جميع الحالات التي**

---

[1] أُنظر **عدلي أمير خالد**، المرجع السابق، ص.ص.289 و290.

**يحكم فيها بناء على عقد رسمي أو وعد معترف به أو حكم سابق حاز قوة الشيء المقضي فيه، أو في مادة النفقة أو منح مسكن الزوجية لمن أُسندت إليه الحضانة"**، فيظهر من نص المادة أن المشرع ألزم القاضي بشمل حكمه بالنفاذ المعجل في الحالات المذكورة والتي من بينها النفقة، فتصبغ النفقة بالنفاذ المعجل سواء كانت مؤقتة أو نهائية، فقد أعطى نص المادة المذكور أعلاه للنفقة مركزا قانونيا مهما وذلك بسبب ارتباطها بالقضاء المستعجل، فيكون تنفيذ الأمر على عريضة الذي يتضمنها معجل النفاذ رغم كل معارضة أو استئناف، بشرط على أن تكون لهذا الأمر حجية مؤقتة وبالتالي حماية قضائية مؤقتة، لأنها قائمة على ظروف متغيرة وأن تستند إلى أسباب تتعلق بأصل الحق، فمثلا لو صدر أمر على عريضة أثناء النظر في دعوى فك الرابطة الزوجية، وكان هذا الأمر يتضمن تقرير نفقة مؤقتة للزوجة ولصغارها بسبب إهمالها من طرف الزوج مع جدية دعواها ووضوح الأسباب التي استند عليها وحاجتها الملحة والعاجلة لهذه النفقة، ثم بعد صدور هذا الأمر يُقدم الزوج أدلة تبرأ ذمته من دين النفقة، فصدور الأمر الأول بتقدير النفقة لا يمنع القاضي من استصدار أمر آخر يوقف تنفيذها.

نستنتج مما سبق أن حماية القاضي للزوجة ولصغارها تثبت عند تنفيذ أمر النفقة الوقتية، عندما يُؤكد في أمره الصادر بخصوص النفقة على صيغة النفاذ المعجل لهذا الأمر، وذلك نظرا للإرتباط الوثيق بين النفقة الوقتية والقضاء المستعجل هذا من جهة، ومن جهة أخرى تثبت حماية القاضي للزوج عند تقديم هذا الأخير أي دليل يسقط حق الزوجة في النفقة، فهنا يتوجب على القاضي إصدار أمر يوقف تنفيذ هذا الأمر وبالتالي حماية أموال الزوج من التبذير.ففي هذه الحال الأخيرة يمكن للقاضي المختص أن يأمر بإيقاف تنفيذ الأمر الاستعجالي عن طريق دعوى إشكالات التنفيذ التي تدخل في اختصاص رئيس المحكمة، وهذا في حالة ما إذا تبين له من

أوراق أو مستندات الدعوى أن المحكوم له بالنفقة لا يعيش لدى الحاضن أو بلغ السن القانونية، وهذا ما لا يتأتى لقاضي شؤون الأسرة[1].

يثور إشكال التنفيذ الفوري للقرار الاستعجالي أو الأمر القاضي بالنفقة الوقتية، إذا ما امتنع الزوج أو أقاربه أو عدم وجودهم، ما هي الوسائل الجبرية التي تتوافر عليها النيابة العامة لتنفيذ هذه التدابير المأمور بها من طرف المحكمة، في غياب أي نص فهل للنيابة العامة أن تحرك الدعوى العمومية بشأن إلزام المدين بها لدفعها حماية للزوجة والأولاد؟ [2]

نخلص في الأخير أن حماية القاضي للأسرة من خلال التدابير المؤقتة التي تتضمن نفقة مؤقتة، تتاكد وتتحقق ابتداء من إيداع طلب اتخاذ التدابير إلى غاية تنفيذها، ولا تقتصر هذه الحماية على الزوجة والأولاد فقط بل تمتد لتشمل أيضا الزوج كما سبق وأن أوضحنا.

## الفرع الثاني

## الدور الحمائي للقاضي في تقرير الحضانة والزيارة المؤقتة حماية للأسرة

إن للقاضي دور حمائي للأطفال المحضونين يتجسد في إصداره أمر على ذيل العريضة بإسناد الحضانة إلى الشخص الذي يراعي مصلحة المحضون وهذا ما سنتطرق إليه في الفقرة الأولى بإبراز الدور الحمائي للقاضي في تقرير الحضانة المؤقتة.

باستقراء نص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج السالف الذكر، نستنتج أنه يجوز للقاضي اتخاذ تدابير استعجالية مؤقتة بموجب أمر على عريضة يتضمن منح حق الزيارة لمستحقها من الوالدين وبالتالي فإن القاضي بموجب هذا الأمر الصادر بخصوص الزيارة المؤقتة يضمن

---

[1] أُنظر **كريمة محروق،** الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص. 123.

[2] المرجع نفسه، ص. 123.

حماية مؤقتة للأطفال برؤية أبيهم، وهذا ما سنحاول إبرازه في الفقرة الثانية من خلال تحديد الدور الحمائي للقاضي في تقرير حق الزيارة المؤقتة.

## الفقرة الأولى: الدور الحمائي للقاضي في تقرير الحضانة المؤقتة

لقد عرفت المادة 1/62 من ق.أ.ج الحضانة بنصها "**الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا**"، فقد تأثر المشرع الجزائري بالمفهوم الذي جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية، ويُلاحظ على أن ما جاء به التعريف من مفاهيم يصب في نفس الاتجاه الذي ذهبت إليه اتفاقية حقوق الطفل، فرعاية الولد والسهر على حمايته حقان ينسجمان مع ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 03 من الاتفاقية التي جاء فيها "تتعهد الدول الأطراف بأن تضمن للطفل الحماية والرعاية اللازمتين لرفاهه، مراعية حقوق وواحبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانونا عنه، وتتخذ تحقيقا لهذا الغرض جميع التدابير التشريعية والإدارية"، وأما حق الطفل في التعليم الذي ورد في التعريف هو نفسه الذي نصت عليه المادة 28 من الاتفاقية، كما أن حفظ الطفل صحة وخلقا أقرته الاتفاقية بموجب المادة 24 منها[1].

على العموم إن المشرع الجزائري لم يأتي بمخالفة الشرع في الحضانة، فقد راعى جانب المحضون مراعاة جيدة، وراعى الشروط الواجب توافرها في الحاضن بحيث يكون أهلا لحضانة الطفل (رعايته وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا) ومن اختل فيه شرط من هذه الشروط أو عجز عن رعاية الطفل فليس أهلا للحضانة،

---

[1] أُنظر **شوقور فاضل وتشوار جيلالي**، قراءة في أحكام الحضانة في القانون الجزائري في ضوء اتفاقية حقوق الطفل، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي-الأغواط، العدد 06، جوان 2017، ص. 333.

وقد وافق المشرع الجزائري ما ذهب إليه الفقهاء من أولوية الأم بالحضانة من غيرها متى كانت أهلا لها[1]، والعلة في تقديم الأم على الأب وغيره هي معرفتها بالتربية وقدرتها عليها وصبرها ورأفتها بالمولود[2].

لا شك أن حماية القاضي للمحضون تتحقق بإسناد حضانته لمن يُارعي مصلحته الحقيقية وحاجياته، وهذا لن يتوفر إلا بوجوب توفر ومراعاة كل العناصر والشروط المذكورة في نص المادة 62 من ق.أ.ج السالف الذكر طيلة مدة حضانته، فبناء على هذه الحماية يستطيع القاضي استصدار أمر على عريضة طبقا لنص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج يمنح فيه الحضانة مؤقتا لمقدم الطلب، لأنه من البديهي أن حماية المحضون تندرج ضمن الحالات المستعجلة، وبالتالي يتوفر لدى القاضي الاستعجال، أما شرط عدم المساس بأصل الحق فيتحقق ويتجسد في أن إسناد الحضانة لمقدم الطلب يكون بصفة وقتية وليست دائمة، وعليه تتحقق الحماية القضائية للمحضون ولو كانت مؤقتة. فيتخذ القاضي أي تدبير مؤقت له علاقة بالحضانة أو إسناد الحضانة لأحد الأبوين، وإذا تعذر ذلك تُسند لأحد الأشخاص المبينين في المادة 64 من ق.أ.ج، وللقاضي أن يجمع المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة المحضون وسلوك الأبوين، كما يجب على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما اتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدبير المؤقت[3]، ومن هنا فإن الدور الحمائي للقاضي يبرز في إسناد وإسقاط الحضانة المؤقتة للشخص المناسب لها، سواء كانت الأم أو أحد الحاضنين الآخرين المذكورين في نص المادة 64

---

(1) أُنظر **المصري مبروك،** الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، د ط، دار هومة، الجزائر، سنة 2010، ص.ص.518 و519.

(2) أُنظر **أحمد الأمراني،** المرجع السابق، ص.202.

(3) أُنظر **بن هبري عبد الحكيم،** المرجع السابق، ص.244.

من ق.أ.ج مرتكزا في ذلك على معيار واحد في إسناد وإسقاط الحضانة ألا وهو مصلحة الطفل المحضون.

لقد أصبح بموجب التعديل الأخير لقانون الأسرة من حق أي واحد من مستحقي الحضانة بما فيهم الأم والأب أن يتقدم بطلب في شكل عريضة كتابية مسببة وموقعة، يودعها لدى أمانة ضبط المحكمة التي تنظر في موضوع الطلاق في طلب الحكم له بحقه في حضانة أحد أو بعض أبناء الزوجين المتخاصمين بصفة استعجالية مؤقتة[1]، وقد جعل المشرع الجزائري قاعدة مصلحة المحضون جوهر مجال حماية الطفل المحضون، فلقد ضمن المشرع تطبيق هذه القاعدة بواسطة القضاء، إذ جعل من مسؤولية القاضي الأخذ بعين الاعتبار في إسناد وإسقاط الحضانة حتى ولو كانت بصفة مؤقتة ريثما يفصل في موضوع النزاع الأصلي، فيقع على القاضي عند إصدار أمر على عريضة يتضمن إسناد الحضانة مؤقتا إلى أحد الحاضنين اختيار أحسن الحلول بالنسبة للطفل المحضون وأفضلها إذا تعددت الحلول وترجيحها على بقية المصالح حتى ولو كانت مصالح والديه.

جعل المشرع مسؤولية مراعاة مصلحة المحضون من خلال إسناد الحضانة أو إسقاطها عند انحلال الرابطة الزوجية على عاتق قاضي شؤون الأسرة نظرا لأهميتها، حيث أعطى للقاضي سلطة تقدير هذه المصلحة ولا يجب أن يكون استنادا إلى آراءه الخاصة، وإنما إلى عناصر موضوعية ومادية ملموسة لها علاقة بحياة الطفل. ولهذا على القاضي التعاطي الموضوعي مع مسألة الحضانة باعتبار أن أهمية آثارها يكمن في تحديد مستقبل الطفل وظروف

---

[1] أُنظر **سناء عماري،** التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي، السنة الجامعية 2015/2014، ص.19.

نشأته[1]، فإذا كان هذا هو شأن تعامل القاضي مع مصلحة المحضون ما بعد الطلاق، فإن هذا المر ينطبق كذلك قبل صدور حكم في فك الرابطة الزوجية ولو بصفة مؤقتة، إذ يتوجب على القاضي عند اتخاذه لتدبير مؤقت يتعلق بالحضانة بموجب أمر على عريضة أن لا يخضع لميولاته الشخصية في إسناد الحضانة المؤقتة، بل يجب عليه مراعاة الشروط الضرورية المذكورة في نص المادة 62 من ق.أ.ج السالف الذكر عند إسناده الحضانة المؤقتة، نظرا لما لهذه الأخيرة من آثار على حياة ومستقبل الطفل.

يندرج أيضا ضمن الدور الحمائي للقاضي في إسناد وإسقاط الحضانة المؤقتة، تحقق وتأكد القاضي من توفر شروط الحضانة وذلك بإسنادها إلى الشخص المؤهل للقيام بها، كما نصت على ذلك المادة 2/62 من ق.أ.ج بنصها "**ويُشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك**". فهناك شروط عامة لابد من توافرها في الحضانة حتى تثبت أهليته لذلك وهي: الإسلام، البلوغ، العقل، الأمانة والقدرة على تربيته المحضون وصيانته صحة وخلقا، وقد اشتملت المادة 2/62 من ق.أج السالفة الذكر على هذه الشروط باستعمالها لعبارة "**أهلا للقيام بذلك**" دون أن تفصل في هذه الشروط، كما حدد المشرع الجزائري مدة الحضانة القصوى في المادة 65 من ق.أ.ج بالنسبة للأنثى بسن الزواج وجعلها للذكر كقاعدة عامة بعشر سنوات، ويجوز في الحالات الاستثنائية تمديدها إلى أكثر من ذلك على أن لا تتجاوز في كل الأحوال سن التمييز الذي هو ستة عشر (16) سنة طبقا للمادة 42 من ق.م.ج[2]، ونُشير هاهنا إلى مسألة يجب الإشارة إليها يكتنفها بعض الغموض والتناقض وهي مسألة متى تنتهي نفقة الأنثى المحضونة؟

---

[1] أُنظر **سناء عماري**، المرجع السابق، ص.197.

[2] أُنظر **منصوري نورة**، المرجع السابق، ص. 84.

بالرجوع إلى أحكام ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري نص على انقضاء حضانة الأنثى ببلوغها سن الزواج وهو سن الرشد المدني وهو تسعة عشر (19) سنة طبقا لنص المادة 07 من ق.أ.ج، وتنتهي نفقة الأنثى إلى غاية الدخول بها طبقا لنص المادة 75 من ق.أ .ج، فهنا نرى بأنه كان على المشرع الجزائري توحيد سن انقضاء الحضانة وانتهاء النفقة للأنثى المحضونة، وذلك عن طريق جعل انقضاء حضانة الأنثى هو نفسه انتهاء الانفاق عليها، وبالتالي إعادة صياغة نص المادة 65 من ق.أ.ج وفق الصياغة الجديدة الآتية "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى بالدخول بها..." وبهذا نصحح الاعتقاد السائد لدى بعض شراح القانون الجزائري بانقضاء نفقة الأنثى المحضونة ببلوغها سن الزواج.

نخلص في الأخير أن الدور الحمائي للقاضي في مجال الحضانة المؤقتة يبرز في تدخل القاضي، باتخاذه تدابير استعجالية مؤقتة بموجب أمر على عريضة في إسناد أو إسقاط الحضانة وفق معيارين وهما: معيار مراعاة مصلحة الطفل المحضون، ومعيار تحقق شروط الحضانة، لتتحقق بذلك حماية قضائية استعجالية مؤقتة للطفل المحضون إلى غاية صدور حكم في موضوع النزاع الأصلي.

بعد تبيان الدور الحمائي للقاضي في تقرير تدبير الحضانة المؤقتة، نتطرق في الفقرة الموالية إلى تحديد أيضا هذا الدور الحمائي في تقرير تدبير الزيارة المؤقتة.

## الفقرة الثانية: الدور الحمائي للقاضي في تقرير تدبير الزيارة المؤقتة

إن تدبير الزيارة المؤقتة يجد أساسه القانوني في نص المادة 57 مكرر من ق.أج السالف الذكر ونص المادة 64 من نفس القانون بنصه "...**وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**"، فنستشف من نص المادة الأخير أن القاضي الجزائري له حرية تصرف جد

واسعة في مجال الزيارة، ففي حكم واحد يقضي بإسناد الحضانة للأهل بها ويمنح للطرف الآخر المتنازع حق زيارة المحضون وذلك من تلقاء نفسه وعرض حكمه للإلتماس إعادة النظر، غير أن الملاحظ على نص هذه المادة أن المشرع لم يعط ولا توجيه في طرق حق الزيارة وكيفية ممارستها، كما أنه لم يشر إطلاقا في هذه المادة إلى مصلحة المحضون، فالقاضي الجزائري عليه أن ينفق جهدا كبيرا في موضوع الزيارة ليجد مصلحة المحضون، كيف لا والمشرع أعد له جملة واحدة لذلك! [1]، فمن هذا نستنتج أن أحكام الزيارة المؤقتة تنطبق عليها أحكام الزيارة بعد الطلاق المنصوص عليها في المادة 64 من ق.أ.ج السالفة الذكر، حيث أن نص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج يقضي بأن حق الزيارة المؤقتة من مسائل الاستعجال، وعليه لابد من توفر شرطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، حتى يستطيع المحكوم له بحق الزيارة استصدار أمر على عريضة من القاضي المختص يتضمن منحه حق زيارة المحضون مؤقتا ريثما يفصل في الموضوع، ومن هنا يبرز الدور الحمائي للقاضي في تقرير تدبير الزيارة المؤقتة، وذلك من خلال من أن الأمر القاضي بالزيارة المؤقتة من شأنه تقوية العلاقات الأسرية والروابط العائلية.كما يستعمله القاضي أداة لرقابة تربية المحضون على دين أبيه وتعليمه وتفقد صحته وخلقه، كما يستعمله القاضي أيضا لرقابة الحاضنة في ممارستها اليومية للحضانة[2].

---

[1] أُنظر **حميدو زكية،** مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد–تلمسان، السنة الجامعية 2005/2004، ص.ص.193 و194.

[2] المرجع نفسه، ص. 190.

تجدر الإشارة أيضا إلى أنه، لا يُشترط في صاحب الحق في الزيارة أن يكون مستوفيا لشروط الحضانة، وذلك لأن هذه الشروط ليست محلا للرؤية، كما أن الزيارة تتم تحت اشراف من بيده المحضون[1].

رغم ما يُحققه حق الزيارة سواء كان مؤقتا أو نهائيا من مزايا في حماية الأسرة، وذلك من خلال تقوية علاقات أفرادها ببعضهم البعض، وما يُحققه أيضا في مجال رقابة مصلحة المحضون، إلا أننا نجد المشرع الجزائري لم يضع نظام قانوني خاص بهذا الحق يحكمه وينظمه في كل جزئية من جزئياته وإنما ترك ذلك كله لسلطة القاضي التقديرية، الذي يستند في تنظيم هذا الحق على مراعاة مصلحة المحضون. فكما أن هذا الموقف التشريعي قد يُفسر بالحرية الموسعة للقاضي التي بموجبها يكشف هذا الأخير على الأصلح والأنسب للمحضون، فهو الذي يُحدد طرق الزيارة في إطار هذه السلطة سواء من حيث المدة–أسبوعيا، شهريا، الأعياد الوطنية والدينية– أو من حيث مكان ممارستها[2]، فبخصوص تحديد الإطار الزماني لهذا الحق، نجد قرار للمحكمة العليا حدد مدة الزيارة بمرة في كل أسبوع على الأقل وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/16 على أنه "متى أوجبت أحكام المادة 64 من ق.أ.ج على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم. ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب

---

[1] **نور الهدى بولمش،** تنازع القوانين في الزيارة كأثر من آثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور–الجلفة، العدد 02، المجلد 11، تاريخ النشر 2018/06/17، ص. 490.

[2] **حميدو زكية،** المرجع السابق، ص. 194.

حق الزيارة إلا مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

أما بخصوص تحديد الإطار المكاني لهذا الحق، نجد قرار المحكمة العليا الذي ينص "من المستقر عليه فقها وقضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقيد أو مراقبة، فالمشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف، بل على الحق وحده ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتيها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر الزوج، فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع. ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه"[2].

نظرا لما للزيارة من أهمية، فقد جعل المشرع بأن قرر لها حماية من نوع خاص، وذلك بإدراجه لها ضمن المسائل التي يجوز فيها اللجوء إلى القضاء الاستعجالي، للحصول على تدبير مؤقت فيها إلى غاية الفصل في أصل الحق وهذا طبقا لنص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج[3]، بموجب أمر على عريضة بناء على الطلب المقدم في شكل عريضة إلى قاضي شؤون الأسرة باعتباره قاضي استعجال، فينظر ويفصل هذا الأخير بموجب أمر على عريضة، ويمنح حق الزيارة المؤقت للطرف الذي لم تُسند له الحضانة من يوم رفع دعوى فك الرابطة الزوجية إلى غاية الفصل في الموضوع، وبناء على فإن الفارق بين حق الزيارة المؤقت وحق الزيارة النهائي

---

[1] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 59784 مؤرخ في 1990/04/16، م.ق، عدد 04 سنة 1991، ص.126.

[2] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 79891 مؤرخ في 1990/04/30، م.ق، عدد 01 سنة 1992، ص.55.

[3] أُنظر **نور الهدى بولمش**، المرجع السابق، ص. 491.

يتمثل في كون هذا الأخير، أنه يجب أن يتضمن حكم القاضي هذا الحق وإلا أُعتبر معيبا يجوز الطعن فيه بإعادة إلتماس النظر، أي أن الحكم بهذا الحق يكون تلقائيا وبدون طلب من الخصم على خلاف أمر التدبير المؤقت للزيارة المؤقتة، الذي يتوجب فيه على طالب هذا الحق، تقديم طلب في شكل عريضة إلى قاضي شؤون الأسرة قصد استصدار أمر على عريضة يتضمن تدبير الزيارة المؤقتة، إلا أنه في كلتا الحالتين يرجع فيه النظر والفصل في هذا الحق للسلطة التقديرية للقاضي في تنظيم أحكامه لاسيما أوقات الزيارة ومكانها.

نخلص في الأخير أن اتخاذ تدبير الزيارة المؤقتة هو مسألة موكولة كليا لتقدير القاضي المختص، لعدم وضع المشرع نظاما خاصا بهذا الحق وتنظيمه، إذ أن القاضي من خلال الاستجابة لطالب هذا التدبير يضمن بذلك حماية مصالح المحضون، عن طريق رقابة طالب التدبير والذي يكون عادة هو الأب مصالح المحضون والاشراف عليها، إضافة إلى أن من شأن هذه الحماية توثيق الصلة والمودة بين كل من المحضون وأقاربه، وهذا ما يُساهم في نمو المحضون على خلق ونهج سليمين وضمان حياة متوازنة له على الأقل أثناء سير دعوى فك الرابطة الزوجية، وكما أسلفنا سابقا فإن القاضي يبذل جهدا كبيرا في موضوع الزيارة، ولا شك أن بذل كل هذا الجهد هو في سبيل مراعاة مصلحة المحضون، ومن هنا يبرز الدور الحمائي للقاضي في تقرير تدبير الزيارة المؤقتة، وذلك من خلال عدم اتخاذ القاضي هذا التدبير إلا لمن يراعي مصلحة هذا المحضون وبالتالي ضمان ولو بصفة مؤقتة حياة متزنة للمحضون بواسطة التدبير المتخذ من طرف القاضي، وذلك باستمرار عيش المحضون في كنف والديه في كنف أمه باعتبارها حاضنته وفي كنف أبيه من خلال زيارته.

## الفرع الثالث

## الدور الحمائي للقاضي في تقرير التدبير المؤقت المتعلق بالسكن

إن المرأة بمجرد نشوب خلاف بينها وبين زوجها أو مجرد سماعها للفظ الطلاق تُسارع بالخروج من بيتها، إلا أن هذا التصرف لهذه المرأة قد يصدر عنها بمحض إرادتها فهنا لا إشكال، ولكن الإشكال يُطرح عند تعسف الزوج وقيامه بطردها من بيت الزوجية مخرجا إياها رغما عنها وبدون إرادتها ولايكون لها مأوى تلجأ إليه هي وصغارها، فهل يمكن للزوجة اللجوء إلى القاضي لإلزام الزوج بتمكينها من البقاء ببيت الزوجية إلى حين الفصل في أصل النزاع؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفقرة الأولى من خلال تحديد مدى تدخل القاضي لاتخاذ التدبير المؤقت المتعلق بالسكن خلال سير دعوى فك الرابطة الزوجية.

لا شك أن تدخل القاضي بإلزام الزوج بتمكين زوجته عند حدوث خلاف بينهما أو أثناء سير دعوى فك الرابطة الزوجية بالبقاء بمسكن الزوجية من شأنه إبراز الدور الحمائي للقاضي لهذه الزوجة وصغارها بضمان مأوى لهم أثناء مدة الخلاف بينهما، إلا أنه عند تنفيذ هذا الأمر قد تعترضه بعض الإشكالات أو العوائق، هذه الأخيرة سنحاول التعرف عليها في الفقرة الثانية من خلال تحديد عوائق تنفيذ التدبير المؤقت المتعلق بالسكن.

### الفقرة الأولى: مدى تدخل القاضي لاتخاذ التدبير المؤقت المتعلق بالسكن

لم يستثن المشرع في تعديله الحق المؤقت في السكن، وهي مسألة في غاية الأهمية والغالب في الواقع أن الزوجة والأولاد هم الذين يُعانون من مشكلة السكن، لأن الزوجة عادة ما

تخرج من مسكن الزوجية وتأخذ أولادها، لتجد نفسها أمام واقع اجتماعي لا يرحمها أحد، فقد يأبى أقرب الناس إليها إيوائها هي وأبنائها[1].

لقد كان ديننا الحنيف السباق في ضمان هذا الحق للزوجة وصغارها، إذ قد أوجب على المرأة البقاء ببيت الزوجية طيلة مدة عدتها وحتى أثناء نشوب خلاف بينها وبين زوجها، فلم تُجز أحكام الشرع للزوج إخراج زوجته أو مطلقته أثناء العدة من بيت الزوجية باعتبار أن البيت لازال بيتها عملا بقوله تعالى **﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾**[2]، فرغم صراحة الآية في إقرار حق الزوجة بالبقاء في بيت الزوجية أثناء فترة العدة، لكن للأسف فقد حاذ مجتمعنا في هذا الوقت عن العمل بهذا النص القرآني، فإن كان القرآن الكريم ينهى عن إخراج المطلقة المعتدة من بيت الزوجية، فمن باب أولى عدم إخراج الزوج لزوجته تعسفا من بيت الزوجية بدون إرادتها عند نشوب خلاف بينهما ورفع أحدهما دعوى فك الرابطة الزوجية.

لقد تبنى المشرع الجزائري هذا الحق وجسده في نص المادة 61 من ق.أ.ج بنصه "**لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق**"، فمن خلال هذا النص يتضح لنا أن بقاء الزوجة بمسكن الزوجية حق من حقوقها، وفي حال تعسف الزوج بطردها منه وليس لها أي شخص من أقاربها تأوي إليه ولم يكن لديها مسكن مستقل بها لاسيما

---

[1] أُنظر **شامي أحمد،** شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص-ص.من 280 إلى 285.

[2] الآية 01 من سورة الطلاق.

وكونها حاضنة، فهنا يُوجد خطر يُحدق بها وأولادها المحضونين، وعليه فإن عنصر الاستعجال متوفر هنا بوجود خطر حال وحالة ضرورة تجيز للمطلقة اللجوء إلى القاضي الناظر بموضوع النزاع أو قاضي الأمور المستعجلة لاستصدار أمر بإرجاعها إلى مسكن الزوجية إلى حين الفصل في أصل الموضوع[1]، فما نستشفه من نص المادة المذكور أعلاه، أنه ما دام المشرع لا يُجيز إخراج المطلقة المعتدة أو المتوفي عنها زوجها من مسكن الزوجية إلا في حالة ارتكاب الفاحشة المبينة فقط، فمن باب أولى أن تستفيد الزوجة من هذه الحماية القانونية التي طُردت لمجرد خلاف بينها وبين زوجها ولم يُحسم في أصل النزاع بعد. فلما كان الأمر كذلك كان للزوجة ان تُقدم طلبا مؤقتا في مسألة سكنها وسكن أبنائها أثناء فترة طلبها للحكم بالطلاق أو بالتطليق، و لا سبيل إلى ذلك إلا باللجوء إلى القضاء لاستصدار أمر على عريضة للحصول على مسكن ريثما يتم الفصل في موضوع النزاع[2].

لقد أقر المشرع الجزائري بموجب المادة 57 مكرر من ق.أ.ج السالفة الذكر حماية قانونية للزوجة وأولادها المحضونين، تتحقق هذه الحماية بواسطة تدخل القاضي بناء على طلب الزوجة في البقاء ببيت الزوجية إلى حين الفصل في موضوع النزاع، باستصدار أمر على عريضة يتضمن اتخاذ القاضي تدبير استعجالي مؤقت يضمن مأوى للزوجة وأولادها ريثما يفصل في الموضوع بصفة نهائية، فيكون بذلك الزوج ملزم بتنفيذ هذا الأمر، وبالتالي تتحقق حماية القاضي للزوجة وأولادها المحضونين من خلال اتخاذه للتدبير المؤقت المتعلق بحقها بالبقاء بمسكن الزوجية وإلزام الزوج بتنفيذ هذا التدبير، وفي مقابل هذا فإن حماية القاضي لا

---

[1] أُنظر **حمليل صالح،** إجراءات التقاضي في الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص. 57.

[2] **بن حليمة يمينة،** المرجع السابق، ص.18.

تقتصر على الزوجة وأولادها، بل تثبت هذه الحماية في الحالة العكسية للزوج إذا ما قدم هذا الأخير ما يدل على امتلاك زوجته مسكنا آخر أو أبطل ادعاء زوجته بعدم طردها من بيت الزوجية، ففي هذه الحال يمكن للقاضي إصدار أمر آخر يُبطل فيه دعوى الزوجة، كما أن هذه الحماية تتحقق أيضا من خلال تحقق القاضي من كون الزوجة التي طلبت البقاء ببيت الزوجية حاضنة سواء كان قل عدد المحضونين أو كثر، كما يتحقق القاضي أيضا من كون أن هذه الزوجة ليس لها ولي يستقبلها ويُؤمن لها المسكن، ويتأكد القاضي أيضا ويثبت له استطاعة الزوج توفير السكن، ففي حال عدم تحقق وثبوت هذه الأمور، يمكن للقاض عدم الاستجابة لطلب الزوجة وبالتالي حماية الزوج من عناء توفير سكن آخر، وعليه يمكن القول أن حماية القاضي للأسرة في هذه الحال في أحد المظهرين السابقين.

يمكن أن نستخلص أن دور قاضي شؤون الأسرة يكمن في النظر والفصل على وجه الاستعجال في الطلب المتعلق بالتدبير المؤقت بالسكن بعد التحقق من مبرراته، بموجب أمر على عريضة غير قابل لأي طعن، فإذا اتخذ القاضي التدبير وجب على الزوجين احترام هذا التدبير، غير أنه عند ظهور وقائع جديدة له أن يُلغي أو يُعدل أو حتى يُتمم التدابير المأمور بها وهذا كله متوقف على شرط مفاده أن لا يكون القاضي قد فصل في موضوع النزاع، ويكون الأمر الصادر في هذا التدبير بعد إلغائه أو تعديله أو تتميمه غير قابل لأي طعن أيضا، ما عدا في حالة ظهور وقائع جديدة طرأت على أحد الزوجين، كأن يتصالحا أو يتوفى أحدهما أو يصبح غير قادر على الانفاق أو أنه تسقط عليه الحضانة...إلخ[1].

---

[1] أُنظر **بن هبري عبد الحكيم**، المرجع السابق، ص.246.

تجدر الإشارة أن الجانب العملي أثبت أن بعض القضاة عند اتخاذهم للتدبير المؤقت المتعلق بالسكن، يُلزمون الزوج بتوفير مسكن يكون قريب من بيت الزوجية أو من بيت أهل الزوجة، ولا شك أن اشتراطهم على الزوج أحد هذين الموضعين من أجل تفادي تحايل بعض الأزواج في اسكان زوجاتهم في مناطق معزولة لتحقيق غرض الانتقام منهن نتيجة الخلاف الواقع بينهم هذا من جهة، ومن جهة أخرى لغرض دفع زوجاتهم للتخلي عن السكن في هذه المناطق وبالتالي تحقيق غايتهم في المحافظة على أموالهم، وعليه فاشتراط هؤلاء القضاة بتوفير السكن في أحد هذين الموضعين يُعد ن قبيل حماية القاضي للزوجة وأولادها ببضمان مسكن ملائم لهم إلى غاية الفصل في أصل النزاع بصفة نهائية. وعليه فإن تدعيم واجب اسكان الحضنة يُعزز من حماية الأسرة وإن كان الظلاق سببا في تصدعها، فإن من شأن هذا الحق أن يزيد في تماسكها وذلك بإبقاء الطفل داخل وسطه الأسري بما يُحقق له نوعا من الاستقرار، غير أن هذا الحق يبقى ناقصا أمام غياب نصوص عقابية تردع الأزواج الذين يتحايلون من أجل حرمان الحاضن والمحضون من الاستفادة من هذا الحق[1].

بعد تبيان مدى تدخل القاضي لاتخاذ التدبير المؤقت المتعلق بالسكن خلال سير دعوى فك الرابطة الزوجية، نتطرق في الفقرة الموالية إلى عوائق تنفيذ التدبير المؤقت المتعلق بالسكن.

## الفقرة الثانية: عوائق تنفيذ التدبير المؤقت المتعلق بالسكن

عند إصدار القاضي أمر على عريضة يتضمن تدبير مؤقت يتعلق بحق الزوجة في البقاء ببيت الزوجية أو إلزام الزوج بتوفير مسكن آخر لها ولأولادها المحضونين إلى غاية

---

[1] **عمر نور الدين،** تدعيم واجب اسكان الحاضنة حماية للأسرة وتأصيلا لمصلحة المحضون، مجلة القضاء والتشريع، تونس، العدد 08، السنة 51، أكتوبر 2009، ص.346.

الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية، إلا أنه قد يعترض تنفيذ هذا الأمر عوائق من شأنها الحيلولة دون توفير مأوى لهذه الزوجة وصغارها المحضونين، من هذه العوائق مثلا بيع الزوج مسكن الزوجية أو أن المسكن ليس في ملكية الزوج كإقامته في مسكن والديه. فالمشرع الجزائري لم يُواجه حالة ما إذا عمد الأب بيع مسكن الحضانة دافعا أنه لم يقصد حرمانها من البقاء أو امتناعه عن دفع مبلغ النفقة[1].

لقد نبه الأستاذ "**فضيل العيش**" على الأمر المكور أعلاه بقوله "إن التطبيقات القضائية حديثة في هذا التعديل، ولم يُعالج المشكل بطريقة سليمة، ويخلق إشكالات مادية وموضوعية لاستحالة توفير هذه الشروط بكل سهولة، مما يجعل روح تطبيق هذه المادة غير ملائمة وتخلق مشاكل متفرعة من امتناع واهمال والدخول في متاهات إجرائية ولا يحد من الطلاق بللا تزيد في تفاقمها وتضخيمها والعزوف عن الزواج وانجاب الأطفال[2].

لقد أقر المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 02/05، قواعد جديدة في مجال أيلولة المسكن الزوجي في حال فك الرابطة الزوجية، إذ تنص المادة 72 من ق.أ.ج على "**في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يُوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذرذلك فعليه دفع بدل الإيجار .**

**وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن**"، فهذا النص يبين أن مسكن الزوجية يبقى للمطلقة التي استفادت من الحضانة، فجعلت هذه المادة أمر توفير مسكن للمرأة الحاضنة أمر إلزامي ووجوبي وفي حال عدم قدرة الزوج عليه فعليه دفع بدل

---

[1] **كريمة محروق،** الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص. 131.

[2] أُنظر **فضيل العيش،** المرجع السابق، ص. 74.

الإيجار، وعليه فضمان مسكن للحاضنة أمر ضروري وهو من حالات الاستعجال التي تتطلب اتخاذ تدابير مؤقتة وسريعة بشأنه لقيام عنصر الاستعجال وهو ما أكدته المادة 57 مكرر من ق.أ.ج، كما أن نص المادة المذكور اعلا (المادة 72 من ق.أ.ج) أعطى الحل في حال وجود عوائق تعترض توفير سكن للحاضنة، مثل عدم قدرة الزوج على توفير هذا المسكن وذلك عن طريق دفع مبلغ إيجار المسكن للمرأة الحاضنة وأولادها المحضونين.

نستنتج مما ذُكر أعلاه أن القاضي المختص باتخاذ التدبير المؤقت المتعلق بالسكن، يستطيع من أجل تجاوز هذه العوائق، تطبيق الأحكام والحلول التي تضمنتها المادة 72 من ق.أ.ج السالفة الذكر، بحيث أنه في حال إصداره الأمر الذي يتضمن التدبير المؤقت المتعلق بالسكن، وعند تنفيذ الأمر يدفع الزوج مثلا ببيع مسكن الزوجية أو إقامته مع أهله بحجة عدم امتلاكه لمسكن باسمه، فهنا يلزم القاضي هذا الزوج دفع مبالغ مالية للمرأة الحاضنة وأولادها، حيث تُعتبر هذه المبالغ كتعويض للزوجة عن ما قد تنفقه من أموال لتوفير مسكن لأولادها المحضونين، ويلزم القاضي هذا الزوج بالاستمرار في دفع هذه المبالغ إلى غاية الفصل في موضوع النزاع الأصلي، وهذا ما تؤكده المادة 57 مكرر من ق.أ.ج على وجوب توفير سكن للزوجة إلى غاية الفصل في النزاع الأصلي، ورغم عدم ذكر المادة 57 مكرر بدل الإيجار المنصوص عليه في المادة 72 المكورة أعلاه، إلا أن هذا الأخير يُستنتج من كون إلزام المشرع بواسطة القاضي الزوج بتوفير مسكن للمرأة الحاضنة، باعتبار أن حاجة هذه المرأة لمسكن تأوي إليه هي وأولادها ويحتمون تحت سقفه من حر الصيف وبرد الشتاء هي من الأمور المستعجلة والتي لا يمكن تصور عدم توفرها، وبالتالي فيكون أمام الزوج إما توفير سكن أو في حال عدم القدرة على توفيره استئجار مسكن لهم ودفع مبلغ إيجار هذا المسكن.

ختاما إن حالات الاستعجال المذكورة في المادة 57 مكرر من ق.أ.ج تُعتبر من أهم المسائل التي يمكن للقاضي أن يتخذ بشأنها تدابير مؤقتة حفاظا على الحقوق المتعلقة بها، إلا أن هذه التدابير ليست على سبيل الحصر كما بينا سابقا، وإنما وردت على سبيل المثال فللقاضي أن يتخذ ما بدى له من تدابير في سبيل تحقيق وضمان أكبر قدر ممكن من الحماية ولو كانت بصفة مؤقتة.

# الفصل الثاني

# الحماية القضائية الموضوعية

# للأسرة عند فك الرابطة الزوجية

## الفصل الثاني

## الحماية القضائية الموضوعية للأسرة خلال فك الرابطة الزوجية

شُرع الطلاق بصوره المختلفة كعلاج لما قد يترتب عن فصم الرابطة الزوجية من آثار سلبية على أفراد الأسرة، فأقرت أحكام الشريعة الإسلامية على إثر فك هذه الرابطة حقوقا لأفرادها، وتبعها في ذلك المشرع الجزائري ضمن نصوص قانونية متناثرة في ق.أ.ج، وبالتالي فلقد ضمنت أحكام الشريعة الإسلامية وكذا نصوص ق.أ.ج قدرا من الحماية لكل أفراد الأسرة خلال وبعد انحلال الرابطة الأسرية، إلا أن الحماية المضمونة من قبل الشريعة الإسلامية تتفاوت بطبيعة الحال مع الحماية المضمونة من قبل نصوص ق.أ.ج باعتبار أن حماية الشريعة الإسلامية لحقوق أفراد الأسرة هي أوسع من حماية ق.أ.ج.

بالرجوع إلى نصوص ق.أ.ج نجد أن ملامح حماية المشرع الجزائري لأفراد الأسرة بعد انحلال الرابطة الزوجية تتجلى في إقرار حقوق لكل طرف على حدا، فلقد ضمن المشرع الجزائري مثلا للزوج الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بسبب نشوز الزوجة، كما ضمن للزوجة حقها في حضانة أولادها باعتبارها الأولى عن غيرها من الحاضنين الآخرين، وأعطى للطفل باعتباره الحلقة الأضعف في الأسرة عدة حقوق مثل الحق في النفقة، ومما لاشك فيه أن مطالبة أي فرد من أفراد الأسرة سواء كان الزوج أو الزوجة أو الأولاد بأي حق من هذه الحقوق لا يتأتى إلا بواسطة لجوءه إلى القضاء، لأن هذا الأخير يُعد بمثابة الحكم الفيصل في إقرار هذه الحقوق من عدمها، وهكذا فإذا أقر القاضي لأي فرد من أفراد الأسرة حق

من هذه الحقوق خلال انحلال الرابطة الزوجية، تتشكل لنا الحماية القضائية الموضوعية للأسرة خلال فك الرابطة الزوجية على أساس أن إقرار الحقوق كان من طرف القاضي فهي حماية قضائية، ولأن القاضي يسعى من خلال الجهد المبذول من طرفه في إقرار حق من حقوق أفراد الأسرة خلال انحلال الرابطة الزوجية فهي حماية موضوعية، إلا أن الحماية المضمونة من المشرع بواسطة القضاء لهذه الحقوق تتفاوت بين أفراد الأسرة ولتوضيح هذا التفاوت وإبراز مظاهر هذه الحماية، نتطرق في المبحث الأول إلى الحماية القضائية الموضوعية للزوجين خلال فك الرابطة الزوجية، ثم نتطرق في المبحث الثاني إلى الحماية القضائية الموضوعية للطفل خلال فك الرابطة الزوجية.

## المبحث الأول

## الحماية القضائية الموضوعية للزوجين عند فك الرابطة الزوجية

لقد ضمن المشرع الجزائري للمرأة حماية أكبر لحقوقها حتى بعد انحلال الرابطة الزوجية من خلال تشريعه لقواعد قانونية من شأنها حماية المرأة بعد انحلال الرابطة، أمام هذه الحماية لم يترك المشرع الجزائري الرجل دون حماية هو الآخر عند انحلال الرابطة الزوجية، إذ أقر للرجل أيضا حقوقا يستفيد منها خلال وبعد فك الرابطة الزوجية، وفي كلتا الحالتين فإن هدف المشرع من خلال إقراره لهذه الحقوق لكلا طرفي العلاقة الزوجية بعد انحلالها هو ضمان قدر من الحماية القانونية لطرفي العلاقة الزوجية بعد انحلالها، إلا أن هذه الحماية لا تكون ذات فعالية إلا بتفعيلها عبر اللجوء إلى القضاء، هذا الأخير يُعتبر الحكم والمرجع في إقرار حقوق طرفي العلاقة الزوجية بعد انحلالها، ومن هنا فإن القضاء بسعيه لتحقيق حماية طرف من أطراف العلاقة الزوجية خلال أو بعد انحلالها لابد عليه من تتبع المصلحة المراد حمايتها حتى يتمكن من إقرار حق الطرف المعني بالحماية، وهذا هو جوهر الحماية القضائية الموضوعية لطرفي العلاقة الزوجية خلال أو بعد انحلالها.

إن للقضاء دور فاعل في حماية الزوجين خلال فك الرابطة الزوجية، إلا أن المشرع لم يُحدد على سبيل الحصر مواطن ومواضع تدخل القضاء لحماية الزوجين خلال فك الرابطة الزوجية، **وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن مواطن ومواضع الحماية المقررة؟** وللإجابة على هذا التساؤل نتطرق في المطلب الأول إلى مواطن تدخل القضاء لحماية الزوج خلال فك الرابطة

الزوجية، ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى مواطن تدخل القضاء لحماية الزوجة خلال فك الرابطة الزوجية.

## المطلب الأول

## مواطن تدخل القضاء لحماية الزوج عند فك الرابطة الزوجية

لقد أقر المشرع للزوج عدة حقوق خلال فك الرابطة الزوجية إلا أن هذه الحقوق قد وردت متناثرة في ق.أ.ج مما يجعل ضمان الاستفادة من هذه الحقوق مرهون بمطالبة الزوج بها أمام القضاء، ورغم ذلك يمكن تصنيف هذه الحقوق ضمن مجموعتين، أولها مجموعة الحقوق المالية والتي من بينها حقه في الحصول على بدل الخلع، وثانيها مجموعة الحقوق غير المالية مثل حقه في حضانة أولاده عند سقوط هذا الحق من الأم الحاضنة لسبب من أسباب السقوط المقررة قانونا.

إن مما لاشك فيه أن إقرار هذه الحقوق لا يتأتى إلا عبر اللجوء إلى القضاء، ويُعتبر تدخل القاضي في إقرار هذه الحقوق بمثابة المواطن التي تُخول للقاضي التدخل لحماية الزوج خلال فك الرابطة الزوجية وهي مواطن عديدة نقتصر على أهمها وهي: تدخل القاضي لحماية الحقوق المالية للزوج خلال فك الرابطة الزوجية وهذا ما سنعالجه في الفرع الأول، وكذا تدخل القاضي لحماية الزوج من نشوز الزوجة خلال فك الرابطة الزوجية وهذا ما سنحاول بحثه في الفرع الثاني، وكذا حماية القاضي للزوج خلال إسناد وإسقاط الحضانة وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثالث.

## الفرع الأول

## حماية القاضي للزوج في حقوقه المالية خلال فك الرابطة الزوجية

لم يُحدد المشرع الجزائري الحقوق المالية للزوج خلال وبعد فك الرابطة الزوجية، إلا أنه بالرجوع إلى ق.أ.ج واستقراء أحكامه نجد أن المشرع الجزائري قد منح للزوج بعض الحقوق ذات طابع مالي خلال وبعد فك الرابطة الزوجية، ولعل أهم هذه الحقوق وأبرزها، حقه في استرداد المهر كله أو نصفه في بعض الأحوال، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في الفقرة الأولى من خلال إبراز دور القاضي في حماية الزوج عند استرداد المهر، وكذا حقه في الحصول على المقابل المالي عند فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة بواسطة الخلع، وهذا ما سنحاول بحثه في الفقرة الثانية من خلال التطرق إلى حماية القاضي للزوج عند تقديره لبدل الخلع.

### الفقرة الأولى: حماية القاضي للزوج من خلال استرداد المهر عند فك الرابطة الزوجية

إن السؤال الذي قد يطرح نفسه قبل إبراز مظاهر حماية القاضي للزوج من خلال استرداد المهر عند فك الرابطة الزوجية، هو أنه من المعروف شرعا وقانونا أن المهر هو حق مالي خالص للزوجة. وقد اتفق الفقهاء على تأكيد وجوبه في حال تسميته عند العقد، حيث إذا تم العقد فقد ثبت حق الزوجة في المهر[1]، فكيف يُعقل أن يكون حقا أيضا في جانب الزوج؟

---

[1] **أُنظر عثمان محمد عبد الحق إدريس**، أحكام المعقود عليها قبل الدخول في الفقه الإسلامي، ط 01، دار النفائس-الأردن، سنة 2011، ص.159.

لقد نصت المادة 16 من ق.أ.ج على مؤكدات الصداق بنصها "**تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول**"، فيظهر لنا من نص هذه المادة أن الزوجة تستحق الصداق كاملا في حالتين وهما: الدخول والوفاة إضافة إلى الخلوة الصحيحة، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول. ففي هذه الحال الأخيرة إذا وقع الطلاق قبل البناء كان للزوجة نصف المهر لا غير وهو ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، وهذا في حال إذا وقع الطلاق بإرادة الزوج، أما إذا رفضت الزوجة إتمام الزواج سقط حقها في كامل الصداق ولم يثبت لها النصف بالعقد[1]، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا بأنه "إن الطلاق الذي يُعطي للزوجة الحق في نصف الصداق قبل الدخول بها إنما هو الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته، فيتحمل مسؤوليته طبقا لما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية، والمادة 16 من ق.أ.ج تؤكد حق الزوجة في نصف الصداق إذا طلقها الزوج بإرادته، والحال أن الزوجة في هذه القضية هي التي عدلت عن إتمام الزواج وحالت دون وقوعه رغم إصرار الزوج على البناء بها، فلا يُعقل أن تُطالب بنصف الصداق وأن يكون لها حق فيه"[2]، فيبدو أن هذا القرار قد أوضح مسألة كان المشرع الجزائري قد أغفلها في نص المادة 16 من ق.أ.ج السالف الذكر. إذ أن ما يُلاحظ على هذا النص القانوني أنه استعمل لفظ الطلاق بصيغة العموم فلم يُحدد بدقة من تسبب في الطلاق، كما لم يُحدد الشخص الذي طلق، هل الزوج أم الزوجة، أم أن الطلاق وقع

---

[1] **أُنظر مايا دقايشية**، اختلاف الزوجين حول الصداق (دراسة فقهية قانونية قضائية)، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة العربي تبسي –تبسة، العدد 13، ص.245.

[2] م.ع غ.أ.ش قرار بتاريخ 1993/07/13، ملف رقم 92714، م.ق عدد 01، لسنة 1995، ص.128.

بالاتفاق بينهما؟ فكان على المشرع أن يُحدد بدقة الشحص الذي طلق وهو الزوج، إذ من غير المعقول أم يتسبب الزوج في الطلاق ثم يسترد المهر كله[1].

نستنتج مما ذكر أعلاه أن الحالات التي تستحق فيها الزوجة نصف المهر وهي حالة فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج وقبل الدخول، كما نستنتج أنه من حق الزوج استرداد المهر قبل الدخول في حال فك الرابطة الزوجية بسبب الزوجة. لأنه إذا كان سبب الطلاق من الزوجة أو كان التطليق منها قبل الدخول فليس من المعقول أن تأخذ نصف المهر، بل عليها إرجاعه كاملا إن كانت قد استلمته ولا يحق لها المطالبة به في حال لم تستلمه[2]، ففي هذه الحال إذا كانت الزوجة هي السبب في فك الرابطة الزوجية وكان الزوج قد سلمها الصداق قبل الدخول فمن حق الزوج استرداد المهر كله، وذلك بواسطة لجوءه إلى القضاء ومطالبة هذه الزوجة باسترداد الصداق الذي سلمه إليها قبل الدخول سواء كان نصفه أو كله، ومن هنا يبرز دور القاضي في حماية الحق المالي للزوج والمتمثل في استرداد كامل المهر أو نصفه قبل الدخول.

لابد على القاضي في إطار حماية الزوج في حقه المالي خلال وبعد فك الرابطة الزوجية والمتمثل في استرداد المهر، للحكم باستحقاق هذا الزوج كامل المهر أو نصفه من توفر جملة من الشروط وهي:

- يجب أن يكون عقد الزواج صحيحا أ يكون مستوفيا كامل أركانه وشروطه.
- يجب أن يكون المهر قد سُمي تسمية صحيحة.
- يجب أن يقع فك الرابطة الزوجية قبل الدخول.

---

(1) أُنظر **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.78.

(2) المرجع نفسه، ص.78.

– يجب أن تكون الزوجة هي السبب في فك الرابطة الزوجية.

فتتحقق حماية القاضي للزوج من خلال استرداد المهر، عندما يتحقق القاضي بأن عقد الزواج قد تم بشكل صحيح، أ تحققه من توافر ركن الرضا بين الزوجين المنصوص عليه في المادة 09 من ق.أ.ج، وكذا تحققه من توافر شروط صحة الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر وهي: أهلية الزواج، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج، كما يجب على القاضي التحقق من أنه قد تمت تسمية الصداق في العقد تسمية صحيحة، كما أن حماية القاضي للزوج من خلال استرداد المهر لا تتحقق إذا كان قد تم الدخول بالزوجة إذ يجب أن يكون الدخول لم يتم بعد، كما يجب على القاضي أن يثبت لديه بأن الزوجة هي التي كانت السبب في فك الرابطة الزوجية قبل الدخول، وهكذا فإن حماية القاضي للزوج هنا تتحقق عند الحكم لصالح الزوج باسترداد المهر سواء كله أو نصفه، وهذه هي الحال الوحيدة التي تتحقق فيها حماية القاضي للزوج من خلال استرداد المهر، وهي حماية غير كافية للزوج مقارنة مع ما أقره المشرع للزوجة في حماية حقها المالي والمتمثل في الصداق، إذ أعطى للزوجة أيضا الحق في اللجوء إلى القضاء لتستوفي حقها، كما يمكنها أيضا طلب فسخ عقد الزواج طبقا لنص المادة 02/33 من ق.أ.ج بنصها على "**إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يُفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل**"، فيظهر من نص المادة ان الزواج إذا تم بدون شاهدين أو صداق أو ولي فإنه يمكن طلب فسخه قبل الدخول باعتباره عقدا فاسدا وليس باطلا.

هناك حالات لاينتصف فيها الصداق بالطلاق قبل الدخول وهي: إذا تم الطلاق في عقد النكاح الفاسد قبل الدخول لأنه لا صداق في النكاح الفاسد قبل الدخول، كما أنه لا يشمل تنصيف

الصداق ما زيد عليه بعد إنشاء العقد، بل الذي ينتصف هو الصداق المسمى وقت العقد، وكذلك لا ينتصف صداق المثل لأن النص ورد بتنصيف الصداق المسمى بل يجب للزوجة المتعة عوضا عن نصف الصداق[1]، ومن هنا فإن الحالات التي يمكن للزوج طلب استرداد الصداق كله أو نصفه أو طلب إعفاءه من تسديده هي: حالة النكاح الفاسد قبل الدخول، إذ أنه في هذه الحالة إذا تم الطلاق قبل الدخول وكان الزوج قد اعطى للزوجة المهر كله أو بعضه، فإن من حقه اللجوء إلى القضاء لمطالبة هذه الزوجة وإجبارها بإرجاع ما قمه لها من مهر، فتتحقق حماية القاضي للزوج في هذه الحالة بحكمه بفساد العقد أولا وحكمه بإجبار الزوجة على إرجاع ما تسلمته من مهر ثانيا، أيضا من الحالات التي يمكن للزوج فيها المطالبة باسترداد المهر أو إعفاءه منه نجد حالة ما زيد على الصداق بعد إنشاء العقد، إذ أنه إذا سُمي الصداق بمقدار معين وقت ابرام العقد ثم بعد ابرام العقد قام الزوج بتسليم الزوجة مقدار آخر من المال، فإنه يحق للزوج في هذه الحال إذا وقع الطلاق قبل الدخول أن يطلب من الزوجة عبر القضاء استرجاع ما دفعه من مال بعد ابرام العقد، وتقديمه أمام القاضي ما يثبت دفعه هذا المقدار من المال بعد ابرام العقد، فتتحقق حماية القاضي للزوج في هذه الحالة من خلال حكمه بتنصيف الصداق الذي سمي وقت ابرام العقد، وكذا حكمه لصالح الزوج باسترداد ما دفعه بعد ابرام العقد، وإضافة لهذه الحالات يمكن أيضا إدراج حالة أخرى يمكن للزوج إعفاءه من دفع المهر وهي حالة تنازل الزوجة عن المهر. إذ بعد تمام العقد حيث يصير المهر حقا من حقوق الزوجة الخالصة فيجوز التنازل عنه ويأخذ ذلك أشكالا عدة بحسب اختلاف المهر المسمى، وذلك أن المهر إما أن يكون دينا في الذمة جاز إسقاطه كله أو بعضه باعتبار أن كل صاحب حق لا يُمنع من إسقاط حقه إذا

---

[1] **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.111.

كان جائز التصرف وكان المحل قابلا للإسقاط، وإما أن يكون المهر عينا كالذهب والفضة والثياب والعقار ونحوه، ففي هذه الحال لا يصح إسقاطه وإنما يصح تمليكه للزوج[1]، ففي هذه الحال تتحقق حماية القاضي للزوج بإعفاءه من دفع المهر بناء على طلب الزوجة عند فك الرابطة الزوجية بسبب الزوجة.

ختاما، يمكن القول ان الحالات المذكورة آنفا باستثناء الحالة الأخيرة لم يذكرها المشرع الجزائري صراحة في ق.أ.ج، لكن يمكن للقاضي باجتهاده أن يحكم بها حماية للزوج في ضمان استرداد المهر كله أو بعضه، أما بالنسبة للحالة الأخيرة فيمكن للقاضي أيضا الحكم بها لصالح الزوج وبالتالي حمايته بإعفاءه من دفع المهر طبقا لنص المادة 222 من ق.أ.ج، باعتبار أن هذه الحالة من الحالات التي لم يرد النص عليها في ق.أ.ج، فمن هنا وفي إطار تعزيز الحماية القضائية للزوج خلال أو بعد فك الرابطة الزوجية، نقترح صياغة هذه الحالات ضمن مادة من مواد ق.أ.ج.

## الفقرة الثانية: حماية القاضي للزوج عند تقدير بدل الخلع

بالرجوع إلى ق.أج نجد أن المشرع الجزائري قد تناول مسألة تدخل القاضي في تقدير بدل الخلع من خلال نص المادة 02/54 من ق.أ.ج بنصها "**إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم**"، فما يمكن استنتاجه من هذه المادة أن من الحقوق المالية للزوج خلال فك الرابطة الزوجية هو حقه في الحصول على مقابل مالي مقابل فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة. كما ركز المشرع

---

[1] أُنظر **محمد يعقوب الدهلوي**، حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها، دراسة فقهية تأصيلية، ط 01، دار الفضيلة–الرياض، سنة 2002، ص.181.

الجزائري من خلال هذه المادة هلة أن يكون اتفاق الطرفين منصبا على مال كبدل للزوجة، وفي حال عدم الاتفاق بين الزوجين على شيء يرجع الأمر إلى القاضي الذي يُحدد البدل غالبا نقدا على أن لا يتجاوز صداق المثل[1]، وعليه فلا يمكن إذن تصور القاضي في تحديد بدل الخلع خارج الحالات الثلاث التالية:

1- لجوء الزوجة إلى القاضي طالبة الخلع مع عرضها لمبلغ مالي يوافق عليه الزوج، ففي هذه الحال فإن دور القاضي في تحديد بدل الخلع هو دور محدود لأنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم.

2- لجوء الزوجة إلى القاضي طالبة الخلع دون أن تعرض مقابلا له، ففي هذه الحال يكون للقاضي دور كبير في تحديد بدل الخلع وفق سلطته التقديرية.

3- لجوء الزوجة إلى القاضي طالبة الخلع مع عرضها مبلغ مالي لا يوافق عليه الزوج، وهذه هي الحالة التي نصت عليها المادة 02/54 من ق.أ.ج السالفة الذكر، وهنا يكون للقاضي أيضا دور كبير في حسم الخلاف القائم بين الزوجين حول بدل الخلع المقدم من الزوجة للزوج.

ففي هذه الحالات الثلاث تتفاوت سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع ضيقا واتساعا، ففي الحالة الولى مثلا نجد ان سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع تكون ضيقة مقارنة في باقي الحالتين، إذ تكون له سلطة في تقدير بدل الخلع فمن هنا يمكن تحديد مظاهر حماية القاضي للزوج عند تقديره لبدل الخلع، إذ تتفاوت درجة الحماية من مظهر إلى آخر، ففي حال اتفاق الزوجين على بدل الخلع فتكون حماية الزوج هنا مقصورة تطبيق الاتفاق لا غير من قبل

---

[1] أُنظر **كاملة طواهرية**، أحكام الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية -قسنطينة، العدد 39، ص.320.

القاضي، وأما في حال عدم الاتفاق فإن درجة حماية القاضي للزوج عالية وذلك من خلال تدخل القاضي لإقرار حق الزوج في حصوله على بدل الخلع أولا، ثم تحديد مقدار بدل الخلع بما لا يتجاوز مقدار صداق المثل ثانيا. ولا يمكن أن يُقال بأن هذا إجحاف في حق الزوجة لأن المخالعة جاءت من طرفها وبالتالي تتحمل نتائجها[1].

يجب على القاضي عند تقديره لبدل الخلع عند الاختلاف عليه أن يكون محايدا ولا يجوز له أن يتدخل لصالح احد الخصمين، فيرفع مقدار الخلع أو يُخفضه لصالح أحد المتخاصمين المتفقين على مبدأ الخلع[2]، فلا يبرز دور القاضي في إيقاع الخلع لأنه يتم بدون موافقة الزوج ولكن يبرز دوره في الاختلاف حول تحديد مقدار بدل الخلع. فالمتأمل في نص المادة 54 من ق.أ.ج يرى موافقتها لما ذهب إليه الفقهاء من عدم تحديد المال المخالع عليه بمقدار معين، وقد ترك ذلك لتراضي الزوجين سواء كان العوض مثل مقدار المال أو أقل أو أكثر، أما في حالة عدم الاتفاق فقد اعطى المشرع الجزائري السلطة التقديرية للقاضي على أن لا يتجاوز ما يحكم به صداق المثل وقت صدور الحكم[3]، وعليه فإن القيد الذي يجب على القاضي التقيد به عند تقديره لبدل الخلع في حال عدم الاتفاق عليه من طرف الزوجين هو عدم تجاوز مقدار بدل الخلع مقدار صداق المثل وقت صدور حكم فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع، إلا ان هذا لا يُحقق حماية كافية للزوج فقد يكون صداق المثل أقل بكثير مما دفعه الزوج للزوجة. فلو فرضنا

---

(1) أُنظر **بن شويخ الرشيد،** أحكام الخلع في الشرع والقانون والقضاء، مجلة المعيار، جامعة المير عبد القادر– قسنطينة، العدد 09، ص.245.

(2) أُنظر **رابح بن غريب،** أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية، مجلة تاريخ العلوم، جامعة زيان عاشور –الجلفة، العدد 07 مارس 2017، ص.83.

(3) أُنظر **المستاري نور الهدى،** الخلع –دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد –تلمسان، السنة الجامعية 2014/2013، ص.79.

أنه أمهرها بمبلغ 100 000,00دج وصداق المثل هو 50 000,00دج فإن الزوج هنا لن يتحصل إلا على نصف صداقه، وهي مسألة مضرة بالزوج، ولتحقيق التوازن يجب تحميل الزوجة تبعات الخلع بشكل متوازن باعتبارها هي من طالبت به[1]، ولهذا السبب فقد رأى أستاذنا "**بن شويخ الرشيد**" بضرورة إعادة صياغة نص المادة 54 من ق.أ.ج في جانبه المتعلق بتقدير بدل الخلع على النحو الآتي "**إذا تبين للقاضي أن صداق المثل يقل عن المهر المقدم استكمل للزوج الفرق بينهما**"[2]، فبواسطة هذه الصياغة الجديدة تتحقق الحماية الكافية للزوج في حصوله على بدل الخلع مناسب لمقدار صداق المثل بواسطة القضاء.

لابد على القاضي عند تقديره لبدل الخلع وحماية للزوج في حصوله على هذا الحق أن يتحقق من كون أن بدل الخلع مما يصح تملكه أو امتلاكه شرعا وقانونا، وإلا على القاضي رفض طلب الزوجة في فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع. ومن هنا فكل ما صلح أن يكون مهرا في عقد الزواج صلح ظان يكون بدلا في الخلع سواء كان نقودا أ أعيانا كالعقارات والمنقولات أو منافع مقومة بالمال، وسواء كان هو المهر أو غيره[3]، وعليه فيجوز أن يكون مقابل الخلع بكل ما صح أن يكون مهرا، أي مالا مقبولا[4].

نخلص في الأخير أن المشرع لم يمنح للقاضي دورا إيجابيا في تقدير بدل الخلع، وذلك بتحديده للمعيار الذي يعتمده القاضي في حالة الاختلاف بين الزوجين حول مقدار بدل الخلع

---

(1) أُنظر **بن شويخ الرشيد**، أحكام الخلع في الشرع والقانون والقضاء، المرجع السابق، ص.247.

(2) المرجع نفسه، ص.247.

(3) أُنظر **أحمد محمد المومني واسماعيل أمين نواهضة**، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة، عمان–الأردن، سنة 2009، ص.82.

(4) أُنظر **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.267.

وهو صداق المثل، وقد هدف المشرع من خلال تحديده لهذا المعيار منع الاستغلال والابتزاز الذي قد يكون من جانب أحد الزوجين اتجاه الآخر[1]، وعليه فإن حماية القاضي للزوج عند تقديره لبدل الخلع هي حماية غير كافية بالنظر إلى اعتماد القاضي عند عدم الاتفاق على مقدار بدل الخلع بين الزوجين على معيار واحد في تقدير هذا البدل، ألا وهو معيار صداق المثل وقت صدور الحكم مقارنة ما يحققه الخلع من حماية لحق الزوجة.

تجدر الإشارة أن هناك مظهر آخر من مظاهرحماية القاضي للزوج عند تقديره لبدل الخلع، ألا وهو تدخل القاضي بناء على طلب الزوج للحكم بالتعويض عن الضرر اللاحق بالزوج بسبب تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع، فيرتبط التعويض عن الضرر اللاحق بسبب تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع بدور القاضي في حماية الزوج من خلال بدل الخلع في حالة تسبب بدل الخلع المقدم من طرف الزوجة بضرر فادح للزوج يستحق بموجبه التعويض. وتطبيقا لذلك فإن الزوجة قد تكون متعسفة في حقها في الخلع إذا كان الباعث من وراء طلبها الخلع هو الإضرار بالزوج عن طريق ممارسة ضغوط عليه لقبول البدل نظير فراقها، فكان استعمال هذا الحق غير جائز لأن الحقوق لم تشرع للإضرار وإنما شُرعت للإصلاح[2]، وهكذا فإذا قدم الزوج ما يثبت نية الإضرار به من طرف الزوجة، يحكم القاضي بتعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع الذي يترتب عليه الحكم لصالح الزوج بتعويض

---

[1] **بن جناحي أمينة**، المرجع السابق، ص.99.

[2] أُنظر **بلبولة بختة**، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون–الجزائر، السنة الجامعية 2005/2004، ص.ص.137 و138.

عادل عن الضرر اللاحق به بسبب هذا التعسف، فتتحقق حماية القاضي للزوج من خلال بدل الخلع عن طريق جبر الضرر المترتب عن التعسف في استعمال حق الخلع.

ختاما يمكن القول بأن تدخل القاضي لحماية الزوج عند تقديره لبدل الخلع، يُعتبر أحد مواطن ومواضع تجسيد الحماية القضائية الموضوعية للزوج رغم عدم فاعلية هذه الحماية مقارنة بتدخل القضاء في حماية حقوق الزوجة.

## الفرع الثاني

## حماية القاضي للزوج من نشوز الزوجة عند فك الرابطة الزوجية

نص المشرع الجزائري على النشوز في نص المادة 55 من ق.أ.ج[1]، وما يمكن ملاحظته من نص هذه المادة أن النشوز يمكن أن يحصل من كلا الزوجين من خلال نصه "**عند نشوز أحد الزوجين**"، كما يُستنتج من هذه المادة أيضا أن المشرع الجزائري خول للقاضي عند اكتشافه لوجود النشوز من أحد الزوجين، الحكم أولا بفك الرابطة الزوجية والتعويض ثانيا للمتضرر من هذا النشوز، والغالب في واقعنا المعاش وعصرنا الحاضر نجد أن النشوز يكون كثيرا من الزوجة، وبالتالي يكون الزوج هو الطرف الآخر المتضرر من هذا النشوز، وعليه وبناء على نص المادة المذكورة أعلاه فلقد خول المشرع للقاضي سلطة الحكم بالطلاق والتعويض عن الضرر اللاحق عن النشوز، نتساءل عن **مدى فعالية لجوء الزوج إلى القضاء لحمايته من نشوز الزوجة خلال فك الرابطة الزوجية؟** للإجابة على هذا التساؤل نتطرق في

---

[1] تنص المادة 55 من ق.أ.ج على"**عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر**".

الفقرة الأولى إلى دور القاضي في حماية الزوج من النشوز بفك الرابطة الزوجية، ثم نتطرق في الفقرة الثانية إلى حماية القاضي للزوج بالتعويض عن الضرر اللاحق بسبب النشوز.

## الفقرة الأولى: حماية القاضي للزوج من نشوز الزوجة بفك الرابطة الزوجية

لا تتحقق حماية القاضي للزوج من نشوز الزوجة إلا بالحكم على وجود نشوز الزوجة. ويتحقق هذا الأخير إذا تركت المرأة القيام بواجباتها نحو زوجها، ومن هذه الواجبات: أن تطيعه في غير معصية وأن تحفظه في نفسها وماله وأن تُعاشر الزوج بالمعروف، ويجب عليها بذل ما عليها من غير عصيان وأن تمتنع عن مقارفة أي شيء يضيق به الرجل، فلا تعبس في وجهه ولا تبدو في صورة يكرهها[1]، ومهما يكن فقد تعرض الفقه إلى تعريف نشوز الزوجة في عدة تعاريف، ولعل التعريف الأفضل والمختار لنشوز الزوجة يكمن في اعتبار نشوز الزوجة بأنه "عصيان المرأة زوجها فيما يجب له عليها من حقوق بغير عذر"[2].

بالرجوع إلى ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري لم يُبين مفهوم الزوجة الناشز، بل اكتفى بذكر نشوز الزوجة كسبب من أسباب الطلاق يحكم به القاضي على مسؤولية الزوجة الناشز بسبب الضرر الذي سببه النشوز للزوج، مما يدفع القاضي إلى اعتبار هذا النشوز بمثابة مبرر شرعي يُعطي للزوج الحق في فك الراطة الزوجية أمام القاضي لنشوز الزوجة، دون أن يُكيف القاضي هذا الطلاق بأنه طلاق تعسفي من الزوج، وعليه فإذا كان النشوز من الزوجة فطبقا لنص المادة 55 من ق.أ.ج السالفة الذكر يُعتبر الزوج هو المستفيد من هذا الطلاق باعتبار أن

---

(1) أُنظر **أحمد محمد المومني واسماعيل أمين نواهضة**، المرجع السابق، ص.94.

(2) **معتصم عبد الرحمن محمد منصور**، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، السنة الجامعية 2007، ص.43.

طلاقه هذا لا يُعد طلاقا تعسفيا، وبالتالي يمكن للقاضي إصدار حكمه بنشوز الزوجة وكذا يمكن إصدار حكمه بالتعويض لصالح الزوج عن الضرر اللاحق به بسبب نشوز الزوجة، وهكذا فإن حماية القاضي للزوج من نشوز الزوجة تتجسد في صورتين وهما: 1- صورة حكم القاضي بنشوز الزوجة، 2- صورة حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بسبب نشوز الزوجة.

بالنسبة للصورة الأولى، فنظرا لعدم ذكر المشرع الجزائري في نص المادة 55 من ق.أ.ج ضوابط النشوز والحالات التي تكون فيها الزوجة ناشزا، يتوجب على القاضي في هذه الحال وإعمالا لنص المادة 222 من ق.أ.ج الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص حالات نشوز الزوجة.

إن نشوز الزوجة قد يكون بالقول فقط وقد يكون بالقول والفعل معا وبيانه:

- **النشوز بالقول فقط** وله صور متعددة: كأن ترفع صوتها عليه أو تكلم أجنبيا عنها، أو تتصل به هاتفيا عن طريق المراسلة لقصد غير شرعي، وقد تتطاول عليه بالسب والشتم واللعن والقذف أو تعييره بعيب فيه حسيا أو معنويا ونحو ذلك من الصور كتطاولها بلسانها على أقاربه وأسرته بغير سبب...إلخ،

- **النشوز بالفعل** كأن تمتنع إذا طلبها للفراش، أو تعبس في وجهه أو تمنعه لمسها وتقبيلها أو تغلق الباب دونه أو تُجيبه متثاقلة متبرمة ونحو ذلك من الصور كخروجها من بيت زوجها بدون

إذنه أو تهرب من بيته بدون حق أو مبرر شرعي...إلخ، وقد تجمع الزوجة بين القول والفعل فيما سبق فتُعتبر ناشزا بالقول والفعل معا[1].

وهكذا فإنه يتوجب على الزوج إثبات حالة من هذه الحالات أمام القاضي حتى يتمكن هذا الأخير من الحكم بنشوز الزوجة، حيث أنه إذا قدم الزوج للقاضي ما يُثبت نشوز الزوجة فيجب على القاضي إصدار حكمه بشوز الزوجة، إذ أن هذا الحكم يُعتبر بمثابة وسيلة وآلية قضائية حمائية للزوج يستعملها القاضي فيما بعد ليحكم بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين بسبب نشوز الزوجة، وبهذا تتحقق حماية القاضي للزوج من نشوز الزوجة، وذلك بتخليصه من هذه الزوجة الناشزة أولا وضمان عدم رجوع الزوجة الناشزة على الزوج بحقوقها كمطلقة.

بالرجوع إلى العمل القضائي بخصوص نشوز الزوجة نجد أن القضاء كان له موقف آخر، إذ ضيق من حالات نشوز الزوجة وحصرها في حالة واحدة وهي امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية، وهذا ما أشار إليه قرار المحكمة العليا(المجلس الأعلى سابقا) بنصه "من المقرر شرعا أنه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها ناشزا نشوزا تُحرم من أجله من حقوقها الواجبة لها شرعا...ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[2]، فيظهر من هذا القرار أن موقف القضاء كان أكثر وضوحا بتحديده حالة النشوز بامتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية، ولكن بعد صدور أحكام تُلزمها بالرجوع وامتناعها عن تنفيذ هذه الأحكام، في هذه الحالة فقط يثبت النشوز ويكون الطلاق على مسؤوليتها وفقا لنص المادة 55

---

[1] أُنظر **صالح بن غانم السدلان،** النشوز، ضوابطه-حالاته-أسبابه-طرق الوقاية منه-وسائل علاجه في ضوء القرآن والسنة، ط 04، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض-المملكة العربية السعودية، سنة 1417هـ، ص.ص.24 و25.

[2] م.ع غ.أ.ش قرار بتاريخ 1987/03/09، ملف رقم 45311، م.ق عدد 03، لسنة 1990، ص.61.

من ق.أ.ج، أما إذا كان امتناعها عن مواصلة الحياة الزوجية بسبب معقول فلا تكون ناشزا[1]، كما اعتبرت المحكمة العليا في قرار أخر صادر بتاريخ 1998/05/19 أن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد ثبوت إهانتها لا يُعتبر نشوزا، كما أصدرت المحكمة العليا قرار بتاريخ 1986/04/21 أكدت فيه أن النشوز لا يثبت إلا إذا حكم على الزوجة بالرجوع فامتنعت[2]، وحتى النص الفرنسي للمادة 55 من ق.أ.ج جاء بعبارة "**مغادرة أحد الزوجين لبيت الزوجية**" فيكون بذلك قد ضيق من حالات النشوز وحصرها في حالة وحيدة إذ ينص:

« En cas d abondon du domicile conjugal par l un des deux époux »

نستنتج مما سبق أنه حتى يحكم القاضي بنشوز الزوجة لابد من صدور أولا الحكم الذي يقضي برجوع الزوجة، ويثبت بعدها الزوج باعتباره المدعي الذي يقع عليه عبء إثبات نشوز الزوجة عن تنفيذ حكم الرجوع، وعليه فإن مجال حماية القاضي للزوج من نشوز الزوجة هو مجال ضيق، وذلك بسبب حصر نشوز الزوجة في حالة وحيدة وهي امتناع رجوعها إلى بيت الزوجية من غير سبب معقول مع تحميل الزوج عبء إثبات هذا النشوز، وبالتالي فإن هذا المظهر من مظاهر حماية القاضي للزوج من نشوز الزوجة وذلك عن طريق إصدار القاضي لحكم نشوز الزوجة حتى وإن كان لصالح الزوجة فإنه غير كافي لتحقيق الحماية اللازمة للزوج من نشوز الزوجة، فكان من الأفضل والأكمل لتوسيع حماية الزوج من النشوز تبني واعتماد القضاة حالات النشوز التي تبناها واعتمدها الفقه الإسلامي وعدم حصرها في حالة وحيدة فقط.

---

[1] أُنظر **سعادي لعلى،** الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة– أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2015/2014، ص.369.

[2] أُنظر **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.216.

بالنسبة للصورة الثانية وهي ضرورة صدور حكم من القاضي يقضي بفك الرابطة الزوجية بسبب نشوز الزوجة، فبعد إثبات الزوج امتناع الزوجة عن تنفيذ حكم الرجوع إلى بيت الزوجية بواسطة محضر يُحرره المحضر القضائي، حيث يكون هذا المحضر هو الأساس الذي يستند عليه القاضي للحكم بنشوز الزوجة، الذي يترتب عليه تدخل القاضي بإصدار حكمه بفك الرابطة الزوجية بسبب نشوز الزوجة بعد بحثه وتفحصه كل الدفوع التي تُثيرها الزوجة ضد زوجها المدعي نشوزها، فإذا تبين للقاضي أن النشوز كان من جانب الزوجة يحكم بالطلاق على مسؤولية الزوجة لأن نشوزها كان سببا في الطلاق، ويسقط حقها في المطالبة بحقوقها كمطلقة، وهذا ما يُعد مظهرا من مظاهر الحماية القضائية الموضوعية للزوج من خلال النشوز، إذ أنه بواسطة حكم القاضي الذي يقضي بفك الرابطة الزوجية بسبب نشوز الزوجة يتفادى الزوج مواصلة الحياة الزوجية السيئة التي كان يعيشها مع هذه الزوجة الناشز، وكذا بواسطة حكم الطلاق بسبب النشوز يحمي الزوج أمواله إذ أن الطلاق بسبب النشوز لا يُوجب للزوجة الناشز الحق في النفقة.

ختاما يمكن القول بأن إصدار القاضي لحكم النشوز من جانب الزوجة لا يتأتى إلا بعد صدور الحكم الذي يقضي برجوع الزوجة وثبوت امتناعها عن تنفيذ حكم الرجوع إلى بيت الزوجية، وكذا إصدار القاضي بعدها حكمه بالطلاق بسبب نشوز الزوجة، فهذين الحكمين يُعتبران من المواطن التي تُجسد الحماية القضائية الموضوعية للزوج من نشوز الزوجة، إلا أن هناك موطن أخر يأتي كنتيجة لهذين الحكمين يُجسد جماية القاضي للزوج من النشوز، يكمن هذا الموطن في ضرورة صدور حكم من القاضي يقضي بالتعويض لصالح الزوج من الضرر اللاحق به من نشوز الزوجة وهذا ما سنتناوله في الفقرة الموالية.

## الفقرة الثانية: حماية القاضي للزوج بالتعويض عن الضرر اللاحق بسبب نشوز الزوجة

إن لقاضي شؤون الأسرة من الناحية القانونية سلطة مطلقة فيما يتعلق في تقدير عناصر ومكونات النشوز، أما من الناحية القضائية فإن القاضي مقيد في هذا الجانب بضرورة إثبات وجود حكم قضائي يقضي برجوع الزوجة إلى منزل الزوجية ويتم تبليغها هذا الحكم عن طريق المحضر القضائي للرجوع وتمتنع عن الرجوع، ويُحرر محضر عن امتناعها عن ذلك، وهذه هي الوسيلة التي يعتد بها القضاء لإثبات نشوز الزوجة[1]، ومن هنا نستنتج بأنه يجب على الزوجح لإثبات حقه في التعويض عن ضرر نشوز الزوجة أن يُثبت أمام القاضي بأنه قد لحقه ضرر جراء نشوز الزوجة، فعبء إثبات الضرر المترتب عن النشوز يقع على الزوج بطبيعة الحال باعتباره المدعي بشوز زوجته طبقا للقاعدة العامة والمعروفة في الإثبات وهي "**البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**"، إلا انه لإثبات ضرر النشوز يمكن استثناء عن هذه القاعدة أن يُعفي القاضي الزوج من إثبات هذه الواقعة، وذلك بتأسيس القاضي حكمه في التعويض عن الضرر اللاحق بسبب نشوز الزوجة على أن ثبوت واقعة النشوز بحكمه بثبوت هذه الواقعة في حق الزوجة يُعتبر قرينة على حصول وقيام الضرر في حق الزوج، ومن ثم يمكن للقاضي بعد تقدير الضرر الحاصل من نشوز الزوجة الحكم لصالح الزوج بتعويض كامل وعادل لمختلف الأضرار المترتبة عن نشوز الزوجة، وبهذا تتحقق حماية القاضي للزوج من نشوز الزوجة من خلال الحكم بجبر الضرر المترتب عن نشوز الزوجة في حق الزوج، باعتبار أن اجتهاد

---

[1] أُنظر **اسمهان عفيف**، المرجع السابق، ص.206.

القاضي في تأسيس حكمه بالتعويض عن الضرر اللاحق بسبب نشوز الزوجة من خلال اعتماده على أن ثبوت واقعة النشوز يُعد قرينة على حصول الضرر، فعمل القاضي هنا واجتهاده يُعد مظهرا من مظاهر حماية القاضي للزوج من نشوز الزوجة.

وحتى يحصل الزوج على حقه في التعويض عن الضرر اللاحق بسبب نشوز الزوجة لابد أن يرفع أولا دعوى طلب الرجوع إلى بيت الزوجية على الزوجة التي تركت بيت الزوجية المستقل وهي في حالة غضب، فيطلب الزوج من القاضي أن يحكم عليها بالرجوع، وبعد تحقق وتأكد القاضي من أن الزوجة قد تركت بيت الزوجية المستقل والمنفرد فعلا ودون أي سبب شرعي أو قانوني وبعد محاولات إجراء الصلح التي يُجريها القاضي، فإن هذا الأخير في هذه الحال يحكم على هذه الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية، وإذا امتنعت هذه الزوجة عن الرجوع امتناعا واضحا وصريحا، يجوز للزوج أن يطلب من الموظف القائم بالتنفيذ وهو المحضر القضائي أن يُحرر محضر رسمي يتضمن تنفيذ الحكم القضائي الذي يقضي برجوعها إلى مسكن الزوجية المستقل. وقد ذكر الأستاذ "**يوسف دلاندة**" أن الإنذار القانوني المنصوص عليه في المادة 102 من ق.إ.م هو غير الإنذار الموجه للزوجة للعودة إلى البيت الزوجي الذي يترتب عليه استئناف الحياة الزوجية، ويجب أن ينفذ الإنذار من طرف المنفذ مصحوبا بالزوج الذي يلتزم بإرجاع الزوجة إلى المسكن المنفرد، وفي حالة امتناع الزوجة عن الرجوع يحكم عليها بالنشوز[1]، وعليه فخلال تنفيذ الحكم القاضي برجوع الزوجة إلى مسكن الزوجية المستقل والمنفرد يجب أن يكون الرزوج حاضرا مع الموظف القائم بالتنفيذ، ويجب على الزوج أن يتودد

---

[1] **يوسف دلاندة،** قانون الأسرة منقح بالتعديل التي أدخلت عليه مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث، ط 03، دار هومة–الجزائر، د ت ن، ص.74.

إلى زوجته في طلبه منها الرجوع إلى بيت الزوجية المنفرد، فإذا قام الزوج بكل هذا مع تقديم أدلة أمام القاضي، فإن هذا الأخير وفي نفس الحكم الذي يقضي بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين، يحكم بالتعويض وذلك بعد تسبيب حكمه ومناقشة طلبات ودفوع الزوجين، ومن هنا فإن منطوق الحكم الذي الذي يتضمن فك الرابطة الزوجية بسبب نشوز الزوجة يجب أن يشتمل على جانبين:

– جانب خاص بالطلاق بين الطرفين إذ يحكم القاضي بحل الرابطة الزوجية لنشوز الزوجة[1]،

– جانب أخر خاص بأثار فك الرابطة الزوجية وهي توابع الطلاق وتتمثل في نفقة العدة، إسناد نفقة الأبناء ونفقتهم، ثبوب النسب بعد الطلاق هذا من جهة، ومن جهة أخرى منح الزوج التعويض عن الضرر اللاحق به بسبب نشوز الزوجة.

وعليه فإذا ثبت للقاضي نشوز الزوجة وثبت له كذلك تضرر الزوج من هذا النشوز، يحكم القاضي على الزوجة بتعويض الزوج من خلال إجبارها بإعطاء الزوج مبلغ مالي، ولا شك أن هذه الطريقة هي الأفضل والأنجع لتحقيق حماية الزوج في حقه في التعويض، حيث يضمن القاضي للزوج حصوله على مبلغ نقدي تدفعه الزوجة المتسببة في إلحاق الضرر بالزوج بنشوزها، وهكذا تتحقق الحماية القضائية الموضوعية للزوج بحكم القاضي لصالح الزوج بهذا التعويض.

ختاما يمكن القول أن حكم القاضي بالتعويض لصالح الزوج عن الضرر اللاحق به بسبب نشوز الزوجة هو أحد المواطن التي تُجسد الحماية القضائية الموضوعية للزوج خلال فك

---

[1] **سويسي فتيحة،** النشوز في ظل أحكام الشريعة وقانون الأسرة، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء بتاريخ 2004/04/16، ص.18.

الرابطة الزوجية، باعتبار أن هذا الحكم ينطوي على حماية مصلحة الزوج (حماية موضوعية) المتمثلة في حقه في الحصول على تعويض عادل عن الضرر اللاحق به جراء نشوز الزوجة، وعلى اعتبار صدور الحكم الذي يقضي بهذا الحق من طرف القاضي (حماية قضائية).

## الفرع الثالث

## حماية القاضي للزوج خلال إسناد وإسقاط الحضانة

قد يحدث أن يتنازعا الزوجين حول حضانة أولادهما عند فك القاضي الرابطة الزوجية بينهما، ومن هنا يبرز دور القاضي في إسناد وإسقاط الحضانة لمستحقها، فإذا كانت الحضانة[1] حقا للأم قبل غيرها، فقد اقتضى الشرع والقانون أيضا منح هذا الحق لغيرها في حال توفر سبب من أسباب سقوطها عنها، وقد أسندها المشرع الجزائري عند سقوطها عن الأم إلى الأب طبقا لنص المادة 64 من ق.أ.ج[2]، على خلاف ما كان مقررا قبل تعديل ق.أ.ج سنة 2005، وبهذا فقد أقر المشرع الجزائري حماية قانونية للأب عند إسناد الحضانة وذلك بجعل ترتيبه ضمن مستحقي الحضانة في المرتبة الثانية بعد الأم، وهو الموضع والموطن الوحيد في ق.أ.ج الذي

---

[1] الحضانة مأخوذة من الحضن وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وحضنا الشيء جانباه، وحضن الطائر بيضة، إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه وكذلك المرأة إذا ضمت ولدها، وعرفها الفقهاء بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يُميز ولا يستقل بأمره، وتعهده بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه ويضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها، أُنظر **عبد الرحمن محمد عوض الجزيري**، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ط 01، دار ابن حزم، بيروت–لبنان، سنة 2001، ص.1134، وأُنظر كذلك **سيد سابق**، المرجع السابق، ص.679، وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 01/62 من ق.أ.ج بنصها "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

[2] تنص المادة 64 من ق.أ.ج على**"الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".**

ضمن حماية الرجل باعتباره أب، وبطبيعة الحال فإن الوسيلة والأداة التي يلجأ إليها المشرع لتحقيق هذه الحماية تكون عبر القضاء، **فكيف يمكن للقاضي حماية الزوج خلال إسناد وإسقاط الحضانة أمام الحماية الواسعة التي أقرها المشرع للزوجة في حضانة أولادها؟** للإجابة على هذا التساؤل نتطرق في الفقرة الأولى إلى دور القاضي في حماية الزوج عند إسناد الحضانة، ثم نتطرق في الفقرة الثانية إلى دور القاضي في حماية الزوج عند إسقاط الحضانة.

## الفقرة الأولى: دور القاضي في حماية الزوج عند إسناد الحضانة

عملا بأحكام نص المادة 64 من ق.أ.ج السالف الذكر نجد أن المشرع الجزائري قد اعتمد على معيار واحد في إسناد الحضانة وترتيب الحواضن ألا وهو مراعاة مصلحة المحضون، إذ يُعتبر هذا الأخير من أهم الأسس التي يعتمد عليها القاضي في إسناد الحضانة وكذلك فقد منحه المشرع سلطة واسعة في ذلك، ومما لا شك فيه أن اعتماد القاضي على هذا المعيار في إسناد الحضانة يُحقق أحسن رعاية للمحضون وأحسن تربية له مع حفظه صحة وخلقا، وبالتالي يضمن استعمال القاضي هذا المعيار الحماية الكافية للطفل المحضون في حقوقه ومصالحه، فيطمئن بذلك أبوه (الزوج) على حياته، وعليه فإن أول مظاهر حماية القاضي للزوج(الأب) عند إسناد الحضانة يتمثل في ضمان الأب حماية مصالح ابنه المحضون، وذلك بواسطة استعانة الأب (الزوج) بالقضاء للرقابة على مدى قيام الحاضن بواجبات الحضانة

المنصوص عليها في المادة 62 من ق.أ.ج تجاه الطفل المحضون. لأنه لا يبقى للأب في هذه الحالة إلا سلطة الرقابة[1].

لا تتوقف حماية القاضي للزوج عند إسناد الحضانة بمنحه سلطة الرقابة بواسطة القضاء على الحاضن في حماية مصالح ابنه المحضون فقط، بل تتعدى هذه السلطة إلى حد التحري عن مدى تحقق شروط استحقاق الحضانة في حاضن ابنه وذلك عن طريق القضاء، فيضمن القاضي للأب أن يكون حاضن ابنه مسلما عاقلا بالغا أمينا في إسناد حضانة ابنه لهذا الحاضن رغم أن المشرع الجزائري قد اختصر هذه الشروط في شرط واحد وهو شرط الأهلية طبقا لنص المادة 02/62 من ق.أ.ج بنصه "**ويُشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك**". فالقاضي يُسند الحضانة لمن تتزفر فيه الشروط اللازمة للرعاية لتحقيق مصلحة المحضون[2]، وهذا ما يُحقق الراحة والطمأنينة للأب من خلال إسناد حضانة ابنه لمن تتحقق فيه هذه الشروط التي يضمن القاضي توفرها في شخص الحاضن، وهذا ما يعد مظهرا أخر من مظاهر حماية القاضي للزوج عند إسناد الحضانة.

من المتفق عليه بين الفقهاء أن لكل من الأم أو الأب زيارة ولده–ذكرا أو أنثى– إذا كان تحت حضانة الآخر، فإذا كانت الأم هي الحاضنة فللأب أن يرى ولده، وإذا قام بالأم مانع من موانع الحضانة وصار الولد تحت حضانة أبيه أو غيره، فليس للأب– أو غيره – أن يمنعها حقها في رؤية ولدها رعاية لصلة الرحم وتربية للولد على طاعة والديه وإشباعا لرغبته النفسية

---

[1] **معمر قوادري محمد،** ممارسة السلطة الأبوية في فترة ممارسة الأم للحضانة وإشكالية المادة 87 من ق.أ، مداخلة في إطار يوم دراسي بعنوان "سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون، نظرات في ق.أ.ج" بتاريخ 2009/11/11، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، ص05.

[2] **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.254.

في رؤية والديه[1]، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 64 من ق.أ.ج السالف الذكر بنصه "**وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**". فقد أمرت هذه المادة القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وإن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة، وبالتالي يكون المشرع قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم[2]، وعليه فإنه من ملامح تجسيد حماية القاضي للزوج الأب عند إسناد الحضانة، هو حكم القاضي لصالح الأب غير الحاضن في زيارة ورؤية أولاده المحضونين. إذ أنه بواسطة هذا الحق يتحقق الأب غير الحاضن من الوضع الصحي للمحضون ومدى حفظه وتلبية طلباته من طرف الحاضن والسؤال عن سلوكه[3]، وبهذا فإن هذا المظهر من الحماية يتشابه ويلتقي مع مظهر الحماية من خلال سلطة الرقابة المذكور آنفا في كونهما أن الأب غير الحاضن تتاكد وتتحقق له حماية مصالح ابنه المحضون، إلا أن الفارق بين المظهرين يكمن في أن مظهر الحماية من خلال سلطة الرقابة للأب غير الحاضن يستعين هذا الأخير لضمانها وتحقيقها بالقضاء، أما مظهر الحماية من خلال حق الزيارة فإن الأب غير الحاضن يمارس رقابة على الحاضن بنفسه وذلك من خلال استعماله لحق الزيارة والتأكد من رعاية ابنه المحضون ووضعه الصحي بنفسه دون

---

[1] **عبد العزيز دخان،** حق الأبوين في رؤية ولدهما أثناء الحضانة وبعدها، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، جامعة الجزائر 1، العدد 10، ص.106.

[2] أُنظر **إيمان معمري،** ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي، السنة الجامعية 2015/2014، ص.98.

[3] أُنظر **نافع حميد صالح،** حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم الإسلامية، جامعة الأنبار-العراق، العدد 09 سنة 2009، ص.140.

اللجوء إلى القضاء، حيث يكمن دور القاضي في هذا المظهر من الحماية في حكمه بحق الأب غير الحاضن في زيارة ابنه المحضون، كما يُعتبر حق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون وذلك بترتيبه عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق ويعبث به طبقا لنص المادة 328 من ق.ع.ج.

نخلص في الأخير رغم الحماية الواسعة التي أقرها المشرع للأم الحاضنة في مجال الحضانة، فبالمقابل قد أقر أيضا حماية نسبية للأب (الزوج) غير الحاضن عند إسناد الحضانة، بحيث من يشرف على تحقيق هذه الحماية وتجسيدها هو القاضي، فبواسطة هذا الأخير يستطيع الأب غير الحاضن ضمان حياة عادية لابنه المحضون، كما أنه بواسطة القاضي يضمن الأب غير الحاضن إسناد حضانة ابنه المحضون للشخص الذي تتوفر فيه شروط الرعاية اللازمة لتحقيق مصلحة ابنه المحضون، كما أنه بواسطة حكم القاضي بحقه في زيارة ابنه المحضون يمكنه الاطلاع على وضعية ابنه سواء الوضعية المادية أو المعنوية، وعليه فإن مظاهر الحماية هذه التي يستفيد منها الأب غير الحاضن بواسطة القضاء، تُعتبر موطن من مواطن الحماية القضائية الموضوعية للأب غير الحاضن عند إسناد الحضانة، باعتبارها ترتكز على تدخل القاضي لحماية حقوق ومصالح المحضون بالدرجة الأولى، هذه الأخيرة بتحققها تتحقق كذلك حماية مصالح الأب غير الحاضن، لأن من مصلحة الأب غير الحاضن هو أن يعيش ابنه في ظل رعاية جيدة من كل النواحي.

### الفقرة الثانية: دور القاضي في حماية الزوج عند إسقاط الحضانة

لقد أعطى المشرع الجزائري الأولوية للأم في حضانة صغارها على أساس أن مسألة التربية والرعاية في المراحل الأولى للصغير تتطلب ذلك. حتى أنه يمكن للمحكمة أن تقضي

بإجبار الأم على الحضانة حتى ولو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة مثل تلك التي لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون[1]، وإذا استثنينا الأم التي لها الأولوية بدون منازع لورود نص في الموضوع فإن الأقارب الآخرين كان ترتيبهم من باب الاجتهاد بالرأي فقط[2] مع ضرورة مراعاة مصلحة المحضون، ولقد أسند المشرع الجزائري الحضانة للأب بعد الأم مباشرة وذلك عند حصول مانع يمنع الأم من ممارسة حضانة صغارها، وهذا طبيعي منه لكون أن الشخص الذي يحرص على مصلحة المحضون بعد الم هو الأب باعتبار ان الحضانة لم تُشرع إلا لصالح المحضون من أجل حمايته ورعايته وحفظه صحة وخلقا، فإذا لم تُحقق حضانة الأم هذه الأهداف، يجب على القاضي في هذه الحال التدخل من أجل إسقاطها عن الأم وإسنادها لمن يليها في المرتبة وهو الأب مراعيا في ذلك مصلحة المحضون، باعتبار هذه الأخيرة هي المعيار الأساسي في إسناد وإسقاط الحضانة، ومن هنا يمكن القول بأن حماية القاضي للزوج كأب تتحقق عند تدخل القاضي بإسقاط الحضانة عمن كان يُمارسها وإسنادها إلى الأب مراعيا في ذلك مصلحة المحضون بالدرجة الأولى.

بالرجوع إلى ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري قد ضمن هذه الحماية للزوج كأب بإسقاط الحضانة عن الأم وإسنادها إليه بواسطة القضاء في عدة حالات نذكرها فيمايلي:

1- حماية القاضي للزوج كأب بإسقاط حضانة الأم لتزوجها بغير قريب محرم، وهذا ما نصت عليه المادة 66 من ق.أ.ج بنصها "**يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم...**"،يعني أنه في حال زواج الأم الحاضنة بأجنبي يسقط حقها في الحضانة، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في

---

(1) **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص.391.

(2) أُنظر **بن شويخ الرشيد**، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.256.

العديد من قراراتها والتي من بينها القرار الذي ينص على أن "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما أحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون..." [1]، ومن هنا فعلى الأب غير الحاضن أن يسعى لإثبات أمام القضاء زواج طليقته من أجنبي، فإذا أثبت الأب غير الحاضن حصول هذا الزواج وكانت مصلحة المحضون تقتضي عدم استمرار حياته مع حاضنته، فلابد على القاضي الحكم بإسقاط الحضانة عن الحاضنة وإسنادها إلى الأب، وبهذا تتأكد حماية القاضي لهذا الزوج كأب من خلال إسقاط الحضانة عن الحاضنة، إذ أنه لا يمكن لهذا الزوج كأب إسقاط الحضانة إلا بواسطة لجوءه إلى القاضي، كما أن هذا الأخير إذا رأى تمسك المحضون بحاضنته فيمكن له أن لا يسقط الحضانة إذا كان في ذلك مصلحة للمحضون، ولعل المقصد من تدخل القاضي لحماية الزوج كأب بإسقاط الحضانة عن الأم الحاضنة بسبب تزوجها بغير قريب محرم كما يقول الأستاذ أعراب بلقاسم في كونه "مراعاته لنفسية الأب، فبإسقاطه الحضانة للحاضنة بتزوجها بغير قريب محرم من الطفل، حتى لا يرى الأب ابنه عند أناس غرباء عن عائلته يتربى في أحضانهم"[2].

2- حماية القاضي للزوج كأب بإسقاط حضانة الأم لتنازلها عن حقها في الحضانة، وهذا ما أكدته المادة 66 من ق.أ.ج بنصها "**...وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون**". فقد أجاز المشرع الجزائري للحاضن التنازل عن الحضانة باعتبارها حقا له هذا من جانب، ومن جانب

---

[1] م.ع غ.أ.ش قرار بتاريخ 1986/05/05، ملف رقم 40438، م.ق عدد 02، لسنة 1989، ص.75.

[2] **أعراب بلقاسم**، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن -دراسة تأصيلية- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 01، سنة 1994، ص.148.

أخر قيد هذا التنازل بعد الإضرار بالمحضون فاعتبرها بذلك حقا للمحضون[1]، وبناء على هذا فإنه يتوجب على القاضي وحتى يضمن حماية حق الزوج كأب في إسقاط الحضانة عن الحاضنة وإسنادها إليه أن يدرس التداعيات التي يمكن أن تترتب عن هذا التنازل على مصلحة المحضون، فإذا تبين للقاضي أن هذا التنازل لا يُؤثر بمصلحة المحضون فيمكن له في هذه الحال إسقاطها عن الحاضنة وإسنادها إلى الزوج كأب.

3- حماية القاضي للزوج كأب بإسقاط حضانة الأم الحاضنة بمرور سنة دون المطالبة بها، وقد نصت المادة 68 من ق.أ.ج على ذلك بنصها "**إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها**"، فرغم ما تثيره هذه المادة من إشكالات قانونية وأخرى قضائية بين شراح القانون إلا أن الشيء المتفق عليه، هو أن حماية القاضي للزوج كأب تتأكد عند عدم مطالبة الأم الحاضنة بحقها في الحضانة بعد مضي سنة، ورغم أن المشرع الجزائري لم يُحدد تاريخ بدأ سريان مدة سنة، ففي رأينا فإن هذه المدة تبتدأ من تاريخ إصدار حكم إسناد الحضانة.

4- حماية القاضي للزوج كأب بإسقاط حضانة الأم الحاضنة لاختلال شروطها. والتي تتمثل في إخلال الأم بواجباتها تجاه المحضون والمتمثلة في الرعاية والتربية، السهر على الحماية، حفظ المحضون صحة وخلقا، فإذا أثبت إهمال الأم للقيام بتلك الواجبات جاز للقاضي أن يسقط حضانتها مراعاة لمصلحة المحضون، وكذا الحال إذا صارت الأم غير مؤهلة لممارسة الحضانة[2]، وعليه فإذا وقعت الحضانة غير مستوفية لأحد شروطها لاسيما تلك الشروط

---

[1] **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص.145.

[2] **سناء عماري**، المرجع السابق، ص.64.

المنصوص عليها في المادة 62 والمادة 02/67 من ق.أ.ج، يمكن للزوج كأب أن يطلب من القاضي إسقاط الحضانة عن الأم الحاضنة ليتربى الطفل المحضون في كنفه وفي ظل رعايته وحمايته.

5- حماية القاضي للزوج كأب بإسقاط حضانة الأم الحاضنة بسبب استيطانها في بلد أجنبي، وقد نصت على هذا المادة 69 من ق.أ.ج بحيث يمكن للأب غير الحاضن أن يطلب من القاضي إسقاط حضانة الأم الحاضنة عند سفرها وإقامتها مع محضونها في بلد أجنبي، فإذا تبين للقاضي أن إقامة المحضون في هذا البلد قد يُفسد أخلاقه مثل الإقامة في بلاد غير مسلمة، ففي هذه الحال يمكن للقاضي أن يسقط الحضانة عن الأم الحاضنة وإسنادها إلى الأب إذ أنه بهذا تتحقق حماية القاضي للأب، من خلال اجتهاد القاضي في تبين ظروف معيشة المحضون بشوءه في دولة غير مسلمة، الأمر الذي قد يترتب عليه تربية هذا المحضون على غير دين أبيه، وهذا ما يدفع القاضي للتدخل لإسقاط حضانة الأم الحاضنة في بلد غير مسلم وإسنادها إلى الأب المقيم في بلد مسلم.

ختاما يمكن القول أن حماية القاضي للزوج كأب غير حاضن هي حماية أكيدة في هذه الحالات لكن بشرط مراعاة مصلحة المحضون، ويكون فيها للقاضي دور إيجابي من خلال إعمال سلطته التقديرية في إسقاط حضانة الحاضنة سواء كانت الأم أو غيرها، وإسنادها بطبيعة الحال إلى الأب وبالتالي إقرار القاضي للأب حقه في حضانة أولاده، فعملية الإقرار هذه من طرف القضاء تُعد موطن من مواطن تجسيد الحماية القضائية الموضوعية للزوج كأب خلال فك الرابطة الزوجية.

## المطلب الثاني

## مواطن تدخل القضاء لحماية الزوجة خلال فك الرابطة الزوجية

بالرجوع إلى ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري لم يُحدد حقوق الزوجة أثناء وبعد انحلال الرابطة الزوجية في نص واحد من نصوص ق.أ.ج، إلا أنه من استقراء نصوص هذا الأخير يمكن القول بأن للزوجة أثناء أو بعد فك الرابطة الزوجية عدة حقوق كما رأينا، وبطبيعة الحال فإن إقرار كل حق من هذه الحقوق كما سبق معنا لا يتأتى إلا بعد المطالبة به أمام القاضي المختص، ومنه نستنتج أن للقاضي عدة مواطن ومواضع يمكنه التدخل من خلالها لحماية حقوق هذه الزوجة خلال فك الرابطة الزوجية، ولعل من أبرز هذه المواطن نجد موطن حماية القاضي للزوجة من تعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية وهذا ما سنحاول بحثه في الفرع الأول، وكذا موطن حماية القاضي للزوجةعند طلبها لفك الرابطة الزوجية وهذا ما سنحاول معالجته في الفرع الثاني، وأيضا من المواطن البارزة التي يتدخل فيها القاضي لحماية الزوجة خلال انحلال الرابطة الزوجية نجد موطن تدخله لحماية الزوجة عند إسناد وإسقاط الحضانة وهذا ما سنحاول دراسته في الفرع الثالث.

## الفرع الأول

## موطن حماية القاضي للزوجة من تعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية

لقد أعطى نص المادة 52 من ق.أ.ج[1]للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض المالي إذا تبين له أنه الزوج قد تعسف في الطلاق بأن لم يُقدم المبررات التي دعته لطلب الطلاق، أو تبين له بأن طلقها بقصد الإضرار بها[2]، فإذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم بالتعويض وإذا لم يتبين له ذلك لا يحكم بالتعويض، ولم ينص النص على الحالات التي يكون فيها الزوج متعسفا[3]، فيظهر من هذا النص أن المشرع الجزائري قد كفل للزوجة حماية قانونية موضوعية في حال تعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية، إذ تتجسد هذه الحماية في صورتين وهما: 1- صورة إثبات التعسف في فك الرابطة الزوجية من جانب الزوج، 2- صورة التعويض للزوجة عن الضرر اللاحق بها بسبب تعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية، وبطبيعة الحال فإن هذه الحماية بصورتيها لا تتحقق إلا بواسطة القضاء، وعليه سنتطرق في الفقرة الأولى إلى دور القاضي في تقرير تعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية، ونتطرق في الفقرة الثانية إلى دور القاضي في جبر الضرر المترتب عن تعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية.

### الفقرة الأولى: حماية القاضي للزوجة بتقرير تعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية

---

(1) تنص المادة 52 من ق.أ.ج على **"إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".**

(2) أُنظر **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.187.

(3) أُنظر **المصري مبروك،** المرجع السابق، ص.221.

لم يرد في كتب الفقهاء القدامى لفظ الطلاق التعسفي ولكنه مصطلح جديد وفد إلى بلاد المسلمين مع القوانين الأجنبية وفقهاء القانون المحدثين في الغرب، وقد نشأ هذا المصطلح مع نشوء نظرية التعسف، أما الفقهاء المحدثون فقد تطرقوا للحديث عن الطلاق التعسفي في كتب الأحوال الشخصية ولكنهم اختلفوا فيما بينهم على أن هناك تعسفا في الطلاق أم لا علا الاختلاف في حكم أصل الطلاق هل هو الحظر أم الإباحة على مذهبين: الأول الذي نادى به بعض الفقهاء بقولهم بأنه ليس هناك تعسف في الطلاق، والثاني والذي ذهب إلى أن هناك تعسفا في الطلاق إذا طلق الزوج زوجته بغير مسوغ شرعي وهو مذهب عامة الفقهاء[1]، وقد حذى المشرع الجزائري في المادة 52 من ق.أ.ج المذكورة أعلاه حذو المذهب الثاني باعترافه بوجود الطلاق التعسفي، إذ اعتبر القاضي الجزائري كل طلاق لا يستند إلى سبب معقول هو طلاق تعسفي وأن إثبات كون أن الطلاق لم يقع تعسف فيه يقع على عاتق الزوج، فإذا أثبت الزوج أمام القاضي أن الطلاق كان لسبب معقول لا يثبت التعسف في حق الزوج، أما إذا عجز عن إثبات ذلك فإن طلاقه يكون تعسفيا وبالتالي يحق للزوجة أن تطلب من القاضي إلزام الزوج بالتعويض لها عن الضرر الذي أصابها بسبب هذا التعسف.

يمكن تعريف التعسف في الطلاق بما يُبين ماهيته وحقيقته وذلك محاكاة لتعريف التعسف في الحق بشكل عام بأنه "مناقضة قصد الشارع في التصرف بحق الطلاق المأذون فيه شرعا حسب الأصل"، فالطلاق في الأصل حق مأذون فيه شرعا إذا أُستعمل بقيوده الشرعية وحسب قصد الشارع من شرعه، أما إذا كان الزواج محققا لمقاصد شرعه ولا يوجد ما يُسوغ إنهائه،

---

[1] أُنظر **جميل فخري محمد جانم**، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط 01، دار الحامد، عمان-الأردن، سنة 2009، ص.ص.197 و198.

فإن اللجوء إلى الطلاق يكون مناقضة لقصد الشارع وتعسفا[1]، ومنه يظهر لنا من هذا التعريف بأن الطلاق التعسفي هو الطلاق الذي يلجأ إليه الزوج من غير مسوغ (شرعي أو قانوني) يُسوغ له إنهاء العلاقة الزوجية التي كانت مؤسسة على تحقيق المقاصد الشرعية للزواج، كما يتبين من هذا التعريف أن التعسف في الطلاق أساسه ومعياره هو مناقضة قصد الشارع من تشريع حق الطلاق المأذون فيه شرعا.

إن تعريف الطلاق التعسفي المذكور أعلاه هو تعريف فقهي، أما بالنسبة للتعريف القانوني نجد أن المشرع الجزائري لم يُعرفه في نص المادة 52 من ق.أ.ج وترك أمر وجوده من عدمه إلى السلطة التقديرية للقاضي، إذ أن هذا الأخير هو الذي يقرر تعسف الزوج في إيقاع الطلاق، لكن السؤال المطروح هنا هو أنه أمام هذا الفراغ القانوني في تعريف الطلاق التعسفي، ما هي المعايير التي يعتمد ويستند عليها القاضي لإثبات تعسف الزوج في إيقاع الطلاق؟ وهل هذه المعايير تكفل الحماية اللازمة للزوجة في استيفاء حقوقها من هذا الطلاق؟

يستند القاضي للحكم بتعسف الزوج في إيقاع الطلاق على معيارين طبقا لنصي المادتين 124 و124 مكرر من ق.م.ج وهما:

1- **المعيار الذاتي:** المشرع اتفق مع الفقه فأشار في الحالة الأولى إلى قصد الإضرار بالمطلقة وهو معيار ذاتي ينظر إلى المبادئ، والمقصود أي قصد الإضرار بالغير هو الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله، وهو في الغالب يكون خفيا لأنه أمر نفسي يتعذر التذليل عليه، ويمكن للقاضي استخلاصه من انعدام الفائدة الكلية للزوج في إيقاع الطلاق وقد تدل عليه قرائن

---

[1] أُنظر **أيمن مصطفى الدباغ،** التعسف في الطلاق (حقيقته، معاييره، حالاته، الجزاء المترتب عليه)، مجلة جامعة الأقصى (سلسلة العلوم الإنسانية)، فلسطين، العددة 01، المجلد 18، يناير 2014، ص.68.

كقرينة تدل على الباعث غير الصحيح[1]، وعليه فطبقا لهذا المعيار يمكن للقاضي اكتشاف تعسف الزوج في إيقاع الطلاق إذا كان قصده من إيقاع الطلاق هو إلحاق الضرر بالزوجة، كما يمكن للقاضي أن يكتشف هذا التعسف بانعدام الفائدة المرجوة من إيقاع هذا الطلاق أو إذا ثبت للقاضي قرائن ثابتة تدل على أن هدف الزوج من إيقاع هذا الطلاق هو حصوله على مصلحة أو فائدة غير مشروعة.

**2- المعيار الموضوعي:** نص المشرع الجزائري على هذا المعيار في نص المادة 124 من ق.م.ج[2] إذ نصت هذه المادة على محورية وقوع الضرر في التعويض عن أي فعل مطلقا سواء كان بحق كما هو في التعسف أو كان بغير حق كا هو في الخطأ[3]، فوفقا لهذا المعيار يمكن للقاضي الحكم بتعسف الزوج إذا تبين له أن فعل الزوج بإيقاع الطلاق قد ألحق بالزوجة ضررا.

وعليه فالقاضي لاكتشاف مدى تعسف الزوج في إيقاع الطلاق لابد عليه الرجوع إلى هذين المعيارين المنصوص عليهما ضمن ق.م.ج، فإذا وصل القاضي إلى أن هناك تعسف من جانب الزوج في حق الزوجة في إيقاع الطلاق، فلابد عليه إذن من الحكم بأن الطلاق الذي أوقعه الزوج هو طلاق تعسفي، وبهذا يتحقق أول مظهر من مظاهر حماية القاضي للزوجة من تعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية، هذه الحماية قد تمت بواسطة الجهد المبذول من طرف

---

(1) أُنظر **طاري سعيد،** التعسف في فرق الزواج وآثاره –دراسة مقارنة– رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران السانية، السنة الجامعية 2013/2012، ص.21.

(2) تنص المادة 124 من ق.م.ج على **"كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يُلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"**

(3) أُنظر **طاري سعيد،** المرجع السابق، ص.21.

القاضي في اكتشاف تعسف الزوج في إيقاع الطلاق من خلال اعتماده على المعيارين المذكورين للحكم بأن هذا الطلاق هو طلاق تعسفي. ومن هنا يمكن القول بأن القاضي لا يمكن له الحكم بأن هذا الطلاق هو طلاق تعسفي إلا بتوفر شرطين نص عليهما قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/01/18 الذي أوجب توفر شرطين متلازمين لإمكانية القضاء بالتعويض عن الطلاق التعسفي، يتمثل الشرط الأول في إيقاع الزوج الطلاق دون مبرر معقول ويتمثل الشرط الثاني في تعرض الزوجة للضرر اللاحق بها بسببه[1].

تظهر العلاقة ما بين معياري التعسف في استعمال حق الطلاق مع شروط الطلاق التعسفي في كون أن المعيا الذاتي يُجسد شرط إيقاع الزوج الطلاق دون مبرر معقول، إذ أن الطلاق إذا وقع بقصد الإضرار بالزوجة أو إذا وقع بدون فائدة أو إذا وقع لغرض الحصول على فائدة غير مشروعة فهو طلاق بدون مبرر معقول، أما المعيار الموضوعي فهو يُجسد شرط تعرض الزوجة للضرر اللاجق بها بسبب التعسف إذ أنه لا يمكن الحكم بالتعسف ما لم تصب الزوجة بضرر بسبب هذا التعسف، ولنضرب مثالا لذلك فإذا طلق الزوج زوجته بغرض حرمانها مثلا من الميراث فهنا يتوجب على القاضي الحكم بأن الطلاق الذي أوقعه هذا الزوج هو طلاق تعسفي، إذ أنه بتطبيق معايير التعسف يتضه بأن هذا الطلاق كان بقصد الإضرار بالزوجة بحرمانها من الميراث (المعيار الذاتي)، ومنع الزوجة الاستفادة من الميراث هو ضرر محقق في حق الزوجة (المعيار الموضوعي)، وبالتالي يتوجب على القاضي في هذه الحال وحماية للزوجة بالحكم على هذا الطلاق بأنه طلاق تعسفي موجب للتعويض، وذلك لتوفر

---

[1] أُنظر **جوابي فلة،** دور الاجتهاد القضائي في الحد من الطلاق التعسفي في قانون الأسرة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، العدد 12، ص.612.

شروطه التي أشرنا إليها سابقا وهي قصد الزوج إيقاع الطلاق من دون مبرر معقول باعتبار أن تطليق الزوجة بغرض حرمانها من الميراث هو طلاق بدون مبرر معقول، كما أن حرمان هذه الزوجة من الميراث بسبب الطلاق هو بحد ذاته ضرر بالزوجة بالتفويت عليها الاستفادة من هذا الميراث.

من الناحية العملية نجد بعض القضاة لاكتشاف مدى تعسف الزوج في إيقاع الطلاق، يكتفون فقط بتوجيه السؤال التالي للزوج: هل تريد مواصلة حياتك الزوجية مع هذه الزوجة أم لا؟ [1] فإذا كان الرد بالإيجاب أي بمواصلة الحياة الزوجية مع هذه الزوجة فلا طلاق، أما إذا كان جواب الزوج بالسلب أي عدم مواصلة الحياة الزوجية فمباشرة يُكيف القاضي هذا الطلاق بأنه طلاق تعسفي وهذا طبعا بعد عدة محاولات صلح يقوم بها القاضي للإصلاح بين الزوجين، وتعليقنا على هذه الطريقة المستعملة من طرف بعض القضاة هو أن هذه الطريقة في فك الرابطة الزوجية هي طريقة متسرعة نوعا ما، إذ يجب على القاضي أن يسأل الزوج عن الأسباب التي دفعته لإيقاع الطلاق، كما يجب عليه أن يتحرى من الزوجة ظروف معيشتها مع زوجها وكذا سؤالها عن نيتها في مواصلة حياتها مع هذا الزوج أم لا، كما يجب على القاضي أن يُبين للزوج آثار الطلاق التعسفي التي يمكن أن تُؤثر على حياته فيما بعد خاصة إذا كان هذا الزوج فقير ومعسر الحال من الناحية المادية.

نخلص في الأخير أن حماية القاضي للزوجة لا تتحقق إلا بالحكم من طرفه بتعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية، أي أنه إذا ثبت للقاضي أن هذا الزوج قد طلق زوجته دون

---

[1] سؤال قمنا بتوجيهه لبعض قضاة شؤون الأسرة بالولاية التي أقطن بها في إطار سلسلة المقابلات التي كنت أُجريها مع بعض القضاة.

مبرر مقبول وأن الزوجة سيصيبها بذلك ضرر يجوز للقاضي في هذه الحال بالحكم على هذا الطلاق بأنه طلاق تعسفي موجب للتعويض. فيكون الطلاق تعسفيا إن كان بدون مبرر أو بغير سبب جدي كما ورد في قرارات المحكمة العليا كالقرار المؤرخ في 1999/03/16 الذي يقضي بعدم جدية الأسباب التي دفع بها الزوج لتبرير الطلاق[1].

ختاما يمكن القول أن الجهد الذي يبذله القاضي لاكتشاف التعسف في الطلاق وكذا حكمه بعدها بأن هذا الطلاق هو طلاق تعسفي، يُعد موطن من مواطن تجسيد الحماية القضائية الموضوعية للزوجة باعتبار أن الشخص الذي اكتشف التعسف وحكم به هو القاضي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن توصل القاضي إلى الحكم على هذا الطلاق بأنه طلاق تعسفي يترتب عليه حق الزوجة في الحصول على تعويض عادل عما لحقها من ضرر بسبب هذا التعسف فهي حماية موضوعية.

## الفقرة الثانية: حماية القاضي للزوجة بجبر الضرر اللاحق بها بسبب تعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية

تكمن حماية القاضي للزوجة في إيقاع الطلاق التعسفي من جانب الزوج بجبر الضرر اللاحق بها بسبب هذا التعسف عن طريق التعويض لها عن هذا الضرر طبقا لما نص عليه نص المادة 52 من ق.أ.ج السالف الذكر، إلا أن التعويض المنصوص عليه في هذا النص يطرح إشكالا يتعلق بأي الضررين (المادي والمعنوي) المعني بالنعويض، هل هو لجبر الضررين معا أم لأحدهما فقط؟

---

[1] أُنظر **جوابي فلة**، المرجع السابق، ص.612.

إن تغيير مصطلح متعة إلى تعويض هو الذي أحدث هذا الإشكال، فقبل صدور ق.أ.ج كان القضاة يحكمون للمطلقة بمبلغ مالي تحت اسم متعة ولم يكن هذا المبلغ المالي إلا تعويض عن الضرر المعنوي الذي يلحق المطلقة، وبصدر ق.أ.ج غير المشرع مصطلح متعة بمصطلح تعويض مما جعل القضاة يختلفون فيه، فمنهم من يحكم به للمطلقة كتعويض عن الضرر المعنوي مثله مثل المتعة، ومنهم من يحكم به كتعويض عن الضرر المعنوي والمادي معا[1]، فبالنسبة للفريق الأول الذي يحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي مثله مثل المتعة، فقد جاء قرار للمحكمة العليا يقر ذلك بنصه "حيث أن الشريعة الإسلامية قررت لكل زوجة طلقها زوجها متعة تُعطى لها تخفيفا عما حصل لها من ألم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعويض، وكان على القاضي أن يحكم للمطلقة في القضية بمبلغ يفي بالمراد تحت التعبير الشرعي وهو المتعة أو يُعبر عنه بالتعويض وحده ليفسر بالمتعة، لا أن يمنحها مبلغا رمزيا زهيدا باسم المتعة ويجعل لها مبلغ آخر غير شرعي تحت اسم التعويض مما حرمها من هذا الأخير لأنه غير واجب وأجحف في حقها بالنسبة للمتعة..." [2]، ففي هذا القرار منعت المحكمة العليا منح تعويضين للمطلقة واعتبرت التعويض المنصوص عليه في المادة 52 من ق.أ.ج متعة، أما بالنسبة للفريق الثاني القائل بالتعويض عن الضررين معا فقد جاء قرار للمحكمة العليا في هذا الشأن ما نصه "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك

---

[1] **يومبعي عبد اللطيف،** التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي، السنة الجامعية 2015/2014، ص.58.

[2] م.ع غ.أ.ش قرار بتاريخ 1985/04/04، ملف رقم 35912، م.ق عدد 01، لسنة 1989، ص.91.

التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي..." [1]، فمن خلال هذا القرار يتضح أن القضاة قد حكموا بالمتعة لتعويض الضرر المعنوي (ألم الفراق) وحكموا بالتعويض عن الضرر المادي المترتب عن التعسف في إيقاع الطلاق.

إن الغموض الذي يشوب نص المادة 52 من ق.أ.ج بخصوص جبر الضرر المترتب عن التعسف في إيقاع الطلاق والذي ترتب عليه اختلاف القضاة في تطبيق نص هذه المادة، يؤدي حتما إلى وجود تفاوت في درجة الحماية المكفولة من طرف القاضي لحقوق الزوجة عند إيقاع الطلاق التعسفي، فحكم القاضي الذي يتضمن تعويض الزوجة عن الضررين معا المادي والمعنوي، هو أفضل من حكم القاضي الذي يتضمن تعويض الزوجة عن أحد الضررين فقط، ومن هنا نرى بأنه كان على المشرع وتعزيزا لحماية الزوجة والحد من الطلاق التعسفي، النص صراحة في نص المادة 52 من ق.أ.ج على أحقية الزوجة حصولها على المتعة جبرا لضررها المعنوي والمتمثل في ألم الفراق، وترك مسألة الضرر المادي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وبهذا يُزال الغموض الذي كان يشوب نص المادة 52 من ق.أ.ج ويضمن المشرع بواسطة القاضي الحماية اللازمة والكافية للزوجة من تعسف الزوج في إيقاع الطلاق، كما أن هذا الطرح الجديد لنص المادة 52 من ق.أ.ج يُساهم في تخفيف نسبة الطلاق وبالتالي تُصان وتُحفظ الأسرة من التفكك بعدم إقدام الزوج على إيقاع الطلاق التعسفي.

إن الحماية التي يمكن أن يكفلها القاضي عند تعسف الزوج في إيقاع الطلاق وذلك بإلزام الزوج بدفع تعويض عن طلاقه من زوجته طلاقا تعسفيا، لا تتم إلا إذا تحقق القاضي من توافر جملة من الشروط يمكن استنتاجها من نص المادة 52 من ق.أ.ج السالف الذكر وهي كالآتي:

---

[1] م.ع غ.أ.ش قرار بتاريخ 1986/04/07، ملف رقم 41560، م.ق عدد 02، لسنة 1989، ص.69.

**1- يجب أن يقع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج**

اعتبر المشرع الجزائري الطلاق أحد أسباب فك الرابطة الزوجية وجعله حقا للزوج يوقعه بإرادته المنفردة، وضمنه قيودا وشروطا كي لا يتعسف الزوج في استعماله[1]، والقول أن يكون الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يعني أن لا يكون بطلب من الزوجة أو بتراضي منهما، لأنه متى كان كذلك يسقط حق الزوجة في المطالبة بالتعويض، إذ أن حق التعويض لا يُمنح إلا للزوجة التي طُلقت بدون سبب معقول وبالإرادة المنفردة للزوج، فمنه وحتى يضمن القاضي حق الزوجة في التعويض لابد أن يطلب الزوج حل الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، ففي هذه الحال يتدخل القاضي لحماية الزوجة بالحكم لصالحها بالتعويض.

**2- يجب أن يقع الطلاق تعسفيا**

لقد أوجب المشرع الجزائري التعويض عن الطلاق التعسفي بتوافر شرطان أساسيان وهما: أن يتبين للقاضي تعسف في الطلاق أو يُصيب الزوجة من جراء ذلك ضرر لاحق. ويمكن إضافة شرط أخر وهو ألا يكون الطلاق برضا الزوجة أو بنلء على طلبها، لأن هذا يُعد سببا من الأسباب المعقولة[2]، ولقد سبق وأن تطرقنا إلى هذه الشروط في الفقرة السابقة، فحتى يضمن القاضي حماية الزوجة لابد عليه أن يتحقق من وقوع التعسف من الزوج بواسطة معايير التعسف التي أشرنا إليها في الفقرة السابقة (المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي)، وهكذا يحكم القاضي على طلاق هذا الزوج بأنه طلاق تعسفي متى كان طلاقه من غير سبب معقول وذلك

---

[1] أُنظر **عبد المجيد بن يكن،** المستحقات المالية للمطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفيبين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 01، العدد 11، جوان 2017، ص.657.

[2] أُنظر **بلحاج العربي،** الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.ص.243 و244.

سواء بإيقاع هذا الطلاق بقصد الإضرار بالزوجة، أو إيقاعه دون فائدة مرجوة منه بغرض الحصول على فائدة غير مشروعة، وحتى يصدر حكم القاضي بخصوص هذا الطلاق هو طلاق تعسفي لابد أن يتيقن القاضي بأن الزوجة قد تتضرر من هذا الطلاق، فإذا تبين للقاضي هذه الحقائق يحكم بأن طلاق هذا الزوج هو طلاق تعسفي وبالتالي يحكم أيضا بالتعويض للزوجة عن الضرر الذي لحقها بسبب التعسف فس إيقاع هذا الطلاق.

تجدر الإشارة أن القول بأن السلطة التقديرية للقاضي في تقرير ما إذا كان سبب الطلاق مشروع أم لا من شأنه أن يُحدث إضطرابا في الأحكام القضائية، ذلك أن ما يُعد مبرر مقبول في نظر البعض لا يُعتبر كذلك عند البعض الآخر[1].

نخلص في الأخير أن حماية القاضي للزوجةعند إيقاع الطلاق التعسفي لا تكتمل إلا بالتعويض عما لحقها من ضرر بسبب هذا التعسف، لكن بتوافر جملة الشروط المذكورة آنفا وإلا سقط حقها في التعويض، وعليه وحتى تتجسد حماية القاضي لهذه الزوجة من الطلاق التعسفي لابد على القاضي أن لا يتوانى في بذل جهده لاكتشاف تعسف الزوج في إيقاع الطلاق معتمدا في ذلك على معايير التعسف التي نظمتها أحكام ق.م.ج والحكم لصالح هذه الزوجة بالتعويض، ليضمن بذلك على الأقل أحد حقوق هذه الزوجة المطلقة، لتتحقق بذلك الحماية القضائية الموضوعية للزوجة عند إيقاع الطلاق التعسفي.

## الفرع الثاني

## مواطن حماية القاضي للزوجة عند طلبها فك الرابطة الزوجية

---

[1] أُنظر **باديس ذيابي**، آثار فك الرابطة الزوجية، تعويض، نفقة، العدة، حضانة، متاع، ط 01، دار الهدى، عين مليلة–الجزائر، سنة 2008، ص.12.

لا يمكن الحديث عن حماية القاضي للزوجة عند طلبها فك الرابطة الزوجية إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من ق.أ.ج، وهي حماية قضائية موضوعية باعتبار أنها لا تتم إلا بواسطة القاضي هذا من جهة ومن جهة أخرى فهي حماية تنصب على كفالة حق الزوجة في استمرار حياتها بدون زوجها الذي أصبحت الحياة لا تُطاق معه.

لقد أخضع المشرع الحكم بفك الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة إلى السلطة التقديرية للقاضي، إذ يستعمل القاضي هذه الأخيرة كآلية لضمان تجسيد حماية حقوق المرأة عند طلبها فك الرابطة الزوجية، **فما مدى تدخل القاضي لحماية الزوجة عند تقدير حالات التطليق؟** وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفقرة الأولى، كما أن حماية القاضي للزوجة عند طلبها التطليق لا تتوقف عند هذا الحد، إذ منحها المشرع بناء على نص المادة 53 مكرر من ق.أ.ج الحق في طلب التعويض عن الضرر اللاحق بها، وبطبيعة الحال فإن هذا الحق لا يُستوفى إلا عبر القضاء، وهذا موضع آخر يُجسد حماية القاضي للزوجة عند طلبها فك الرابطة الزوجية وهذا ما سنحاول بحثه في الفقرة الثانية.

## الفقرة الأولى: تدخل القاضي لحماية الزوجة عند تقدير حالات التطليق

لقد أجاز المشرع الجزائري للزوجة الخلاص من زوجها إذا ثبت أن استمرار حياتها معه يُسبب لها الضرر، فأعطى لها المشرع الجزائري الحق في اللجوء إلى القاضي لطلب التطليق، وأوجب على القاضي الاستجابة لطلبها إذا توفرت الأسباب والشروط اللازمة لذلك، برفعها دعوى قضائية يكون موضوعها فك الرابطة الزوجية، وبهذا فقد ضمن المشرع الجزائري للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة لكن علق هذا الحق على توفر

الأسباب القانونية، وبالتالي يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد ضمن حماية قانونية لهذه الزوجة عند طلبها التطليق، وكفل تجسيد هذه الحماية عبر القضاء لأنه يتوجب على القاضي أن لا يحكم بفك الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة إلا إذا تبين له توفر سبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 من ق.أ.ج مستعملا في ذلك سلطته التقديرية بتقدير سبب إنهاء العلاقة الزوجية، وبالتالي فإن حماية القاضي للزوجة لا تتحقق في هذه الحال إلا بتدخل القاضي بعد تقديره لأسباب التطليق ليحكم بإنهاء الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة.

باستقراء نص المادة 53 من ق.أ.ج يتبين لنا بأن المشرع الجزائري بالرغم من منحه للقاضي سلطة تقدير حالات النطليق، إلا أن هذه السلطة هي سلطة غير مطلقة في كل حالات التطليق المنصوص عليها في المادة المذكورة أعلاه، وهذا ما يترتب عليه تفاوت في درجة الحماية التي يضمنها القاضي للزوجة عند تقديره لحالات التطليق. فقد أوردت المادة 53 م ق.أ.ج أسباب التطليق والتي نجد من بينها أسباب إذا توفرت الشروط اللازمة لقيامها، يكون القاضي ملزما بالحكم بالتطليق مباشرة فتكون هنا سلطته مقيدة وهذه الأسباب هي: التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، التطليق للحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، التطليق لغياب الزوج، كما أن هناك من بين الأسباب المذكورة في المادة 53 من ق.أ.ج تعطي للقاضي سلطة واسعة في تقديرها من حيث توفر شروطها حتى يُعطى للزوجة حق طلب التطليق وهذه الأسباب هي: التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من ق.أ.ج، التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة، التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين، التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

التطليق بسبب كل ضرر معتبر شرعا[1]، وعليه يمكن تأصيل القاعدة التالية: كلما كانت سلطة القاضي مقيدة في تقدير حالات التطليق كلما كانت حماية الزوجة مقيدة، وكلما كانت سلطة القاضي مطلقة في تقدير حالات التطليق كلما كانت حماية الزوجة واسعة، وسنحاول التطرق بإيجاز لمظاهر حماية القاضي للزوجة عند تقدير حالات التطليق سواء كانت حماية واسعة أو مقيدة فيمايلي:

**أولا: الحماية القضائية المقيدة للزوجة عند تقدير حالات التطليق**

**أ- التطليق لعدم الإنفاق:** لقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في نص المادة 01/53 من ق.أ.ج بنصه "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون**". فلكي يجوز للزوجة أن تطلب التطليق تأسيسا وفق الحالة الأولى لابد من توافر جملة من الشروط أهمها:

1- أن يكون الزوج ملزما بالنفقة على زوجته بموجب حكم قضائي،

2- ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج[2]،

3- أن لا يكون امتناعه عن الإنفاق بسبب عسره.

وعليه فالقاضي في هذه الحال، لا يمكن له حماية الزوجة من زوجها بالاسجابة لطلبها في التطليق لعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم قضائي يقضي بإلزام الزوج بأداء النفقة وصار هذا

---

[1] أُنظر **سي بوعزة إيمان**، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، العدد 06، ص-ص.281 و290.

[2] **باديس ذيابي**، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، د ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، سنة 2012، ص.37.

الحكم نهائي وامتنع الزوج عن تنفيذ هذا الحكم، فهنا يجوز للزوجة رفع دعوى التطليق لعدم الإنفاق ويتوجب على القاضي الاسجابة لدعواها بإنهاء العلاقة بينها وبين زوجها، وبالتالي حمايتها من هذا الزوج بتخليصها منه، إلا أن حماية القاضي للزوجة هنا مرهون بتوفر الشروط المذكورة أعلاه، إذ لا يكفي صدور الحكم الموجب للنفقة وامتناع الزوج عن تنفيذ الحكم بتطليق الزوجة، إذ لابد على القاضي التحقق من أن الزوجة لم تطلب التطليق لعدم الإنفاق وقت إعسار الزوج، أي يجب أن يتحقق القاضي بأن الزوج كان موسرا وقت الزواج، وعليه فعند تحقق القاضي من هذه الشروط القانونية يمكن له الحكم بالتطليق لعدم الإنفاق وبالتالي تتحقق حمايته لهذه الزوجة رغم أنها حماية مقيدة نتيجة أن سلطة القاضي في تقدير حالة طلب التطليق لعدم الإنفاق هي سلطة مقيدة، وقد صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا تُجسد هذه الحماية بمفهومها المقيد.

**ب- التطليق للعيوب:** إن الشروط التي ذكرها المشرع لاعتبار العيب سببا مبررا لطلب التطليق للعيب هي:

1- أن يكون العيب في الزوج لأن المشرع الجزائري قصرحق طلب التطليق للعيوب على الزوجة فقط،

2- أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وهذا خاضع للسلطة التقديرية للقاضي[1]،

---

[1] أُنظر **آيت شاوش دليلة**، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، السنة الجامعية 2014، ص.65.

بالتالي فإن القاضي وحتى تتحقق حمايته للزوجة عند طلبها التطليق للعيوب، يجب عليه أن يتأكد بأن الرجل معيب بعيب لا يمكن معه تحقيق أهداف الزواج، وعليه فإن هذه الحماية القضائية للزوجة معلقة على توفر هذه الشروط من عدمها، إذ لا يستطيع القاضي حماية هذه الزوجة بتخليصها من هذا الزوج المعيب إلا إذا ثبت له بأن الزوج به عيب لا يمكن معه تحقيق هدف الزواج، وهكذا ترتبط أيضا درجة الحماية هنا بسلطة القاضي، إذ أن هذه الأخيرة هنا مقيدة بتوفر الشروط المذكورة مما يترتب عليه حماية قضائية مقيدة هي الأخرى.

**ج- التطليق للحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة:** أجاز ق.أ.ج للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها طبقا لنص المادة 04/53 من ق.أ.ج بتوافر جملة من الشروط وهي:

1- الحكم بعقوبة شائنة،

2- أن تكون العقوبة مقيدة للحرية،

3- أن تكون العقوبة ماسة بشرف الأسرة، أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية[1]،

وعليه نلاحظ أن مدى سلطة القاضي في تقدير طلب التطليق للحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة مقيدة بتحققه من توفر هذه الشروط حتى يمكنه الاستجابة لطلب التطليق في هذه الحالة، وهذا ما يترتب عليه أيضا حماية قضائية مقيدة للزوجة إذ يجب توفر هذه الشروط حتى يستطيع القاضي الحكم بفك الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة.

---

[1] أُنظر **نبيلة بن عائشة**، إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية "التطليق"، مجلة تحولات، جامعة قاصدي مرباح-ورقلة، العدد 01، يناير 2018، ص.ص.26 و27.

**د- التطليق لغياب الزوج:** لقد اشترطت المادة 5/53 من ق.أ.ج أن يكون غياب الزوج عن زوجته لمدة أكثر من سنة بلا عذر ولا نفقة حتى يُباح لها طلب التطليق أمام القضاء والحكمة من هذا هو حماية الزوجة من الفتنة والانحراف، إضافة إلى هذا لابد من توافر شروط أخرى حتى تستطيع الزوجة أن ترفع دعوى التطليق للغيبة منها: أن لا يكون غياب الزوج بعذر كما يجب أن يكون غيابه بلا نفقة ويشترط أيضا تضرر الزوجة من غياب زوجها[1]، ومن هنا يظهر بأن عمل القاضي أو جهده المبذول في البحث عن غياب الزوج عن زوجته وكذا مدة الغياب والوضعية المادية التي خلفها الزوج بعد غيابه، هدفه من ذلك ليس إلا لحماية الزوجة من الفتنة والفقر المترتبة عن غياب الزوج، إلا أن سلطة القاضي هنا مقيدة بمدى توافر الشروط المذكورة للاستجابة لطلب الزوجة بفك الرابطة الزوجية بسبب غياب الزوج، وعليه فما دامت هنا سلطة القاضي مقيدة فبطبيعة الحال فإن حماية القاضي للزوجة وفق هذه الحال هي حماية مقيدة نتيجة تقييد سلطة القاضي في الحكم بفك الرابطة الزوجية بسبب الغياب.

**ه- التطليق لارتكاب فاحشة مبينة:** نصت على هذه الحالة المادة 07/53 من ق.أ.ج إذ أنه لقبول طلب الزوجة في فك الرابطة الزوجية بسبب ارتكاب فاحشة مبينة لابد من توافر شروط معينة وهي:

1- أن يكون هذا الفعل الذي ارتكبه الزوج مخلا بالحياء والآداب العامة، أي كل فعل مناف لمبادئ الشريعة الإسلامية ويُعتبر فاحشة ومن الكبائر[2]،

---

[1] أُنظر **دزيري خليل**، المرجع السابق، ص.63.

[2] المرجع نفسه، ص.66.

2- يجب أن يكون هذا الفعل قد أُرتكب من طرف الزوج، كما يجب أن تكون العلاقة القائمة بين الزوجة طالبة التطليق والزوج مرتكب الفاحشة المبينة أساسها عقد زواج صحيح شرعا وقانونا[1]،

فحتى يستجيب القاضي لطلب الزوجة في إنهاء العلاقة الزوجية بسبب ارتكاب الزوج لفاحشة تتنافى مع مبادئ الشريعة الإسلامية لابد عليه أن يتقيد في تقديره لهذه الحالة بهذه الشروط حتى تُضمن الحماية اللازمة للزوجة.

**ثانيا: الحماية القضائية الواسعة للزوجة عند تقدير حالات التطليق**

إن كانت حماية القاضي للزوجة في الحالات السابقة التي تطرقنا إليها أولا هي حماية مقيدة نتيجة تقييد سلطة القاضي للحكم بالتطليق بمدى توافر جملة الشروط المنصوص عليها في كل حالة، فإن غيرها من حالات التطليق المتبقية ترك المشرع الجزائري للقاضي فيها سلطة واسعة للحكم بالتطليق، وتبرز أكثر السلطة المطلقة للقاضي في تقدير أسباب التطليق والتي تترتب عليها حماية قضائية أوسع للزوجة في حال صعوبة إثبات الزوجة لهذه الأسباب، فيكون بذلك للقاضي دور فاعل في حماية الزوجة من خلال سعيه في إثبات هذه الأسباب في حق الزوج، ففي حالة التطليق لكل ضرر معتبر شرعا مثلا نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى للزوجة المتضررة الحق في اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق طبقا لنص المادة 10/53 من ق.أ.ج التي تنص "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 10- كل ضرر معتبر**

---

[1] **نعيمة زيتوني**، دراسة تحليلية للمادة 53 من ق.أ.ج في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2005، ص.141.

**شرعا"**، إذ نلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري قد منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال تقدير الضرر وذلك بعدم تقييد سلطة القاضي بأي نوع من أنواع الضرر، وحسنا ما فعل المشرع الجزائري بعدم تقييد سلطة القاضي في تحديد نوع الضرر الذي يمكن للزوجة بناء عليه أن تطلب التطليق ويبقى للقاضي وحده سلطة تكييف هذا الضرر، ومن هنا تظهر ملامح الحماية القضائية الواسعة للزوجة عند طلبها لفك الرابطة الزوجية لسبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 من ق.أ.ج.

نخلص في الأخير أن للقاضي دور إيجابي في حماية الزوجة عند طلبها فك الرابطة الزوجية، حتى وإن كانت سلطته مقيدة في تقدير أسباب التطليق إذ تظهر حمايته في هذه الحال للزوجة من خلال حكمه بقيام سبب التطليق إذا توافرت شروطه، رغم انها حماية قاصرة مقارنة بالحماية التي يضمنها للزوجة عند إطلاق سلطته في تقدير أسباب التطليق التي ينتج عنها حماية واسعة للزوجة في التحلل من هذا الزواج.

**الفقرة الثانية: حماية القاضي للزوجة بالتعويض عن الحكم بالتطليق**

تنص المادة 53 مكرر من ق.أ.ج على "**يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**"، يظهر من نص المادة أن المشرع الجزائري قد أجاز التعويض عن الضرر الناجم عن التطليق. فقد جعل المشرع الجزائري للمرأة الحق في طلب اللتطليق وامكانية استحقاق التعويض إذا أوقع بها الزوج أي نوع من الإيذاء، سواء بالقول أو الفعل الذي لا يمكن عادة لمثيلاتها تحمله ولا يُستطاع معه دوام العشرة بينهما[1].

---

[1] أُنظر **اسمهان عفيف**، المرجع السابق، ص.205.

بناء على نص المادة المذكور أعلاه فإن القاضي لا يجوز له الحكم بالتعويض لفائدة الزوجة إلا إذا أثبتت هذه الزوجة تضررها من التطليق، وبالتمعن في أحكام هذه المادة ومدى علاقتها بالمادة 53 من ق.أ.ج السالفة الذكر نجد أن مسألة إثبات وقوع الضرر الناتج عن التطليق تتماشى مع سلطة القاضي في تقدير أسباب التطليق، بمعنى أنه في الحالات التي تكون فيها سلطة القاضي مقيدة في تقدير أسباب التطليق والتي تترتب عليها حماية مقيدة من طرف القاضي للزوجة عند تقدير أسباب التطليق، فإن مسألة إثبات الضرر تكون هي الأخرى مقيدة بمدى توافر جملة الشروط المنصوص عليها في كل سبب من الأسباب المقيدة لسلطة القاضي في التفريق بين الزوجين، فمثلا لإثبات الزوجة تضررها من عدم الإنفاق لابد عليها من استصدار حكم نهائي بوجوب أداء النفقة ولابد عليها أيضا أن تُثبت أن الزوج كان مويسرا وقت الزواج، ويتوجب عليها أيضا إثبات امتناع الزوج عن الإنفاق الذي تسبب لها في الضرر المترتب عن انعدام نفقة المأكل والملبس ونفقة العلاج وكذا نفقة السكن، ففي هذا المثال يتوجب على القاضي قبل الحكم بالتعويض أن يتبين له مدى تضرر الزوجة من انعدام متطلبات النفقة الغذائية.

إن المشرع الجزائري لم يُبين معيار أو ضابط التمييز بين كون هذا السبب الصادر عن الزوج تجاه زوجته يُشكل ضررا أم لا، وهذا يعني أن تقييم السبب ومعرفة كونه ضارا أو غير ضار ينبغي أن يُقيم من وجهة نظر اجتماعية وثقافية، لأن ما يُعتبر ضارا أو جارحا لزوجة ما قد لا يكون كذلك لغيرها، لهذا فإن معيار الضرر هو معيار شخصي وأن مهمة القاضي في التفريق بين الفعل الضار وغير الضار مهمة صعبة[1]، وعليه واعتمادا على هذا المعيار يمكن تصنيف الأضرار الناجمة عن التطليق بأنها أضرار مادية في بعض حالات التطليق وهي حالة

[1] **عبد العزيز سعد**، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.171.

التطليق لعدم الإنفاق (المادة 01/53)، وأضرار معنوية في حالات التطليق الأخرى المتبقية أي في الفقرات من 02 إلى 09 من المادة 53 من ق.أ.ج، وكلا الضررين (المادي والمعنوي) موجب للتعويض، وهكذا فإن اعتماد القاضي على هذا المعيار لتحديد الضرر وبالتالي الحكم بالتعويض عند إثبات ضرر التطليق من شأنه تحقيق الحماية القضائية الموضوعية للزوجة المتضررة من حكم التطليق، باعتبار إقراره لحق الزوجة في التعويض عن ضرر الحكم بالتطليق (حماية موضوعية) مستعملا في ذلك المعيار الشخصي لتحديد الضرر هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الشخص الذي له الحق في إصدار حكم التعويض هو القاضي (خماية قضائية).

إن المشرع الجزائري نص على جواز الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن التطليق، غير أنه لم يُبين للقاضي الأسس التي يستند عليها في تقدير التعويض، كما لم يُبين له حدا أدنى أو أعلى للتعويض تاركا ذلك لاجتهاد القاضي الذي يقوم بذلك عن طريق إعمال نشاطه الذهني[1]، وبناء على هذا فإنه يكون للقاضي كامل السلطة في تقدير مسألة إثبات وقوع الضرر الناجم عن التطليق وكذا مسألة مقدار التعويض وطريقة دفعه، مستندا في تقدير هذه المسائل على المعيار الشخصي باعتبار أن الضرر الناجم عن التطليق يختلف من زوجة إلى أخرى، فمثلا في الضرر المترتب عن عدم الإنفاق وباعتبار أن الضرر هو مسألة موضوعية يجوز إثباته بكل الوسائل القانونية أو الشرعية، يمكن للقاضي أن يطلب من الزوجة لإثبات ضرر عدم الإنفاق إحضار شاهدي يشهدان على امتناع الزوج عن أداء النفقة، وبعد اطلاعه على الوضعية المالية

---

[1] **شامي أحمد**، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص.202.

للزوج وثبوت امتناعه عن أداء النفقة أن يحكم بالتعويض عن ضرر عدم الإنفاق وفق الحالة المادية لهذا الزوج بعد حكمه بفك الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة.

نخلص في الأخير أن للقاضي دور حمائي في مجال التطليق في جانبه المتعلق بالتعويض، وذلك من خلال أولا إعمال نشاطه الذهني لاكتشاف الضرر الناتج عن التطليق وثانيا بذل جهده عند تقدير مقدار التعويض وطريقة دفعه مستندا في ذلك على معيار واحد يتعلق بحالة الشخص المحمي (الزوج) وظروفه من خلال منحها تعويضا عادلا يجبر الضرر الناجم عن حكم التطليق.

## الفرع الثالث

## حماية القاضي للزوجة عند إسناد وإسقاط الحضانة

من المتفق عليه قانونا وقضاء أن القاضي عند إسناده للحضانة لصاحبها أو إسقاطها عنه يُراعي في ذلك بالدرجة الأولى مصلحة المحضون، هذه الأخيرة التي تتحقق برعاية الطفل المحضون وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا (المادة 01/62 من ق.أ.ج)، وبناء على هذا فإنه ينبغي على القاضي عندما يحكم بفك الرابطة الزوجية أن يفصل في حق الحضانة ويراعي كل الجوانب والشروط المطلوبة لتحقيق مصلحة المحضون، وهذه هي القاعدة والأصل في إسناد وإسقاط الحضانة والتي تترتب عليها أيضا ضمان حماية كافية لممارس الحضانة وهي الأم بطبيعة الحال باعتبارها الأولى بحضانة طفلها شرعا وقانونا، ومن هذا المنطلق باعتبار أن مسألة إسناد وإسقاط الحضانة هي مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية للقاضي مع مراعاة مصلحة المحضون، **يمكن أن نتساءل عن مدى حماية القاضي**

**للزوجة كأم حاضنة عند إسناد وإسقاط الحضانة؟** للإجابة على هذا التساؤل نتطرق في الفقرة الأولى إلى حماية القاضي للزوجة كأم حاضنة عند إسناد الحضانة، ثم نتطرق في الفقرة الثانية إلى حماية القاضي للزوجة كأم حاضنة عند إسقاط الحضانة.

## الفقرة الأولى: حماية القاضي للزوجة كأم حاضنة عند إسناد الحضانة

لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 02/62 من ق.أ.ج على ضرورة أن يكون مستحق الحضانة ذات أهلية كاملة خالية من أي عارض من عوارضها بنصه "**ويُشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك**"،كما منح المشرع الجزائري الأم الأولوية على غيرها من اصحاب الحق في الحضانة في إسناد الحضانة طبقا لنص المادة 64 من ق.أ.ج بنصها "**الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب...**"، فنجد أن المشرع الجزائري قد ضبط مسألة إسناد الحضانة لمستحقيها حتى لا يعيش الطفل المحضون في وسط صراع بين مستحقي الحضانة، فأسند الحضانة في المرتبة الأولى للأم ثم تأتي بقية الحاضنين الآخرين. فإذا استثنينا الأم التي لها الأولوية بدون منازع لورود نص في الموضوع، فإن الأقارب الآخرين كان ترتيبهم من باب الاجتهاد بالرأي فقط[1]، وعليه فإسناد القاضي الحضانة للأم لا يُحقق حماية المحضون فقط بل يُحقق أيضا حماية الأم الحاضنة وذلك بإقرار حقها في تربية ولدها ورعايته تحت كنفها، حتى إنه يمكن للقاضي إجبار الأم على قبولها حق الحضانة. إذ يمكن للمحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى ولو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة مثل تلك التي لا تُؤثر على مصلحة المحضون[2]، فهذا الإجبار وإن كان مقرر بالدرجة الأولى لحماية مصلحة المحضون

---

[1] **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.256.

[2] **بلحاج العربي،** الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.111.

فهو أيضا يتضمن نوع من الحماية القضائية الإجبارية للأم الحاضنة، باعتبار أنه ليس هناك شخص حريص جدا على مصلحة الطفل المحضون من غير أمه.

بالرجوع إلى التطبيقات القضائية نجد أن المحكمة العليا قد أسندت الحضانة للأم في عدة قرارات لها، حتى أن هناك بعض قراراتها يسمح بإسناد الحضانة للأم المقيمة خارج الوطن بشرط مراعاة مصلحة المحضون وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الذي تضمن المبدأ التالي "يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم"[1].

إن الأم تُعد لمدرسة الأولى للطفل وبالتالي لها التأثير البالغ في الحياة النفسية للطفل واستقرارها من حيث تربيته وتهذيب أخلاقه واستقامة سلوكه، بالإضافة إلى ذلك فالأم هي مصدر غذاء بالنسبة للصغير في بداية تكوينه الجسدي والعقلي، وهي كذلك منبع العطف والحنان ومجرى الحب والشفقة، ولهذا فالأم أولى بحضانة الطفل فإذا توفرت فيها الشروط لن يُنازعها أحد في ذلك[2]، ولهذا لابد على القاضي عند إسناد الحضانة للأم الحاضنة وبالتللي كفالة حقها في حضانة ابنها أن يتحقق من توافر شروط استحقاق الحضانة في هذه الأم الحاضنة، لأن القاضي لا يمكن له أن يضمن حماية الأم الحاضنة عند إسناد الحضانة إذا لم تتوفر فيها شروط استحقاق الحضانة، وقد أجمل المشرع الجزائري هذه الشروط في عبارة واحدة ورد ذكرها في المادة 02/62 من ق.أ.ج السالفة الذكر، وذلك باشتراطه أن يكون الحاضن أهلا لها. وعليه فلا تثبت الحضانة للمجنونة والمعتوهة لأنها لا تُحسن القيام بحفظ الصغير ورعايته بل قد يُخشى

---

[1] م.ع غ.أ.ش قرار بتاريخ 2008/03/12، ملف رقم 426431، م.م.ع عدد 01، لسنة 2008، ص.271.

[2] **صالح بوغرارة**، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة–الجزائر، السنة الجامعية 2001، ص.77.

عليه منها[1]، وقد اعتبر المشرع الجزائري أن غير العاقل هو شخص ناقص الأهلية وهذا ما نصت عليه المادة 81 من ق.أ.ج بنصها "**من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكم هذا القانون**"، فمن هنا إذا كان غير العاقل لا يستطيع أن يتولى شؤونه فكيف يتولى شؤون غيره، وبالتالي فلا حضانة للأم المجنونة أو المعتوهة لأنهما لا يستطيعان رعاية أنفسهما، وهكذا فإن حماية القاضي للأم الحاضنة لا تتحقق في هذه الحال باعتبار أن هذه الأم ليست أهلا لحضانة ولدها، لأن الجنون يُهدد مصلحة الطفل المحضون، وبالتالي فإن هذه الأخيرة مرتبطة ارتباطا وثيقا بالسلامة العقلية للأم الحاضنة.

إن حماية القاضي للأم الحاضنة عند إسناد الحضانة لا تتوقف عند حكمه بإسناد الحضانة لها وكذا مدى تحققه من توافر شروط استحقاق الحضانة فيها، بل تتحقق أيضا عند رفضه ادعاءات الزوج بوجود مانع يمنع الأم من الحضانة كإدعائه بزواج الحاضنة بغير قريب محرم الذي نص عليه نص المادة 66 من ق.أ.ج. ولأن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم كقاعدة عامة إلا أن لهذه القاعدة استثناءات، إذ أن القاضي لا يحكم مباشرة بسقوط الحضانة بمجرد زواج الحاضنة وإنما عليه مراعاة مصلحة المحضون، فلا مانع من بقاء الحضانة للحاضنة عند الزواج بغير قريب محرم إذا كان في ذلك مصلحة للمحضون وتأكد القاضي من تمسك المحضون بالحاضنة[2]، وبالتالي فإن القاضي هنا يتدخل لحماية هذه الأم الحاضنة بضمان حضانة ولدها برفض دعوى الزوج لعدم التأسيس بشرط أن يثبت له أن هذا

---

[1] **عثمان التكروري**، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 03، دار الثقافة-عمان، سنة 2010، ص.269.

[2] أُنظر **بن جناحي أمينة**، المرجع السابق، ص.149.

الزواج لا يُؤثر في مصلحة المحضون، وكذا يجب أن يثبت له مدى تمسك الطفل المحضون بالعيش مع أمه رغم زواجها بغير قريب محرم.

كما تظهر أيضا حماية القاضي للأم الحاضنة عند إسناد الحضانة، بامكانية قبول القاضي لطلب الأم الأمل الحاضنة في التنازل عن حضانة ولدها، إذ قد أقر المشرع الجزائري هذا التنازل بموجب المادة 66 من ق.أ.ج، إذ أنه انطلاقا من كون أن الحضانة حق للأم الحاضنة فبالمقابل لها الحق في التنازل عن هذا الحق ولا تُجبر عليه، فإذا قررت الأم الحاضنة مثلا التنازل عن حضانة ولدها لسبب ما مثل كون هذه الأم هي امرأة عاملة وعملها يشغلها عن حضانة ولدها، فيمكن لها أن تلجأ إلى القاضي من أجل التنازل عن حضانة ولدها لأحد الحاضنين الآخرين، فإذا استجاب القاضي لطلب الأم الحاضنة يكون بذلك قد حماها من غيرها من الحاضنين الآخرين بإجبارها على حضانة ولدها، إلا أن الاستجابة لطلب التنازل يبقى دائما معلقا على تحقيق مصلحة الطفل المحضون.

نخلص في الأخير أن مظاهر حماية القاضي للأم الحاضنة عند إسناد الحضانة متعددة، إلا أن هذه الحماية لا يمكن للقاضي تحقيقها في ظل غياب مصلحة المحضون، باعتبار أن هذه الأخيرة هي الأساس والمعيار الذي يستند عليه القاضي لتقرير حماية الأم الحاضنة أو غيرها من الحاضنين الآخرين في إسناد الحضانة من عدمها لمستحقيها، فمبدأ مصلحة المحضون هو الكفيل في إقرار الحماية القضائية الموضوعية للزوجة كأم حاضنة، وبناء على هذا يمكن طرح التساؤل التالي حول **مدى فعالية هذا المبدأ في إقرار الحماية القضائية الموضوعية للزوجة كأم حاضنة عند إسقاط الحضانة؟** وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفقرة الموالية.

## الفقرة الثانية: حماية القاضي للزوجة كأم حاضنة عند إسقاط الحضانة

بالرجوع إلى نصوص المواد التي تضمنت أسباب سقوط الحضانة وهي المواد 66 و01/67 و68 و69 و70 من ق.أ.ج نجد أن هذه المسألة تخضع من جهة للسلطة التقديرية للقاضي ومن جهة أخرى لا يمكن الاستغناء عنمبدأ مراعة مصلحة المحخصون، إذ أنه كلما وجدت مصلحة المحضون كانت الحضانة قائمة وكلما غابت مصلحته سقطت الحضانة، ومنه يمكن تقرير المبدأ التالي في مجال الحماية وهو أنه: لا حماية يضمنها القاضي للأم الحاضنة إذا انتفت مصلحة المحضون، وعليه فإن حماية القاضي للأم الحاضنة عند إسقاط الحضانة تتجلى وتظهر في تدخل القاضي بواسطة سلطته التقديرية بإرجاع وإعادة حقها في ممارسة حضانة ولدها إليها وذلك بعد زوال سبب سقوط الحضانة، وقد أقر لمشرع الجزائري ذلك بموجب نص المادة 71 من ق.أ.ج بنصه "**يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري**"، فيظهر من نص هذه المادة أنه في حال زوال أسباب سقوط الحضانة تعود الحضانة إلى من أُسقطت عنه، وقد سبق وأن تطرقنا إلى الأسباب المسقطة لحق الحضانة وهي: إسقاط حضانة الأم لتزوجها بغير قريب محرم، إسقاط الحضانة بالتنازل عنها، إسقاط الحضانة بمرور سنة دون المطالبة بها، إسقاط حضانة الأم الحاضنة بسبب استيطانها في بلد أجنبي، إسقاط الحضانة لاختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من ق.أ.ج.

إن القضاء بإسقاط الحضانة قد يُزعزع استقرار الطفلزعزعة تُلحق به صدمة نفسية طوال حياته، وعليه فكل شخص يتمسك بإحدى المسقطات أن يُقدم كافة الأدلة المثبتة أن الحاضن أصبح غير أهل لذلك، والمحكمة من جانبها تتريث ولا تحكم بالإسقاط غلا إذا اقتضت

مصلحة المحضون ذلك[1]، وعليه فإن هذا وجه آخر من أوجه الحماية التي يضمنها القاضي للحاضن عند إسقاط الحضانة لاسيما إذا كان الحاضن أما، وذلك بتحميل المدعي عبء إثبات بأن الأم الحاضنة أصبحت غير مؤهلة لحضانة ولدها أمام القاضي، فلابد إذن على المدعي بإسقاط الحضانة تقديم دليل للقاضي يُثبت صحة ادعاءه بأن هذه الأم أصبحت غير مؤهلة لممارسة الحضانة، وإلا رفضت دعواه بإسقاط الحضانة عن هذه الأم، إذ أن القاضي برفض ادعاء هذا المدعي يُساهم في حماية الأم الحاضنة وذلك باستمرارها في حضانة ولدها بشرط دائما مراعا مصلحة الطفل المحضون.

بالرجوع إلى نص المادة 71 من ق.أ.ج السالف الذكر يتضح أنه إذا سقط حق الحضانة بالنسبة للحاضن لسبب من الأسباب القانونية كأن يكون غير قادر على رعايته وحمايته وضمان العناية به صحيا وخلقيا، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه وأثبت ذلك للمحكمة، أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرف الحاضن بناء على رغبته واختياره، فإن حق الحضانة وفقا لنص المادة 71 من ق.أ.ج سوف لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه[2]، فنلاحظ من خلال هذا أن إرادة الحاضن لها دور في عودة الحضانة إلى من أُسقطت عنه إذا زال سبب السقوط، فتعود الحضانة للأم الحاضنة إذا أثبتت للقاضي بأنها مثلا قد عادت إلى أرض الوطن (موطنه الأصلي) وهي مقيمة فيه منذ فترة بعد إقامتها مدة من الزمن في بلد أجنبي الذي كان السبب في إسقاط الحضانة عنها، وكانت مضطرة للإقامة في هذا البلد الأجنبي، فهنا يتدخل القاضي بناء على طلب هذه الأم للحكم بعودة الحضانة إليها، وبالتالي تضمن تربية

---

[1] أُنظر **حميدو زكية**، المرجع السابق، ص.386.

[2] **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.390.

ولدها ورعايته أمامها وهنا يتجسد أحد مظاهر الحماية القضائية الموضوعية للزوجة كأم حاضنة، إلا أن هذه الحماية لا تتحقق إذا زال المانع الإجباري الذي لم يكن لإرادة الأم الحاضنة دخل فيه، أما إذا اتجهت إرادة الأم الحاضنة وبرضا منها إلى إسقاط الحضانة ففي هذه الحال لا تعود لها الحضانة، فمثلا لو تزوجت هذه الأم الحاضنة بغير قريب محرم، يسقط حقها في حضانة ولدها ولا يمكن لها المطالبة بحق الحضانة من هذا الزوج، باعتبار أن الزواج كان برضاها وكانت تعلم وتدرك بأن هذا الزواج سيكون سببا في إسقاط الحضانة عنها، فهنا لا يحق لهذه الزوجة أن تطلب من القاضي إعادة الحضانة لها، وبالتالي لا يضمن القاضي أية حماية لهذه الأم عند إسقاط الحضانة.

إن مسألة سقوط الحضانة وعودتها من جانب التطبيقات القضائية جاءت في العديد من قرارات المحكمة العليا، منها القرار الذي ينص على أنه "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعد مخالفا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي، فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا يكون قد خالف القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

ختاما يمكن القول أن حماية القاضي للزوجة كأم حاضنة عند إسقاط الحضانة تكمن في تدخل القاضي بناء على طلب الأم الحاضنة بإعادة الحضانة لها عند زوال سبب سقوطها القانوني، فإصدار القاضي للحكم الذي يتضمن عودة الحضانة للأم يُجسد أحد مظاهر الحماية

[1] م.ع غ.أ.ش قرار بتاريخ 1990/02/05، ملف رقم 58812، م.ق عدد 04، لسنة 1992، ص.58.

القضائية الموضوعية للزوجة كأم حاضنة عند إسقاط الحضانة، باعتبار أن القاضي هو من يضمنها فهي حماية قضائية، وأن هذا الحكم ينصب على كفالة حق الزوجة وهي أم حاضنة عند سقوط الحضانة بإعدة حقها في حضانة ولدها فهي حماية موضوعية.

## المبحث الثاني

## الحماية القضائية الموضوعية للطفل خلال فك الرابطة الزوجية

مما لاشك فيه أن الطفل يُعتبر هو الحلقة الأضعف في الرابطة الأسرية، ويزداد هذا الضعف بانحلال هذه الرابطة بأي طريق من طرق انحلالها، ولهذا تدخلت التشريعات الوضعية ومن بينها التشريع الجزائري للإهتمام بهذه الفئة بإرسا آليات قانونية وأخرى مؤسساتية لحماية هذه الحلقة الضعيفة في الأسرة مسايرة في ذلك الاتفاقيات الدولية التي تنشط في مجال حماية الطفولة.

إن حماية الطفل تتجسد في حماية مختلف حقوق لاسيما تلك الحقوق المقررة بعد فك الرابطة الزوجية، حيث يمكن أن تضيع هذه الحقوق نتيجة إهمال ولامبالاة أبويه فتفاديا لهذا الوضع وحماية لمصالح هذا الطفل، أقر المشرع الجزائري جملة من الضمانات والآليات تضمن استيفاء هذا الطفل جميع حقوقه سواء كانت هذه الحقوق مادية أومعنوية في حال انحلال الرابطة الزوجية، ولعل أبرز هذه الحقوق وأهمها حق الطفل في النفقة بعد فك الرابطة الزوجية وهو حق يُعبتر من قبيل الحقوق المادية، وكذا حقه في الحضانة ويعتبر هذا الأخير من قبيل الحقوق المعنوية له، وبطبيعة الحال فإن هذه الحقوق لا تُصان ولا تُحمى إلا عبر اللجوء إلى القضاء، ومن هنا يمكن أن نتسائل عن **الدور الذي يلعبه القاضي في إقرار هذه الحقوق وحمايتها خلال فك الرابطة الزوجية؟**

للإجابة على هذا التساؤل نتطرق في المطلب الأول إلى دور القاضي في حماية حق الطفل في النفقة خلال انحلال الرابطة الزوجية، ثم نتطرق في المطل الثاني إلى دور القاضي في حماية حق الطفل في الحضانة خلال انحلال الرابطة الزوجية.

## المطلب الأول

## دور القاضي في حماية حق الطفل في النفقة خلال وبعد انحلال الرابطة الزوجية

لعل حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية هو أهم حق يأتي بعد حقه في أن تكون له أسرة، ويأتي بعد هذا الحق حقه في النفقة نظرا لكثرة المنازعات عليه بعد انحلال الرابطة الزوجية، فنظرا لأهمية هذا الحق خول المشرع للقائم برعاية الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية امكانية اللجوء إلى القضاء للمطالبة به، إذ أن الأب المدين بالنفقة لا يمكن إجباره على أدائها إلا بواسطة القاضي.

إن حكم القاضي بوجوب النفقة للطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية يُشكل وجه من أوجه الحماية القضائية لحق الطفل في النفقة، وسنحاول بحث هذا الوجه من الحماية في الفرع الأول من خلال إبراز دور القاضي في حماية الطفل بإقرار حقه في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية، ومن أجل تحصيل مبالغ النفقة يعتمد القاضي على وسائل لحماية هذا الحق وهذا ما سنتعرف عليه في الفرع الثاني بتحديد الوسائل التي يعتمد عليها القاضي لحماية حق الطفل في النفقة، كما أنه في حال عجز الأب المدين بالنفقة يتوجب على القاضي في هذه الحال اللجوء إلى آلية أخرى لضمان هذا الحق ألا وهي صندوق النفقة، وهذا ما سنحاول بحثه في الفرع الثالث من خلال تحديد دور القاضي في حماية الطفل عبر صندوق النفقة.

## الفرع الأول

## دور القاضي في حماية الطفل بإقرار حقه في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية

عرفت المادة 01/02 من القانون رقم 12/15 المتعلق بحماية الطفل[1] الطفل بأنه كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر كاملة، وبناء على هذا فإن الطفل الذي تجب له النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية هو الشخص الذي لم يُجاوز سنه الثمانية عشر (18) سنة كاملة، إلا أنه بالرجوع إلى أحكام ق.أ.ج نجد أنه قد حدد أجل انتهاء نفقة الذكر ببلوغه سن الرشد طبقا لنص المادة 75 من ق.أ.ج، ومعلوم أن سن الرشد في ق.أ.ج هو بلوغ سن تسعة عشر (19) سنة كاملة ذكرا كان أو أنثى طبقا لنصي المادتين 07 من ق.أ.ج و01/40 من ق.م.ج، كما أن المشرع الجزائري حدد أجل انتهاء نفقة الأنثى بالدخول بها، أي أن نفقة الأنثى لا تنتهي إلا بعد زواجها وحصول الدخول بها حتى وإن تجاوز سنها سن الرشد القانوني، وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل ما هي الشروط الواجب توافرها لإقرار القاضي حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية لضمان حماية حق الطفل في النفقة؟

سنحاول الإجابة على هذا السؤال في الفقرة الأولى من خلال تحديد الشروط القضائية لإقرار حق الطفل في النفقة بعد فك الرابطة الزوجية، كما يظهر دور القاضي أيضا في حماية حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية عند تقديره لهذه النفقة وهذا ما سنتعرف عليه في الفقرة الثانية بدراسة سلطة القاضي في تقدير نفقة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية.

---

[1] **قانون رقم 12/15** مؤرخ في 15 يوليو سنة 2015، يتعلق بحماية الطفل، ج ر ج ج د ش، العدد 39 الصادر بتاريخ 19 يوليو 2015.

## الفقرة الأولى: الشروط القضائية لإقرار حق الطفل في النفقة بعد فك الرابطة الزوجية

إن مسألة حماية القاضي للطفل بإقرار حقه في النفقة بعد فك الرابطة الزوجية هي مسألة يتوقف تجسيدها وتحقيقها على مدى توافر شروط استحقاق هذه النفقة. فقد اشترط الفقهاء شروطا لوجوب النفقة على الطفل وهي: أن يكون الطفل فقيرا عاجزا عن الكسب، أن يكون المنفق وارثا ينفق عليه، أن يكون المنفق غنيا[1]، وتجب نفقة الأولاد في ق.أ.ج على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكر إلى غاية بلوغه سن الرشد، وحتى بلوغه تلك السن يبقى الأب ملتزما بالنفقة إن كان الولد عاجزا عن الكسب بسبب المرض العقلي أو البدني، أو يكون مزاولا للدراسة طبقا لنص المادة 75 من ق.أ.ج[2]، وعليه فقد اشترط المشرع الجزائري لاستحقاق الذكر النفقة من أبيه أن لا يبلغ سن الرشد واشترط لنفقة البنت على أبيها أن لا تكون متزوجة ولم يقل سن الزواج إذ أنها إذا تزوجت تجب نفقتها على زوجها، فنلاحظ أن المشرع الجزائري لم يراعي حال الطفل كونه فقيرا أو غنيا وكذا لم يراعي حال المنفق وركز فقط على شرط عدم بلوغ سن الرشد بالنسبة للذكر مع الاستثناءات الواردة عليه، وشرط عدم الزواج بالنسبة للأنثى، والقاضي في هذه الحال باعتباره مجرد مطبق لما ينص عليه المشرع، يكمن دوره فقط في التحقق من مدى توفر هذه الشروط، أي تحققه من صغر السن بالنسبة للذكر وعدم الزواج بالنسبة للأنثى، وبالتالي فإن الحماية التي يضمنها القاضي للطفل عند إقرار حق الطفل في النفقة بعد انحلال

---

[1] أُنظر **عبد المطلب عبد الرزاق حمدان**، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، ط 01، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2005، ص.137.

[2] أُنظر **حنان أوشن**، حماية الطفل في قوانين الأسرة المغاربية، دراسة مقارنة الجزائر– المغرب، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد 08 ج 02، جوان 2017، ص.605.

الرابطة الزوجية هي حماية نسبية، وحتى هذه الحماية النسبية لا يمكن للقاضي أن يضمنهاإلا بعد تحققه من توفر شروط أخرى إضافة غلى الشروط التي أقرها المشرع في المادة 75 من ق.أ.ج السالفة الذكر لاستحقاق نفقة الطفل، إذ أنه يتوجب على القاضي قبل التحقق من توفر الشروط القانونية (عدم بلوغ سن الرشد وعدم الزواج) أن يتحقق من توفر هذه الشروط.

الجدير بالذكر أن الشروط التي ينبغي على القاضي أن يتحقق منها قبل الشروط القانونية لتجسيد الحماية القضائية الموضوعية لحق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية، هي شروط يقع على كل قاض مسؤولية التحقق من توفرها قبل النطق بحكم النفقة، وهي شروط لم ينص عليها المشرع الجزائري في أحكام ق.أ.ج، لكن هي ضرورية للقاضي قبل النطق بحكم النفقة وهي شروط يُطبقها كل قاض من الناحية العملية ولابد من توفرها جملة، إذ أنه بتخلف شرط منها لا يمكن الحديث عن الحماية القضائية لحق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية، تكمن هذه الشروط فيمايلي: أولا: يجب أن يكون الزواج صحيحا، ثانيا: يجب أن يُثبت نسب الطفل لأبيه، ثالثا: يجب أن يحصل طلاق بين الزوجين، وسنتعرض إلى هذه الشروط بشكل موجز فيمايلي:

**أولا: يجب أن يكون الزواج صحيحا**

إن القاضي قبل الحكم بالطلاق وما يترتب عليه من توابع التي من بينها النفقة، يجب عليه أن يتحقق من كون العلاقة بين الزوجين هي علاقة شرعية، أي أن هذه العلاقة قد تمت في إطار شرعي وقانوني، وذلك بوجوب إثبات توفر عقد الزواج موثق بينهما. لأنه نظرا لأهمية عقد الزواج وخطورته في المجتمع لكونه يتعلق بأعراض الناس، فقد أحاطه الشارع الحكيم بجملة من الضوابط والمقومات لا ينعقد إلا من خلالها، ويمكن تقسيم هذه المقومات إلى قسمين

هما مقومات للانعقاد ومقومات صحة، فالأولى تسمى أركان عقد الزواج، والثانية تسمى شروط صحة[1]، وعليه فإنه لقبول دعوى الطلاق شكلا لابد أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بنسخة من عقد الزواج، هذا اظلخير الذي يجب أن تتوفر فيه كل أركان الزواج وشروطه.

بالرجوع إلى نصوص ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري قد اشترط لانعقاد الزواج توافر ركن الرضا المنصوص عليه في المادة 09 من ق.أ.ج، حيث يكون هذا الرضا بإيجاب من أحد الزوجين وقبول من الطرف الأخر بكل لفظ يُفيد معنى النكاح شرعا طبقا لنص المادة 10 من ق.أ.ج، كما يشترط لصحة انعقاد الزواج توافر شروطه المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من ق.أ.ج وهي: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج.

عمليا قبل الفصل في دعوى الطلاق، يتأكد القاضي من كون الزواج هو زواج صحيح بإرفاق عريضة الدعوى بنسخة من عقد الزواج أو بالحكم القضائي القاضي بتثبيت الزواج إذا كان الزواج عرفيا، وعليه فإنه لإقرار القاضي حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية لابد عليه أن يتأكد من أن هقد الزواج المبرم بين الزوجين هو عقد صحيح مستوفي لكل أركانه وشروطه القانونية.

**ثانيا: شرط ثبوت نسب الطفل لأبيه**

هذا الشرط يرتبط ارتباطا وثيقا بالشرط السابق باعتبار أن نسب الطفل لأبيه لا يثبت إلا في إطار عقد زواج صحيح، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري صراحة في نصوص إثبات النسب في ق.أ.ج، إذ قد نصت المادة 40 من ق.أ.ج على أن من طرق إثبات النسب الزواج الصحيح، وأكد المشرع الجزائري على موقفه هذا من خلال اشتراطه في المادة 41 من ق.أ.ج أن الولد لا

---

[1] **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.54.

يُنسب لأبيه إلا إذا كان الزواج شرعيا، ومن هنا يمكن القول بأن شرط ثبوت نسب الطفل لأبيه هو نتيجة حتمية للشرط السابق ألا وهو أن يكون الزواج صحيحا، أي أنه يمكن القول بامكانية إدراج هذا الشرط ضمن الشرط السابق، باعتبار أن القاضي عند تفحصه لأوراق دعوى الطلاق وبمجرد حصوله على نسخة من عقد الزواج فمباشرة يحكم بثبوت نسب الطفل لأبيه، وبالتالي عند حكمه بالطلاق بين هذين الزوجين يحكم بالنفقة لهذا الطفل وبهذا يضمن حماية هذا الطفل من الفقر والجوع والضياع.

إن القول بأن شرط ثبوت نسب الطفل لأبيه هو جزء من شرط أن يكون الزواج صحيحا ليس على إطلاقه، إذ أنه من الناحية العملية قد عرضت على القضاة عدة قضايا يكون موضوعها دعوى طلاق ونفي النسب في آن واحد[1]، حيث تكون الزوجة حامل وقت رفع الدعوى وينفي الزوج نسب هذا الطفل، فإلى ماذا يلجأ هنا القاضي لكشف الحقيقة؟ بطبيعة الحال فإن القاضي ليس له سبيل لإثبات نسب هذا الطفل سوى اللجوء إلى الطرق العلمية طبقا لنص المادة 02/40 من ق.أ.ج باعتبار أن العلاقة الزوجية قائمة لكن الزوج نفى نسب ابنه إليه، ففي هذه الحال يطلب القاضي من الزوجة بناء على طلب الزوج إجراء التحاليل اللازمة ليس من أجل إثبات نسب هذا الطفل وإنما من أجل التأكد من أن نسب هذا الطفل هو من أبيه، لأن إثبات النسب بالطرق العلمية لا يُعد من الطرق الشرعية والقانونية القطعية لإثبات النسب.

إن الجهد الذي يبذله القاضي في بحثه عن شرعية العلاقة بين الطرفين وكذا بحثه في صحة نسب الطفل لأبيه ليس إلا لحماية حقوق هذا الطفل لاسيما حق النفقة عند نطقه بحكم

---

[1] اطلعنا على عدة قضايا من مثل هذا النوع بالمحاكم لكن لم يُسمح لنا باخراج الأحكام الصادرة بشأنها.

الطلاق، وعليه فعمل القاضي هذا يساهم في حماية وكفالة حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية.

**ثالثا: شرط حصول الطلاق بين الزوجين**

إن هذا الشرط يقتضي وجود حكم قضائي يقضي بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين. فقد اشترطت المادة 49 من ق.أ.ج وجود حكم قضائي حتى يثبت وقوع الطلاق، بمعنى أنه لاتعترف هذه المادة بالطلاق دون صدور حكم قضائي بشأنه[1]، وعليه فلا يمكن للقاضي إقرار حق الطفل في النفقة إلا بعد فصله في دعوى الطلاق وثبوت هذا الطلاق بموجب حكم قضائي، إذ أنه من الناحية العملية فإن هذا الحكم نجده يشتمل أيضا على نوابع الطلاق بما فيها حق الطفل في النفقة ومقدارها، وبناء على هذا فإن القاضي بموجب حكمه الذي يقضي بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين بعد عدة محاولات صلح بينهما لابد عليه أن يضمن حق الطفل في النفقة في هذا الحكم ليتجسد بذلك مظهر من مظاهر الحماية القضائية لحق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية.

نخلص في الأخير أن هذه الشروط ضرورية للقاضي لإقرار حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية، إذ أنه لا يمكن تصور إقرار القاضي حق الطفل في النفقة من زواج غير صحيح مثلا، فلابد على القاضي إذن التحقق من توافر جملة الشروط لإقرار حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية وبالتالي حمايته من الجوع والمرض والعري والتشرد، وذلك بضمان استفادته من كل ما تشتمله النفقة من مأكل وملبس وسكن وعلاج.

**الفقرة الثانية: سلطة القاضي في تقدير نفقة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية**

---

[1] أُنظر **معامير حسيبة**، إثبات الطلاق بين القانون والقضاء، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد 27، ص.134.

بتفحص نصوص ق.أ.ج لا نجد أي نص تناول طرق تقدير نفقة الأولاد، غير أن ما استقر عليه العرف أنها تُقدر بطريقتين، إما أن يتولى الملزم بالنفقة إحضار الطعام والكسوة وتوفير العلاج فيستوفي المنفق عليه حقه مهي الطريقة الشائعة ويتم تطبيقها أثناء قيام الزوجية، أما إذا رفض الأب الإنفاق على أولاده بدون سبب مشروع، لهم أن يتقدموا إلى المحكمة للمطالبة بها وذلك بموجب عريضة، وتُمثل الأم أولادها القصر سواء كان ذلك أثناء قيام الزوجية أو بعد انحلالها أين تُمثل الأم أولادها المحضونين[1] ، وهذا ما يجرنا إلى التساؤل عن المعايير التي يعتمد عليها القاضي في تقدير نفقة الأولاد بعد انحلال الرابطة الزوجية؟

إن المشرع الجزائري لم ينص أيضا على المعايير التي يعتمد عليها القاضي لتقدير نفقة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية، وهذا ما يفسح المجال للقاضي في اعمال سلطته التقديرية لتقدير نفقة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية، إلا أن الملاحظ في هذه المسألة أن المشرع الجزائري قد قيد سلطة القاضي في تقدير نفقة الطفل بقيود نصت عليها المادة 79 من ق.أ.ج بنصها "**يُراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يُراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم**"، فيُفهم من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري ألزم القاضي بمراعاة حال الطرفين عند الحكم بمبلغ النفقة أي حال المنفق والمنفق عليه وكذا ظروف المعاش أي الوضعية الاقتصادية السائدة في تلك المنطقة، وعليه يتوجب على القاضي عند تقديره لنفقة الطفل أن لا يُراعي فقط حال المنفق عليه (الزوجة والأولاد)، بل يراعي أيضا حال المنفق (الأب) ووضعه المالي وهذا ما جسدته أحكام القضاء، إذ نجد في مجملها أنها تأخذ بعين الاعتبار حال

---

[1] **سلامي دليلة،** حماية الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون-الجزائر، السنة الجامعية 2008/2007، ص.08.

الزوج (الأب) عند تقدير النفقة، حيث قضى المجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا حاليا) أنه "من المقرر قانونا أن عدم الاطلاع على الوضعية المادية والاجتماعية للزوج وعلى مرتبه الشهري وإغفال ذكر السندات التي اعتمدت عليها في تقدير مبلغ النفقة، يجعل القرار يستوجب النقض"[1]، فمراعاة القاضي حال الأب عند تقديره لنفقة الطفل يُعد بمثابة قيد على سلطته التقديرية، وهذا ما من شأنه اضعاف الحماية القضائية لحق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية، وذلك بتعمد بعض الأزواج التحايل على القضاة وإيهامهم بتدني الوضع المالي لهم من أجل دفع القضاة إلى تخفيض مبالغ النفقة المستحقة عليهم لفائدة أبنائهم بعد انحلال الرابطة الزوجية، فمثلا ففي غالب الأحوال نجد بعض الآباء يُثبتون حالتهم المالية والمادية المزرية بتقديمهم إلى القاضي، شهادات تُثبت عدم ممارستهم لأي نشاط أو مهمة ذات دخل مؤشر عليها من طرف مصالح الحالة المدنية بالبلدية، وهي شهادات سهل الحصول عليها في وقتنا الحاضر، وذلك بغرض تضليل القاضي عند تقديره لمقدار النفقة.

كما يرد أيضا على سلطة القاضي في تقدير نفقة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية قيد مراعاة ظروف المعاش، فيتوجب على القاضي طبقا لأحكام المادة 79 من ق.أ.ج السالفة الذكر عند تقديره لنفقة الطفل مراعاة ظروف معيشة كلا الطرفين وهما المنفق والمنفق عليه، إذ ينبغي على القاضي الأخذ بعين الاعتبار الظروف التي يعيشها المنفق (الأب) والمنفق عليه (الطفل) من خلال فرض نفقة وفق القدرة والطاقة المعيشية للمنفق. وهنا لابد من مراعاة ظروف المعيشة

[1] م.ع غ.أ.ش قرار بتاريخ 1980/12/15، ملف رقم 32812، ن.ق عدد 02، لسنة 1981، ص.105.

وغلاء الأسعار من يوم الطلب على أن لا تقل على حد الكفاية، تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة بصفة عامة كمصاريف المجرسة وتعليم الأولاد وأجرة السكن[1].

لما كان معيار تقدير ظروف المعاش غير ثابت باعتباره يختلف من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان مثل حال تقلبات الأسعار، فلو نأخذ مثلا قيمة عملة الدينار في وقت مضى ونقارنها بقيمتها في الوقت الحالي، نجد أن قيمتها قد انخفضت بحيث أصبح مثلا مبلغ ألف (1000) دج لا يُلبي ولا يُفر الحاجيات التي كان يلبيها ويوفرها في وقت مضى بسبب انخفاض قيمة الدينار الذي يؤثر سلبا على القدرة الشرائية، وعليه فهنا يتوجب على القاضي وحماية للطفل عند تقدير النفقة أن يراعي مستوى القدرة الشرائية السائدة في تلك الفترة، وذلك بوجوب مراجعة مبلغ النفقة المحكوم به ليتماشى مع مستوى القدرة الشرائية السائدة في تلك الفترة، وهو ما نص عليه في المادة 79 من ق.أ.ج السالفة الذكر وقد حدد مدة مراجعة النفقة بمرور سنة كاملة من صدور حكم النفقة. وهي مدة معقولة حيث أن الأسعار لا تتغير في أقل من مدة سنة حتى وإن كان هناك تغيير فإنه لا يكون تغيرا كبيرا[2]، وتتجلى حماية القاضي لحق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية في هذه الحال بطلب القائم برعايته بمراجعة مبلغ النفقة المحكوم به بعد مرور سنة كاملة، بجعله يتماشى مع القدرة الشرائية للطفل خاصة ونحن في بلد لا تعرف فيه الأسعار الانخفاض بل الزيادة فقط.

للإشارة فإنه يحق للمنفق طبقا لنص المادة 79 من ق.أ.ج السالف الذكر عند مراجعة القاضي لمبلغ النفقة أن يطلب تخفيض هذا المبلغ، نتيجة الظروف المعيشية التي يعيشها بعد

---

[1] أُنظر **شامي أحمد**، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص.281.

[2] المرجع نفسه، ص.281.

تقديمه ما يُثبت ذلك، فمثلا فإذا كان هذا الأب يعمل بشركة أو مصنع ما وتم تسريحه نتيجة إفلاس هذه الشركة أو غلق هذا المصنع، فيصبح هذا الأب بلا عمل فهنا يتوجب على القاضي بناء على طلب الأب تخفيض مبلغ النفقة عند مراجعة هذا المبلغ بعد تقديم هذا الأب قرار التسريح للقاضي، وبالتالي فإن سلطة القاضي هنا في مراجعة مبلغ النفقة هي الأخرى بالقيود التي ذكرناها سابقا.

نخلص في الأخير أن سلطة القاضي في تقدير نفقة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية، هي وإن كانت سلطة خولها المشرع للقاضي من أجل حماية الطرف الضعيف في الأسرة خاصة بعد انحلال الرابطة الزوجية إلا أنه لم يترك هذه السلطة بدون قيود، إذ نجد أن القاضي عند تقديره للنفقة الغذائية للأطفال ملزم بتبنيه واعتماده على معايير تقدير النفقة المنصوص عليها في المادة 79 من ق.أ.ج السالفة الذكر، فهذه المعايير تحد من سلطة القاضي في تقدير نفقة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية، وبالتالي فهي تحد من الحماية التي يمكن أن يضمنها القاضي للطفل عند إقرار حقه في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية.

## الفرع الثاني

## الوسائل التي يعتمد عليها القاضي لحماية حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية

إذا امتنع المدين بالنفقة المقررة والمفروضة من طرف القضاء لفائدة الطفل المسنحق لها، فإنه يحق للقائم بمصالح هذا الطفل سواء كانت الأم أو غيرها أن تطالب المنفق أمام القضاء بالتنفيذ، ولقد وضع المشرع الجزائري قواعد خاصة بقصد ضمان تنفيذ أحكام النفقات المقررة

قضاء عند امتناع المحكوم عليه بها، باعتبار أن الأصل هو التنفيذ الاختياري والاستثناء هو التنفيذ الجبري الذي يلجأ إليه الدائن بالنفقة عندما يتقاعس المدين بالنفقة بالوفاء بما عليه من التزام.

لقد أعطى المشرع الجزائري للدائن بالنفقة وسيلتين من أجل الحصول على حقه في النفقة، إلا أنه لا يستطيع استعمال هاتين الوسيلتين إلا عبر اللجوء إلى القضاء، فالوسيلة الأولى ذات طبيعة مدنية نص عليها ق.إ.م.إ وهي الحجز بنوعيه وهذا ما سنحاول إبرازه في الفقرة الأولى، والوسيلة الثانية هي ذات طبيعة جزائية نص عليها ق.ع.ج بإلزام المدين بالنفقة بحكم جزائي وهذا ما سنحاول إبرازه في الفقرة الثانية.

### الفقرة الأولى: الوسيلة المدنية، الحجز على أموال المدين بالنفقة

لقد نص المشرع الجزائري على كل ما يتعلق بالحجز في الباب الخامس من ق.إ.م.إ[1]، إذ يعتبر طريقة يلجأ إليها الدائن بالنفقة لاستيفاء حقه بموجب حكم قضائي نهائي في مواجهة الممتنع عن الدفع، حيث أنه إذا لم يقم الأب المحكوم عليه بتنفيذها اختياريا فيطلب من القاضي اللجوء إلى التنفيذ الجبري على أموال المدين، إذ أن الحجز بمفهومه الواسع هو كريقة من طرق التنفيذ على أموال الأب المدين بالنفقة ووضعها تحت تصرف المحكمة واستيفاء مبلغ النفقة من بيعها في المزاد العلني.

بالرجوع إلى نصوص ق.إ.م.إ المنظمة للحجز نجد أن هذا الأخير يتقسم إلى نوعين، حجز على المنقولات ويكون عندما يمتنع المدين عن الدفع، فيقوم الدائن بالحجز على منقولاته

---

[1] أُنظر المواد من 636 إلى 639 ومن 646 إلى 652 من ق.إ.م.إ.

سواء كانت بحوزته أو بحوزة الغير، ولا يتم هذا النوع من الحجز إلا بموجب أمر على العريضة يصدره القاضي المختص طبقا لما تنص عليه المادة 02/687 من ق.إ.م.إ بنصها "**يتم الحجز بأمر على عريضة يصدره رئيس المحكمة التي توجد في دائرة اختصاصها الأموال المراد حجزها، وعند الاقتضاء في موطن المدين، وذلك بناء على طلب الدائن أو ممثله القانوني أو الاتفاقي**"، وعليه يتوجب على الأم باعتبارها ممثلة لطفلها الدائن بالنفقة تقديم طلب لاستصدار أمر بالحجز من رئيس المحكمة، تدعمه بملف يتكون أصلا من محضر محرر من المكلف بالتنفيذ يثبت عدم امتثال المنفذ ضده أي الأب بدون مبرر شرعي.

بعد استصدار الأمر بالحجز من رئيس المحكمة، يسلم للمعني بالأمر لمباشرة الحجز على منقولاته تبليغ الأمر المنفذ ضده عن طريق المحضر القضائي وجرد المنقولات التي في حوزته في حدود ذلك المبلغ الذي في ذمته، وبإمكانه الاستعانة بالقوة العمومية[1].

إذا لم يكن للمدين بالنفقة ممتلكات منقولة ظاهرة ويملك ممتلكات عقارية، فيمكن للمحضر القضائي أن يلجأ إلى الحجز العقاري طبقا لنص المادة 01/652 من ق.إ.م.إ[2].

تستوفي أم الطفل الدائن بالنفقة حقه من النفقة بعد بيع ممتلكات الأب المدين بالنفقة سواء كانت منقولة أو عقارية بالمزاد العلني وهذا طبقا لنص المادة 01/704 من ق.إ.م.إ[3].

نستنتج مما سبق أن دور القاضي في حماية حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية وذلك عند امتناع الأب المدين بالنفقة عن تسديدها، يكمن ويظهر في إجبار وإلزام هذا

---

[1] أُنظر المادة 659 من ق.إ.م.إ.

[2] تنص المادة 01/652 من ق.إ.م.إ على "**يجوز للدائن أن يحجز تحفظيا على عقارات مدينه**".

[3] تنص المادة 01/704 من ق.إ.م.إ على "**تباع الأموال المحجوزة بالمزاد العلني، بعد إعادة جردها إما بالتجزئة أو بالجملة وفقا لمصلحة المدين**".

الأب من خلال إصدار حكم قضائي نهائي، يتضمن الحجز على أمواله (المنقولة أو العقارية) وبيعها بالمزاد العلني واستيفاء حق الطفل من النفقة من ثمن هذه الممتلكات، إذ أنه بدون حصول ممثل الطفل سواء كانت الأم أو غيرها على الحكم القضائي النهائي القاضي بحجز ممتلكات الأب المدين بالنفقة، لا تستطيع الحصول على حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية من ممتلكات الأب، وهذا ما يُجسد الحماية الفعلية بواسطة القضاء لحق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الحجز على أموال الأب المدين بالنفقة، وبطبيعة الحال فإن حماية القاضي لحق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية هي حماية للأسرة ككل باعتبار أن حماية الأسرة تتحقق بحماية فرد من أفرادها مهما كان موضعه في الأسرة.

تجدر الإشارة أن القاضي لا يلجأ إلى التنفيذ الجبري باعتباره الاستثناء في استيفاء حق الطفل في النفقة إلا بعد تأكده وتحققه من عدم جدوى التنفيذ الاختياري، وذلك عندما يتماطل ويتقاعس الأب المدين بالنفقة عن الوفاء بما عليه من التزام.

مما لا شك فيه أنه لا يمكن للقاضي اللجوء إلى هذه الوسيلة المدنية والمتمثلة في الحجز بنوعيه لاستيفاء حق الطفل في النفقة إلا بعد إثبات ممثل الطفل (الأم) الدائن بالنفقة امتناع الأب المدين بالنفقة عن أداء المبالغ المستحقة لنفقة ابنه. وأسباب الامتناع كثيرة ومتنوعة، فقد تكون بسبب شح وبخل الأب، وقد تكون بسبب الغياب الطريل للأب وقد تكون بسبب الإهمال وعدم الاكتراث[1]، فإذا كانت هذه هي أسباب الامتناع عن أداء النفقة فإنه يمكن للقاضي في هذه الحال اللجوء إلى استعمال هذه الوسيلة، أما إذا كان سبب امتناع الأب عن تسديد نفقة ابنه بعد فك

---

[1] أُنظر **بلقاسم شتوان**، امتناع الزوج عن الانفاق وحق الزوج في طلب التفريق شرعا وقانونا، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية–قسنطيمة، العدد 01، المجلد 01، ص.146.

الرابطة الزوجية يعود إلى عجزه عن الانفاق ككونه معسرا ولا يملك أية ممتلكات سواء منقولة أو عقارية، ففي هذه الحال لا يمكن للقاضي اللجوء إلى استعمال هذه الوسيلة باعتبار أنه لا يمكنه اللجوء إلى الحجز إذا تبين للقاضي أن الأب المدين بالنفقة عاجز تماما عن الانفاق، فالعجز وعدم قدرة الأب على الانفاق لا يخول للقاضي اللجوء لغلأى وسيلة الحجز لاستيفاء حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية.

إن القاضي لا يلجأ إلى وسيلة الحجز إىدلا إذا ثبت له عدم اتفاق الزوجين المطلقين على كيفية أداء نفقة أولادهما هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا ثبت له امتناع الأب المدين بالنفقة عن تسديدها رغم قدرته على أدائها. فإذا تبين أن استحقاق النفقة تعرض إلى امتناع من هو واجب عليه أدائها يتعين اللجوء إلى القضاء[1]، ففي هذه الحال يلجأ القاضي إلى استعمال وسيلة الحجز بنوعيه لإجبار الأب المدين بالنفقة باعتباره طريق من طرق التنفيذ الجبري لنفقة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية، وذلك لأن مجرد إصدار القاضي حكم فك الرابطة الزوجية بتوابعه لاسيما النفقة الغذائية للأولاد، لا يكفي لحماية حق هؤلاء الأولاد في النفقة، إذ لابد أن تتحول الكلمات المكتوبة في ورقة الحكم الخاصة بالنفقة إلى مبلغ نقدي يحصل عليه الطفل ويدخل في ذمته المالية ولا يتم ذلك إلا عن طريق التنفيذ، وعليه فإن حكم القاضي بحق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية لايكفي لحماية هذا الحق، وإنما ينبغي عليه في حال امتناع الأب المدين بالنفقة ولاقدر عليها بناء على طلب ممثل الطفل الدائن بالنفقة سواء كانت

---

[1] **حفيصة دونه**، أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي، السنة الجامعية 2015/2014، ص.183.

الأم أو غيرها أن يتابع إجراءات التنفيذ للحصول على الحماية القضائية الفعلية أو التنفيذية لهذا الحق، لأن نجاح القضاء يُقاس بتنفيذ أحكامه.

إن إجبار القاضي للأب المدين بالنفقة على أدائها بواسطة التنفيذ الجبري يعد مظهر من مظاهر الحماية القضائية الموضوعية لحق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية، باعتبار أن التنفيذ الجبري لا يتم إلا بموجب حكم قضائي (حماية قضائية) يتضمن هذا الحكم حجز ممتلكات الأب المدين بالنفقة واستيفاء حق الطفل في النفقة (حماية موضوعية) بعد بيع هذه الممتلكات بالمزاد العلني. وقد خول المشرع الجزائري للقائم بالتنفيذ عند الاقتضاء الاستعانة حتى بالقوة العمومية[1].

بالرجوع إلى نصوص ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه الوسيلة المدنية لاستيفاء حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية، والمعمول به حاليا في هذه الحال هو لجوء ولي الطفل الدائن بالنفقة إلى الوسيلة الجزائية وذلك بإلزام الأب المدين بالنفقة بحكم جزائي كما سنراه في الفقرة الموالية، باعتبار أن الوسيلة الجزائية هي الأكثر فعالية من الوسيلة المدنيةفي استيفاء حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية.

بناء على ما تقدم ونظرا لعدم نص المشرع الجزائري على هذه الوسيلة المدنية (الحجز بنوعيه) في أحكام ق.أ.ج، نقترح في هذا الشأن صياغة نصوص في ق.أ.ج تتضمن النظام القانوني الخاص بالحجز على أموال المدين بالنفقة يكون بمثابة ضمانة من ضمانات حماية حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية عند رفض أو امتنع المدين بها عن تسديدها.

---

[1] أُنظر المادة 02/659 من ق.إ.م.إ.

## الفقرة الثانية: الوسيلة الجزائية، إلزام المدين بالنفقة بحكم جزائي

في إطار حماية حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية، أقر المشرع الجزائري وسيلة أخرى إلى جانب الوسيلة المدنية (الحجوز) أكثر فعالية ونجاحا من هذه الأخيرة، وهي لجوء ممثل الطفل الدائن بالنفقة وهي الأم في غالب الأحوال إلى القاضي الجزائي لإجبار الأب المدين بالنفقة على أدائها بموجب حكم جزائي يصل إلى حبس الأب الممتنع عن أداء النفقة.

تُعتبر الوسيلة الجزائية بمثابة آلية من آليات تحصيل نفقة الطفل سواء أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد انحلالها، باعتبارها تتضمن إكراه بدني على تسديد النفقة، حيث يتمثل هذا الاكراه البدني في امكانية حبس الأب المدين بالنفقة والممتنع عن أدائها لمدة زمنية تتراوح ما بين ستة (06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات وبغرامة مالية من 50 000,00دج إلى 300 000,00دج طبقا لنص المادة 01/331 من ق.ع.ج، هذه الأخيرة التي تنص على "**يُعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50 000,00دج إلى 300 000,00دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم**". فالمتابعة الجزائية طريق من طرق إكراه المدين على تسديد النفقة، لذا جعل المشرع صفح الضحية مع دفع النفقة سببا من أسباب انقضاء الدعوى العمومية[1].

---

[1] **صباطة سليمة**، دور القضاء في حماية الحقوق المعنوية والمالية للطفل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد–تلمسان، السنة الجامعية 2016/2015، ص.182.

تكمن حماية القاضي لحق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية بواسطة الوسيلة الجزائية من خلال إصدار القاضي حكم جزائي، يتضمن فرض عقوبة على الأب المدين بالنفقة المرتكب لجريمة الامتناع عن تسديد النفقة المقررة قضاء. إلا أنه بالرجوع إلى المادة 01/331 من ق.ع.ج المتضمن لهذه الجريمة وبالوقوف على النص العربي، نجد أن المادة تتحدث عن النفقة بلفظ عام في حين أنه بالرجوع إلى النص الفرنسي للمادة، نجد أن المشرع حصر هذا الدين المالي في النفقة الغذائية فقط دون غيرها[1]، ورغم هذا الغموض والتناقض بين النص العربي والنص الفرنسي فإنه لقيام هذه الجريمة لابد على القاضي التحقق من توافر شروط قيامها والتي سنتطرق إليها بشكل موجز فيمايلي:

**أولا: شرط وجود حكم قضائي نهائي**

يستلزم هذا الشرط وجود حكم صادر عن هيئة قضائية وطنية على مستوى الدرجة الأولى أو في مستوى الدرجة الثانية ويكون حائزا قوة الشيء المقضي فيه، ولم يعد يقبل أية طريقة من طرق الطعن العادية أو غير العادية، أو وجود حكم صادر عن هيئة قضائية أجنبية يكون قد وقع إضفاء الصيغة التفيذية عليه أو وجود قرار قضائي أخر صادر عن جهة القضاء المستعجل أو تتضمن صيغة النفاذ المعجل وذلمك بغض النظر عن كون هذا القرار قد صد تحت اسم أمر أو حكم أو غيرهما ما دام هو قابل قانونا للتنفيذ المؤقت أو المعجل رغم المعرضة أو

---

[1] أُنظر **عمراني كمال الدين**، الإطار القانوني لجريمة عدم تسديد نفقة واجبة بحكم قضائي (دراسة في إطار التشريع الجزائري والمقارن والشرعة الإسلامية)، مجلة الدراسات الحقوقية، مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر، جامعة الدكتور مولاي الطاهر-سعيدة، العدد 01، المجلد 01، ص.73.

الاستئناف[1]، فيقتضي هذا الشرط وجود حكم قضائي نهائي يلزم الأب الممتنع عن أداء النفقة بأداء نفقة طفله، إذ أن عبارة حكم هنا قد وردت لتشمل الحكام الصادرة عن المحاكم أو القرارات الصادرة عن المجالس القضائية أو الأوامر الاستعجالية.

**ثانيا: شرط الامتناع المتعمد عن أداء النفقة**

وهو شرط استهانة المحكوم عليه بالقرار الصادر عن القضاء الوطني تحت اسم حكم أو أمر، وتجاهله عمدا وتنطعا لما قضى به عليه ثم امتناعه قصدا عن تنفيذ ما تضمنه القرار القضائي مما سيؤدي إلى تحدي السلطة القضائية، مع ملاحظة أنه لو كان الدافع للامتناع عن دفع النفقة ليس الاستهانة بالحكم القضائي وليس عدم الاكتراث بأحكام القضاء، بل لعذر شرعي مقبول فإن عنصر الامتناع المتعمد لم يعد قائما وأن الجريمة لم تعد متوفرة العناصر أو الأركان، فيُمنع بذلك على المحكمة أن تقضي بإدانة المتهم ومعاقبته وذلك بسبب عدم توفر نية العمد، ولكن مع ذلك ينبغي أن نشير أن القانون يفترض الامتناع في دفع هذه النفقة امتناع متعمد وأن على المتهم أن يثبت العكس وليس على النيابة العامة إثبات عنصر هذا العمد[2].

**ثالثا: شرط الامتناع لمدة أكثر من شهرين**

استغراق الامتناع لمدة أكثر من شهرين يعتبر الشرط الثالث لقيام هذه الجريمة، وهو الامتناع مدة شهرين متتالين دون انقطاع وعدم توفر المبرر الشرعي يستوجب معاقبة الأب الممتنع.

---

[1] أُنظر **عبد العزيز سعد**، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، د ط، دار هومة-الجزائر، سنة 2013، ص.ص.38 و39.

[2] المرجع نفسه، ص. 39.

**رابعا: شرط تخصيص المبالغ المحكوم بها للانفاق على ابن المتهم**

يقتضي هذا الشرط أن تكون النفقة مخصصة لإعالة فروعه وقد تضمنها منطوق الحكم المثبت لها بكل وضوح، أي بمفهوم المخالفة أن هذه المبالغ إذا لم تكن مخصصة للانفاق على فرع المتهم فإن هذا الشرط لا يكون متوفرا، وبالتالي فلا يعد الامتناع عن أداء النفقة في هذه الحال فعلا يستدعي العقاب.

نخلص في الأخير أنه إذا تبين للقاضي توافر جملة هذه الشروط مجتمعة، فله أن يحكم ضد الأب الممتنع عن أداء النفقة بارتكابه لجريمة الامتناع عن تسديد النفقة المقررة قضاء والعقوبة المقررة لهذه الجريمة في المادة 01/331 من ق.ع.ج السالفة الذكر، إذ أنه قد تكون هذه العقوبة سببا لردع الأب المدين بالنفقة للوفاء بالتزامه، وبهذا يستطيع القاضي كلما امتنع المدين بالنفقة عن أداء النفقة لأولاده إلزامه من خلال هذا الحكم الجزائي بأداء النفقة، وهكذا فإن القاضي الجزائي له دور فاعل في حماية حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية ابتداء من الجهد الذهني الذي يبذله في تكييف وقائع الجريمة وانتهاء بالحكم بقيام الجريمة والجزاء المقرر لها، وتتدرج هذه الحماية لحق الطفل في النفقة ضمن الحماية القضائية الجزائية الموضوعية لحق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية على أساس أن الشخص الذي يضمن هذه الحماية هو القاضي الجزائي فهي حماية قضائية جزائية هذا من جهة، ومن جهة أخرى كونها تنصب على حماية حق من الحقوق المقررة قانونا للطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية فهي حماية موضوعية.

## الفرع الثالث

## حماية القاضي لحق الطفل في النفقة عبر صندوق النفقة

أورد المشرع الجزائري من خلال القانون 01/15 المتضمن صندوق النفقة[1] علاوة على التنفيذ الجبري والمتابعة الجزائية طريقا أخر لتحصيل النفقة وهو تسديد المستحقات المالية للمستفيد عن طريق صندوق النفقة[2]، هذا الأخير الذي يجرنا إلى طرح بعض التساؤلات تتعلق به من حيث تعريفه وتحديد طبيعته وكذا شروط وحالات الاستفادة منه وهذا ما سنحاول التطرق إليه في الفقرة الأولى من خلال تحديد مفهوم صندوق النفقة، ولقد حدد القانون 01/15 المذكور أعلاه كما سنرى لاحقا القاضي المختص بمعالجة طلبات الاستفادة من هذا الصندوق وهو قاضي شؤون الأسرة، ومن هنا نتسائل عن الدور الذي يلعبه القاضي في حماية حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية عبر هذا الصندوق؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفقرة الثانية من خلال إبراز دور القاضي في إقرار حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية عبر صندوق النفقة.

### الفقرة الأولى: مفهوم صندوق النفقة

سنتطرق في هذه الفقرة إلى تعريف صندوق النفقة أولا ثم نتطرق ثانيا إلى شروط الاستفادة من هذا الصندوق.

---

[1] **قانون 01/15** المؤرخ في 04 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج ر ج ج د ش، العدد 01، بتاريخ 07 يناير 2015.

[2] أُنظر **صباطة سليمة**، المرجع السابق، ص.186.

**أولا: تعريف صندوق النفقة**

معظم الدراسات التي تطرقت إلى تعريف صندوق النفقة، عرفته بتعريفين، تعريف مادي وتريف قانوني.

**أ/- التعريف المادي لصندوق النفقة**

صندوق النفقة عبارة عن إعانة أو دعم من الدولة لفائدة فئة معينة من المجتمع، تتمثل في الطفل أو المحضونين والمرأة المطلقة الحاضنة، لتغطية الحاجات والضرورة الملحة للعيش وكذا تغطية الفارق القائم عند استيفاء حق المطلقة المقرر بموجب حكم قضائي نهائي واستحالة تنفيذه[1]، كما عرف أيضا بأنه "صندوق مالي احتياطي يتولى دفع مستحقات النفقة للطفل المحضون، تقبضه المرأة الحاضنة في حالة تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للحكم القاضي الملزم بالنفقة، بسبب امتناع المدين عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو في حالة جهل محل إقامته"[2].

نستنتج من التعريفين المذكورين أعلاه بأن الاستفادة من هذا الصندوق متاحة لفئة معينة فقط من المجتمع، كما يظهر أيضا من هذين التعريفين أن الوظيفة الأساسية لهذا الصندوق تكمن في دفع مستحقات مالية لتغطية نفقة الفئة المعنية بهذا الصندوق، وعليه فإن هذا الصندوق يعتبر كآلية حمائية احتياطية تضمن تسديد النفقة لأصحابها.

---

[1] **حداد فاطمة**، اشكالات حماية المحضون في ظل القانون (01/15) المتضمن إنشاء صندوق النفقة-دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، عمار ثليجي-الأغواط، العدد 02، ص. 362.

[2] **عثمان حويذق ومحمد لمين مجرالي**، صندوق النفقة كآلية لحماية حقوق الطفل المحضون بين المكاسب والنقائص، مجلة الشهاب، جامعة الوادي، العدد 05، ديسمبر 2016، ص. 201.

**ب/- التعريف القانوني لصندوق النفقة**

صندوق النفقة حسب القانون 01/15 هو عبارة عن حساب تخصيص خاص رقمه 302/142 يفتح في كتابات الخزينة، عنوان الحساب "صندوق النفقة" وهو مقسم لشقين:

- شق تُدرج فيه إيرادات الصندوق المتمثلة في مخصصات ميزانية الدولة ومبالغ النفقة التي يتم تحصيلها من المدينين بها كرسوم جبائية أو شبه جبائية، تنشأ وفقا للتشريع المعمول به لفائدة الصندوق، الهبات والوصايا وكل الموارد الأخرى،

- وشق مقابل تدرج فيه نفقاته، أي مبالغ النفقة المدفوعة للمستفيد، ويكون الوزير المكلف بالتضامن الوطني هو الآمر الرئيسي بصرف هذا الحساب ويسيره أمناء الخزينة العمومية على المستوى المحلي[1].

**ثانيا: شروط الاستفادة من صندوق النفقة**

إذا كان القانون 01/15 قد حصر الفئة المستفيدة من المستحقات المالية لصندوق النفقة في المرأة المطلقة والأطفال المحضونين بعد انحلال رابطة الزواج[2]، فإنه كذلك قيد الاستفادة من هذه المستحقات بشروط موضوعية وردت فيالمادة 03 منه والتي تتمثل في:

**أ- وجوب صدور حكم نافذ بالنفقة**

من أجل استفادة الأطفال المحضونين من حقهم في النفقة، يستوجب صدور حكم قضائي يأمر المدين بأداء النفقة وذلك بصفة دورية، ويشترط في الحكمأن يكون نافذا ويكون كذلك إذا

---

[1] **ذبيح هشام وعبد الرؤوف دبابش**، صندوق النفقة وعلاقته بالاستقرار الأسري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر-بسكرة، العدد 14، ص. 103.

[2] تنص المادة 03/02 من القانون 01/15 **على "- المستفيد أو الدائن بالنفقة: الطفل أو الأطفال المحضونين ممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة وكذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة".**

كان نهائيا، أو كان غير نهائي لكن معجل النفاذ رغم المعارضة والاستئناف[1]، وعليه فيقتضي هذا الشرط أن يشمل الحكم الصادر بالطلاق الحق في النفقة للأطفال المحضونين.

**ب- تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم بالنفقة**

يتعين على المستفيد أو الدائن بالنفقة سواء كانت المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة أو الأطفال المحضونين من قبل المرأة الحاضنة أن يُباشر تنفيذ الحكم أو الأمر القاضي بالنفقة عن طريق المحضر القضائي، وتكليف المدين بالنفقة (والد الطفل المحضون أو الزوج السابق) بالوفاء ودفع مبالغ النفقة المحكوم بها، وفي حالة عدم امتثاله يحرر المحضر القضائي محضر امتناع عن الوفاء، وبهذا ينشأ حق للدائن بالنفقة في الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة[2]، وقد عدد المشرع الجزائري أسباب تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي لأمر أو حكم النفقة في المادة 03 من القانون 01/15 السالف الذكر وهي:

**1- حالة امتناع المدين عن الدفع:** وتثبت حالة الامتناع بمجرد أن تنتهي الآجال الممنوحة للمدين بالنفقة للوفاء بها، دون أن يقدم عذرا كافيا، وهنا يبقى دين النفقة ثابتا في ذمة المدين فلا يسقط إلا بالآداء أو الإبراء[3].

**2- عدم معرفة محل إقامة المدين:** حتى يستفيد الدائن بالنفقة من مستحقات صندوق النفقة، عليه إثبات عدم العثور على المنفذ عليه من خلال محضر يحرره المحضر القضائي بعدم وجود

---

(1) **عثمان حويذق ومحمد لمين مجرالي**، المرجع السابق، ص. 204.

(2) أُنظر **غربي حورية**، صندوق النفقة وفقا للقانون 01/15، مجلة معارف، جامعة البويرة، العدد 22، جوان 2017، ص. 308.

(3) **ممدوح عزمي**، دعوى النفقة، د ط، دار الفكر الجامعي-الاسكندرية، د ت ن، ص. 106.

المدين بالنفقة بمكان إقامته الوارد في الحكم محل التنفيذ أو عدم وجود محل إقامة معروف له[1].

**3- حالة عجز المدين:** إن إثبات حالة عجز أو عسر المدين بالنفقة عن تسديدها يكون عن طريق استظهار محضر امتناع واستحالة التنفيذ لعدم وجود ما يحجز عليه من عقار أو منقول من قبل المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ المباشر، فإذا ثبت العجز حقيقة يتم اللجوء إلى صندوق النفقة[2].

فهذه هي الشروط التي ينبغي على القاضي التحقق من توافرها للحكم باستفادة الطفل من صندوق النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية، وبالتالي فلا حماية يضمنها القاضي للطفل عبر هذا الصندوق إذا انتفى شرط من هذه الشروط، كما أن القاضي لا يمكنه أيضا ضمان حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية عبر هذا الصندوق إذا لم يتبع المستفيد من هذا الصندوق إجراءات طلب الاستفادة المنصوص عليها في القانون 01/15 السالف الذكر وهذا ما سنحاول توضيحه في الفقرة الموالية مع إبراز دور القاضي في هذه الإجراءات.

## الفقرة الثانية: دور القاضي في إقرار حق الطفل في النفقة عبر صندوق النفقة

لعل الدور الذي يلعبه القاضي في إقرار حق الطفل في النفقة عبر صندوق النفقة يكمن في قبول طلب الاستفادة[3] من هذا الصندوق وذلك بموجب أمر ولائي غير قابل لأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية طبقا لنص المادة 05 والمادة 12 من القانون 01/15 السالف الذكر، واستنادا إلى نص المادة 04 من نفس القانون فإن طلب الاستفادة من المخصصات المالية

---

(1) أُنظر **غربي حورية**، المرجع السابق، ص. 308.

(2) أُنظر **ذبيح هشام وعبد الرؤوف دبابش**، المرجع السابق، ص. 109.

(3) أُنظر الملحق رقم 04 ص. 561، يتضمن نموذج طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة.

لصندوق النفقة يجب أن يكون مرفقا بمجموعة من الوثائق حددها المشرع الجزائري في القرار الوزاري المشترك بين وزير العدل حافظ الأختام والوزير المكلف بالتضامن الوطني المؤرخ في 18 يونيو2015[1]، وعملا بأحكام المادة 02 من هذا القرار يجب أن يُرفق طلب الاستفادة بالوثائق التالية: طلب الاستفادة من مستحقات صندوق النفقة يوضع وفقا للنموذج الملحق بهذا القرار الوزاري المشترك والموضوع تحت تصرف المستفيدين الكترونيا، نسخة من الحكم القضائي بالطلاق ونسخة من الأمر أو الحكم الذي أسند الحضانة ومنح النفقة إذا لم يتضمن حكم الطلاق ذلك، محضر إثبات تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل اقامته، صك بريدي أو بنكي للمستفيد مشطبا عليه إذا اختار المستفيد هذه الطريقة للدفع.

بالرجوع إلى نص المادة 02 من القانون 01/15 السالف الذكر نجد أن الاختصاص النوعي للنظر في طلبات الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة ينعقد لرئيس قسم شؤون الأسرة باعتباره القاضي المختص للفصل في هذه الطلبات، كما نص ق.إ.م.إ على اختصاص قسم شؤون الأسرة بالفصل في القضايا المتعلقة بالنفقة طبقا لنص المادة 02/423 بنصه "**ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: 2- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة**".

بعد اطلاع القاضي المختص على طلب الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق النفقة وكذا اطلاعه على الوثائق المرفقة بهذا الطلب، يبت القاضي رئيس قسم شؤون الأسرة في

---

[1] **قرار وزاري مشترك مؤرخ في 18 يونيو 2015**، يُحدد الوثائق التي يتشكل منها طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة، ج ر، ج ج د ش، العدد 35 الصادر بتاريخ 28 يونيو 2015.

الطلب بموجب أمر ولائي في أجل أقصاه خمسة (05) أيام من تاريخ تلقيه الطلب طبقا لنص المادة 01/05 من القانون 01/15، ومن هنا يمكن القول أن إقرار القاضي لحق الطفل في النفقة من هذا الصندوق بموجب أمر ولائي يُجسد الحماية القضائية الموضوعية لحق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية، وذلك باعتبار أن إقرار حق الطفل في النفقة لا يتم إلا من طرف القاضي لأنه هو المخول قانونا للفصل في طلبات الاستفادة من النفقة عبر هذا الصندوق فهي إذن حماية قضائية، وأن هذه الحماية تتضمن إقرار حق الطفل في النفقة فهي إذن حماية موضوعية.

لعل تقرير المشرع الفصل في طلب الاستفادة بموجب أمر ولائي مرده الخصوصية التي يتمتع بها الأمر الولائي بالمقارنة مع الأمر القضائي، حيث يباشر القاضي في الأعمال الولائية التحقيق بنفسه فهو يتمتع بذلك بسلطة تقديرية واسعة في التحري دون التقيد بقواعد الإثبات، كما أن قراره يصدر على أساس اعتبارات الملائمة، وهو ما من شأنه أن يقلص من المدة المستغرقة في البت في طلب الاستفادة، وكل ذلك يصب في مصلحة المستفيد المتمثل على وجه الخصوص في الطفل المحضون[1]، كما يمكن للمستفيد من النفقة ممثلا في المرأة الحاضنة من طلب مراجعة النفقة إذا كانت المستحقات المالية غير كافية بسبب قلتها أو تغير الظروف الاقتصادية مما جعلها لا توفر متطلبات الحياة الكريمة، ويتم الفصل في الطلب بموجب حكم أو قرار قضائي، إذ نصت المادة 08 من القانون 01/15 على "**يبلغ قاضي شؤون الأسرة مصالح النشاط الاجتماعي عن طريق أمانة الضبط بالحكم أو القرار القضائي المتضمن مراجعة مبلغ النفقة في**

---

[1] أُنظر **عثمان حويذق ومحمد لمين مجرالي**، المرجع السابق، ص. 208.

**أجل أقصاه 48 ساعة من تاريخ صدوره"**[1]، ومن هنا يبرز الدور الفاعل للقاضي سواء في إقرار حق الطفل في النفقة بموجب أمر ولائي أو في مراجعة مبلغ النفقة عند تغير ظروف المعاش بشكل لا يلبي الحاجات الأساسية والضرورية للطفل، كما يبرز دوره الفاعل أيضا في إقراره بموجب أمر ولائي في أحقية الاستمرار في الاستفادة من خدمات الصندوق في حالة توقف المدين بالنفقة عن تنفيذ الأمر أو الحكم القاضي بالنفقة بعد شروعه فيه، والمثبت بموجب محضر معاينة حرره محضر قضائي وهذا ما نصت عليه المادة 03/06 من القانون 01/15 السالف الذكر، وعليه فقد أحسن المشرع الجزائري عندما أوكل مهمة البت في طلبات الاستفادة من المخصصات المالية بصندوق النفقة إلى القاضي دون غيره من الأجهزة الأخرى على غرار الهيئات الإدارية.

لعل هدف المشرع في عدم توكيل الهيئات الإدارية للفصل في طلبات الاستفادة من الصندوق، هو تفادي وتجنب تعسف الإدارة في حال منحها مهمة الفصل في طلبات الاستفادة لمن تتوفر فيهم الشروط، لاسيما وأن المتعارف عليه عمليا أن الإدارة غالبا ما تتحيز لصالح الخزينة العامة، فيما يتعلق بدفع التعويضات أو المستحقات المقررة قانونا، وهذا ما يُحسب على المشرع لأن ذلك ينصب في الأخير في مصلحة الطفل المحضون المستفيد من المستحقات المالية لصندوق النفقة[2].

نخلص في الأخير أن القانون 01/15 قد منح القاضي رئيس قسم شؤون الأسرة المختص إقليميا سلطات هامة في تقرير حق الطفل المحضون في النفقة عبر صندوق النفقة،

---

[1] أُنظر **ذبيح هشام وعبد الرؤوف دبابش**، المرجع السابق، ص. 115.

[2] أُنظر **عثمان حويذق ومحمد لمين مجرالي**، المرجع السابق، ص. 210.

تنطلق ابتداء من سلطته في الفصل في طلب الاستفادة من الصندوق بموجب قرار ولائي، مرورا بسلطته في مراجعة مبلغ النفقة وانتهاء بسلطته في الأمر بمواصلة المصالح المختصة صرف المستحقات المالية عند توقف المدين بالنفقة عن تنفيذ حكم النفقة، إذ أن هذه السلطات التي يتمتع بها القاضي لتقرير حق الطفل في النفقة من صندوق النفقة من شأنها كما سبق وبينا، المساهمة في تجسيد الحماية القضائية الموضوعية لحق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية، فلا خلاف في أن القانون 01/15 قد كرس حماية قانونية موضوعية فعالة لا يمكن إنكارها لمصلحة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية، إلا أن هذه الحماية القانونية الموضوعية لا يمكن تحقيقها وتفعيلها إلا بواسطة القضاء.

## المطلب الثاني

## الحماية القضائية الموضوعية للطفل المحضون بعد انحلال الرابطة الزوجية

لقد تضمن ق.أ.ج عدة نصوص تتعلق بالمحضون وحقوقه وأسند المشرع حماية وصيانة حقوق الطفل المحضون إلى القاضي المختص بشؤون الأسرة، هذا الأخير يستند في حماية هذه الحقوق على معيار واحد كما رأينا وهو معيار مراعاة مصلحة الطفل المحضون سواء عند إسناد الحضانة أو إسقاطها، إلا أن المشرع الجزائري أخذ بهذا المعيار أو القاعدة لكن دون أي يضع لها تعريفا تاركا أمر تحديدها إلى اجتهاد القاضي بموجب سلطته التقديرية.

إن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مفهوم هذه القاعدة وهذا ما سنحاول بحثه في الفرع الأول من خلال محاولة تحديد مفهوم قاعدة مراعاة مصلحة المحضون، وقد أسس القاضي حماية الطفل المحضون سواء عند إسناد حضانته أو عند إسقاطها على هذه القاعدة، وهذا ما يجرنا إلى

التساؤل عن الدور الذي يؤديه القاضي في حماية مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وإسقاطها؟ وسنحاول الإجابة على هذا التساؤل في الفرع الثاني، كما أن من أهم حقوق المحضون والمتعلق بالحضانة هو حقه في الزيارة، هذا الأخير الذي يقع أيضا على القاضي تأمينه وضمانه للطفل المحضون وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثالث بإبراز حماية القاضي للطفل المحضون من خلال هذا الحق.

## الفرع الأول

## مفهوم قاعدة مراعاة مصلحة الطفل المحضون

إذا كانت قاعدة مراعاة مصلحة الطفل المحضون هي قاعدة قديمة بالنسبة للشريعة الإسلامية، فهي جديدة بالنسبة لتشريعات الأحوال الشخصية العربية والتي من بينها ق.أ.ج، إذ قد لقيت اهتماما كبيرا من طرف المشرع الجزائري وهذا لأجل ضمان حقوق الطفل والتكفل به، واعتبرها المشرع الجزائري أهم طريق أو منفذ يستطيع القاضي من خلاله أن يحمي الطفل المحضون ويرعى مصالح دون التقيد بالنص القانوني، وذلك بفصله في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية في كل قضية، وعليه سنحاول في هذا الفرع تحديد المقصود بهذه القاعدة وتحديد مميزاتها في الفقرة الأولى، ثم نتطرق إلى المعايير التي يستعين بها القاضي لكشفه عن هذه المصلحة في الفقرة الثانية.

### الفقرة الأولى: تحديد مضمون قاعدة مصلحة المحضون ومميزاتها

نتطرق في هذه الفقرة إلى مضمون قاعدة مصلحة المحضون أولا، ثم نتطرق ثانيا إلى مميزاتها أو خصائصها.

**أولا: تحديد مضمون قاعدة مصلحة المحضون**

أشار المشرع في النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة إلى مسؤولية القاضي في الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون من خلال توظيف لفظ المصلحة أو اشتمال فكرتها دون ذكر المصطلح، إلا أنه لم يعطي لها تعريفا واضحا ودقيقا تاركا السلطة التقديرية للقاضي في اتخاذ الحلول المناسبة بشأن الدعاوى التي تُرفع أمامه[1]، ومن هنا فقد أحسن المشرع صنعا عندما خول للقاضي حق اختيار الأصلح انطلاقا من مصلحة المحضون التي ركز عليها كثيرا، وعليه فإنه يمكن للمحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى ولو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة مثل تلك التي لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون[2]، وعليه فالمشرع لم يعرف قاعدة مصلحة المحضون واكتفى فقط بتكليف القاضي بحماية وصيانة حق الطفل في الحضانة بالاعتماد على هذه القاعدة.

يبدو في رأينا أن السبب في عدم وضع تعريف خاص بقاعدة مصلحة المحضون، يرجع إلى صعوبة حصر مصلحة المحضون هذا من جهة، ومن جهة أخرى يرجع إلى طبيعة الخصائص والمميزات التي تتميز بها هذه القاعدة، فبالنسبة إلى صعوبة حصر مصلحة المحضون فالمشرع الجزائري لم يحدد للقاضي ما هي مصلحة المحضون المعنية بالحماية حتى إنه لم يحدد له معايير وضوابط هذه المصلحة، لاسيما في ظل مرونة هذا المصطلح وتأثره بالزمان والمكان مع اختلافه من قضية إلى أخرى، مما يجعل هذا المصطلح هو مصطلح

---

[1] **نسرين إيناس بن عصمان**، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2009/2008، ص. 80.

[2] **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.391.

فضفاض وواسع. إذ أن مفهوم المصلحة بطبيعته مفهوم نسبي يغير حسب الأزمنة وحسب المجتمعات الوحالات الخاصة، فما كان يمثل مصلحة الطفل بالأمس لم يعد كذلك اليوم[1]، أما بانسبة لمميزات وخصائص هذه القاعدة كونها خصائص تتعلق بشخص الطفل المحضون وكذا مرونتها كما سنرى لاحقا في خصائص ومميزات هذه القاعدة. بالإضافة إلى ذلك فقد وجهت لمفهوم مصلحة المحضون انتقادات عدة، فكانت المؤاخذة الرئيسية له تكمن في أنه "مفهوم ذاتي محض" وأنه "مفهوم مجرد وذاتي"، وهذا ما عبر عنه العميد **"جون كربونيي"** إذ جاء في قوله أن "مفهوم المصلحة ذاتي ويظل ذاتاني لذاتانية" وأضاف وهو ينعته بأنه "مفتاح يفتح على مجال واسع، لأن المفهوم غامض ويصعب إدراك معناه"، كما صنف أيضا بأنه مفهوم نسبي ومتطور والاستعانة به تحمل علامات لذاتانية واضحة[2].

بالرجوع إلى نصوص ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري لم يطي تعريفا للمصلحة وإنما وظف تارة لفظ المصلحة وتارة أخرى شمل فكرتها دون ذكر المصطلح، إذ نلاحظ أن المشرع الجزائري نص على مصطلح المصلحة في كثير من نصوص ق.أ.ج أغلبها ما تعلق بالحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطهما بالقصر مثل المواد 07 و64 و65 و66 و67 و69 من ق.أ.ج، فباستقراء المواد التي تتعلق بمصلحة الطفل المحضون نستنتج بأن مضمون قاعدة مصلحة الطفل المحضون يتطابق إلى حد ما مع مضمون المبدأ الشهير في القانون الجنائي ألا وهو "مبدأ الأصلح للمتهم"، إذ يلتقيان في كونهما يهدفان إلى اختاير الأصلح للطفل المحضون، فمثلا في مسألة إسناد الحضانة إذا تبين للقاضي أن الأصلح للطفل المحضون إسناد حضانته إلى أبيه نظرا

---

[1] **حميدو زكية**، المرجع السابق، ص.76.

[2] المرجع نفسه، ص.ص.79 و80.

لوجود مانع من موانع الحضانة في الأم، فيحكم القاضي هنا بإسناد الحضانة للأب وبالتالي فإنه يجب على القاضي وفق هذه القاعدة تتبع مصلحة الطفل المحضون أينما وجدت.

في الأخير يمكن القول بأن مضمون هذه القاعدة قائم على أمرين وهما: مصلحة الطفل المحضون وسلطة القاضي في تقدير هذه المصلحة، فهي قاعدة مرنة ومطاطة تتأقلم مع الظروف الزمنية.

**ثانيا: خصائص قاعدة مصلحة المحضون**

تتجسد في الميزات الآتية:

أ- أنها ذاتية وشخصية، بمعنى أنها تتعلق بكل طفل على حدا وعلى هذا الأساس ينظر القاضي إلى حالة كل طفل بمنظار يخصه ويحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة إلى الطفل البالغ السادسة أو السابعة من العمر[1]، ومصلحة أطفال البدو الرحل تختلف عن مصلحة أطفال المدينة، فانقطاع أطفال البدو الرحل في بعض الأحيان عن الدراسة قد لا يعد مساسا بمصلحتهم، بينما أطفال المدينة الانقطاع عن الدراسة يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة لما فيه من تقصير في تربية الطفل ومتابعة تعليمه[2].

---

[1] **صالح بوغرارة**، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، ط 01، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2013، ص.109.

[2] **بوبكر خلف**، مصلحة المحضون، دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر-بسكرة، العدد 44، جوان 2016، ص.523.

ب- قاعدة مصلحة المحضون هي مسألة موضوعية أوكلها القانون لاجتهاد القاضي وتبصره وجكمته، فهو يقدر على ضوء الأبحاث التي أجراها لتحقيق تلك المصلحة ويعلل حكمه تعليلا واضحا[1].

ج- قاعدة مصلحة المحضون فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية، فهي قاعدة متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها، والمشرع أخذ بها ونص عليها في القواعد القانونية دون أن يحدد لها معنى عاما ومجردا[2].

د- قاعدة مصلحة المحضون قاعدة غير ثابتة وقابلة للتغيير، فما كان يصلح للطفل في وقت معين لا يصلح له في زمان أخر[3].

فهذه هي جملة خصائص ومميزات قاعدة مصلحة الطفل المحضون إذ أنه بواسطة هذه الخصائص يمكن للقاضي الحكم بتوافر عناصر هذه القاعدة، يث تتمثل عناصر هذه القاعدة طبقا لنص المادة 01/62 من ق.أ.ج في الرعاية المعنوية للطفل المحضون التي تتجسد في رعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه، وكذا الرعاية المادية التي تتجسد في تغطية حاجاته الضرورية للعيش.

## الفقرة الثانية: المعايير التي يستعين بها القاضي للكشف عن مصلحة المحضون

إن سكوت المشرع عن تقديم تعريف دقيق لمصلحة المحضون لم يحل دون اقتراح بعض المعايير التي يستعين بها القاضي في تقديرها، ولا شك أن ذلك يقرب حكم القاضي إلى

---

[1] **عائدة البرماني غربال**، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية (تونس مثالا)، رسالة ماجستير، حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، السنة الجامعية 2006، ص.31.

[2] أُنظر **بوبكر خلف**، المرجع السابق، ص.523.

[3] **نسرين إيناس بن عصمان**، المرجع السابق، ص.80.

الموضوعية والعدالة ويبعد تخوف البعض من تعسفه بسبب المجال الواسع الممنوح له في مسائل الحضانة[1]، فأمام خلو ق.أ.ج من هذه المعايير فيُعمل بالقاعدة العامة الواردة في الشريعة الإسلامية والتي تُجملها في معيارين أساسيين هما: المعيار المعنوي وهذا ما سنتطرق إليه أولا، والمعيار المادي وهذا ما سنتطرق إليه ثانيا.

**أولا: المعيار المعنوي**

نظرا لأهمية العنصر المعنوي في حياة المحضون خاصة بعد الآثار السلبية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية والتفكك الأسري الناتج عنها، فإن القاضي يسعى إلى توفير كل الامكانيات والتسهيلات للمحضون حتى يتمكن من النمو الطبيعي على المستوى الجسدي والذهني والعاطفي والروحي والاجتماعي، حيث يحتاج إلى المعالجة كأسرة واحدة[2]، وحتى يتمكن القاضي من الكشف عن موقع مصلحة المحضون بواسطة هذا المعيار لابد عليه أن يلجأ إلى علماء النفس باعتبارهم خبراء ومتخصصين في معالجة وكشف احتياجات المحضون من عطف وحنان، اللذين يمدهما الوالدين لأبنائهما ولاسيما الأم باعتبار أن غياب أحد الأبوين خاصة الأم بسبب انحلال الرابطة الزوجية يؤثر في نمو وتكوين الطفل. فلقد أثبتت الدراسات بأن الأم هي الأكثر امدادا للمحضون بالحب والعطف، وهي قواعد ضرورية لنشأته نشأة صحيحة فما يتلقاه الطفل من تربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة يؤثر في تشكيل جوانب شخصيته سواء النفسية أو الخلقية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره[3].

---

(1) أُنظر **حميدو زكية**، المرجع السابق، ص.102.

(2) **Diane Drory**,L enfant et la séparation parentale,yapaka,Bruxelles,2002,p.12.

(3) أُنظر **شامي أحمد** ، قانون الأسرة طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص.303.

يحرص علماء النفس والأطباء أشد الحرص على توفير العطف والحنان للطفل، باعتبارهما عنصرين مهمين في تكوين بنيته العقلية والجسمية خاصة في مراحل حياته الأولى، فإذا فقد الطفل أمه وهو في شهوره الأولى ترك هذا الحرمان آثار سيئة على نموه الجسمي والعقلي والعاطفي والاجتماعي[1]، وبهذا نكتشف سبب تقديم وإسناد الحضانة للنساء على الرجال في النصوص القانونية على غرار ق.أ.ج لأنهن الأقدر على رعاية الأطفال رعاية جيدة تُحقق لهم حياة مليئة بالعطف والحنان والحب، إذ أن الطفل يحتاج إلى هذه العناصر كحاجته للغذاء حتى يتمكن من تحقيق استقراره العاطفي، وعليه نستنتج بأن مصلحة المحضون تقتضي إيجاد شخص يرعاه ويمده بالحب والحنان والرحة النفسية، وذلك بتخفيف حدة الوجع الذي أصابه جراء انفصال والديه، ومن هنا يتوجب على القاضي حتى يكتشف مصلحة المحضون التحقق من وجود شخص ومن الأفضل أن يكون هذا الشخص من النساء يساهم في تحقيق التوازن النفسي والروحي للطفل المتأثر بانفصال والديه. وعليه يجب على القاضي الاعتماد على مصلحة المحضون في إسناد الحضانة أو إسقاطها مراعيا في ذلك حاجيات الطفل العاطفية، لكي ينشأ بشخصية مكتملة برعاية حاضنه أو حاضنته في جو يسوده الأمن المعنوي من خلال القيام بالواجبات التي تهدف إلى فائدة الطفل[2].

إذن فالمعيار المعنوي بهذا المضمون يسهل على القاضي كثيرا معرفة فيما تتجلى مصلحة المحضون، حتى وإن كان هو معيار ذات طبيعة نفسية يصعب على القاضي استعماله للكشف عن مصلحة المحضون، إلا أنه يمكن للقاضي إزالة هذه الصعوبة بواسطة استعانته

---

[1] أُنظر **حميدو زكية**، المرجع السابق، ص.105.

[2] **Laure Chaussebourg** et **Baux Dominique**, l exercice de l autorité parentale après le divorceou la séparation des parents non mariés, Minister de justice, France, 2007, p.18.

بالأطباء المتخصصين في مجال علم النفس، وعليه فالمعيار المعنوي هو معيار مهم جدا في حماية وإقرار مصلحة المحضون.

**ثانيا: المعيار المادي**

إن الرعاية المعنوية والنفسية للطفل المحضون غير كافية إذا لم ترافقها رعاية مادية تحقق مصلحته، بسد حاجاته الأساسية وتحقيق استقراره المادي والعاطفي[1]، وعليه فإن هذا المعيار يساهم في شعور الطفل المحضون بالحماية والأمن من الأخطار التي يمكن أن يتعرض لها الطفل كخطر الجوع والمرض والتشرد، ولهذا لم يُغفل المشرع الجزائري المصلحة المادية للمحضون، إذ أنه بالرجوع إلى أحكام ق.أ.ج المتعلقة بالحضانة نجد أن المشرع قد حصر المصلحة المادية للطفل المحضون في وجوب الانفاق عليه ما دام لم يبلغ سن الرشد أو غير قادر على الكسب لصغر أو لعجز أو لسبب مواصلة الدراسة، وباعتبار أن القاضي هو مطبق لما يسنه المشرع من قوانين فمهمته تنحصر في هذه الحال للكشف عن مصلحة المحضون بواسطة هذا المعيار في التحقق من مدى سد الحاجيات الأساسية للطفل المحضون، وكل ما تشتمله النفقة من نأكل وملبس وسكن وعلاج لضمان راحة واستقرار المحضون.

نظرا لأهمية هذا المعيار في كفالة اطمئنان واستقرار الطفل المحضون في حياته، أنشأ المشرع الجزائري صندوق النفقة بموجب القانون 01/15 المتضمن إشاء صندوق النفقة، هذا الأخير الذي سبق وأن تطرقنا إليه من خلال إبراز الدور الذي يلعبه في إقرار وحماية حق الطفل في النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية، فإن هذا الصندوق له أيضا دور فاعل في حماية

---

[1] **بوبكر خلف**، المرجع السابق، ص.528.

الحقوق الأساسية للطفل المحضون بعد انحلال الرابطة الزوجية، وذلك من خلال ضمان العيش الكريم للطفل المحضون حتى يبلغ سن الرشد.

وعليه فإذ ما وفر العنصر المادي للطفل من مأكل وملبس وسكن وغير ذلك مما يحتاجه، أحس المحضون براحة تساهم في إحياء معنوياته المتمثلة في الشعور بالحماية والأمن[1]، ومن هنا فإن اسعانة القاضي بهذا المعيار يساعده في تحقيق الغاية الأساسية من الحضانة وهي حماية الطفل المحضون معنويا وماديا.

نخلص أنه رغم عدم ذكر المشرع الجزائري هذا المعيار في نصوص ق.أ.ج إلا أنه وتطبيقا لنص المادة 222 من ق.أ.ج وعلى اعتبار أن هذا المعيار نصت عليه أحكام الشريعة الإسلامية، يمكن للقاضي الاستعانة به للكشف عن المصلحة المادية للطفل المحضون والمتمثلة في حق المحضون في الانفاق عليه، وهكذا فإن هذا المعيار يُعتبر بمثابة آلة ماسحة لمصلحة الطفل المحضون فيما يتعلق بحياته المادية.

## الفرع الثاني

## حماية القاضي للمحضون عند إسناد وإسقاط الحضانة

لقد اعتبر المشرع الجزائري مصلحة المحضون ركيزة أساسية يعتمد عليها القاضي عند الفصل في مسألة إسناد الحضانة أو إسقاطها، ولقد سبق وأن ذكرنا بأن المشرع الجزائري لم يحدد للقاضي المعايير التي تمكنه من الكشف عن هذه المصلحة، إلا أنه قد منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال إسناد الحضانة أو إسقاطها، ومما لاشك فيه أن منح هذه السلطة

---

[1] **حميدو زكية**، المرجع السابق، ص.117.

الواسعة للقاضي ليس إلا لتوفير الحماية المعنوية والمادية للمحضون نتيجة انحلال الرابطة الزوجية.

يظهر جليا دور القاضي في تجسيد الحماية المعنوية والمادية للطفل المحضون عند فصله في دعوى فك الرابطة الزوجية وإسناد حضانة هذا المحضون إلى الشخص المؤهل لها، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في الفقرة الأولى من خلال إبراز دور القاضي في حماية الطفل المحضون عند إسناد الحضانة، كما يظهر دوره أيضا في تجسيد هذه الحماية من خلال إسقاط الحضانة عمن أُسندت إليه لسبب من أسباب سقوط الحضانة، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في الفقرة الثانية بإبراز دور القاضي في حماية الطفل المحضون عند إسقاط الحضانة.

## الفقرة الأولى: دور القاضي في حماية الطفل المحضون عند إسناد الحضانة

يظهر جليا دور القاضي في حماية مصلحةالمحضون عند حكمه بإسناد الحضانة لمن هو أهل لها، وهو ما نصت عليه المادة 02/62 من ق.أ.ج أي من خلال توفر شروطها في الحاضن، وأن المشرع الجزائري على خلاف تشريعات الأحوال الشخصية العربية الأخرى لم يسرد شروط استحقاق الحضانة، حيث أجمل هذه الشروط في شرط واحد وهو شرط تمتع الحاضن بكامل الأهلية لحضانة المحضون، ومن هنا يمكن تقرير أن أول مظهر من مظاهر حماية القاضي للطفل المحضون عند إسناد الحضانة، هو إسنادها من طرف القاضي لمن تتحقق فيه شروط الحضانة وهذا ما سنحاول التطرق إليه أولا، كما أن دور القاضي يظهر جليا في حماية المحضون عند إسناد الحضانة من خلال تدخله في ترتيب الحاضنين عندما تُسند الحضانة لغير الأم. لأن هذه الأخيرة لها الأولوية بدون منازع لورود نص في الموضوع، فإن ترتيب

الأقارب الآخرين ورد من باب الاجتهاد بالرأي فقط[1]، فتتجلى حماية القاضي في إسناد الحضانة لمن يُحقق ويُحافظ على مصلحة المحضون وهذا ما سمحاول بحثه ثانيا.

**أولا: حماية القاضي للمحضون عند إسناد الحضانة بالتحقق من شروطها**

إن الحضانة خلافا لباقي توابع الطلاق ليست حقا بحتا للشخص المسندة إليه، بل هي أصلا حقا للمحضون كون أنها شُرعت من أجل رعايته وتربيته وحفظه صحة وخلقا، وبمعنى أدق يُقصد بمراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة هو أنه يجب على القاضي أن يتحرى عما إذا كان طالبها تتوفر فيه شروط استحقاق الحضانة ويُحقق الهداف المرجوة منها لصالح المحضون[2]، وكما سبق وأن قلنا بأن المشرع الجزائري أجمل شروط إسناد الحضانة في شرط واحد ألا وهو شرط الأهلية طبقا لنص اتلمادة 02/62 من ق.أ.ج، ومن هنا يثور التساؤل حول الأهلية المشترطة في الحاضن، هل هي الأهلية المنصوص عليها في أحكام ق.م.ج وأحكام ق.أ.ج أم هي أهلية خاصة بالحاضن؟

بالرجوع إلى أحكام ق.م.ج وأحكام ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري قد اشترط شرطين حتى يكون أي شخص أهلا لمباشرة أي تصرف قانوني، حيث يكمن هذين الشرطين طبقا لنص المادة 40 من ق.م.ج ونص المادة 07 والمادة 08 من ق.أ.ج في: بلوغ الشخص سن التاسعة عشر (19) كاملة، تمتع الشخص بقواه العقلية وغير محجور عليه، فهل هذه الشروط كافية للقاضي لتحقيق مصلحة المحضون؟

---

(1) أُنظر **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.256.

(2) **حميدو زكية،** المرجع السابق، ص.216.

نظرا لما للطلاق من آثار وخيمة على الأسرة ككل وعلى الطفل بصفة خاصة باعتباره هو الحلقة الأضعف والأكثر هشاشة في الأسرة، فإن القاضي لا يمكنه الاكتفاء بالشروط المذكورة أعلاه لحماية مصلحة الطفل المحضون، فقد يكون الحاضن بالغ لسن 19 سنة ويتمتع بقواه العقلية وغير محجور عليه لكنه ذو خلق سيء وغير أمين على مصلحة المحضون، فقد أحسن المشرع الجزائري عندما منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير مصلحة المحضون، وعليه وحتى يضمن القاضي حماية مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، يتوجب عليه التحقق من توافر شروط أخرى في الحاضن نصت عليها أحكام الشريعة الإسلامية، والقاضي هنا يستند في إسناد الحضانة على مدى توافر الشروط التي تضمنتها أحكام الشريعة الإسلامية بناء على نص المادة 222 من ق.أ.ج وكذا بناء على سلطته التقديرية في تقدير مصلحة المحضون.

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية يمكن إجمال الشروط التي يجب توفرها في الحاضن فيمايلي: شرط البلوغ، شرط القدرة، شرط الإسلام، شرط الأمانة على الأخلاق، وسنتناول هذه الشروط بصفة موجزة مع إبراز الدور الفاعل الذي يلعبه القاضي في هذا المجال.

**أ/- شرط العقل**

فلا يمكن إسناد الحضانة للمعتوه والمجنون لأن كلاهما لا يستطيع القيام بتدبير نفسه فلا يُفوض له أمر تدبير غيره، لأن فاقد الشيء لا يعطيه[1]، وبالتالي فلابد للقاضي لحماية مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة أن يتحقق من السلامة العقلية للحاضن، فلا يسند القاضي الحضانة

---

[1] أُنظر **سامية بن قوية،** آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 01، سنة 2010، ص.142.

لحاضن مجنون أو معتوه لأن هذا الأخير لا يستطيع تولي شؤونه فكيف يتولى شؤون غيره، وعليه تحقق حماية القاضي للمحضون بإسناد الحضانة إلى حاضن عاقل.

**ب/- شرط البلوغ**

إن الفقه الإسلامي انصب اتفاقه على اشتراط البلوغ في الحاضن إلا أنه لم يحدد كقاعدة عامة سنا معينة لممارسة الحضانة، إذ لم ير وجوب تحديد أهلية الشخص في الحضانة على أساس تقديري بحث[1]، وتظهر حماية القاضي للمحضون من خلال هذا الشرط بعدم إسناد الحضانة إلى حاضن غير بالغ. وسن البلوغ في لاقانون الجزائري هو 19 سنة (المادة 40 من ق.م.ج) [2]، ويُستثنى من هذا السن الأم القاصرة التي تحصلت على ترخيص بالزواج من رئيس المحكمة طبقا لنص المادة 07 من ق.أ.ج.

**ج/- شرط القدرة**

يجب أن يكون الحاضن قادرا، ونعني بالقدرة هنا القدرة المادية والجسمانية التي تكفل للمحضون ضمان حفظه صحة وخلقا وضمان السهر على تربيته وتعليمه[3]، ويبرز دور القاضي هنا لحماية مصلحة المحضون من خلال عدم إسناد الحضانة لشخص عاجز وغير قادر على القيام بشؤونه ناهيك عن شؤون غيره، أو يكون بهذا الشخص مرض مزمن لا يمكن معه ممارسة الحضانة، وهناك قرار للمحكمة العليا يُؤكد على ضرورة توفر شرط القدرة الذي جاء

---

[1] أُنظر **حميدو زكية**، المرجع السابق، ص.225.

[2] **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.383.

[3] أُنظر **ربيحة إلغات**، الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باحتهادات قضاء المحكمة العليا، مجلة حوليات جامعة الجزائر، جامعة بن يوسف بن خدة-الجزائر، العدد 27، ج01، 2015، ص.46.

فيه "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يُعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي..." [1].

**د/- شرط الإسلام أو اتحاد الدين**

لا يشترط في الحاضنة أن تكون متحدة العقيدة مع المحضون فالكتابية تصح حضانتها لأنها تقوم على أساس عنصر شفقة الأم وحنانها، وهذا يكفي لتحقيق مصلحة الصغير وللإطمئنان على أنه في يد أمينة تحافظ عليه وتعمل على مصالحه، ورغم وجود نص في ق.أ.ج يشير إلى هذا الشرط بالنسبة للمرأة، إلا أن الاجتهاد القضائي قد قضى بأحقية الأم حتى وإن كان الاختلاف في الدين، شريطة ألا تُلقنه مبادئ دينها وإن ثبت ذلك وجب لولي المحضون إسقاط الحضانة، كما أن هذا الحق مرتبط مع شرط الإقامة في التراب الوطني (الجزائر) [2].

**ه/- شرط الأمانة**

معنى هذا الشرط أن يكون الحاضن أمينا على المحضون في خلقه وسلوكه وأمينا في الاهتمام به ورعاية مصالحه، لأن الحاضن الذي يغيب على المحضون طيلة النهار وطرفا من الليل ولا يهتم به ويتركه يخالط أصدقاء السوء لا يكون أمينا ولا قادرا على الحضانة سواء كانت الأم أو الأب أو غيرهما[3]، يبرز دور القاضي في حماية مصلحة المحضون من خلال هذا

---

[1] م.ع غ.أ.ش قرار بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33921، م.ق عدد 04، لسنة 1989، ص.76.

[2] أُنظر **عيسى حداد**، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة العربي التبسي-تبسة، العدد 01، تاريخ النشر 2017/04/10، ص.180.

[3] أُنظر **ربيحة إلغات**، المرجع السابق، ص.46.

الشرط بحرصه على إسناد الحضانة للحاضن الذي يقوم بواجبه في رعاية المحضون والاهتمام به صحة وخلقا.

نخلص من ذكر هذه الشروط بأن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بهذه الشروط أو عدم الأخذ بها بحيث أنه إذا تبين للقاضي عند إصدار حكمه بإسناد الحضانة بأن مصلحة المحضون تتحقق بدون هذه الشروط، فيمكنه عندئذ إصدار حكمه بإسناد الحضانة للحاضن الذي لم تتوفر فيه هذه الشروط هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن غالبية الشروط المذكورة يحتويها شرط الأهلية المنصوص عليه في ق.م.ج وق.أ.ج وهي: شرط البلوغ وشرط العقل وشرط القدرة، إلا أنه الأكمل والأفضل لضمان حماية مصلحة المحضون ينبغي على القاضي العمل بكل هذه الشروط.

**ثانيا: حماية القاضي للمحضون عند إسناد الحضانة من خلال ترتيب الحاضنين**

لقد رتب المشرع الجزائري مستحقي الحضانة بموجب المادة 64 من ق.أ.ج وذلك على النحو التالي: الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، ولقد سبق وأم قلنا لو استثنينا الأم باعتبارها الأولى في حضانة ولدها، فإن ترتيب باقي الحاضنين هو تريتب ليس من النظام العام، إذ يمكن مخالفته متى تبين للقاضي أن مصلحة المحضون تتحقق بإسناد حضانته إلى أي حاضن مهما كان ترتيبه، وقد قضت المحكمة العليا بهذا المبدأ في احدى قراراتها بأنه "تراعى مصلحة

المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64، يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[1].

تظهر وتتجلى حماية القاضي للمحضون عند إسناد حضانته ابتداء من خلال حكم القاضي بإسناد حضانة المحضون إلى من هو أولى بها، ولا شك أن الأم هي الأولى عن غيرها في حضانة ابنها إلا في حالة مانع يمنعها من الحضانة، ويراعي القاضي عند إسناده الحضانة بطبيعة الحال مصلحة المحضون، وعليه فأول مظهر من مظاهر الحماية القضائية الموضوعية للمحضون من خلال ترتيب الحواضن مع مراعاة مصلحة المحضون يبرز في تطبيق قاعدة "الأم أولى وأحق بحضانة ولدها". وقد قضت قوانين الأسرة في دول المغرب العربي بأن الأم هي الأولى بالحضانة على أطفالها في حالة انحلال الرابطة الزوجية بطلاق أو تطليق أو خلع أو وفاة، لأن الأم تعتبر أقرب الناس وأرحم من غيرها عليه وهذا ما أكده ق.أ.ج في المادة 64 منه[2]، كما يظهر دور القاضي في حماية المحضون عند ترتيب الحاضنين وذلك من خلال عدم تقيده بالترتيب الوارد في المادة 64 من ق.أ.ج وإنما تقيده فقط بمصلحة المحضون.

نخلص أن قيام القاضي بحماية المحضون عند إسناد الحضانة سواء من خلال تحقق شروط الحضانة أو من خلال ترتيب الحاضنين، يُجسد مظهر من مظاهر الحماية القضائية الموضوعية للطفل المحضون بعد الطلاق، وذلك لكون أن الشخص المخول له سلطة إسناد الحضانة بناء على مصلحة المحضون هو القاضي فهي حماية قضائية، كما أن هذه الحماية

---

[1] م.ع غ.أ.ش قرار بتاريخ 2011/03/10، ملف رقم 313469، م.م.ع عدد 01، لسنة 2012، ص.285.

[2] أُنظر **منصوري المبروك**، شروط الحضانة ومسألة إسقاطها في قوانين الأسرة للدول المغاربية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي بتمنراست، العدد 08، جوان 2015، ص.98.

تنصب على حماية حق من الحقوق المعنوية للطفل وهو حقه في الحضانة فهي حماية موضوعية.

## الفقرة الثانية: دور القاضي في حماية الطفل المحضون عند إسقاط الحضانة

إذا كان إسناد الحضانة لا ينبني إلا على مراعاة مصلحة المحضون، فإن إسقاط الحضانة عمن استحقها من قبل آكد في مراعاة هذه المصلحة والحفاظ عليها سواء في الشريعة الإسلامية أو في ق.أ.ج[1]، ولقد سبق وأن تطرقنا إلى أسباب سقوط الحضانة في ق.أ.ج وهي: إسقاط حضانة الأم لتزوجها بغير قريب محرم، إسقاط الحضانة بالتنازل عنها، إسقاط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها، إسقاط حضانة الأم الحاضنة بسبب استيطانها في بلد أجنبي، إسقاط الحضانة لاختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من ق.أ.ج.

من المعروف أن المبدأ الذي يحكم إسناد الحضانة هو نفسه الذي يحكم إسقاطها ألا وهو مبدأ مراعاة مصلحة المحضون، إذ أنه كلما وجدت مصلحة المحضون كانت الحضانة قائمة وكلما انتفت مصلحته سقطت الحضانة، وبالتالي فإن كل الأسباب التي ذكرها المشرع الجزائري لسقوط الحضانة تنتفي فيها مصلحة المحضون، إلا أن المشرع الجزائري أوكل مهمة وجود هذه المصلحة أو انتفائها إلى السلطة التقديرية للقاضي، وعليه فتعد هذه الأخيرة بمثابة آلية قضائية لحماية المحضون بعد انحلال الرابطة الزوجية، فإذا كان المشرع الجزائري قد قرر أن من أسباب سقوط الحضانة زواج الأم الحاضنة بغير قريب محرم طبقا لنص المادة 66 من ق.أ.ج

---

[1] **حيدرة محمد**، مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مخبر القانون الخاص المقارن، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، العدد 02، المجلد 04، ديسمبر 2018، ص.46.

كقاعدة عامة، فإن هذه القاعدة ليست على إطلاقها إذ يمكن للقاضي أن لا يحكم بسقوط حضانة هذه الأم الحاضنة لزواجها بغير قريب محرم، إذا تبين له أن مصلحة المحضون تتطلب ملازمة المحضون أمه الحاضنة نتيجة تعلقه بها أو كان الطفل المحضون ما زال رضيعا يحتاج إلى حليب أمه، فامتناع القاضي هنا بعدم الحكم بسقوط الحضانة عن الأم الحاضنة يُشكل مظهرا من مظاهر الحماية القضائية الموضوعية للطفل المحضون بعد انحلال الرابطة الزوجية.

إذا كان القانون قد أقر للحاضن الحق في التنازل عن الحضانة إلا أنه قيد هذا الحق بمصلحة المحضون، فمتى تبين للقاضي أن مصلحة المحضون مع المتنازل معها فإن هذا الحق يبقى قائما في حق المتنازل[1]، فحكم القاضي في هذه الحال بعدم قبول تنازل الأم الحاضنة عن حقها في الحضانة رغم أن القانون قد أعطاها الحق في التنازل عن هذا الحق يُجسد أيضا مظهر من مظاهر الحماية القضائية الموضوعية للطفل المحضون بعد انحلال الرابطة الزوجية، باعتبار أن حماية حق الطفل المحضون في الحضانة (حماية موضوعية) لا يضمنه إلا القاضي (حماية قضائية)، وعليه إذا حكم القاضي بإسقاط الحضانة بالتنازل عنها من طرف الحاضنة وإسنادها للأب دون مراعاة مصلحة المحضون فيعد هذا خرقا للأحكام الشرعية والقانونية، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا حاليا) بأنه "من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون"[2].

---

[1] أُنظر **كريمة محروق**، مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية–قسنطينة، العدد 02، ص.362.

[2] م.ع غ.أ.ش قرار بتاريخ 1989/07/03، ملف رقم 54353، م.ق عدد 01، لسنة 1992، ص.45.

يظهر جليا دور القاضي في حماية المحضون عند إسقاط الحضانة غي حالة إصابة الأم الحاضنة بمرض عقلي أو جسدي أو في حالة ظهور سلوكيات مشينة من الأم الحاضنة، إذ أنه من شروط الحضانة كما ذكرنا سابقا تمتع الحاضن بكل قواه العقلية والجسدية وكذا تمتعه بالأمانة على أخلاق المحضون، باعتبار أن الحضانة هي السهر على حماية المحضون صحة وخلقا، فهنا يتدخل القاضي بموجب سلطته التقديرية للحكم بسقوط الحضانة أو الحكم بعدم سقوطها، فإذا ثبت للقاضي أن مرض الأم الحاضنة سواء كان مرض عقلي أو جسدي يؤثر في مصلحة المحضون، فيمكن للقاضي في هذه الحال الحكم بإسقاط الحضانة حفاظا وحماية لمصلحة المحضون، أما إذا ثبت له العكس بأن هذا المرض لا يؤثر في مصلحة المحضون، فيمكنه عدم الاستجابة لطلب إسقاط الحضانة بسبب المرض، كما أنه يمكن للقاضي أن لا يسقط الحضانة عن الأم الحاضنة نتيجة ظهور بعض الأخلاق السيئة في تصرفاتها، إذا رأى بأن هذه الأخلاق السيئة لا تضر بمصلحة المحضون، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في احدى قراراتها بأنه "يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون"[1].

ختاما يمكن القول بأن مدار حماية القاضي للمحضون عند إسقاط الحضانة يتوقف على مدى براعة القاضي في توظيف سلطته التقديرية بناء على عدم الإضرار بمصلحة المحضون، وهكذا فلا مجال للحديث عن أية حماية قضائية للمحضون إلا في ظل هذا المبدأ.

---

[1] م.ع غ.أ.ش قرار بتاريخ 2010/07/15، ملف رقم 564787، م.م.ع عدد 02، لسنة 2010، ص.262.

## الفرع الثالث

## دور القاضي في حماية المحضون من خلال حق الزيارة

أكد المشرع الجزائري على حق الزيارة بموجب نص المادة 64 من ق.أ.ج[1]، فاعتبر المشرع الجزائري هذا الحق بمثابة حق تبعي لحق الحضانة، وبالتالي فإن الأساس الذي ينبني عليه حق الزيارة هو نفس الأساس الذي ينبني عليه حق الحضانة، هذا الأخير فإن أساس ضمانه هو مراعاة مصلحة المحضون بناء على تقدير القاضي، ومن هنا فإن كفالة حق الزيارة للمحضون باعتباره يُحقق مصلحة المحضون يخضع هو الأخر للسلطة التقديرية للقاضي، وهذا ما يجرنا إلى التساؤل عن الدور الذي يؤديه القاضي في إقرار حق الزيارة للمحضون؟ وسنحاول الإجابة على هذا التساؤل في الفقرة الأولى بإبراز دور القاضي في ضمان حق زيارة المحضون باعتبار أن ضمان هذا الحق يُجسد مظهر من مظاهر الحماية القضائية الموضوعية للطفل المحضون بعد انحلال الرابطة الزوجية، كما تظهر هذه الحماية أيضا في سلطة القاضي عند تحديد مجال هذا الحق وهذا ما سنحاول بحثه في الفقرة الثانية من خلال إبراز دور القاضي في تحديد مجال زيارة المحضون.

### الفقرة الأولى: حماية القاضي للمحضون بإقرار حقه في الزيارة

إن المشرع الجزائري قد كفل للطفل المحضون حماية حقه في الزيارة في نص المادة 64 من ق.أ.ج السالف الذكر، إذ يوجب هذا النص على القاضي عند حكمه بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة للشخص غير الحاضن. فالمشرع الجزائري في هذا الحكم قد أخرج القاضي

---

[1] تنص المادة 64 من ق.أ.ج على"...**وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**".

من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم، ولم يُحدد القانون معنى الزيارة[1]، وجعل غاية هذا الحكم ليس لمصلحة الغير بقدر ما هو مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن يتقطع عنه أهله نهائيا، إذ أن هذه المصلحة هي التي تبرر اتخاذ القاضي مثل هذا الحكم ومن تلقاء نفسه[2].

لعل من أهم ملامح حماية القاضي للمحضون عند الحكم بحق الزيارة تظهر في حرية القاضي في التراجع عن حكمه بهذا الحق لفائدة غير الحاضن، بناء على أدلة يقدمها الحاضن تُثبت أن الشخص غير الحاضن قد أثر بصفة سلبية في سلوكيات الطفل المحضون، حيث أنه بموجب السلطة الواسعة التي يتمتع بها القاضي إزاء هذا الحق ليجد مصلحة المحضون أن يحكم بإسقاط حق الشخص غير الحاضن في زيارة الطفل المحضون، فهنا يظهر جليا الدور الفعال الذي يلعبه القاضي في حماية المحضون من خلال تدخله بموجب السلطة المخولة له قانونا للكشف عن الأصلح والأنسب لزيارة المحضون عن طريق إلغاء حكمه القاضي بإقرار حق الزيارة لهذا الشخص غير الحاضن الذي ثبت تورطه في تدنيس أخلاقيات المحضون بسلوكيات وأخلاق مشينة، إذن فالقاضي في موضوع الزيارة يبذل جهدا كبيرا ليكشف عن مصلحة المحضون، وهذا الجهد المبذول من طرف القاضي ليس له غاية إلا غاية حماية مصلحة الطفل المحضون، وهذا ما يُجسد أهم ملامح الحماية القضائية الموضوعية للطفل المحضون عند إقرار حق الزيارة، باعتبار أن هذه الحماية مضمونة من طرف القضاء فهي حماية قضائية هذا من

---

[1] أُنظر **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.392.

[2] أُنظر **إيمان معمري**، المرجع السابق، ص.98.

جهة، وجهة أخرى كون هذه الحماية منصبة على إقرار حق من حقوق الطفل المحضون ألا وهو حقه في الزيارة فهي حماية موضوعية.

إن المنشرع الجزائري بإقحامه حق الزيارة ضمن المادة المرتبة لأصحاب الحق في الحضانة يدل على أن هؤلاء فقط يحق لهم طلبه، فعندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة لأحد منهم فإنه يقضي بحق زيارة الطرف الأخر الذي نازع الحاضن[1]، وهذا ما يشكل أيضا وجه من أوجه الحماية القضائية الموضوعية للطفل المحضون عند إقرار حق الزيارة، وذلك بأن الحكم القاضي بحق الزيارة لا يقتصر على أحد الحاضنين المذكورين في نص المادة 64 من ق.أ.ج فقط كالأب مثلا، وإنما يشمل جميع أصحاب الحق في الحضانة والمذكورين في نص المادة 64 السالفة الذكر، فلا يمكن للأم الحاضنة أن تمنع هؤلاء من زيارة الطفل المحضون وإلا كانت مرتكبة لجريمة عدم تسليم طفل لمن له الحق فيه، فتتجسد حماية القاضي للطفل المحضون بتمكينه رؤية وزيارة كل هؤلاء الأقارب، وبناء على ذلك يمكن القول أن حكم القاضي بهذا الحق من شأنه المساهمة في تعزيز وتقوية العلاقة بين الطفل المحضون وأقاربه، فتتحقق بذلك الحماية القضائية للأسرة ككل، وفي هذا الصدد لقد صدرت عدة قرارات للمحكمة العليا تُقر بأن الحق في الزيارة لا يقتصر على طرف معين من أصحاب الحق في الحضانة، إذ نجد من هذه القرارات قرار المحكمة العليا الذي يقضي بأنه "من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن، يكون له الزيارة أيضا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفي الذي تجب عليه النفقة، يكون له الحق أيضا

---

[1] **حميدو زكية**، المرجع السابق، ص.187.

حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من ق.أ.ج، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[1].

نخلص في آخر هذه الفقرة أن تقرير المشرع وجوب تضمين القاضي حكمه بإسناد الحضانة بحق الزيارة، يهدف من جهة إلى صدور حكم الحضانة صحيحا باعتبار أن صدور هذا الحكم مع إغفال حق الزيارة حكما معيبا، ومن جهة أخرى يهدف إلى حماية وضمان حق الزيارة للمحضون بتدخل من القاضي، إذ يتعامل هذا الأخير مع حق الزيارة كتعامله مع مسألة من المسائل المرتبطة بالنظام العام، وذلك بتدخله إقرار هذا الحق للمحضون من تلقاء نفسه حتى ولو غفل عنها المعني بهذا الحق، وهذا كله من أجل تحقيق هدف واحد وهو حماية مصلحة الطفل المحضون.

الفقرة الثانية: دور القاضي في تحديد مجال زيارة المحضون

بالرجوع إلى نص المادة 64 من ق.أ.ج السالف الذكر نجد أن المشرع الجزائري لم يضع نظام قانوني خاص بحق الزيارة، واكتفى فقط بإقرار هذا الحق للطفل المحضون وكذا الغير الحاضن كما رأينا، فلم يُحدد المشرع الجزائري مكان ومدة الزيارة المسموح بها ويمكن تفسير موقف المشرع الجزائري هذا بإحدى التفسيرين: إما أنه ترك تحديد مدة ومكان الزيارة إلى اتفاق الزوجين باعتبار أن عقد الزواج هو عقد رضائي، فلا يكون هنا دور للقاضي سوى تنفيذ هذا الاتفاق. فقد جعل المشرع لإرادة الزوجين دورا أساسيا في تنظيم جميع الآثار التي قد تترتب عن إنهاء العلاقة الزوجية ومنها تنظيم حق الزيارة، فيصبح دور القاضي هو دور كاشف عن إرادة الزوجين فتكون بذلك الحاضنة على دراية تامة بالوقت والمكان المحدد للزيارة، كما

[1] م.ع غ.أ.ش قرار بتاريخ 1998/04/21، ملف رقم 189181، م.ق عدد خاص، لسنة 2001، ص.192.

يلنزم الأب بإرجاعه في الموعد والمكان المتفق عليه أيضا[1]، أما التفسير الثاني لهذا الموقف وهو المعمول به من الناحية العملية هو أن المشرع الجزائري قد أعطى صلاحية تنظيم هذا الحق إلى السلطة التقديرية للقاضي، إذ أن هذا الأخير هو الذي يتوجب عليه عند الحكم بحق الزيارة أن يحدد وقت ومكان الزيارة مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.

إن تحديد وقت ومكان الزيارة من شأنه المساهمة في كفالة حق الزيارة للمحضون، فغالبا ما تتعمد الأم الحاضنة بدافع الانتقام حرمان غير الحاضن من رؤية ابنه، وذلك بمحاولة المماطلة في إحضار المحضون والتذرع بوجوده بالمدرسة مثلا، وبالتالي يحرم الأب من رؤية ابنه ويحرم كذلك الطفل المحضون من رؤية أبيه وهذا ما يهدد الاستقرار النفسي والعاطفي لهذا الطفل المحضون، فلذا أوجب المشرع الجزائري على القاضي أن يحدد في حكم الزيارة وقت ومكان الزيارة، فيكون هذا الحكم القضائي بمثابة آلية ووسيلة قضائية تضمن حق الزيارة لكل من المحضون وغير الحاضن، ومن هنا تتجسد الحماية القضائية الموضوعية الفعلية للمحضون مخلال حق الزيارة، باعتبار أنه لولا تحديد وقت ومكان الزيارة من طرف القاضي (حماية قضائية) في حكم الزيارة لما تسنى لغير الحاضن والمحضون الاستفادة من هذا الحق (حماية موضوعية).

في حالة ما إذا تولى القاضي تحديد مكان وميقات الزيارة، فإنه ينبغي عليه احترام الشروط التالية:

---

[1] أُنظر **عيسى طعيبة وتشوار الجيلالي**، حق زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه على ضوء قانون الأسرة والاجتهاد القضائي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور–الجلفة، العدد 01، المجلد 11، ص.273.

1- أن يكون المكان المحدد من الأماكن التي تشيع فيها الطمأنينة في نفس المحضون،

2- ألا يكون في المكان المحدد قضائيا ما يُكبد طرفي الخصومة عبء ومشقة،

3- أن تكون الزيارة قدر الإمكان في نهاية الأسبوع وفي أيام العطلات[1].

فلضمان حماية أفضل لحق المحضون في الزيارة، ينبغي على القاضي مراعاة الشروط المذكورةأعلاه رغم أن التطبيقات القضائية الجزائرية أغلبها لم تنص على هذه الشروط باستثناء الشرط الأخير، حيث نجد أن القضاء الجزائري في الكثير من أحكامه وقراراته راعى هذا الشرط. فقد استقر القضاء في الجزائر أن حق الزيارة يُمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية[2]، ولقد حددت المحكمة التعليا مدة الزيارة بمرة كل أسبوع على الأق وذلك في قرارها الذي ذكرت فيه "متى أوجبت أحكام المادة 64 من ق.أ.ج على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة إلا مرتين كل شهر قد خرق القانون وكتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[3].

أما بخصوص مكان الزيارة فقد قررت المحكمة العليا في قرارها بأنه "من المستقر عليه فقها وقضاء أن حق الشخص لا يُقيد إلا بما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدهاحق لكل

---

[1] **حميدو زكية**، المرجع السابق، ص.197.

[2] **باديس ذيابي**، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص.ص.160 و161.

[3] م.ع غ.أ.ش قرار بتاريخ 1990/04/16، ملف رقم 59784، م.ق عدد 04، لسنة 1991، ص.126.

منهما وعلى من عنده الولد أن يسهل على الأخر استعماله على النحوالذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة، فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يُعد خرقا للقانون، ولما كان –في قضية الحال– أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتيها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج، فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

ما يُؤخذ على هذه القرارات وغيرها من القرارات الأخرى أنها حددت فقط وقت ومكان الزيارة ولم تحدد معنى الزيارة. زيادة على ذلك أنه يتعذر على الأب في بعض الحالات زيارة أبنائه كل أسبوع بسبب ظروفه الخاصة كانتقاله للعمل في مكان بعيد عن مقر سكن الصغار المحضونين، مما يحتم عليه أن يطلب نقلهم إليه خلال العطلة المدرسية ليتمكن من الاطلاع على أحوالهم وكثيرا ما ترفض الأم هذا الطلب بحجة أن الحكم القضائي لم ينص عليه[2]، ولحل هذا المشكل فقد رأى أستاذنا "**بن شويخ الرشيد**" الأخذ بالحسبان هذه المسألة حتى لا يُضار الأبوين والصغار معا ماديا ومعنويا، وذلك بتعديل نص المادة 64 من ق.أ.ج ليشمل عبارة حق الزيارة وحق الاستضافة معا لرفع اللبس عن الموضوع بشكل نهائي وصريح حتى لا تبقى أية حجة يتذرع بها هذا الطرف أو ذاك[3]، وعليه فإن الأخذ باقتراح تعديل المادة 64 من ق.أ.ج على هذا النحو من شأنه ضمان حق الأب غير الحاضن وكذا الطفل المحضون في رؤية بعضهما البعض

---

[1] م.ع غ.أ.ش قرار بتاريخ 1990/04/30، ملف رقم 79891، م.ق عدد 01، لسنة 1992، ص.55.

[2] أُنظر **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.259.

[3] المرجع نفسه، ص.259.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى وضع حد للاشكالات التي يمكن أن تعترض تنفيذ حكم الزيارة وكذا وضع حد لتعسف الأم الحاضنة في منع الأب من زيارة ابنه بصورة اعتيادية وكذلك الشأن إذا أُسندت الحضانة للأب، وهذا كله ما يدفعنا إلى ضم رأينا إلى الآراء التي تنادي بضرورة تنظيم حق الزيارة حتى لا يكون هذا الحق سببا لإلحاق الضرر بمصلحة المحضون.

ختاما يمكن القول أنه رغم الدور الذي يلعبه القاضي في محاولته تحقيق استقرار المحضون عن طريق تضمين حكم الزيارة وقت ومكان الزيارة، إلا أن هذا الدور يبقى لا يحقق الحماية الكافية واللازمة لحق المحضون في زيارة من له الحق في الزيارة كما رأينا، مما يتوجب عبى المشرع إعادة النظر في نص المادة 64 من ق.أ.ج في شقها المتعلق بحق الزيارة، وذلك بوضعه نظام قانوني خاص بهذا الحق يشمل التعريف بهذا الحق، ضمانات هذا الحق، آليات تنفيذ هذا الحق...إلخ.

# الخاتمـــــــــة

## خاتمـــة

نخلص في آخر هذا البحث أن المشرع الجزائري قد فتح الباب واسعا أمام القاضي للقيام بدوره في حماية الأسرة من خلال إعمال سلطته التقديرية، وإيجاد الحل المناسب لكل عارض قد يعترض استقرار الأسرة أو يُهدد مصالح أفرادها، وذلك من خلال إعطاء القاضي الحرية في استنباط الحلول المناسبة للنزاعات المعروضة أمامه سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعد انحلالها، وذلك كله بغية تحقيق كفالة استقرار الأسرة والمحافظة على حقوق أفرادها، ويبرز دور القاضي أكثر في حماية الأسرة في المسائل التي لم يحسم فيها المشرع بصفة قاطعة ونهائية وكذا في الحالات التي لم ينص عليها القانون، ولعل هذه أهم نتيجة من النتائج المتوصل إليها في هذا البحث، كما أن فعالية القاضي في حماية الأسرة تظهر حتى في المنازعات التي وضع لها القانون حلول، وذلك أن الحماية القانونية التي أقرها المشرع الجزائري للأسرة لا تُعطي بذاتها فعالية لنفسها بل لابد من تدخل القاضي لإعطائها هذه الفعالية فتتعزز الحماية القانونية بالحماية القضائية، وهذه أيضا تُعتبر من أهم النتائج المتوصل إليها في هذا البحث.

إضافة إلى النتيجتين المذكورتين أعلاه، هناك عدة نتائج توصلنا إليها في هذا البحث، لعل أبرزها في تكمن فيمايلي:

1- حماية القاضي للمعدول عنه من العدول التعسفي في الخطبة كما ذهب إليه اتجاه من الفقه الحديث، تتقرر بإقرار مسؤولية العادل على أساس المسؤولية التقصيرية الموجبة للتعويض والقائمة على أركانها الثلاث وهي: الخطأ والمتمثل في العدول التعسفي، والضرر وهو ما يصيب المعدول عنه من ضرر مادي أو معنوي، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر حتى

يتوصل القاضي إلى أن التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة كان سببا في إحداث ضرر للمعدول عنه.

2- إن تدخل القاضي بناء على طلب المشترط في إجبار المشترط عليه على تنفيذ الشرط المقترن بعقد الزواج بعد تعذر وصولهما إلى اتفاق فيما بينهما على تنفيذ هذا الشرط، يُعد حماية للأسرة ككل من التفكك باعتبار أنه في غالب الأحيان عند اشتراط هذه الشروط في عقد الزواج، تكون مواصلة واستمرار الحياة الزوجية معلقة على تنفيذ هذه الشروط، لأن كلا الزوجين لم يرضيا بهذا الزواج إلا بهذه الشروط، وبالتالي فإن الدور الذي يقوم به القاضي في إجبار المشترط عليه على تنفيذ الشرط من شأنه المساهمة في استقرار وحماية الأسرة واستمرار الحياة الزوجية بالمعروف.

3- إن حماية القاضي للأسرة من خلال الاشتراط في عقد الزواج لا تقتصر على حماية المشترط بإجبار المشترط عليه على تنفيذ الشرط، بل تشمل أيضا حتى حماية المشترط عليه، وذلك من خلال تدخل القاضي بموجب سلطته التقديرية بإلغاء الشرط الباطل وتصحيح عقد الزواج.

4- لا تنحصر حماية القاضي للأسرة في ممارسة عمله القضائي باستصدار أحكام قضائية من أجل وصول الحقوق إلى أهلها وإنهاء المنازعة، كما هو الحال في مجال إثبات أو نفي نسب ولد ما، وإنما تتحقق هذه الحماية حتى عند ممارسته لعمله الولائي إذ علق المشرع زواج بعض الفئات على ضرورة استصدار طالب الزواج أمر ولائي من القاضي المختص، يتضمن الترخيص بالزواج حماية لمصالح الطرف الضعيف في هذا الزواج كالقاصر في زواج القصر والزوجة الأولى والثانية في زواج الرجل بامرأة ثانية.

5- يظهر جليا دور القاضي في حماية الأسرة من خلال عمله الولائي، بعدم إصدار الأمر الولائي المتضمن الإذن بالزواج للفئات التي يتطلب زواجها هذا الإذن، إلا بعد تحققه من توافر شروط وإجراءات منح هذا الإذن، هذا الأخير الذي وضع خصيصا بهدف حماية مصالح الأطراف الضعيفة في هذا الزواج، وبالتالي فإن زواج القصر أو زواج الرجل بامرأة ثانية لا يتم إلا عبر رقابة القاضي وتحت إشرافه مباشرة.

6- لإصدار الأمر الولائي المتضمن الإذن بالزواج لا يكتفي القاضي بمراقبة مدى توافر شروط وإجراءات منح هذا الإذن، بل يستند أيضا لاقتناعه الشخصي (سلطته التقديرية) إذ أنه يمكن أن تتعسف الزوجة الأولى في منح موافقتها على الزواج الثاني، فيتدخل القاضي هنا بما له من سلطة تقديرية لتقدير وموازنة مصلحة الطرفين من الزواج الثاني، حيث أنه إذا فشل في إقناع الزوجة الأولى بهذا الزواج وتبين له أن رفض الزوجة الأولى هذا الزواج الثاني كان بقصد الإضرار بالزوج، وتبين له مدى حاجة هذا الزوج إلى هذا الزواج، يمنح القاضي الإذن بهذا الزواج حتى بدون موافقة الزوجة الأولى وبالتالي حماية القاضي هذا الزوج من عواقب وأخطار عدم الزواج.

7- إن اعتماد القاضي على البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب بغض النظر عن قوتها الثبوتية، تساعده في حماية النسب وبالتالي حماية الأسرة خاصة في حالة انتفاء الطرق الشرعية لإثبات النسب أو تعارضها، كما أن اللجوء إلى البصمة الوراثية من شأنها توسيع دائرة أدلة ثبوت النسب وبالتالي حماية الأنساب وصيانة أعراض الناس.

8- إعطاء المشرع الجزائري الحق في تثبيت الزواج العرفي لكلا الزوجين ولكل من له مصلحة في تثبيت هذا الزواج من شأنه المساهمة في حماية الأسرة، وذلك بتحقيق هدف من أهداف

# خاتمـــــــة

إنشائها ألا وهو المحافظة على الأنساب، ولن يتأتى تثبيت هذا الزواج العرفي إلا عبر صدور حكم من القاضي يقضي بتثبيت هذا الزواج العرفي، كما أن أثر هذا الحكم لا يتوقف على حماية العلاقة الزوجية بإثباتها بين الزوجين ولا يتوقف على حماية نسب الأطفال الناتجين عن هذا الزواج العرفي، وإنما يمتد أثر هذا الحكم إلى أبعد من هذا ليصل إلى حد حماية الآداب العامة في المجتمع من خلال رفض القاضي، عدم تثبيت الزواج العرفي كون أن أصل العلاقة هي علاقة غير شرعية أو لأي سبب أخر، وبالتالي حرصه على عدم اختلاط الأنساب في المجتمع.

9- نظرا للخصوصية التي قد تتميز بها القضايا الأسرية لاسيما في مسائل انحلال الزواج، فقد وضع المشرع الجزائري بيد القاضي آليات قانونية وقائية ذات طابع إجرائي إصلاحي، هدفها الأساسي المحافظة على الأسرة من التفكك بإعادة العلاقة الزوجية إلى حالتها الطبيعية، تكمن هذه الآليات في إجراءات الصلح والتحكيم، كما أن المشرع الجزائري لم يكتفي بهذه الحماية الوقائية للأسرة إذ خول للقاضي في حال تعذر الإصلاح بين الزوجين المتنازعين اتخاذ إجراءات وتدابير استعجالية مؤقتة خلال سير دعوى فك الرابطة الزوجية، هدفها بالدرجة الأولى ضمان حماية استعجالية مؤقتة لحقوق بعض أطراف الأسرة لاسيما الأطراف الضعيفة.

10- يبرز دور القاضي في حماية الأسرة بإشرافه مباشرة على إجراء الصلح بين الزوجين، كما يبرز دوره الفاعل في حماية الأسرة أيضا عند اختلاف الحكمين، وذلك بتدخله المباشر إما بتعيين حكم مرجح للحكمين المختلفين لترجيح رأي أحد الحكمين، وإما بتبديلهما وتعيين بدلهما حكمين أخرين لحماية العلاقة الزوجية وهذا ما أشارت إليه بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية.

# خاتمـــــــة

11- يتدخل القاضي لحماية الأسرة باعتباره قاضي استعجال في قضايا النفقة والحضانة والزيارة والمسكن باتخاذه تدابير مؤقتة في شكل أمر على ذيل العريضة، تهدف بالدرجة الأولى لحماية ورعاية حقوق الطفل المحضون وذلك في وقت قصير وإجراءات بسيطة وسهلة.

12- إن دور القاضي في حماية الأسرة خلال انحلال الرابطة الزوجية لا يمكن حصره في الدور الإجرائي الإصلاحي (إجراءات الصلح والتحكيم والتدابير المؤقتة) الذي يقوم به للمحافظة على العلاقة الزوجية فقط، بل يصل إلى أبعد من ذلك من خلال إقراره لبعض الحقوق لأفراد الأسرة عند نظره وفصله في دعوى فك الرابطة الزوجية، وهذا ما اصطلحنا على تسميته بالحماية القضائية الموضوعية للأسرة خلال انحلال الرابطة الزوجية، كون أن الجهة المختصة بإقرار هذه الحقوق تتمثل في القاضي فهي حماية قضائية وكون أن هذه الحماية تنصب على إقرار حق من حقوق أفراد الأسرة فهي حماية موضوعية.

13- إن حماية القاضي لأفراد الأسرة خلال انحلال الرابطة الزوجية تتجسد في حماية وإقرار مختلف حقوقهم بعد فك هذه الرابطة، حيث يمكن أن تضيع هذه الحقوق نتيجة إهمال ولامبالاة الأبوين بالنسبة لحقوق الطفل كحقه في النفقة، أو نتيجة تحايل وتعسف أحد طرفي العلاقة الزوجية (الزوج أو الزوجة) بالنسبة لحقوق الزوجين.

كانت هذه أبرز النتائج المتوصل إليها في هذا البحث إضافة إلى عدة نتائج أخرى نترك للقارئ الرجوع إليها في ثنايا هذا البحث حتى لا يصبح عملنا مجرد سرد لما قمنا به، ومهما كان التنظيم القانوني محكما وحريصا على استقرار وحماية الأسرة، فإن المشرع الجزائري في عدة مواطن ومواضع لم يُوفق في تجسيد الحماية اللازمة للأسرة بواسطة القضاء لاسيما في المنازعات التي وضع لها القانون حلول، إذ أن القاضي في هذه الحال مجبر وملزم للفصل في

# خاتمـــــــة

هذه المنازعات، باتباع وتطبيق الحلول التي وضعها المشرع على أساس أن القاضي هو مجرد مطبق للنصوص القانونية، فلا مجال لإعمال سلطته التقديرية لإيجاد حلول لهذه المنازعات، وحتى في المسائل والمنازعات التي لم يضع لها القانون حلولا فإن الحماية المضمونة للأسرة من طرف القاضي، تختلف وتتفاوت من قاض إلى أخر إذ أن هناك قضاة يحرصون فعلا على حماية الأسرة وحقوق أفرادها ببذلهم أقصى جهودهم لحمايتها، لكن في المقابل هناك قضاة هداهم الله تعالى نجدهم يبذلون الحد الأدنى من جهدهم لحماية الأسرة، وهذا ما لمسناه من الناحية العملية في المقابلات التي كنا نجريها مع بعض القضاة، فعلى سبيل المثال في منح الإذن بالزواج للزوجة القاصرة نجد القاضي الحريص على حماية مصلحة هذه الزوجة القاصرة، لا يكتفي بالملف المقدم لطلب الترخيص لمنح الإذن بالزواج، بل يقوم بالتحقق من رضا هذه الزوجة القاصرة بسماعها على انفراد وسماع وليها وحتى سماع أحد أقاربها وجيرانها، ليتأكد له بأن هذه الزوجة القاصرة غير مكرهة على هذا الزواج، في حين نجد القاضي غير الحريص على حماية الأسرة يكتفي فقط بدراسة ملف طلب الترخيص ثم بعد هذا يمنح الإذن بالزواج.

بناء على هذا وتدعيما وتعزيزا للحماية القضائية للأسرة وجب وضع بعض الحلول والاقتراحات لمعالجة هذه النقائص وإن كانت قليلة بالنسبة للقارئ، إلا أنها تساهم في توسيع الحماية القضائية للأسرة وتجسيدها بصورة فعالة، نذكر أهمها فيمايلي:

– بخصوص حماية المعدول عنه من العدول التعسفي في الخطبة، نقترح إعادة صياغة نص المادة 03/05 من ق.أ.ج على النحو الآتي "يعد الطرف العادل متعسفا في استعمال حق العدول عن الخطبة، متى تبين للقاضي خروج الطرف العادل عن السلوك المألوف للشخص العادي، الذي يترتب عليه إلزام الطرف العادل بجبر الضرر على أساس المسؤولية التقصيرية"، فبهذه

# خاتمـــــــة

الصياغة كما قال أستاذنا "**بن شويخ الرشيد**" نخرج العدول المجرد ولو حصل فيه ضرر لنقيم المسؤولية التقصيرية فقط في مجال التعسف في استعمال الحق أو سوء استعماله حيث يثبت الخطأ.

– بخصوص حماية القاضي للمشترط عليه عند تعذر الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج، فتأسيا بالقانون المغربي نقترح صياغة نص جديد ضمن نصوص ق.أ.ج يتضمن حق المشترط عليه اللجوء إلى القضاء لطلب إعفاءه من الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج، أو تعديله عندما يصبح الوفاء به مرهقا وراجع إلى أسباب طارئة منعته من الوفاء بالشرط، أو فرضت عليه عدم الالتزام بالشرط ما دام الظرف الطارئ الذي حال دون الوفاء به قائما، أو نقترح ترخيص المشرع للقاضي بنص صريح في ق.أ.ج العمل بموجب أحكام المادة 03/107 من ق.م.ج (العمل بنظرية الظروف الطارئة) في حال تعذر الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج.

– بخصوص أساس إقرار التعويض عن ضرر عدم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج، نقترح تأسيس إقرار التعويض على أساس المسؤولية العقدية، باعتبار أن المساءلة تتم في إطار عقد الزواج الصحيح كما أن المسؤولية العقدية ، تعتبر في حد ذاتها جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها.

– بخصوص حماية القاضي للقصر عند انعقاد زواجهم، فتعزيزا لهذه الحماية واقتداء بالمشرع المغربي نقترح حصر الوسائل التي يعتمد عليها القاضي لمنح الإذن بزواج القاصر في الوسائل الآتية: سماع القاصر وأبويه أو نائبه الشرعي، اجراء خبرة طبية، اجراء بحث اجتماعي، لأنه من الناحية العملية نجد أن المحاكم الجزائرية تعتمد على وسيلتين أساسيتين وهما: سماع القاصر وأبويه، الخبرة الطبية.

# خاتمـــــــة

– بخصوص حماية القاضي للأسرة بتثبيت الزواج العرفي، نقترح وتأسيا ببعض التشريعات العربية للقضاء أو الحد من ظاهرة الزواج العرفي، صياغة نصوص قانونية ضمن ق.ع.ج تتضمن تسليط عقوبات بدنية ومالية على كل من ساهم في عقد هذا الزواج العرفي.

– بخصوص حماية القاضي للنسب بالطرق العلمية، فأمام الفراغ القانوني لتنظيم العمل بالبصمة الوراثية فإن مسألة الحماية تبقى نسبية، وعليه وتدعيما لمبدأ حماية النسب باعتبار أن حماية النسب هو حماية للأسرة نقترح إدراج ضمن نصوص ق.أ.ج الآليات والضوابط التي نص عليها قرار المجمع الفقهي رقم 07 في دورته 16 المنعقدة بمكة المكرمة بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها في المدة من 05 إلى 10 جانفي 2002.

– بخصوص حماية القاضي للأسرة عبر آلية الصلح القضائي، نقترح على المشرع الجزائري تحديد الحد الأدنى لمحاولات الصلح بثلاث (03) محاولات على الأقل يقوم بها القاضي لإنهاء النزاع القائم بين الزوجين، إذ أنه من الناحية العملية هناك العديد من القضاة يقومون بمحاولة واحدة فقط للإصلاح بين الزوجين، وبعد فشل هذه المحاولة يحكمون مباشرة بفك الرابطة الزوجية.

– بخصوص حماية القاضي للأسرة عبر آلية التحكيم الأسري، ندعو المشرع الجزائري إلى تدارك النقص المتعلق بحكم اختلاف الحكمين التي أغفلها في نص المادة 56 من ق.أ.ج، وتبني الحلول التي نصت عليها بعض التشريعات العربية لمعالجة هذه المسألة، والتي تكمن في اعتماده على احدى الآليتين وهما: تعيين القاضي لحكم مرجح مهمته ترجيح رأي أحد الحكمين المختلفين، أو تدخل القاضي لتعيين حكمين أخرين بدلا عن الحكمين المختلفين مهمتهما تقريب وجهات النظر بين الزوجين المتنازعين ومحاولة الإصلاح بينهما.

# خاتمـــــــة

– ينبغي على المشرع الجزائري في القضايا المستعجلة وحماية للأسرة، توسيع صلاحيات قاضي شؤون الأسرة باعتباره قاضي استعجال، بإعطاءه سلطة الفصل والاختصاص بكل القضايا التي يتوافر فيها عنصر الاستعجال دون الرجوع إلى رئيس المحكمة.

– رغم أن المشرع الجزائري قد نظم إجراءات التقاضي في قضايا شؤون الأسرة في ق.إ.م.إ ، إلا أننا نضم رأينا إلى الآراء التي تنادي بضرورة إصدار تقنين مستقل وخاص بإجراءات التقاضي في مادة الأحوال الشخصية كما هو الشأن في التشريع المصري، ليكون بمثابة مرجع يحدد للقضاة والمحامون وغيرهم كل إجراءات التقاضي في شؤون الأسرة.

– إن هذا الاقتراح الأخير وإن لم يكن له علاقة بموضوع بحثنا إلا أننا نورده ما دام يتعلق بموضوع الأسرة وهو: تغيير اسم ق.أ.ج إلى اسم قانون الأحوال الشخصية الجزائري، تماشيا مع معظم تشريعات الأحوال الشخصية العربية هذا من جهة، ومن جهة فإن هناك مسائل منصوص عليه في ق.أ.ج لا تمت بصلة للأسرة مثل عقود التبرع، هذه الأخيرة التي نجد معظم المؤلفات والكتب تدرجها ضمن مجال الأحوال الشخصية.

في الأخير فإن كل عمل بطبيعة الحال لا يخلو من نقص، فقد حاولنا بكل ما أُوتينا من قوة الإحاطة والإلمام بهذا الموضوع قدر المستطاع من خلال التطرق لجل ومعظم مظاهر الحماية القضائية للأسرة خلال إنشاء وفك الرابطة الزوجية، فما لم يُدرك كله لا يُترك جله، وتبقى هناك عدة مسائل أخرى لم نتطرق إليها إما أنها سقطت منا سهوا وغفلة أو أن موضوع البحث لم يسعها، ويبقى هذا الجهد المتواضع عرضة للنقد والتصويب من طرف الخبراء والمتخصصين، إلا أننا نؤكد على أصالة وحداثة هذا الموضوع ضمن مجال العلوم القانونية،

# خاتمـــــــة

لعله يكون إضافة من الإضافات التي تساهم في إثراء المنظومة القانونية ولو بشيء يسير، هذا فإن أصبت فمن الله وحده والفضل له تعالى وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان.

# قائمة المصادر والمراجع

# قائمة المصادر والمراجع

## أولا: قائمة المصادر

### 1/- القرآن الكريم وتفاسيره.

1- القرآن الكريم.

2- **أبي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي،** تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد السلامة، ط 2، دار طيبة، الرياض-السعودية سنة 1999، ج03.

3- **أبي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي،** تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد السلامة، ط 02، دار طيبة للنشر، الرياض-السعودية، سنة 1999، ج02.

4- **أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي،** الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي بمشاركة محمد رضوان عرقسوسي وماهر حبوش، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، سنة 2006، ج06.

5- **أبي جعفر محمد بن جرير الطبري،** جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق وتعليق محمود محمد شاكر وراجعه وخرج أحاديثه أحمد محمد شاكر، ط02، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ج07.

6- **محمد الرازي فخر الدين ابن ضياء الدين عمر،** تفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب، د ط، دار الفكر، د ب ت ن، ج05.

7- **محمد الرازي فخر الدين ابن ضياء الدين عمر،** تفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب، د ط، دار الفكر، د ب ت ن، ج09.

### 2/- السنة النبوية الشريفة

1- **أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري،** ط 1، دار الفكر، بيروت-لبنان، د ت ن.

2- **أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني،** تحقيق محمد عبد العزيز الخالدي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان سنة 1996، ج02.

3- **أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه،** سنن ابن ماجه، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه محمد ناصر الدين الألباني، ط01، مكتبة المعارف، الرياض، د ت ن.

4- **أبي عبد الله أحمد بن حنبل،** مسند الإمام الحافظ أبي عبد الله أحمد بن حنبل، حديث رقم2048، د ط، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، سنة 1998.

5- **أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي،** الجامع الكبير، تحقيق بشار عواد معروف، ج 03.
6- **علي بن عمر الدارقطني،** سنن الدارقطني، كتاب الأقضية، ط1، دار ابن حزم، بيروت- لبنان سنة2011.
7- **محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري أبو عبد الله،** صحيح البخاري، د ط، مركز الدراسات والإعلام، دار اشبيليا، د ب ت ن، ج03.
8- **محمد بن عيسى بن سورة الترمذي،** سنن الترمذي، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، ط 1، مكتبة المعارف، الرياض، د ت ن.

**3/- المعاجم والقواميس**

1- **أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي الأنصاري الحزرجي المصري،** لسان العرب، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، د ت ن، ج01.
2- **أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي،** المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق عبد العظيم الشناوي، ط 2، دار المعارف، القاهرة، د ت ن، ج01.
3- **أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا،** معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، د ط، دار الفكر، د ت ب ن، ج 03.
4- **أنيس ابراهيم،** المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط 02، دار المعارف، مصر، سنة 1973.
5- **بطرس البستاني،** معجم وسيط اللغة العربية، مجمع اللغة العربية، مكتبة لبنان، د ب ت ن، ج 02.
- **موريس نخلة، روجي البهلبكي وصلاح مطر،** القاموس القانوني الثلاثي، قاموس قانوني موسوعي شامل ومفصل، عربي-فرنسي-إنجليزي، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، سنة 2002.
6- **مجد الدين الفيروز آبادي،** القاموس المحيط، تحقيق أنس محمد الشامي وزكريا جابر أحمد، د ط، دار الحديث، القاهرة سنة 2008.

**4/- النصوص القانونية والتنظيمية**

**أ- النصوص القانونية الدولية**

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 1948/12/10.
2- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المؤرخ في 1966/12/16.

3- اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 1989/11/10.
4- اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) المؤرخة في 1979/12/18.

**ب- النصوص القانونية الوطنية**

**1- النصوص القانونية**

1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر بتاريخ 1996/11/28 ج.ر .ج.ج.د.ش رقم 76 المؤرخة في 1996/12/08، المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 2002/04/10، ج.ر رقم 25 المؤرخة في 2002/04/14، والمعدل بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 2008/11/15، ج.ر رقم 63المؤرخة في 2008/11/16، والمعدل بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 2016/03/06 ج.ر رقم 14 المؤرخة في 2016/03/07.
2- **الأمر 75-58** المؤرخ في 1975/09/29 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 78 المؤرخة في 1975/09/30 المعدل والمتمم **بالقانون رقم 88-14** المؤرخ في 1988/05/03 ج ر رقم 18 المؤرخة في 1988/05/04، **وبالقانون رقم 05-10** المؤرخ في 2005/06/20 ج ر رقم 44 المؤرخة في 2005/06/26، **وبالقانون رقم 07-05** المؤرخ في 2007/05/13 ج ر رقم 31 المؤرخة في 2007/05/13.
3- **الأمر 66-154** المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم، ج ر للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 47 المؤرخة في 1966/06/09، المعدل **بالقانون رقم 08-09** المؤرخ في 2008/02/25، ج ر رقم 21 المؤرخة في 2008/04/23.
4- **الأمر 66-156** المؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، ج ر للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 49، المؤرخة في 1966/06/11، المعدل والمتمم، بموجب **القانون 16-02** المؤرخ في 19 يونيو 2016 ج ر رقم 37 المؤرخة في 2016./06/22
5- **أمر رقم 70-20** مؤرخ في 1970/02/19، بتعلق بالحالة المدنية، ج.رج.ج.د.ش العدد 21 السنة السابعة، المؤرخة في 1970/02/27، المعدل والمتمم بموجب القانون 14-08 المؤرخ في 2014/08/08، العدد 49، السنة الواحد والخمسون المؤرخة في 2014/08/20.
6- **القانون رقم 84-11** المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 24، المؤرخة في 1984/06/12، المعدل والمتمم بموجب **الأمر رقم 05-02** الصادر بتاريخ 2005/02/27، ج ر رقم 15، الصادرة بتاريخ

2005/02/27، والمصادق عليه **بالقانون رقم 05-09** المؤرخ في 2005/05/04، ج ر رقم 43 المؤرخة في 2005/06/22.

7- **قانون رقم 12/15** مؤرخ في 15 يوليو سنة 2015، يتعلق بحماية الطفل، ج ر ج ج د ش، العدد 39 الصادر بتاريخ 19 يوليو 2015.

8- **قانون رقم 01/15** المؤرخ في 04 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج ر ج ج د ش، العدد 01، بتاريخ 07 يناير 2015.

**2- النصوص التنظيمية**

1- **المرسوم التنفيذي رقم 24-92** المؤرخ في 1992/01/18 المعدل والمتمم للمرسوم 71-157 المؤرخ في 1971/06/03 المتعلق بتغيير اللقب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 05، بتاريخ 1992/01/22.

2- **المنشور الوزاري رقم 84/102** الصادر في 1984/12/23، المتضمن تطبيق وتفسير المادة 08 من ق.أ.ج.

3- **المنشور الوزاري رقم 14** الصادر في 1985/08/22.

4- **قرار وزاري مشترك مؤرخ في 18 يونيو 2015**، يُحدد الوثائق التي يتشكل منها طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة، ج ر، ج ج د ش، العدد 35 الصادر بتاريخ 28 يونيو 2015.

**ج- النصوص القانونية الأجنبية**

1- **قانون رقم 03-70** بمثابة مدونة الأسرة بتاريخ 2004/02/03، ج ر للمملكة المغربية رقم 5184 الصادرة بتاريخ 2004/02/05، المعدل بالقانون رقم 09-08 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 103-10 بتاريخ 2010/07/16 ج ر عدد 5859 بتاريخ 2010/07/26.

2- **الأمر المؤرخ في 1956/08/13** المتعلق باصدار **مجلة الأحوال الشخصية التونسية**، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، السنة.100، العدد 66 يتاريخ 1956/08/17.

3- **قانون الأحوال الشخصية الكويتي** رقم 51 لسنة 1984، ج ر الكويت اليوم العدد 1570 المؤرخة في 1984/07/23، المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1996 ج ر العدد 276 السنة الثانية والأربعون، والقانون رقم 29 لسنة 2004 ج ر العدد 664 السنة 50 وبالقانون رقم 66 لسنة 2007 ج ر العدد 852 السنة 54.

4- **قانون الأحوال الشخصية الإماراتي** رقم 28 لسنة 2005.

5- **مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري** الجديد 2009.

6- **مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية** 2001-052 المؤرخة في 19 جويلية 2001، ج ر للجمهورية الإسلامية الموريتانية، العدد 1004، المؤرخة في 15 أوت 2001.
7- **قانون الأحوال الشخصية الأردني** رقم 36 لسنة 2010، المؤرخ في 2010/10/26.
8- **قانون الأحوال الشخصية العراقي** رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته.
9- **القانون عدد 75 لسنة 1998** المؤرخ في 1998/10/28 المعدل والمتمم بالقانون **عدد 51 لسنة 2003** المؤرخ في 2003/07/07 المتعلق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. السنة 146، العدد 54 بتاريخ 2003/07/08.
10- **قانون الأحوال الشخصية السوداني** للمسلمين لسنة 1991.

## ثانيا: قائمة المراجع

### I- المراجع باللغة العربية

### 1/- الكتب العامة

### 1-1- الكتب الفقهية

### أ- الكتب الفقهية القديمة

1- **السيد سابق،** فقه السنة، ط 1، دار الحديث، القاهرة سنة 2004.
2- **أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن القيم الجوزية،** إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ج05.
3- **أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن القيم الجوزية،** زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب وعبد القادر الأرناؤوط، د ط، مؤسسة الرسالة، د ب ت ن، ج05، ص.108.
4- **أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم،** الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق إحسان عباس، د ط، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، د ت ن، ج02.
5- **أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم،** مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات ويليه نقد مراتب الإجماع للإمام الحافظ ابن تيمية، بعناية حسن أحمد، ط 01، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، سنة 1998.
6- **أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم،** المحلى بالآثار، كتاب النكاح، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان سنة 2003، ج09.

7- **أبي زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي،** روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف زهير الشاويش، ط 03، المكتب الإسلامي، بيروت-لبنان، سنة 1991، ج 03.

**8- أبي زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي،** شرح النووي على صحيح مسلم، ط 02، دار إحياء التراث العربي، بيروت، سنة 1392 ، ج 12.

9- **أبي زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي،** روضة الطالبين، ط 1، دار ابن حزم، بيروت- لبنان سنة 2002.

10- **أبي عبد الله محمد بن محمد عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني،** مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، د ط، دار عالم الكتب، د ب ت ن، ج05.

11- **أبي عبد الله محمد الخرشي،** الخرشي على المختصر الجليل للإمام أبي الضياء سيدي خليل، ط 2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر سنة 1317، ج03.

12- **أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد،** بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 3، مكتبة الخانجي، القاهرة، سنة 1994، ج02.

13- **أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي،** كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق وتقديم وتعليق محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، ط01، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض-البطحاء، سنة 1987، ج02.

14- **أبي بكر أحمد الرازي الجصاص،** أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، د ط، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت-لبنان، سنة 1992، ج02.

15- **أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري،** الحاوي الكبير في فقه المذهب الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني، تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان سنة 1994، ج09.

16- **أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري،** أدب القاضي، د ط، دار الكتب العلمية، د ب ن، سنة 1998، ج 01.

17- **أبو العباس أحمد الصاوي،** بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، د ط، دار المعارف، د ب ن، د ت ن، ج 01.

18- ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، المجلد الثاني والثلاثون،(النكاح)، مكتبة المعارف، المغرب، بدون سنة.

19- **ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم بن محمد،** البحر الرائق شرح كنز الدقائق، د ط، مصورة عن الطبعة المصرية، د ب ت ن، ج 07.

20- **ابن فرحون ابراهيم بن علي بن محمد،** تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 01.

21- **أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي الحميري،** المدونة الكبرى، د ط، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، د ت ن، ج 05.

22- **الصادق عبد الرحمن الغرياني،** مدونة الفقه المالكي وأدلته، د ط، مؤسسة الريان، لبنان، سنة 2002، ج 03.

23- **شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني،** مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، د ط، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د ت ن، ج02.

24- **شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير،** نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د ت ن، ج06.

25- **شمس الدين السرخسي،** المبسوط، د ط، دار المعرفة، بيروت-لبنان، د ت ن، ج03.

26- **علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي،** الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، كتاب النكاح، تحقيق رائد بن صبري ابن أبي علفة، د ط، شركة بيت الأفكار الدولية، لبنان سنة 2004، ج02.

27- **عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي،** الاختيار لتعليل المختار، تعليق محمود أبو دقيقة، د ط،دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د ت ن، ج03.

28- **عز الدين بن عبد السلام،** قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، د ط، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1991، ج 01.

29- **عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي،** الاختيار لتعليل المختار، د ط، دار المعرفة، لبنان، سنة 1975، ج 03.

30- **عبد الرحمن محمد عوض الجزيري،** كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ط 01، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، سنة 2001.

31- **فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي،** تبيين الحقائق شرح كنوز الدقائق، ط 1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر سنة 1314ه، ج04.

32- **محمد علي الصابوني،** روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن، ط 03، مكتبة الغزالي-دمشق ومؤسسة مناهل العرفان -بيروت، سنة 1980، ج 01.

33- **محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار،** شرح الكوكب المنيرالمسمى بمختصر التحرير أو المختبر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه، تحقيق **محمد الزحيلي ونزيه حماد،** د ط، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، مكتبة العبيكان، المملكة العربية السعودية، سنة 1993، ج01.

34- **موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي،** المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد آكلو، ط 3، دار عالم الكتاب، الرياض-السعودية سنة 1997، ج09.

35- **موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي،** المغني والشرح الكبير، د ط، دار الكتاب العربي، د ب ن، سنة 1983، ج 04.

36- **محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرابي،** بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 04، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، سنة 1985، ج02.

37- **ناصر الدين أبي الخير عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي الشافعي البيضاوي،** أنوار التنزيل وأسرار التأويل المعروف بتفسير البيضاوي، إعداد وتقديم محمد عبد الرحمن المرعشلي، د ط، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت-لبنان، د ت ن، ج 02.

**ب- الكتب الفقهية الحديثة**

1- **أحمد عبد الرزاق السنهوري،** مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، محل العقد، ط 1، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت-لبنان، د ت ن، ج03.

2- **أحمد عبد الرزاق السنهوري،** مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان سنة 1998، ج03.

3- **أسامة عبد العليم الشيخ،** البلوغ وأثره في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 2008.

- **الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا،** شرح القواعد الفقهية، مصححة ومعلق عليها مصطفى أحمد الزرقا، ط 02، دار القلم، دمشق، سنة 1989.

4- **أبي حامد محمد بن محمد الغزالي،** المستصفى من علم الأصول، تحقيق أحمد زكي حماد، ط 1، دار الميمان، الرياض- السعودية، د ت ن، ج02.

5- **حسن سهيل الجميلي،** القسم بين الزوجات في الشريعة الإسلامية، شبكة الألوكة.

6- **صالح بن غانم السدلان،** النشوز، ضوابطه-حالاته-أسبابه-طرق الوقاية منه-وسائل علاجه في ضوء القرآن والسنة، ط 04، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض-المملكة العربية السعودية، سنة 1417هـ.

7- **عبد الوهاب خلاف،** أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط02، دار القلم، الكويت، سنة 1990.

8- **فتحي الدريني،** نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان سنة 1988.

9- **مصطفى أحمد الزرقا،** المدخل الفقهي العام، ط 2، دار القلم، دمشق سنة 2004، ج01، ص.575.

- **محمد شتى أبو السعد،** أحكام العقود المعلقة على شرط، د ط، دار الجامعة الجديدة، القاهرة سنة 2000.

10- **فتحي الدريني،** بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط 2، مؤسسة الرسالة، دمشق-سوريا سنة 2008، ج02.

11- **محمد جمال الدين القاسمي،** محاسن التأويل، د ط، دار الكتب العلمية، بيروت سنة 1997، ج04.

- **محمد بن صالح العثيمين،** الشرح الممتع على زاد المستقنع، د ط، دار ابن الجوزي، السعودية، د ت ن، ج12.

12- **محمد سعيد رمضان البوطي،** ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، د ط، مؤسسة الرسالة، د ب ت ن.

13- **منير العجلاني،** عبقرية الإسلام في أصول الحكم، ط 03، دار النفائس، د ب ت ن.

14- **محمود علي السرطاوي،** التحكيم في الشريعة الإسلامية، ط 01، دار الفكر، عمان، سنة 2007.

15- **وهبة الزحيلي،** الفقه الإسلامي وأدلته، د ط، دار الفكر سنة 1992، ج04.

16- **وهبة الزحيلي،** نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط 9، دار الفكر، سوريا سنة 2012.

17- **وهبة الزحيلي،** قضايا الفقه والفكر المعاصر، ط01، دار الفكر، دمشق، سنة 2006.

## 1-2- الكتب القانونية

1- **الغوثي بن ملحة،** القانون القضائي الجزائري، ط 02، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2000.

2- **الغوثي بن ملحة،** قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، د ط، الديوان الوطني للأشغال التربوية سنة 2001.

3- **أحمد أبو الوفا،** التحكيم الاختياري والإجباري، ط 04، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 1983.

4- **إدريس فاضلي،** الوجيز في النظرية العامة للالتزام، د ط، قصر الكتاب للنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2007/2006.

5- **أبو زيد رضوان،** الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1981.

6- **بلحاج العربي،** النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر سنة 2004، ج01.

7- **بلحاج العربي** ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-والقانون)، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون – الجزائر سنة 2001، ج2.

8- **بربارة عبد الرحمن،** شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 02، منشورات بغدادي، الجزائر، سنة 2009.

9- **براهيمي محمد،** القضاء المستعجل، ط 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2007.

10- **بشير بلعيد،** القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، د ط، مطبعة قرفي عمارة باتنة- الجزائر، سنة 1993.

11- **خميس السيد اسماعيل،** موسوعة القضاء المستعجل، ط 03، دار المعارف، القاهرة، سنة 1990-1991.

12- **خالد ممدوح ابراهيم،** التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، د ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2008.

13- **طاهري حسين،** قضاء الاستعجال فقها وقضاء، د ط، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2005.

14- **علي فيلالي،** الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط 2، موفم للنشر سنة 2007.

15- **علي فيلالي،** الالتزامات، النظرية العامة للعقد، د ط، موفم للنشر، الجزائر سنة 2008.

16- **علي محي الدين،** مبدأ الرضا في العقود، ط 2، دار البشائر الإسلامية، د ب ن سنة 2002، ج02.

17- **عبد الرزاق أحمد السنهوري،** الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان سنة 2011، المجلد الثاني،ج01.

18- **عبد الرزاق أحمد السنهوري،** الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان سنة 2011، المجلد الثاني،ج01.

19- **عمر زودة،** الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، د ط، دار أنسيكلوبيديا، الجزائر، د ت ن.

20- **عبد الناصر موسى أبو البصل،** نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، تقديم محمد نعيم ياسين، د ط، دار النفائس، الأردن، د ت ن.

21- **قحطان الدوري،** عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون، ط 01، مطبعة الخلود، بغداد، سنة 1985.

22- **محمد حسن منصور،** النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية سنة 2003.

23- **محمود محمد ناصر بركات،** السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط 1، دار النفائس، عمان-الأردن سنة 2007.

24- **محي الدين اسماعيل،** نظرية العقد، د ط، دار النهضة العربية، د ب ن سنة 1994.

25- **مصطفى العوجى،** القانون المدني (المسؤولية المدنية)، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، د ب ن، سنة 2004، ج03.

26- **مختار بربري،** التحكيم التجاري الدولي، ط 02، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1999.

27- **مهند أحمد الصانوري،** دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ط 01، دار الثقافة، عمان، سنة 2005.

# قائمة المصادر والمراجع

28- **محمود السيد عمر التحيوي،** الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، د ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 2003.

29- **مصطفى حسيني،** المفيد في التجارة الدولية وقواعدها، د ط، د د ب ن، سنة 2014-2015.

30- **محمد علي راتب وآخرون،** قضاء الأمور المستعجلة، ط 07، عالم الكتب، القاهرة، سنة 1985، ج 01.

31- **محمود السيد التحيوي،** أوامر الآداء وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية، د ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2003.

32- **محمد صبري السعدي،** شرح القانون المدني الجزائري، د ط، دار الهدى للطبع والنشر والتوزيع-الجزائر، سنة 2004.

33- **نبيل اسماعيل عمر،** سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية(دراسة تحليلية وتطبيقية)، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر سنة 2008.

34- **ناريمان عبد القادر،** اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1996.

## 2/- الكتب المتخصصة

1- **أحمد شامي،** قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية سنة 2010.

2- **أحمد المصطفى،** في الأحوال الشخصية، د ط، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان سنة 2008.

3- **الغوثي بن ملحة،** قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر سنة 2008.

4- **أحمد الأمراني،** السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، تقديم محمد السيسي وابراهيم بحماني، ط 01، دار القلم، الرباط-المغرب، سنة 2011.

5- **أشرف عبد الرزاق ويح،** موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، د ت ن.

6- **المصري مبروك،** الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، د ط، دار هومة، الجزائر، سنة 2010.

7- **أحمد محمد المومني واسماعيل أمين نواهضة،** الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة، عمان-الأردن، سنة 2009.

8- **أحمد بن يوسف بن أحمد الدريوش،** الزواج العرفي، حقيقته وأحكامه، آثاره والأنكحة ذات الصلة به، دراسة فقهية مقارنة، ط01، دار العاصمة، المملكة العربية السعودية، سنة 1426-2005.

9- **أسامة عمر سليمان الأشقر،** مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، زواج المسيار، الزواج العرفي، الفحص الطبي، الزواج بنية الطلاق،ط01، دار النفائس، الأردن، سنة 1420-2000.

10- **أحمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور علي،** أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة)، ط 01، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2009/2008.

11- **أحمد محمد علي داود،** الأحوال الشخصية، ط 1، دار الثقافة، عمان - الأردن سنة 2009.

12- **بن شويخ الرشيد،** شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط 1، دار الخلدونية، القبة-الجزائر سنة 2008.

13- **بلحاج العربي، أ**حكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط 1، دار الثقافة، عمان - الأردن سنة 2012.

14- **بلحاج العربي،** الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون - الجزائر سنة 2005.

15- **بلحاج العربي،** الأحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة، د ط، دار هومة، بوزريعة-الجزائر، د ت ن، ج02.

16- **بلحاج العربي،** قانون الأسرة-مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2000.

17- **بن الشيخ آث ملويا لحسين،** المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، د ط، دار هومة، الجزائر، سنة 2005، ج 01.

18- - **باديس ذيابي،** حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، إقرار، بينة، تلقيح اصطناعي، البصمة الوراثية (ADN)، نظام تحليل

الدم(ABO)، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، د ط، دار الهدى، عين مليلة–الجزائر، سنة 2010.

19– **باديس ذيابي**، آثار فك الرابطة الزوجية، تعويض، نفقة، العدة، حضانة، متاع، ط 01، دار الهدى، عين مليلة–الجزائر، سنة 2008.

20– **باديس ذيابي**، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، د ط، دار الهدى، عين مليلة–الجزائر، سنة 2012.

21– **بلخير سديد**، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة، ط 01، دار الخلدونية، القبة القديمة–الجزائر، سنة 2009.

22– **جميل فخري محمد جانم**، التدابر الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، د ط، دار الحامد، عمان–الأردن سنة 2008.

23– **جميل فخري محمد جانم**، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، ط01، دار الحامد، عمان–الأردن، سنة 2009.

24– **جميل فخري محمد جانم**، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط 01، دار الحامد، عمان–الأردن، سنة 2009.

25– **جمال بن محمد بن محمود**، الزواج العرفي في ميزان الإسلام، راجعه الشبخ علي أحمد عبد العال الطهطاوي، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت–لنان، سنة 1424–2004.

26– **حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد**، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، ط02، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2011.

27– **حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد**، الزواج العرفي بين الحظر والإباحة، دراسة تأصيلية مقارنة، ط01، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2011.

28– **زكي الدين شعبان**، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1968.

29– **سعيد عبد العظيم**، الزواج العرفي، ط02، دار القمة ودار الإيمان، الاسكندرية، سنة 2002.

30– **سعد عبد العزيز**، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، د ط، دار هومة–الجزائر، سنة 2013.

31– **سعد عبد العزيز**، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط04، دار هومة، الجزائر، سنة 2010.

32- **سعد عبد العزيز،** قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد-أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل- ط 02، دار هومة، الجزائر، سنة 2009.

33- **سعد عبد العزيز،** إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، د ط، دار هومة، الجزائر سنة 2013.

34- **سعد الدين مسعد هلالي،** البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، آفاق فقهية وقانونية جديدة، دراسة مقارنة، ط02، مكتبة وهبة، القاهرة، سنة 2010.

35- **شوقي ابراهيم عبد الكريم علام،** الولاية في عقد النكاح ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، سنة 2013.

36- **صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي،** أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج وآثارها، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي والاجتهاد القضائي، ط 1، جمعية دار البر، الإمارات العربية المتحدة، دبي سنة 2014.

37- **صالح بوغرارة،** حقوق الأولاد في النسب والحضانة، ط 01، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2013.

38- **عبير ربحي القدومي،** التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط 1، دار الفكر، عمان - الأردن سنة 2007.

39- **عدلي أمير خالد،** الجامع لأحكام وإجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، د ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 2002.

40- **عثمان محمد عبد الحق إدريس،** أحكام المعقود عليها قبل الدخول في الفقه الإسلامي، ط 01، دار النفائس-الأردن، سنة 2011.

41- **عمر صلاح الحافظ مهدي الغزاوي،** الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة) في إطار الفقه الإسلامي-التشريعات العربية والغربية، ط 1،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان سنة 2010.

42- **عطية علان،** تعدد الزوجات بين رشد الشريعة وطيش القوانين، شبكة الألوكة.

43- **عثمان التكروري،** شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 03، دار الثقافة-عمان، سنة 2010.

44- **عبد المطلب عبد الرزاق حمدان،** الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، ط 01، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2005.

45- **عدلي أمير خالد،** محكمة الأسرة، قواعد وإجراءات في ضوء أحكام وقوانين الأحوال الشخصية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 2005.

# قائمة المصادر والمراجع

46- **عبد رب النبي علي الجارحي،** الزواج العرفي، المشكلة والحل، والزواج السري ونكاح المتعة، والزواج العرفي عند المسيحية وزواج المسيار، د ط، دار الروضة، القاهرة، د ت ن.

47- **عبد الملك بن يوسف المطلق،** الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها، دراسة فقهية واجتماعية نقدية، تقديم وتقريظ عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، ط01، دار العاصمة، الرياض، سنة 1427-2006.

48- **فضيل العيش،** شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، د ط، مطبعة طالب، د ب ن، سنة 2007-2008.

49- **فارس محمد عمران،** الزواج العرفي وصور أخرى من الزواج غير الرسمي، د ط، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، سنة 2005.

50- **فراج حسين،** أحكام الأسرة في الإسلام، د ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2004.

51- **فاتن البوعيشي الكيلاني،** الفحوصات الطبية للزوجين قبل ابرام عقد الزواج، أسانيدها ومقاصدها، دراسة مقارنة، ط 01، دار النفائس، الأردن سنة 2011.

52- **مصطفى ابراهيم الزلمي،** أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة بالقانون، د ط، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان سنة 2011.

53- **محمد سمارة،** أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط01، دار الثقافة، عمان، سنة 2008.

54- **محمد أبو زهرة،** محاضرات في عقد الزواج وآثاره، د ط، دار الفكر العربي، د ب ت ن.

55- **محمد أبو زهرة،** الأحوال الشخصية، ط 02، دار الفكر العربي، د ب ت ن.

56- **محمد يعقوب الدهلوي،** حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها، دراسة فقهية تأصيلية، ط 01، دار الفضيلة-الرياض، سنة 2002.

57- **محمود علي السرطاوي،** شرح قانون الأحوال الشخصية، ط03، دار الفكر، عمان-الأردن، سنة 2010.

58- **ممدوح عزمي،** دعوى النفقة، د ط، دار الفكر الجامعي-الاسكندرية، د ت ن.

59- **ممدوح عزمي،** الزواج العرفي، د ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، د ت ن.

60- **محمد حسن منصور،** النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية سنة 2003.

# قائمة المصادر والمراجع

61- **ناصر جبر القرم،** دور القضاء الشرعي في إصلاح الأسرة، ط 1، دار الثقافة، عمان- االأردن سنة 2010.

62- **وزارة العدل للمملكة المغربية،** دليل عملي لمدونة الأسرة، الناشر جمعية المعلومة القانونية والقضائية، الطبع مطبعة فضالة، العدد 01 سنة 2004.

63- **يوسف دلاندة،** استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، د ط، دار هومة، الجزائر سنة 2011.

64- **يوسف دلاندة،** قانون الأسرة منقح بالتعديل التي أدخلت عليه مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث، ط 03، دار هومة-الجزائر، د ت ن.

## 3/- المذكرات والرسائل الجامعية

1- **اسمهان عفيف،** السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الغربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2011/2010.

2- **أمينة ناعيمي،** أحكام الشرط في القانون المدني المغربي على ضوء الفقه والعمل القضائي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدرا البيضاء، المغرب سنة 2007.

3- **المسيعديين خالد ابراهيم،** أحكام الصلح بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة، قسم الفقه وأصوله، جامعة مؤتة- الأردن، سنة .2006

4- **الطاهر برايك،** عقد الصلح، دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون-جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2002/2001.

5- **المستاري نور الهدى،** الخلع -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان، السنة الجامعية 2014/2013.

6- **إيمان معمري،** ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي، السنة الجامعية 2015/2014.

# قائمة المصادر والمراجع

7- **آيت شاوش دليلة**، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، السنة الجامعية 2014.

8- **بلبولة بختة**، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون-الجزائر، السنة الجامعية 2005/2004.

9- **بن شويخ صارة**، نظام توثيق الزواج بين الثابت والتطور، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة-المغرب، السنة الجامعية 2014/2013.

10- **بن عائشة لخضر**، إثبات الحقوق المالية للزوجين، دراسة مقارنة نقدية تحليلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، السنة الجامعية 2012/2011.

11- **براهيمي صالح**، الإثبات بشهادة الشهود في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة في المواد المدنية والجنائية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2012.

12- **باسل محمد يوسف قبها**، التعويض عن الضرر الأدبي (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، سنة 2009.

13- **بولحية جميلة**، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة للحصول علة درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1983.

14- **بلبشير يعقوب**، حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، السنة الجامعية 2013/2012.

15- **بن هبري عبد الحكيم**، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2015/2014.

16- **بن حليمة يمينة،** خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة-دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون- تيارت، السنة الجامعية 2012/2011.

17- **بوالزيت ندى،** الصلح الجنائي، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، فرع قانون العقوبات والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري-قسنطينة، السنة الجامعية 2009/2008.

18- **بن جناحي أمينة،** دور القاضي في الخلع، دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة آمحمد بوقرة-بومرداس، بتاريخ 2014/05/21.

19- **بلعابد عبد الغني،** الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر-دراسة تحليلية مقارنة- مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المؤسسات السياسية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري-قسنطينة، السنة الجامعية 2008/2007.

20- **تبودشت نعيمة،** الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون-الجزائر، السنة الجامعية 2000.

21- **حمدي رجب عطية،** دور المجني عليه في إنهاء الدعوى الجنائية، رسالة دكتوراه حقوق، القاهرة، سنة 1990.

22- **حمليل صالح،** إجراءات التقاضي في الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس-سيدي بلعباس، السنة الجامعية 1998.

23- **حميدو زكية،** مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، السنة الجامعية 2005/2004.

24- **حفيصة دونه،** أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي، السنة الجامعية 2015/2014.

25- **خوخي خالد،** التسوية الودية للنزاعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2012/2011.

# قائمة المصادر والمراجع

26- **خديجة أحمد أبو العطا،** الشروط المشترطة في عقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة سنة 2007.

27- **خليفة علي الكعبي،** البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2003.

28- **دزيري خليل،** دور القاضي في انعقاد الزواج وانحلاله، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 01، السنة الجامعية 2015/2014.

29- **زيدان عبد النور،** الصلح في الطلاق، دراسة للنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون-الجزائر، السنة الجامعية 2007/2006.

30- **سمير محمد المحادين،** صلاحيات قاضي الأمور المستعجلة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط-الأردن، السنة الجامعية 2014.

31- **سناء عماري،** التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي، السنة الجامعية 2015/2014.

32- **سعادي لعلى،** الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2015/2014.

33- **سلامي دليلة،** حماية الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون-الجزائر، السنة الجامعية 2008/2007.

34- **شامي أحمد،** السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2014/2013.

35- **صالح بوغرارة،** حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة-الجزائر، السنة الجامعية 2001.

# قائمة المصادر والمراجع

36- **صافية بولحارس،** سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2014/2013.

37- **صباطة سليمة،** دور القضاء في حماية الحقوق المعنوية والمالية للطفل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، السنة الجامعية 2016/2015.

38- **طاري سعيد،** التعسف في فرق الزواج وآثاره -دراسة مقارنة- رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران السانية، السنة الجامعية 2013/2012.

39- **عبد الرحمن موجبي،** التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006/2005.

40- **عوض بن محمد بن علي العمري،** إصلاح ذات البين ودوره في تماسك المجتمع المسلم، بحث مكمل لنيل درجة الماجستير في التربية الإسلامية والمقارنة، كلية التربية، جامعة أم القرى-المملكة العربية السعودية، الفصل الدراسي الثاني 1430/1429.

41- **عروي عبد الكريم،** الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية "الصلح والوساطة القضائية" طبقا لـــ ق.إ.م.إ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن عكنون-الجزائر، السنة الجامعية 2012.

42- **علي بن عوالي،** الصلح ودوره في استقرار الأسرة-دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، السنة الجامعية 2012/2011.

43- **عائدة البرماني غربال،** مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية (تونس مثالا)، رسالة ماجستير، حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، السنة الجامعية 2006.

44- **فؤاد بن شكرة،** آثار العودل عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة -دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2010/2009.

45- **فاسي عبد الله،** المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2015/2014.

46- **كريمة محروق،** عقد الزواج غير الموثق، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، قسم الشريعة والقانون، تخصص الأحوال الشخصية، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر-قسنطينة، السنة الجامعية 2007/2006.

47- **كريمة محروق،** الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درحة دكتوراه العلوم في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري -قسنطينة، السنة الجامعية 2015/2014.

48- **لعريبي إيمان،** الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2014/2013.

49- **لمطاعي نور الدين،** عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون - الجزائر، السنة الجامعية 2006.

50- **مسعودة نعيمة إلياس،** التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق- دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2010/2009.

51- **محفوظ بن صغير،** الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2009/2008.

52- **مسعودي يوسف،** الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة، المركز الجامعي بشار، السنة الجامعية 2007/2006.

53- **محمد حجاري،** نظام الإثبات في أحكام الأسرة-دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المصري والجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، سنة 2007.

# قائمة المصادر والمراجع

54- **مشهور محمد الدعيس،** الحكم القضائي والأمر الولائي في قانون المرافعات اليمني (دراسة تحليلية)، بحث مقدم استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدبلوم في قسم القانون الخاص بالأكاديمية اليمنية للدراسات العليا-صنعاء، سنة 2014.

55- **معتصم عبد الرحمن محمد منصور،** أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، السنة الجامعية 2007.

56- **نصير صبار لفتة،** التعويض العيني (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية صدام للحقوق، جامعة النهرين، العراق (جامعة صدام سابقا)، سنة 2001.

57- **نسرين إيناس بن عصمان،** مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2009/2008.

58- **نعيمة زيتوني،** دراسة تحليلية للمادة 53 من ق.أ.ج في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2005.

59- **وائل طلال سكيك،** التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية-غزة، فلسطين، سنة 2007.

60- **يومبعي عبد اللطيف،** التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي، السنة الجامعية 2015/2014.

61- **يوسفات علي هاشم،** أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، السنة الجامعية 2015/2014.

## 4/- المجلات العلمية

1- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية الصادرة عن معهد الحقوق، جامعة الجزائر 1984، ج03.

2- **أسامة محمد منصور الحموي،** آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 03 سنة 2011.

# قائمة المصادر والمراجع

3- **إياد محمد جاد الحق**، مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، دراسة تحليلية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد العشرون، العدد الأول يناير 2012، غزة –فلسطين.

4- **إلياس مسعودة نعيمة**، نظام الولاية في ابرام عقود الزواج بين الثابت والمستحدث، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد 02، المجلد 01، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة.

5- **الهادي أحمد محمد حسن**، تعدد الزوجات، الأسباب والضوابط، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 01 سنة 2010، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة القضارف، السودان.

6- **أمينة عبيشات وعماري ابراهيم**، إشكالية تعدد الزوجات بين الإباحة والتقييد في تشريعات الأسرة المقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد04 نوفمبر 2017، مخبر القانون الخاص المقارن، جامعة حسيبة بن بوعلي–الشلف.

7- **أحمد الصويعي شلبيك**، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، أُجيز النشر بتاريخ 2008/06/05، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

8- **أم الخير بوقرة**، دور البصمة الوراثية في حماية النسب، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 07، المجلد01، مخبر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر–بسكرة.

9- **الهادي الحسين شبيلي**، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب (نظرة شرعية)، مجلة المعيار، العدد 05، المجلد 03، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية–قسنطينة.

10- **العربي هشماوي وأحسن زقور**، حقيقة البصمة الوراثية ومجالات العمل بها، مجلة الدراسات الحقوقية ، العدد01، المجلد 04، جامعة طاهر مولاي–سعيدة.

11- **أحمد حسن الربابعة**، البعد المقاصدي لقاعدة سد الذرائع وأثره في درء مفاسد الزواج العرفي المعاصر، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد 02، المجلد27، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية–قسنطينة.

12- **أحمد عثمان المجدوب**، الصلح بين الزوجين، مجلة الجامعة الأسمرية، العدد 23، سنة 2014، الجامعة الأسمرية الإسلامية–ليبيا.

13- **أعراب بلقاسم**، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن –دراسة تأصيلية– المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 01، سنة 1994.

# قائمة المصادر والمراجع

14- **أيمن مصطفى الدباغ،** التعسف في الطلاق (حقيقته، معاييره، حالاته، الجزاء المترتب عليه)، مجلة جامعة الأقصى (سلسلة العلوم الإنسانية)، فلسطين، العددة 01، المجلد 18، يناير 2014.

15- **بلحاج العربي،** طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 03، 1990.

16- **بوقندول سعيدة،** دور البصمة الوراثية في مجال الإثبات في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 08ج02 جوان 2017، جامعة عباس لغرور-خنشلة.

17- **بن صغير مراد،** حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب-دراسة تحليلية مقارنة لمدى إنسجام تعيلات قانون الأحوال الشخصية الجزائري الحديثة مع الفقه الإسلامي، دفاتر السياسة والقانون، العدد09 جوان 2013، جامعة قاصدي مرباح -ورقلة.

18- **باسم علوان العقابي وإسراء فهمي ناجي،** الشرط المقترن بالعقد في الفقه الجعفري، مجلة رسالة الحقوق العلمية، المجلد الأول، العدد الأول سنة 2009، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق.

19- **بندر بن نافع العبدلي،** الشروط في العقود "دراسة حديثية فقهية"، مجلة العلوم الشرعية، المجلد 03، العدد 02 يوليو 2010، جامعة القصيم، المملكة العربية السعودية.

20- **بن زعمية محمد،** الزواج المبكر، مفهومه، حكمه وآثاره، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 04، جامعة سعد دحلب، البليدة.

21- **بن عومر محمد الصالح،** تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 02، سنة 2012، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر.

22- **بومدين محمد،** رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، العدد02، المجلد01، جامعة أحمد دراية-أدرار.

23- **بندر بن فهد السويلم،** البصمة الوراثية وأثرها في النسب، مجلة العدل، العدد 37، محرم 1429، وزارة العدل السعودية.

24- **بوسطلة شهرزاد،** ثبوت النسب بين القواعد الشرعية والبصمة الوراثية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد01 جانفي 2009، جامعة قاصدي مرباح-ورقلة.

25- **بن شويخ صارة،** نظم توثيق عقد الزواج في دول المغرب العربي، مجلة البحوث والدراسات القانونيةوالسياسية، العدد 01، سنة 2011، جامعة سعد دحلب -البليدة.

# قائمة المصادر والمراجع

26- **بلقاسم شتوان**، امتناع الزوج عن الانفاق وحق الزوج في طلب التفريق شرعا وقانونا، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطيمة، العدد 01، المجلد 01.

27- **بوبكر خلف**، مصلحة المحضون، دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر-بسكرة، العدد 44، جوان 2016.

28- **توفيق شندرالي**، مظاهر الاختلاف في قوانين الأحوال الشخصية العربية-نظام تعدد الزوجات أنموذجا- مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 04، المجلد 01، ديسمبر 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر.

29- **جمال حشاش**، التحكيم في النزاع بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، فلسطين، العدد 07، المجلد 28، سنة 2014.

30- **جوابي فلة**، دور الاجتهاد القضائي في الحد من الطلاق التعسفي في قانون الأسرة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، العدد 12.

31- **حبار آمال**، الصلح ودوره في حل النزاعات الأسرية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة 02، العدد 12.

32- **حسين بلحيرش**، الاجتهاد القضائي في مجال إثبات وتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 01، سنة 2011، جامعة سعد دحلب-البليدة.

33- **حمليل صالح وصديقي الأخضر**، إجراءات التقاضي أما قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد 28.

34- **حنان أوشن**، حماية الطفل في قوانين الأسرة المغاربية، دراسة مقارنة الجزائر- المغرب، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد 08 ج 02، جوان 2017.

35- **حداد فاطمة**، اشكالات حماية المحضون في ظل القانون (01/15) المتضمن إنشاء صندوق النفقة-دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، عمار ثليجي-الأغواط، العدد 02.

36- **حيدرة محمد**، مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مخبر القانون الخاص المقارن، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، العدد 02، المجلد 04، ديسمبر 2018.

# قائمة المصادر والمراجع

37- **خلف فاروق،** أحكام إثبات النسب في التشريع الجزائري ما بين الإطار القانوني والتطبيق القضائي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 04 جوان 2016، جامعة عمار ثليجي- الأغواط.

38- **داود سلمان النعيمي،** الحكمة في تعدد الزوجات، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد 02/21، كلية التربية، جامعة المستنصرية، العراق.

39- **ذبيح هشام وعبد الرؤوف دبابش،** صندوق النفقة وعلاقته بالاستقرار الأسري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر-بسكرة، العدد 14.

40- **رضا متولي وهدان،** منازعات إسناد الضرر في دعوى التعويض، مجلة العدل، العدد 54 ربيع الآخر 1433ه، السنة الرابعة عشر، وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية.

41- **راضية عيمور،** العلمية الحديثة وثبوت النسب، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 02، المجلد 10 سنة 2017، جامعة زيان عاشور-الجلفة.

42- **رابح بن غريب،** أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية، مجلة تاريخ العلوم، جامعة زيان عاشور -الجلفة، العدد 07 مارس 2017.

43- **ربيحة إلغات،** الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باحتهادات قضاء المحكمة العليا، مجلة حوليات جامعة الجزائر، جامعة بن يوسف بن خدة- الجزائر، العدد 27، ج01، 2015.

44- **زقاوي حميد،** عقبات إثبات ونفي النسب بالبصمة الوراثية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد03 ديسمبر 2016، مخبر القانون الخاص المقارن، جامعة حسيبة بن بوعلي- الشلف.

45- **سامي محمد أبو عرجة،** الشروط المقترنة بعقد النكاح في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية 2008، المجلد العاشر، العدد 02-A سنة 2008، جامعة الأزهر، غزة -فلسطين.

46- **سامية بلجراف،** إثبات النسب نصا وتطبيقا وأثر المستجدات العلمية عليه، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 04 يناير 2012، جامعة الوادي.

47- **سمير أبيش،** المشكلات النفسية والاجتماعية للطفل مجهول النسب وانعكاساتها على حياته المدرسية (دراسة لحالة تلميذ مجهول النسب)، مجلة تطوير العلوم الاجتماعية، العدد01.

48- المجلد10 سنة 2017، مخبر استراتيجيات الوقاية ومكافحة المخدرات-جامعة الجلفة.

# قائمة المصادر والمراجع

49- **سعيد خنوش،** الإطار التنظيمي لتفعيل دور الحكمين في قانون الأسرة الجزائري، دراسة شرعية قانونية مقارنة، مجلة الصراط، كلية العلوم الإسلامية-جامعة الجزائر 1، العدد 36، المجلد 15، ديسمبر 2015.

50- **سليم سلامة حتاملة،** الطبيعة القانونية للتحكيم وتطبيقاته في مجال العقود الإدارية، دراسة في القانون الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة-الأردن، العدد 02، المجلد 04، نيسان 2012.

51- **سامية بن قوية،** آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 01، سنة 2010.

52- **شويرف عبد العالي،** اشتراط الأهلية في الزواج، دراسة فقهية قانونية، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد 02، المجلد 09 (2016)، جامعة غرداية.

53- **شعيب يوسفي،** تعدد الزوجات بين المستند الشرعي وشبهات المعارضين، مجلة المعيار، العدد 14، المجلد 07، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة.

54- **شوقور فاضل وتشوار جيلالي،** قراءة في أحكام الحضانة في القانون الجزائري في ضوء اتفاقية حقوق الطفل، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي-الأغواط، العدد 06، جوان 2017.

55- **صالح بوبشيش،** أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري، دراسة نقدية في ضوء الشريعة الإسلامية وواقع التطبيق في المجتمع الجزائري، مجلة المعيار، العدد 09، المجلد 05، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة.

56- **صفاء هاجر خالدي وولد خسال سليمان،** معوقات العمل بالبصمة الوراثية مدى تطبيقها في مادة النسب، مجلة الدراسات القانونية، العدد 02، المجلد 03، مخبر السيادة والعولمة، جامعة يحي فارس-المدية.

57- **عبد العزيز بن أحمد السلامة،** التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة العدل، العدد 48، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف السعودية سنة 1431.

58- **علي جداي،** السن القانوني للزواج "دراسة مقارنة"، مجلة البحوث والدراسات، العدد02، المجلد 10، جامعة الوادي.

59- **عبد الرحيم بن ابراهيم بن عبد الرحمن السيد الهاشم،** إذن المرأة بالنكاح وتوليها عقده، مجلة العدل، العدد 56، شوال 1433، السنة الرابعة عشر، وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية.

# قائمة المصادر والمراجع

60- **عيسى طعيبة وتشوار الجيلالي،** حق زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه على ضوء قانون الأسرة والاجتهاد القضائي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور- الجلفة، العدد 01، المجلد 11.

61- **عيادة الحسين وبن شويخ الرشيد،** نسب ابن الزنا بين النفي والإثبات-رؤية فقهية قانونية مدعمة بالاجتهاد القضائي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد05 ديسمبر 2017، مخبر بحث القانون الخاص المقارن، جامعة حسيبة بن بوعلي-الشلف.

62- **عبد الهادي الحسين الشبيلي،** استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب (نظرة شرعية)، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، عدد 35 مارس 2003.

63- **عبد الله حاج أحمد،** إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه "دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، العدد 01، المجلد 01، ديسمبر 2015، جامعة الوادي.

64- **عبد الله حاج أحمد،** التحكيم في دعوى التطليق للشقاق بين الزوجين-دراسة مقارنة- مجلة الشهاب معهد العلوم الإسلامية، جامة الوادي، العدد 01، نوفمبر 2015.

65- **عمر نور الدين،** تدعيم واجب اسكان الحاضنة حماية للأسرة وتأصيلا لمصلحة المحضون، مجلة القضاء والتشريع، تونس، العدد 08، السنة 51، أكتوبر 2009.

66- **عبد العزيز دخان،** حق الأبوين في رؤية ولدهما أثناء الحضانة وبعدها، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، جامعة الجزائر 1، العدد 10.

67- **عبد المجيد بن يكن،** المستحقات المالية للمطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفيبين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 01، العدد 11، جوان 2017.

68- **عمراني كمال الدين،** الإطار القانوني لجريمة عدم تسديد نفقة واجبة بحكم قضائي (دراسة في إطار التشريع الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية)، مجلة الدراسات الحقوقية، مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر، جامعة الدكتور مولاي الطاهر-سعيدة، العدد 01، المجلد 01.

69- **عثمان حويذق ومحمد لمين مجرالي،** صندوق النفقة كآلية لحماية حقوق الطفل المحضون بين المكاسب والنقائص، مجلة الشهاب، جامعة الوادي، العدد 05، ديسمبر 2016.

# قائمة المصادر والمراجع

70- **عيسى حداد،** الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة العربي التبسي-تبسة، العدد 01، تاريخ النشر 2017/04/10.

71- **غربي حورية،** صندوق النفقة وفقا للقانون 01/15، مجلة معارف، جامعة البويرة، العدد 22، جوان 2017.

72- **فريجة حسين،** التحكيم بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد 18.

73- **فيصل عبد الحافظ الشوابكة ومحمد خلف بني سلامة،** الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دراسة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح-ورقلة، العدد 12، المجلد 07، جانفي 2015.

74- **قادة بن علي،** تعدد الزوجات بين الإطلاق والتقييد، مجلة المعيار، العدد 09، المجلد 05، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة.

75- **كاملة طواهرية،** أحكام الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية -قسنطينة، العدد 39.

76- **كريمة محروق،** مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة، العدد 02.

77- **ليلى جمعي،** ضبط حقيقة الزواج بالفاتحة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 17، المجلد 13، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة السانية-وهران.

78- **منادي مليكة،** الحرية في الزواج، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد 02، المجلد 03، جامعة مولاي الطاهر-سعيدة.

79- **محمد بجاق،** مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، العدد 01، المجلد 01، ديسمبر 2015، جامعة الوادي.

80- **مجاهدي ابراهيم،** استخدامات البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 12، جامعة لونيسي علي-البليدة 2.

81- **مصطفى مناصرية،** مبدأ الاحتياط في ثبوت النسب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد01 سنة 2011، جامعة سعد دحلب-البليدة.

# قائمة المصادر والمراجع

82- **محمد خلف بني سلامة،** الطبيعة القانونية للتحكيم، دراسة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور-الجلفة، العدد 19، المجلد 07.

83- **محمد بن حسين الشيعاني،** بعث الحكمين ودورهما في الإصلاح بين الزوجين، دراسة وصفية تحليلية مع شرح موجز لنظام مراكز المصالحة المعتمد بوزارة العدل السعودية، مجلة الدراسات الإسلامية بجامعة الأمير سونكلا فطاني تايلند، بتاريخ 2014/07/10، العدد 2011/01.

84- **محمد سليمان النور،** التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي زقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، العدد 02، المجلد 09، يونيو 2012.

85- **مانع سلمى وزواوي عباس،** اختصاصات قاضي شؤون الأسرة طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر-بسكرة، العدد 16، مارس 2018.

86- **مايا دقايشية،** اختلاف الزوجين حول الصداق (دراسة فقهية قانونية قضائية)، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة العربي تبسي -تبسة، العدد 13.

87- **معامير حسيبة،** إثبات الطلاق بين القانون والقضاء، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد 27.

88- **منصوري المبروك،** شروط الحضانة ومسألة إسقاطها في قوانين الأسرة للدول المغاربية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي بتمنراست، العدد 08، جوان 2015.

89- **نور الدين بولحية،** حكم استعمال البصمة الوراثية لإثبات نسب (ابن الزنا)-برؤية مقاصدية، مجلة الإحياء، العدد 15، جامعة باتنة1 الحاج لخضر.

90- **نوارة العشي،** دور قاضي شؤون الأسرة في حفظ الآداب العامة، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الثاني، جامعة الجزائر 1.

91- **نوري عمر،** النظام القانوني للصلح بين الزوجين في تشريع الأسرة الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور-الجلفة، العدد 03، المجلد 02.

92- **نور الهدى بولمش،** تنازع القوانين في الزيارة كأثر من آثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور-الجلفة، العدد 02، المجلد 11، تاريخ النشر 2018/06/17.

93- **نافع حميد صالح،** حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم الإسلامية، جامعة الأنبار-العراق، العدد 09 سنة 2009.

94- **نبيلة بن عائشة،** إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية "التطليق"، مجلة تحولات، جامعة قاصدي مرباح-ورقلة، العدد 01، يناير 2018.

95- **يوسفات علي هاشم،** مدى استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 02 جوان 2012، معهد الحقوق، جامعة تمنراست.

## 5/- الملتقيات العلمية

1- **معمر قوادري محمد،** ممارسة السلطة الأبوية في فترة ممارسة الأم للحضانة وإشكالية المادة 87 من ق.أ، مداخلة في إطار يوم دراسي بعنوان "سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون، نظرات في ق.أ.ج" بتاريخ 2009/11/11، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف.

**2- واصف عبد الوهاب البكري،** سلطة القاضي في الحد من المنازعات الأسرية، بحث مقدم لأعمال المؤتمر القضائي الشرعي الأول المقرر انعقاده في عمان-أيلول 2007، دائرة قاضي القضاة، المملكة الأردنية الهاشمية.

## 6/- المجلات القضائية

1- نشرة القضاة العدد 02 لسنة 1981.

2- المجلة القضائية العدد 01 لسنة 1989.

3- المجلة القضائية العدد 02 لسنة 1989.

4- المجلة القضائية العدد 04 لسنة 1989.

5- المجلة القضائية العدد 01 لسنة 1990.

6- المجلة القضائية العدد 02 لسنة 1990.

7- المجلة القضائية العدد 03 لسنة 1990.

8- المجلة القضائية العدد 02 لسنة 1991.

9- المجلة القضائية العدد 03 لسنة 1991.

10- المجلة القضائية العدد 04 لسنة 1991.

11- المجلة القضائية العدد 01 لسنة 1992.

12- المجلة القضائية العدد 04 لسنة 1992.

13- المجلة القضائية العدد 02 لسنة 1993.

14- المجلة القضائية للمحكمة العليا عدد 04 لسنة 1993.

15- المجلة القضائية العدد 01 لسنة 1994.

16- المجلة القضائية العدد 01 لسنة 1995.

17- المجلة القضائية العدد 01 لسنة 1997.

18- المجلة القضائية العدد 02 لسنة 1997.

19- نشرة القضاة عدد 53 لسنة 1998.

20- المجلة القضائية العدد 01 لسنة 1999.

21- المجلة القضائية العدد 55 لسنة 1999.

22- المجلة القضائية للمحكمة العليا عدد خاص لسنة 2001.

23- المجلة القضائية العدد 02 لسنة 2002.

24- المجلة القضائية العدد 02 لسنة 2003.

25- المجلة القضائية العدد 01 لسنة 2006.

26- المجلة القضائية العدد 02 لسنة 2006.

27- مجلة المحكمة العليا العدد 01 لسنة 2008.

28- نشرة القضاة وزارة العدل، العدد 64، سنة 2009/2008، ج 01.

29- مجلة المحكمة العليا العدد 02 لسنة 2010.

30- مجلة المحكمة العليا العدد 01 لسنة 2012.

## 7/- مواقع شبكة الأنترنيت

-http://www.law-arab.com/2015/10/Personal-Status-Law-UAE.html

- http://law-library.syriaforums.net/t33-topic

-https://www.mohamah.net/law-مواد-قانون-الأحوال-الشخصية-رقم-36-لسنة-2010

- www.alukah.net

- www.alukah.net/shaui/0/5643/

- iraq-lg-law.org/webfm_send/803

- Kotobdroit.blogspot.com/2017/10/pdf_7html

- http: //ar.islamway.net/book/29595/ التدابير الإصلاحية قبل التحكيم لحل المنازعات الأسرية

-www.alukah.net/books/files/book_7255/boofile/almohkaman.p

- https://islamicsham.org/fatawa/3008

http://arabic.hudocentre.org/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%A3%،

## 8/- مذكرات القضاء

1- **سويسي فتيحة،** النشوز في ظل أحكام الشريعة وقانون الأسرة، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء بتاريخ 2004/04/16.

2- **مزعزع موسى،** العمل القضائي والولائي لرئيس المحكمة، مذكرة التخرج لنيل إجازة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشر، سنة 2006/2009.

3- **محمد العربي لعبيدي،** إشكالية إثبات النسب ونفيه في التشريع الأسري المغربي على ضوء العمل القضائي، المعهد العالي للقضاء، وزارة العدل، المملكة المغربية، فترة التدريب 2009/2011.

## 9/- بحوث منشورة على النت

1- **جميلة الرفاعي وأمل مرجي نزال،** التدابير الإصلاحية قبل التحكيم لحل المنازعات الأسرية، بحث متاح على الرابط:
التدابير الإصلاحية قبل التحكيم لحل المنازعات الأسرية http.://ar.islamway.net/book/29595/

2- **عمر بن محمد السبيل،** البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، بحث متاح على الرابط: Kotobdroit.blogspot.com/2017/10/pdf_7html

**3- ياسمين زرزور،** الطبيعة القانونية للتحكيم وتمييزه عن غيره من الوسائل المشابهة له، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، بحث متاح على الرابط: الطبيعة القانونية للتحكيم وتمييزه عن
www.droitententreprise.com

## II- المراجع باللغة الأجنبية

1- **Diane Drory**,L enfant et la séparation parentale,yapaka,Bruxelles,2002.
2- **Laure Chaussebourg** et **Baux Dominique**, l exercice de l autorité parentale après le divorceou la séparation des parents non mariés, Minister de justice, France, 2007.

# الملاحق

## الملحق رقم (01)

بسم الله الرحمن الرحيم

**الأخ السائل/ عبد الملك بن يوسف بن محمد المطلق**

**السلام عليكم ورحمة الله وبركاته**

**وردنا سؤالكم التالي:**

**(١٣٧١٠)**

**سؤال: ما حكم الزواج العرفي المكتمل الأركان والشروط الواجب توافرها في العقد الشرعي المعروف عند الفقهاء، إلا أنه لا يوثق بوثيقة رسمية؟ ومن أمثلة ذلك: زواج الرجل من امرأة خارج بلده، أو زواج الرجل بالعاملة المنزلية، ونحو ذلك من الأمور التي يصعب معها التوثيق الرسمي لكثرة الأعباء المصاحبة له، فيتم اللجوء إلى هذا الزواج، علمًا أنه أحيانًا يتم كتابة العقد بينهما في ورقة عادية مع ذكر الشهود، وأحيانًا لا يكتب، فيحتج البعض بأن العقد صحيح، وأنه يريد العفاف لنفسه، فأفتونا مأجورين بالدليل والإيضاح.**

**الجواب: في شروط عقد النكاح الولي، والشاهدان، والإيجاب والقبول، وانتفاء الموانع، فإذا تمت الشروط وزالت الموانع صح عقد النكاح، وليس من شروطه إثبات ذلك في وثائق عند أحد المأذونين، وإنما جعل هذا الشرط أخيرًا لما احتيج إلى إثبات الزوجة في دفتر العائلة خوفًا من التزوير ومن الكذب، وحيث أنه قد يضطر إلى السفر بها معه خارج البلاد، فاشترط إثباتها، وتوقف الإثبات على هذه الوثيقة، ولكن الأصل عدم وجوب هذه الوثيقة، كما كان عليه العمل قبل خمسين سنة أو ستين سنة، فلا تزوج المرأة نفسها ولو عند القاضي، ولا يصح أن يكرهها وليها على من لا ترغبه، ولابد من المهر الذي يتفقون عليه ولو كان قليلاً، ولابد من شاهدي عدل يحصل بهما إعلان النكاح حتى لو جحد أحد الزوجين رد عليه بالبينة، ولا يصح تزويج المعتدة من طلاق أو فراق أو موت، ولا يصح أن يتزوج من عنده أربع نسوة، فإذا تمت هذه الشروط فلا مانع من اعتبار هذا الزواج، سواء كانت في داخل البلد أو خارج الدولة، ويجب التقيد بالتعاليم الدولية، فلا يجوز أن يستقدم العاملة كخادمة وهي زوجة له، إلا بإذن من الدولة، وليس من شرط صحة العقد إثبات ذلك في وثيقة، ولكن الأولى أن يتم الإثبات ولو في ورقة عادية، حتى لا يحصل النزاع والخلاف، وإذا سافر الرجل خارج بلده وخاف على نفسه الوقوع في الفواحش، فله أن يتزوج بمسلمة أو كتابية زواجًا شرعيًا بتمام الشروط، وبدفع المهر الذي يتفقون عليه، وإذا أراد استقدامها فلابد من إذن الدولة التي يتبعها. والله أعلم.**

**قاله وأملاه**

**عبدالله بن عبد الرحمن الجبرين**

**١٤٢٦/٤/٣٠هـ**

الملحق رقم 02

**بسم الله الرحمن الرحيم**

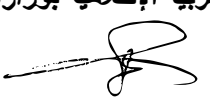
**فضيلة الشيخ الدكتور / صالح بن فوزان الفوزان**
**حفظه الله ورعاه وأمد في عمره على طاعته اللهم آمين**

**السلام عليكم ورحمة الله وبركاته وبعد :**
**أود من فضيلتكم التكرم بالإجابة على هذا السؤال حيث أنه ضمن أطروحة علمية – دكتوراه – تعنى في مثل هذا الأمر.**

**والله يحفظكم ويرعاكم**

**السؤال:**
**ما حكم الزواج العرفي[1]**
**المكتمل للأركان والشروط الواجب توافرها في العقد الشرعي المعروف عند الفقهاء إلا انه لا يوثق بوثيقة رسمية.**
**ومن أمثلة ذلك : زواج الرجل من امرأة خارج بلده ، أو زواج الرجل بالعاملة المنزلية ونحو ذلك من الأمور التي يصعب معها التوثيق الرسمي لكثرة الأعباء المصاحبة له.**
**فيتم اللجوء إلى هذا الزواج، علماً انه أحياناً يتم كتابة العقد بينهما في ورقة عادية مع ذكر الشهود وأحياناً لا يكتب، فيحتج البعض بأن العقد صحيح وأنه يريد العفاف لنفسه.**
**أفتونا مأجورين بالدليل والإيضاح جعل الله ذلك في ميزان حسناتكم اللهم آمين.**

**ابنكم/ عبد الملك بن يوسف المطلق**
**مشرف التربية الإسلامية بوزارة التربية والتعليم**



## الإجـــابة

حفظكم الله

الزواج العرفي بالصفة الموضحة اذا تكاملت فيه أركان النكاح وهي

١ - الزوجان الخاليان من موانع

٢ - الايجاب والقبول

وتكاملت فيه شروط صحة العقد وهي:

١ - وجود الولي الذي تتكامل فيه شروط الولاية

٢ - وجود الشاهدين العدلين

٣ - رضى كل من الزوجين بصاحبه

٤ - تعيين كل من الزوجين

٥ - إعلانية النكاح

اذا تكاملت هذه الأركان وهذه الشروط فالنكاح صحيح شرعا والاجراءات النظامية لابد منها إذا ترتب على تركها لحوق الضرر بالزوجين أو أحدهما فلا بد من التزامها دفعا للضرر

صالح الفوزان

# الملحق رقم03

ماحكم الزواج العرفي المكتمل للأركان والشروط الواجب توافرها في العقد الشرعي المعروف عند الفقهاء إلا أنه لا يوثق بوثيقة رسمية.ومن أمثلة ذلك: زواج الرجل من امرأة خارج بلده، أو زواج الرجل بالعاملة المترلية ونحو ذلك من الأمور التي يصعب معها التوثيق الرسمي لكثرة الأعباء المصاحبة له.

فيتم اللجوء إلى هذا الزواج، علماً أنه أحياناً يتم كتابة العقد بينهما في ورقة عادية مع ذكر الشهود وأحياناً لا يكتب، فيحتج البعض بأن العقد صحيح وأنه يريد العفاف لنفسه.

أفتونا مأجورين بالدليل والإيضاح جعل الله ذلك في ميزان حسناتكم اللهم آمين.

**الجواب:**

**الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وآله وصحبه أجمعين... وبعد:**

فالزواج العرفي يختلف من بلد إلى بلد، ومن مجتمع إلى آخر، فهناك الزواج العرفي مكتمل الشروط، سوى أنه لا يسجل رسمياً، وهناك من يكتفي بموافقة المرأة فقط، ولا يكون هناك ولي ولا شهود، وهناك من يقتصر على الولي دون الشهود.

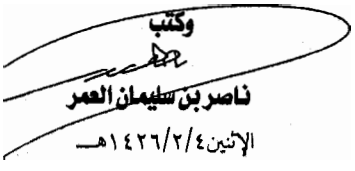
**(والنوعان الأخيران هما المشهوران المنتشران في كثير من أرجاء العالم وهذان عقدهما عقد سفاح محرم ونكاح باطل)**

أما إذا كان ما يسمى بالزواج العرفي مكتمل الشروط، من ولي وشهود وإيجاب وقبول ومهر وموافقة المرأة، فإنه زواج شرعي ولو لم يسجل رسمياً، والأولى أن يكتب في ذلك ورقة يوقعها الشهود دفعاً للمفسدة، وبخاصة مع الخادمات، وهذا الزواج هو ما سارت عليه الأمة منذ عهد النبي – صلى الله عليه وسلم – وإلى عهد قريب جداً، ولا يزال يعمل به في كثير من البلدان إلى يومنا هذا من غير نكير، قال شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى جـ٣٢، ص٣٤: (( ولا يفتقر تزويج الولي المرأة إلى حاكم باتفاق العلماء)).

وكل ما سبق فيما يتعلق بصحة العقد، أما ما يترتب على مثل هذا العقد من مفاسد، فيختلف من بلد إلى آخر، ونظراً لبعض الإجراءات الرسمية الحديثة لحفظ حقوق الزوجة والأولاد، ولما ينشأ من مفاسد كبيرة ومشكلات للأولاد بسبب عدم تسجيل العقد وتوثيقه رسمياً فإنه قد يأثم لإهماله حقوق الآخرين وجنايته عليهم – كما هو واقع الآن، وقد قال النبي – صلى الله عليه وسلم – لرجل جاء معه ابنه« أما إنه لا يجني عليك، ولا تجني عليه»[1] وجاء عنه – صلى الله عليه وسلم – قوله: « لاضرر ولا ضرار»[2] وعدم التوثيق في البلاد التي تلزم به فيه جناية عليه وضرر.

وبعض العلماء يرى أنه يأثم مع صحة العقد، لمخالفته لولي الأمر، حيث أمر بما فيه مصلحة ظـــاهرة، ومخالفتـــه يترتب عليها مفاسد ظاهرة وهو قول قوي له وجاهته.

ولذا فإنني مع القول بصحة العقد أنصح بتوثيقه رسمياً، حفظاً لحقوق الآخرين، وخروجاً من الإثم والتبعـــة في الدنيا والآخرة، والواقع المشاهد خير برهان، وعند المحامين والمحاكم والسفارات الخير اليقين، والشريعة جـــاءت بتحقيق المصالح ودفع المفاسد، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين.



الملحق رقم 04

**الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**

**مجلس قضاء : .....**

**محكمة : .....**

**القسم : .....**

**طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة [1]**

(المادّة 4 من القانون رقم 15-01 المؤرّخ في 13 ربيع الأوّل عام 1436 الموافق 4 يناير سنة 2015 والمتضمّن إنشاء صندوق النفقة)

**السيد رئيس قسم شؤون الأسرة**

اسم ولقب المستفيد [2] : .....

.....

.....

.....

.....

عنوانه : .....

.....

.....

اسم ولقب المدين بالنفقة : .....

عنوانه (في حالة عدم معرفة محل إقامته، الإشارة إلى آخر موطن معروف له) .....

.....

.....

مهنته : .....

تحديد طريقة الدفع (تحويل بنكي أو بريدي أو غيره) : .....

.....

**توقيع المستفيد**

---

(1) : يمكن الحصول على هذا النموذج في المواقع الإلكترونية لوزارة العدل والمجالس القضائية، كما يمكن الحصول عليه بالمحكمة المختصة.

(2) : المرأة المحكوم لها بالنفقة و/ أو الأطفال المحضونين ممثلين من قبل المرأة الحاضنة.